



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2015-10-01
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2193-15 E

SÖKANDE

Samsung Electronics Nordic AB, 556445-4345

Ombud:

Advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson Telander
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB

Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPARTER

1. Köpings kommun
2. Sala kommun
3. Västra Mälardalens Kommunalförbund

Ombud för 1-3:

Jur.kand. Christoffer Stavenow och jur.kand. Hampus Stefansson
Stavenow & Partners AB

Skeppsbron 40
111 30 Stockholm

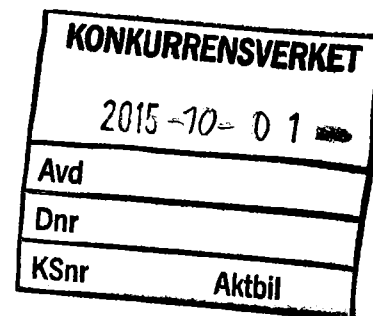
SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att förvaltningsrätten ska inhämta
yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att
upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 158837

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00

Telefax
018-431 63 43
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Köpings kommun, Sala kommun och Västra Mälardalens Kommunalförbund (kommunerna) genomför en upphandling av elevdatorer och surfplattor enligt 1- till -1 koncept (dnr VMKF-U 2014.47).

Efter att Samsung Electronics Nordic AB (bolaget) ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 17 februari 2015 att avvisa bolagets ansökan.

Sedan bolaget överklagat beslutade Kammarrätten i Stockholm den 27 april 2015 att upphäva förvaltningsrättens beslut och visa målet åter för prövning i sak.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Bolaget yrkar vidare att förvaltningsrätten ska anmoda Konkurrensverket att yttra sig i fråga om förutsättningarna för att få hänvisa till varumärken och ställa absoluta krav på kompatibilitet. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kommunerna har i strid med förbudet i 6 kap. 4 § LOU hänvisat till en leverantörs varumärken i de tekniska specifikationerna. Detta missgynnar bolaget samtidigt som det otillbörligt gynnar andra företag i strid mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget är en av Apples största konkurrenter och kan inte med hänsyn till hur upphandlingen är utformad lämna ett ändamålsenligt eller konkurrenskraftigt anbud. Bolaget och dess produkter är därmed helt utestängda från upphandlingen. Upphandlingsfelet medför därför att bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

Kommunerna genomför en gemensam upphandling avseende elevdatorer och surfplattor enligt 1- till -1 konceptet, det vill säga en dator eller surfplatta till varje lärare och elev. Av avsnitt 2.2.7 Ska-krav Delspår 1–4 i

anbudsformuläret framgår att samtliga datorer och surfplattor som efterfrågas ska vara från Apple. Det anges inte att likvärdiga alternativ accepteras. I avsnitt 1.4 i förfrågningsunderlaget förklaras kravet på Appleprodukter på följande sätt. ”Vi har valt att använda Apples produkter och vill fortsätta att göra detta då vi nu har skapat ett kretslopp kring denna lösning”. Skälet till att man efterfrågar just Appleprodukter har alltså inget med att göra att det annars skulle vara omöjligt att beskriva produkterna utan beror enbart på kommunernas egna preferenser. Detta utgör inte godtagbara skäl för att kräva ett visst varumärke. Att hävda krav på kompatibilitet som inte är nödvändiga är ett sätt att uttrycka preferens för ett visst varumärke och därmed ett sätt att komma runt förbudet i 6 kap. 4 § LOU. Det bör framhållas att kommunerna strikt sett inte uppställt några kompatibilitetskrav utan kraven i förfrågningsunderlaget kan inte förstås på annat sätt än som absoluta, men omotiverade, krav på just Appleprodukter. Anbudsformuläret är fullt av olika varumärkeshänvisningar i de krav som uppställs på produkterna och tjänsterna. Se bl.a. avsnitt 2.2.2, 2.2.3.3, 2.2.7.2, 3.3.1 och 4.1. Ett flertal av dessa krav saknar skrivningar som visar att likvärdiga produkter kan offereras. I avsnitt 2.2.7.1.3–4 (delspår 3 respektive 4) anges endast att operativsystemet ska vara ”iOS 7 eller nyare”.

Det finns flera olika tillverkare och flera olika märken av såväl operativsystem som surfplattor. Produkterna är således inte unika för Apple. Inte heller är produkterna omöjliga att beskriva utan hänvisning till varumärke. Tillräckligt tydliga tekniska specifikationer kan uppnås t.ex. genom angivande av prestanda, funktioner, skärmstorlek, upplösning osv. Det föreligger således inte en sådan undantagssituation som kan motivera hänvisning till varumärken.

Kommunernas påstående att de upphandlar ett ”helhetsansvar” för ett IT-system är gravt missvisade. Upphandlingen avser iPads och Mac-datorer med vissa tillhörande tjänster som t.ex. teknisk support och ett begränsat

antal utbildningstillfällen. Efterförsäljningsstöd i form av garantiservice, support, utbyte av produkter och miljömässigt omhändertagande av uttjänta produkter förekommer i alla större leveranser av elektroniska produkter och är inget unikt för kommunernas upphandling. Detta tillhandahåller bolaget och andra tillverkare och alla de partners bolaget samarbetar med. Service/support- och utbildningstjänsterna ska inte ens prissättas separat utan ska ingå i produkt/delsparspriset vid köp av minst 25 delspår (det vill säga produkter med vissa tillbehör). Detta visar tydligt att tjänsterna är underordnade hårdvaran.

Bolaget vill öka sitt deltagande på den offentliga marknaden för digitala verktyg, vilket är en av anledningarna till den förevarande överprövningen. För det fall bolaget inte skulle anse sig kunna tillhandahålla samtliga delar av uppdraget på egen hand kan man samarbeta med andra företag på olika sätt, exempelvis genom att lämna ett gemensamt anbud eller genom att åberopa annans kapacitet.

Förevarande överprövningsmål är ett bland flera ärenden som avser upphandlingar riktade till enbart Apples produkter. Förvaltningsrätten i Malmö förordnade i mål nr 6495-14 och 6499-14 att en upphandling av iOS/OS X-produkter stred mot 6 kap. 4 § LOU och skulle göras om. I Lidköpings kommuns upphandling av digitala verktyg med tillhörande tjänster ställdes som absolut krav att de datorer och surfplattor som upphandlingen avsåg skulle ha operativsystemet OS X respektive iOS. Efter att bolaget ansökt om överprövning avbröt kommunen upphandlingen och gick ut i en ny upphandling där det i förfrågningsunderlaget inte gjordes några direkta hänvisningar till varumärken. Bolaget ansökte även om överprövning av Mediapoolens upphandling avseende ett ramavtal för AV-produkter. Enligt kravspecifikationen omfattades surfplattor i olika utföranden där samtliga surfplattor skulle ha operativsystem iOS 7 eller senare. Mediapoolen beslutade att avbryta upphandlingen avseende surfplattor och annonserade där-

efter en ny upphandling med en varumärkesneutral kravspecifikation baserad på funktion och prestanda.

Kommunerna yrkar att bolagets ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. I motsats till vad bolaget anför framgår inte att samtliga produkter som efterfrågas ska vara från Apple. De tekniska specifikationerna avseende elevdatorer och surfplattor som återfinns i anbudsformuläret 2.2.7.1.1–2.2.7.1.4 består endast av tekniska specifikationer såsom processhastighet och minne. Avseende operativsystem har OS X och iOS ”eller likvärdigt” efterfrågats. Tillsammans med orden ”eller likvärdigt” får det förstås som att det avsedda är den generationen av operativsystem som nu finns på marknaden. Kommunerna har angett hur deras befintliga system ser ut genom att beskriva detta under 1.4 Bakgrund i förfrågningsunderlaget. Dessa beskrivningar är inte tekniska specifikationer utan endast upplysningar som inte är kopplade till vare sig tekniska specifikationer eller övriga ska-krav.

Skälet till att upphandlingen utformats som den gjorts – att man efterfrågat operativsystemet i OS X och iOS ”eller likvärdigt” är för att de upphandlade produkterna ska kunna integreras i kommunernas befintliga IT-miljö i skolan. Det har inte varit möjligt att beskriva ett kompatibelt operativsystem på annat sätt i förfrågningsunderlaget. En beskrivning av ett operativsystem på ett annat sätt än att i detta fall ange varumärke låter sig svårtligen göras och skulle bli mycket omfattande och svårtolkat, det vill säga mindre transparent. Konkurrensen på marknaden har kunnat tillgodoses och det har inte funnits något mindre ingripande alternativ. Kravet är därför både lämpligt, nödvändigt, transparent och proportionerligt i förhållande till målet med upphandlingen.

Kommunerna upphandlar en funktion där ett helhetsansvar för att allt fungerar, produkter och tjänster i befintligt system, föreligger hos leverantö-

ren. Bolaget eller dess återförsäljare kan omöjligt ta detta helhetsansvar för det totala IT-systemet och gör inte heller gällande att så är fallet. Som Förvaltningsrätten i Uppsala konstaterat i mål nr 4644-14 har inte bolaget gjort det troligt att de skulle lämnat anbud i upphandlingen, då de inte själva lämnar anbud i offentliga upphandlingar. Bolaget anger att de har lyckats att få flera kommuner och andra upphandlande myndigheter att avbryta upphandlingar och göra om upphandlingar av surfplattor och bärbara datorer. Trots det har bolaget inte lämnat anbud i några sådana upphandlingar med tillhörande konsulttjänster. Detta visar tydligt att bolaget inte har haft för avsikt att lämna anbud i dessa upphandlingar om de av bolaget påstådda felen inte skulle ha förelegat. Det förhåller sig på samma sätt i den i målet aktuella upphandlingen. Bolaget har endast beskrivit sitt intresse för upphandlingen i svepande ordalag och försökte inte att lämna anbud i upphandlingen. Bolaget har angett att de skulle kunna lämna anbud med andra företag då bolaget, får det förstås som, inte har tillgång till de konsulttjänster som har efterfrågats i upphandlingen. De företag som bolaget i detta sammanhang har nämnt kan dock lämna anbud själva, vilket gör att bolaget av konkurrensrättsliga skäl inte får samarbeta med dessa. Det visas genom att dessa företag de facto har lämnat anbud i upphandlingen. Bolaget kan därmed inte anses ha intresse av upphandlingen och heller inte som företag ha lidit skada med anledning av de av bolaget påstådda felen.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att pröva om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad bolaget anfört.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta om ingripande mot upphandlingen om upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden ”eller likvärdigt”.

Den aktuella upphandlingen avser elevdatorer och surfplattor enligt 1- till 1 koncept. I förfrågningsunderlagets anbudsformulär punkten 2.2.7 anges vilka obligatoriska krav som ställs på de datorer och surfplattor upphandlingen omfattar. I punkterna 2.2.7.1.1–2.2.7.1.2 (datorer) anges att delspår 1 respektive delspår 2 som lägst ska innehålla OS X eller likvärdigt. I punkterna 2.2.7.1.3–2.2.7.1.4 (surfplattor) anges att delspår 3 respektive delspår 4 som lägst ska innehålla operativsystem iOS 7 eller nyare.

Det är ostridigt i målet att de tekniska specifikationerna innehåller hänvisningar till ett specifikt varumärke vad gäller efterfrågat operativsystem. Det är enligt förvaltningsrättens mening svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 september 2010 i mål nr 2136-10). De aktuella hänvisningarna får således endast förekomma om det inte annars är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt.

Kommunerna gör gällande att det inte är möjligt att beskriva ett operativsystem som är kompatibelt med kommunernas verksamhet på ett annat sätt, varför varumärken i denna del har angetts.

Förvaltningsrätten har förståelse för kommunernas behov av att upphandla produkter som är kompatibla med redan befintligt IT-system och det finns normalt inte något hinder för en upphandlande myndighet att beskriva befintlig infrastruktur och utrustning, även med angivande av befintliga modeller och varumärken (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 maj 2010 i mål nr 1001-10). Det är däremot viktigt att den efterfrågade produkten inte anges med ett visst varumärke, om det inte föreligger skäl för detta enligt undantagsregeln i 6 kap. 4 § andra stycket LOU.

Enligt förvaltningsrättens bedömning bör i de allra flesta fall tekniska specifikationer i en IT-upphandling kunna beskrivas tillräckligt preciserat och begripligt utan hänvisning till specifika varumärken. I vart fall ska en sådan hänvisning åtföljas av orden ”eller likvärdigt”. Så har inte skett i förevarande upphandling där kommunerna avseende delspår 3 och 4 enbart efterfrågat iOS 7 eller nyare (se punkterna 2.2.7.1.3–2.2.7.1.4 i anbudsformuläret). Bolaget har därmed gjort sannolikt att förfrågningsunderlaget är utformat i strid med 6 kap. 4 § LOU.

För ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU krävs att leverantören lidit eller riskerat att lida skada till följd av de upphandlingsrättsliga brister som görs gällande. För att grund för ingripande ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som åberopas (se HFD 2013 ref. 53).

Bolaget anför att de lidit skada då de med hänsyn till hur upphandlingen är utformad inte kan lämna ett ändamålsenligt eller konkurrenskraftigt anbud

och att bolaget och dess produkter därmed är helt utestängda från upphandlingen. Bolaget anför vidare att de vill öka sitt deltagande på den offentliga marknaden för digitala verktyg och för det fall bolaget inte skulle anse sig kunna tillhandahålla samtliga delar av uppdraget på egen hand kan man samarbeta med andra företag på olika sätt. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund härav att bolaget i tillräcklig grad gjort sannolikt att de i vart fall riskerat att lida skada till följd av kommunernas agerande.

Förvaltningsrätten anser således att förutsättningarna för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är uppfyllda. Eftersom felet i förfrågningsunderlaget är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Bolagets ansökan ska således bifallas. Med hänsyn till denna utgång finner förvaltningsrätten att det saknas skäl att inhämta yttrande från Konkurrensverket.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU)

Lina Törnqvist
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Petra Hedin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.