



FÖRVALTNINGSRÄTTEN **DOM**
I MALMÖ 2010 -04- 2 y
 Avdelning 1 Meddelad i
 Maria Persson Malmö

Mål nr
 3569-10 E

2010 -05- 0 5	
Avd	
Dnr	
Doss	Altbl

SÖKANDE

AV Syd AB, 556273-9358
 Pilotgatan 7
 212 39 Malmö

Ombud: Advokat Ulf Yxklinten
 Hamilton Advokatbyrå Malmö KB
 Box 226
 201 22 Malmö

MOTPART

Malmö stad
 205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår AV Syd AB:s ansökan om ingripande med stöd av LOU.

Dok.Id 3498

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se	040-97 24 90	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Malmö stad genomför en upphandling avseende AV-utrustning, skrivtavlor och interaktiva skrivtavlor inklusive installationstjänster. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut den 4 januari 2010 har Malmö stad antagit AB Tabula som leverantör.

Yrkanden

AV Syd AB (AV Syd) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärdering av användarvänlighet av interaktiva skrivtavlor görs i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan.

Rättens tidigare beslut i målet

Rätten har den 13 januari 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Relevanta bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet

inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 6 kap. 4 § LOU följer att de tekniska specifikationerna inte får 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. Av andra stycket följer att sådana uppgifter och hänvisningar dock får förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Relevanta uppgifter i förfrågningsunderlaget

I bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, kravspecifikation och prissättning, anges under rubriken *Steg 3 Utvärdering* att följande utvärderingskriterier och viktning kommer att tillämpas:

- | | |
|--|---------|
| • Pris | 40-50 % |
| • Användarvänlighet av interaktiv skrivtavla | 20-30 % |
| • Samarbete/arbetssätt | 20-30 % |

Pedagogiskt material utöver mjukvara är ett underkriterium till *Användarvänlighet av interaktiv tavla*. I kriteriet anges att utöver det pedagogiska

material som kan fås genom mjukvaran bedöms här det pedagogiska material som finns att tillgå genom andra användare: Finns det olika former av "användare forum" dvs. sätt för användarna att dela med sig av undervisningsmaterial, dela erfarenheter, ge varandra tips och råd m.m.? Finns det tillgång till undervisningsmaterial/lektioner på svenska?

Frågan om kriteriet användarvänlighet av interaktiv skriveavla har utvärderats i enlighet med förfrågningsunderlaget

Parternas argumentering

AV Syd: Av tilldelningsbeslutet framgår att Malmö stad funnit att det inte föreligger någon skillnad i användarvänlighet avseende interaktiva skrivtavlor. Av den redovisade utvärderingen framgår att någon egentlig utvärdering inte har skett. En bedömning av respektive tavlans användarvänlighet kan inte ske med utgångspunkt från en skriftlig beskrivning. Det som faktiskt har bedömts är inte tavlornas användarvänlighet utan hur respektive anbudsgivare har beskrivit tavlans funktionalitet. Såsom förfrågningsunderlaget utformats ska anbuderna ställas mot varandra och respektive skrivtavla ska i förhållande till övriga utvärderas i enlighet med de kriterier som angetts. Vald upphandlingsform avser att finna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den värdering som då ska göras är att värdera offererade produkters egenskaper sinsemellan och jämfört med utvärderingskriterierna. Malmö stad förefaller ha betraktat utvärderingskriterierna som någon slags minimistandard och då samtliga anbud uppfyllt denna minimistandard har man ensamt låtit priset avgöra. Förfarandet strider mot vad som angetts i förfrågningsunderlaget och därmed från vad anbudsgivarna haft anledning att förvänta sig. Hade AV Syd känt till att utvärderingen skulle ske efter lägsta pris hade anbudet utformats annorlunda.

Den skrivtavla som AB Tabula (Tabula) offererat har i andra upphandlingar bedömts som mindre användarvänlig. Andra utvärderingar gjorda av andra upphandlande myndigheter visar på uppenbara skillnader i användarvänlighet hos aktuella tavlor. De skrivtavlor som AV Syd offererat är mer användarvänliga än de som offererats av Tabula. Om Malmö stad genomfört en utvärdering i enlighet med de kriterier som uppställts skulle betydande skillnader i användarvänlighet ha framkommit och AV Syds anbud skulle rätteligen ha antagits.

Malmö stad: Genom den valda utvärderingsmodellen har Malmö stad använt sig av en helhetsbedömning. Utvärderingskriteriet ”användarvänlighet av interaktiv skrivtavla” har fyra underkriterier som har bedömts utifrån i förfrågningsunderlaget redovisade behov. Påståendet om att interaktiva skrivtavlor inte har utvärderats är helt felaktigt. Förfrågningsunderlaget innehåller en tydlig beskrivning av vad som anses vara av vikt och vad som bedöms. Samtliga offererade tavlor har bedömts utifrån den beskrivning som redovisats i anbudet. Tavlorna har således inte ställts mot varandra utan varje tavla har utvärderats efter hur väl den uppfyller beskrivningen i förfrågningsunderlaget. Det framgår av LOU och av rättspraxis att anbud inte ska ställas mot varandra. Anbud ska prövas och utvärderas utifrån de krav och utvärderingskriterier som anges i förfrågningsunderlaget. Samtliga anbudsgivare har på ett mycket tydligt sätt svarat upp mot de krav som ställts. Hur andra myndigheter har utformat sin utvärdering är inte relevant utan Malmö stad har att tillämpa sitt förfrågningsunderlag och sina kriterier. Genom att utvärderingen sker i enlighet med förfrågningsunderlagets redovisning undviks all form av risk för godtycklighet. Malmö stad väljer den anbudsgivare som erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Att prissättningen blivit utslagsgivande är inget som varken kunnat förutses eller påverkas. Det är inte ovanligt att flera anbudsgivare uppfyller ställda kvalitetskrav/kriterier varpå priset blir en avgörande faktor.

Under inledningsskedet av varje upphandling genomförs en marknadsundersökning vars syfte framför allt är att inhämta information och kunskap om den specifika marknaden. Marknadsundersökningen har inte i något avseende påverkat utvärderingen. Malmö stad har utvärderat anbud utifrån det skriftliga underlag som lämnats genom respektive anbud. Orsaken till detta är att Malmö stad haft ingående och tillräcklig kännedom om produkterna. Samtliga produkter som efterfrågats har tidigare inhandlats och används dagligen i olika verksamheter.

Förvaltningsrättens bedömning

När det gäller utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska det anbud antas som uppfyller alla förfrågningsunderlagets krav och som utifrån angivna utvärderingskriterier bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upphandlande myndighet tilldelar anbudsgivarna poäng efter hur väl de uppfyller utvärderingskriterierna. Ju bättre ett anbud uppfyller ett kriterium, desto bättre poäng tilldelas kriteriet. Anbudet ska inte ställas mot varandra utan varje skrivtavla ska utvärderas efter hur väl den uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Det framgår klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att det som kommer att utvärderas är pris, användarvänlighet av interaktiv skrivtavla och samarbete/arbetsätt. Det kan konstateras att flera konkurrenskraftiga anbud har inlämnats där alla anbud uppfyller de ställda kraven. Att flera anbud uppfyller kraven går inte att förutse och det faktum att priset har blivit avgörande innebär inte att anbudet har utvärderats efter utvärderingsgrunden lägsta pris. Att AV Syd anser att utvärderingen inte kan ske med utgångspunkt från en skriftlig beskrivning strider inte mot förfrågningsunderlaget.

Förutsättningarna i en offentlig upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget. Leverantören bedöms utifrån det inlämnade anbudet i den specifika upphandlingen. Varje upphandling är unik och förutsättningarna är olika.

Tabulas anbud har således bedömts utifrån förutsättningarna i aktuell upphandling. Att Tabulas skrivtavla har bedömts som mindre användarvänlig i en tidigare upphandling eller att andra upphandlande myndigheters utvärderingar har visat stora skillnader i användarvänlighet kan följaktligen inte ligga till grund vid utvärderingen i den nu aktuella upphandlingen. Även om AV Syd anser att deras skrivtavlor är mer användarvänliga än Tabulas anser förvaltningsrätten att AV Syd inte förmått göra det sannolikt att Malmö stad tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av Tabulas anbud. Enligt förvaltningsrätten framkommer inget annat än att utvärderingen har genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Frågan om Malmö stad har tagit ovidkommande hänsyn vid poängsättningen avseende underkriteriet "Pedagogiskt material utöver mjukvara"

Parternas argumentering

AV Syd: I förfrågningsunderlaget ställs frågan om det finns "användare forum". Om användareforum finns ska det rendera en högre poäng än om det saknas. Av Tabulas anbud framgår tydligt att man inte tillhandahåller något sådant forum. Den hemsida som Tabula hänvisar till www.lektion.se är tillgänglig för envar och är inte på något sätt unik för Tabula eller för de aktuella produkterna. Hemsidan kan inte definieras som ett användareforum avseende Tabulas skrivtavlor. Materialet på hemsidan är låst och det finns därför inte möjlighet för lärare att själva arbeta om och anpassa materialet. Denna möjlighet finns i det användareforum som AV Syds anbud innehåller. Andra anbudsgivare har egna användareforum. Vid en korrekt utförd utvärdering kan inte Tabulas anbud i denna del tilldelas samma poäng som de anbudsgivare som erbjuder användareforum.

Malmö stad: Det uppställs inget krav på att anbudsgivare ska ha ett eget användareforum. Det efterfrågas en funktion, dvs. det ska finnas möjlighet

att dela erfarenheter, lektioner och tips. Utifrån kriterierna i förfrågningsunderlaget kan det konstateras att Tabula har ett användareforum samt lektioner på svenska vilket ger maximal poäng på denna punkt. Att andra anbudsgivare använder sig av ett annat, gemensamt användareforum påverkar inte bedömningen att Tabula uppfyller kravet avseende användareforum. Utformningen av forumet är inte specificerat i förfrågningsunderlaget och det finns ingen självklarhet i att det ena skulle vara bättre än det andra. Utvärderingen strider inte mot förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår inte att det uppställs ett krav på att anbudsgivare ska ha ett användareforum utan det som efterfrågas är sätt för användarna att dela med sig av undervisningsmaterial, erfarenheter och tips. Det är den upphandlande myndigheten som har att utvärdera ingivna anbud. Vid utvärderingen har Malmö stad gjort bedömningen att Tabula har ett användareforum. Även om AV Syd anser att deras användareforum erbjuder bättre möjligheter och bättre stöd än Tabulas användareforum har man enligt förvaltningsrättens förmenande inte förmått göra det sannolikt att Malmö stad tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av Tabulas anbud. Malmö stad har således inte åsidosatt kravet på affärsmässighet.

Frågan om Malmö stads krav på att offerera specifika projektmodeller strider mot 6 kap. 4 § LOU

Parternas argumentering

AV Syd: Malmö stad har i förfrågningsunderlaget efterfrågat projektmodeller med angivna fabrikat. Detta strider mot bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU, vilken är ovillkorligt gällande. Bestämmelsen är ett uttryck för icke-diskrimineringsprincipen och den är tillämplig oavsett om någon diskrimi-

nering skett eller kan antas ske. Inför upphandlingen har frågor ställts och Malmö stad har vidhållit att anbudsgivare ska offerera de exakta projektormodellerna. Åtminstone en intressent har inte haft tillgång till projektorerna och har därför avstått från att lämna anbud. Det kan förekomma situationer då en upphandlande myndighet inte klarar av att beskriva föremålet för upphandlingen i så generella termer att förfrågningsunderlaget skulle tjäna något praktiskt syfte. I en sådan situation kan undantaget tillämpas som innebär att det finns möjlighet att hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung. En sådan hänvisning ska dock utformas så att även likvärdiga varor kan komma i fråga. Inte någon av de omständigheter som skulle kunna medge undantag från kravet på att upphandling ska avse också likvärdiga produkter har gjorts gällande i målet. Genom att uppställa ett otillåtet krav om en viss typ av projektor har vissa företag gynnats medan andra har missgynnats. Malmö stads produktspecifika krav hämmar konkurrensen på det sättet att andra tillverkares produkter utesluts. Vidare hämmas konkurrensen av att olika anbudsgivare har olika avtal med leverantören, köper olika stora volymer och därmed har olika inköpspris.

Malmö stad: Upphandlingen avser återförsäljare och inte tillverkare. Samtliga anbudsgivare har tillgång till på marknaden förekommande fabrikat. Angivna fabrikat representerar fem vanligt förekommande produkter. Denna förutsättning medför att potentiella anbudsgivare varken missgynnas eller gynnas utan ger dem snarare lika förutsättningar att konkurrera. Samtliga anbudsgivare har offererat efterfrågade fabrikat. De små skillnader i pris som finns i anbuden hänför sig till hur väl respektive återförsäljare tecknar avtal med samarbetspartners eller vilka påslag samarbetspartnern tillämpar. För Malmö stad är detta ett utmärkt sätt att utvärdera en återförsäljares erbjudande och samtidigt uppnå det ekonomiskt bästa anbudet. Dessutom undviks den numera allt vanligare situationen att leverantörer offererar undermålig kvalitet till lågt pris vilket medför en diskussion avseende produkters likvärdighet.

Under den inledande upphandlingsfasen har den specifika marknaden för projektorer undersökts på ett fördjupat sätt. Det har således säkerställts att projektorer är en produkt som är tillgänglig för alla återförsäljare på den specifika marknaden. Att ingen återförsäljare har gynnats eller missgynnats framgår av utvärderingen eftersom det genom den kan konstateras att erbjudna priser avseende projektorer är mycket lika.

Samtliga intressenter som ställt frågor under annonseringstiden och som varit intresserade av att delta i upphandlingen har de facto lämnat anbud. Även den intressent som AV Syd påstår inte ska ha haft tillgång till de efterfrågade projektorerna har erbjudit de fabrikat som efterfrågats. Det visar att återförsäljare på marknaden för projektorer har möjlighet att erbjuda efterfrågade produkter.

Förvaltningsrättens bedömning

AV Syd har offererat de efterfrågade projektorerna. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att AV Syd lidit eller kan komma att lida skada. Enligt förvaltningsrätten har AV Syd inte förmått visa att man har lidit eller kan komma att lida skada genom att Malmö stad efterfrågat specifika projektorer. Det förhållandet att någon annan leverantör skulle avstå från att lämna anbud förändrar inte denna bedömning. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva om Malmö stads agerande strider mot LOU.

Sammanfattning


Förvaltningsrätten finner att AV Syd inte förmått göra det sannolikt att Malmö stad brutit mot bestämmelserna i LOU eller mot de grundläggande principerna på sådant sätt att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Mot

bakgrund av det anförda finns det inte skäl för ingripande enligt LOU. AV Syds ansökan härom ska därför avslås.

Särskilda upplysningar

Rättens interimistiska beslut från den 13 januari 2010 upphör genom denna dom att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan anvisade besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.