



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2018-05-04

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (7)

Mål nr

2810-18

KONKURRENSVERKET	
2018-05-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

ITF Svensk IT Funktion AB, 556570-3500

Ombud: Advokat Christoffer Stavenow, Jur. kand. Erik Sollenberg och

Jur. kand. Max Thimmig

Stavenow & Partners Advokatbyrå AB

Skeppsbron 40

111 30 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk

115 88 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 960227

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför en upphandling avseende ramavtal gällande IBM-produkter, reservdelar och kompletteringar, (diarienummer 17FMV7647). Upphandlingen genomförs i ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut framgår att FMV beslutat att teckna avtal med i första hand Shibuya Crossing AB, i andra hand ITF Svensk IT Funktion AB (ITF AB) och i tredje hand Load System AB.

ITF AB yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först efter rättelse på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid anbudet från Shibuya Crossing AB förkastas. En företrädare för Shibuya Crossing AB har konsultuppdrag inom IT hos FMV. Shibuya Crossing AB kan ha gynnats i upphandlingen på grund av att bolagets företrädare har deltagit i arbetet hos FMV. FMV har inte visat att det är uteslutet att företrädaren har påverkat utformningen av upphandlingsdokumenten eller på annat sätt har påverkat förutsättningarna i upphandlingen till Shibuya Crossing AB:s fördel. FMV har således inte visat att det är uteslutet att Shibuya Crossing AB:s deltagande i upphandlingen strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Shibuya Crossing AB har tilldelats första plats och ITF AB har tilldelats andra plats i ramavtalet. ITF AB hade således tilldelats första plats om det inte vore för att FMV hade antagit Shibuya Crossing AB:s anbud i strid mot LOU. ITF AB har därmed lidit skada eller kan komma att lida skada på det sätt som avses i 20 kap. 6 § LOU. FMV:s nämnda överträdelse har inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därför tillräckligt att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas.

FMV bestrider ITF AB:s ansökan om ingripande. FMV har inte brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan

bestämmelse i lagen som medfört att ITF AB lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att sökanden har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Det framgår av 4 kap 8 § LOU att om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget. Vidare att en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av upphandlingen får uteslutas från förfarandet endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs. Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de få möjlighet att lägga fram utredning om att deras deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen.

I 13 kap. 3 § 7 LOU anges att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpa en snedvridning av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i 4 kap. 8 §.

ITF AB anför bl.a. följande. [REDACTED] anställd som ” Senior Solution Advisor” hos Shibuya Crossing AB tillika styrelseledamot i Shibuya Crossing AB och dess moderbolag Shibuya AB, arbetade som konsult på Försvarmakten under den period som den aktuella upphandlingen planerades och genomfördes. [REDACTED] har arbetat med Försvarmaktens IT-lösningar och särskilt med just IBM-produkter som är föremål för upphandlingen. Det framgår av e-postkommunikation mellan ITF AB och Försvarmakten. Det framgår att [REDACTED] är kontaktperson för de i dokumenten listade IBM-produkterna. Mot denna bakgrund kan det antas att [REDACTED] har varit delaktig i att definiera Försvarmaktens behov av IT och särskilt myndighetens behov av IBM-produkter. Det kan också antas att [REDACTED] har en stor faktisk insikt i hur Försvarmaktens framtida inköp av IBM-produkter kommer att se ut. Det är naturligtvis kunskap som skulle vara till fördel för en leverantör som avser lämna anbud i en upphandling avseende IBM-produkter till Försvarmakten.

Upphandlingen avser ett ramavtal för reservdelar och kompletteringar av IBM-produkter till Försvarmakten. [REDACTED] har inför och under upphandlingens genomförande arbetat med IBM-produkter hos Försvarmakten. Under dessa omständigheter saknar det betydelse att [REDACTED] har arbetat på Försvarmakten, som formellt är en separat myndighet från FMV. Med hänsyn till den nära kopplingen mellan Försvarmakten och FMV kan det antas att [REDACTED] har varit delaktig i framtagandet av underlaget till upphandlingen. Det kan också antas att [REDACTED] har vetskap om Försvarmaktens framtida behov av de produkter som omfattas av ramavtalet. Detta innefattar bl.a. vetskap om vilka produkter som i praktiken kommer att avropas av myndigheten. Shibuya Crossing AB har lämnat en anmärkningsvärt hög rabatt i sitt anbud vilket kan vara en följd av att bolaget haft tillgång till information som övriga anbudsgivare inte har haft tillgång till.

FMV anför bl.a. följande. [REDACTED] har inte konsultuppdrag hos FMV utan hos Försvarmakten. FMV och Försvarmakten är två i förhållande till varandra fristående myndigheter med skilda uppdrag. Det är FMV som ansvarar för genomförandet av upphandling för försvarets behov. Det har inte framkommit att [REDACTED] har medverkat i förberedelserna av den aktuella upphandlingen.

Vid påbörjandet av den aktuella upphandlingen genomfördes en inledande dialog mellan FMV:s inköpare och Försvarmaktens tekniskt sakkunniga [REDACTED]. Den inledande dialogen gav vid handen att behoven av IBM-produkter var i stort sett desamma som behoven för det närmast föregående ramavtalet av IBM-produkter. Utgångspunkten var därför att upphandlingen skulle baseras på redan befintliga underlag. Försvarmakten har inte heller bidragit i arbetet med tekniska specifikationer. Försvarmaktens deltagande har varit av mindre omfattning och bestått av att personal vid FMTIS IT-Driftcentral i egenskap av tekniskt sakkunniga bidragit genom sammanställning av produktlistor, underlag för val av viktning mellan olika produkter samt korrekturläsning av upphandlingsdokumenten. Av det bilagerade yttrandet från Försvarmakten framgår också att arbetet utförts av andra än konsulten [REDACTED]. En jämförelse mellan viktningen i det föregående ramavtalet och viktningen i det nu aktuella ramavtalet visar också att endast smärre justeringar skett. Det är ett orimligt antagande att [REDACTED] skulle ha en faktisk vetskap om de avrop som i framtiden kommer att ske från respektive myndighet och som skulle innebära en snedvridning av konkurrensen.

Sammanfattningsvis står det klart att [REDACTED] inte deltagit i förberedelserna av den aktuella upphandlingen enligt 4 kap. 8 § LOU. FMV har därför inte bedömt att det varit aktuellt att vidta någon av de åtgärder som stipuleras i bestämmelsen. För det fall domstolen skulle anse att [REDACTED]

██████████ har deltagit i förberedelserna i upphandlingen, har det vart fall inte varit fråga om en otillbörlig medverkan.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att FMV ansvarar för Försvarmaktens materiel. FMV har både i uppgift att styra utformningen av försvarsmateriel och att upphandla den för Försvarmaktens räkning.

Likabehandlingsprincipen innebär att samtliga leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Principen innebär också att samtliga leverantörer ska ha samma förutsättningar för att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud, exempelvis ska leverantörerna få samma information samtidigt. Så kallat konsultjäv kan uppstå om en konsult haft i uppdrag av den upphandlande myndigheten att medverka vid utformandet av underlaget till upphandlingen, och därefter har varit involverad i upphandlingen som anbudsgivare. På så sätt blir konsulten en dubbelt medverkande leverantör. Som huvudregel är dock så kallad dubbel medverkan tillåten. Emellertid får leverantören uteslutas om leverantören på grund av sin dubbla medverkan fått otillbörliga fördelar och det därför inte är möjligt att upprätthålla likabehandlingsprincipen (jfr 4 kap 8 § LOU).

I FMV:s tilldelningsbeslut avseende aktuell upphandling anges att ██████████ ██████████ är ansvarig för upphandlingen och att ██████████ är sakansvarig. Beslutet är daterat och undertecknat den 25 januari 2018.

Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

ITF AB påstår att [REDACTED] har arbetat som konsult hos Försvarsmakten innan och under nu aktuell upphandling och har för att styrka det påståendet kommit in med ett e-post meddelande mellan en företrädare på Försvarsmakten och [REDACTED]. I e-postmeddelandet, från den 29 november 2017, hänvisar företrädaren på Försvarsmakten till [REDACTED] om [REDACTED] skulle ha några frågor. Vidare har ITF AB gett in två dokument benämnda "Underlag för POPK till RFC: C325721". I dokumenten anges att kontaktpersonen för underlagen är [REDACTED]

FMV medger att Försvarsmakten har deltagit i den aktuella upphandlingen i mindre omfattning men uppger att Försvarsmakten inte har bidragit i arbetet med tekniska specifikationer. FMV uppger också att [REDACTED] inte har arbetat med den aktuella upphandlingen och har även för att styrka det kommit in med ett intyg från Försvarsmakten.

Förvaltningsrätten finner det utrett att [REDACTED] har arbetat som konsult hos Försvarsmakten. Däremot anser förvaltningsrätten det inte visat att [REDACTED] har deltagit i förberedelserna av den aktuella upphandlingen hos FMV. Vad ITF AB har åberopat ger inte anledning att ingripa med stöd av LOU. ITF AB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Åsa Nilsson

Rådman

Hanna Axelsson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida