



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2011-07-04  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 8227-11  
 Enhet 14

**SÖKANDE**

Caperio AB, 556583-4875

Ombud: Advokat Magnus Jonson  
 Sandart & Partners Advokatbyrå KB  
 Box 7131  
 103 87 Stockholm

**MOTPART**

Kammarkollegiet  
 Box 2218  
 103 15 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-07-05	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 15 april 2011 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 136410

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		<b>E-post:</b> forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

## BAKGRUND

Kammarkollegiet genomför en ramavtalsupphandling avseende programvaror med tillhörande tjänster i IT-miljöer (Licensförsörjning 2010, dnr 93-35-10). Upphandlingen genomförs med ett selektivt förfarande enligt 4 kap. LOU.

Kammarkollegiet har den 8 april 2011 beslutat att teckna ramavtal med andra anbudsgivare än Caperio AB (bolaget). Enligt Kammarkollegiet uppfyllde bolaget inte samtliga ska-krav och det hade därmed inte kvalificerat sig. Beslutet i denna del motiverades enligt följande. Bolaget har angett "Google Analytics" som ett statistikvaruprogram. Enligt Kammarkollegiets bedömning är "Google Analytics" en programvara som tjänst (Software as a Service). Produkter och tjänster som inte omfattas av upphandlingen stryks från vidare hantering. Bolaget har inte verifierat att det kan tillhandahålla fem programvaror inom programvaruområdet statistikprogramvara i enlighet med krav 4.1.28 i kravspecifikationen.

## YRKANDEN M.M

**Bolaget** ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att utvärderingen av inkomna anbud ska göras om, varvid bolagets anbud ska ingå i utvärderingen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

**Kammarkollegiet** bestrider bifall till ansökan.

**Bolaget** anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Anbudet uppfyller samtliga ska-krav och borde därför ha ingått i utvärderingen. Bolaget har offererat fem programvaror, däribland Google Analytics, inom området

statistikprogramvaror. Kammarkollegiet ifrågasätter inte att Google Analytics är en programvara i enlighet med definitionen i punkt 3.1 i anbudsintjudan. Vad Kammarkollegiet i stället synes åberopa är vad som anges i anbudsintjudan under punkt 3, ”Upphandlingens omfattning”. Vad som framgår under punkt 3 ingår dock inte i definitionen av statistikprogramvaran eftersom punkt 4.1.28 i kravspecifikationen endast hänvisar till punkt 3.1 i anbudsintjudan. Vad som anförs under punkt 3 är således inte ett skakrav och redan på den grunden är Kammarkollegiets beslut felaktigt.

Om förvaltningsrätten trots allt skulle anse att vad som framgår direkt under punkt 3 är ett skakrav har bolaget under alla omständigheter uppfyllt det. Andra meningen i denna punkt kan rimligen inte tolkas på annat sätt än att det som upphandlas normalt är programvara som installeras hos kunden, men att det inte är uteslutet att också programvaror som tillhandahålls som en tjänst kan komma i fråga. Punkten 3 i anbudsintjudan, om den alls ska anses som ett skakrav, ger utrymme för att en sådan programvara som Google Analytics kan offereras. Även på denna grund är Kammarkollegiets beslut felaktigt.

I vart fall är punkten 3 i anbudsintjudan otydlig. Kammarkollegiet har angett föremålet för upphandlingen på ett sätt som inneburet att bolaget med fog kunnat utgå från att det inte är uteslutet att enstaka program tillhandahålls som t.ex. en programvara som tjänst. Kammarkollegiets inställning kan inte förstås på annat sätt än att de programvaror som ”i normalfallet” inte omfattas av upphandlingen är helt uteslutna från upphandlingen. Den tolkningen är emellertid inte förenlig med ordalydelsen och sammanhanget. Genom att ange att vissa programvaror ”i normalfallet” inte omfattas av upphandlingen blir inte gränsdragningen mellan sådana programvaror som enligt Kammarkollegiets uppfattning omfattas av upphandlingen respektive inte omfattas tydligare. Föremålet för upphandlingen definieras inte av förstudien utan det är vad som anges i anbudsintjudan som är relevant för

bedömningen. Dessutom var programvara som tjänst inte utesluten från upphandlingen utan sådan programvara skulle kunna tillhandahållas för licenshantering.

Om förvaltningsrätten skulle anse att punkt 3 i anbudsinbjudan skulle kunna ges den tolkning som Kammarkollegiet hävdar är definitionen av upphandlingens föremål så oklar att det skulle kunna strida mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i LOU att tillåta att upphandlingen avslutas. Detta eftersom anbudsgivarna inte getts förutsättning att lämna likvärdiga och konkurrenskraftiga anbud.

Genom att Kammarkollegiet felaktigt inte kvalificerat anbudet i utvärderingen har Kammarkollegiet brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har vidare lidit skada eftersom anbudet rätteligen skulle ha tagits upp till utvärdering.

**Kammarkollegiet** anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. Bolaget och kollegiet är eniga om att Google Analytics är en programvara som tjänst (molntjänst). Bolagets bedömning att Google Analytics är en statistikprogramvara saknar relevans – det är ett senare led att avgöra programvarans funktion – då det i anbudsinbjudan framgår att programvara som tjänst i normalfallet inte omfattas av upphandlingsföremålet. Skälen till att anbudet uteslutits är att bolaget offererat en vara som inte ligger inom upphandlingsföremålet och därmed inte är förenlig med givna anbudsförutsättningar.

Upphandlingen omfattar försörjning av programvarulicenser till offentlig sektor (därav upphandlingens benämning Licensförsörjning). Kollegiets förstudie Programvaror 2010 utgör ett underlag för upphandlingen och av förstudien framgår uttryckligen att Licensförsörjning och programvara som tjänst kommer att behandlas separat. I kapitel 1 i förstudien anges avseende

Licensförsörjning bl.a. att ”Inom detta område ska ett stort utbud av programvaror i licensformer förutom programvara som molntjänst upphandlas.”

Oberoende av detta framgår upphandlingens omfattning m.m. tydligt vid en ensidig granskning av ansökningsinbjudan och anbudsinbjudan. Ingressen till kapitel 3 i ”Anbudsinbjudan” definierar upphandlingens omfattning och är överordnat allt annat i upphandlingsunderlaget. Det finns ingen anledning att i kravspecifikationen punkt 4.1.28 hänvisa till både kapitel 3 och punkt 3.1 anbudsinbjudan då endast punkt 3.1 ger vägledning om vad en statistikprogramvara kan vara för någon sorts programvara. I kapitel 3 i anbudsinbjudan framgår uttryckligen vilka programvaror som i normalfallet inte omfattas av upphandlingen och bland dessa nämns särskilt programvara som tjänst (Software as a Service). Anledningen till att kollegiet angav vad som ”i normalfallet” inte omfattas av upphandlingen är att programvara kan tillhandahållas i två olika varianter, dels som en ren programvarulicens, dels som en programvara som tjänst. En strikt skrivning skulle också ha omöjliggjort tjänsten ”Licenshantering”. Förutsättningen för att offererad programvara ska omfattas av upphandlingen är att programvaran är generell, kan installeras och användas i kundens IT-miljö. En programvara som tjänst, i detta fall Google Analytics, går per definition inte att installera i kundens IT-miljö varför den inte omfattas av upphandlingen. Upphandlingsunderlaget medger inte heller att programvara för licenshantering skulle kunna tillhandahållas som programvara som tjänst. För tjänsten licenshantering får dock programvaran erbjudas som programvara som tjänst eftersom programvaran endast är ett verktyg för en tjänstleverans och inte säljs som en produkt.

Förvaltningsrätten har den 15 april 2011 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### *Förvaltningsrättens bedömning*

Vad som anges under punkten 3 i anbudsinbjudan är visserligen inte ett ska-krav i den mening som avses i offentliga upphandlingar. I den punkten anges i stället föremålet för upphandlingen. Att detta inte utformats som ett ska-krav hindrar dock inte att det kan läggas till grund för att utesluta anbudsgivare som offererar andra produkter än de som efterfrågas i upphandlingen. För det fallet att bolaget har offererat en programvara som inte omfattas av upphandlingsföremålet har Kammarkollegiet alltså inte förfarit felaktigt genom att inte räkna med den programvaran vid bedömningen av om bolaget uppfyllt ska-kravet om erbjudande av fem programvaror inom programvaruområdet statistikprogramvara.

I målet är ostridigt att bolaget under det aktuella programvaruområdet offererat en programvara som tjänst. Fråga är därmed om en sådan programvara omfattas av upphandlingsföremålet. Om så inte skulle vara fallet blir även fråga om det förhållandet tydligt framgått av underlaget för upphandlingen.

Vid bedömningen av föremålet för upphandlingen är inte bara innehållet i anbudsinbjudan avgörande utan allt underlag för anbud som tillhandhållits leverantörerna är av intresse (jfr 2 kap. 8 § LOU). I Kammarkollegiets förstudie, som publicerats och kommunicerats med bolaget, anges beträffande denna upphandling att det är programvaror i olika licensformer förutom programvara som molntjänst som upphandlas. Med hänsyn härtill framstår det som uppenbart att bolaget under det aktuella programvaruområdet offererat en programvara som inte ingått i upphandlingsföremålet. Upphandlingsföremålet kan dock inte anses slutligt fastställt förrän i anbudsinbjudan.

I anbudsinbjudan anges syftet med upphandlingen vara att underlätta försörjningen av programvaror i olika licensformer med tillhörande tjänster. Under rubriken Upphandlingens omfattning, dvs. punkt 3, anges syftet med framtida avrop vara i första hand att skriva kontrakt med en "licenspartner". Vidare anges under denna punkt att *det som upphandlas är generella programvaror som installeras och används i kundernas IT-miljöer*. I den följande meningen anges vidare att *programvaror som i normalfallet inte omfattas av upphandlingen bl.a. är programvara som tjänst*. Med hänsyn till kontexten och upphandlingens syfte kan man dock inte av sistnämnda skrivning dra slutsatsen att programvara som tjänst kan komma att upphandlas i egenskap av programvara och att anbudsgivarna därmed får offerera den typen av programvaror under programvaruområdena. Upphandlingsföremålet omfattar både programvaruområden (punkt 3.1) och tjänster (punkt 3.2) och uttrycket "i normalfallet" bör också ses i det sammanhanget. Under punkten 3.2, Licenshantering, framgår att sådana tjänster ofta utförs med hjälp av en speciell programvara och att denna programvara får erbjudas som programvara som tjänst och således är ett undantag från vad som anges i punkt 3.1. Programvara som tjänst kan således offereras i den delen upphandlingen avser tjänsten licenshantering, men inte i den delen avser programvarorna som anges under programvaruområden. Av an-

budsinbjudan framgår således att programvara som inte tjänst inte omfattas av föremålet för upphandlingen vad gäller programvaror, däribland området statistikprogramvara. Underlaget för upphandlingen har varit tillräckligt klart och tydligt för att sagda förhållande borde ha framgått för samtliga anbudsgivare.

Av vad som anförts i det föregående framgår att bolagets anbud inte uppfyller ska-kravet beträffande statistikvaruprogram och att hinder mot att kvalificera bolagets anbud till utvärderingen därmed har förelegat. Vad bolaget åberopat visar inte att Kammarkollegiet brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU saknas därmed. Ansökan om överprövning ska därför avslås med följd att förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör att gälla.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1A LOU)



Fredrik Bergius

förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Josephine Wilson





# 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. 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 vartill 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 nås 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 här 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.

DV 3109/1A LOU