



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2017-04-04
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6604-16 E

SÖKANDE

Misco AB, 556442-1435

Ombud: Advokaterna Carl Gärde och David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Danderydsgatan 14
114 26 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2017-04-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 203777

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se
www.forvaltningsrattenuppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västerås kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av IT-klienter, dnr 2015/997-KS. Kommunen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Caperio AB.

Misco AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten har i beslut den 10 februari 2017 och den 23 februari 2017 avslagit bolagets begäran om edition.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Det kan inte uteslutas att övriga anbudsgivares anbud innehåller brister i förhållande till uppställda obligatoriska krav i upphandlingen.

Förfrågningsunderlagets obligatoriska krav på minimikonfiguration avseende datormodellernas operativsystem enligt 3.2, 3.3.2 och 3.3.4 är att det ska vara "Kompatibelt med Microsoft Windows 7(x64), Windows 10(x64) eller motsvarande". Enligt bolagets uppfattning innebär detta att erbjuden dator ska vara konfigurerad med Windows 7 och Windows 10 eller motsvarande. Detta beror på följande skäl. Windows 7 är en motsvarande konfiguration till Windows 10. Om kravet skulle tolkas som att antingen Windows 7 eller Windows 10 efterfrågas saknas anledning att ange annat än Windows 7 eller motsvarande. Enligt förfrågningsunderlaget 3.4.1 anges endast "Kompatibelt med Microsoft Windows 10 eller motsvarande", vilket tyder på att den tidigare citerade kravtexten avser Windows 7 och Windows 10 eller motsvarande. Vidare kan noteras att när det enligt förfrågningsunderlaget anges minimikonfiguration avseende "Anslutningar" och "Justering" används kommatecken istället för "och".

Det föreligger en risk att flera anbudsgivare har valt att tolka kravet som att antingen Windows 7 eller Windows 10 fordras. Om så är fallet borde dessa anbud rätteligen ha förkastats då de inte uppfyller obligatoriskt krav i upphandlingen. Därutöver skapar anbudsgivare, som tolkar kravet på detta sätt, sig en otillbörlig frihet att erbjuda billigare produkter i dessa delar.

Kommunen har lämnat ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senare än sex dagar före angiven sista dag för att inkomma med anbud. Kommunen besvarade fyra frågor och publicerade ett informationsmeddelande efter kl. 22.00 den 30 november 2016. Sista dag att lämna anbud var den 5 december 2016. Därmed har kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget lämnats senare än sex dagar före sista anbudsdag. Både svaren och informationsmeddelandet innehöll uppgifter som var nödvändiga för anbudsgivare att få del av för att kunna avge ett giltigt och konkurrenskraftigt anbud. Kommunens förfarande står i strid med 8 kap. 9 § LOU och bristen har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Enligt förfrågningsunderlaget 4.4.1 anges att leverantörerna ska specificera pris på produkterna under punkterna 1-23 och monetärt påslag under punkterna a-j. Komplettering ledde till att punkten k) lades till. Avsnittet saknar bestämmelse eller instruktion om att prispåslag enligt punkterna a-k ska uttryckas i kronor eller procent. Bolaget har angett prispåslag i procent för punkterna a-k och har således uppfyllt kravet i denna del. Uppgifter om prispåslag i SEK kan inte anses haft någon betydelse för att bedöma anbudets innehåll då kommunen genom enkla uträkningar erhåller uppgifterna. Kravet att lämna prispåslag i SEK kan inte anses fylla någon funktion.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och det finns inte skäl för att rätta eller göra om upphandlingen. Den utvärdering och kvalificering som skett visar att vinnande anbudsgivare är kvalificerad och upp-

fyller samtliga krav samt att bolagets anbud inte uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav. Det finns därför ingen anledning att anta att bolaget lider eller skulle kunna lida skada om upphandlingen inte görs om eller rättas.

Det har framkommit att bolaget inte på ett korrekt sätt angett vissa i anbudet angivna priser. Av förfrågningsunderlaget har tydligt framgått att vissa priser ska anges med monetärt påslag, dvs. redovisas i SEK, medan bolagets anbud anger påslaget i procent. Det monetära påslaget innebär, till skillnad från procentuellt påslag, att priset för tjänsterna är oberoende av priset för produkterna. Det går därför inte att jämföra anbudsprislistan i bolagets anbud med övriga anbudsgivares prislista.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Frågan om övriga anbudsgivare uppfyllt skall-krav

Bolaget har gjort gällande att det finns en risk att övriga anbudsgivare inte uppfyllt förfrågningsunderlagets skall-krav. Bolaget har särskilt invänt att det finns en risk för att övriga anbudsgivare inte uppfyllt det obligatoriska kravet på datorernas minimikonfiguration, eftersom kravet ”Kompatibelt

med Microsoft Windows 7(x64), Windows 10(x64) eller motsvarande” rätteligen bör förstås så att erbjuden dator ska vara konfigurerad med Windows 7 och Windows 10 eller motsvarande.

Förvaltningsrätten finner inte stöd för att ett anbud där offererad dator är konfigurerad med Windows 7, men inte Windows 10, skulle kunna förkastas med hänvisning till skall-kravet. Det följer inte explicit av skall-kravets språkliga ordalydelse att det inte är tillräckligt att i anbudet offerera datorer som är konfigurerade med Windows 7. Skulle skall-kravet förstås så att dator ska vara konfigurerad med både Windows 7 och Windows 10, är kravet inte tillräckligt tydligt för att ett anbud skulle förkastas på den grunden att det avviker från denna tolkning. Även om det möjligen skulle kunna finnas en risk för att något av anbuderna inte offererar datorer som är konfigurerade med både Windows 7 och Windows 10, innebär detta dock alltså inte att det föreligger en motsvarande risk att anbuderna inte uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav.

Frågan om brister i det konkurrensuppsökande skedet

Bolaget har även invänt att kommunen har lämnat ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senare än sex dagar före angiven sista dag för att inkomma med anbud. Detta strider mot bestämmelsen i 8 kap. 9 § LOU. Det kan samtidigt konstateras att bolaget inte konkretiserat hur det kunnat lida skada till följd av kommunens försenade upplysningar. Den som gör gällande att det föreligger fel i en upphandling ska för att kunna vinna bifall inte endast påvisa bristerna i upphandlingen utan även orsaksambandet mellan dessa och åberopad skada. För att domstolen ska finna grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska också visa att så har varit fallet på grund av de brister som har påtalats (se HFD 2013 ref. 53).

Bolaget har inte förklarat vilken information det hade behövt få tidigare och hur kommunens dröjsmål försvårat för bolaget att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten finner därmed att det inte framstår som sannolikt att bolaget lidit skada till följd av att kommunen lämnade kompletterande upplysningar i ett sent skede.

Kommunens invändning att bolaget i anbudet inte uppfyllt skall-krav

Kommunen har gjort gällande att bolagets anbud inte uppfyller alla krav i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är kommunen berättigad att åberopa en sådan brist i målet hos förvaltningsrätten bl.a. med hänsyn till likabehandlingsprincipen (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012 i mål nr 924-12). Kommunen har pekat på att bolaget inte angett ett monetärt prispåslag utan istället angett ett påslag i procent.

I 4.1.1 anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska lämna sina offererade priser i denna del. Samtliga kostnader förenade med uppdraget ska ingå i offererade priser. Priserna ska anges i SEK exklusive mervärdesskatt. Priser för produkter ska utgöras av leverantörens inköpspris. Det monetära påslaget som redovisas separat under punkterna a-j nedan ska täcka alla leverantörens kostnader för att etablera och tillhandahålla de tjänster som omfattas av denna upphandling. Inga andra kostnader får förekomma.

Det är ostridigt i målet att bolaget inte angett ett monetärt prispåslag utan istället angett ett påslag i procent. Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget därmed avvikit från förfrågningsunderlagets krav. Som påpekats av kommunen innebär det monetära påslaget, till skillnad från procentuellt påslag, att priset för tjänsterna är oberoende av priset för produkterna. Utrymmet för att bortse från avvikelser från skall-krav får anses mycket begränsat (se HFD 2016 ref. 37 I och II). Förvaltningsrätten finner därmed att bolagets anbud inte kan godtas i upphandlingen.

Förvaltningsrätten kan dock även konstatera, att kommunens invändning om att bolaget inte uppfyllt skall-kraven i upphandlingen inte i sig utesluter att

bolaget skulle kunna lida skada i upphandlingen. Bolaget gör nämligen gällande att samtliga övriga anbud ska förkastas och det är under alla omständigheter en förutsättning för att bolaget ska kunna lida skada att så är fallet, eftersom bolaget lade det dyraste anbudet i upphandlingen. I den situationen att ingen anbudsgivare uppfyller skall-kravet kan fortfarande en anbudsgivare lida skada om upphandlande myndighet tilldelar någon annan anbudsgivare kontrakt istället för att annonsera upphandlingen på nytt (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2014, mål nr 6928-13 och EU-domstolens avgörande C-100/12, Fastweb). Det faktum att bolagets anbud inte är kvalificerat får däremot betydelse för val av påföljd i det fall att bolagets talan skulle vinna bifall. Hade bolagets anbud varit kvalificerat hade förvaltningsrätten i sådant fall kunnat förordna om rättelse, medan det nu – om bolaget hade kunnat visa att det föreligger fel i upphandlingen – istället skulle blivit aktuellt att förordna att upphandlingen skulle göras om, eftersom inga giltiga anbud kvarstod. Ansökan om överprövning kan således inte avslås på den grunden att bolaget inte uppfyllt skall-kraven.

Särskilt om förvaltningsrättens utredningsskyldighet

I avgörandet HFD 2015 ref. 55 fann Högsta förvaltningsdomstolen att det låg i förvaltningsdomstols utredningsansvar enligt 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, att fordra in uppgifter från den upphandlande myndigheten. Det ankom därvid på den domstolen att pröva om kommunikation kunde underlätas enligt 18 § FPL och, om så inte var fallet, i ljuset av unionsrättens krav pröva om parts rätt till insyn kan begränsas med stöd av 10 kap. 3 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. I mål C-450/06, Varec, uttalade EU-domstolen att det är nödvändigt att prövningsorganet har tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet eller ärendet med fullständig information om fakta, inbegripet konfidentiell information och affärshemligheter (punkt 53).

Frågan om domstolens utredningsskyldighet ställs på sin spets i mål där anbudena till stora delar omfattar affärshemligheter och är sekretessbelagda,

samtidigt som det redan utifrån den sökande anbudsgivarens rangordning i upphandlingen framstår som osannolikt att det skulle kunna visas att han lider skada. En motsvarande situation uppkommer om bolagets anbud förkastats och bolaget gör gällande att samtliga övriga anbudsgivares anbud också ska förkastas. Eftersom sekretessen vid partsinsyn enligt 10 kap. 3 § första stycket OSL är betydligt svagare än när handlingar begärs ut från myndighet, innebär det att en anbudsgivare genom att ansöka om överprövning skulle kunna beredas tillgång till affärsinformation från konkurrenter i betydligt högre utsträckning än genom att begära ut anbuden såsom allmän handling.

Enligt förvaltningsrättens bedömning bör en utgångspunkt vara att den sökande anbudsgivarens invändningar mot upphandlingen framstår som rimligt befogade för att förvaltningsrätten ska ha anledning att begära in sekretessbelagda handlingar för att utreda målet såsom dess beskaffenhet kräver. Det bör inte anses tillräckligt att sökanden i allmänhet önskar utreda att upphandlingen genomförts korrekt. Det bör finnas en konkretiserad risk för att den upphandlande myndigheten frångått de upphandlingsrättsliga principerna och att det inte framstår som alltför osannolikt att sökandens talan kan vinna bifall.

Av handlingarna i målet framgår att bolagets anbud var det dyraste och därmed kom som nummer fem i upphandlingen. I HFD 2015 ref. 55 hade sökanden placerat sig på andra plats. Till skillnad från i HFD 2015 ref. 55 framstår det redan av detta skäl som mer långsökt att bolagets talan skulle kunna vinna bifall.

Bolaget har gjort gällande att det finns en risk att den upphandlande myndigheten godkänt anbud där erbjudna datorer endast konfigurerats med Office 7. Förvaltningsrätten har funnit att, om så skulle vara fallet, detta inte skulle kunna utgöra skäl att förkasta anbudet ifråga.

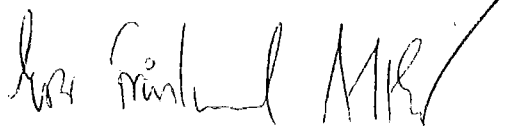
I föreliggande mål har alltså konstaterats att bolagets invändning mot upphandlingen såvitt gäller skall-kravsuppfyllnad inte skulle kunna föranleda ett bifall även om övriga anbud innefattar sådana erbjudanden som bolaget befarar. Det saknas därför utifrån förvaltningsrättens utredningsskyldighet helt anledning att begära in övriga leverantörers anbud för att avgöra målet.

Sammanfattning och slutsatser

Förvaltningsrätten har funnit att bolaget inte visat att det skulle föreligga något fel, som bolaget kunnat lida skada av, i upphandlingen. Bolaget har dels i allmänna ordalag anfört att det finns behov av att kontrollera att kommunen agerat korrekt i upphandlingen och att samtliga obligatoriska krav iakttagits av de övriga anbudsgivarna, dels konkretiserat vilket skallkrav kommunen skulle ha kunnat bryta mot. Förvaltningsrätten har funnit att det, i den del bolaget i sin talan konkretiserat avvikelser från skallkrav, inte kan finnas skäl för ett ingripande oavsett bevisning. När det gäller invändningen om att information lämnats för sent av den upphandlande myndigheten har förvaltningsrätten konstaterat att det inte påvisats något orsaksamband mellan den påstådda överträdelsen och att bolaget skulle ha kunnat lida skada.

Bolagets ansökan ska mot denna bakgrund avslås.

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



Eva Frånlund Althin

rådman

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



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, midsommarafteon, 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.