



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-02-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25175-12 och 25202-
25208-12

Sida 1 (13)

SÖKANDE

Digpro Solutions AB, 556510-8593

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. Botkyrka kommun
147 85 Tumba
2. Huddinge kommun
3. Salems kommun
4. Nynäshamns kommun
5. Nykvarns kommun
6. Haninge kommun
7. Södertälje kommun
8. Tyresö kommun

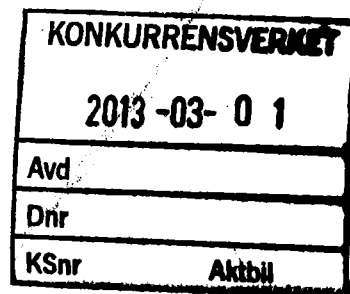
Ombud för 2-8: Anders Kuylser
Botkyrka kommun
147 85 Tumba

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 317555

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Botkyrka, Huddinge, Salems, Nykvarns, Nynäshamns, Haninge, Södertälje respektive Tyresö kommun (kommunerna) genomför en gemensam upphandling kallad *Geografiskt Informationssystem, 2012:70*. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut den 19 november 2012 framgår att kommunerna har beslutat att anta en annan leverantör än Digpro Solutions AB (Digpro).

Digpro ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar *i första hand* att upphandlingen ska rättas på så vis att utvärderingen görs om varvid Digpros anbud beaktas och *i andra hand* att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Digpro

Skallkraven är uppfyllda

Kommunernas förkastande av Digpros anbud saknar grund och upphandlingen har därmed genomförts i strid med principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU.

I tilldelningsbeslutet angavs att anbudet från Digpro förkastades på två grunder; dels saknade anbudet svar på fråga IF45, dels hade Digpro inte lämnat in fallstudier enligt punkterna 9.6.1 och 10.5.1.

I förfrågningsunderlaget har kommunerna uppställt följande krav i punkten IF45.

Anbudsgivaren skall beskriva hur den tekniska infrastrukturen i den föreslagna lösningen för Söderkommunernas GIS-miljö är uppbyggd, inklusive en beskrivning av: Katastrofhantering, failover och recovery, backup, övervakning samt tillgänglighet.

Digpro har accepterat ovan angivet skallkrav i sin svarsbilaga genom att svara "ja" på frågan om kravet uppfylls. På grund av ett misstag har däremot den bilaga som bolaget hänvisade till inte bifogats vid anbudslämnandet. Av detta följer emellertid inte per automatik att skallkrav IF45 inte är uppfyllt. Det framgår av övriga delar av Digpros anbud att skallkravet i IF45 är uppfyllt, genom svaren på överlappande skallkrav. Det är inte förenligt med de grundläggande principerna att utesluta en anbudsgivare för det fall det saknas en viss bilaga till anbudet, under förutsättning att det framgår av anbudet i övrigt att kraven är uppfyllda. Det följer av Kammarrätten i Stockholms dom den 22 april 2010 i mål nr 8202-09 att endast den omständigheten att ett bolag inte kryssat i "ja-rutan" i anslutning till ett visst krav inte innebär att kravet inte är uppfyllt, förutsatt att det framgår av anbudet i övrigt att kravet accepterats och uppfyllts. Samma synsätt får anses gälla när en bilaga inte har bifogats. Kommunernas förkastande av anbudet har därmed varit felaktigt.

Eftersom bifogad bilaga var en dubblett av en annan bilaga har det också varit uppenbart för kommunerna att Digpro inte haft för avsikt att hänvisa till den felaktiga bilagan. Digpro åberopar även Kammarrätten i Stockholms dom den 26 november 2007 i mål nr 5942-07 till stöd för att kommunerna har agerat felaktigt då anbudet uteslöts. I målet ansåg kammarrätten att det oavsett om anbudsgivaren inte redovisat ett skallkrav i enlighet med förfrågningsunderlagets instruktioner inte fanns skäl att förkasta anbudet, eftersom det ändå framgick att skallkravet var uppfyllt. Kommunernas agerande står vidare helt i strid med de regelförenklingar som skett och den intention som lagstiftaren haft med LOU.

Att anbudet från Digpro uppfyllde samtliga skallkrav och kvalificerat sig för en utvärdering stöds också av kommunernas hantering av Digpro. Trots att kommunerna i tilldelningsbeslutet angett att Digpro inte uppfyller de formella kraven har bolaget kallats till en redovisning av democase och fallstudier, vilket ingår i utvärderingsfasen. Presentationen genomfördes först den 24 oktober 2012, det vill säga 16 dagar efter sista anbudsdag. Vid denna tidpunkt måste det ha stått klart för kommunerna att de inte ansåg att anbudet var kvalificerat. Genom att tillåta ett genomförande av presentationen har kommunerna indirekt meddelat Digpro att anbudet kvalificerats. Någon annan anledning för Digpro att genomföra en kostsam presentation på 70 000–100 000 kr, som skulle ligga till grund för utvärderingen, kan inte ha funnits. Kommunerna har vidare gjort en fullvärdig utvärdering av anbudet från Digpro. I tilldelningsbeslutet är kolumnen för Digpro visserligen tom men i pdf-dokumentet finns gömda siffror, som om kommunerna faktiskt har genomfört en utvärdering.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen

Av EU-domstolens praxis följer att en åtskillnad måste göras mellan kvalificerings- och utvärderingsfasen. Kriterier som hänför sig till anbudsgivarens kapacitet att utföra ett kontrakt som sådant är inte tillåtet att använda som utvärderingskriterier. Det är vidare inte tillåtet att använda samma kriterium i såväl kvalificerings- som utvärderingsfasen i samma upphandling. Den omständigheten att en anbudsgivare, oavsett anledningen därtill, inte besvarat ett visst utvärderingskriterium kan således inte leda till att anbudet utesluts från hela utvärderingen. Givetvis påverkas utvärderingen av det faktum att en fråga inte är besvarad. Kommunerna har emellertid uteslutit anbudet från Digpro trots att fallstudierna inte utgjorde ett skallkrav i upphandlingen. Kommunerna vidgår dessutom att en sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskraven faktiskt har skett.

Upphandlingen har inte varit tillräckligt tydlig och förutsebar

För det fall rättelse inte kan komma ifråga gör Digpro gällande att upphandlingen inte har varit tillräckligt förutsebar och transparent.

Kommunerna har förkastat Digpros anbud bl.a. eftersom Digpro inte bifogat några fallstudier till sitt anbud. Fallstudierna efterfrågas i förfrågningsunderlagets avsnitt 10.5 i vilket anges att anbudsgivarna skriftligen ska redovisa förslag till lösning för åtta fallstudier. Fallstudierna anges sedan dels i bilaga 14, dels i punkterna 10.5.5–10.5.12. Däremot har kommunerna inte någonstans i förfrågningsunderlaget angett hur svaren ska redovisas, utan har endast angett hur många poäng som kan erhållas.

Kommunerna har vidare tydligt angett i förfrågningsunderlaget att Tend-Sign utgör en garanti för att anbudet är komplett vid anbudslämnandet. Vad gäller fallstudierna finns emellertid inget utropstecken angivet och det finns heller inte något fält som kan fyllas i av anbudsgivarna. För det fall en anbudsgivare inte har lämnat uppgift om fallstudier reagerar inte Tend-Sign på att anbudet saknar information. Den kontrollfunktion som kommunerna har garanterat har således inte fungerat. Agerandet innebär också att förfrågningsunderlaget brister avseende förutsebarhet och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Det har inte heller varit tydligt ens för kommunerna själva hur och när fallstudierna skulle redovisas. Det framgår att datumet för presentationen av democase och fallstudier har infallit utanför den i förfrågningsunderlaget angivna perioden 2–22 oktober 2012, eftersom presentationen hölls den 24 oktober 2012. Kommunen har också i den reviderade inbjudan frånfallit att fallstudier skulle presenteras, trots att det angavs i förfrågningsunderlaget.

Det kan inte vara anbudsgivarnas skyldighet att under anbudstiden ställa frågor för det fall det föreligger otydligheter i förfrågningsunderlaget, detta

eftersom otydligheterna och deras inverkan på anbudslämnandet kan visa sig först efter anbudstidens utgång.

Digpro har lidit skada

Eftersom upphandlingen har genomförts i strid med LOU och annan anbudsgivare har tilldelats upphandlingen har Digpro lidit skada. Dipro har lämnat ett anbudspris som är ca 19 procent lägre än den vinnande anbudsgivarens. Utvärderingen av fallstudier har endast representerat fyra procent av utvärderingen som inte utgörs av Pris (Funktionalitet och kvalitet). Även om Digpro skulle ha tilldelats noll poäng avseende fallstudier skulle Digpro ha kunnat komma i fråga för kontraktet.

Kommunerna

Förfrågningsunderlaget är tydligt, förutsebart och transparent. Digpro har haft möjlighet att under anbudstiden begära förtydliganden om bolaget ansett att förfrågningsunderlaget varit otydligt utformat, vilket även anges i förfrågningsunderlaget.

Det finns saklig grund för att utesluta Digpros anbud från utvärderingen. Anbudet uppfyller inte de krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget. Det är anbudsgivarens yttersta ansvar att se till att anbudet innehåller samtliga efterfrågade uppgifter. Upphandlande myndigheter har ytterst begränsade möjligheter att tillåta kompletteringar eller förtydliganden av lämnat anbud och i detta fall har det varit uteslutet att låta Digpro komplettera eller förtydliga sitt anbud efter anbudstidens utgång. Av punkten 9.3.2 i förfrågningsunderlaget framgår med tydlighet att svar på frågorna ska lämnas i anslutning till respektive fråga eller i separat bilaga. Digpro har inte lämnat någon skriftlig redovisning av fallstudierna, vilket bolaget medger.

Bolaget har bekräftat att ett misstag har skett avseende krav IF45 genom att bolaget inte har bifogat den bilaga som hänvisades till. Kommunerna anser att detta misstag innebär att den tekniska infrastrukturen inte kan verifieras och att det därmed inte framgår hur grundfunktionerna uppfylls i lösningsförslaget. Digpro hävdar att det framgår att krav IF45 är uppfyllt genom hänvisning till anbudsgivarens svar gällande övriga krav. Bolaget har uppenbart inte förstått att skallkravet inte gäller huruvida det har "katastrofhantering, failover, recovery, backup, övervakning och tillgänglighet" utan att bolaget ska redovisa en IT-infrastruktur med dessa funktioner i ett särskilt dokument. Om det nu hade varit så att de inom citationstecken nämnda funktionerna verkligen stod att finna i övriga delar av anbudet skulle kommunerna kanske ha kunnat anse kravet som uppfyllt. De enda ord som går att hitta är emellertid övervakning, backup och tillgänglighet. Detta innebär att kommunerna, även med beaktade av övriga delar av anbudet, inte hade kunnat bekräfta att Digpro uppfyller kravet på att leverera en lösning med "katastrofhantering, failover, recovery, backup, övervakning och tillgänglighet". Det är bolagets ansvar att anbud som lämnas in uppfyller samtliga krav. Det ansvar som kommunerna har för att underlätta den administrativa bördan hos anbudsgivare kan inte ta bort anbudsgivarens eget ansvar.

Det bestrids att kommunerna har kvalificerat anbudet i och med att kallelsen skickades till Digpro. Bolaget kallades till presentation av democase den 15 oktober 2012, dvs. fyra arbetsdagar efter sista anbudsdag. Kallelsen skickades till samtliga anbudsgivare för att de skulle ges möjlighet att förbereda en presentation av democase. Vid tidpunkten för utskicket av kallelsen pågick kontroll och verifiering av kravuppfyllnad. I samband med detta konstaterade kommunerna att anbudet förmodligen inte var kvalificerat. Kommunerna valde då att genomföra presentationen och låta utvärderingsgruppen genomföra utvärderingen av democase. Upphandlingsgruppen verifierade efter detta att anbudet inte uppfyllde samtliga krav och att det inte fanns några möjligheter att tillåta en komplettering. Även för det

fall att kommunerna har gjort fel i att kalla Digpro till en presentation av democase kan detta inte förringa bristerna i bolagets anbud.

Huruvida Digpro har haft kostnader för att genomföra presentationen är irrelevant för prövningen. Den aktuella tidsförskjutningen förorsakades bl.a. av ett stort antal frågor i slutet av anbudstiden och att Digpro i e-mail angav att det hade en inplanerad konferensresa samt ett annat åtagande. Digpro har vidare inte visat att det lidit eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. 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). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU. Förvaltningsrätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Skallkrav IF45

Digpro har gjort gällande att kommunerna felaktigt har uteslutit bolagets anbud med motiveringen att anbudet saknar svar på fråga IF45. Bolaget har anfört att den bilaga som hänvisas till i anbudet av misstag inte har bifogats, men att det av övriga delar av anbudet framgår att skallkravet är uppfyllt.

Kommunerna har invänt att bolagets misstag innebär att den tekniska infrastrukturen inte kan verifieras och att det därmed inte framgår hur grundfunktionerna uppfylls i lösningsförslaget.

I förfrågningsunderlagets skallkrav IF45 anges följande.

Anbudsgivaren skall beskriva hur den tekniska infrastrukturen i den föreslagna lösningen för Söderkommunernas GIS-miljö är uppbyggd, inklusive en beskrivning av: Katastrofhantering, failover och recovery, backup, övervakning samt tillgänglighet.

Enligt förvaltningsrättens mening bör huvudregeln vara att varje del av anbudet ses för sig och utvärderas därefter. En upphandlande myndighet ska således normalt inte med stöd av andra avsnitt i anbudet behöva uttolka om ett visst skallkrav är uppfyllt. Det kan finnas skäl för undantag från denna huvudregel om det klart framgår att det aktuella skallkravet är uppfyllt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 22 april 2010 i mål nr 8202-09).

Digpro har lämnat en detaljerad redogörelse av de delar av anbudet som enligt bolaget visar att skallkrav IF45 är uppfyllt. Beskrivningen av den tekniska infrastrukturen i dessa avsnitt är emellertid knapphändig, t.ex. vad avser katastrofhantering samt "failover och recovery". Förvaltningsrätten bedömer därför att det av Digpros anbud inte klart framgår att skallkravet är uppfyllt. Det var således riktigt av kommunerna att utesluta bolagets anbud på denna grund.

Fallstudier

Digpro har gjort gällande att kommunerna har uteslutit bolagets anbud med motiveringen att bolaget inte har lämnat in fallstudier enligt punkterna 9.6.1 och 10.5.1 trots att fallstudierna inte har utgjort ett skalkrav i upphandlingen. Detta har enligt Digpro inneburit en sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfaserna i upphandlingen.

Kommunerna har invänt att det av förfrågningsunderlagets punkt 9.3.2 framgår att svar på frågor ska lämnas i anslutning till respektive fråga eller i separat bilaga.

Parterna är överens om att Digpro inte har lämnat in aktuella fallstudier. Frågan är om detta utgjort grund för att utesluta Digpros anbud.

I förfrågningsunderlagets punkt 9.3.2, *Anbudslämnande*, anges bl.a. följande.

Svar på frågor i systemet ska besvaras i anslutning till respektive fråga eller i separat bilaga.

Förvaltningsrätten anser att denna skrivning endast handlar om på vilket sätt svar ska lämnas i anbudet. Anvisningen kan därför inte tas till intäkt för att ett anbud som saknar svar på en viss fråga ska uteslutas.

I förfrågningsunderlagets punkt 10.5.1, *Utvärdering av samarbete och affärsmodell*, anges följande.

Utvärdering av samarbete och affärsmodell genomförs mot bakgrund av skriftlig redovisning av fallstudier dvs anbudsgivarens förslag till lösning för åtta (8) fallstudier enligt bilaga 14 Fallstudier SGD samt beskrivning av affärsmodell och kickback.

Svaren på fallstudierna skall beskriva hur anbudsgivaren tänker sig att förfara i nedanstående situationer med avseende på de förvaltningsmässiga aspekterna.

De aktuella styckena reglerar vilket underlag som leverantörerna ska lämna in för utvärderingsområdet "Samarbete och affärsmodell". Av kravets ordalydelse, liksom av dess placering i förfrågningsunderlaget, framgår att det är hänförligt till utvärderingsfasen av upphandlingen. Förvaltningsrätten bedömer därför att skriftlig redovisning av fallstudier inte har utgjort ett skallkrav (dvs. ett obligatoriskt krav som, om det inte är uppfyllt, ska leda till uteslutning). Digpros anbud borde därför inte ha uteslutits på den grunden att bolaget inte lämnade in några fallstudier. Kommunerna har i detta avseende sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfaserna av upphandlingen.

Som anförts ovan var det riktigt av kommunerna att utesluta Digpros anbud på den grunden att skallkrav IF45 inte är uppfyllt. Digpro kan därför inte anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada på grund av den felaktiga uteslutningsgrunden. Kommunernas agerande i denna del bör därför inte leda till något ingripande enligt LOU.

Övriga omständigheter angående kvalificeringen

Digpro har, till stöd för påståendet att bolagets anbud uppfyller samtliga skallkrav, även anført att bolaget kallats till en redovisning av democase och fallstudier samt att kommunerna har gjort en fullvärdig utvärdering av anbudet. Förvaltningsrätten bedömer att dessa omständigheter inte innebär att kommunerna – på ett rättsligt bindande sätt – har meddelat Digpro att dess anbud är kvalificerat. Inte heller i övrigt påverkar dessa förhållanden bedömningen av om det var korrekt att utesluta Digpros anbud.

Förutsebarhet och transparens

Digpro har gjort gällande att upphandlingen inte har varit tillräckligt förutsebar och transparent. Digpro har anført att förfrågningsunderlaget är otydligt i fråga om hur svaren avseende fallstudierna ska anges, att kontroll-

funktionen i TendSign har brustit på ett sätt som strider mot principerna om förutsebarhet och transparens samt *att* det har varit oklart hur och när fallstudierna skulle presenteras.

I förfrågningsunderlagets punkt 9.3.2, *Anbudslämnande*, anges att svar på frågor i systemet ska lämnas i anslutning till respektive fråga eller i separat bilaga. Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt gällande hur anbudsgivarna ska redovisa fallstudierna.

Av punkt 9.3.2 i förfrågningsunderlaget framgår vidare att anbudsgivaren genom TendSign får kostnadsfritt stöd i upphandlingen och kontroll av att anbudet är komplett vid anbudslämnandet. Detta kan enligt förvaltningsrättens mening inte tas till intäkt för att kommunerna har angett att TendSign utgör en garanti för att anbudet är komplett. Det är i stället anbudsgivarens ansvar att kontrollera att anbudet är komplett (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 september 2012 i mål nr 3229-12). Den omständigheten att TendSign inte reagerade på att fallstudierna saknades i Digpros anbud innebär därför inte att upphandlingen brustit i förutsebarhet eller transparens.

Det som Digpro har anfört om presentationen av fallstudierna visar inte heller att kommunerna har agerat i strid med någon av principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Sammanfattande bedömning

Det var fel av kommunerna att utesluta Digpros anbud på den grunden att bolaget inte lämnade in efterfrågade fallstudier. Digpro har emellertid inte lidit eller riskerat att lida skada på grund av kommunernas agerande, eftersom kommunerna hade fog för att utesluta Digpros anbud på den grunden att skallkrav IF45 inte var uppfyllt. Upphandlingen har även varit till-

räckligt förutsebar och transparent. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU. Digpros ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



David Brandell
Förvaltningsrättsfiskal

Lizette Harletun Ilkhani har föredragit målet.