



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2013-09-18
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
10993-13

1

SÖKANDE

Fujitsu Sweden AB, 556147-5897

Ombud: Advokat Johan Linder
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Skolinspektionen
Box 23069
104 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-09-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Fujitsu Sweden AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 10 maj 2013 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 393021

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skolinspektionen genomför ett avrop avseende drifttjänster inom IT-området (dnr 12-2013:1579). Avropet genomförs som en förnyad konkurrensutsättning inom ramen för Kammarkollegiets ramavtal för IT-drifttjänster 2010, helhetsdrift.

Fujitsu Sweden AB (Fujitsu) ansöker om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och yrkar att upphandlingen rättas genom att anbudsutvärderingen görs om varvid Fujitsus avropssvar utvärderas i sin helhet. Alternativt yrkas att upphandlingen görs om. Till grund för sin talan anför Fujitsu i huvudsak följande. Skolinspektionen har i strid med principerna om förutsebarhet, transparens och proportionalitet lagt till ett krav i efterhand och därför bortsett från delar av Fujitsus anbud vid utvärderingen. Av avropsförfrågan framgick det inte att svar endast fick lämnas i textrutan i anslutning till frågan och att svaret i dess helhet skulle inrymmas i textrutan. Att avropsförfrågan har varit otydlig på den punkten stöds av att tre av fem anbud fyllts i felaktigt. Enligt instruktion skulle svar lämnas i samband med respektive fråga, vilket Fujitsu har gjort genom att hänvisa till en särskild bilaga för varje svar. Det har därför varit klart för Skolinspektionen vilken bilaga som var avsedd som svar på respektive fråga och Fujitsu bestrider att dess avropssvar skulle ha utformats i strid med de instruktioner Skolinspektionen angett. Fujitsu bestrider också att det skulle ha ställts upp en begränsning avseende utformningen av avropssvaren både till form och antal tecken. I föreskrifterna uttalas att den expanderande textrutan som mest kan bestå av 11 250 tecken, vilket inte kan uppfattas som att svaret i sig får innehålla högst det antalet tecken. Textrutorna i svarsbilagan har, bortsett från den för projektplan, inte heller varit begränsade på det sätt som föreskrifterna anger. Det framgår inte att det skulle vara förbjudet att använda bilder eller figurer i samband med svaren. Kraven är dessutom irrelevanta eftersom det är det undertecknade originalet av avropssvaret som gäller som avropssvar. LOU ger inte stöd

för att en upphandlande myndighet genom administrativa bestämmelser kan begränsa sättet för hur ett anbud ska utformas. Att bortse från delar av anbudet med hänvisning till att dessa inte inrymts i en textruta saknar en affärsmässig koppling till upphandlingsföremålet och står inte i rimlig proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen. Skolinspektionen har inte påstått att Fujitsus svar skulle ha varit mindre strukturerat eller förklarat på vilket sätt en effektiv utvärdering av avropssvaret inte skulle ha varit möjlig. I och med att det skulle vara det skriftliga och undertecknade originalet och inte den elektroniska kopian som räknades som det lämnade anbudet, har det inte heller funnits anledning att tro att det var av avgörande betydelse att anbudssvaren lämnades i sin helhet i respektive textruta i det elektroniska formuläret. Svaren i det elektroniska formuläret har i strid med avropsförfrågan lämnats för utvärdering istället för utskriften i original. Skolinspektionen hade inte tillåtit en komplettering i strid med LOU genom att beakta Fujitsus svar då någon komplettering inte krävdes. I vart fall kunde det ske en rättelse enligt 9 kap. 8 § LOU. Det framgår inte av utvärderingsprotokollet att Skolinspektionen vid utvärderingen av projektplanen har tagit hänsyn till att Fujitsu redan utför IT-tjänster åt myndigheten. Det finns därför anledning att ifrågasätta om lika-behandlingsprincipen har uppfyllts. Det finns risk för att Fujitsu har lidit skada eftersom Fujitsu efter en korrekt utvärdering skulle ha kunnat ha det mest fördelaktiga anbudet och därmed tilldelats kontraktet.

Skolinspektionen anser att Fujitsus ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Det anges tydligt i avropsförfrågan att endast de svar som anges inom det begränsade området i svarsbilagan utgör utvärderingsunderlag förutom svaret på införande av projektplanen, vilket anbudsgivarna även hade möjlighet att lämna in som en bilaga. Kraven var en förutsättning för att Skolinspektionen skulle kunna jämföra svaren och genomföra en effektiv utvärdering. Fujitsu har inte följt instruk-

tionerna om att svar ska lämnas i svarsbilagan och inte heller den begränsning av antalet tecken som anges. Svaren på frågorna har därmed inte beaktas vid utvärderingen utan tilldelats 0 poäng. Däremot har Fujitsu lämnat en projektplan som bilaga, vilket enligt instruktionerna var godtagbart. Projektplanen har beaktats och utvärderats men tilldelats 0 poäng. Att besvara frågorna i bilaga gör det möjligt att utöver ett obegränsat antal tecken även infoga figurer och bilder. Det kan därför inte uteslutas att en leverantör som redovisade sitt svar i bilaga skulle få en konkurrensfördel och att frångå kraven i avropsförfrågan i samband med utvärderingen genom att beakta svar utanför svarsbilagan och projektplansbilagan skulle strida mot transparens- och likabehandlingsprincipen. Skolinspektionen ansåg att det var nödvändigt och lämpligt att begränsa det sätt som anbudet skulle lämnas då man endast önskade svar på de ställda frågorna och inte ville ha generella beskrivningar i form av manualer, systembeskrivningar, arbetsflödesbeskrivningar m.m. som kan vara på flera hundra sidor. I den aktuella upphandlingen finns förändringar och delar som inte funnits i tidigare avtal som leverantören ska beskriva. Fujitsus projektplan har inte erhållit några extrapoäng då den är allmänt hållen och saknar detaljerad information i stora delar. Vissa delar som normalt ingår i en projektplan har saknats helt. Som nuvarande leverantör har Fujitsu dock automatiskt fått bästa poäng i pris för genomförandeprojektet. Fujitsus projektplan har tilldelats 0 poäng vilket innebär att Fujitsu måste erhålla högsta poäng på samtliga svar för att erhålla den högsta slutpoängen. Det är därmed inte självklart att Fujitsu skulle ha tilldelats kontakt om svaren hade utvärderats. Fujitsu kan inte anses ha lidit skada eller komma att lida skada på så sätt som krävs för att upphandlingen ska rättas.

Förvaltningsrätten har i beslut den 10 maj 2013 förordnat att Skolinspektionen tills vidare inte får ingå avtal utifrån aktuellt avrop.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En förvaltningsdomstols överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökande har anfört, av att den upphandlande myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Av 16 kap. 6 § LOU följer att skäl för ingripande föreligger först om myndighetens handlande har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

För att vara i överensstämmelse med de grundläggande principerna i LOU ska ett förfrågningsunderlag vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50 och prop. 2006/07:128 s. 132).

Förutsebarhets- och transparensprincipen

Fujitsu har anfört att Skolinspektionen i strid med vad som anges i avropsförfrågan har tillämpat ett formkrav om hur svaren på de ställda frågorna fick lämnas. Skolinspektionen har förutom den fråga som avsåg projektplan (övriga frågor) endast godtagit svar i avsedda textutor i svarsbilagan och inte i särskilda bilagor. Detta krav har enligt Fujitsu inte tydligt framgått av avropsförfrågan och därför inte varit förutsebart.

Kraven i förfrågningsunderlaget bör tolkas med utgångspunkt i hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare uppfattar anvis-

ningen (se EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 och Kammarrätten i Stockholm mål nr 2391-12). Anbusgivare har därvid en skyldighet att noggrant studera avropsförfrågan (se EU-domstolens avgörande mål C-599/10, punkten 38).

I **punkt 1.11** i avropsförfrågan anges bland annat följande:

Svaret på varje mervärdesfråga får som mest uppgå till 11 250 tecken, vilket motsvarar ca se A4 sidor med typsnittet Palatino Linotype, storlek 10 punkter. Svaret på frågan som handlar om införande av projektplanen har dock ingen begränsning, till detta svar kan även en bilaga lämnas, se "svarsbilagan kravspecifikation och priser" för detaljerad beskrivning.

I **punkt 1.13** i avropsförfrågan anges bland annat följande:

Kraven på tjänsterna samt priser besvaras i bilagan kravspecifikation och priser. Endast den besvarade bilaga och svaret på frågan om projektplan för införande, som kan lämnas som en separat bilaga, utgör underlag för utvärderingen.

...

Avropssvaret i "bilagan kravspecifikation och priser" lämnas dels som ett undertecknat originalanbud på papper, dels som en elektronisk kopia på CD/DVD-skiva eller USB-minne med samtliga avropshandlingar i allmänt använt filformat för PC. Vid eventuella skiljaktigheter, mellan det skriftliga originalet och det elektroniska underlaget, gäller det skriftliga och undertecknade originalet.

I **punkt 1.2** i svarsbilagan anges bland annat följande:

I de fall där svar efterfrågas i den tillhörande textrutan ska svar anges i samband med frågan. Det är inte tillåtet att hänvisa till ett annat svar.

...

Notera att textrutan expanderar automatiskt om flera rader skrivs in. Som mest kan ett svar bestå av 11 250 tecken, vilket motsvarar ca sex A4 sidor med typsnittet Palatino Linotype, storlek 10 punkter. Svaret på frågan som handlar om projektplanen för införande har dock ingen begränsning. Syftet med styrningen av svarssättet är att få fram information på ett strukturerat och likvärdigt sätt för alla anbudsgivare.

...

Svaren från det här formuläret kommer att ligga till grund för utvärderingen och valet av leverantör.

Av avropsförfrågan framgår att endast den besvarade bilagan och svaret på frågan om projektplan för införande, som kunde lämnas som en separat bilaga, utgjorde underlag för utvärderingen. Förvaltningsrätten anser att den enda rimliga tolkningen redan mot denna bakgrund är att några andra bilagor inte skulle komma att beaktas vid utvärderingen. Denna tolkning stöds ytterligare av att det på två ställen anges att svaren på övriga frågor som mest fick uppgå till det angivna antalet tecken och att även syftet med

styrningen av svarssättet angavs. Att fler leverantörer uppfattat föreskrifterna felaktigt ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Förvaltningsrätten bedömer därför att det aktuella formkravet inte har varit oförutsebart på det sätt Fujitsu gör gällande.

Proportionalitetsprincipen

Fujitsu har vidare anfört att de aktuella formkraven saknar en affärsmässig koppling till upphandlingsföremålet och inte står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen. Fujitsu har också anfört att det saknas stöd i LOU för att genom administrativa bestämmelser begränsa sättet för hur ett anbud ska utformas.

När det gäller formkrav saknar dessa normalt en koppling till föremålet för upphandlingen, varför en proportionalitetsbedömning med utgångspunkt i förhållandet mellan kravet och föremålet för upphandlingen inte låter sig göras. Den upphandlande myndigheter får dock anses ha stor frihet vid utformandet av formkraven så länge dessa kan anses stå i rimlig proportion till syftet att underlätta genomförandet av upphandlingen och inte heller framstår som godtyckliga eller uppenbart osakliga (Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2370-13).

Enligt förvaltningsrättens mening är Skolinspektionens krav på hur svaren på frågorna i svarsbilagorna ska anges lätta för anbudsgivarna att uppfylla. Kraven framstår inte heller som godtyckliga eller uppenbart osakliga utifrån syftet att effektivisera upphandlingsprocessen. Förvaltningsrätten finner därför att kraven inte heller strider mot proportionalitetsprincipen.

Likabehandlingsprincipen

Fujitsu har också anfört att Skolinspektionen vid utvärderingen brutit mot likabehandlingsprincipen då det av utvärderingsprotokollet inte framgår att hänsyn har tagits till att Fujitsu redan utför IT-tjänster åt myndigheten.

Det får förutsättas att Skolinspektionen själv har bäst förutsättningar att utvärdera anbuderna och avgöra vilken betydelse det aktuella förhållandet bör tillmätas så länge det inte framkommer att det har tagits ovidkommande hänsyn eller skett påtagliga avvikelser från de kriterier som angivits i avropsförfrågan. Skolinspektionen har förklarat på vilket sätt det förhållandet att Fujitsu redan utför IT-tjänster åt myndigheten har beaktats vid utvärderingen och att Fujitsu har erhållit maximalt antal poäng för pris för genomförande. Det får anses ankomma på Fujitsu att förklara på vilket sätt Skolinspektionens utvärdering brister på denna punkt (jfr RÅ 2009 ref. 69). Då Fujitsu inte närmare har preciserat sin invändning finner förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande på denna grund.

Övriga invändningar

Fujitsu har även invänt att Skolinspektionen i strid med avropsförfrågan har använt svaren i det elektroniska formuläret vid utvärderingen istället för utskriften i original. Det har dock inte framkommit annat än att Fujitsu även i sitt originalanbud, på samma sätt som i det elektroniska anbudet, har lämnat svaren i särskilda bilagor och inte i den angivna svarsbilagan.

Förvaltningsrätten konstaterar slutligen att det varken av LOU eller av de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna följer en skyldighet för en myndighet att ge anbudsgivare möjlighet till rättelse eller förtydligande enligt 9 kap. 8 § LOU (se EU-domstolens ovan nämnda avgörande i mål C-599/10, punkten 38). Det Fujitsu anfört om Skolinspektionens möjligheter att begära en sådan rättelse eller ett förtydligande kan därför inte heller utgöra grund för ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis saknas det därför skäl för ingripande enligt LOU på de av Fujitsu anförda grunderna. Fujitsus ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Kaisa Söderberg

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Helen Agah har föredragit målet.



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. 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, 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

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 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 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.