



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2019-12-17
Meddelad i Malmö

Mål nr
11706-19

SÖKANDE

Sokigo AB, 556550-6309
Box 315
731 27 Köping

MOTPARTER

1. Eslövs kommun
241 80 Eslöv

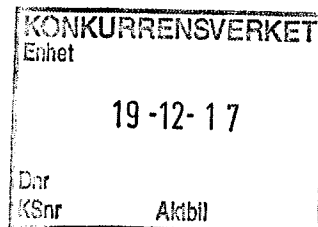
2. Prosonagruppen AB, 556448-0977
Rosenforsvägen 1
633 69 Skogstorp

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan beaktande av Prosonagruppen AB:s anbud.



BAKGRUND

Eslövs kommun genomför med ett urvalsförfarande en upphandling av ärendehanteringsstöd för Miljöavdelningen (dnr MOS.219.226). Två anbudsansökningar inkom och kvalificerades till anbudsskedet. Upphandlande myndighet fann att båda anbuden hade sådana brister att inget kunde betraktas som acceptabla i sin ursprungliga form, varför myndigheten beslutade att genomföra förhandlingar med båda anbudsgivarna. Anbudsgivarna fick möjlighet att justera och komplettera sina anbud enligt myndighetens anvisningar samt fick möjlighet att lägga ett slutgiltigt anbud. Sokigo valde att inte göra några justeringar från det första anbudet. Enligt upphandlande myndighet fanns därmed bara ett acceptabelt anbud kvar. Av tilldelningsbeslut den 1 oktober 2019 framgår att Eslövs kommun beslutat att anta Prosonagruppen AB som leverantör i upphandlingen.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Sokigo AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva kommunens tilldelningsbeslut och besluta att rättelse ska ske genom att en ny anbudsutvärdering genomförs. Som grund för sin talan har Sokigo AB anfört bl.a. följande. I kommunens Förfrågningsunderlag anges i punkt 2.2 Anbudets form och innehåll att:

”Anbudet ska vara skriftligt och avfattat på svenska samt innehålla

- Ifyllt kravspecifikation
- Ifyllt prisformulär
- Tidsatt projektplan som omfattar samtliga delar av projektet”

Detta kan inte tolkas på annat sätt än att ovanstående är ska-krav och ska ingå i anbudet. I anbudet från Prosonagruppen AB saknas tidsatt projektplan som omfattar samtliga delar av projektet. Prosonagruppen AB uppfyller därmed inte kravet. Prosonagruppen AB har i efterhand tillåtits komplettera sitt

anbud med tidsatt projektplan. Av kompletteringen framgår att dokumentet är framtaget efter sista anbudsdag. Sokigo AB anser att detta inte är tillåtet. Utifrån en likabehandlad bedömning av ska-krav gällande tidsatt projektplan skulle Prosonagruppen AB inte gått vidare till utvärderingen. Även om Prosonagruppen AB gått vidare till utvärderingen skulle Sokigo AB ha vunnit denna baserat på den mervärdesmodell som enligt punkt. 2.7 ska användas vid utvärderingen. Kommunen har inte delgivit Sokigo AB någon utvärdering utan hänvisar till att Sokigo AB:s anbud är oacceptabelt/orent vilket är felaktigt. Samtliga krav som Sokigo AB har valt att svara nej på har varit karaktären av bör-krav, vilket innebär att dessa inte är nödvändiga att uppfylla för att lämna ett giltigt anbud. Således borde Sokigo AB:s anbud ha utvärderats i enlighet med kommunens utvärderingsmodell.

Eslövs kommun har funnit att det inte finns några acceptabla anbud och därför beslutat att inleda förhandling med båda anbudsgivarna. Sokigo AB har inte lämnat pris på samtliga begärda delar i sitt ursprungsanbud. Sokigo AB har inte offererat samtliga delar som kommunen har efterfrågat. För att kommunen ska uppnå syftet med upphandlingen och digitalisera sin ärendehanteringsprocess inom miljöområdet så krävs det att samtliga delar av systemet offereras. Sokigo har exempelvis utelämnat delen med digital signering av miljöansökan vilket skulle innebära att kommunen skulle bli tvungen att stämpla ansökningarna manuellt eller köpa tilläggstjänster från Sokigo AB efter att upphandlingen är avslutad. Det finns krav med prioritet 4 och 5 (kommunens högsta prioritet) som Sokigo AB inte uppfyller pga. att de delarna medvetet inte offereras av bolaget i denna upphandling. Genom att inte offerera samtliga delar som kommunen efterfrågar är Sokigo AB:s anbud att anse som oacceptabelt i sin ursprungliga form.

Kommunen har vid utformningen av förfrågningsunderlaget valt att använda sig av ett fåtal ska-krav för att minimera risken att anbud förkastas på grund av att ett ska-krav inte kan uppfyllas av samtliga anbudsgivare eller endast

uppfylls av en anbudsgivare. Istället finns 128 bör-krav som kommunen har satt en prioritering mellan 1 och 5 där 5 betyder högsta prioritet och 1 lägsta prioritet.

Det är tillåtet för en anbudsgivare, som Sokigo i detta fall, att av taktiska skäl välja att inte uppfylla bör-krav av högsta prioritet och att inte offerera väsentliga delar av sitt system (trots att de delar finns och är möjliga att offerera) endast i syfte av att hålla ner priset. Det är också tillåtet för en upphandlande myndighet att meddela att anbudet är ogiltigt/oacceptabelt och att under urvalsförfarandet påbörja förhandling för att anpassa anbudet till kravnivån utan att göra väsentliga förändringar förfrågningsunderlaget.

Ett anbud kan vara ogiltigt eller oacceptabelt enligt 6 kap § 12 LOU. Kommunen har gjort bedömningen att Sokigos anbud är oacceptabelt av följande skäl:

- Anbudet i sin ursprungliga form kan inte tillgodose kommunens behov av digitalisering av ärendehantering inom Miljöenheten.
- Det framgår av Sokigo AB:s andra anbud att företaget kan leverera de flesta efterfrågade funktioner och kan egentligen uppfylla syftet med upphandlingen att uppnå digitalisering i ärendehantering. Det finns dock en ovilja från leverantören att leverera de nödvändiga funktionerna med högsta prioritet inom upphandlingens ramar och att anpassa sitt anbud till efterfrågade kravnivån. Kommunen kan inte bedöma det ursprungliga anbudet som Sokigo AB vidhåller som annat än oacceptabelt.

Kommunen avser vidare att ett anbud som inte uppfyller själva syftet med upphandlingen, i detta fall digitalisering av ärendehanteringsprocessen, definitivt faller under begreppet ogiltigt/oacceptabelt anbud. Kommunen har vid

bedömning av ogiltiga/oacceptabla anbud använt sig av skrivelse från Upphandlingsmyndigheten.

Prosonagruppen AB har offererat samtliga av kommunen efterfrågade delar, men det saknades en projektplan och det behövde förtydligas om en viss typ av utbildning ingick i priset.

Enligt kap 19 kap. 6 § LOU får den upphandlande myndigheten förhandla vid urvalsförfarande. Kommunen har valt att genomföra förhandlingar med samtliga anbudsgivare. Kommunen har också varit tydlig med att det är det slutgiltiga anbudet efter förhandlingarna som kommer att ligga till grund för utvärderingen. Därmed fanns det endast ett acceptabelt anbud i slutskedet som kommunen beslutade att anta via tilldelningsbeslut.

Sokigo AB kan inte anses lida skada då bolaget har haft möjligheten att under förhandlingens gång lämna ett konkurrenskraftigt anbud som motsvarar det som kommunen efterfrågar.

Möjligheten att välja att avsluta en urvalsförfarande med eller utan förhandling är upp till den upphandlande myndigheten att besluta om. En leverantör som vägrar delta i förhandlingen och vill stå fast vid sitt ursprungliga anbud kan inte förvänta sig att tilldelas kontrakt och kan inte heller anses lida någon skada eftersom kommunen har behandlat samtliga anbudsgivare lika samt i övrigt genomfört upphandlingen på ett transparent och öppet sätt.

Prosonagruppen AB har förelagts att yttra sig i målet och har anfört följande. Prosonagruppen AB:s syn på målet är att så långt som möjligt lita på att inblandade parter hanterar frågan enligt gällande regler och LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Med urvalsförfarande avses enligt 19 kap. 6 § LOU ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande myndigheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Sokigo AB har anfört att bolagets anbud uppfyller alla ställda obligatoriska krav i upphandlingen och bolagets anbud därför ska utvärderas i enlighet med utvärderingsmodellen i upphandlingsdokumentet. Sokigo AB anser vidare att anbudet från Prosona AB inte uppfyller det obligatoriska kravet på att anbudet ska innehålla tidsatt projektplan som omfattar samtliga delar av

projektet i upphandlingen och att en komplettering i detta avseende inte är tillåten, varför Prosona AB:s anbud ska förkastas.

Den aktuella upphandlingen genomförs med ett urvalsförfarande. Såväl Sokigo AB som Prosonagrupper AB har kvalificerat sig till att lämna anbud i upphandlingen. I upphandlingsdokumentet ställs endast ett fåtal obligatoriska krav avseende anbudet. Det har inte framkommit annat än att Sokigo AB:s ursprungliga anbud uppfyller ställda obligatoriska krav. Det har således inte funnits några formella hinder för upphandlande myndighet att utvärdera anbudet i enlighet med utvärderingsmodellen i upphandlingsdokumentet. Upphandlande myndighet har dock funnit anbudet oacceptabelt. Prosonagrupper AB:s ursprungliga anbud innehåller inte någon "Tidsatt projektplan som omfattar samtliga delar av projektet", vilket är ett obligatoriskt krav enligt "Förfrågningsunderlaget" punkt 2.2. En komplettering enligt 4 kap. 9 § LOU (som enligt 19 kap. 2 § LOU är tillämplig även på icke-direktivstyrd upphandling) är, enligt förvaltningsrättens mening, inte möjlig i detta avseende – vilket för övrigt inte heller har gjorts gällande av upphandlande myndighet – eftersom det rör sig om en ny uppgift. Eftersom Prosonagrupper AB:s anbud inte uppfyller ställda obligatoriska krav är det att betrakta som ogiltigt.

Vid ett urvalsförfarande får upphandlande myndighet förhandla med en eller flera anbudsgivare. Frågan i målet är om en upphandlande myndighet som har fått in ett ogiltigt anbud (ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav) samt ett anbud som har befunnits oacceptabelt, haft rätt att förhandla med båda anbudsgivarna.

När det gäller direktivstyrda upphandlingar framgår av 6 kap. 8 § LOU att förhandlingarna inte får avse minimikraven eller tilldelningskriterierna. Med minimikrav avses de villkor som alla anbud ska uppfylla eller inneha, dvs. de obligatoriska kraven. EU-domstolen har tydliggjort att det inte är tillåtet

att förhandla med en leverantör som inte uppfyllt alla obligatoriska krav i upphandlingen (se EU-domstolens dom den 5 december 2013, Nordecon och Ramboll Eesti, C-561/12, EU:C:2013:793).

Det framgår inte direkt av lagtexten att bestämmelsen i 6 kap. 8 § LOU ska tillämpas även vid upphandling enligt 19 kap. LOU. Enligt förvaltningsrättens mening får det emellertid anses följa av likabehandlingsprincipen att det inte är tillåtet att förhandla med en leverantör som inte uppfyllt alla obligatoriska krav i upphandlingen, i vart fall inte i fall som detta då det finns annan anbudsgivare som uppfyller ställda obligatoriska krav. Förvaltningsrätten anser alltså att upphandlande myndighet har handlat i strid med likabehandlingsprincipen när man har förhandlat med en anbudsgivare som inte har uppfyllt ställda obligatoriska krav och därefter antagit dess anbud, istället för att förkasta bolagets anbud.

Om upphandlande myndighet rätteligen hade förkastat anbudet från Prosonagruppen AB hade Sokigo AB varit det enda anbud som kunnat antas. Sokigo AB hade vidare varit den enda anbudsgivare som den upphandlande myndighet hade kunnat förhandla med. Sokigo AB får därmed anses ha lidit skada av myndighetens förfarande. Skäl för ingripande föreligger därmed. Detta ska ske genom rättelse på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan beaktande av Prosonagruppen AB:s anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Henrik Hedberg

Rådman

Anna Aktermo har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.