

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2015-03-31
Meddelad i
LinköpingMål nr
747-15**SÖKANDE**InfoMentor P.O.D.B, 556651-9475
Väverigatan 2
291 54 Kristianstad**MOTPART**Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 202081

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--------------------------------------------------	--------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------	---------------------------------------------------------

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Eskilstuna kommun (kommunen) genomför upphandling av ”Lärplattform för grundskolan” med dnr *EL 14.050* (upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen har i tilldelningsbeslut antagit anbud lämnat av Softronic AB (Softronic).

InfoMentor P.O.D.B. (InfoMentor) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs. Alternativt yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

InfoMentor

InfoMentors anbud har inte kvalificerat sig till utvärderingsfasen i upphandlingen. Kommunen har som skäl för detta angivit att bolaget brister i kravuppfyllelse vad gäller krav 7 och 35.

Såvitt avser krav 7 har kommunen motiverat sitt beslut med att det inte går att importera filer från iPad utan tillägssystem.

InfoMentor har offererat ett system som inte innehåller några begränsningar vad gäller funktionalitet, vilket också demonstrerades vid anbudsvisningen. Samtliga funktioner i InfoMentors system är tillgängliga på i kravet uppräknade operativsystem samt på smarta telefoner och surfplattor. Det är möjligt att importera filer från iPad, dock finns det en begränsning i

operativsystemet för iPads (iOS) som inte tillåter andra filer utöver bilder och filmer. Detta är en begränsning i hårdvaran iPads operativsystem och inte en begränsning i InfoMentors system. Ingen leverantör av webbaserad lärplattform kan erbjuda detta utan lokalt installerad mjukvara, vilket inte tillåts enligt kommunens krav. Även vinnande anbudsgivare Softronic har denna begränsning, vilket bl.a. framgår av Softronics systemmanual.

Det svar från vinnande anbudsgivare som kommunen bifogat sitt yttrande till rätten stärker ytterligare InfoMentors påstående och visar att inte heller Softronics uppfyller krav 7 i förfrågningsunderlaget. Softronic hänvisar till att man med tekniken WebDAV uppfyller krav 7. WebDAV är en form av molnlagring och denna teknik kräver att antingen leverantören eller kommunen sätter upp en WebDAV-server och den kräver även att användaren installerar lokal programvara eller appar från en tredje-parts leverantör, t.ex. Pages eller Keynote.

Det är uppenbart att kommunen har gjort två helt olika bedömningar av exakt samma avsaknad av funktionalitet. InfoMentor uppfyller kommunens krav eftersom det rör sig om en begränsning i hårdvaran och inte i offererat system. För övrigt har InfoMentor aldrig hävdad att krav 7 skulle innebära att gränssnittet ska vara detsamma för alla plattformar.

Vad avser krav 35 har kommunen ansett att InfoMentors anbud inte uppfyller detta krav med motiveringen att syftet inte finns med som en lättillgänglig information i systemet.

Syfte, centralt innehåll och kunskapskrav presenteras i InfoMentors anbud på exakt samma sätt och med samma funktionalitet. Trots detta finner kommunen att syftestexten inte är lätt tillgänglig i systemet. Detta innebär alltså att trots att de tre olika delarna av kursplanerna presenteras på samma sätt så bedömer man ändå att två av dem uppfyller skall-kravet, men att

den tredje inte gör det. Det är uppenbart att kommunen har kontrollerat detta och att kommunens bedömning tillsammans med att det saknas en förklaring till vad som krävs för att bedömas som lätt tillgänglig, utgör grund för InfoMentors påpekande om brister i transparensen.

Att kommunen i efterhand nu hävdar att InfoMentor inte uppfyller någon av de tre delarna i kravet finner bolaget mycket anmärkningsvärt. Detta stärker ytterligare vad InfoMentor anfört om att det föreligger transparensbrist i upphandlingen.

Slutligen finner InfoMentor det anmärkningsvärt att kommunen anser att bolagets anbud inte skulle utgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta då InfoMentors offererade pris är betydligt lägre än Softronics samt att InfoMentors anbud inte har utvärderats. Kommunen har inte utvärderat bolagets anbud pga. de felaktiga bedömningar som gjorts och det är InfoMentors övertygelse att om utvärdering genomförts hade det funnits en stor sannolikhet för att bolagets anbud hade ansetts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Sammanfattningsvis anser sig InfoMentor ha lidit eller kunnat lida skada till följd av anförda brister.

Kommunen

Att det saknas en utförligare förklaring i direkt anslutning till begreppet ”lätt tillgänglig” i förfrågningsunderlaget utgör inte några brister i transparens hänseende då upphandlingsföremålet är ett systemstöd där syftet tydligt redovisats. Det kan av ändamålsbeskrivningen utläsas att systemstödet är tänkt att underlätta och effektivisera lärarens arbete vilket förutsätter ett system som är funktionellt och intuitivt med hög användbarhet. I anslutning till krav 35 – där begreppet ”lätt tillgängliga” förekommer – framgår

att det som ska finnas lätt tillgängligt är de nationella kursplanerna och ämnesplanerna med syfte, centralt innehåll och kunskapskrav. För en normalt omsorgsfull anbudsgivare kan avsaknaden av en redogörelse för begreppet ”lätt tillgängliga” därför knappast vålla några tolkningssvårigheter. Eftersom bolaget inte visat varför begreppet ”lätt tillgängligt” – som inte är särskilt komplicerat till sin natur – skulle vara svårt att förstå för anbudsgivare i allmänhet när det handlar om ett IT-baserat systemstöd så har bolaget följaktligen inte nått upp till vad som krävs för att vinna bifall till sin talan.

När det gäller krav 7 har kommunen uppställt ett funktionskrav som innebär att de kravställda systemfunktionerna ska vara tillgängliga även i smarta telefoner och surfplattor, inte att gränssnittet ska vara detsamma för alla plattformar.

Kommunen har i samband med anbudsprövningen bjudit in anbudsgivarna, däribland InfoMentor och Softronic, till en systemvisning. Bolaget hävdar att man demonstrerat ett system som varit helt utan begränsningar vad gäller funktionalitet. Kommunen bestrider detta påstående som direkt felaktigt. Det har efter systemvisningen stått klart för kommunen att InfoMentors offererade och visade system har begränsningar ifråga om funktionskravet då den presenterade lösningen har visat sig inte kunna importera filer från iPad utan stöd av ett lokalt installerat stödsystem. Bolaget påstår emellertid att inte heller Softronic uppfyller aktuellt krav och har till stöd för påståendet bilagt en handling med följande lydelse. Softronic har dock offererat och förevisat ett system som inte innehåller några begränsningar ifråga om filöverföringar. InfoMentors påstående har emellertid föranlett kommunen att ställa frågan till Softronic huruvida det stämmer att ingen leverantör av webbaserade lärplattformar kan erbjuda full funktionalitet utan lokalt installerad mjukvara. Softronic har då ånyo bekräftat att man uppfyller kravet och att InfoMentors påstående är direkt felaktigt.

Softronic har således dels uppgivit i sitt anbud att kravet uppfylls, dels verifierat under systemvisningen att deras offererade system klarar att uppfylla kommunens krav samt bekräftat detsamma när nu frågan ånyo ställts till dem. Det saknas således skäl att diskvalificera Softronic från anbudsutvärderingen.

Vad avser krav 35 vitsordar kommunen att bolaget i sitt anbud har presenterat syfte, centralt innehåll och kunskapskrav på ett likvärdigt sätt. Kommunen borde således ha angivit samtliga nämnda grunder för att diskvalificera bolagets anbud. Till skillnad från vad bolaget påstår har kommunen inte bedömt att de två andra redogörelserna avseende centralt innehåll och kunskapskrav uppfyller kraven. Redan förekomsten av bristen ifråga om syftet är tillräckligt för att inte utvärdera bolagets anbud, alldeles oavsett om det vid en närmare granskning visar sig att bristen står att finna i alla tre avseenden.

Kommunen noterar slutligen att InfoMentor överhuvudtaget inte har argumenterat utifrån att någon skada eller risk för skada skulle föreligga. Därtill skulle bolagets anbud vid en rättelse – vilket kommunen bestrider skäl till – genom vilken bolagets anbud anses vara kravuppfyllande ändå inte utgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget menar dock att man offererat ett betydligt lägre pris än Softronic och att kommunen inte kan föregå utvärderingen och göra gällande att InfoMentor inte lider skada. Även om det följer av rättspraxis att kvalificering och utvärdering är två skilda faser föreligger det inget hinder mot att som i förevarande fall göra en preliminär bedömning av InfoMentors utsikter att vinna en upphandling för den händelse att bolaget ändå skulle anses vara kvalificerat för utvärdering. Vid en sådan preliminär bedömning kan det konstateras att InfoMentor inte skulle ha tilldelats kontraktet, trots det jämförelsevis lägsta anbudspriset eftersom kommunen inte har tillämpat tilldelningsgrunden lägst

pris. Detta med beaktande av hur väl InfoMentor uppfyller kvalitetskriterierna i övrigt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Kommunen har ansett att InfoMentors anbud inte uppfyller två obligatoriska krav i upphandlingen. I det ena, krav 7, anges följande.

Systemet ska vara webbaserat och kunna användas med webbläsare versioner Firefox 3.6 eller senare, Microsoft Internet Explorer 7.0 eller senare, Safari 5.0 eller senare, Google Chrome 9.0 eller senare och Android 4.0 eller senare. Samtliga funktioner i systemet ska vara tillgängliga även på smarta telefoner och surfplattor. Inga lokala programinstallationer utöver standard får krävas för att systemet ska fungera.

InfoMentor har i målet bl.a. anfört att krav 7 inte kan uppfyllas av någon leverantör då det föreligger en begränsning i operativsystemet för iPads (iOS) som inte tillåter import av filer utöver bilder och filmer. Bolaget me-

nar att ingen leverantör av webbaserad lärplattform kan erbjuda detta utan lokalt installerad mjukvara, vilket inte tillåts enligt kommunens krav.

Rätten konstaterar att det står den upphandlande myndigheten fritt att ställa krav på leverantörerna så länge som de allmänna principer som uppstår LOU efterlevs. Det aktuella kravet är klart och tydligt formulerat och det finns fyra leverantörer som har kvalificerat sig i upphandlingen och som därmed har åtagit sig att leverera ett system i enlighet med uppställt krav. Den vinnande anbudsgivaren Softronic har därtill dels vid en systemvisning demonstrerat ett system som, enligt uppgift, inte innehåller några begränsningar ifråga om filöverföringar dels med anledning av en specifik förfrågan bekräftat att bolaget har förmåga att tillmötesgå uppställt krav.

Mot bakgrund av ovan angivna omständigheter finns enligt förvaltningsrätten inte stöd för slutsatsen att marknads aktörer inte har förmåga att uppfylla krav 7 i förfrågningsunderlaget. Vad sökanden framfört i målet förändrar inte sådan bedömning. Kravet ifråga kan således inte anses vara i strid med proportionalitetsprincipen.

Det är i målet ostridigt att InfoMentors anbud inte uppfyller krav 7. Det var därmed korrekt av kommunen att utesluta InfoMentors anbud då detta uppvisade brister i förhållande till angivet obligatoriska krav. Skäl att pröva om InfoMentor genom sitt anbud därtill ej förmått uppfylla krav 35 föreligger under dessa förhållanden inte.

Med beaktande av att InfoMentor därtill påstår att inte heller den vinnande anbudsgivaren Softronic uppfyller krav 7 uppkommer frågan om InfoMentor, under i målet föreliggande omständigheter, kan anses ha ett berättigat intresse att i målet få prövat Softronics eventuella bristande kravuppfyllelse i aktuellt hänseende.

I praxis har det fastslagits att i en situation där det endast finns två leverantörer varav den ena ansöker om överprövning och anför att den vinnande leverantören inte uppfyllt alla uppställda obligatoriska krav, något som inte heller den sökande leverantören gör, så kan båda leverantörerna göra gällande ett berättigat intresse av att det andra anbudet utesluts (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-100/12 *Fastweb* samt Kammarrättens i Göteborg dom den 14 februari 2011 i mål nr 4660-10). Detta eftersom ett sådan prövning kan medföra att upphandlingen måste göras om.

Förvaltningsrätten kan därvid konstatera att ovanstående praxis, till skillnad från målet ifråga, rör en situation i vilken endast två anbudsgivare varit föremål för slutlig anbudsutvärdering. I förevarande upphandling finns totalt fyra kvalificerade anbud. I målet har sökanden vidare framfört att endast ett av dessa anbud brister i kravuppfyllelse. Med beaktande härav bedömer förvaltningsrätten att ett eventuellt förkastande av vinnande anbudsgivares anbud inte kan förväntas medföra att upphandlingen måste göras om.

Det ovanstående innebär enligt förvaltningsrättens mening att en prövning huruvida Softtronic genom sitt anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen inte medför att InfoMentor ges en ökad möjlighet att tilldelas aktuellt kontrakt. Inte heller kan framförd brist i transparens, såvitt avser krav 35, anses medföra att InfoMentor, i egenskap av rätteligen diskvalificerad anbudsgivare, har lidit eller riskerar lida skada. Skäl för begärd åtgärd jämlikt 16 kap. 6 § LOU föreligger således inte varför överklagandet ska avslås.

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

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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.