



KONKURRENSVERKET	
2014 -12- 11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Innova AB, 556346-1705
Enebybergsvägen 21
182 48 Enebyberg

MOTPART

Malmö kommun
205 80 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 23 april 2014 i mål nr 1809-14,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att Malmö kommuns
upphandling fordonstelematik med stöd för bilbokning, ISA och sparsam
körning ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Innova AB yrkar att upphandlingen görs om och anför följande. Att
funktionaliteten ska vara färdigutvecklad och leveransgodkänd vid
anbudsinlämnandet strider inte i sig mot proportionalitetsprincipen.
Däremot är kombinationen av detta krav och de orimligt detaljerade ska-
kraven gällande hur produkten ska se ut, inte proportionerlig. Exempelvis är
ska-kravet enligt punkten 4.1.1 i förfrågningsunderlaget om att enhet med
tillhörande högtalare inte ska ha någon display, inte nödvändig för att uppnå
det eftersträvade syftet med upphandlingen. Det innebär ingen nackdel att

enheten har en display eftersom den kan inaktiveras om man inte vill använda den. Då enheten monteras dold om man inte ska använda displayen, är invändningar om stöldrisk eller att användaren kan påverkas av displayen, inte argument för att enheten inte ska ha någon display. I kommunens behovs- och marknadsanalys finns inget som tyder på att man behöver ställa krav på att enheten inte ska ha display. Innebörden av kravet, så som det har formulerats i förfrågningsunderlaget, är inte densamma som att enheten inte ska förmedla information via display.

Att det bara kommit in två anbud i upphandlingen visar att ska-kraven i förfrågningsunderlaget har varit orimliga. Utöver det vinnande anbudet har det kommit in ett anbud från ett finskt bolag som inte klarade utvärderingsfasen. Bara i Sverige finns det flera företag som normalt sett lämnar anbud i den här typen av upphandling men som nu valt att avstå. Till följd av de oproportionerliga ska-kraven har bolaget inte kunnat lämna anbud och har därmed lidit skada.

Malmö kommun anser att överklagandet ska avslås och anför följande. I avsnitt fyra i förfrågningsunderlaget framgår resultatet på kravnivå av den marknads- och behovsanalys som genomförts. Avseende stödfunktioner i fordon är det vanligt förekommande att information förmedlas via en synligt placerad display på instrumentbrädan. Syftet med upplysningen i punkten 4.1.1 är därför att belysa vikten av kommunens behov av att enhetens information förmedlas genom talsyntes och inte via display. Detta för att inte distrahera föraren. Det angivna kravet utesluter däremot inte anbudsgivare från att uppfylla kravet på enhetens och högtalarnas placering och utformning enligt punkten 4.1.4. Kravet anger att enheten ska vara så utformad att den är dolt monterad under instrumentbrädan och inte blockerar diagnosuttaget. Det är då irrelevant om det finns en display eller andra skrymmande delar på enheten. Bedömningen av enhetens utformning hanteras sedan under den testinstallation som genomförs under utvärderingen.

Det framgår även av förfrågningsunderlagets punkt 4.3.2 att ISA ska varna föraren för hastighetsöverträdelser och kommande hastighetsförändringar via talsyntes eller, vid godkända undantagsfall, via display på svenska. Displayen är således tillåten under förutsättning att den godkänns av kommunen före installation på synligt och lämpligt ställe. I annat fall är det ett krav att den monteras i enlighet med punkten 4.1.4.

De krav som uppställs i förfrågningsunderlaget avseende den grundläggande funktionaliteten på enheten såsom programvara, stöd i sparsam körning, bilbokningssystem, datatrafiksäkerhet och installation är proportionerligt ställda utifrån den analys av marknaden som kommunen genomfört och de behov som ligger till grund för upphandlingen. Det är av relevans för upphandlingen att den funktionalitet som efterfrågas är färdigutvecklad redan vid anbudsinlämnandet. Kravet på att grundfunktionaliteten ska vara leveransgodkänd har angetts med undantag för de kundspecifika anpassningar av funktionaliteten som leverantören anser behövs i systemet för att tillgodose kommunens behov. Det har därför lämnats utrymme för anbudsgivare att uppge vilka delar som behöver anpassas specifikt för kommunens beskrivna behov. Innova AB har blivit informerad om att en anpassning av systemets grundfunktionalitet kan ske. Utifrån de angivna anpassningarna gör kommunen därefter vid utvärderingen en bedömning av om anpassningen tillgodoser det efterfrågade behovet eller inte.

För det fall kommunen inte kan verifiera funktionaliteten redan under utvärderingen föreligger det en risk för att det kan bli leveransförseningar på grund av leverantörens utvecklingsarbete. Det är kommunen som står den risken. Kommunen har inte för avsikt att inleda ett utvecklingsprojekt när det redan finns lämpliga funktionalitetslösningar på marknaden som uppfyller kommunens behov.

Innova AB har inte lämnat något anbud i upphandlingen. Bolaget har inte heller visat att det lider skada på så sätt att det gjorts sannolikt att anta att bolaget skulle ha tilldelats upphandlingen i det fall kraven varit annorlunda utformade. Innova AB har inte heller visat att kraven strider mot proportionalitetsprincipen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlingen

Den aktuella upphandlingen avser det stöd som, både hårdvaru- och mjukvarumässigt, krävs för att utveckla fordonstelematik med stöd för bilbokning, ISA och sparsam körning inom Malmö kommuns förvaltningar.

Frågan i målet

Frågan i målet är om ska-kraven gällande funktionalitet är proportionerliga, närmare bestämt om det uppställda ska-kravet i punkten 4.1.1 om att enhet med tillhörande högtalare inte ska ha någon display är proportionerligt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen och om det på den grunden finns skäl att ingripa mot upphandlingen.

Rättslig reglering

En upphandlande myndighet ska vid en upphandling bl.a. iaktta principen om proportionalitet, 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Denna princip innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132).

Kammarrättens bedömning

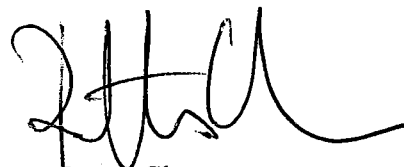
Mot bakgrund av hur ska-kravet i punkten 4.1.1 är utformat kan kravet rimligen inte tolkas på annat sätt än att den efterfrågade funktionaliteten är

att enheten inte ska ha någon display. Det finns därmed inte utrymme för att godta ett anbud som offererar en enhet med display, oavsett om den kan förmedla information via talsyntes eller inte.

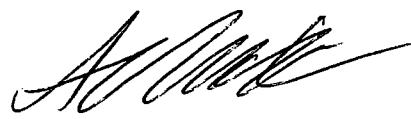
Innova AB har anfört att det för bolagets produkt finns en möjlighet att inaktivera displayen om man inte vill använda den och att den i sådant fall monteras dold. Med hänsyn härtill och till att det i övrigt inte har kommit fram något som tyder på att frånvaron av display är en förutsättning för ändamålet med upphandlingen är ska-kravet i punkten 4.1.1 inte proportionerligt. Eftersom kommunen har ställt upp ett sådant ska-krav har den brutit mot den grundläggande principen om proportionalitet.

Innova AB har gjort sannolikt att bolaget till följd av kommunens överträdelse inte har kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget får därför anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada till följd av överträdelsen. Det föreligger därför skäl till ingripande enligt LOU. Då den konstaterade överträdelsen är hänförlig till det konkurrens-
uppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



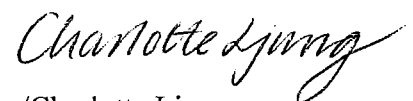
Petter Classon



Anders Cedhagen
referent



Ylva Börjesson



/Charlotte Ljung



Bilaga A

SÖKANDE

Innova AB, 556346-1705
Enebybergsvägen 21
182 48 Enebyberg

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Innova AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför en upphandling av fordonstelematik med stöd för bilbokning, ISA och sparsam körning (referensnummer 2013-00139). Innova AB (Innova) har inte lämnat anbud i aktuell upphandling.

Innova ansöker om överprövning av upphandlingen och anför som grund för sin talan bl.a. följande. Malmö stad har på ett oproportionerligt sätt angett detaljer som utesluter andra aktörer från upphandlingen. Det är känt att staden redan använder vinnande system i stor omfattning. Utvecklingen av denna typ av system tar ett antal år. Alla system har sina små olikheter. Det är oproportionerligt att man inte ger möjlighet till små anpassningar inom en rimlig uppstartstid, t.ex. detaljer såsom specialrapporter och kopplingar till ekonomisystem. Dessa används inte direkt vid leverans. Det måste finnas möjlighet till komplettering. Staden har besvarat en fråga enligt följande: "I enlighet med kvalificeringskrav i punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget är det den kravställda funktionaliteten som ska vara färdigutvecklad och leveransgodkänd av referens, vilket också kommer verifieras under utvärderingen, men där mindre kundspecifika anpassningar av befintlig och leveransgodkänd funktionalitet kan göras inför leverans. Eventuella kundspecifika anpassningar kan redovisas i anbudet och vid anbudpresentation". För att bli aktuell måste kravet vara att man uppfyller exakt krav. Man har följt specifikation från sin befintliga leverantör. Förfrågan kom cirka fem veckor innan anbud skulle vara inlämnat. Kravet var att alla punkter i förfrågan skulle vara beställda, färdigutvecklade och leveransgodkända av referens. Genom att man kräver leveransgodkänt ges ingen möjlighet till den enklaste anpassning. Det fanns bara en leverantör som lämnade in ett fullständigt anbud, vilket var den nuvarande leverantören. Det fanns ett underkänt anbud. Innova har ett mycket omfattande system men valde att inte lämna in något anbud. Att chansa och investera i en snabb anpassning var inte aktuellt. Det finns ett antal leverantörer som

skulle kunna vara med och lämna anbud. Genom att uppställa krav på exakthet och kräva leveransgodkänt system har staden gynnat befintlig leverantör. Innova har lidit skada då staden gynnar en leverantör genom oproportionerliga krav på ett offererat system där man inte ger utrymme för enkla anpassningar. Om man saknar en enkel funktion måste man ta fram den fort och sedan få ut den till kund för att få ett godkännande. Innova har stor erfarenhet av denna typ av lösningar; bilpool sedan år 2001 och ISA sedan år 2008. Om man ser till kombinationen har Innova verkat längst på marknaden. Innova uppfyller den lägsta kravnivån om man inte börjar peta i småsaker.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Upphandlingen avser ett hastighetsinformerande system som inkluderar enheter samt ett webbaserat system. En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för kvalificering av anbudsgivare i en upphandling. Omfattningen för de lägsta nivåerna som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Staden har i förevarande upphandling ställt kvalificeringskrav på leverantör i upphandlingen som, i enlighet med punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget, innebär att leverantören ska ha erfarenhet av uppdrag av motsvarande omfattning (enheter med tjänsteutbud för installation och mjukvara inklusive support). Angivet krav är den lägsta kravnivå som gäller för kvalificering. Nivån på kravet är utformat med utgångspunkt i stadens behov och nivån är av relevans för staden för att tillgodose behovet. Således har kravet samband med kontraktsföremålet och är ställt i proportionerlig omfattning.

Utöver kvalificeringskravet ställs även krav på de enheter och det system som ska levereras. Funktionaliteten som efterfrågas är ett identifierat behov som baseras på en behovs- och marknadsanalys genomförd av en extern oberoende konsult tillsammans med staden för att kunna göra ett förfrågningsunderlag baserat på stadens behov. Huvudregeln är att om inget annat

framgår av förfrågningsunderlaget ska ett krav i en upphandling vara uppfyllt vid anbudets inlämnande. I förevarande upphandling har staden angett att funktionalitet som efterfrågas ska vara leveransgodkänd och att det kommer att verifieras genom referenser och vid presentation av anbud. I vissa fall, såsom när stora nyanställningar sker, nya lokaler behövs eller när leverantör måste investera i omfattande utrustning och detta inte ingår i anbudsgivarens normala verksamhet, kan det strida mot proportionalitetsprincipen att kräva att kraven ska vara uppfyllda före avtalets ikraftträdande. Staden är dock av den uppfattningen att det i denna upphandling är av relevans att den funktionalitet som efterfrågas är färdigutvecklad redan vid anbudsinlämnandet. Staden har inte för avsikt att inleda ett utvecklingsprojekt när det redan finns lämpliga funktionalitetslösningar på marknaden som uppfyller behovet.

Leverans är beräknat att påbörjas så snart upphandlingen är klar och det finns inte utrymme för omfattande teknisk utveckling efter anbudsinlämnande. Detta har staden upplyst Innova om när bolaget ställde frågor under annonseringstiden. Det vore orimligt att anta att upphandlande myndigheter inte får ställa krav på att det som offereras är en färdig produkt som sålts till andra kunder. I det fall staden inte kan verifiera funktionaliteten redan under utvärderingen föreligger det en risk att det kan bli leveransförseningar på grund av ett utvecklingsarbete av systemets grundfunktionalitet och det är staden som står risken. Staden har i förfrågningsunderlaget uttryckt ett behov som det är upp till anbudsgivaren att i anbudet visa att denne kan tillgodose. Kravet på att grundfunktionalitet ska vara leveransgodkänd har angetts med undantag för de kundspecifika anpassningar som leverantören anser behövs för att tillgodose stadens behov. Staden är av den uppfattningen att det inte är möjligt att ställa krav på att kundspecifika anpassningar måste vara färdigutvecklade och har därav lämnat utrymme för anbudsgivare att uppge vilka delar som behöver anpassas specifikt. Att det kan ske anpassningar av systemet och dess grundfunktionalitet har Innova

blivit informerat om genom frågor och svar under annonseringstiden. Staden har även upplyst Innova om att man inte på förhand kan ange specifikt vilka kundanpassningar som kan vara aktuella och att staden inte kan göra enskilda förhandsbedömningar av i vilken omfattning ett krav uppfylls av en potentiell anbudsgivare eller inte. Det är rimligtvis leverantören som gör bedömningen hur systemets grundfunktionalitet behöver anpassas för att uppfylla stadens angivna behov. Staden har även upplyst Innova, genom frågor och svar, om att anbudsgivare i sitt anbud behöver ange vilka kundspecifika anpassningar som är nödvändiga att vidta för att tillgodose stadens behov.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

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 det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i punkt 3.5, Yrkesmässig kapacitet, följande. Med yrkesmässig kapacitet avses i denna upphandling tillgång till personal med rätt kompetens som kan utföra uppdraget utifrån ställda krav och kapacitet till leverans av de tjänster och produkter som förfrågan gäller. Leverantören ska ha erfarenhet av uppdrag av motsvarande omfattning (enheter med tjänsteutbud för installation och mjukvara inklusive support). Samtliga varor och tjänster som leverantör offere-

rar till kommunen i denna upphandling ska vara färdigutvecklade, levererade och leveransgodkända till andra kunder. Bifoga minst två referenser för verifiering av kravuppfyllnad. För godkännande av referens ska uppdrag vara slutfört i enlighet med de krav som kund ställt, uppfylla en bedömningsnivå av att kund är nöjd och vara leveransgodkänt. Använd referensblankett.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.


Kvalificeringsfasen i en upphandling syftar till att fastställa att en anbudsgivare har tillräcklig förmåga och kapacitet att genomföra det som upphandlas. Det är den upphandlande myndigheten som har att bestämma vilka krav som ska ställas i en upphandling så länge kraven är förenliga med LOU och de grundläggande principerna. Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndighet inte får ställa högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet i den aktuella upphandlingen.

Enligt punkt 1.4 i förfrågningsunderlaget är syftet med upphandlingen att få ett hastighetsinformerande system som inkluderar enheter samt ett web-baserat system avseende biluthyrning/bilpool. Malmö stad har anfört att den funktionalitet som efterfrågas är ett identifierat behov som baseras på en behovs- och marknadsanalys samt att det i förevarande upphandling är av relevans för staden att funktionaliteten är färdigutvecklad vid anbudsinlämnandet och att den sålts till andra kunder. Därtill har möjlighet getts till kundspecifika anpassningar. Enligt förvaltningsrättens mening strider uppställt krav avseende att funktionaliteten ska vara färdigutvecklad och leveransgodkänd inte mot proportionalitetsprincipen.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Innova inte förmått visa att Malmö stad har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns

därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Innovas ansökan härom ska därför avslås.

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



Ola Brändström

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.