



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Lina Bergkvist

DOM
2014-02-06
Meddelad i
Växjö

Mål nr
4140-13

SÖKANDE

Comparex Sweden AB, 556568-3892
Box 1164
164 26 Kista

Ombud: Alexander Tham
Tieto Sweden AB
Fjärde Bassängvägen 15
115 83 Stockholm

MOTPARTER

Boverket
Box 534
371 23 Karlskrona

Dustin Aktiebolag
Box 1194
131 27 Nacka Strand

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2014-02-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Comparex Sweden AB:s begäran om överprövning.

Dok.Id 83354

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Boverket genomför en förnyad konkurrensutsättning gällande dokument- och ärendehanteringssystem utifrån ramavtalet "Licensförsörjning 2010". Enligt tilldelningsbeslut daterat den 31 oktober 2013 har Dustin Aktiebolag (Dustin) tilldelats kontraktet.

Comparex Sweden AB (Comparex) ansöker nu om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten upphäver tilldelningsbeslutet och beslutar att rättelse ska ske genom att en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid anbudet från Dustin inte får prövas. Comparex yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Comparex anför huvudsakligen följande till stöd för sin ansökan.

Boverket har brutit mot LOU genom att tilldela upphandlingskontraktet till en leverantör som har medverkat, genom sin underleverantör Sigma, under myndighetens förberedande arbete inför upphandlingen, så kallat konsultjäv. Dustin har haft en otillbörlig konkurrensfördel i upphandlingen och borde därmed inte ha fått delta. Genom Boverkets felaktiga handläggning har Comparex lidit skada. Vid en korrekt genomförd upphandling hade Comparex varit den anbudsgivare som – av Boverkets utvärdering att döma – hade tilldelats kontraktet. Sigma har genomfört förberedande arbete åt Boverket under drygt två års tid. Genom det förberedande arbetet har Sigma/Dustin haft mer kunskap om kundens preferenser och förutsättningar och mer tid samt lägre kostnader för att förbereda sitt anbud jämfört med övriga anbudsgivare. Sigma/Dustin har även haft möjlighet att styra upphandlingens förfrågningsunderlag mot den egna lösningen i vissa delar.

Dustins underleverantör Sigma har under perioden 2011 – 2012 utfört två utredningar gällande ett ärende- och dokumenthanteringssystem åt Boverket. Personen som är affischnamn och projektledare i Dustins vinnande

anbud arbetade så långt som in på våren 2013 med ärendehanteringssystemet – rimligen med de sista förberedelserna av Boverkets första försök att upphandla sommaren 2013. De områden som finns utredda i Sigmas andra studie från 2012 finns med i förfrågningsunderlaget och presumtionen måste därför vara att Sigmas arbete och rekommendationer flutit in i upphandlingen. Exempelvis innehåller bilaga ett till Sigmas 2012-rapport en mycket omfattande analys av den i upphandlingen senare utvärderade funktionen diarieföring och sidan 49 i samma dokument anger uppgifter relevanta för migreringen av systemet Sunstone som skulle offereras till fast pris i upphandlingen. Migrering är ett särskilt svårbedömt område för varje leverantör eftersom man är helt beroende av kundens befintliga förhållanden som man initialt inte närmare känner till. Det borde därför inte vara alltför kontroversiellt att påstå att den inblick som Sigma/Dustin fått i Boverkets interna förhållanden genom workshops m.m. – och som inte var kända eller kommunicerades till övriga anbudsgivare – möjliggjort att Dustin kunnat offerera migreringens delleranser till cirka 56 procent lägre pris än t.ex. Comparex.

Att låta konsultföretaget översiktligt kvalitetsgranska Sigmas och projektledarens studie, under högst 100 timmar, och sedan kasta om orden i förfrågningsunderlaget, förändrar inte att Sigma och projektledaren haft en helt avgörande roll i utformningen, inriktningen och genomförandet av upphandlingen.

Genom workshops och djupintervjuer under två års tid har Sigma och Dustin rimligen fått sådan intern kunskap om Boverkets preferenser, förutsättningar och interna förhållanden att man skaffat sig en konkurrensfördel som det ålegat Boverket att neutralisera för att upphandlingen skulle kunna anses lagenlig. Med denna fördel har Sigma/Dustin t.ex. kunnat anpassa sin presentation av anbudet för att matcha de personliga och subjektiva önskemålen hos deltagarna från Boverkets olika verksamhetsgrenar, något

som inte stod övriga leverantörer till buds. Sigma och projektledarens arbete genomfördes mot ersättning och därmed har Sigma/Dustin haft lägre kostnader än övriga leverantörer för att bilda sig en uppfattning dels om vad som faktiskt efterfrågas, dels om möjliga risker med leveransen. Sigma har dessutom arbetat igenom processerna för utvärderingsscenarierna, vilket övriga leverantörer inte haft möjlighet till. Sammantaget har Sigma/Dustin kunnat sänka riskpremien på sitt anbud och kunnat räkna in viss marginal på tidigare utfört arbete i samma ärende och således kunnat erbjuda ett lägre pris än annars. Dustin vann på pris och inte på kvalitet och det är rimligt att anta att just dessa två komponenter påverkas av ett tvåårigt informationsförspång och intäkter från förberedelsearbete.

Sigmas rapport innehåller en tydlig rekommendation att ett dokumenthanteringssystem ska kunna skapa mappstrukturer och i upphandlingen blev mappstrukturer ett skall-krav. Alla dokumenthanteringssystem på marknaden har inte löst den önskade funktionen med mappstrukturer, utan löst det på annat sätt. Vid själva tidpunkten för förstudien hade Sigma utvecklat en produkt kallad "Smarta mappar" som del i sitt, senare offererade, dokument- och ärendehanteringssystem.

Boverket motsätter sig bifall till Comparex begäran om överprövning och anför bl.a. följande.

Boverkets anbudsinvitan är utformat på ett neutralt och icke-diskriminerande sätt. Det faktum att Sigma-gruppen utfört förstudier om Boverkets behov av metodstöd medför inte att likabehandlingsprincipen har åsidosatts. Sigma-gruppen har inte varit involverad i framtagningen av upphandlingsunderlaget. Istället har Boverket försäkrat sig om likabehandlingsprincipen genom att anlita ett konsultföretag som stöd i framtagningen av kravspecifikation. Omfattningen och metodiken avseende det arbete som utförts i upphandlingsförberedelserna visar också att förstudierna,

Sigma-gruppens arbete, inte haft någon betydelse för den slutgiltiga utformningen av förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget finns inte heller procenttal, utvärderingsmoment, poängsättning eller övriga kriterier som skulle kunna gynna något av företagen som lämnat anbud. Fördelningen mellan kriterierna har satts utifrån Boverkets behov och i sammanhanget kan nämnas att Comparex fått högre utvärderingspoäng för kvalitet än Dustin. Att Dustin skulle kunna ha haft ett visst tidsmässigt försprång utgör inte i sig en sådan konkurrensfördel som är otillbörlig. Det framgår dessutom av anbudsinvjudan att förstudier gjorts.

Det vore orimligt om områden i olika förstudier inte flutit in i avropsunderlaget, eftersom en förstudie har just till syfte att lyfta fram behov och skapa ett underlag för kommande bedömningar och beslut. Samtliga avropslämnare har tagit del av ett detaljerat underlag för migreringen och därmed behandlats lika. Boverket har svårt att förstå den prisskillnad som Comparex har framhållit i sitt yttrande. Noterbart är istället att tre av leverantörerna ligger nära det medelvärde som kan räknas ut.

Fastpris på migreringen:

Comparex 512 450

Dustin 350 760

Fujitsu 326 000

Atea 322 00

Pulsen 171 00

Den kvalitetsgranskning som gjordes av konsultföretaget under december 2012 var enbart en inledande bedömning av förstudiens kvalitet och användbarhet. Vidare hade Dustin inte lägst pris, istället är det en annan leverantör som, avseende samma produkt, fått högst poäng för priskriteriet i utvärderingen. Det innebär således att Dustin inte haft någon fördel.

Dustin Aktiebolag har yttrat sig.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 5 kap. 7 § LOU framgår att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Vid tillämpning av första stycket ska

1. den upphandlande myndigheten för varje kontrakt som ska tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,
2. den upphandlande myndigheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,
3. anbuden lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten inte ta del av innehållet i dem innan den angivna svarstiden har löpt ut, och
4. den upphandlande myndigheten tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska 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 denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

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. De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 20 december 2011, mål nr 2458-11, uttalat bl.a. följande. Kammarrätten konstaterar att det i LOU inte finns några lagregler som reglerar jävssituationer. Konsulters medverkan i en senare upphandling får i stället bedömas utifrån de grundläggande EU-rättsliga principerna, främst likabehandlingsprincipen. Kammarrätten bedömer att det inte är något som hindrar att en kommun tar råd och hjälp av andra upphandlande myndigheter eller till och med presumtiva leverantörer vid upphandling av, som i detta fall specialiserade tjänster, såvida konkurrensen inte snedvrids och anbudsgivarna kan lämna anbud på lika villkor (jfr bl.a. EU-domstolens dom den 3 mars 2005 i målen C-211/03 och C-34/03, Fabricom SA mot État belge punkt 29 och Henrik Leffler, Om bevisbörda och "jäv" i upphandlingsmål, Förvaltningsrättslig tidsskrift 2010 s. 124). Av EU-domstolens praxis framgår också att ett företag inte kan förbjudas att delta i upphandlingen även om företaget utfört visst förberedande arbete (jfr Fabricom punkt 36). I stället kan andra leverantörer föra en process där det kan prövas om det förberedande arbetet har medfört konkurrensfördelar i förhållande till andra anbudsgivare (jfr Fabricom

punkt 33-34). Ett konsultbolag som deltagit i upphandlingen måste enligt EU-domstolen ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att deltagandet i förberedelsen inte leder till en snedvridning av konkurrensen.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 11 februari 2010, mål nr 6986-09, ansett att bevisbördan går över till den upphandlande myndigheten att visa att principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU inte åsidosatts i en situation där omständigheterna är sådana att det finns en presumtion för att en anbudsgivare har fått en konkurrensfördel. I det aktuella fallet var det utrett att en konsult deltagit i upphandlingen dels genom att, via ett bolag upprätta och utforma den ramhandling som avsåg upphandlingen, vilken utgjort del av det totala förfrågningsunderlaget, dels genom att som verkställande direktör för ett annat bolag lämna anbud i den aktuella upphandlingen. I en situation som denna är presumtionen stark för att personens dubbla funktioner inneburit en konkurrensfördel.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är om Comparex kunnat lämna anbud på lika villkor som Dustin eller om Dustin, till följd av Sigmas förberedande arbete, har fått konkurrensfördelar i förhållande till Comparex som därmed har lidit skada.

Comparex gör gällande att presumtionen måste vara att Sigmas arbete och rekommendationer flutit in i upphandlingen och att låta konsultföretaget översiktligt kvalitetsgranska Sigmas och projektledarens studie förändrar inte att Sigma och projektledaren haft en helt avgörande roll i utformningen, inriktningen och genomförandet av upphandlingen. Boverket menar att Sigma-gruppen inte varit involverad i framtagningen av upphandlingsunderlaget och att Boverket har försäkrat sig om likabehandlingsprincipen genom att anlita ett konsultföretag som stöd i framtagningen av kravspecifikation. Den kvalitetsgranskning som gjordes av konsultföretaget under december 2012 var enbart en inledande bedömning av förstudiens kvalitet och användbarhet

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Sigma inte deltagit i upphandlingen som anbudsgivare, utan endast som underleverantör till Dustin och som konsult till Boverket i förstudiefasen. Enligt det konsultavtal som undertecknades mellan Boverkets IT-chef och Sigmas konsult var syftet med konsultuppdraget att stödja Boverket i arbetet med att införa ett ärende- och dokumenthanteringssystem i fas 1. Av Boverkets övergripande projektplan framgår att kravfördjupning och framtagande av upphandlings- och avropsunderlag skulle komma att ske först i fas 3–5. Sigmas uppdrag som konsult skulle således vara avslutat när arbetet med att utforma själva förfrågningsunderlaget påbörjades.

Comparex har vidare anfört att Sigma/Dustin har haft möjlighet att styra upphandlingens förfrågningsunderlag mot egna lösningar i vissa delar och att mappstrukturer därför blev ett skall-krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser emellertid att ett skall-krav avseende mappstrukturer inte kan anses utgöra en sådan konkurrensfördel som strider mot 1 kap. 9 § LOU eftersom, såsom Boverket har påpekat, ingen leverantör har exkluderats på grund av att de inte kunde uppfylla detta krav. Förvaltningsrättens bedömning är att det mot denna bakgrund inte kan anses visat att Sigma/Dustin har deltagit i den faktiska utformningen av förfrågningsunderlaget och därigenom fått en sådan dubbel funktion som omnämnts ovan i Kammarrätten i Stockholms dom. Någon renodlad konsultjävssituation är således inte för handen.

Frågan är därmed om det förberedande arbetet ändå har medfört konkurrensfördelar för Dustin i förhållande till andra anbudsgivare. I enlighet med vad som anfördes i Kammarrätten i Sundsvalls dom (den 20 december 2011, mål nr 2458-11, s. 7) anser förvaltningsrätten att det är upp till Comparex att visa att bolaget är skadelidande redan till följd av förfrågningsunderlagets utformning.

Comparex har anfört att Dustin genom det förberedande arbetet som Sigma utfört under drygt två års tid har haft mer kunskap om Boverkets preferenser och förutsättningar och mer tid samt lägre kostnader för att förbereda sitt anbud jämfört med övriga anbudsgivare.

Förvaltningsrätten instämmer i att Dustin kan ha haft vissa fördelar vad gäller utformning av anbud med hänsyn till den information som Sigma som underleverantör redan haft tillgång till. Förvaltningsrätten anser emellertid inte att de fördelar som Comparex har anfört kan anses gå utöver vad exempelvis en leverantör som tidigare haft ett kontrakt med samma myndighet skulle ha. Vad Comparex anfört kan inte anses utgöra sådana konkurrensfördelar som innebär att bolaget i den aktuella upphandlingen lidit skada på grund av förfrågningsunderlagets utformning.

Comparex menar vidare att det förberedande arbetet möjliggjort att Dustin kunnat offerera migreringens delleveranser till cirka 56 procent lägre pris än t.ex. Comparex. Av den prisjämförelse som Boverket har angett framgår dock att Comparex prisnivå låg långt över samtliga av de övriga leverantörerna avseende migreringen, varvid Dustin snarare höll ett genomsnittligt pris som varken är avsevärt högre eller lägre än övriga leverantörer. Mot den bakgrunden kan det inte anses att just Dustin har haft en konkurrensfördel avseende migreringen, utan det är istället Comparex som angett ett högre pris varför det har uppstått en större prisskillnad mellan Comparex och Dustin.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att vad Comparex har anfört medför inte att Boverket har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU som har medfört att Comparex har lidit eller kan komma att lida skada. Comparex ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Per Hansson



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 nå 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.