



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-11-17
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
20671-14

KONKURRENSVERKET	
2014-11-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Spinator AB, 556563-1586

Ombud: Advokaterna Emelie Engholm och Frank Reijbrandt
Kiström Advokatbyrå KB
Box 7184
103 88 Stockholm

MOTPARTER

1. Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

2. Knowit Dataunit AB, 556436-6259

Ombud: Advokat Henrik Wetzenstein och bitr. jurist Helena Lundkvist
Advokatfirman Nordia KB
Box 70389
107 24 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Spinator AB:s ansökan och beslutar att rättelse ska ske genom att en ny anbudsutvärdering ska göras vid vilken Knowit Dataunit AB:s anbud inte ska beaktas.

Dok.Id 545926

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (härefter FMV) genomför en upphandling avseende förvaltning av EOD IS version 4, 379167-AI868941. Vid upphandlingen tillämpas lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Av tilldelningsbeslut den 26 augusti 2014 framgår att FMV avser att ingå avtal med Knowit Dataunit AB (härefter Knowit).

Spinator AB (härefter Spinator) yrkar att rättelse ska ske genom att anbudet från i vart fall Knowit och ett annat namngivet bolag förkastas och en ny kvalificering genomförs. Som grund för ansökan anför Spinator att dessa bolag inte uppfyller förfrågningsunderlagets krav att leverantören ska ha minst två systemutvecklare som har god kunskap om programmet ESRI ArcGIS Runtime .NET 10.2.

FMV medger bifall till Spinators ansökan.

Knowit, som har getts tillfälle att yttra sig i målet, bestrider bifall till Spinators ansökan och anför att Knowit uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Vidare anför Knowit att det är oproportionerligt att förkasta bolagets anbud och att Spinator inte visat att skaderekvisitet är uppfyllt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter eller enheter 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 iaktas (1 kap. 11 § LUFSS).

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LUFSS).

Uppfyllande av ska-krav

Av skyldigheten att behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt (likabehandlingsprincipen) följer att upphandlande myndighet inte får anta anbud som inte har uppfyllt samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav. Förvaltningsrätten har i målet att ta ställning till frågan om vinnande anbudsgivare Knowits anbud rätteligen skulle ha uteslutits från utvärdering på grund av att anbudet inte uppfyller ett ska-krav på det sätt som Spinator har gjort gällande.

I punkt S54, sid. 19, förfrågningsunderlaget anges följande:

”Leverantören skall redovisa vilka tekniska kunskaper offererade konsulter har och till vilken nivå. Redovisningen skall göras i den med anbudsförfrågan lämnade matrisen. Kompetenser som skall redovisas är de som listas i kapitel 8, ’Tekniska kunskaper’. Nivån på kunskap skall anges i stegen kunskap, god kunskap och mycket god kunskap.”

I avsnitt 7.6 i förfrågningsunderlaget anges att minst två systemutvecklare ska ha god kunskap i de kunskaper som redovisas i kapitel 8, ’Tekniska kunskaper’.” Bland produkterna som anges i kapitel 8 finns bl.a. programmet ESRI ArcGIS Runtime .NET 10.2.

Förvaltningsrätten konstaterar att det därmed har varit ett krav i upphandlingen att anbudsgivaren har minst två systemutvecklare som har god kunskap om programmet ESRI ArcGIS Runtime .NET 10.2.

Spinator åberopar ett intyg från företrädare för Esri Sverige AB, leverantör av det aktuella programmet, av vilket framgår att programmet inte har varit officiellt utan endast tillgängligt inom ramen för ett betaprogram samt att Spinator har varit den enda svenska deltagaren i betaprogrammet. Spinator anför att Knowit därför inte kan anses ha haft "kunskap" eller "god kunskap" om ESRI ArcGIS Runtime .NET 10.2 och att Knowit därmed inte har uppfyllt samtliga ska-krav i upphandlingen.

FMV anför bl.a. följande. Vid samtal som FMV har haft med företrädare för Esri Sverige AB har det framkommit att ArcGIS Runtime .NET 10.2 är en helt ny generation av programvarubaserat "kartstöd". I slutet av mars 2014 publicerades en öppen nätversion av betaprogrammet. För att kunna arbeta med nätversionen och därmed skaffa sig god kunskap är det enligt företrädaren för Esri Sverige AB nödvändigt att programmet laddas ner. Genom att tillhandahålla ett betaprogram har Esri Sverige AB gett samtliga leverantörer möjlighet att förutom teoretisk kunskap även genom nedladdning av programvara erhålla faktisk och god kunskap genom att aktivt arbeta med programvaran. Nedladdning är endast möjlig om den intresserade användaren skaffar sig ett konto hos Esri Sverige AB. På direkt fråga uppgav Esri Sverige AB:s företrädare att Knowit inte har ett sådant konto. Knowit skulle således rätteligen ha uteslutits från den slutliga anbudsutvärderingen. Utvärderingen bör därför rättas genom att anbudsutvärderingen görs om.

Knowit anför bl.a. följande. Kunskap är inte detsamma som erfarenhet. Det är inte godtagbart att låta Esri Sverige AB bestämma vad som avses med god kunskap enligt FMV:s förfrågningsunderlag. Knowits offererade

konsulter har god till mycket god kunskap om programvaran ESRI ArcGIS Runtime, vilket är grundprogramvaran avseende aktuell programvara. De offererade konsulterna har god till mycket god kunskap vad gäller .NET-ramverket. Tillgänglig dokumentation avseende programvaran ESRI ArcGIS Runtime .NET 10.2 har studerats och granskats av Knowit och Knowits konsulter. Den skillnad som i huvudsak föreligger avseende ESRI ArcGIS Runtime .NET 10.2 och andra plattformar såsom Android, Flex, iOS, Java, JavaScript, Mac OS X, WPF osv., gäller just .NET-ramverket, vilket Knowit har god till mycket god kunskap om. Knowit ska därför anses ha uppfyllt kravet på god kunskap om programmet ESRI ArcGIS Runtime .NET 10.2.

Upphandlande myndigheters skyldighet att inte efterge eller bortse från sådana krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget gäller enligt förvaltningsrättens bedömning även om uppgifterna har blivit kända först i samband med en överprövningsprocess. Denna bedömning får stöd i Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 1569-1572-14 och 935-12. För det fall Knowit inte uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget måste detta alltså beaktas, även om detta har visat sig först efter Spinators ansökan till förvaltningsrätten.

Förvaltningsrätten konstaterar att begreppet "god kunskap" inte är närmare definierat i förfrågningsunderlaget. FMV hänvisar till uppgift som verket har fått från programleverantören Esri Sverige AB om att god kunskap om programmet kräver praktisk erfarenhet av betaversionen, vilket fordrar nedladdning av densamma. Knowit har fört argumentation om att det är möjligt att tillägna sig god kunskap om programmet utan att ha praktisk erfarenhet av det. Bolaget har dock inte lagt fram någon bevisning och enligt förvaltningsrättens mening inte heller anfört något argument som kan anses väga tyngre än utlåtandet från företrädare för programleverantören om vad som krävs för att tillägna sig god kunskap om

programmet. Förvaltningsrätten bedömer därför att Knowits anbud inte har uppfyllt det aktuella ska-kravet och det finns därför grund att utesluta anbudet från utvärdering.

Proportionalitet

Knowit har vidare anfört att det är oproportionerligt att utesluta Knowits anbud från utvärdering på grund av att bolaget inte anses ha uppfyllt det aktuella kravet.

En upphandlande myndighet har normalt stor frihet när den närmare bestämmer föremålet för en upphandling. De krav som myndigheten ställer upp får dock inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (jfr RÅ 2010 ref. 78).

Proportionalitetsprincipen innebär att krav som ställs inte får gå utöver vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för upphandlingen i fråga (jfr prop. 2006/07:128 s. 132). De uppställda kraven ska ha ett naturligt samband med, och stå i proportion till, det behov som ska täckas. Bedömningen av om ett krav är proportionerligt kan göras i tre steg där det inledningsvis prövas om kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, därefter om kravet är nödvändigt för att det eftersträvade syftet ska uppnås (såtillvida att det inte finns mindre ingripande alternativ) och slutligen om den negativa effekten av kravet är oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det eftersträvade syftet.

Förvaltningsrätten bedömer att syftet med kravet att leverantören ska ha erfarenhet av praktisk användning av betaprogrammet får anses vara att säkerställa att leverantören har den kunskap om programmet som behövs för att kunna genomföra uppdraget som upphandlingen avser. Det saknas

enligt förvaltningsrättens mening anledning ifrågasätta att kravet är lämpligt och effektivt utifrån detta syfte. Proportionalitetsprincipen kan således inte anses åsidosatt av denna anledning.

Förvaltningsrätten bedömer vidare att kravet får anses vara nödvändigt, mot bakgrund av att programleverantören Esri Sverige AB har uppgett att praktisk användning av betaprogrammet är en förutsättning för att tillägna sig goda kunskaper och att Knowits argumentation enligt förvaltningsrättens bedömning inte motbevisar detta. Förvaltningsrätten anser att det inte har kommit fram anledning att bedöma att god kunskap om ESRI ArcGIS Runtime .NET 10.2 i sig skulle vara onödigt för att tillgodose det behov som FMV:s upphandling är avsedd att tillgodose. Inte heller av denna anledning kan således proportionalitetsprincipen anses åsidosatt.

Frågan är slutligen om proportionalitetsprincipen kan anses åsidosatt på grund av att kravets negativa effekt kan anses oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det eftersträvade syftet. Knowit har anfört att det inte är säkert att leverantören de facto har testat programmet bara för att det har laddats ned. Förvaltningsrätten anser inte att den omständigheten att det inte finns någon möjlighet att kontrollera att programmet faktiskt har testats efter nedladdningen innebär att det är oproportionerligt att utesluta en leverantör som inte har laddat ned programmet.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att den aktuella upphandlingen påbörjades den 14 april 2014 och avslutades den 30 maj 2014. Betaprogrammet i fråga lanserades i mars 2014. Såvitt framgår har samtliga leverantörer haft möjlighet att registrera sig hos programleverantören och ladda ned betaprogrammet. Det kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses vara en stor olägenhet eller ansträngning för anbudsgivarna att registrera sig och ladda ned programmet. Mot bakgrund av att programleverantören har uppgett att god

kunskap erhålls genom praktisk användning av programmet finns det enligt förvaltningsrättens mening inte anledning att bedöma att god kunskap också kan uppnås genom teoretisk kunskap om programmet och praktisk erfarenhet av andra programvaror, såsom Knowit har gjort gällande. Den omständigheten att det bara är frågan om en icke-officiell betaversion innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att kravet är oproportionerligt. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att kravets negativa effekt inte kan anses oproportionerlig eller överdriven i förhållande till det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten finner därmed att proportionalitetsprincipen inte heller av denna anledning kan anses bli åsidosatt genom den aktuella tolkningen och tillämpningen av ska-kravet i fråga.

Skada och val av åtgärd

Förvaltningsrätten har funnit att Knowit inte har uppfyllt samtliga ska-krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten har vidare funnit att det inte strider mot proportionalitetsprincipen att utesluta Knowits anbud från utvärdering till följd av detta. Om FMV ändå skulle tilldela Knowit kontraktet skulle detta således strida mot skyldigheten att behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

FMV anför att Spinator uppfyller samtliga ska-krav och rätteligen bör tilldelas upphandlingen. Spinator får med hänsyn till vad FMV anförts anses ha lidit eller komma att lida skada till följd av att Knowits anbud har antagits.

Förvaltningsrätten finner därför att det föreligger grund att bifalla Spinators ansökan och besluta om rättelse på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras varvid Knowits anbud inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Susanne Bagge

Rådman

Elisabeth Kornfeldt 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.