



**LÄNSRÄTTEN I
BLEKINGE LÄN**

E Beyer

DOM
2009-05-25
Meddelad i
Karlskrona

Mål nr
377-09

SÖKANDE

Ramböll Sverige AB, 556133-0506
Box 17009
104 62 Stockholm

Ombud: Johan Norrgård
Ramböll Sverige AB
Box 17009
104 62 Stockholm

MOTPART

Boverket
Box 534
371 23 Karlskrona

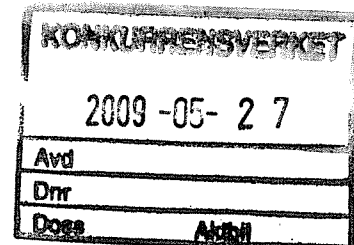
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens beslut den 9 april 2009 gäller inte längre.



YRKANDEN

Ramböll Sverige AB (Bolaget) ansöker hos länsrätten om överprövning av Boverkets upphandling av beräkningar av energibalanser för 1 800 byggnader (Dnr 100-1131/2009) och yrkar att upphandlingen avbryts och görs om.

Boverket motsätter sig bifall till ansökan.

Länsrätten har genom beslut den 9 april 2009 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

PARTERNAS TALAN

Bolaget anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Boverket ställer i förfrågningsunderlaget upp krav på den programvara som ska användas för utförandet av beräkningarna av energibalanser. Programmets källkod ska vara öppen för Boverket att ta del av och programmet ska i övrigt vara så flexibelt att ändringar i källkoden kan göras med kort varsel. Kraven är utformade som skall-krav. Det ifrågasätts om detta skall-krav är förenligt med proportionalitetsprincipen. De flesta kommersiella programvaror har av naturliga skäl inte öppen källkod. Det är för uppdragets utförande inte nödvändigt att ställa upp ett sådant krav på programvaran – syftet med uppdraget kan uppnås även utan öppen källkod. Kravet på öppen källkod/"flexibel" programvara leder till hämmande och snedvridning av konkurrensen på grund av att många leverantörer som i övrigt uppfyller ställda krav inte ges möjlighet att fullt ut konkurrera om upphandlingskontraktet. – De svar som Boverket förmedlat under anbudsfasen ger vidare anledning att anta att Chalmers tekniska högskola (Chalmers) ges konkurrensfördelar i och med uppställda krav. Chalmers har sedan tidigare tillgång till egenutvecklad programvara som på uppdrag av Boverket använts för tester av sådana beräkningar upphandlingen avser. Chalmers har också haft tillgång till del av Boverkets databas varur data ska hämtas för beräkningarna. Bo-

verket uppger i sitt svar på frågan om leverantörerna kommer att få tillgång till SQL-databasen att sådan tillgång inte kommer att ges. En sådan tillgång är nödvändig för att kunna avgöra kvaliteten på underliggande data, för att därigenom bl.a. kunna avgöra omfattningen av det arbete som krävs för att läsa in data i beräkningsprogrammet. Med anledning härav har (övriga) potentiella leverantörer mycket svårt att med framgång konkurrera med Chalmers om upphandlingskontraktet och potentiella leverantörer ges inte lika förutsättningar. Denna bedömning förstärks när den korta tiden för beräkningarnas genomförande beaktas. Det är i princip omöjligt för andra leverantörer att utföra uppemot 54 000 beräkningar enligt kravspecifikationen under den föranstaltade tidsperioden – även med tillgång till programvara med öppen källkod. – De angivna omständigheterna ger sammantaget uttryck för konkurrenssnedvridning i och med att alla leverantörer inte ges samma förutsättningar att på allvar konkurrera om upphandlingskontraktet. De oproportionerliga kraven på programvarans beskaffenhet samt de konkurrensfördelar som Chalmers i övrigt ges, riskerar att förorsaka sådan skada som enligt 16 kap. 2 § LOU ska leda till ett beslut om att upphandlingen ska göras om.

Boverket anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Vanligtvis görs energibalansräkningar när en byggnad nyproduceras, och det är i huvudsak för detta ändamål kommersiell programvara används. I dessa program matas data in i ett grafiskt gränssnitt. Att mata in alla data för hand tar en viss tid per objekt. Hur lång beror på programmets komplexitet, programmeringsspråk och mängden indata. I Boverkets uppdrag är det, på grund av den stora mängden byggnader som ska beräknas, nödvändigt att använda sig av en annan princip för inmatning av data där data läses in automatiskt till beräkningsprogrammet från en tabell eller matris. Boverket har ansett att det inte är möjligt att använda kommersiell programvara utan att tvingas ändra källkoden för inläsning av den stora mängd data det hand-

lar om, både av kostnadsskäl men framförallt av tidsskäl. Arbetet med energibalanserna ska rapporteras internt senast den 27 maj 2009 och till Miljödepartementet senast den 1 september 2009. I förfrågningsunderlaget står skrivet att programmet ska vara så flexibelt att ändringar i källkoden kan göras med kort varsel. Boverket har inte angett att det är den aktör som utför beräkningarna som måste ändra i källkoden. Ändringarna kan mycket väl göras av den som tillhandahåller det kommersiella beräkningsverktyget. Det eftersträlvade målet är att kunna genomföra stora mängder beräkningar på kort tid och till ett så lågt pris som möjligt. Skall-kravet på flexibilitet står därmed i proportion till det eftersträlvade målet. Utan en flexibel programvara, där den som tillhandahåller programvaran har möjlighet och kompetens att ändra i källkoden för inläsningen av data, går Boverkets tidplan om intet, och regeringsuppdraget kan därmed inte slutföras inom den tidsram som regeringen angett. Boverket ställer alltså inte något krav på öppen källkod, utan endast att källkoden ska kunna ändras så att data enkelt kan läsas in och resultat skrivs ut i ett tabell- eller matrisformat.

– Beträffande konkurrensfördelar för Chalmers har Boverket uppgett att kontakt tagits med Chalmers och att de undersökt möjligheterna att på kort tid utföra stora mängder beräkningar av byggnaders energibalanser. För ändamålet har Chalmers haft tillgång till begränsade delar av indata från Boverkets besiktningar. De har dock inte haft tillgång till Boverkets databas. Alla data Boverket tillhandahållit finns i den fil som lagts ut på Internetsidan för upphandlingen. Anledningen till att kontakt tagits med Chalmers är att de planerade för motsvarande beräkningar i ett pågående forskningsprogram. Boverket frågade därför Chalmers om de trodde det var möjligt att beräkna energibalanser för 1 800 byggnader på så kort tid som fanns till förfogande. Efter en tid meddelade Chalmers att de kan klara av uppgiften. Boverket frågade då till vilken kostnad Chalmers skulle kunna utföra uppdraget. De uppskattade att priset för detta ligger på en halv miljon kronor. I och med denna kostnadsuppgift stod det klart att Boverket

inte kunde göra en direktupphandling. Efter anbudstidens utgång hade fyra anbud lämnats av företag som bedömer sig klara beräkningarna.

Bolaget har i yttrande tillagt bl.a. följande. Det vidhålls att kravet på flexibel programvara, så som det kommer till uttryck i förfrågningsunderlaget/kravspecifikationen, inte kan anses vara proportionerligt. Boverkets motargument är i första hand grundade i tids- och kostnadsskäl. Frågan är om potentiella anbudsgivare ska stå risken för Boverkets snäva tidplan. Boverkets uppdrag baseras på ett regeringsbeslut expedierat i december 2006. Boverkets krav på flexibel programvara begränsar och snedvrider konkurrensen högst väsentligt och denna begränsning kan inte motiveras och rättfärdigas med hänvisning till Boverkets snäva tidplan för uppdraget. Boverket kunde ha inlett den aktuella upphandlingen tidigare och på så sätt öppnat för bättre konkurrens och en mer realistisk tidplan för beräkningarna. En snäv tidplan kan vara ett tecken på att den upphandlande myndigheten redan i förväg haft en viss anbudsgivare i åtanke för uppdragets genomförande. Att ändringarna i programmet, enligt Boverkets invändning, kan göras av den som tillhandahåller beräkningsprogrammet istället för av den som utför beräkningarna kan inte tillmätas någon betydelse i sammanhanget utan det oproportionerliga kravet på "flexibel" programvara kvarstår oberoende av denna invändning. Även om kravet inte innebär att källkoden ska vara öppen för Boverket att ta del av ställs krav på redovisning av programmets uppbyggnad med avseende på matematiska modeller m.m. Det ifrågasätts vilken programvaruleverantör som är villig att gå med på ett sådant krav. De programvaruleverantörer Bolaget normalt anlitar lämnar inte ut sådan information som efterfrågas av Boverket. – Boverket antyder att Chalmers inte, genom de kontakter som tagits inför upphandlingen, haft några konkurrens fördelar i förhållande till övriga anbudsgivare, bl.a. eftersom Chalmers endast har haft tillgång till en begränsad mängd indata. Redan denna (begränsade) tillgång till data försätter övriga anbudsgivare i ett

sämre läge – Chalmers har ”testberäknat” 50 byggnader i samråd med Boverket och kan därför anses ha haft bättre förutsättningar att förbereda ett anbud (kostnadsbedömning, tidsbedömning, indatas kvalitet m.m.). Boverket uppger att sammanlagt fyra anbud inkommit i upphandlingen. Detta kan ses som ett tecken på att uppställda krav är konkurrenshämmande sett utifrån det relativt stora antalet konsulter/konsultföretag som har kompetensen att utföra efterfrågade beräkningar. Antalet inlämnade anbud borde vara betydligt högre, snarare det femdubbla. Chalmers uppskattade kostnaden för genomförande av uppdraget till ca en halv miljon kronor. Bolaget ifrågasätter vilka privata företag som kan matcha en sådan prisbild. Med beaktande av att sammanlagt 1 800 byggnader ska energiberäknas innebär detta en kostnad per byggnad om ca 278 kr. Om man i sammanhanget beaktar kravet på att programvaruleverantören ska modifiera sin programvara efter en SQL-databas som anbudsgivaren inte har tillgång till samt den korta uppdragstiden, framstår den av Chalmers uppskattade kostnaden som i praktiken omöjlig för ett privat/vinstdrivande företag att möta.

UTREDNING

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

”4.2 Uppdraget

Uppdraget består i att genomföra beräkningar av energibalanser i 1 400 bostadsbyggnader respektive 400 lokalbyggnader.

I beräkningarna **skall** hänsyn tas till:

[...]

Dessutom **skall** programmet kunna hantera:

[...]

- Inläsning av indata från SQL-databas, Access, Excel eller motsvarande
- Utskrift av resultat till Excelfil

Programmet **skall** vara så flexibelt att ändringar i källkoden kan göras med kort varsel. Dessutom **skall** källkoden vara öppen för Boverket att ta del av eller programvaran så väl dokumenterad att det framgår vilka matematiska modeller som används och hur olika delar i programmet påverkar det slutliga resultatet. Programvaran får alltså inte vara en ”svart låda”.

Av Frågor och svar angående upphandling Dnr: 100-1131/2009 framgår bl.a. följande.

”Fråga 2: 4.2 sid 11 rad 5 – De flesta kommersiella programvaror har av naturliga skäl inte öppen källkod. Vad menas med väl dokumenterad programvara? Vill Boverket ha dokumenterad analytisk validering eller ska det finnas komparativ validering typ IEA BESTEST eller efterfrågas någon form av empirisk validering?

Svar: Förutom att det ska gå att ändra i källkoden (*eller på annat sätt modifiera programvaran så att data kan läsas in och skrivs ut via eller till en excel-fil*) vill Boverket ha kontroll över vilka matematiska modeller som används i programvaran för att beskriva de fysikaliska förlopp som ligger till grund för en energibalans. Vi vill därför att programmet inte är en ”svart låda”. Om programmet är väl validerat mot BESTEST eller motsvarande (tex i IEA:s ANNEX 41) är det naturligtvis bra, men vi vill ändå kunna få alla matematiska modeller beskrivna.”

”Fråga 15. Hur och när kommer vi att få tillgång till databasen? Vi skulle behöva access till den snarast för att kunna avgöra kvaliteten på inlagd data. Vilken typ av SQL-databas är det? Hur ser databasstrukturen ut i form av fält, tabeller och datatyper?

Svar: Ni kommer inte att få tillgång till databasen. Vi plockar ut de data som ni behöver. Vår formulering om att *”programmet ska kunna läsa data från en SQL-databas, Access, Excel eller motsvarande”* är olycklig. För att kunna hantera den stora datamängden läses data från SQL-databasen till en Excel-fil eller motsvarande. Det räcker alltså att programvaran i sin tur kan läsa in data från en Access- eller Excel-fil.”

”Fråga 18. Sedan undrar jag om du vet om det finns andra företag, institutioner eller organisationer som har eller har haft tillgång till databasen och i så fall redan kan ha tagit fram en koppling mellan ett beräkningsprogram och databasen?

Svar: Vi har frågat Chalmers (*som i ett annat projekt, Pathways, ska studera möjligheterna att minska energibehovet i samtliga EU-länders bebyggelse*) om vilka möjligheter det finns att utföra förhållandevis detaljerade energibalansräkningar av stora mängder byggnader på kort tid, och också skriva resultatet till en Excel-fil eller motsvarande.

Chalmers har haft tillgång till en mindre del av databasen för att testa om det över huvud taget är möjligt att utföra så många beräkningar på så kort tid. Deras försök visar att det går. Men vi har ännu inte provat att räkna igenom fler än ett 50-tal byggnader. Så vi vet egentligen inte om det är möjligt att läsa in 20 gånger så mycket data, utan att komplikationer uppstår. Jag antar att det beror på programvara och kapacitet hos hårdvaran. För beräkningarna har vi tillhandahållit Chalmers data i ett Excel-blad, se bifogat.”

DOMSKÄL

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska enligt 16 kap. 1-2 §§ LOU länsrätten på framställning från leverantören besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören eller leveranser än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att bedömningen ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är effektiv och lämplig för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 13 januari 2009, mål nr 8457-08, och Kammarrättens i Jönköping dom den 26 juni 2008, mål nr 568–570-08).

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Krav på leverantörer och produkter ska upprätthållas och de förfaranden och den praxis som används av de upphandlande myndigheterna ska tillämpas på samma sätt mot alla leverantö-

rer som deltar i en upphandling. Att vissa leverantörer inte klarar att möta berättigade krav från den upphandlande myndigheten utgör dock inget brott mot likabehandlingsprincipen. (Se Falk, J.E. och Pedersen, K, Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling, 2004, s. 27).

Det kan inte heller anses att principen om likabehandling har åsidosatts redan på grund av att de upphandlande myndigheterna låter organ, vilka erhåller subventioner som gör det möjligt för dem att lämna anbud som är betydligt lägre än de anbud som lämnas av de anbudsgivare som inte subventioneras, att delta i ett förfarande för offentlig upphandling (se EG-domstolens dom den 7 december 2000 i mål nr C-94/99).

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten inleder med att pröva Bolagets invändning att uppställda skallkrav avseende den programvara som ska användas till de efterfrågade energibalansräkningarna strider mot proportionalitetsprincipen.

Den tjänst Boverket upphandlar innebär beräkningar av en stor mängd energibalanser på kort tid. Som länsrätten utvecklar närmare nedan kan det inte anses att den korta tidsramen i sig skulle innebära ett brott mot LOU. Mot bakgrund av syftet med upphandlingen får det anses lämpligt och ändamålsenligt att ställa krav på att den programvara som används är flexibel och kan modifieras för automatisk inläsning av indata på sätt som skett i Boverkets förfrågningsunderlag. Boverket har oemotsagt hävdat att tillgängliga kommersiella program inte tillhandahåller denna funktion. Det har inte heller framkommit att det finns något annat mindre ingripande alternativ som skulle tillgodose Boverkets behov i detta avseende. Länsrätten finner vidare att den negativa effekten av kravet inte kan anses oproportionerlig.

Boverket har därutöver ställt krav på att programvaran ska vara öppen eller så väl dokumenterad att det framgår vilka matematiska modeller som används och hur olika delar i programmet påverkar det slutliga resultatet. Av de svar Boverket givit på frågor ställda under upphandlingen framgår att syftet med detta krav är att Boverket vill ha kontroll över vilka matematiska modeller som används i programvaran för att beskriva de fysikaliska förlopp som ligger till grund för en energibalans. Mot bakgrund av detta syfte får det anses ändamålsenligt att ställa de krav Boverket gjort. Något annat, mindre ingripande alternativ, som skulle ge Boverket den kontroll som eftersträvas har inte framkommit. Inte heller i detta fall anser länsrätten att den negativa effekten – d.v.s. att vissa potentiella leverantörer finner att de saknar möjlighet att uppfylla det ställda kravet – är oproportionerlig.

Länsrätten övergår till att pröva vad Bolaget anfört angående att otillbörliga konkurrensfördelar getts till Chalmers inför den aktuella upphandlingen. Bolaget får härvid anses ha gjort gällande att Boverket brutit mot principen om likabehandling.

Som framgår av det inledningsvis redovisade rättsfallet från EG-domstolen innebär det faktum att Chalmers på grund av statsstöd eller av liknande orsaker kan ha möjlighet att offerera ett mer fördelaktigt anbud än andra aktörer, inte att Boverket skulle bryta mot likabehandlingsprincipen genom att acceptera ett sådant anbud. Att vissa aktörer inte klarar att möta den korta utförandetid för uppdraget som Boverket ställt upp innebär inte heller ett brott mot likabehandlingsprincipen om kravet är berättigat. Bolaget har gjort gällande att potentiella leverantörer inte bör stå risken för Boverkets snäva tidplan. Enligt länsrättens mening har upphandlande myndigheter en betydande frihet att ställa upp de tidsramar för ett uppdrag som myndigheten anser sig behöva. Med hänsyn till att det enligt Boverket inkommit fyra anbud kan Bolaget inte anses ha gjort sannolikt att Boverkets korta tid för

utförandet motiverats av några otillbörliga hänsyn som t.ex. att Boverket i förväg försökt gynna viss leverantör.

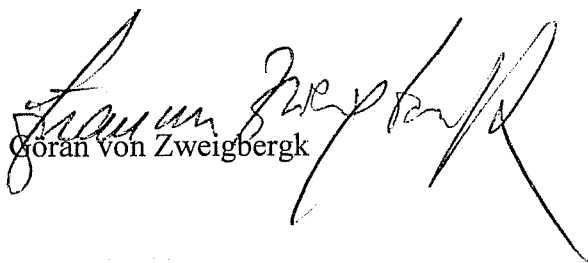
Bolaget har vidare gjort gällande att Boverket otillbörligen gynnat viss leverantör genom att tillhandahålla Chalmers indata för provberäkning av energibalanserna, vilket fått till följd att Chalmers bättre kunnat förbereda ett anbud. Boverket har vidgått att Chalmers haft tillgång till en begränsad mängd av aktuella data för att undersöka möjligheten att genomföra uppdraget enligt Boverkets parametrar. Enligt Boverket har de indata Chalmers haft tillgång till ställts till övriga leverantörers förfogande på Boverkets hemsida. Länsrätten utgår ifrån att Boverket här avser den fil som tillhandahållits som svar på den fråga 18 som redovisats ovan under rubriken utredning.

Det framstår enligt länsrätten som sannolikt att Chalmers, genom att före andra potentiella leverantörer få tillgång till exempel på de indata som Boverket önskade basera sina beräkningar på, har fått en konkurrensfördel gentemot dessa. Av åberopad utredning framgår inte exakt när övriga leverantörer fick del av dessa data. Med hänsyn till att förfrågningsunderlaget stipulerar att kompletterande uppgifter lämnas senast den 1 april 2009, bör aktuell indata som svar på fråga 18 ha varit övriga leverantörer tillhanda senast vid denna tidpunkt. Förfrågningsunderlaget är daterat den 24 mars 2009 och anbudstiden löpte till och med den 6 april 2009. Övriga potentiella leverantörer har således haft i vart fall fem dagar på sig att avgöra i vad mån indatas kvalitet m.m. skulle påverka ett eventuellt anbud. Länsrätten finner att Boverket, genom att publicera de indata Chalmers haft tillgång till när verket blev uppmärksammat på frågan, i tillräcklig mån neutraliserat den konkurrenssnedvridning som uppstått. Principen om likabehandling ska därmed inte anses ha trätts för när.

Med hänsyn till det ovan anförda, och då vad Bolaget i övrigt anfört inte leder till annan slutsats, finner länsrätten att det inte visats att upphandlingen i något åberopat avseende strider mot LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d)

Länsrätten anmärker att en ny tiodagarsfrist enligt 16 kap. 1 § tredje stycket 2. LOU börjar löpa, vilket bör beaktas vid ett eventuellt överklagande av denna dom.


Göran von Zweigbergk



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

