



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-12-23
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 23806-11
 Enhet 17

SÖKANDE

Esri Sverige AB, 556409-4802
 Box 975
 801 33 Gävle

Ombud: Advokaterna Hugo Norlén och Jenny Lindgren
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1203
 751 42 Uppsala

MOTPART

Riksantikvarieämbetet
 Box 5405
 114 84 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Esri Sverige AB:s ansökan.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012-08-14 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

Dok.Id 195038

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegeluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Riksantikvarieämbetet genomför en upphandling av programmering och utveckling av det arkeologiska fältdokumentationssystemet Intrasis, dnr 142-1260-2011. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU. Av tilldelningsbeslut som sändes ut till leverantörerna den 16 november 2011 framgår att Riksantikvarieämbetet beslutat att teckna kontrakt med annan leverantör än Esri Sverige AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Upphandlingen strider mot transparens- och öppenhetsprincipen då volym och omfattning av det som ska upphandlas inte framgår tillräckligt klart och tydligt av förfrågningsunderlaget. Den angivna volymens tidsåtgång är inte heller tillräckligt förankrad i verkligheten. Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för bolaget.

I förfrågningsunderlaget punkt 1.3 anges att omfattningen för ingående programmeringstjänster beräknas uppgå till cirka 7 000 timmar inklusive funktionalitet som beskrivs som optioner. Det anges således uttryckligen att den uppskattade volymen avser programmeringstjänster. Huruvida den uppskattade volymen även omfattar projektledning, design, kvalitetssäkring, tester, dokumentation etc. framgår inte eller är i vart fall oklart. Bolagets tolkning av volymangivelsen i förfrågningsunderlaget är att projektledning, design, kvalitetssäkring, tester, dokumentation etc. tillkommer utöver de 7 000 timmar som avser programmeringstjänster. Detta innebär att upphandlingens totala volym är mycket större än de timmar som anges i förfrågningsunderlaget. Utifrån bolagets erfarenhet som leverantör till Riksantikvarieämbetet under de senaste tio åren omfattar upphandlingen

cirka 10 000 timmar, varvid 7 000 timmar enbart utgör programmerings-timmar.

Vinnande anbudsgivare har istället tolkat volymangivelsen i förfrågningsunderlaget som att den avser upphandlingens totala volym. Otydligheten i förfrågningsunderlaget har resulterat i att bolaget och vinnande anbudsgivare har lämnat anbud på olika antal timmar, vilket även fått till följd att deras anbudspriser väsentligen skiljer sig åt. Bolaget har lämnat anbud på cirka 10 000 timmar och vinnande anbudsgivare på cirka 7 000 timmar, varvid vinnande anbudsgivare har kunnat lämna ett lägre pris än bolaget.

En upphandling ska ske på lika villkor och det är därför, vilket framgår av både doktrin och EU-rättslig praxis, av största vikt att en upphandlande myndighet såväl skriver ett klart och tydligt förfrågningsunderlag som att den följer detsamma. EU-domstolen anger i mål C-19/00 (SIAC) att alla anbudsgivare ska kunna tolka kriterier på samma sätt och Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 yttrat att ett förfrågningsunderlag ska utformas på sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget hänvisar vidare till Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 1729-08, 3903-09 och 3904-09. Av dessa framgår att kravet på transparens innebär att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt på så sätt att leverantörerna har möjlighet att bedöma vad den upphandlande myndigheten efterfrågar samt att de uppgifter som en upphandlande myndighet anger i sitt förfrågningsunderlag måste vara förankrade i verkligheten.

Uppgifterna avseende upphandlingens omfattning/volym är inte verklighetsförankrade. Historiskt sett har de tjänster som upphandlingen avser omfattat cirka 10 000 timmar och det finns ingenting som tyder på att de

eftersökta tjänsterna under den kommande avtalsperioden skulle omfatta ett lägre antal timmar.

Bolaget har lidit skada eller riskerat att lida skada genom Riksantikvarieämbetets överträdelse av transparens- och öppenhetsprincipen. Det kan även noteras att det finns risk för att vinnande anbudsgivare inte har råd att fullgöra sina åtaganden då denne i sitt anbud inte tagit höjd för andra tjänster än rena programmeringstjänster.

Riksantikvarieämbetet bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning bland annat följande. Riksantikvarieämbetet har genomfört upphandlingen enligt LOU och de gemenskapsrättsliga principer på vilka lagen grundar sig. I vart fall har handläggningen av upphandlingen inte medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

I upphandlingen har inkommit två stycken anbud, det ena från vinnande anbudsgivare och det andra från bolaget. Av tilldelningsbeslutet framgår av Riksantikvarieämbetet tillämpat den utvärdering som angivits i förfrågningsunderlaget och i svarsbilagan, vilket ledde till att vinnande anbudsgivare tilldelades kontraktet.

Föremålet för Riksantikvarieämbetets upphandling avser inte bemanningstjänster ur en timbank, utan ett resultat i form av en fungerande mjukvara. Leverantörerna borde genom förfrågningsunderlagets utformning ha insett det och har faktiskt också gjort det, vilket visas av vad de angivit i sina anbud om vad som ingår i priset för mjukvaran. Det bestrids att förfrågningsunderlaget har varit otydligt. Att leverantörer lägger olika anbud med avseende på pris och kvalitet är vad som kan förväntas på en fungerande marknad. Avvägningen är en risk som varje leverantör måste bära utifrån egna överväganden om det mest effektiva sättet för att åstadkomma efter-

frågat resultat. Ingen kan anses ha ensamrätt på vad som är den rätta resurshållningen för att åstadkomma resultatet.

Det bestrids att förfrågningsunderlaget skulle sakna verklighetsförankring. Att bolaget utifrån interna förutsättningar beräknar pris på visst sätt visar inte annat än att just bolaget beräknar pris på det sättet. Det utesluter inte att konkurrerande företag har andra interna förutsättningar och kan lägga mer förmånliga anbud.

Bolaget anför härfter bland annat följande. Oavsett om upphandlingen avser en fungerande produkt är det i förfrågningsunderlaget angivna antalet arbetstimmar en viktig faktor när anbudsgivarna uppskattar upphandlingens omfattning och förbereder sina anbud. Det krävs att Riksantikvarieämbetet anger den totala uppskattade omfattningen/volymen av det som ska upphandlas. Bolaget hänvisar till bifogat underlag av vilket framgår att bolaget vid motsvarande utvecklingsarbete av Intrasis lade ner totalt cirka 10 000 timmars arbete. Otydligheten i förfrågningsunderlaget är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet och kan även ha medfört att potentiella anbudsgivare har avstått från att lämna anbud, då de bedömt att det inte varit möjligt att leverera den efterfrågade tjänsten på ett så begränsat antal timmar som 7 000.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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.

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av bestämmelser i 16 kap. LOU. Av övergångsbestämmelser framgår dock att äldre lydelse ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Av 16 kap. 5 § LOU i tillämplig lydelse framgår följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

Av tilldelningsbeslut daterat den 14 november 2011 framgår bland annat följande. Sweco Position AB har lämnat det, för myndigheten, mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Riksantikvarieämbetet beslutar att anta anbudet från Sweco Position AB för genomförande av den aktuella tjänsten.

I förfrågningsunderlaget avsnitt 1 (Allmän information) punkt 1.3 anges följande. Den beräknade omfattningen för ingående programmeringstjänster beräknas uppgå till cirka 7 000 timmar inklusive funktionalitet som beskrivits som optioner. Dessutom ingår ett flerårigt avtal för underhåll. Detta är en uppskattning av behovet, ingen volym kan således garanteras under perioden.

Av kravspecifikationen punkt 2.3 i förfrågningsunderlaget framgår bland annat följande. Uppdraget omfattar programmeringstjänster för att utveckla Intrasis till version 3.0. Leverantören ska ange uppskattad tidsåtgång i timmar, per kompetensnivå, samt kostnad per aktivitet enligt uppställning i kravspecifikation. Leverantören ska i sitt anbud redovisa dessa uppgifter för samtliga basaktiviteter och de optionsaktiviteter som är märkta med *. Även övriga aktiviteter som optioner redovisas där så är möjligt.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att den aktuella upphandlingen har skett i strid med transparens- och öppenhetsprincipen på grund av att volym och omfattning av det som ska upphandlas inte framgår klart och tydligt av förfrågningsunderlaget. Bolaget har därvid angett att det har varit oklart huruvida i förfrågningsunderlaget uppskattad volym om 7 000 timmar avser enbart programmeringstjänster eller om även projektledning, design, kvalitetssäkring, tester, dokumentation etc. tillkommer. Riksantikvarieämbetet har invänt att upphandlingen har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU och

att leverantörerna genom förfrågningsunderlagets utformning borde ha insett att föremålet för upphandlingen avser ett resultat i form av en fungerande mjukvara och inte bemanningstjänster ur en timbank.

Förvaltningsrätten konstaterar att den uppgift om volym av tjänsten som bolaget hänvisat till återfinns i förfrågningsunderlagets avsnitt 1, benämnt Allmän information. Under den aktuella punkten anges uttryckligen att beräknad omfattning om 7 000 timmar utgör en uppskattning av behovet och att ingen volym kan garanteras under perioden. Av kravspecifikationen framgår vidare tydligt att det aktuella uppdraget omfattar programmeringstjänster för att utveckla Intrasis till version 3.0 samt att det åligger leverantören att i sitt anbud ange uppskattad tidsåtgång ifråga om olika poster.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget inte kan anses oklart beträffande att den i punkt 1.3 angivna volymen om 7 000 timmar måste anses utgöra en uppskattning av tidsåtgången vad gäller programmeringstjänster och att det har ålegat anbudsgivarna att närmare ange uppskattad tidsåtgång för att genomföra det aktuella uppdraget. Bolaget kan inte anses i målet ha visat att det föreligger brister i förfrågningsunderlaget och inte heller att Riksantikvarieämbetet vid upphandlingen på annat sätt har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de principer som ligger till grund för lagen. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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

Maria Ek Oldsjö
Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.



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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU