



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-03-09
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 76-12
 Enhet 15

SÖKANDE

Grafisk IT-utveckling i Norrland AB, 556600-0799
 Nygatan 54
 931 30 Skellefteå

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
 117 99 Stockholm

Ombud: Chefsjurist Pia Nylöf

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-03-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Grafisk IT-utveckling i Norrland AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 202640

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

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling av ramavtal för Pedagogiskt lärande med elevdatorer 2011, dnr 10098 (upphandlingen). Upphandlingen omfattar tre helhetslösningar för den efterfrågade tjänsten enligt följande.

Helhetslösning 1

- Pedagogiskt lärande, stöd och utbildning
- Införandestöd för pedagoger och elever
- Service och support
- Administration
- Bärbar dator, bildskärm minst 13 tum – max 15,6 tum
- Linux eller likvärdigt
- Mjukvara

Helhetslösning 2

- Pedagogiskt lärande, stöd och utbildning
- Införandestöd för pedagoger och elever
- Service och support
- Administration
- Bärbar dator, bildskärm minst 13 tum – max 15,6 tum
- Win7 eller likvärdigt
- Mjukvara

Helhetslösning 3

- Pedagogiskt lärande, stöd och utbildning
- Införandestöd för pedagoger och elever
- Service och support
- Administration
- Bärbar dator, bildskärm minst 13 tum – max 15,6 tum
- OS X eller likvärdigt
- Mjukvara

Det finns fyra geografiska anbudsområden, ”Zon 1 – 4”. Avsikten är att upphandlingen ska resultera i tolv ramavtal, ett för varje helhetslösning och

anbudsområde. I upphandlingen kan anbud lämnas på en eller flera helhetslösningar och/eller anbudsområden. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande

Grafisk IT-utveckling i Norrland AB (Grafit) lämnade anbud på Helhetslösning 3 för de geografiska anbudsområdena Zon 3 och 4.

I tilldelningsbeslut den 21 december 2011 beslutades att anta anbud från Atea Sverige AB (Atea) avseende samtliga helhetslösningar och anbudsområden.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Grafit ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Grafit i huvudsak följande.

Att ska-kraven är uppfyllda är en förutsättning för att ett anbud ska tas upp till prövning. Vid bedömningen ska alla ska-krav viktas lika. Atea har tillåtit komplettera sitt anbud avseende anbudets giltighetstid men Grafit har inte fått tillfälle att vare sig komplettera eller förklara sitt anbud. SKI har därmed brustit i kravet på likabehandling. Om SKI anser att anbudets giltighetstid är av mindre betydelse ska detta framgå i förfrågningsunderlaget och inte utformas som ett ska-krav. Grafit har svarat på ska-kravet avseende referenser och det är märkligt att SKI inte har begärt ett förtydligande i den delen. Att utforma ett anbud är förenat med stora kostnader vilka blir förbrukade om anbudet förkastas på osaklig grund. Grafit uppfyller kraven på referensprojekt och hade i annat fall inte lämnat något anbud. Referenstagningen i förfrågningsunderlaget är utformat som ett antal frågor som anbudsgivaren ska svara på. Denna typ av frågor är svåra att entydigt formulera i ett förfrågningsunderlag och lika svåra att svara på vilket ofta in-

nebär att ett förtydligande måste göras. Formuleringar i förfrågningsunderlag av typen "leverantören ska beskriva hur" innebär automatiskt full frihet för anbudsgivaren att utforma sitt svar på det sätt man finner lämpligt. Det åligger den upphandlande myndigheten ett större ansvar att utforma förfrågningsunderlaget än för anbudsgivaren att tolka detsamma. Vid oklarheter har anbudsgivaren tolkningsföreträde. Likabehandlingsprincipen förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav och att tillåta en anbudsgivare komplettera sitt anbud men inte övriga utgör brott mot principen om likabehandling. Om Grafit fått komplettera sina referensuppdrag hade anbudet inte förkastats och om Atea ej tillåtit komplettera anbudet hade upphandlingen fått göras om. SKI:s agerande har därmed inneburit skada för Grafit.

Kravet på referensuppdrag i upphandlingen är oproportionerligt då det är mycket svårt att uppfylla. SKI har inte heller definierat hur utvärderingen ska ske, dvs. vad som menas med genomfört uppdrag vilket reser frågan om bristande transparens. Även detta har inneburit risk för att Grafit kan komma att lida skada.

De ekonomiska villkoren i upphandlingen diskriminerar automatiskt mindre och medelstora företag. Att leverera produkter och tjänster till ett fast pris under tre år framåt i tiden innebär stora affärsrisker för mindre och medelstora företag. Med den snabba utveckling som sker inom datateknik kan man inte veta vad motsvarande produkter kostar om tre år. Prisutvärderingsmodellen i upphandlingen leder till att mer än 90 procent av den totala anbudssumman består av leverans av hårdvara där anbudsgivaren saknar kontroll över prisutvecklingen över tid. Prismodellen är därför diskriminerande mot mindre anbudsgivare som inte har råd att ta sådana risker och detta hade enkelt kunnat påverkas i förfrågningsunderlaget.

SKI bestrider bifall till ansökan om överprövning och uppger i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Atea har till anbudet bifogat Bilaga 2, "Information om anbudsgivare och undertecknande", som har undertecknats av behörig företrädare för Atea. Undertecknandet innebär ett godkännande av samtliga krav som ställts i förfrågningsunderlaget, även kravet avseende anbudets giltighetstid. Emellertid har Atea förbisett att bifoga sidan 1 (av 2) i Bilaga 2, där anbudets giltighetstid framgår. För fullständighetens skull har SKI begärt förtydligande på denna punkt. Den bekräftelse beträffande anbudets giltighetstid som förtydligandet avsåg rörde således ett redan uppfyllt ska-krav och innebär inte att nya sakuppgifter tillfördes anbudet. Förtydligandet har genomförts inom ramen för LOU och har inte inneburit vare sig särbehandling eller konkurrensbegränsning i förhållande till övriga anbudsgivare.

Likabehandlingsprincipen innebär inte att alla anbudsgivare ska få förtydliga eller komplettera sina anbud bara för att en anbudsgivare bereds denna möjlighet. En separat bedömning av varje anbud måste göras och varje anbudsgivare måste självständigt uppfylla ställda krav. Bedömningen av huruvida ett anbud kan förtydligas eller kompletteras beror helt på bristen i anbudet och om bristen kan läkas inom ramen för LOU. Den omständigheten att Atea har fått förtydliga uppgiften om anbudets giltighetstid kan således inte, med stöd av likabehandlingsprincipen, innebära att Grafit måste få komplettera sitt anbud. Grafit har inte visat på vilket sätt eller med vilka uppgifter Grafit borde ha fått komplettera eller förtydliga sitt anbud. Grafit har därigenom inte visat att man lidit eller kan komma att lida skada.

Kravet på referenser i avsnitt 2.10 i förfrågningsunderlaget innebär att anbudsgivarna ska ha erfarenhet av att utföra och leverera:

- support av datorer,
- leverans av datorer,

- införandestöd i pedagogiskt lärande,
- utbildningsinsatser till pedagoger, lärare och elever och
- kringhörande administration.

Dessa fem moment ska framgå av de två efterfrågade referensuppdragen. Med slutfört avses, som framgår av kravet, att anbudsgivaren ska ha utfört och levererat de efterfrågade momenten. Det får anses framgå av kravet att anbudsgivaren ska ha utfört de ovan efterfrågade momenten innebärandes att varje moment ska ha utförts och levererats till skolverksamhet. Det har varit tillräckligt tydligt för anbudsgivarna vad referensuppdragen ska innehålla samt vad som menats med att ha genomfört ett dylikt uppdrag. Grafit har inte anfört tillräckliga omständigheter som skulle visa på att kravet inte är transparent eller att kravet är oproportionerligt och att brott mot 1 kap. 9 § LOU skulle föreligga. Grafit har inte heller anfört några omständigheter som skulle visa på att man lidit eller kan komma att lida skada på denna grund.

Av upphandlingsprotokollet framgår att lämnade beskrivningar i Grafits ansökan avseende referensuppdragen inte omfattat samtliga moment avseende efterfrågad tjänst då vare sig utbildningsinsatserna eller kringhörande administration beskrivits. Grafit uppfyller därmed inte ställda ska-krav och kan därför inte anses ha lidit skada i LOU:s mening.

Extra batterier och extra laddare utgör optioner och ingår således inte i månadspriset för helhetslösningen. I helhetslösningen ska all utrustning till den bärbara datorn ingå i den efterfrågade tjänsten som betalas per månad. Pris för extra laddare och extra batterier ingår i beräkningsmodellen endast p.g.a. att dessa tillbehör kan bli borttappade alternativt uttjänata. SKI har inte funnit anledning att ifrågasätta vinnande anbudsgivares lämnade priser som orimligt låga. Detta beror på att det är månadsavgiften som är priset som betalas för upphandlingsföremålet, dvs. tjänsten pedagogiskt lärande med elevdatorer. Därutöver har ett flertal andra anbudsgivare lämnat lik-

nande priser för optionerna. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och SKI har inte brutit mot några av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som stadgas i 1 kap 9 § LOU. Skulle förfrågningsunderlaget i någon del inte anses vara optimalt utformat får detta ändå godtas då de principer som bär upp LOU inte har trätts för när.

DOMSKÅL

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Uppställda krav får inte frångås och utvärderingen av inkomna anbud ska ske i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i förvaltningsrätten, som grundas på vad sökanden har framfört i målet, utgör en kontroll av om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna och om det därför finns grund för åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU.

Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten) har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållandena som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte trätts för när.

Likabehandlingsprincipen och komplettering av Ateas anbud

Grafit har uppgett att vinnande anbudslämnare, Atea, har beretts tillfälle att komplettera sin ansökan vilket Grafit inte har fått göra samt att Ateas anbud inte uppfyller ska-kraven i upphandlingen. Grafit har vidare uppgett att detta utgör ett brott mot principen om likabehandling.

I ett upphandlingsförfarande ska alla anbudslämnare behandlas lika och ges möjlighet att konkurrera på lika villkor. Likabehandlingsprincipen innebär dock inte att alla anbudslämnare ska ges tillfälle att komplettera anbudet om det handlar om olika ska-krav och olika typer av brister i anbudet. En individuell prövning måste göras i varje enskilt fall för att kunna se vad som kan vara en tillåten komplettering. Enbart den omständigheten att en anbudslämnare har beretts tillfälle att komplettera anbudet och en anbudslämnare inte har det innebär således inte att agerandet står i strid med LOU. En komplettering kan däremot anses gå utöver vad som utgör en tillåten komplettering och då är det i sig ett agerande som strider mot LOU.

Ett av ska-kraven i upphandlingen var att Bilaga 2 skulle fyllas i, undertecknas och lämnas in tillsammans med anbudet. Bilaga 2 utgjordes av två sidor där samtliga krav i bilagan godkänns genom undertecknande på sista sidan. Atea har lämnat in sidan två av den aktuella bilagan men helt underlåtit att lämna in sidan ett. På den sidan fanns bl.a. ett krav avseende anbudets giltighetstid. Ska-kraven i Bilaga 2 är formulerade på ett sådant sätt att eventuell brist i det avseendet bör medföra att anbudet utesluts från upphandlingen. Förvaltningsrätten finner dock att Atea har godkänt samtliga kraven i Bilaga 2 genom att lämna in sidan två undertecknad. Att bedöma att ska-kraven i Bilaga 2 ej är uppfyllda och att anbudet i fråga därför ska uteslutas från vidare utvärdering enbart p.g.a. att sidan ett ej bifogats anbudet synes orimligt. Det sätt på vilket Atea beretts tillfälle att komplettera anbudet har enligt förvaltningsrättens bedömning inte medfört att några nya uppgifter tillförts anbudet. Att SKI valt att bereda Atea tillfälle att komplettera anbudet och inte förkasta anbudet utgör därför inte en åtgärd som strider mot LOU eller EU-rätten.

Kravet på referensuppdrag

I upphandlingen har SKI ställt krav på att anbudsgivarna visar på tidigare erfarenhet av att utföra och leverera offererad tjänst. I kravet anges bl.a. följande.

Leverantören ska ha erfarenhet av att utföra och leverera offererad tjänst med tillhörande elevdatorer, omfattande support till minst 300 användare, leverans av minst 300 elevdatorer, införandestöd av pedagogiskt lärande, utbildningsinsatser till pedagoger, lärare och elever samt kringhörande administration till skolverksamhet.

Kravet innebär att Leverantören ska kunna visa att man har utfört minst två uppdrag inom området Pedagogiskt lärande med elevdatorer som uppfyller ovan angivna förutsättningar. [...]

Referensuppdragen ska avse uppdrag som är slutförda 2009-09-30 eller senare, dock senast sista anbudsdag, i skolverksamhet och utförts i enlighet med avtalade villkor och godkänt resultat. [...]

Grafit har uppgett att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vad som menas med ett "slutfört uppdrag" och att det därför har en bristande transparens samt att kravet på slutförda uppdrag är oproportionerligt.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att kravet på referensuppdrag har utformats på ett sådant sätt att det kan uppfyllas om hela referensuppdraget är slutfört. SKI ger uttryck för tolkningen att det med "uppdrag" avses delmoment i ett pågående uppdrag och att det därför räckt med att det framgått av anbudet att de relevanta delmomenten är avslutade. Förvaltningsrätten menar dock att den tolkningen inte kan anses framgå av kravets utformning och sammanhang. Begreppet "uppdrag" används under den aktuella punkten som innebärandes hela referensuppdraget i fråga och inte i betydelsen delmoment. SKI har tillämpat den senare tolkningen vid bedömningen av anbuderna och har godkänt referensuppdrag där det även fort-

sättningsvis sker leveranser av datorer, utbildning, support m.m. Bedömningen av anbuden har därmed inte skett i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget och det har inte varit möjligt för anbudsgivarna att förutse vad som ska läggas till grund för bedömningen i den delen. Kravets utformning och SKI:s tillämpning av det strider därför mot transparensprincipen. För att grund för ingripande enligt LOU ska föreligga krävs emellertid även att agerandet har inneburit en skada för Grafit.

Av upphandlingsprotokollet framgår att Grafit ej gått vidare i upphandlingen då det inte framgått att angivna referensuppdrag omfattat samtliga moment avseende efterfrågad tjänst. Kravet på att referensuppdragen måste ha innehållit samtliga moment som efterfrågas får anses tillräckligt klart och tydligt formulerat. Förvaltningsrätten finner att bristen i Grafits anbud inte har en sådan koppling till den bristande transparensen avseende tidpunkten för referensuppdragens slutförande att Grafit kan anses ha lidit skada i LOU:s mening. Vad Grafit har anfört i den delen kan därför inte ligga till grund för något ingripande enligt LOU.

Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Således får endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet för att genomföra kontraktet ställas och det krävs att kravet har ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som ska täckas. Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att bedömningen i det avseendet ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd 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.

Det som efterfrågas är en helhetslösning som innefattar många olika delmoment och avsikten är att de slutliga avtalen ska löpa under minst tre år. Det måste mot den bakgrunden anses ändamålsenligt att ställa krav på att leverantören har tidigare erfarenhet av den typen av uppdrag. Enbart den omständigheten att kravet i fråga är svårt att uppfylla är, enligt förvaltningsrättens mening, inte tillräckligt för att det ska anses vara oproportionerligt. Vad Grafit har anfört i den delen kan därför inte ligga till grund för något ingripande enligt LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att det Grafit har anfört inte ger stöd för att den aktuella upphandlingen ska ha skett i strid med reglerna i LOU eller att de för upphandling grundläggande EU-rättsliga principerna har trätts för när på ett sådant sätt att Grafit lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 5 § LOU. Förutsättningar för ingripande från domstolens sida föreligger därmed inte, varför Grafits ansökan ska avslås.

Förvaltningsrätten har i domar i mål nummer 26318-11, 26324-11, 64-12 och 80-12 denna dag förordnat att upphandlingen ska göras om.

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


Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit Jenny Kenneberg.



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 uppge 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.