



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2015-10-07
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2523-15 E

SÖKANDE

Solarplexus IT-strategi AB, 556667-8339
Industrivägen 5
171 48 Solna

MOTPART

Västerås kommun
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-10-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 162041

Postadress Box 1853 751 48 Uppsala	Besöksadress Kungsgatan 49	Telefon 018-431 63 00	Telefax 018-431 63 43	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se				

BAKGRUND

Västerås kommun har genomfört en upphandling avseende IT-stöd för information, dokument och ärendehantering med dnr 2014/992-KS-061 (upphandlingen). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Vid anbudstidens utgång hade fem anbud kommit in. Enligt kommunens bedömning uppfyllde emellertid inget av de inkomna anbuden samtliga ställda krav. I det läget beslutade kommunen att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU. I tilldelningsbeslut som fattades den 6 maj 2015 antogs anbudet från Visma Consulting AB (Visma). I tilldelningsbeslutet angavs även att kommunen tillämpade en frivillig avtalsspärr om tio dagar.

YRKANDEN

Solarplexus IT-strategi AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att kommunens prövning av anbuden ska rättas på så sätt att bolaget tillåts komplettera kraven i 3.4.7.1 samt att bolagets svar i krav 3.3.3 godkänns. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

I upphandlingen har kommunen övergått till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Detta är endast tillåtet i vissa undantagsfall. I det förhandlade förfarandet har en anbudsgivare tillåtits att komplettera sitt anbud. Eftersom inte samtliga anbudsgivare fått komplettera sina anbud har anbudsgivarna inte behandlats lika i upphandlingen. Bolaget är orättvist behandlat. Om kommunen hade låtit bolaget komplettera de uppenbara felskrivningarna och bedömt kravet i 3.3.3 på rätt sätt skulle bolagets anbud ha varit det vinnande anbudet.

Enligt utvärderingen klarade bolaget inte tre punkter i upphandlingsunderlaget. Till att börja med missade bolaget, avseende krav

3.4.7.1 krav nr 10, att skriva vilka filformat som systemet kan konvertera till. För bolaget är detta en enkel komplettering som borde ha tillåtits. Det vinnande anbudet tilläts att göra detta.

I krav 3.3.3 anges att leverantören ska beskriva vilka operativsystem som stöds. Vilka operativsystem som ska stödjas står dock inte. Detta anges i en text i avtalet, men inte som ett skall-krav i upphandlingen. Av bolagets planering framgår att de tre olika operativsystemen stöds. För bolaget var det en fråga om tidsplanering som ingår i avtalsdiskussionerna.

Bolaget har gjort en ren felskrivning i krav 3.4.7.1 Arkivering, export & Gallring, vilket syns tydligt när man läser texten. Här borde kommunen ha frågat efter ett förtydligande. LOU tillåter att uppenbara felskrivningar rättas.

Kommunen anser i första hand att ansökan om överprövning ska avvisas och i andra hand att den ska avslås. Till stöd för sin inställning anför kommunen i huvudsak följande.

Ansökan har inte kommit in inom tio-dagars fristen. Tilldelningsbeslutet skickades ut den 6 maj 2015 i enlighet med 9 kap. 9 § LOU. Av 16 kap. 11 § LOU framgår att ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av avtalsspärren. Avtalsspärren i upphandlingen började löpa den 7 maj 2015 och löpte ut den 18 maj 2015. Ansökan kom in den 19 maj 2015 och ska därför avvisas.

Tilldelningsmeddelandet publicerades via upphandlingsverktyget Tendsign den 6 maj 2015. När tilldelningen görs i systemet genereras automatiskt ett mail om tilldelningen som skickas till samtliga anbudslämnare. Mailet innehåller en länk till upphandlingssystemet och alla bifogade handlingar finns även med i mailet. Tilldelningsbeslut skickas aldrig som annons till

Europeiska kommissionen. En övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering (4 kap. 5 § 1 LOU) skickas inte heller som annons till Europeiska kommissionen.

Parterna är överens om att bolagets anbud inte klarat kraven. Bolaget har inte riktat några invändningar mot sammanställningen över mervärdespoängen (pris plus kvalitet) i den hypotetiska utvärderingen. Enligt denna har anbud från två andra leverantörer, Know IT och Visma, erhållit högre mervärdespoäng. Bolaget har alltså endast kunnat erhålla tilldelningen om bolaget tillåts komplettera och korrigera sitt anbud samtidigt som Know IT och Visma inte fått göra någon komplettering. Det är klarlagt att resultatet av utvärderingen hade blivit detsamma även om alla anbudsgivare tillåts komplettera/korrigera sina anbud. Visma hade ändå erhållit tilldelningen.

Kommunen har genomfört ett annonserat öppet förfarande. Inget anbud uppfyllde kraven. Någon möjlighet att tilldela kontrakt inom ramen för det öppna förfarandet fanns därför inte. Att inga anbudsgivare/anbud uppfyller ställda krav får betraktas som om inga ansökningar alls har inkommit (Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling, s. 162). I det läget övergick kommunen till förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5 § 1 LOU. Någon skyldighet att annonsera en övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering föreligger inte.

Förhandling fördes i första hand med Visma eftersom dess anbud erhållit den högsta mervärdespoängen. Visma skulle ha haft det vinnande anbudet i den öppna annonserade upphandlingen om samtliga anbud hade uppfyllt kraven. Vismas anbud saknade en standardbilaga och en utfyllande beskrivning på ett ställe. Dessa krav kunde uppfyllas utan att kontraktet förändrades. När anbudet, genom förhandlingen, anpassats så att kontrakt kunde ingås hade kommunen möjlighet att teckna kontrakt direkt utan att

först meddela någon tilldelning. Kommunen valde dock att påta sig en frivillig avtalsspärr genom en analog tillämpning av 15 kap. 5 a § LOU i syfte att hantera eventuella invändningar mot förfarandet innan kontrakt hade tecknats.

DOMSKÄL

I målet har kommit fram att kommunen valt ett öppet förfarande för genomförandet av upphandlingen. Öppet förfarande finns inte uppräknat i 15 kap. 3 § LOU som en av de fyra upphandlingsformer som är tillämpliga vid upphandling enligt 15 kap. Mot denna bakgrund och med hänsyn till det som i övrigt framkommit får det anses vara utrett att upphandlingen faller utanför 15 kap. i LOU:s tillämpningsområde (15 kap. 1 och 3 §§ LOU).

Ansökan i rätt tid

I 16 kap. 11 § LOU anges att en ansökan om överprövning ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §. I målet är det klarlagt att kommunen meddelat tilldelningsbeslutet efter att ha övergått till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till 4 kap. 5 § 1 LOU. Av 16 kap. 2 § 1 LOU framgår att avtalsspärr inte gäller efter tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5–9 §§ LOU. Enligt 16 kap. 3 § LOU gäller ändå en avtalsspärr om den upphandlande myndigheten valt att använda förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § LOU. I 7 kap. 4 § LOU anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ får skicka en annons om sin avsikt till den Europeiska kommissionen (förhandsinsyn).

Kommunen har uppgett att ingen annons skickats till Europeiska kommissionen. Förutsättningarna för förhandsinsyn i 7 kap. 4 § LOU är

därmed inte uppfyllda. Någon sådan avtalsspärr som avses i 16 kap. 1 eller 3 § LOU har därmed inte heller börjat löpa. Det förhållandet att bolagets ansökan kommit in efter den av kommunen frivilligt tillämpade avtalsspärren medför enligt förvaltningsrättens mening inte att ansökan kan anses ha kommit in för sent. Bolagets ansökan har därmed kommit in i rätt tid enligt 16 kap. 11 § LOU. Ansökan ska därför prövas i sak.

Val av förfarande

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska öppet eller selektivt förfarande användas vid offentlig upphandling. Vidare framgår av samma lagrum att förhandlat förfarande, med eller utan annonsering, får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2–9 §§.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering får enligt 4 kap. 2 § 1 LOU användas bl.a. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till ett antal uppräknade omständigheter (a–h). En förutsättning för en övergång till förhandlat förfarande är, enligt andra stycket, att de ursprungliga villkoren för upphandlingen inte ändras väsentligt.

I 4 kap. 6 § LOU anges bl.a. att i de fall som avses i 2 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandlingen, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. LOU och som i ett föregående öppet förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen.

I 4 kap. 5 § 1 LOU anges att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenad, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

En övergång till ett förhandlat förfarande är en undantagssituation och regeln ska därför tillämpas restriktivt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 29 september 2009 i mål nr 1807-09). Den upphandlande myndighet som avser att övergå till ett förhandlat förfarande, med eller utan annonsering, har bevisbördan för att undantagsregeln är tillämplig (Rosén

Andersson H. m.fl., Lagen om offentlig upphandling, En kommentar [2 uppl. 2015] s. 242 och 255).

Enligt kommunen upphandlings-PM den 4 maj 2015 uppfyllde samtliga anbud ställda formaliakrav. En anbudsgivare uppfyllde dock inte ställda kvalificeringskrav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Inget av anbuden bedömdes dock uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget för tilldelning. Som stöd för att gå över till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har kommunen anfört att det förhållandet att inga anbudsgivare/anbud uppfyller ställda krav får betraktas som om inga ansökningar alls har kommit in.

I 4 kap. 5 § 1 LOU anges tre situationer som möjliggör förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Den första situationen avser att det vid ett selektivt förfarande – som är ett tvåfasförfarande med en anbudsansökningsfas och anbudsgivningsfas – inte lämnats några anbudsansökningar (jfr 2 kap. 16 § LOU och Rosén Andersson m.fl., s. 256). Om det endast inkommit ansökningar som är ogiltiga, eller ansökningar från leverantörer som inte klarar uppställda krav enligt 10 och 11 kap. i LOU, dvs. diskvalifikationsgrunderna och kvalificeringen, får detta betraktas som om inga ansökningar alls har inkommit (Falk J.-E., Lag om offentlig upphandling, En kommentar [3 uppl. 2014] s. 172). Kommunen, som först har använt sig av ett öppet förfarande, har därmed inte visat att denna undantagssituation är tillämplig.

Den andra situationen, som avser att det inte har lämnats några anbud överhuvudtaget, är inte heller aktuell i det här fallet.

Den tredje situationen avser att det inte lämnats några lämpliga anbud. Att ett anbud inte är lämpligt innebär inte att det på rent formella grunder är ogiltigt. Ett anbud kan vara olämpligt om det exempelvis är för dyrt (Falk

s. 173). Med ogiltiga anbud brukar normalt avses anbud, som inte är underskrivna av behörig firmatecknare, men också anbud som inte motsvarar förfrågningsunderlaget eller anbud från anbudsgivare som inte klarar uppställda kvalificeringskrav eller diskvalifikationsgrunder. Det är viktigt att skilja på vad som är ett ogiltigt anbud (4 kap. 2 § 1 LOU) och vad som avses med ett olämpligt anbud i 4 kap. 5 § LOU, eftersom ogiltiga anbud har en annan rättsföljd än olämpliga anbud (Falk s. 158).

I målet har framkommit att inga av de inkomna anbuden uppfyllde samtliga ställda krav i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening tyder detta på att de inkomna anbuden inte var godtagbara, dvs. ogiltiga. Kommunen har inte lagt fram någon utredning som motbevisar detta förhållande. Mot denna bakgrund har kommunen inte heller visat att de inkomna anbuden varit olämpliga i den mening som avses i 4 kap. 5 § 1 LOU.

Vid anbud som är ogiltiga men som ändå kommit in ska annonsering ske enligt 4 kap. 2 § 1 LOU. För att få underlåta annonsering följer av 4 kap. 6 § LOU att samtliga leverantörer som är kvalificerade i upphandlingen och som lämnat formellt riktiga anbud ska bjudas in att delta i det förhandlade förfarandet. I målet är det utrett att endast Visma bjöds in till det förhandlade förfarandet. Kommunen har inte påstått, än mindre visat, att Visma var den enda anbudslämnaren som kommit in med ett formellt riktigt anbud.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att kommunen inte visat att det förelegat förutsättningar för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunens val av förfarande strider därmed mot 4 kap. 1 § LOU.

Principen om likabehandling

I 1 kap. 9 § LOU anges bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Likabehandlingsprincipen innebär att samtliga leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn.

I målet är utrett att inget av de inkomna anbuden bedömdes uppfylla ställda krav i förfrågningsunderlaget. Som tidigare konstaterats var Visma den enda anbudslämnaren som bjöds in till förhandlingarna och som fick komplettera sitt anbud. Genom kommunens agerande har Visma erhållit en konkurrensfördel. Förvaltningsrätten anser därmed att kommunens förfarande även strider mot den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU.

Skada

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Enligt 16 kap. 6 § LOU krävs även att leverantören visar att den har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53). I det nämnda rättsfallet ansåg Högsta förvaltningsdomstolen att den leverantör som ansökt om överprövning inte hade klargjort på vilket sätt valet av förfarande medfört skada eller risk för skada och inte heller konkretiserat på vilket sätt övriga brister hade medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Av RÅ 2009 ref. 69 framgår vidare att i mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudregel att den som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på.

Bolaget uppger att det skulle ha haft det vinnande anbudet om kommunen hade låtit bolaget komplettera de uppenbara felskrivningarna och godkänt

bolagets svar i krav 3.3.3. Även bolagets yrkande avser rättning av kommunens prövning, dvs. utvärdering. Av bolagets talan kan inte utläsas att bolaget avser att lägga ett nytt anbud om upphandlingen görs om. Bolaget har inte heller framfört att övriga anbud ska uteslutas från upphandlingen (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-100/12, Fastweb SpA).

Kommunen hänvisar till en sammanställning över mervärdespoängen i en hypotetisk utvärdering. Enligt kommunen visar utvärderingen att om samtliga anbudsgivare tillåtits komplettera/korrigera sina anbud hade resultatet blivit detsamma, dvs. att Visma ändå hade erhållit tilldelningen. Bolaget har inte invänt mot detta påstående. Mot denna bakgrund får det anses vara utrett att bolaget inte haft möjlighet att erhålla tilldelningen även om det bjudits in till det förhandlade förfarandet och tillåtits komplettera sitt anbud. Följaktligen har bolaget i denna del inte lidit eller riskerat att lida skada av kommunens förfarande. I övrigt har bolaget inte i tillräcklig mån klargjort eller konkretiserat på vilket sätt det lidit eller riskerat att lida skada av de brister som påtalats. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Karl Rahm

förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av föredraganden Anderz Eriksson.



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.

