



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-12-19
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 22999-12
 Enhet 15

SÖKANDE

IBM Svenska AB, 556026-6883
 Wallinsgatan 2
 164 92 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur. kand. Erik Olsson
 Advokatfirman Delphi, Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad
 Stadshuset
 105 35 Stockholm

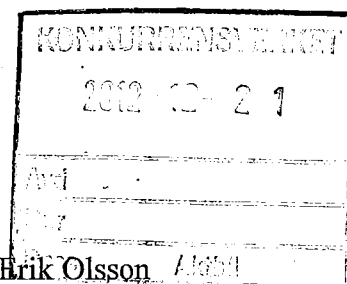
Ombud: Stadsadvokaterna Oscar Jacobsson och Cristian Söderlund
 Stadsledningskontoret
 Juridiska avdelningen
 105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFS

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår IBM Svenska AB:s ansökan om överprövning.



Dok.Id 307075

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115-76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Stockholm stad (staden) samt staden tillhöriga bolag och stiftelser genomför en upphandling omfattande systemdrift och systemförvaltning av stadens centrala verksamhetssystem samt Service Desk (Dnr 125-220/2012). Upphandlingen har genomförts enligt bestämmelserna för förhandlat förfarande vid upphandling av tjänstekontrakt enligt LUFSS. Det förhandlade förfarandet innebär att upphandlingen genomförs i två faser. I den inledande kvalificeringsfasen inbjuds intresserade leverantörer att lämna en ansökan om att få delta i upphandlingen. I fas två erbjuds de leverantörer som kvalificerat sig i fas ett möjlighet att lämna anbud.

Av upphandlingsrapporten framgår att ansökan i fas ett inkommit från totalt fem leverantörer. Två av leverantörerna, däribland IBM Svenska AB (bolaget) erbjöds dock inte att lämna anbud. Staden har i upphandlingsrapporten uppgett att bolaget inte uppfyller samtliga uppställda krav eftersom ett annat företag än bolaget varit ansvariga för i anbudansökan redovisade referensuppdrag. Av tilldelningsbeslut den 24 oktober 2012 framgår att staden har beslutat att anta anbud från Tieto Stockholm och förkastat de två övriga anbuden. Tieto Stockholm utgör en grupp av leverantörer: Tieto Corporation, Tieto Sweden AB och Tieto Sweden Healthcare and Welfare AB.

YRKANDEN M.M.

Bolaget har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingens fas ett ska rättas på sådant sätt att bolaget kvalificeras att lämna anbud i fas två. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om i sin helhet.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Bolaget har felaktigt fått sin anbudsansökan förkastad trots att bolaget enligt 12 kap. 15 § LUFSS har en lagstadgad rättighet att åberopa annans kapacitet för uppfyllande av krav på referensuppdrag enligt 12 kap. 11 § LUFSS. Kravet att anbudssökande själv skulle vara avtalspart strider även mot proportionalitetsprincipen. Staden har begärt förtydligande av fyra av fem sökande leverantörer, vilket strider mot likabehandlingsprincipen, med brister allvarigare än bolagets och bolaget har därmed lidit skada. Vidare har bolagets anbudsansökan förkastats samtidigt som Tieto, vars anbudsansökan innehöll exakt samma brist, antagits till anbudsgivning och tilldelats kontrakt. Detta – och den omständigheten att övriga sökande leverantörer än bolaget fått möjlighet att inkomma med förtydligande – utgör en överträdelse av likabehandlingsprincipen i 1 kap. 11 § LUFSS.

Därutöver brister Tietos anbud i vissa väsentliga avseenden mot skallkravsuppfyllelse och kan således inte antas. Att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga skallkrav utgör en överträdelse av principerna om likabehandling och transparens såsom dessa framgår av 1 kap. 11 § LUFSS.

Om bolagets ansökan hade behandlats på samma sätt som övriga sökandens hade bolaget fått möjlighet att inkomma med anbud i upphandlingen och hade haft möjlighet att vinna kontrakt i upphandlingen. Hade Tieto rätteligen uteslutits hade inga giltiga anbud inkommit i upphandlingen i dess nu utvärderade form. Bolaget har därmed lidit skada av överträdelserna och skäl för ingripande i enlighet med bolagets första- eller andrahandsyrkande föreligger.

Vidare har staden inte visat att upphandlingen är en upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet. Redan på denna grund är det tydligt att staden använt sig av fel lag i upphandlingen. Staden har vidare inte visat att det rör sig om utrustning eller tjänster av sådan känslig karaktär som påminner om och är lika känsliga som försvarsupphandlingar. Då det är

tydligt att staden använt sig av fel lag vid annonsering och genomförande av upphandlingen måste upphandlingen göras om. Det finns flera skillnader mellan LUFSS och LOU, såsom exempelvis längden på tillåten ramavtalsperiod och möjligheten att använda förhandlat förfarande, som har en helt avgörande inverkan på utfallet i en upphandling. Mot denna bakgrund finns risk för att bolaget lidit skada till följd av stadens överträdelse varför förvaltningsrätten måst förordna om att upphandlingen görs om med tillämpning av rätt lag.

Bolaget ifrågasätter vidare löptiden på de tänkta avtalen med hänsyn till de bestämmelser om ramavtalslängd som finns i 5 kap. 3 § LOU samt 5 kap. 3 § LUFSS.

Slutligen har staden inte iakttagit de frister som anges i 9 kap. 1-2 §§ och 9 kap. 4 § första stycket LUFSS för möjlighet till anbudssökande och anbudsgivning i upphandlingar. Det är tydligt att bolaget, som av staden ansetts inkomma med ofullständig anbudsansökan, har lidit skada av den korta ansökningsfristen.

Staden bestrider bifall till bolagets ansökan och anför i huvudsak följande. Någon omständighet som visar att upphandlingen genomförts i strid med LUFSS har inte framkommit i målet. Ställda krav strider inte mot någon bestämmelse i LUFSS. Anbudsansökandena har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, anbudsansökningarna har prövats i enlighet med förutsättningarna i ansökningsunderlaget och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. LUFSS har varit rätt lag att tillämpa. Någon grund för ingripande mot upphandlingen föreligger inte, varför ansökan ska avslås.

DOMSKÄL

Utgångspunkter för bedömningen

Upphandlande myndigheter eller enheter ska enligt 1 kap. 11 § LUFS 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.

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

Förvaltningsrättens bedömning

1. Åberopande av annans kapacitet och proportionalitetsprincipen

Bolaget har gjort gällande bl.a. följande. Som framgår av avsnitt 4:6.1 i ansökningsinbjudan ska leverantören vara ansvarig avtalspart för de referensuppdrag som leverantören åberopar. Bolaget fick sin anbudsansökan förkastad på denna grund. Bolaget hade nämligen åberopat referensuppdrag där bolagets systerbolag stod som ansvariga avtalspart. Kravet utgör en överträdelse av leverantörers lagstadgade rättigheter enligt 12 kap. 15 § LUFS om att få åberopa underleverantör för uppfyllande av krav på referensuppdrag. Kravet innebär även en överträdelse av proportionalitetsprincipen.

Staden har anfört att varken LUFS eller rättspraxis ger stöd för att möjligheten att åberopa annans kapacitet enligt 12 kap. 15 § är absolut

ovillkorlig. Staden har haft rätt att kräva att leverantören också varit avtalspart i åberopade referensuppdrag. Vidare har staden anfört att syftet med kravet har varit att säkerställa att anbudssökande har den erfarenhet som krävs för att genomföra ett uppdrag av sådan komplexitet och omfattning som nu är i fråga. Skadeverkningarna för staden, såväl ekonomiska som verksamhetsmässiga, skulle kunna bli betydande om staden fick en anbudssökande/ anbudsgivare som saknar relevant erfarenhet av denna typ av tjänst. Den eventuella negativa effekt kravet kan ha fått på konkurrensen är inte på något sätt oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträlvade syftet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. En anbudsgivare kan normalt sett åberopa extern kapacitet för att uppfylla alla typer av krav på kapacitet, yrkeskunnande eller finansiella resurser (se 12 kap. 15 § LUFSS). En upphandlande myndighet har emellertid möjlighet att begränsa rätten att åberopa andra företags kapacitet (se t.ex. Kammarrätten i Stockholm dom i mål nr 4460-12), en möjlighet som staden i förevarande upphandling använt sig av i och med det uppställda kravet i punkt 4.6.1 om att leverantören också varit avtalspart i åberopade referensuppdrag. Stadens uppställda krav strider således inte mot 12 kap. 15 § LUFSS och utgör inte skäl för ingripande från förvaltningsrättens sida.

Vidare står det enligt förvaltningsrättens mening klart att upphandlingen i fråga är komplex och uppgår till betydande ekonomiska värden. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att det får anses i linje med proportionalitetsprincipen att staden som upphandlande myndighet i en upphandling av detta slag får anses ha stort utrymme att ställa krav på leverantörerna så länge de allmänna principerna inom EU-rätten och bestämmelserna i LUFSS inte överträds. Förvaltningsrätten finner att vad bolaget anfört och vad som i övrigt framkommit i målet om kravet på två referensuppdrag i vilka leverantören ska ha varit avtalspart, med hänsyn till

~~upphandlingens komplexitet och höga värde, inte är mer långtgående än~~
vad som är nödvändigt i förhållande till det som ska upphandlas. Vad
bolaget anfört i dessa delar innebär således inte att upphandlingen
genomförts i strid med LUFSS eller de principer som bär upp lagen.

2. Fråga om särbehandling av grupp av leverantörer i strid med
likabehandlingsprincipen

Bolaget har anfört bl.a. följande. Stadens skrivning om att leverantören
också ska ha varit avtalspart i åberopade referensuppdrag står i direkt strid
med likabehandlingsprincipen eftersom leverantörer som väljer att lämna
anbud i grupp, enligt stadens tillämpning av sina egna skrivningar, har
lättare att uppfylla kravet än leverantörer som åberopar kapacitet hos annan
eller använder sig av underleverantörer. Om kapacitet åberopas eller
underleverantörer används har leverantören lika bra tillgång till den
ifrågavarande erfarenheten som om en av flera leverantörer i en grupp har
sådan erfarenhet. Användandet av en grupp som anbudssökande och
anbudsgivare innebär att det nya bolag som bildas av en grupp av
leverantörer efter tilldelningsbeslut och inför kontraktstecknande inte är att
betrakta som ansvarig avtalspart för de åberopade referensuppdragen.
Ansvarig avtalspart för uppdragen är istället underleverantörerna, dvs.
medlemmarna i gruppen. Detta innebär att en grupp av leverantörer, såsom
Tieto, i och med sitt bildade bolag hamnar i exakt samma situation som
den som föranlett förkastande av bolagets ansökan. Detta innebär att staden
inte har behandlat alla anbudssökande lika utan att den har brutit mot
likabehandlingsprincipen. Vidare har staden angett att det är tillåtet att ha
använt sig av underleverantörer för själva utförandet av de uppgifter som
ingår i åtagandet. Det är således fullt möjligt att en anbudsgivare anses
kvalificerad trots att han inte utfört tjänsterna så länge denne stått som
avtalspart. Staden bryter mot likabehandlingsprincipen genom denna
behandling. Bolaget har lidit skada.

Staden har anfört bl.a. följande. Det bestrids att ansökningsunderlaget eller stadens agerande medfört att en grupp av leverantörer i strid med likabehandlingsprincipen eller i övrigt satts i en bättre eller mer gynnsam position än en ensam anbudssökande. Det ligger i saken natur att en grupp av leverantörer måste kunna dra nytta av gruppens samlade erfarenhet och kompetens. Bolagen i gruppen av leverantörer utgör ju tillsammans en gemensam anbudssökande. Denna situation är inte jämförbar med en ensam anbudssökande som saknar egen erfarenhet av den typ av uppdrag som ska upphandlas och därför åberopar annans kapacitet i form av underleverantörer. Staden bestrider vidare att kravet på att grupper av leverantörer inför avtalstecknade ska bilda en gemensam associationsform innebär att gruppen som sådan inte ska anses uppfylla ställda krav på referensuppdrag eller medför ett brott mot likabehandlingsprincipen. Stadens krav har således stöd i lag och innebär endast att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt. Detta krav har således inget med kvalificeringen att göra och innebär inget brott mot likabehandlingsprincipen. Samma krav har ställts på anbudssökande oavsett om anbudssökanden utgörs av en leverantör eller grupp av leverantörer. Staden har haft rätt att begränsa anbudssökandes rätt att åberopa annans kapacitet. Denna begränsning gäller lika för såväl leverantörer som väljer att lämna anbudsansökan ensam som för grupp av leverantörer. Det bestrids således att stadens krav i denna del strider mot likabehandlingsprincipen. Det bestrids att stadens resonemang kring referensuppdragen inte är konsekvent. Staden har i punkt 4.6.1 uppställt kravet att leverantören ska ha varit ansvarig avtalspart gentemot uppdragsgivaren men får ha använt sig av underleverantörer vid tillhandahållandet av driften och förvaltningen. Kravet har inte någon annan innebörd.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Som ovan angetts finner förvaltningsrätten att 12 kap. 15 § LUFSS inte utgör hinder för staden att ställa som krav att anbudssökande ska vara avtalspart i dess åberopade referensuppdrag. Fråga nu är om kravet strider mot likabehandlingsprincipen med hänsyn till att en grupp av leverantörer som lämnar anbudsansökan kunnat åberopa de i gruppen ingående bolagens referensuppdrag. Av 1 kap. 13 § LUFSS följer att grupper av leverantörer har rätt att ansöka om att lämna ett anbud och att lämna anbud. Bolagen i gruppen av leverantörer utgör tillsammans en gemensam anbudssökande till skillnad från de underleverantörer som innehar de referensuppdrag som bolaget åberopat. Gruppen av leverantörer är mot denna bakgrund inte i samma situation som en ensam anbudssökande som saknar egen erfarenhet av den typ av uppdrag som ska upphandlas och därför åberopar annans kapacitet. Vidare har samma krav ställts på alla anbudssökande. Begränsningen av att åberopa annans kapacitet gäller lika för såväl leverantörer som väljer att lämna anbudsansökan ensam som för grupp av leverantörer. Det framgår vidare att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ställa upp som villkor om att sådana grupper av leverantörer ska ha en bestämd juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten eller enheten får dock begära att en grupp ska ha viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt. Stadens krav på att gruppen av leverantörer ska bilda en gemensam associationsform efter tilldelning av kontrakt har stöd i lag och innebär enligt förvaltningsrätten inte att gruppen av leverantörer inte uppfyller ställda krav på referensuppdrag. Något brott mot likabehandlingsprincipen föreligger således inte. Vad bolaget har anfört om att staden är inkonsekvent då staden tillåter att underleverantörer används vid tillhandahållandet av drift och förvaltnings medför ingen annan bedömning.

3. Förtydliganden

Bolaget har gjort gällande bl.a. följande. Staden har begärt förtydligande från fyra av fem anbudssökande företag. Den enda anbudssökande som staden inte begärt förtydligande från är bolaget. Bolaget anser därmed att staden negativt har särbehandlat bolagets ansökan i förhållanden till de andra sökande bolagen. Det är obegripligt varför inte bolaget tilläts inkomma med förtydligande när alla andra har fått göra detta. Staden har därmed begärt förtydligande med risk för särbehandling och konkurrensbegränsning och bolaget har tveklöst lidit skada, varför skäl för ingripande enligt bolagets förstahandsyrkande föreligger. Om staden hade begärt förtydligande av bolaget hade detta nämligen kunnat inkomma med åtagande enligt 12 kap. 15 § LUFSS och på så vis hade bolaget kunnat få sin ansökan beaktad. Staden har således brutit mot likabehandlingsprincipen och bolaget har lidit skada.

Staden gör gällande bl.a. följande. Skäl för staden att begära förtydliganden av bolags anbudsansökan saknades. För övrigt skulle en komplettering med åtaganden såsom bolaget gör gällande, i den mån en sådan hade varit tillåten enligt 10 kap. 8 § LUFSS, inte ha medfört att bolaget uppfyllde samtliga ställda krav.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Som framgår av bestämmelsen i 10 kap. 8 § LUFSS har en upphandlande enhet en möjlighet men inte en skyldighet att exempelvis begära att en anbudsansökan förtydligas. Förutsättningarna för att en enhet ska kunna begära förtydliganden eller kompletteringar är att det kan ske utan särbehandling eller konkurrensbegränsning. Den omständigheten att en leverantör ombeds att komplettera en viss uppgift, behöver i sig inte innebära att

andra leverantörer ska ges möjlighet att komplettera annat än motsvarande eller till sin karaktär motsvarande uppgifter eller handlingar m.m. Det faktum att förtydligande har begärts från samtliga anbudsansökanden utom sökanden medför således inte med automatik att sökanden särbehandlats eller staden brutit mot likabehandlingsprincipen. Av vad bolaget har anfört och av vad som framgår av handlingarna i målet har staden bett Logica förtydliga återopade referensuppdrag och Tieto förtydliga vilka bolag som har efterfrågad erfarenhet i de övergripande beskrivningarna. Det bolaget velat komplettera med är ett åtagande enligt 12 kap. 15 § LUFS. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att staden inte kan anses ha underlåtit att begära motsvarande eller till sin karaktär motsvarande uppgifter eller handlingar av bolaget som staden begärt av de andra anbudsansökandena. En komplettering att inkomma med åtagande enligt 12 kap. 15 § LUFS hade dessutom inte medfört att bolaget hade kvalificerats till fas två eftersom skall-krav i upphandlingen var att anbudsansökande skulle vara avtalsslutande part i sina referensuppdrag. Skäl för staden att begära förtydligande eller komplettering har således inte förelegat. Vad bolaget anfört i dessa delar innebär således inte att upphandlingen genomförts i strid med LUFS eller de principer som bär upp lagen.

4. Fråga om Tietos anbud innehåller brister vad avser referensuppdrag

Referensuppdrag 1, 3 och 4

Bolaget gör gällande att vad avser Tietos referensuppdrag 1, 3 och 4 har Tieto efter begäran om förtydligande från staden ändrat uppgift avseende ansvarig avtalspart från Tieto Corporation till att vara Tieto Sweden AB och Tieto Sweden Healthcare & Welfare AB och att detta innebär ett otillåtet förtydligande och strider mot likabehandlingsprincipen.

Staden bestrider påstående och gör gällande bl.a. följande vad avser referensuppdrag 1, 3 och 4. Som klart och tydligt framgår av frågor och svar avser såväl stadens fråga som Tietos svar endast de övergripande beskrivningarna och inte referensuppdragen. Staden bestrider således att Tieto uppgivit att referensuppdrag nr 1, 3 och 4 utförts av Tieto Sweden AB och Tieto Sweden Healthcare & Welfare AB istället för Tieto Corporation. Staden har inte begärt något förtydligande avseende återopade referensuppdrag.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Staden har i förfrågningsunderlagets punkt 4.6.1-4 uppställt krav på erfarenhet. Anbudsansökande ska i punkt ett beskriva sin verksamhet för att visa att kraven som staden ställt på erfarenhet är uppfyllda. I punkt två ska anbudsansökande redovisa två referensuppdrag för att styrka att anbudsansökande har den relevanta erfarenheten. Av stadens begäran om förtydligande av punkt 4.6.1-4 riktat till Tieto framgår att staden efterfrågar ”en preciserad beskrivning av vilket eller vilka av de tre ingående bolagen som innehar efterfrågad erfarenhet redovisad i de övergripande beskrivningarna av anbudsansökandens erfarenhet?” Enligt förvaltningsrättens mening framgår det av skrivningen att staden inte begärt något förtydligande avseende de återopade referensuppdragen utan att det begärda förtydligandet avsett de övergripande beskrivningarna i punkt 4.6.1-4. Mot denna bakgrund och då de övergripande beskrivningarna är särskiljda från de återopade referensuppdragen i förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att Tieto, genom sitt förtydligande, inte har ändrat uppgift avseende ansvarig avtalspart i de återopade referensuppdragen. Vad bolaget har anfört och återopat i dessa delar innebär således inte att upphandlingen genomförs i strid med LUFSS.

Referensuppdrag 2

Bolaget gör vidare gällande bl.a. följande vad avser Tietos referensuppdrag två. Bolaget har tagit del av detta uppdrag. För det första stämmer inte tidsperioden för avtalet. För det andra ifrågasätter bolaget rimligheten i det åberopade uppdraget eftersom det, enligt Tieto, påbörjades så sent som den 1 september 2011 och knappast kan utgöra något lämpligt bevis på att denna anbudssökande verkligen har den efterfrågade erfarenheten. Uppdraget är ju knappt påbörjat och används för att visa erfarenhet av systemdrift och systemförvaltning. Bolaget tvivlar starkt på att övertagande ens skett, varför varken drift eller förvaltning torde kunna styrkas. Referensuppdraget kan svårligen anses motsvara uppdraget i upphandlingen vilken kan komma att pågå nästan i ett decennium. För det tredje har Tieto använt sig av ett referensuppdrag med annan avtalspart än någon av de deltagande parterna i gruppen Tieto Stockholm. I sin anbudsansökan anger Tieto att Tieto Sweden Healthcare and Welfare AB är ansvarig avtalspart. Vid granskning av de relevanta avtalen framgår emellertid att Tieto Sweden Healthcare and Welfare AB endast är avtalsansvarigt vad avser en del av uppdraget. Det nya systemet Personec, som Tieto Sweden Healthcare and Welfare AB är ansvarig för, kommer utifrån vad som kan utläsas av Tietos anbudsansökan inte vara i full drift förrän i mars 2013. Vad Tieto har erfarenhet av förefaller således inte vara systemdrift och systemförvaltning utan implementering av ett nytt system som det ett senare läge kommer att drifva. Vid tillfället för anbudsinlämnaden var det snarare Aditro HRM AB som driftade och förvaltade det system som Region Skåne använder, dvs. systemet Prima, eftersom Aditro HRM AB:s avtal att drifva detta system löper enligt vad som framgår av avtalet ut först i december 2013. Vad avser detta system är Tieto inte avtalspart och det kan således inte åberopas som referensuppdrag i upphandlingen. Det är naturligtvis särskilt allvarligt att staden accepterar denna brist i Tietos anbudsansökan när motsvarande brist har föranlett att

bolagets anbud förkastats. Att staden behandlat Tieto och bolaget olika vad avser samma krav är en överträdelse av likabehandlingsprincipen.

Staden gör gällande bl.a. följande. Staden har vid kvalificeringen haft att utgå ifrån och förlita sig på att den av Tieto lämnade beskrivningen är korrekt. Vad bolaget anfört om att det av Tieto beskrivna uppdraget påbörjades den 1 september 2011 saknar relevans då staden inte ställt något krav på att återopade referensuppdrag skulle ha en viss minsta varaktighet. För att säkerställa att av Tieto lämnad referens är korrekt har staden kontaktat Region Skåne. Region Skåne har därvid bl.a. bekräftat att av Tieto lämnat referensuppdrag är korrekt beskrivet och utfört av Tieto Sweden Healthcare and Welfare AB och att Tieto Sweden Healthcare and Welfare är ansvarig avtalspart för det uppdrag som referensuppdraget avser. Den av Tieto lämnade beskrivningen är med stöd av ovanstående korrekt och referensuppdragen uppfyller av staden ställda krav. De av bolaget återopade avtalen omfattar ett annat system än det som avses i det av Tieto lämnade referensuppdraget och har således ingen koppling till referensuppdrag nr 2.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att staden har kontrollerat med Region Skåne att vad Tieto angivit om sitt uppdrag för Region Skåne stämmer och därvid fått bekräftat att Tietos beskrivning av referensuppdraget är korrekt liksom att Tieto Sweden Healthcare and Welfare AB är ansvarig avtalspart. Staden har därmed haft att utgå ifrån att dessa uppgifter stämmer. Vad bolaget anfört eller vad som i övrigt framkommit i målet medför inte någon annan bedömning. När det gäller vad bolaget anfört om rimligheten i det återopade uppdraget och hurivida erfarenheten kan anses vara systemdrift och systemförvaltning finner förvaltningsrätten att det framstår som tämligen givet att den upphandlande enheten allmänt sett måste ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande göra egna bedömningar. Det ankommer inte på

förvaltningsdomstol att i ett mål om överprövning enligt LUFSS göra någon egen utvärdering av anbuden utan prövningen begränsas till om utvärderingen följt fastslagna principer. Mot bakgrund av den beskrivning av uppdraget som Tieto gjort och Region Skånes bekräftelse av att beskrivningen är korrekt får staden anses ha haft fog för sin bedömning av det åberopade referensuppdraget. Det har i målet inte framkommit att denna bedömning skett i strid med LUFSS eller de principer som bär upp lagen.

5. Fråga om Tieto uppfyller kravet på att referensuppdragen ska vara externa

I avsnitt 4.6.1 anges att leverantören under de tre senaste åren ska ha genomfört minst två uppdrag för olika externa uppdragsgivare som till sin art motsvarar i upphandlingen beskrivet uppdrag.

Bolaget har gjort gällande att ett av de uppdrag som Tieto har åberopat inte avser någon extern uppdragsgivare utan staden själv och att Tieto därmed inte uppfyller ovan angivet skall-krav. Själva syftet med referensuppdrag är att myndigheten ska få in en uppfattning om leverantören från en oberoende part som vare sig är kopplad till leverantören eller till myndigheten. Staden har inte heller angett att s.k. interna uppdrag eller egna referensuppdrag får åberopas. Interna referenser får endast användas i den mån så uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget och då endast under förutsättning att de är fristående från de personer som genomför utvärderingen. Risker för otillbörligt gynnande av befintlig leverantör är annars uppenbar.

Staden bestrider vad bolaget anfört och anför att det av ovan angivet krav framgår att vad som avses är uppdragsgivare som är externa i förhållande till leverantören. Staden är en i förhållande till leverantören extern

uppdragsgivare, varför inget hindrar att referensuppdrag från staden åberopas av leverantören.

Förvaltningsrätten finner att det framstår som rimligt att kravet ska tolkas såsom staden gör gällande, dvs. att det åberopade referensuppdraget ska vara externt i förhållande till leverantören och inte till staden.

Förvaltningsrätten finner vidare inte att det finns något stöd i LUFS för bolagets uppfattning att interna referenser endast får användas i den mån då det uttryckligen anges förfrågningsunderlaget och då endast under förutsättning att de är fristående från de personer som genomför utvärderingen. Vad bolaget anfört i denna del föranleder således inget ingripande enligt LUFS enligt förvaltningsrättens bedömning.

6. Fråga om Tieto uppfyller kravet på två referensuppdrag

Staden har i förfrågningsunderlaget punkt 4.6.1 följande krav.

”Leverantören ska inneha för åtagandet erforderlig erfarenhet.

Leverantören ska under de tre senaste åren ha genomfört minst två uppdrag för olika externa uppdragsgivare som till sin art motsvarar i denna upphandling beskrivet uppdrag. [...]”

I sjätte stycket i samma punkt anges följande.

”För grupp av leverantörer som gemensamt lämnar anbud gäller att kraven ovan ska uppfyllas av minst en av leverantörerna i gruppen. Krav får dock inte delas upp mellan flera leverantörer på ett sätt som förändrar avsikten med krav. Exempelvis genom att en leverantör uppfyllet kravet på erfarenhet av systemdrift och förvaltning innefattande hantering av olika juridiska personer inom samma system medan en annan leverantör har erfarenhet av systemdrift av system med minst 5 000 användare. [...]”

Bolaget har anfört att kravet i punkt 4.6.1 innebär att *en* av leverantörerna inom gruppen ska ha utfört *två* referensuppdrag av det slag och omfattning som staden anger. Då Tietos angivna referensuppdrag har utförts av två olika leverantörer i gruppen anser bolaget att Tietos anbud därmed inte uppfyller ställt krav.

Staden har anfört att för grupp av leverantörer som gemensamt lämnar anbud gäller enligt förutsättningarna att kraven ska uppfyllas av minst en av leverantörerna i gruppen, dvs. antingen ska en leverantör i gruppen ha utfört båda efterfrågade referensuppdragen eller så kan två av de i gruppen ingående leverantörerna ha utfört varsitt referensuppdrag.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I punkt 4.6.1 i förfrågningsunderlaget framställs ett krav på att leverantören ska ha genomfört minst två uppdrag för olika externa uppdragsgivare som till sin art motsvarar i upphandlingen beskrivet uppdrag. Vidare uppställer staden ett antal ytterligare krav på omfattningen och arten på dessa två uppdrag i efterföljande stycken i ovan nämnda punkt. Staden har i sjätte stycket i punkt 4.6.1 angett att för en grupp av leverantörer gäller att kraven ovan ska uppfyllas av minst en av leverantörerna i gruppen. Staden har vidare i samma stycke tydliggjort att innehållet i respektive referensuppdrag inte går att dela upp mellan de olika leverantörerna i gruppen. Däremot står ingenstans angivet att båda referensuppdragen ska ha utförts av samma leverantör i gruppen. Att tolka in ett sådant krav i formuleringen i sjätte stycket i punkt 4.6.1 framstår som orimligt med hänsyn till syftet med de efterfrågade referensuppdragen, dvs. att staden vill säkerställa att anbudsgivaren har den erfarenhet som krävs för att genomföra uppdraget, och då det är gruppen av leverantörer som är anbudsgivare och enligt 1 kap. 13 § LUFSS har rätt att åberopa hela gruppens samlade resurser. Förvaltningsrätten finner således att skrivningen i punkt 4.6.1 inte innebär att staden framställt ett krav på att *samma* leverantör i en grupp av

leverantörer ska ha utfört *båda* referensuppgifterna. Kvalificeringen av Tieto strider därmed i detta avseende inte mot LUFSS eller de unionsrättsliga principerna.

7. Fråga om LUFSS är tillämpligt

Bolaget har gjort gällande bl.a. följande. Det framgår av 1 kap. 2 § LUFSS att LUFSS endast får användas vid upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet. Dessutom krävs att det rör sig om militär utrustning eller om utrustning eller tjänster av känslig karaktär. Staden har inte visat att upphandlingen är en upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet. Redan på denna grund är det tydligt att staden använt sig av fel lag i upphandlingen. Staden har vidare inte visat att det rör sig om utrustning eller tjänster av sådan känslig karaktär som påminner om och är lika känsliga som försvarsupphandlingar. Då det är tydligt att staden använt sig av fel lag vid annonsering och genomförande av upphandlingen måste upphandlingen göras om. Det förhållande att fel lag har använts har bland annat medfört att staden använt sig av ett förhandlat förfarande när ett öppet eller selektivt förfarande rätteligen skulle ha använts. Det kan inte uteslutas att andra anbud och anbudsansökningar hade kommit in om rätt lag hade använts eller att dessa hade sett annorlunda ut eller att utvärderingen av dessa hade fallit ut på ett annat sätt. Det finns flera skillnader mellan LUFSS och LOU, såsom exempelvis längden på tillåten ramavtalstid och möjligheten att använda förhandlat förfarande, som har en helt avgörande inverkan på utfallet i en upphandling. Mot denna bakgrund finns risk för att bolaget lidit skada till följd av stadens överträdelse varför förvaltningsrätten måste förordna om att upphandlingen görs om med tillämpning av rätt lag.

Staden har gjort gällande bl.a. följande. Ett systemområde som ingår i upphandlingen omfattar system som innehåller uppgifter om för samhället

viktiga och känsliga ledningsdragningar och anläggningar. Staden har, efter samråd med säkerhetspolisen, gjort bedömningen att uppgifterna i systemet ska klassificeras som säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. I ansökningsunderlaget avsnitt 4.11 anges att leveransen kommer att omfatta bl.a. lagring och behandling av data för säkerhetsskyddsklassade system samt att personer ingående i leveransen kan komma att ta del av hemliga uppgifter. Det framgår vidare av förfrågningsunderlaget, bilaga 2c, punkt 2.8.8, att systemområdet omfattar viss information som är känslig och omfattas av särskilda säkerhetsbestämmelser. Förevarande upphandling omfattar således tjänster som har ett säkerhetssyfte och inbegriper säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, dvs. tjänster av känslig karaktär. LUFS är därmed tillämplig i förevarande fall.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. LUFS ska, enligt 1 kap. 2 § LUFS, tillämpas på tjänster av känslig karaktär. I 2 kap. 29 § LUFS definieras tjänster av känslig karaktär som tjänster som har ett säkerhetssyfte och som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. I 2 kap. 22 § LUFS definieras säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som information och material oavsett form, karaktär eller överföringsteknik som omfattas av krav på en viss skyddsnivå och som med hänsyn till rikets säkerhet enligt lagar och andra författningar måste skyddas mot intrång, förstörelse, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person, eller någon annan typ av risk. Staden har redovisat dess bedömning av varför LUFS tillämpats. Av vad staden anfört får anses framgå att upphandlingen omfattar säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund och vad som i övrigt framkommit i målet att staden har haft rätt att upphandla enligt LUFS. Vad bolaget anfört medför ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten finner vidare att oavsett förvaltningsrättens bedömning ovan har det inte framkommit något som ger vid handen att bolaget till följd av att staden har upphandlat enligt LUFSS istället för LOU inte kunnat konkurrera på samma sätt som övriga anbudsgivare i ärendet. Vad bolaget härvid har anfört om att utvärderingen av dessa hade fallit ut på ett annat sätt innebär inte, enligt förvaltningsrättens bedömning, att bolaget gjort sannolikt att bolaget riskerat att lida skada av att LUFSS valts som tillämplig lag.

8. Fråga om ramavtalets längd och om frister för anbudsansökan

Bolaget har gjort gällande i huvudsak följande. Av ansökningsunderlaget avsnitt 2.2 framgår att avtalstiden är om 9,5 år. Bolaget ifrågasätter avtalens längd med hänsyn till de bestämmelser om ramavtalslängd som finns i 5 kap. 3 § LOU (ramavtal får endast löpa i mer än fyra år om det finns särskilda skäl) samt 5 kap. 3 § LUFSS (ramavtal får endast löpa i mer än sju år om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka). Bolaget anser att de avtal som ska tecknas genom upphandlingen de facto är att betrakta som ramavtal.

Bolaget gör vidare gällande följande. Anbudssökanden gavs totalt 32 dagar för att inkomma med anbudsansökan. Enligt 9 kap. 3 § LUFSS ska tiden för att inkomma med anbudsansökan i ett förhandlat förfarande med föregående annonsering vara minst 37 dagar för en standardupphandling. Den tidsfrist som medgavs i upphandlingen understeg således denna tidsfrist. Av 9 kap. 4 § första stycket LUFSS följer emellertid att minimifristerna om 37 dagar får förkortas med sju dagar om annonsen utarbetats och skickats med elektroniska medel. Den kortaste möjliga tidsfristen för anbudssökningar i förhandlat förfarande med föregående annonsering är således 30 dagar, dvs. endast två dagar kortare än vad som

medgivits i upphandlingen. Det är emellertid inte alltid lämpligt att förkorta anbudstiden. Vad gäller upphandlingen kan konstateras att den rör ett av de absolut största uppdragen inom IT-området i Sverige med ett kontraktsvärde om närmare 1,5 miljarder kronor. Det kan vidare konstateras att ansökningsunderlaget innehåller långtgående krav på redovisningar av olika kapaciteter och på beskrivning av referensuppdrag. Med hänsyn till uppdragets komplexitet är det mycket svårt att få fram referensuppdrag på motsvarande uppdrag, detta särskilt med beaktande av stadens olika begränsningar i vad som kan och inte kan åberopas. Mot denna bakgrund torde det stå bortom allt rimligt tvivel att upphandlingen inte är en sådan standardiserad upphandling som kan motivera att minimifristerna med förkortning kan användas. Staden har således gjort sig skyldig till en överträdelse av LOU alternativt LUFSS genom att använda dessa frister. Det är tydligt att bolaget, som av staden ansetts inkomma med en ofullkomlig anbudsansökan, har lidit skada av den korta ansökningsfristen. Hade det funnits mer tid är det mycket möjligt att de olika synsätt som staden och bolaget har avseende kraven i ansökningsunderlaget hade kunnat redas ut och att bolaget därmed hade kunnat tas upp till anbudsgivning.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. En leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att en upphandlande enhet brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 11 § LUFSS eller någon annan bestämmelse i lagen, kan i en framställning ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att domstolen ska besluta om åtgärder enligt 16 kap. 6 § samma lag, dvs. att den klandrade upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. En grundläggande förutsättning för att domstolen ska kunna fatta beslut om åtgärder enligt 16 kap. 6 § LUFSS är att en felaktighet vid upphandlingen medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. För att en sådan slutsats ska kunna dras bör krävas viss utredning om på vilket sätt leverantören

lidit eller kan komma att lida skada av något missförhållande. En fråga som uppkommer i målet är sålunda enligt förvaltningsrättens bedömning om bolaget överhuvudtaget – till följd av att det eventuellt förelegat felaktigheter om ramavtalets längd eller frister för anbudsansökan – har riskerat att lida skada.

Bolaget har inte i sin ansökan om överprövning eller därefter påstått att bolaget lidit skada av att det eventuellt förelegat felaktigheter om ramavtalets längd. Med hänsyn härtill och då det inte heller i övrigt framgår att bolaget lidit eller kan komma att lida skada på nu nämnd grund finns inte förutsättningar för förvaltningsrättens ingripande enligt LUFSS.

Bolaget har vidare anfört att det faktum att anbudssökande gavs totalt 32 dagar för att inkomma med anbudssökande skett i strid med LUFSS och inneburet att bolaget riskerat att lida skada på så sätt att hade det funnits mer tid är det mycket möjligt att de olika synsätt som staden och bolaget har avseende kraven i ansökningsunderlaget hade kunnat redas ut och att bolaget därmed hade kunnat tas upp till anbudsgivning. Förvaltningsrätten finner inte att det av en eventuell sådan överträdelse det nu är fråga om, dvs. att anbudsfristen eventuellt varit fem dagar för kort, och de omständigheter som utgjort grund för diskvalificering av bolagets anbudsansökan, dvs. att bolaget inte varit avtalsslutande part i dess åberopade referensuppdrag, finns ett sådant orsakssamband att bolaget gjort sannolikt att bolaget riskerat att lida skada av den eventuella överträdelsen av LUFSS. Vad bolaget anfört medför ingen annan bedömning.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten ingen anledning att vidare pröva vad bolaget anfört i dessa delar. Bolagets ansökan ska således avslås i dessa delar.

Sammanfattning

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte framkommit omständigheter som visar att staden utfört upphandlingen i strid med LUFSS eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap 6 § LUFSS föreligger således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten har denna dag meddelat dom i mål nr 22998-12.

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


Susanne Bagge

rådman

Föredragande har varit Julia Nyberg



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.

DV 3109/1A LOU