



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2013-01-29
Meddelad i Stockholm

Mål nr
24158-12

SÖKANDE

Redpill Linpro AB, 556641-0576

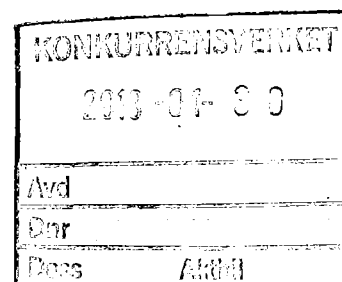
Ombud: Advokat Göran Antonsson
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm

MOTPART

Rikspolisstyrelsen
Box 12256
102 26 STOCKHOLM

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om interimistiskt förordnande.

Dok.Id 316712

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

Rikspolisstyrelsen genomför en upphandling i form av förnyad konkurrensutsättning av Kammarkollegiets ramavtal Öppna programvaror 2010. Avropsförfrågan gäller leveransavtal för JBoss. Av tilldelningsbeslut daterat den 7 november 2012 framgår att RPS har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Redpill Linpro AB (Redpill).

YRKANDEN M.M.

Redpill yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva Rikspolisstyrelsens beslut om tilldelning i upphandlingen samt förordna att upphandlingen ska göras om. Redpill yrkar även att förvaltningsrätten ska besluta att Rikspolisstyrelsen inte får ingå avtal till dess att annat bestämts. Till stöd för sin talan anför bolaget sammanfattningsvis följande. Rikspolisstyrelsens upphandling har genomförts på ett sätt som strider mot principerna för proportionalitet och likabehandling, vilket kan leda till att bolaget, i egenskap av anbudsgivare vars anbud inte antagits, kan lida skada. Redpills anbud beaktades inte med hänsyn till att bolaget inte uppfyllde det av Rikspolisstyrelsen uppställda kriteriet att vara utsedd till "Red Hat Premier Partner JBoss Middleware Specialist i Sverige". Samtliga ramavtalsleverantörer är återförsäljare av JBoss och har möjlighet att tillhandahålla den programvaruplattform och de tjänster från Red Hat som omfattas av upphandlingen. Det saknas därför anledning för Rikspolisstyrelsen att uppställa det angivna kvalificeringskravet. I vart fall är Red Hats interna och skönmässiga graderingssystem för dess återförsäljare inte ett objektiva kvalitets- eller kapacitetskrav och därför inte ett lämpligt eller effektivt kriterium. Kriteriet har inneburit att endast en av fem ramavtalsleverantörer haft möjlighet att lämna anbud som uppfyllde kvalifikationskraven varför upphandlingen även strider mot likabehandlingsprincipen. Rikspolisstyrelsen har sedan flera år använt JBoss från Red Hat och programvaran har tillhand-

hållits av Redpill. Bolaget har även tillhandahållit konsulttjänster i avseende på programvaruplattformen. Redpill är partner med Red Hat, om än på en lägre hierarkisk nivå än det vinnande bolaget. Redpill har således också tagit del av utbildning m.m. från Red Hat. Rikspolisstyrelsen har i denna upphandling intagit som ett skall-krav att leverantören ska tillhöra den högsta nivån inom Red Hats interna och skönsmässiga hierarki för återförsäljare, vilken Red Hat ensidigt förfogar över exempelvis i avseende på förändringar i graderingssystemet och i avseende på vilken nivå en viss återförsäljare erhåller. Kriteriet är dels inte ett kriterium som krävs för att kunna leverera det Rikspolisstyrelsen önskar, dels är det väl känt för Rikspolisstyrelsen att det enbart finns en leverantör i Sverige som uppfyller kriteriet. Kvalificeringskriteriet ger Red Hat en möjlighet att styra vilka återförsäljare som kan uppfylla de krav som ställs i upphandlingar, vilket helt står i strid med grundläggande principer. Enligt Rikspolisstyrelsen har stor vikt lagts vid att säkerställa kompetensen i avseende på de "kringtjänster" som anbudsgivarna ska tillhandahålla. Rikspolisstyrelsen har emellertid inte uppställt några kriterier som är de sedvanliga vid upphandling av konsulttjänster, exempelvis tidigare erfarenhet av arbete med den aktuella programvaran och referenser som kan bekräfta detta.

I Rikspolisstyrelsens avropsförfrågan anges att "leverantören skall vara Red Hat Premier partner JBoss Middleware Specialist i Sverige, detta skall styrkas genom bifogad dokumentation." Till det vinnande bolagets anbud bifogades ett intyg vari framgår att bolaget är "Red Hat Premier Business Partner, Middleware". Intyget utvisar således inte att bolaget är så kallad Specialist avseende JBoss och anbudet har inte uppfyllt Rikspolisstyrelsens skall-krav varför myndigheten inte haft rätt att anta bolagets anbud. Rikspolisstyrelsen förefaller ha ställt upp ett kvalifikationskrav som inte existerar i verkligheten.

Rikspolisstyrelsen bestrider bifall till Redpill:s talan och yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan i dess helhet. Till stöd för talan anförs sammanfattningsvis följande. Rikspolisstyrelsens förnyade konkurrensutsättning strider vare sig mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) eller mot de rättsliga principer som bär upp LOU och unionsrätten. Vad Redpill anfört visar inte heller på att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. LOU reglerar inte vad upphandlande myndighet får upphandla utan det står den upphandlande myndigheten fritt att formulera kraven i förfrågningsunderlaget. Myndigheten har kravställt den förnyade konkurrensutsättningen efter verksamhetens behov av licens samt support- och underhållstjänster avseende programvaruplattformen JBoss. För att säkerställa driften och kvaliteten av Polisens verksamhetskritiska plattformar behövs standardiserade produkter med kontinuerligt underhåll och livscykelhantering. Om JBoss skulle få driftavbrott medför detta stora konsekvenser för det svenska rättsväsendet. Polisen har valt att använda en produktifierad version av JBoss. Det är en kvalitetssäkrad och integrations-testad version som även har en definierad livscykel anpassad för kommersiella ändamål. Polisen köper en livscykelhanterad, kvalitetssäkrad produkt och rätten att använda den. I avgiften ingår även produktsupport direkt från leverantören och Polisen behöver i detta fall inte ta ansvar för dess underhåll. Red Hat erbjuder sina partners ett omfattande utbildningsprogram och ett partnerprogram som tillförsäkrar att Polisen köper rätt kompetens. Polisen garanteras att den partner de använder verkligen har kunskap om rätt version av JBoss och inte bara generell kunskap om teknologin. Partnernivån säkerställer att Polisen får snabb och kompetent hjälp med de tekniska problem som kan uppstå. För att säkerställa driften av Polisens verksamhetskritiska Limbo-plattform och för att garantera leverantörens förmåga att tillgodose alla Rikspolisstyrelsens kompetens- och konsultbehov krävs det att leverantören ska vara "Red Hat Premier Partner JBoss Middleware Specialist i Sverige". Med anledning av att det inte finns några kompetenskrav för leverantörer av produkten vill Rikspolisstyrelsen säkerställa att

den leverantör som myndigheten tecknar avtal med innehar rätt kompetens i enlighet med ett certifieringsprogram och är godkänd från tillverkaren av produkten. Rikspolisstyrelsen har dåliga erfarenheter av tidigare leverantörer för önskad produkt och den skiftande kvalitet på konsulter som varit på plats hos Polisen. Syftet med det ställda kravet visar att detta är nödvändigt för verksamheten och speglar Rikspolisstyrelsens behov, vad avser licens samt support- och underhållstjänster avseende programvaruplattformen JBoss, och på ett effektivt sätt uppnår det eftersträvade syftet med det aktuella skall-kravet. Redpill har i sitt anbud inte visat att bolaget uppfyller samtliga skall-krav ställda i avropsförfrågan och har således inte heller visat att bolaget kan säkerställa Rikspolisstyrelsens behov avseende de aktuella tjänsterna. Rikspolisstyrelsen har givit samtliga ramavtalsleverantörer möjlighet att inkomma med anbud utifrån den avropsförfrågan som beskriver Rikspolisstyrelsens behov.

Avseende skillnaderna i uttryck mellan det vinnande bolagets intyg om nivå på partnerskap och Rikspolisstyrelsens krav i avropsförfrågan beror dessa på att Red Hats intyg alltid skrivs på engelska medan Rikspolisstyrelsens förfrågan i största möjliga mån är skriven på svenska. Betydelsen och innebörden av intyget är klar och tydlig och påvisar att bolaget innehar efterfrågad partnernivå i Sverige. Det är ingen skillnad mellan "Red Hat Premier Business Partner Middleware" och "Red Hat Premier Partner JBoss Middleware Specialist" utan detta är benämningar för samma nivå av partnerskap. Rikspolisstyrelsen åberopar intyg från Red Hat Inc.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Yrkandet om interimistiskt förordnande

Av prop. 2009/10:180 s. 141-142 framgår att om den upphandlande myndigheten väljer att iaktta en avtalsspärr och en ansökan om överprövning

anhängiggörs i rätt tid följer att en förlängd avtalsspärr inträder och att en tiodagarsfrist gäller efter förvaltningsrättens avgörande. Genom sin ansökan om överprövning har Redpill uppnått effekten att en avtalsspärr automatiskt har inträtt. Med hänsyn härtill saknar förvaltningsrätten grund för att pröva yrkandet om interimistiskt förordnande varför yrkandet ska avvisas.

Frågan om proportionalitet

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Vid en prövning av om proportionalitetsprincipen eftersträvas kan en strukturerad avvägning mellan motstående intressen genomföras enligt följande. För det första bedöms om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje bedöms om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som har

bevisbördan för att en ifrågasatt åtgärd är i enlighet med proportionalitetsprincipen.

Av Rikspolisstyrelsens avropsförfrågan framgår att myndigheten uppställt bland annat följande skall-krav: "Leverantören skall vara Red Hat Premier partner JBoss-Middleware Specialist i Sverige, detta skall styrkas genom bifogad dokumentation." Redpill har anfört att detta krav är oproportionerligt. Rikspolisstyrelsen har angett att syftet med kravet är att säkerställa drift och kvalitet av Polisens verksamhetskritiska plattformar. Åtgärden synes mot bakgrund av att Polisen ska tillförsäkras rätt kompetens vara lämplig och effektiv då partnerskapet med Red Hat förefaller säkerställa snabb och kompetent hjälp med tekniska problem samt att kunskap om rätt version av JBoss finns.

Med beaktande av Rikspolisstyrelsens syfte med det uppställda kravet och med hänsyn till den typ av verksamhet Polisen bedriver finner förvaltningsrätten att det aktuella kravet i avropsförfrågan även måste anses vara nödvändigt. Det har inte heller framkommit att syftet kan uppnås med någon mindre ingripande åtgärd. Vidare kan de negativa effekter som kraven får på det intresse eller den rättighet som till följd av detta inskränks inte anses så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det aktuella skall-kravet inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Frågan om det vinnande bolagets anbud uppfyller skall-kraven

Redpill har vidare gjort gällande att det vinnande bolaget inte uppfyller ovan nämnda skall-krav.

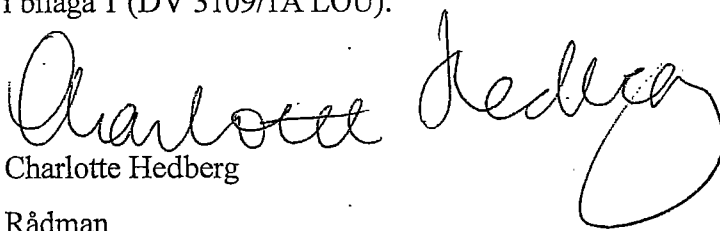
En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Skall-kraven som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet.

Rikspolisstyrelsen har i målet inkommit med ett intyg vari framgår att "Red Hat Premier Business Partner Middleware" och "Red Hat Premier Partner JBoss Middleware Specialist" är benämningar på samma nivå av partnerskap. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det inte är visat att vinnande bolagets anbud inte uppfyller det skall-krav angående partnerskap med Red Hat som uppställts av Rikspolisstyrelsen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det på grund av vad Redpill anfört i målet inte finns förutsättningar för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Charlotte Hedberg

Rådman

Föredragande har varit Sara Uhrbom.



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