



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2013-09-20
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4595-13

SÖKANDE

Tunstall AB, 556135-1197
Box 9028
200 39 Malmö

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck
Jur.kand. Viveka Heimer
Jur.kand. Anna Lapinska
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Kommunalförbundet ITSAM, 222000-2584
Box 1
590 40 Kisa

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 133570

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|-----------------------------|---------------|---|--------------|--------------------------------|
| Box 406 581 04 Linköping | Brigadgatan 3 | 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se | 013-25 11 40 | måndag – fredag 08:00-16:00 |

BAKGRUND M.M.

Kommunalförbundet ITSAM (ITSAM) genomför en upphandling avseende *Inköp, support och underhåll av ett IT-system för planering, tidmätning, tidrapportering och nyckerfri hemtjänst, dnr 001913* (upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande. Grund för tilldelning är lägsta pris. I tilldelningsbeslut meddelat den 18 juni 2013 redovisas att två leverantörer har lämnat anbud varvid Tieto Healthcare & Welfare AB tilldelats uppdraget. I kvalificeringsprotokoll anges att Tunstall AB:s (bolaget) anbud inte har utvärderas eftersom bolaget inte uppfyller uppställda obligatoriska krav. I anbudet saknas begärda prisuppgifter under punkterna 2.3.5 och 6.1.6 samt angivande av pris per utbildning och dag.

Bolaget ansöker nu om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse av upphandlingen på så sätt att en ny anbudsutvärdering företas varvid bolagets anbud ska beaktas.

ITSAM motsätter sig bifall till ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

ITSAM synes anse att kraven i punkterna 2.3.5 och 6.1.6 i upphandlingsföreskrifterna på att lämna prisuppgift per rapport samt kravet i *Frågor och svar* på att lämna pris per utbildning utgör obligatoriska krav och att brister i dessa avseenden utgör grund för att förkasta bolagets anbud. Denna uppfattning är inte korrekt. De aktuella kraven i punkterna 2.3.5 och 6.1.6 i förfrågningsunderlaget avseende prisuppgifter har följande lydelse. ”Leverantören ska kunna framställa kommunspezifika rapporter. Varje kommun ska under anbudstiden, till ett enhetspris per rapport, kunna beställa upp till fem kommunspezifika rapporter (t ex ersättningsunderlag). Ange

pris/rapport.” Av kraven följer att anbudsgivare ska kunna erbjuda kommunspecifika rapporter till ett enhetspris per rapport. Kravet uppfylls genom att anbudsgivaren under rubriken ”Uppfyller kravet” anger antingen ja eller nej. Bolaget har i sitt anbud angett att det uppfyller kraven på att kunna framställa kommunspecifika rapporter. Någon extra kostnad för denna tjänst utgår inte för ITSAM. Ordalydelsen i de aktuella kraven kan inte rimligen tolkas som att redovisandet av pris/rapport varit ett obligatoriskt skall-krav i upphandlingen. Något ”skall” framkommer inte i meningen och uppmaningen torde objektivt sett närmast vara att se som ett önskemål för den händelse att anbudsgivaren har för avsikt att fakturera ITSAM för tillhandahållandet av rapporter. Det har inte heller funnits någon plats för att specificera pris/anbud i förfrågningsunderlaget. Även ITSAM tycks hysa tvivel om att kravets objektiva innebörd och huruvida det ska anses utgöra ett obligatoriskt skall-krav. I kvalificeringsprotokollet anger ITSAM att angivande av aktuella prisuppgifter *kan anses som ett krav*. Något utrymme att mot denna bakgrund anse att uppmaningen ”*ange pris/rapport*” utgör ett tydligt obligatoriskt skall-krav som kan ligga till grund för förkastande av bolagets anbud kan inte anses föreligga.

Vad gäller av ITSAM efterfrågat angivande av pris för utbildning per dag i frågor och svar så kan inte heller detta ses som annat än ett önskemål från ITSAM:s sida. I *Frågor och svar* anges följande. ”Svar på fråga 20: *Vi önskar prissättning på utbildning angivet per dag och per område. Antalet dagar och tidsplan överenskoms i dialog*”. Av svaret framgår tydligt att denna prissättning är ett önskemål och något ”skall” förekommer inte i meningen. Det har inte heller funnits någon särskild plats för prisangivelse i förfrågningsunderlagets prisbilaga. Till detta kommer att om detta önskemål ska ses som ett obligatoriskt krav i upphandlingen så uppfyller inte heller den vinnande anbudsgivaren kravet.

Avsaknad av icke-obligatoriska uppgifter som det här är fråga om kan inte leda till uteslutning av anbudsgivare på det sätt som skett. Det kan därför inte finnas hinder för upphandlande myndighet att låta anbudsgivare konkretisera sitt anbud med ett förtydligande av lämnade uppgifter. ITSAM borde därför ha begärt ett förtydligande från bolaget.

Eftersom angivandet av nu aktuella uppgifter i anbudet inte kan ha utgjort obligatoriska krav i upphandlingen har ITSAM, genom att inte slutligt utvärdera bolagets anbud, handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU. Det finns därför skäl att förordna om att upphandlingen ska rättas på det sätt som yrkas. För det fall förvaltningsrätten anser att de aktuella skrivningarna utgör skall-krav måste i vart fall dess lydelse vara så oklar att kraven inte går att tillämpa på det sätt som nu har gjorts. Även av denna anledning finns skäl att förordna om rättelse.

Det strider mot både principen om transparens och principen om likabehandling att lägga till nya skall-krav under pågående upphandling eller att ändra eller göra tillägg i sådana krav.

För det fall förvaltningsrätten finner att de aktuella kraven utgör tydliga obligatoriska skall-krav i upphandlingen och bolagets anbud i något hänseende brister i uppfyllandet av dessa, måste sådana brister i vart fall anses vara av så ringa karaktär att det inte vore förenligt med proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet. Proportionalitetsprincipen förutsätter att upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Ett krav som diskvalificerar en leverantör måste således vara relevant för den aktuella upphandlingen och inte vara av oväsentlig betydelse. Aktuella uppgifter är av rent formell karaktär utan betydelse för utgången av upphandlingen. De specificerade prisuppgifterna saknar koppling till såväl utvärderingsmodell som till avtalet och skälet till

att de efterfrågas är oklart. Att bolaget inte har lämnat uppgifter har därmed inte inneburit att bolaget givits en fördel mot andra anbudsgivare. Det har inte heller inneburit att vinnande anbudsgivare eller annan potentiell anbudsgivare lidit skada till följd härav. En avvikelse från nu aktuella formkrav får därmed anses vara irrelevant och oväsentlig för upphandlingen. Bolaget har i sitt totala anbudspris inkluderat såväl pris för rapporter som pris för utbildning. Bolaget har inte haft för avsikt att fakturera ITSAM särskilt för dessa produkter och tjänster och därför har aktuella uppgifter inte fyllts i. Enligt kammarrättspraxis är det oproportionerligt i förhållande till LOU:s syfte att inte utvärdera anbud där anbudsgivaren utelämnat viss uppgift för pristillägg, men där det av totalkostnaden kan utläsas att inget tillägg tillkommer.

Bolaget har lidit skada till följd av att anbudet felaktigt uteslutits från fortsatt deltagande i upphandlingen. Bolaget har erbjudit lägst pris i upphandlingen och skulle ha tilldelats kontraktet om anbudet inte hade förkastats.

ITSAM

Vid utvärderingen av anbuderna befanns bolagets anbud inte vara komplett. Det saknades information om prisuppgifter om pris per rapport samt pris per utbildningsdag, vilka skulle ha varit en del av utvärderingskriterierna. Krav som ställs i *Frågor och svar* är att anse som krav och inte enbart önskemål från ITSAM:s sida, därav den digitala publiceringen. Ansvar för att ta del av publicerad information under upphandlingen ligger på presumtiv anbudsgivare. Bolaget har använt sig av den uppdaterade kravspecifikationen i sitt anbud och där svarat att det uppfyller kraven, vilket bolaget inte gör då bolaget underlåtit att lämna pris på kostnad per rapport. Det stod bolaget fritt att ange priset till noll kronor om så hade önskats. Om bolaget ansåg att förtydligandet i kravspecifikationen var otillbörlig borde

det ha påpekats när det skedde och bolaget borde ha lämnat sitt anbud på den version av kravspecifikationen bolaget idag hävdar ska gälla.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Punkten 2.3.5 i kravspecifikationen är utformad enligt följande

| Nr | Skall-krav | Fråga | Uppfyller kravet | | Beskriv hur | Textruta | Poäng |
|-------|------------|--|------------------|-----|-------------|----------|-------|
| | | | Ja | Nej | | | |
| 2.3.5 | X | Leverantören ska kunna framställa kommunspecifika rapporter. Varje kommun ska under anbudstiden, till ett enhetspris per rapport kunna beställa upp till 5 kommunspecifika rapporter (t.ex. ersättningsunderlag). Ange pris/rapport. | | | | | |

Punkten 6.1.6 har samma utformning.

Av dokumentet *Frågor och svar* kan utläsas bl.a. följande.

Av fråga 16 framgår att utformningen av punkterna 2.3.5 och 6.1.6 i kravspecifikationen ursprungligen var följande.

”Varje anbudsgivare ska under anbudstiden, när behov uppstår, kunna beställa upp till fem kommunspecifika rapporter (t.ex. ersättningsunderlag). Detta ska inte medföra någon extra kostnad.”

ITSAM har som svar på fråga 16 angett följande.

Förtydligande och omformulering i kravspecifikationen är gjord enligt följande:

2.3.5 ”Leverantören ska kunna framställa kommunspecifika rapporter.

Varje kommun ska under anbudstiden, till ett enhetspris per rapport, kunna beställa upp till fem kommunspecifika rapporter (t.ex. ersättningsunderlag)

Ange pris/rapport.”Angivna priser kommer att läggas till anbudspriset.

Samma förtydligande har gjorts avseende punkten 6.1.6.

ITSAM har som svar på fråga 20 angett följande.

Vi önskar prissättning på utbildning angivet per dag och per område. Antalet dagar och tidplan överenskoms i dialog.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Om den upphandlande myndigheten 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.

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 ska iakttas.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan

avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer också av unionsrättens krav på likabehandling, förutsägbarhet och transparens. De skiftande förhållanden 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 unionsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har inledningsvis gjort gällande att kraven på angivande av pris per rapport i punkterna 2.3.5 och 6.1.6 i kravspecifikationen samt kravet på pris per utbildningsdag och område som anges i *Frågor och svar* inte är att betrakta som skall-krav. Alternativt menar bolaget att kraven inte är tydliga nog, för det fall de ska ses som skall-krav. Bolaget menar att ITSAM därför har handlat i strid med LOU genom att utesluta bolaget från utvärdering på grund av de aktuella prisuppgifterna inte fanns angivna i bolagets anbud.

Av kravspecifikationens punkter 2.3.5 och 6.1.6 framgår tydligt att det är ett skall-krav att anbudsgivaren på begäran ska kunna framställa kommunspecifika rapporter. Det är också tydligt angett att anbudsgivaren ska lämna pris per rapport. Av dokumentet *Frågor och svar* framgår vidare att angivna priser är tänkta att läggas till den totala anbudssumman. Skrivningen är inte sådan att det är otydligt vad som efterfrågas. Förvaltningsrättens bedömning är att kravet på att lämna pris per rapport är ett obligatoriskt krav, vilket också får anses framgå med tillräckligt tydlighet av underlaget för upphandlingen. Bolaget har inte lämnat de begärda prisuppgifterna och har därmed inte uppfyllt samtliga i upphandlingen ställda skall-krav. Vad gäller frågan huruvida det varit ett obligatoriskt krav att lämna uppgifter om pris för utbildning finner förvaltningsrätten skäl att göra annan be-

dömning. Av kravspecifikationen framgår inget sådant krav och ITSAM:s svar på fråga 20 i *Frågor och svar* kan endast uppfattas som ett önskemål om prisuppgift. Prisuppgiften har inte heller någon direkt koppling till de skall-krav som uppställs i kravspecifikationen. Det kan därför inte anses ha framgått med tillräcklig tydlighet att det har varit obligatoriskt att lämna den aktuella prisuppgiften.

Bolaget har vidare gjort gällande att ITSAM har gjort otillåtna ändringar av förfrågningsunderlaget. I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. För att anbudsgivare ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste ett förfrågningsunderlag vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav som upphandlande myndighet ställer. Den upphandlande myndigheten får inte lägga till eller dra ifrån kriterier under upphandlingens gång. Det får dock anses tillåtet att vidta åtgärder för att klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget under förutsättning att det inte medför en väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. En ändring i ett skall-krav bör normalt sett ses som en väsentlig ändring (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 juni 2010 i mål nr 1132-10). I aktuell upphandling har det gjorts en ändring på så sätt att priset per rapport ska anges specifikt istället för att räknas med i det totala anbudspriset. Det är således inte fråga om nya uppgifter, utan endast fråga om hur priset ska redovisas. Enligt förvaltningsrättens mening är förändringen inte sådan att den ska beaktas som väsentlig i förhållande till det ursprungliga underlaget.

Bolaget har slutligen gjort gällande att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolaget från utvärderingen på grund av att bolaget inte har lämnat de begärda prisuppgifterna. Av *Frågor och svar* framgår att de begärda prisuppgifterna kommer att läggas till anbudssumman.

Prisuppgifterna kan därmed inte anses vara irrelevanta för upphandlingen. ITSAM:s beslut att inte utvärdera bolagets anbud strider således inte mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har uppfyllt de i upphandlingen ställda skall-kraven att lämna prisuppgifter enligt punkterna 2.3.5 och 6.1.6 i kravspecifikationen. ITSAM har därför haft rätt att utesluta bolagets anbud från utvärderingen och ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Anna Karlsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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.