



SÖKANDE

Chas Visual Management AB, 556726-4758

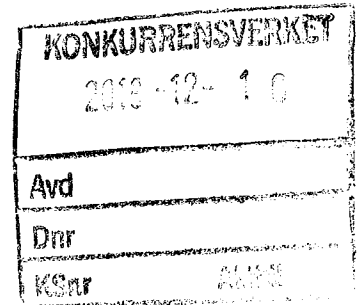
Ombud: Matilda Nyberg Dahlbäck
Chas Visual Management AB
Stubbsundsvägen 11
131 41 Nacka

MOTPART

Kammarkollegiet
Statens inköpscentral
Box 2218
103 15 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (Kammarkollegiet) genomför en upphandling av Programvaror och tjänster – Licensförsörjning, dnr 23.3-5561-17. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 23 februari 2018 framgår att Kammarkollegiet har för avsikt att anta andra ramavtalsleverantörer än Chas Visual Management AB (Chas).

Chas ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att Chas anbud utvärderas och bolaget tilldelas kontrakt. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Som grund för yrkandet om rättelse anför Chas att bolaget felaktigt har uteslutits från upphandlingen genom bedömningen att Chas inte uppfyller ett obligatoriskt krav. Som grund för yrkandet om att upphandlingen ska göras om anför Chas att kraven i upphandlingen är otydligt utformade. Chas har lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada.

Kammarkollegiet anser att ansökan om överprövning ska avslås. Chas har inte verifierat att bolaget uppfyller ett obligatoriskt krav och har därmed rätteligen uteslutits från upphandlingen. Kammarkollegiet har genomfört upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LOU och har i övrigt agerat korrekt i enlighet med de unionsrättsliga grundläggande principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller

någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 69).

Chas har framfört invändningar mot Kammarkollegiets bedömning att bolagets anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet på virtualisering och har anfört att kravet är otydligt utformat.

Uppfyller Chas kravet på virtualisering?

Chas anför bl.a. följande. Kammarkollegiet har felaktigt förkastat Chas anbud genom att påstå att Chas inte uppfyller det obligatoriska kravet 3.4.22 *Virtualisering*. Chas svarade VMware på fråga b i kravet. Chas fick en begäran om förtydligande där Chas ombads att verifiera kravet. Chas förtydligade därför sitt svar enligt Kammarkollegiets begäran och angav att det officiella namnet är VMware Workstation 14 Pro. Kammarkollegiet anser att Chas förtydligande innehöll ny information som inkommit efter sista anbudsdag och som inte kunde beaktas. Att Kammarkollegiet begärde ett förtydligande innebär att anbudet uppfyller kravet. I annat fall hade det varit otillåtet att ens begära ett förtydligande. Chas förtydligande var inte avsett att innehålla någon ny information och inte heller någon ändring i sak av bolagets anbud. Det är en uppenbar felskrivning. Kammar-

kollegiet förstår mycket väl att Chas egentligen menade att skriva ut det officiella namnet eftersom det är allmänt känt att det är VMwares programvara för virtualisering. Kammarkollegiet känner också till att Chas genom sin underleverantör har högsta partnerstatus hos VMware och därigenom levererar alla programvaror i VMwares svit. Chas förtydligande är att betrakta som en konkretisering av en tidigare lämnad uppgift. Chas förtydligande på Kammarkollegiets begäran har skett utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning och är att betrakta som en tillåten justering av redan lämnad information. En rättelse enligt LOU får ske utan att felskrivningen/felräkningen är uppenbar. Att Kammarkollegiet skulle godta Chas förtydligande svar innebär inte på något sätt att de upphandlingsrättsliga principerna träds för när. Tvärtom agerar Kammarkollegiet i strid med likabehandlingsprincipen genom att inte godta Chas förtydligande konkretisering. Kammarkollegiet har vidare inte varit konsekvent i utvärderingen av anbuden och godtagit svar i anbud från annan anbudsgivare.

Kammarkollegiet anför bl.a. följande. För att det obligatoriska kravet 3.4.22 *Virtualisering* ska anses uppfyllt krävdes det att anbudsgivaren angav namnet på en programvara som uppfyller aktuellt krav. Chas har i sitt anbud angett VMware. I syfte att säkerställa att VMware uppfyller aktuellt krav begärde Kammarkollegiet att Chas inkom med ett verifikat. Den verifiering som begärdes av bolagets uppställdes i syfte att verifiera att VMware uppfyllde kravet 3.4.22 *Virtualisering*. Kammarkollegiet kan inte tolka Chas svar på begäran om verifiering på annat sätt än att Chas i efterhand inkommit med information som inte fanns med i bolagets anbud per sista anbudsdag. Det är ostridigt att bolaget i syfte att uppfylla det obligatoriska kravet angav VMware och att det av upphandlingsdokumenten framgår att VMware är en licensgivare. I bolagets svar på begäran om förtydligande framgår det dock att den programvara som bolaget avser att åberopa i syfte att uppfylla kravet är VMware Workstation 14 Pro. Licensgivaren VMware tillhandahåller mängder av olika programvaror och dessutom inom andra

områden än virtualisering. Svaret VMware kan på inget sätt anses utgöra tillräcklig information för att identifiera en specifik programvara. Att efter sista anbudsdag godta att bolaget tillåts inkomma med en programvara som på inget sätt kan anses framgå i bolagets anbud bryter, oavsett typ av åtgärd i 4 kap. 9 § LOU, mot likabehandlingsprincipen. Det kan aldrig anses utgöra en godtagbar konkretisering om anbudsgivare, i syfte att uppfylla ett obligatoriskt krav, efter sista anbudsdag tillåts inkomma med en programvara som inte framgick i bolagets anbud. Att godkänna ett förtydligande eller en komplettering av sådant slag skulle strida mot principerna om likabehandling och öppenhet. Den anbudsgivaren som har godtagits har, till skillnad från Chas, angett namnet på en programvara och inte namnet på programvarans licensgivare och har därmed visat att kravet är uppfyllt.

Förvaltningsrättens bedömning

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling (se rättsfallet HFD 2016 ref. 37).

Av 4 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat

fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om lika-behandling och öppenhet. I förarbetena till LOU anges bl.a. att bestämmelsen bör tillämpas restriktivt. Helt nya sakuppgifter kan inte tillföras ett anbud genom en komplettering eller ett förtydligande. Gemensamt för termerna förtydliga och komplettera är att det inte handlar om att ersätta tidigare lämnade uppgifter med nya utan om att konkretisera dem på något sätt (se prop. 2015/16:195 s. 977).

I kravspecifikationens avsnitt 3.4.22 *Virtualisering* anges bl.a. att anbudsgivaren ska erbjuda en programvara för virtualisering för installation i kunds it-miljö. Anbudsgivaren ska markera med ett ja om kravet uppfylls och ange programvarans namn. Chas har i sitt anbud angett "VMware".

Kammarkollegiet har begärt ett förtydligande från Chas där bolaget verifierar kravet genom att tydligt påvisa att licensgivaren VMware har en programvara som heter VMware. Chas har i sitt svar angett att VMware är en programvara som används för virtualisering som tillhandahålls av licensgivaren VMware och att det officiella namnet är VMware Workstation 14 Pro.

Förvaltningsrätten anser att Chas anbud inte uppfyller kravet på att ange programvarans namn. Det angivna svaret innehåller inte tillräckligt med information för att kunna avgöra vilken specifik programvara som avses. Förvaltningsrätten anser vidare att Chas i sitt svar på begäran om förtydligande har lagt till information som tidigare saknats och som innebär att det går att utläsa vilken specifik programvara som offereras. Förvaltningsrätten bedömer att detta går utöver ett förtydligande eller en komplettering av redan ingiven information. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU med anledning av vad bolaget har anfört i denna del.

Chas har också invänt att Kammarkollegiet inte har behandlat anbudsgivare lika och felaktigt antagit andra anbudsgivares anbud. Förvaltningsrätten anser dock att vad bolaget har anfört i denna del inte är tillräckligt för att visa att någon annan anbudsgivare rätteligen skulle ha uteslutits eller att Chas till följd därav lidit skada.

Är kravet otydligt utformat?

Chas anför bl.a. följande. En annan anbudsgivare har angett inte bara en programvara, utan flera. Anbudsgivare skulle för aktuellt krav ange en (1) programvara som uppfyller det ställda kravet. Detta anges uttryckligen i anslutning till varje krav. Genom att offerera flera programvaror har anbudsgivaren inte besvarat kravet korrekt. Om det var tillåtet att ange flera programvaror hade Chas kunnat undvika att dess anbud förkastades och i stället gardera sig genom att ange flera programvaror. Felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och kan endast läkas genom att upphandlingen görs om.

Kammarkollegiet anför bl.a. följande. Det finns ingenstans i upphandlingsdokumenten angivet någon begränsning av hur många programvaror som anbudsgivaren kan ange i syfte att uppfylla aktuellt krav. Avgörande för vardera krav är att anbudsgivaren i sitt anbud inkommer med minst en programvara som uppfyller kravet. Kammarkollegiet vitsordar att en annan anbudsgivare har angett flera programvaror som svar på aktuellt krav. Minst en av de programvaror som anbudsgivaren har angett uppfyller det obligatoriska kravet på virtualisering.

Förvaltningsrättens bedömning

Av principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att

varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när (se rättsfallet RÅ 2002 ref. 50). Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00, SIAC Construction Ltd).

I kravspecifikationen anges för krav 3.4.22 *Virtualisering* att anbudsgivaren ska erbjuda en programvara för virtualisering för installation i kunds it-miljö. Anbudsgivaren ska markera med ett ja om kravet uppfylls och ange programvarans namn. Chas har uppfattat kravet som att endast en programvara fick offereras. Kammarkollegiet har dock gjort gällande att det inte har funnits någon begränsning av hur många programvaror en anbudsgivare har kunnat ange i syfte att uppfylla kravet och godtagit anbud där mer än en programvara offererats.

Chas anser att formuleringen ”en programvara” måste uppfattas så att den har inneburit ett förbud mot att erbjuda flera programvaror. Förvaltningsrätten anser emellertid att formuleringen trots den obestämda artikeln ger utrymme för att erbjuda flera programvaror. Förvaltningsrätten anser att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare borde ha kunnat uppfatta kravet på detta sätt. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det aktuella kravet är tillräckligt tydligt och transparent utformat och att Chas inte har visat att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada.

Slutsats

Förvaltningsrätten anser att det inte är visat att det finns skäl för ingripande enligt LOU på någon av de grunder som Chas har anfört. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Johan Lundmark
Chefsrådman

Anneli Berglund Creutz
Rådman

I avgörandet har även nämndemännen Katarina Adolfsson, Helena Rivière och Gunnar Vagerstam deltagit.

Sofie Engström har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-04

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Om beslutet gäller förvar eller uppsikt finns ingen sista dag för ditt överklagande. Övriga beslut kan överklagas inom 3 veckor.

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Så här gör du

1. Skriv migrationsdomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha

och varför du tycker att Migrationsöverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till migrationsdomstolen. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Migrationsdomstolen kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar domstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Migrationsöverdomstolen.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även Migrationsöverdomstolen skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i Migrationsöverdomstolen

När målet kommer in till Migrationsöverdomstolen tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Migrationsöverdomstolen ger prövningstillstånd i två olika fall.

- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Du behöver inte prövningstillstånd om beslutet gäller förvar och det är migrationsdomstolen som först har fattat beslutet, inte Migrationsverket.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet varför du anser att Migrationsöverdomstolen ska ge prövningstillstånd.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med migrationsdomstolen om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

