

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2014-10-23
Meddelad i
KarlstadMål nr
2527-14**SÖKANDE**Qbranch Stockholm AB, 556590-7069
Primusgatan 18
112 62 Stockholm**MOTPART**Konsumentverket
Box 48
651 02 Karlstad

Ombud:

Advokat Anna Ulfsson Forssell
Jur. kand. Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm**SAKEN**

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Qbranch Stockholm AB:s ansökan om överprövning. Upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 117640

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Konsumentverket genomför en offentlig upphandling avseende helhetsdrift av verkets IT och relaterade tjänster. Av upphandlingsrapport den 17 juni 2014 med tilldelningsbeslut framgår att det inkommit sex anbud varav fyra anbud, däribland från Qbranch Stockholm AB, inte ansetts uppfyllt alla ställda skall-krav på leverantör och därför inte utvärderats, medan två anbudsgivare (Atea Sverige AB och Zetup AB) ansetts uppfylla alla skall-krav. Konsumentverket har i tilldelningsbeslutet antagit Atea Sverige AB såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

YRKANDEN M.M.

Qbranch Stockholm AB (Qbranch) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som skäl för yrkandet anför Qbranch i huvudsak följande.

Efter granskning av tilldelningsbeslut samt de upphandlingssvar som leverantörerna Zetup och Atea har inlämnat anser Qbranch att ingen av dessa intressenter har uppfyllt Konsumentverkets skall-krav. Qbranch förordar därför att upphandlingen görs om.

Konsumentverket anger i förfrågningsunderlaget 3.6 – referenser att anbudsgivaren skall presentera två referensuppdrag som båda skall ha avsett en kund med ungefär lika många användare som Konsumentverket. En av Ateas referenser har ca 40 användare och Konsumentverket anger att antalet användare på myndigheten är ca 150. Antalet användare skiljer sig så markant att det inte kan sägas vara ungefär lika många, skall-kravet på referenser är sålunda inte uppfyllt.

Zetup uppfyller inte skall-kraven under 3.6 då en av Zetups referenser har ca 900 användare jämfört med Konsumentverkets ca 150. Antalet användare skiljer sig så markant att det inte heller inte kan sägas vara ungefär lika många. Qbranch anser i egenskap av leverantör till företag i samtliga storleksklasser att det är en markant skillnad i leveransen till en organisation med 40 eller 900 användare jämfört med 150 användare.

Konsumentverket bestrider bifall till Qbranchs ansökan och anför bland annat följande.

Att en upphandlande myndighet har stor frihet att närmare bestämma föremålet för en upphandling framgår av RÅ 2010 ref. 78. Vidare följer av detta rättsfall att kraven som ställs måste vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten eller tjänsten samt i övrigt stå i överensstämmelse med de grundläggande principerna. Det som har relevans vid bedömningen av referensuppdrag är syftet bakom kravet. Syftet med kravet ifråga är att Konsumentverket ska ha möjlighet att säkerställa att kontrakt tecknas med en leverantör som har den erfarenhet som krävs för att tillgodose Konsumentverkets behov av IT-drift.

Kravet som Qbranch vänder sig emot lyder:

För att bevisa sin kapacitet att tillgodose Konsumentverkets behov enligt de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget skall anbudsgivaren nedan redovisa efterfrågade uppgifter.

Anbudsgivaren skall presentera två (2) uppdrag av liknande karaktär som avses i detta förfrågningsunderlag och som genomförts under de senaste tre (3) åren.

Uppdragen skall ha sträckt sig över minst ett (1) år och ska avse extern kund. Uppdragen skall ha skett under de senaste tre (3) åren räknat från sista anbudsdag. Referensuppdragen kan vara pågående eller avslutade uppdrag.

Båda uppdragen skall ha avsett en kund med ungefär lika många användare som Konsumentverket.

Ett av uppdragen skall avse en kund som har ett allmännyttigt ändamål och/eller där service ska ges till allmänheten.

Konsumentverket har således ställt upp krav avseende erfarenhet och angett att användarantalet för referensuppdrag ska vara likvärdigt med Konsumentverkets användarantal. Detta för att Konsumentverkets behov ska kunna tillfredsställas. Det är Konsumentverket som vet vilket behov Konsumentverket har och hur det på bästa sätt tillgodoses.

Beträffande skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU hänvisar Konsumentverket till Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 mars 2012 i mål nr 3307-11 samt avgörandet i HFD 2013 ref. 53, av vilka framgår att en leverantör som rätteligen uteslutits i en upphandling och inte skulle kunna ha kommit ifråga för tilldelning av kontraktet inte har lidit skada.

SKÄL FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör 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 gjorts.

Qbranch, som uteslutits från upphandlingen, har anfört att även anbuden från Zetup AB och Atea Sverige AB borde ha förkastats. Frågan i detta avseende är om dessa anbud uppfyllt kravet i förfrågningsunderlaget 3.6 om referenser enligt vilket två föreskrivna referensuppdrag skall ha avsett en kund med ungefär lika många användare som Konsumentverket. Av betydelse för tolkningen av detta krav är att det i förfrågningsunderlaget, 1.4 Upphandlande myndighet, anges att Konsumentverket består av ca 150 personer. Enligt vad som framkommit i målet har en av Ateas referenser ca 40 användare och en av Zetups referenser ca 900 användare.

Konsumentverket har bl.a. anfört har det vid bedömningen av referensuppdrag har betydelse vad som är syftet bakom kravet. Syftet med kravet ifråga är enligt Konsumentverket att verket ska ha möjlighet att säkerställa att kontrakt tecknas med en leverantör som har den erfarenhet som krävs för att tillgodose verkets behov av IT-drift. Enligt verket ställs samma krav i olika avseenden (organisation, support m.m.) på leverantören oavsett om antalet användare är 40, 150 eller 900.

Enligt förvaltningsrättens mening får bedömningen emellertid i första hand ta sin utgångspunkt i vad som är en normal språklig tolkning, objektivt sett, av det aktuella skall-kravet. Syftet och andra omständigheter som endast är kända för upphandlande myndighet kan möjligen ha betydelse om skall-kravet är oklart uttryckt och det är tveksamt om det uppfyllts eller ej. För-

valtningsrätten utgår från att kravet varit genomtänkt från Konsumentverkets sida och fyller ett syfte, och att det därmed inte kan lämnas därhän såsom irrelevant för upphandlingen.

Uttrycket ”ungefär lika många” är relativt vagt. Även med beaktande härav kan man enligt förvaltningsrättens mening dock inte rimligen hävda att 40 eller 900 användare är ”ungefär lika många” som 150.

Konsumentverket har framfört att av de 900 i Zetups referensuppdrag är 200 administrativa användare och 700 brandmän, och brandmännen har enbart tillgång till delade datorer. Även om man därmed möjligen kan skära ner antalet ”verkliga” användare något kommer man enligt förvaltningsrättens mening knappast ner till något tal som är ”ungefär lika många” som 150.

Konsumentverket menar att Qbranch hur som helst inte lider någon skada på grund av de omständigheter som åberopats, eftersom Qbranch inte uppfyllt samtliga i upphandlingen ställda skall-krav och därmed rätteligen uteslutits från vidare utvärdering. Frågan är alltså om Qbranch ändå riskerar att lida skada på grund av att inte andra anbudsgivare också uteslutits. Den bedömning av skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU som Kammarrätten i Jönköping gjort i den dom som Konsumentverket hänvisat till har även tillämpats av Kammarrätten i Stockholm i dom den 1 november 2013 i mål nr 4675-13 och 5880-13. Qbranch skulle mot denna bakgrund normalt sett inte ha riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2014 i mål nr 6928-13 ger uttryck för en annan bedömning, där menar kammarrätten att en rätteligen utesluten anbudsgivare kan riskera att lida skada i det fall att även alla de övriga anbudena borde ha förkastats. Det kan noteras att den åberopade domen från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2013 ref 53) inte specifikt behandlar den här aktuella frågan.

Förvaltningsrätten ansluter sig till den bedömning som gjorts i sistnämnda kammarrättsdom. Om alla anbud utesluts och upphandlingen därmed måste göras om, får ju alla anbudsgivare chansen att delta i den nya upphandlingen. Detta är en för Qbranch bättre situation än att bara några anbudsgivare, bl.a. Qbranch, utesluts. Vad Konsumentverket anfört om grunderna för uteslutningen av Qbranch kan inte anses visa på så grundläggande brister i Qbranches möjligheter att uppfylla de krav som kan komma att ställas i en ny upphandling, att man kan bortse från möjligheten att Qbranch med framgång skulle kunna delta i en sådan ny upphandling.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att Qbranch har fog för sin invändning och att såväl Ateas och Zetups anbud borde ha uteslutits. Konsumentverkets förfarande, att utesluta bl.a. Qbranch men inte alla andra anbudsgivare, har inneburit att Qbranch lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför fog för ingripande mot upphandlingen. Med utgångspunkt från det ovan anförda skulle alla anbudsgivare ha uteslutits, och ingripandet bör därför innebära att upphandlingen ska göras om.

ÖVERKLAGANDE

Denna dom kan överklagas. Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU)

Joar Berglund



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.