



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-10-19
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 16038-12
 Enhet 15

SÖKANDE

Pearson Sweden AB, 556691-3660
 Drakegatan 6
 412 50 Göteborg

Ombud: Advokaten Per-Owe Arfwedson och jur.kand. Anders Flood
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1703
 111 87 Stockholm

MOTPART

Försvarmakten
 Försvarmaktens Logistik
 Upphandlingsenheten
 107 86 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2013-01-11	
Avd	
Dnr	
Doss	Akobil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Pearson Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 284224

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

Försvarsmakten (FM) har genomfört en offentlig upphandling avseende nätbaserad lärplattform, FM-1790-11. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande. I tilldelningsbeslut den 25 juni 2012 anges att samtliga sju anbudslämnare klarat leverantörsprövningen och gått vidare till anbudsprövningen. Vid utvärdering av skall-kraven bedömdes tre anbudslämnare uppfylla samtliga skall-krav och gick vidare till utvärdering. Pearson Sweden AB (bolaget) bedömdes inte uppfylla kravet på att i huvudsak använda portarna 80 och 443 i enlighet med uppställt krav i bilaga 5b, skall-krav 2.2.5 Portar.

Bolaget ansökte om överprövning av upphandlingen och förvaltningsrätten beslutade den 9 juli 2012 (mål nr 13851-12) att bifalla bolagets ansökan om överprövning genom att förordna att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs vid vilken bolagets anbud ska beaktas.

I tilldelningsbeslut 2 (rättad version) den 20 juli 2012 angavs att bolaget inte uppfyller krav 1.2.6 avseende bloggfunktion, krav 1.1.13 avseende webbläsaren Chrome. Bolaget gick därmed inte vidare från denna fas av utvärderingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse av upphandlingen på så sätt att bolaget anses uppfylla krav 1.2.6 avseende bloggfunktion och krav 1.1.13 avseende webbläsaren Chrome samt att FM vidtar utvärdering av bolagets anbud. Om förvaltningsrätten anser det möjligt att inom ramen för detta mål även pröva om bolaget lider skada eftersom FM:s ”preliminära

utvärdering” av bolagets anbud innebär att bolaget inte kan vinna upphandlingen, yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

FM bestrider bolagets ansökan om överprövning.

GRUNDER OCH PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har utvecklat grunderna för sin ansökan genom att anföra i huvudsak följande.

De aktuella skall-kraven måste ha ansetts uppfyllda när det första tilldelningsbeslutet fattades. Bolaget anser att det är så förvaltningsrättens dom ska tolkas, dvs. att FM inte förordnades att göra en ny kontroll av kravspecifikationen utan en ny utvärdering där bolagets bör-krav och demonstration av funktionalitet beaktas. Skall-kraven hade ju redan beaktats då det första tilldelningsbeslutet meddelades. FM har brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Av rättssäkerhets- och processekonomiska skäl måste det kunna förutsättas att en upphandlande myndighets tilldelningsbeslut anger samtliga de brister som den upphandlande myndigheten anser finns i ett anbud. Bolaget ska kunna utgå från att FM redan i det första tilldelningsbeslutet angett samtliga brister som då var möjliga att överblicka. Enligt grunden för reformatio in pejus bör det således inte vara möjligt för FM att nu påstå att det förekommer andra brister än de som redan meddelats i det första tilldelningsbeslutet, eftersom ett motsatt förhållningssätt försätter bolaget i ett sämre läge endast p.g.a. att bolaget valt att överpröva det första tilldelningsbeslutet. Redan av detta skäl bör bolagets talan bifallas.

FM har vid sin kontroll av skall-kraven i bolagets anbud ansett att det inte uppfyller två skall-krav, vilket medfört att bolaget uteslutits från

upphandlingen och inte gått vidare i upphandlingens nästa steg, utvärdering av bör-krav och en fysisk demonstration av lärplattformens funktionalitet. Bolaget uppfyller alla skall-krav i förfrågningsunderlaget. FM har således handlat i strid med likabehandlings- och transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att utesluta anbudet från den fortsatta utvärderingen. Bolaget lider därmed skada i upphandlingsrättslig mening på sätt som avses i 16 kap. 6 § LOU.

Anbudsgivarna har fått uppge om de uppfyller skall-kraven genom att kryssa i en ja-ruta i kravspecifikationen och vidare fått lämna en beskrivning av hur aktuellt krav uppfylls. Bolaget har med avseende på samtliga skall-krav angivit att bolaget uppfyller dessa och har gett en beskrivning av hur de olika kraven uppfylls. Någon ytterligare bevisning på att skall-kraven uppfylls har inte krävts av FM.

Skall-krav 1.2.6

FM har inte angett på vilket sätt Fronter dokument inte uppfyller kravet på bloggfunktion. Redan av detta skäl bör förvaltningsrätten bifalla bolagets talan. Att FM under pågående överprövningsprocess vill lägga till fler funktionskrav än vad som rimligen kan inläsas i de ursprungliga kraven är inte tillåtet. Bolagets anbud innehåller inte mindre än tre olika lösningar som var och en uppfyller FM:s krav på bloggfunktion. Dessa är verktyget Blogg, Forum verktyget och Fronter dokument.

Skall-krav 1.1.13

Fronter stödjer Chrome fullt ut. Bolaget har angett i förklaringen att Google Chrome använder samma motor som Safari. Bolagets lärplattform fungerar alltså även med Google Chrome. Det framgår inte heller på ett klart och tydligt sätt i förfrågningsunderlaget hur FM skulle kontrollera aktuellt skall-krav.

Skada

I och med att FM har agerat i strid med upphandlingslagstiftningen och felaktigt uteslutit bolaget från upphandlingen har bolaget inte kunnat utvärderas på samma vis som övriga anbudsgivare. Bolaget har därmed riskerat att lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU. Att bolagets anbud enligt FM:s preliminära uppfattning inte kan vinna upphandlingen borde i avsaknad av en genomförd utvärdering och formellt tilldelningsbeslut inte kunna tillmätas någon betydelse.

För det fall förvaltningsrätten anser att det är möjligt att pröva om bolaget lider skada, dvs. om bolaget har möjlighet att vinna upphandlingen anför bolaget följande. FM gör gällande att bolagets pris är så pass högt att bolaget aldrig skulle kunna tilldelas kontraktet i upphandlingen. Anledningen till att bolagets pris är mycket högre än vinnande anbud är att förfrågningsunderlaget på centrala punkter varit otydligt samt att utvärderingen av anbuden inte skett på ett transparent sätt vilket påverkat bolagets prissättning i negativ riktning. Detta strider mot de grundläggande principerna i LOU. Bolaget lider skada eftersom om otydligheterna inte funnits skulle bolagets prissättning utformats på ett mer konkurrenskraftigt sätt och priset varit väsentligen lägre.

Punkt 3.1 och 4.3.1 i förfrågningsunderlaget kan inte uppfattas på något annat sätt än att anbudsgivarna ska basera sin prissättning på den totala volymen licenser. Förfrågningsunderlaget har varit så pass otydligt i väsentliga avseenden att de krav som följer av likabehandlingsprincipen inte uppfylls. Detta har påverkat åtminstone bolagets möjligheter att utforma konkurrenskraftiga anbud och därmed även resultatet av FMV:s utvärdering. Utvärderingsmodellen har från början varit förfelad och kan inte förmå utpeka det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget har därmed lidit eller riskerar att lida skada i LOU:s mening.

I förfrågningsunderlaget punkt 1.3 uppställs ett krav på att FM, men inte Försvårshögskolan, ska ha en egen dedikerad server som inte delas med andra av anbudsgivarens kunder. I och med att förfrågningsunderlaget i detta hänseende varit otydligt har förutsättningarna för att prissätta implementeringen varken varit transparent eller i enlighet med likabehandlingsprincipen. Detta har påverkat åtminstone bolagets möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud och bolaget har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

De två bristerna, utvärdering av pris och dedikerad server, innebär var för sig att det funnits allvarliga brister i förfrågningsunderlaget som uppenbart påverkat hur bolaget och övriga anbudsgivare valt att prissätta sina anbud samt att själva utvärderingen av anbuderna inte återspeglar de förutsättningar som angivits i förfrågningsunderlaget. Eftersom de åberopade felen är hänförliga till den konkurrensuppsökande fasen kan inte någon mindre ingripande åtgärd komma ifråga än att upphandlingen ska göras om.

FM har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att anföra i huvudsak följande.

FM bestrider att förvaltningsrättens dom av den 9 juli 2012 ska tolkas så att FM är förhindrad att beakta huruvida anbudsgivarna uppfyller andra skall-krav i upphandlingen.

Skall-krav 1.2.6

FM har i förfrågningsunderlaget ställt krav på att det ska finnas en funktion för blogg i den lärplattform som leverantören erbjuder. Bolaget anger i sitt anbud att det finns en möjlighet att lägga till ett bloggverktyg i det personliga verktygsfältet och att det på detta sätt finns möjlighet att övervaka och editera en existerande blogg eller läsa och kommentera sina favoritbloggar. Det bolaget erbjuder är således att länka till en existerande

blogg vilket inte motsvarar kravet. Att det i Fronter går att skapa en intern blogg i Forum eller i ett Fronterdokument motsvarar inte heller det FM efterfrågar. Forumfunktionalitet eller dokumentfunktionalitet är inte detsamma som bloggfunktionalitet. FM har i förfrågningsunderlaget tydligt beskrivit behovet av en lärplattform som är lätt att förstå, lätt att använda och med väl utvecklad funktionalitet för kommunikation och samarbete. I bilaga 4 till förfrågningsunderlaget finns en beskrivning av de scenarier som är underlag för de användardemonstrationer de anbudsgivare som klarade skall-kravsutvärderingen blev kallade till. Till dessa scenarier fanns en CD-ROM skiva innehållande stöd för anbudsgivarnas konstruktion av fiktiva kursplatser i respektive lärplattform. Med den information som gavs i bilaga 4 i förfrågningsunderlaget där bloggans funktion beskrevs i en pedagogisk kontext, och med de exempel som skivan innehöll menar FM att det finns en beskrivning av hur bloggen skulle fungera i en tänkt undervisningssituation. FM har inte lagt till fler funktionskrav. Att bloggfunktionen inte får ligga på en extern server följer av kravet på att få en egen dedikerad server hos leverantören vilket återfinns i förfrågningsunderlaget.

Skall-krav 1.1.13

Bolaget har i sitt anbud angivit att Fronter har officiellt stöd för bl.a. webbläsaren Safari samt att "Google Chrome använder samma motor som Safari". Att Google Chrome använder samma motor som Safari är ingen garanti för att även Google Chrome fungerar tillsammans med lärplattformen. Att bolaget hävdar att Google Chrome nu stöds fullt ut av Fronter och att bolaget som stöd för detta givit in ett uppdaterat utdrag från Supportsidan anser inte FMV överensstämmer med den information bolaget angett i sitt anbud.

Skada

Även om bolaget skulle klara alla skall-krav och gå vidare till utvärderingsfasen, samt därvid erhålla maximal poäng vid utvärderingen av bör-krav och vid demonstrationen så skulle bolagets anbud ändå inte vinna upphandlingen. Anledningen till detta är att bolagets grundpris är mycket högre än de övriga anbudsgivarnas. Även om förvaltningsrätten skulle anse att FM gjort sig skyldig till något fel i upphandlingen har det således inte inneburit någon skada för bolaget.

FM bestrider att förfrågningsunderlaget på centrala punkter varit otydligt och att utvärderingen inte genomförts på ett transparent sätt.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 har gjorts.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt även om den upphandlande myndigheten följt övriga bestämmelser i LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. skall-krav. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Förvaltningsrätten anser därför inte att FMV kan anses ha handlat i strid med förvaltningsrättens avgörande i mål nr 13851-12 genom att vid en ny utvärdering av anbuden ha funnit att bolaget inte uppfyllt alla skallkrav och uteslutit anbudet. Bolagets talan kan således inte bifallas på denna grund.

Bolaget har anfört att det inte framgår på ett klart och tydligt sätt hur FM skulle kontrollera skall-krav 1.1.13. I Anbudsförfrågan, punkt 4.1 Anbudsprövning anges att efter det att anbudsgivare godkänts i leverantörsprövningen kontrolleras huruvida anbudet uppfyller de ställda skallkraven. Anbudsgivare skall redovisa i vad mån och på vilket sätt både skall- och börkrav uppfylls. I punkt 4.2 Kravspecifikation anges att för kontroll av kravuppfyllnad skall anbudsgivaren ge myndigheterna inloggningsuppgifter till fem (5) administratörstestkonton och fem (5) lärartestkonton. Förfrågningsunderlaget kan inte anses som oklart eller otydligt i denna del. FM har således inte brutit mot LOU genom att utesluta ett anbud som vid kontroll funnits inte uppfylla ställda skall-krav.

Frågan är då om förvaltningsrätten anser det visat att bolaget uppfyllt de nu aktuella skall-kraven.

De i målet aktuella skall-kraven återfinns i bilaga 5b svarsblankett.

I punkten 1.1.13 i den del som är aktuell för förevarande mål anges följande.

Lärplattformen skall fungera i webbläsarna Internet Explorer, FireFox, Safari och Google Chrome.

I punkten 1.2.6 i den del som är aktuell för förevarande mål anges följande.

Det skall finnas en funktion för blogg i lärplattformen.

Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer (RÅ 2002 ref. 50). Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen. Detta innebär att den upphandlande myndigheten är den som får anses bäst lämpad att utvärdera anbud utifrån de krav som har ställts upp i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har anfört att det uppfyllt kraven i punkterna 1.1.13 och 1.2.6. FM har anfört att de funktioner för blogg som framgår av bolagets anbud inte uppfyller de krav på funktion som FMV ställt på lärplattformen samt att bolagets beskrivning att Google Chrome använder samma motor som Safari inte innebär någon garanti för att även Google Chrome fungerar tillsammans med lärplattformen. Förvaltningsrätten har gått igenom förfrågningsunderlaget och bolagets anbud och finner inte skäl att ifrågasätta FM:s bedömning att bolaget inte uppfyller de aktuella kraven. Förvaltningsrätten finner det inte visat att bolaget uppfyllt aktuella skalkrav. Bolaget har därmed inte visat att FM har brutit mot någon bestämmelse i LOU genom att utesluta bolagets anbud från utvärderingen och det finns därmed inte förutsättningar för ett ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda grunderna.

Då förvaltningsrätten funnit att FM genom att förkasta bolagets anbud inte brutit mot LOU saknas, mot bakgrund av hur bolaget utformat sin talan, anledning för förvaltningsrätten att pröva bolagets invändning gällande skaderekvesitet.

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

Barbro Lundholm

Rådman

Föredragande har varit Maja Löfgren.



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 var till 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