



SÖKANDE

Tempus Information Systems AB, 556835-3949

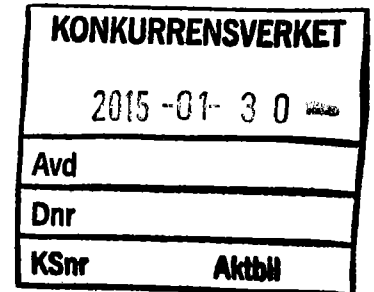
Ombud: Advokat Andreas Lindström
c/o Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPART

Åre kommun
Box 201
830 05 Järpen

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 86155

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Åre kommun (kommunen) upphandlar genom öppet förfarande IT-system för närvaromätning – förskola och fritidshem (dnr BUN. 2013.71). Ekonomiskt mest fördelaktiga anbud utgör utvärderingskriterium. Genom tilldelningsbeslut den 15 december 2014 antog kommunen Denacode AB (Denacode) som leverantör efter kvalificering och utvärdering. Även Tempus Information Systems AB hade kvalificerat sig för utvärdering och placerades näst efter Denacode.

YRKANDEN M.M.

Tempus Information Systems AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så vis att kommunen förkastar Denacodes anbud och vid en ny anbudsutvärdering antar bolagets anbud såsom varande det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sina yrkanden anför bolaget bl.a. följande.

Denacode uppfyller inte skall-kravet i Anbudsformulär och kravspecifikation, punkten 1.1 om att anbudsgivare ska ha erforderlig kapacitet och resurser för avtalets genomförande. Denacode har inte några anställda. Det förefaller orealistiskt att Denacode skulle ha fem anställda medarbetare. Det ifrågasätts hur Denacode kan anses uppfylla det aktuella kravet då genomförandet av avtalet inkluderar implementering av systemet, det är svårt att implementera ett system utan anställda. De åberopade personerna är inte anställda och de har inte heller angivits som underleverantörer. Det ankommer på Denacode att visa förfogandet över erforderlig kapacitet. Anbudet från Denacode skulle rätteligen ha förkastats av kommunen.

Det är tydligt att kommunen som skall-krav uppställt att anbudsgivare ska lämna referenser från två liknande uppdrag *utförda* de tre senaste åren.

Denacodes anbud uppfyller inte ställda krav i punkten 1.2 av företagsbeskrivningen. Pågående uppdrag kan inte på samma sätt som utförda uppdrag bedömas uppfylla kravet på erfarenhet. Om kommunen ansett att även pågående referensuppdrag uppfyller kravet på erfarenhet och referens hade kommunen varit tvungen att uttryckligen föreskriva att ”utförda eller pågående referensuppdrag godtas”. Kommunen har i förevarande fall inte föreskrivit att även pågående referensuppdrag faller in under formuleringen ”liknande uppdrag utförda de tre senaste åren”. Kommunen har därför dels åsidosatt likabehandlingsprincipen, dels brustit i sitt agerande utifrån transparensprincipen. Denacodes lämnade referenser är pågående och inte avslutade, dvs. utförda. Kommunen har i strid med det uppställda skallkravet godkänt Denacodes referensuppdrag. Det kan även ifrågasättas huruvida Denacodes andra referensuppdrag Futuraskolan AB utgör liknande uppdrag då omfattningen av uppdraget i sig kan ifrågasättas och då uppdraget därutöver avser år 2014 och är pågående. Utvärderingen av upphandlingen är felaktig eftersom Denacodes anbud utvärderats trots att anbudet rätteligen borde ha förkastats.

För det fall förvaltningsrätten finner att kommunen förfarit korrekt vid bedömningen att Denacodes anbud uppfyller ställda skallkrav gör bolaget gällande att upphandlingen ska göras om då förfrågningsunderlaget med anbudsformulär och kravspecifikation brustit i transparens, dessa brister hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Formuleringen att ”anbudsgivare ska ha erforderlig kapacitet och resurser för avtalets genomförande” brister i transparens då skallkravet är vagt och otydligt formulerat. Vad som är erforderlig kapacitet och resurser framgår inte närmare och kommunen har därför inte kunnat göra en adekvat bedömning. Kommunen har i princip förbehållit sig fri prövningsrätt.

Vidare brister formuleringen ”liknande uppdrag utförda de tre senaste åren” i transparens. För det första kan det inte klart utläsas vad ”liknande

uppdrag” avser. Det kan diskuteras om begreppet avser liknande omfattning som kommunen uppställer avseende volym. En sådan koppling görs emellertid inte i förfrågningsunderlaget och det är oklart hur formuleringen ska tolkas. Bristen öppnar upp för godtycke vid bedömningen. Begreppet ”utförda” måste vidare tolkas enligt dess ordalydelse. Det har inte varit tillräckligt tydligt att kommunen med det nu aktuella begreppet även åsyftat pågående referensuppdrag.

Bolaget har lidit skada till följd av att kommunen handlat i strid med lika-behandlingsprincipen och transparensprincipen. Om kommunen agerat korrekt hade Denacodes anbud förkastats varpå bolagets anbud antagits. I vart fall har bolaget lidit skada genom det otydliga förfrågningsunderlaget med tillhörande anbudsformulär och kravspecifikation.

Kommunen bestrider ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

Det föreligger inte skäl att ändra tilldelningsbeslutet då upphandlingen i alla avseenden följt LOU. Upphandlingen avser ett IT-system för faktisk närvaro i förskolor och fritidshem. Utifrån vad som upphandlas går det att förstå vad som avses med erforderlig kapacitet och resurser, dvs. att ha kapacitet och resurser för att implementera systemet samt kunna underhålla och utveckla systemet under avtalstiden.

Utifrån angivna personella resurser med tillhörande CV har Denacode till fullo kapacitet och resurser för avtalets genomförande. Denacode har i sitt anbud visat att de har fem delägare/medarbetare med kompetenser för att kunna fullgöra avtalet. Dessutom har Denacode i anbudet beskrivit att extra resurser kan tillsättas vid behov. Kommunen har inte ställt krav på att personella resurser ska vara anställda.

Denacodes referensuppdrag uppfyller uppställda krav, systemen är fullt ut implementerade och driftsatta. Det kan inte råda någon tveksamhet om att referensuppdragen därmed är utförda i enlighet med uppställt krav. Att referensuppdragen sedan är i drift under en avtalstid, efter implementering och driftsättning, och därmed "pågående" är en annan sak. Vid utvärdering har kommunen kontrollerat Denacodes referenser. Båda referenspersonerna har klargjort att systemen är utförda, dvs. implementerade och satta i full drift. Systemen används, alltså är de "pågående" vilket är en annan sak än det efterfrågade utförda. Samma förhållande gäller vad avser bolagets referensobjekt som avser implementerade uppdrag med driftsatta system som används och "pågår". Kommunen ställer sig frågande till på vilket sätt referensen Futuraskolan AB inte uppfyller kraven på att vara ett liknande uppdrag. Något krav på omfattning eller volym har inte ställts. Kommunen anser att det aktuella referensuppdraget utgör ett liknande uppdrag som även i övrigt följer uppställda krav.

Kommunen anser inte att kravet på liknande uppdrag utförda de senaste tre åren strider mot transparensprincipen på ett sådant sätt som bolaget gör gällande. Om förvaltningsrätten skulle finna att så är fallet kan bristen emellertid inte anses vara så allvarlig att upphandlingen ska rättas eller göras om. Förfrågningsunderlagets måste anses vara tillräckligt klart och tydligt formulerat. Mindre brister och oklarheter i förfrågningsunderlag får godtas. Under anbudstiden har inte några frågor inkommit på förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

För att rätten ska besluta om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts krävs enligt 16 kap. 6 § LOU dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen, dels att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten ska pröva om kommunens upphandling genomförs i enlighet med unionsrätten och LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till de grunder bolaget har åberopat till stöd för överprövningstalan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Till stöd för överprövningstalan har bolaget sammanfattningsvis åberopat

- att Denacode inte uppfyller skall-kravet om att anbudsgivare ska ha erforderlig kapacitet och resurser för avtalets genomförande,
- att Denacode inte uppfyller skall-kravet om avlämnande av referenser från två liknande uppdrag utförda de tre senaste åren,
- att referensuppdraget Futuraskolan AB inte utgör ett liknande uppdrag och
- att förfrågningsunderlaget med anbudsformulär och kravspecifikation brister i transparens avseende formuleringarna ”anbudsgivare ska ha erforderlig kapacitet och resurser för avtalets genomförande” och ”liknande uppdrag utförda de tre senaste åren”.

När en leverantör som i förevarande fall har åberopat flera skäl för ingripande enligt LOU bör förvaltningsrättens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten är inte bunden av i vilken ordning bolaget åberopat grunderna för överprövningstalan. När det gäller transparensbristerna gör förvaltningsrätten följande överväganden. Transparensprincipen anses vara ett utflöde av principerna om likabehandling och icke-diskriminering och innebär bl.a. att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantör kan tolka den information som den upphandlande myndigheten

tillhandahåller på samma sätt (jfr EU-domstolens dom i mål C-19/00 SIAC Construction, punkt 42 och Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 40). På grund av svårigheten att utforma det helt invändningsfria och i samtliga avseenden perfekta förfrågningsunderlaget får domstolarna i varje enskilt fall pröva hur väl transparensen tillgodoses i ett förfrågningsunderlag (jfr RÅ 2002 ref. 50). I bilaga 1 till förfrågningsunderlaget Anbudsformulär och kravspecifikation anges under punkt 1.1 att anbudsgivare ska ha erforderlig kapacitet och resurser för avtalets genomförande. Förvaltningsrätten anser inte att formuleringen brister i transparens även om den inte är optimalt utformad. Vad som avses kan förstås utifrån vad som upphandlas. När det sedan gäller formuleringen under punkt 1.2 om att anbudsgivare ska ha erfarenhet från liknande uppdrag utförda de senaste tre åren anser förvaltningsrätten inte heller att det föreligger transparensbrister. Även uppdrag som är ”pågående” får anses vara utförda under de tre senaste åren. En annan tolkning av begreppet ”utförda” skulle dessutom, enligt förvaltningsrättens mening, verka konkurrensbegränsande eftersom det skulle utestänga mer nystartade företag från att lämna anbud. Mot denna bakgrund saknas skäl för åtgärd enligt LOU på grund av åberopade felaktigheter i upphandlingens konkurrensuppsökande skede avseende transparensbrister m.m.

Förvaltningsrätten bedömer vidare att Denacode uppfyller skall-kravet om avlämnande av referenser från två liknande uppdrag utförda de tre senaste åren eftersom även uppdrag som är ”pågående” får anses vara utförda under de tre senaste åren. Såvitt framkommit är Denacodes referenssystem utförda, dvs. implementerade och satta i full drift. Vid sådana förhållanden saknas förutsättningar för åtgärd enligt LOU i denna del.

Det saknas även skäl att ifrågasätta att Denacodes referens från Futuraskolan AB utgör ett liknande uppdrag utifrån vad som framgår av beskriv-

ningen av den aktuella referensen. Det finns därmed inte skäl till åtgärd enligt LOU i den här delen.

Förvaltningsrätten finner slutligen att Denacode uppfyller skall-kravet om erforderlig kapacitet och resurser för avtalets genomförande. Denacode har i anbudets företagspresentation angett att bolaget har fem ägare/medarbetare. I sammanhanget noterar förvaltningsrätten att kommunen inte har ställt krav på anbudsgivare måste ha anställda. Det finns därmed inte heller skäl till åtgärd enligt LOU i den här delen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Carl Johan Fahlander
förvaltningsrättsfiskal



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.