



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2014-12-10
Meddelad i Stockholm

Mål nr
9291-14

SÖKANDE

Linfre Education AB, 556746-4440

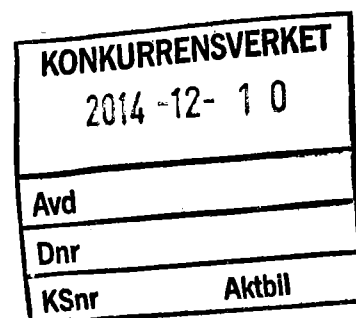
Ombud: Advokat Roger Wier
Advokatfirman Morris AB
Södra Larmgatan 4
411 16 Göteborg

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Nacka kommuns upphandling IT-arbetsrelaterad utrustning med tillhörande tjänster, KFKS 2014/22-055, ska göras om.

Dok.Id 521261

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Nacka kommun (kommunen) genomför upphandling av IT-arbetsplatsrelaterad utrustning med tillhörande tjänster, KFKS 2014/22-055. Upphandlingen genomförs som en konkurrenspräglad dialog enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och omfattar skrivartjänster samt IT-arbetsplatsrelaterad utrustning för områdena Administration och Pedagogik. Enligt tilldelningsbeslut, som avsänts den 29 augusti 2014, har kommunen antagit anbud från annan anbudsgivare än Linfre Education AB (bolaget).

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Förutsättningarna för att genomföra upphandlingen som en konkurrenspräglad dialog är inte uppfyllda. Det kontrakt som kommunen har för avsikt att tilldela är inte särskilt komplicerat och det finns inget hinder för att genomföra upphandlingen med tillämpning av ett öppet eller selektivt förfarande. Tidsfristen för att inkomma med anbudsansökningar har dessutom varit 29 dagar, istället för den kortast föreskrivna tiden om 30 dagar. Den angivna kontraktstiden är sju år. Detta snedvrider konkurrensen och överstiger den gräns som finns för ramavtal. Kommunens annons är även missvisande och bristfällig på flera punkter. Upphandlingen är därför så otydlig att den brister i kravet på transparens och förutsägbarhet. Bolaget har av denna anledning felaktigt åberopat kapacitet hos en underleverantör som inte uppfyller ställda krav. Det kan i vart fall inte uteslutas att bolaget lidit skada till följd av de fel som begåtts i upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Bolagets anbudsansökan har uteslutits eftersom att den inte uppfyller samtliga krav. Bolaget kan därför inte lida skada. Bolaget har även inkommit med sin ansökan i tid och kan därför inte anses lida skada av att tidfristen varit för kort. Att bolagets ansökan diskvalificerades hade med lätthet kunnat undvikas om bolaget följt anvisningarna och kontrollerat att dess underleverantör uppfyllde ställda krav.

Av den övergripande beskrivning som finns i anbudsinbjudan framgår tydligt att upphandlingen rör en tjänst. Det är alltså inte fråga om varuköp av datorer och skrivare, utan upphandlingen rör ett större åtagande för flera olika parter. Av samma text framgår även att det inte är fråga om ett ramavtal som kommunens verksamheter fritt kan avropa från. Avtalet och tjänsten är specifik för kommunens IT-enhet, som därefter i samverkan eller partnering med kommunens övriga verksamheter, leverantörerna och kommunens externa systemdriftleverantör skapar de för kommunen säkraste optimala driftförutsättningarna. Det ska även finnas alternativa finansieringslösningar, allt från köp till avbetalning. Huvudsyftet är att skapa en modell som optimerar möjligheten till bra och effektiva lösningar för alla verksamheter och som ger flexibilitet och utveckling inom ramen för det tecknade kontraktet. Ett ramavtal är ett avtal som används fritt av alla verksamheter och där avrop kan ske direkt från antagna leverantörer. Det avtal som kommunen kommer att teckna har en komplex karaktär och innebär ett strategiskt ställningstagande från kommunens sida. Av samma skäl är en längre avtalstid motiverad.

Av annonsen och den övergripande beskrivningen framgår tydligt att upphandlingen avser en tjänst som idag inte finns. Kommunen har därför valt förfarandet konkurrenspräglad dialog för att tillsammans med marknaden tillvarata egna erfarenheter och anbudsgivarnas kompetens,

kreativitet och utvecklingspotential istället för att upphandla ett konventionellt kontrakt om kartongleveranser vilket inte fungerar.

Upphandlingsunderlaget är klart och tydligt utformat och varken Linfre eller någon annan anbudssökande har ställt frågor som grundar sig på motstridig eller otydlig information.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 4 kap. 1 § framgår att öppet eller selektivt förfarande ska användas vid offentlig upphandling. Under de förutsättningar som anges i 10-21 §§ får emellertid istället konkurrenspräglad dialog tillämpas.

Enligt 4 kap. 10 § får en upphandlande myndighet använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av ett särskilt komplicerat kontrakt och då öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontraktet.

Ett kontrakt ska enligt 4 kap. 11 § anses som särskilt komplicerat, om det inte rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet att den ska kunna definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3 § som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska enligt 7 kap. 1 § annonsera upphandlingen.

Av 8 kap. 3 § framgår att tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vid konkurrenspräglad dialog ska vara minst 37 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel, får tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vid konkurrenspräglad dialog förkortas med sju dagar enligt 8 kap. 5 §.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

I förarbetena till bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog (prop. 2009/10:180 s. 231 f. och 322 f.) anges bl.a. följande. Ett kontrakt anses vara särskilt komplicerat om de upphandlande myndigheterna inte objektivt kan definiera de tekniska medel som kan tillgodose deras behov eller mål eller inte kan objektivt specificera den rättsliga och/eller finansiella utformningen av ett projekt. Ett kontrakt är att anse som särskilt komplicerat om det för en normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat. Det ska således inte enbart vara den aktuella myndighetens uppfattning om vad som är ett särskilt komplicerat kontrakt som är avgörande för om konkurrenspräglad dialog får användas. Denna bedömning ska kunna göras på mer objektiva grunder. Det sagda utesluter dock inte att det eventuellt i praktiken kommer att ställas lägre krav på en liten myndighet utan större resurser än på en större myndighet. Utgångspunkten är dock som angetts att det är kontraktet i sig som ska vara särskilt komplicerat för att konkurrenspräglad dialog ska få användas. Konkurrenspräglad dialog får användas om det inte rimligen kan begäras att en myndighet ska kunna definiera de prestanda- och funktionskrav som kan tillgodose dess behov eller med vilka dess mål kan uppnås. När det gäller frågan vad som är särskilt komplicerade kontrakt är utgångspunkten att förfarandet är tänkt för situationer då den upphandlande myndigheten vet vad den önskar uppnå för resultat, men inte kan avgöra hur detta resultat kan uppnås. Exempel på kontrakt som kan vara särskilt komplicerade är större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga upplägg inte kan fastställas i förväg. Detta innebär inte att t.ex. alla kontrakt som avser stora datanät är särskilt komplicerade. Bedömningen av svårighetsgraden beror bl.a. på om den upphandlande myndigheten söker lösningar som kräver utveckling av ny och för myndigheten okänd teknik. Svårighetsgraden får också antas minska med ökande erfarenhet av hanteringen av likartade komplicerade kontrakt. Ett annat exempel på när det kan vara befogat att använda en konkurrenspräglad dialog kan vara att en upphandlande myndighet ska skapa en landförbindelse men inte kan avgöra om detta behov bäst tillgodoses genom en bro eller en tunnel, även om myndigheten kan utarbeta tekniska specifikationer för båda alternativen.

Förvaltningsrättens bedömning

Är förutsättningarna för att använda konkurrenspräglad dialog uppfyllda?

Enligt förvaltningsrättens mening är inte det kontrakt som upphandlingen avser att anse som så särskilt komplicerat att förutsättningarna för att använda konkurrenspräglad dialog varit uppfyllda. Enligt rättsens mening har den upphandlande myndigheten inte förmått visa att den upphandlade tjänsten är av en sådan komplex eller dynamisk karaktär att myndigheten inte kunnat specificera den lösning som efterfrågas utan att förhandla med anbudsgivarna. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förhandlat förfarande kan användas. Enligt EU-domstolens praxis är det i rena undantagsfall som en upphandlande myndighet kan använda sig av ett förhandlat förfarande (se mål 199/85 Kommissionen mot Italien, de förenade målen C-20/01 och C28/01 Kommissionen mot Tyskland, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien samt mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland).

Är den angivna tidsfristen för att inkomma med anbudsansökningar för kort?

Det är i målet ostridigt att upphandlingen annonserats med elektroniska medel, att detta skedde den 29 januari 2014 och att sista dag för mottagande av ansökningar angetts till den 27 februari 2014. Nacka kommun har alltså tillämpat en tidsfrist på 29 dagar. Enligt 8 kap. 3 § jämfört med 5 § LOU är den kortaste tidsfristen för att inkomma med anbudsansökningar emellertid 30 dagar. Rent objektivt föreligger det därmed ett brott mot LOU:s bestämmelser. Förvaltningsrätten noterar emellertid att Linfre inte ens påstått att bolaget lidit eller riskerat att lida skada till följd av detta. Skäl att ingripa i upphandlingen av denna anledning saknas därför.

Lider Linfre skada?

Även om upphandlingsföremålet är av komplicerad teknisk art och utgörs av produkter som går igenom en snabb teknisk utveckling, kan det mot den angivna bakgrunden inte rimligen uppfylla förutsättningarna för att få upphandlas med undantagsförfarandet konkurrenspräglad dialog. Genom att använda detta förfarande i det här fallet brutit mot bestämmelserna i LOU, vilket lett till åtminstone risk för skada för Linfre. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Magnus Åhammar

Rådman



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. 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.