



**SÖKANDE**

DigiExam Solutions Sweden AB, 556869-1504

Ombud: Advokat Daniel Wendelsson och jur.kand. Oscar Wennerström  
Advokatfirman Vinge KB

Box 1703

111 87 Stockholm

**MOTPART**

Uppsala kommun

753 75 Uppsala

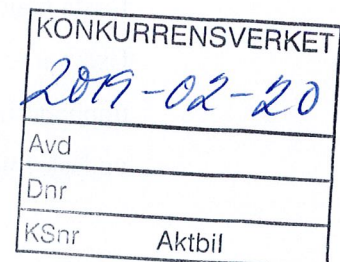
**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Uppsala kommun (kommunen) har genomfört en upphandling benämnd ”Digitalt provsystem för pedagogisk verksamhet skola”, dnr KSN-2018-1959.

Kommunen fattade den 24 oktober 2018 ett tilldelningsbeslut och antog anbudet från DigiExam Solutions Sweden AB (DigiExam). Dugga AB (Dugga) ansökte om överprövning av upphandlingen och yrkade att den skulle rättas varvid anbudet från DigiExam skulle förkastas.

Kommunen fattade den 22 november 2018 ett nytt tilldelningsbeslut, varvid anbudet från DigiExam förkastades och anbudet från Dugga antogs.

**DigiExam** ansöker om överprövning av upphandlingen. DigiExam yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från DigiExam inte förkastas och anbudet från Dugga förkastas samt i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför DigiExam i huvudsak följande.

DigiExams anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Det faktum att DigiExam till anbudet har bifogat ett support- och service-nivåavtal (SLA) innebär inte att kommunen får förkasta DigiExams anbud. Anbudet som lämnats in av Dugga innehåller åtskilliga brister avseende de obligatoriska krav som ställs i upphandlingen. Kommunen har därmed saknat möjlighet enligt LOU att anta Duggas anbud. DigiExam har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av kommunens felaktiga förkastande av DigiExams anbud och antagande av Duggas anbud.

DigiExams anbud har felaktigt förkastats. DigiExam har inte lämnat en otillåten reservation i sitt anbud. DigiExam har uttryckligen i sitt anbud accep-

terat avtalets villkor och att alla angivna villkor för leveransen accepteras utan ändringar och tillägg.

När det gäller det till anbudet bifogade dokumentet "Support och Service-nivåavtal" ska noteras att såväl krav 4.3.10 i upphandlingsdokumentet som villkoren i § A 2 i kommunens SLA innebär att kommunen tillåter undantag avseende tjänstens servicenivå i de fall parterna kan komma överens om andra lösningar. DigiExams bifogande av bolagets SLA-avtal har uttryckligen gjorts "för (kommunens) revision" och är en följd av att kommunen uttryckligen, på två ställen i upphandlingsdokumentet, öppnat för undantag i fråga om servicenivå. I enlighet med denna uppmaning från kommunen har DigiExam bifogat bolagets SLA-avtal som ett underlag för en sådan eventuell diskussion. Att bifoga ett underlag för eventuell diskussion – samtidigt som det i anbudet bekräftats att samtliga villkor i upphandlingen accepteras – kan aldrig vara att betrakta som en *reservation* över huvud taget. Än mindre kan DigiExams agerande i detta fall ses som någon *otillåten reservation* då kommunen uttryckligen öppnat för "undantag", dvs. öppnat för villkor som avviker från dem som angetts i kommunens upphandlingsdokument. Kommunens påstående att DigiExam skulle ha skickat in sitt eget SLA för att "helt ersätta kommunens" är felaktigt. DigiExams inskickande av bolagets eget SLA "för er revision" kan inte förstås som ett krav på att DigiExams SLA skulle gälla framför kommunens. Kommunen ska rätteligen acceptera och anta DigiExams anbud, i vilket DigiExam accepterat och alltså underkastat sig kommunens avtalsvillkor, inklusive villkoren i kommunens SLA.

Av Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2015, mål nr 8640-14, följer att ett anbud inte får förkastas om det inte klart och tydligt kan utläsas av anbudet att det funnits en avsikt hos anbudsgivaren att reservera sig mot något obligatoriskt krav eller obligatoriskt avtalsvillkor. Av nämnda dom i mål nr 8640-14 framgår att en åtskillnad måste göras mellan å ena sidan

reservationer och andra sidan förslag, och att endast det förstnämnda kan leda till förkastande. Någon avsikt att reservera sig mot kraven i upphandlingen kan inte utläsas av DigiExams anbud, och har naturligtvis inte heller funnits hos bolaget vid inlämnandet av anbudet. DigiExams inskickande av bolagets SLA med kommentaren ”*för er revision*” kan inte ses som en reservation, utan är att betrakta som ett förslag eller ett diskussionsunderlag som inte på något sätt binder kommunen om anbudet antas. Detta är också den rimligaste läsningen av DigiExams anbud jämfört med kommunens upphandlingsdokument. Det är naturligtvis inte förenligt med transparensprincipen i LOU att först uttryckligen öppna för undantag från den i kommunens SLA angivna servicenivån och därefter förkasta anbud som innehåller ett för kommunen icke förpliktande förslag på sådant undantag. Vid dessa förhållanden har kommunen inte fått förkasta DigiExams anbud. Eftersom DigiExam inte har reserverat sig mot några obligatoriska krav eller villkor i Upphandlingen saknar det betydelse om DigiExams SLA materiellt sett överensstämmer med eller avviker från kommunens SLA.

Duggas anbud får inte antas. Dugga ska uteslutas på grund av åsidosättande av skyldigheter att betala skatter eller sociala avgifter. Dugga uppfyller inte heller kraven på ekonomisk och finansiell ställning. Dugga brister även i åberopande av annat företags kapacitet.

DigiExams anbud har ett utvärderingspris som är betydligt lägre än utvärderingspriserna i de två övriga anbud som lämnats i upphandlingen. DigiExam har alltså lämnat det bästa anbudet i upphandlingen. Det innebär att DigiExam skulle tilldelas kontrakt om kommunen inte felaktigt hade förkastat DigiExams anbud. DigiExam har därför lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av kommunens felaktiga förkastande av DigiExams anbud.

Om förvaltningsrätten mot förmodan skulle komma fram till att DigiExams anbud rätteligen har förkastats, har DigiExam lidit skada av det felaktiga

antagandet av Duggas anbud. En upphandlande myndighets åtgärd att anta ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i en upphandling anses i vissa fall ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se HFD 2016 ref. 37 II). I sådant fall ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om. DigiExam kan i en ny upphandling delta och har naturligtvis – då bolaget nu lämnat det bästa anbudet – mycket goda möjligheter att tilldelas kontraktet. DigiExam har följaktligen lidit skada eller riskerar att lida skada av att Duggas anbud felaktigt har antagits även om DigiExams anbud, mot förmodan, rätteligen har förkastats.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

DigiExams anbud har rätteligen förkastats då anbudet innehåller en otillåten reservation. Dugga uppfyller de ställda kraven i upphandlingsdokumentet och det har varit rätt av kommunen att inte förkasta Duggas anbud. Eftersom DigiExams anbud rätteligen har förkastats har kommunens bedömning av Duggas anbud inte påverkat DigiExams möjligheter att tilldelas avtalet i upphandlingen, vilket innebär att DigiExam inte kan lida skada av kommunens bedömning. Upphandlingsdokumentet är inte behäftat med något fel som innebär att upphandlingen ska göras om. De krav som ställts är såväl proportionerliga som transparenta och kommunen har behandlat alla anbudsgivare lika.

DigiExam har anført att bolaget genom att kryssa i kravuppfyllnad i anbudsformuläret 2.4 och 2.5 har accepterat de av kommunen ställda avtalsvillkoren. DigiExam har vidare anført att det egna SLA-avtalet skickats in "för revision" och ska betraktas som ett underlag för en eventuell diskussion avseende undantag. Kommunen vill inledningsvis framhålla att det inte, inom ramen för den nu aktuella upphandlingen, funnits möjlighet att förhandla om avtalsvillkoren innan avtal skrivs med anbudsgivare. Förfarandet innebär att kommunen accepterar eller förkastar ett anbud. Det är således inte möjligt

att inleda förhandlingar med en leverantör om specifika avtalsvillkor. Det finns således ingen möjlighet till "revision" för det fall kommunen antar anbudet från DigiExam. Ett anbud från en anbudsgivare kan accepteras - varvid anbudshandlingarna blir avtalsinnehåll - eller förkastas. Detta är också anledningen till att reservationer inte tillåts i anbuden - sådana reservationer ändrar avtalsinnehållet och innebär därigenom att den upphandlande myndigheten avstår från de obligatoriska krav som ställts i upphandlingsdokumentet.

Formuleringen i kommunens SLA (§A2) innebär ett krav på tillgänglighet på minst 99 %, med en möjlighet att göra undantag under avtalets löptid. Undantaget är tänkt att fungera som en ventil för situationer som kan komma att uppstå under avtalstidens gång och som inte förutsetts av beställare eller leverantör och som därför kräver en möjlighet till undantag. Formuleringen i kommunens SLA innebär dock inte att en leverantör kan skicka in ett eget SLA för att helt ersätta kommunens.

Eftersom kommunen - om DigiExams anbud hade antagits - skulle ha godtagit ett anbud med de villkor som anges i det till anbudet bifogade SLA-avtalet är det avgörande om det finns några skillnader i det avtal som DigiExam föreslår jämfört med kommunens. Kommunen har, vid sin granskning, kunnat konstatera ett antal väsentliga skillnader, vilka innebär att DigiExams anbud avviker från de krav som kommunen ställt. Det bör här poängteras att det inte bara handlar om att DigiExams SLA avviker från kommunens SLA-konsekvensen av avvikelserna innebär även att DigiExam i flera avseenden justerar sitt åtagande i förhållande till de krav som kommunen ställt i upphandlingsdokumentet. De reservationer som DigiExams SLA-avtal - och därigenom deras anbud - innehåller är av sådan karaktär att kommunen inte kan anse att anbudet motsvarar de krav som har efterfrågats. Om kommunen godtog DigiExams anbud trots de reservationer som det innehåller skulle

detta stå i strid med likabehandlingsprincipen och principen om ett transparent upphandlingsförfarande.

DigiExam har även yrkat att upphandlingen ska rättas genom att Duggas anbud ska förkastas. Kommunen vill inledningsvis framhålla att DigiExam inte har lidit skada av att kommunen antagit Duggas anbud. Det finns inget orsakssamband mellan kommunens bedömning av Duggas kravuppfyllnad och det faktum att DigiExam inte erhållit kontrakt. Kommunen avser, trots den bristande kausaliteten, att kort bemöta vad DigiExam har framfört om Duggas anbud.

Kommunen har - inför kvalificeringen av samtliga anbudsgivare - hämtat in uppgifter från skatteverket. Uppgifterna (E4820) hämtades in den 21 november 2018. Av informationen från Skatteverket framgår att Dugga inte har någon skatteskuld hos Kronofogdemyndigheten. Vad DigiExam har framfört beträffande skatter och socialförsäkringsavgifter ändrar inte kommunens ställningstagande. Dugga uppfyller även enligt kommunens bedömning kravet på ekonomisk och finansiell ställning. Inte heller har det visats att Dugga inte förfogar över de resurser som anges i anbudet och därför skulle brista i åberopande av annat företags kapacitet.

Då DigiExam inte uppfyllt de obligatoriska kraven kan DigiExam inte heller anses ha lidit skada av kommunens antagande av Duggas anbud. Även om kommunen skulle ha förkastat anbudet från Dugga finns ytterligare en anbudsgivare som bedömts uppfylla de obligatoriska kraven och som i så fall skulle ha erhållit kontraktet. Upphandlingen har inte påverkats i dess konkurrensuppsökande skede eftersom Kommunen inte har avstått från något obligatoriskt krav. I det av motparten åberopade avgörandet (HFD 2016 ref. 37 II) var situationen annorlunda eftersom parterna var överens om att en efterfrågad uppgift inte hade lämnats in på det sätt som upphandlingsdokumenten angav var en förutsättning. I det ärende som förvaltningsrätten nu

ska pröva är situationen annorlunda - DigiExam ifrågasätter kommunens bedömning och menar att anbudet - trots vad anbudsgivaren intygat - inte uppfyller kraven. Det rör sig således om en bedömningsfråga. Att kommunen inte frånfallit några krav innebär att upphandlingen inte kan anses ha påverkats i sitt konkurrensuppsökande skede. Detta gäller oavsett vilken bedömning av anbuderna som i och för sig är korrekt.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder DigiExam anfört.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 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 har gjorts.

DigiExam har anfört dels att DigiExams anbud felaktigt förkastats, dels att Duggas anbud felaktigt godkänts. DigiExam har vidare anfört att bolaget lidit skada till följd av dessa brister.

Anbudet från DigiExam har förkastats med hänvisning till att bolaget till sitt anbud bifogat ett eget support- och servicenivåavtal, ”för er revision”, som i väsentliga delar avviker från kommunens motsvarande servicenivåavtal och som inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. DigiExam har dock i anbudet kryssat för både att villkoren i kommunens avtal accepterats och bl.a. att samtliga obligatoriska krav uppfylls.



DigiExam har pekat på att bolaget i anbudet accepterat kommunens avtalsvillkor och obligatoriska krav och har anfört att det bifogade avtalet inte inneburit en otillåten reservation. DigiExam har vidare hänvisat till möjligheterna enligt upphandlingsdokumentet och kommunens avtal att göra undantag från kravet på tillgänglighet under dygnets alla timmar.

Enligt förvaltningsrättens mening åligger det anbudsgivaren att vara tydlig med att upphandlingens samtliga obligatoriska krav accepteras. I föreliggande upphandling har DigiExam bifogat ett eget avtal ”för (kommunens) revision”. Det har inte från DigiExams sida bestridits att det bifogade avtalet innehåller väsentliga avvikelser från kommunens egna avtalsvillkor och att upphandlingens obligatoriska krav inte uppfylls. Enligt förvaltningsrättens uppfattning framgår det inte av uttrycket ”för er revision” att det endast är fråga om ett önskemål som inte inskränker den utsträckning i vilket kommunens avtalsvillkor och obligatoriska krav accepteras. Det får särskilt i en situation när en anbudsgivare skickar med eget förslag på avtal ställas krav på att denne iakttar tydlighet på att avsikten inte är att reservera sig mot den upphandlande myndighetens obligatoriska krav. Det är anbudsgivaren som i första hand måste stå risken för otydligheter i detta hänseende. I Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2015, mål nr 8640-14, hade anbudsgivaren tydligt angett att den i anbudet föreslagna avvikelserna var ett önskemål och inte ett krav. Någon motsvarande tydlighet har inte DigiExam iakttagit i sitt anbud. Förvaltningsrätten anser vidare inte att den av DigiExam åberopade bestämmelsen i kommunens upphandlingsdokument (krav 4.3.10) och i kommunens support- och serviceavtal (§ A 2) om undantag från tillgänglighetskrav var utformad så att DigiExam hade fog för att skicka med sitt eget avtal och därmed utforma anbudet på sätt som skett i upphandlingen. Bestämmelsen framstår inte heller som otydlig. Förvaltningsrätten gör mot denna bakgrund bedömningen att kommunen hade fog för att anse

att DigiExam genom att bifoga sitt eget avtal gjort en otillåten reservation i anbudet.

När det gäller frågan om Dugga uppfyllt krav på skyldighet att betala skatt och sociala avgifter, krav avseende ekonomisk ställning samt krav på att vid behov åberopa annans kapacitet kan konstateras att vad DigiExam anfört bemötts av kommunen. Det har efter kommunens svar inte tillkommit något nytt i målet. Förvaltningsrätten anser inte att det visats att kommunen gjort fel genom att godkänna Duggas anbud.

Eftersom DigiExams anbud rätteligen förkastats har DigiExam inte kunnat lida skada i upphandlingen. Även om Duggas anbud hade felaktigt antagits hade inte DigiExam kunnat lida någon skada, eftersom annars en annan leverantörs anbud hade antagits.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte framkommit att kommunen gjort något fel i upphandlingen i förhållande till DigiExam och att DigiExam skulle lida, eller kunna lida, någon skada till följd av kommunens agerande. Ansökan ska därmed avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Susanna Pohl Söderman  
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av 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 ni 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.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni 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 er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten 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 förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- 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.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.