



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2017-05-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr
2963-17

SÖKANDE

AR Internetplatsen AB, 556326-5346
Drottninggatan 1B, 2 tr
753 10 Uppsala

MOTPART

Södertörns högskola
141 89 Huddinge

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-05-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 843550

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:30

BAKGRUND

Södertörns högskola (högskolan) genomför en upphandling avseende ett webbaserat system för tjänsteplanering (dnr 2839/1.4.2/2016). Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut den 24 januari 2017 framgår att kontrakt tilldelats ett annat bolag än AR Internetplatsen AB.

YRKANDEN M.M.

AR Internetplatsen AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska rättas. Som grund för talan anförs att upphandlingen strider mot kraven på proportionalitet, likabehandling, transparens och saklighet samt att bolagets anbud felaktigt har förkastats.

Högskolan bestrider bifall till ansökan och anför som grund för sin inställning bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Bolaget har uteslutits ur upphandlingen eftersom det inte uppfyller ställda ska-krav. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandling ska bl.a. principen om proportionalitet iakttas. Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att den leverantör som ansökt om överprövning

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 i 1 kap. 9 § LOU och lagens övriga förfaranderegler. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut (jfr RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 5).

Huruvida förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen

Bolaget har anfört att uteslutningsmöjligheten i punkt 5.1.2 Referenser i förfrågningsunderlaget – att ett anbud kommer att förkastas om anbudsgivaren får noll poäng – inte är förenlig med LOU:s krav på proportionalitet. I denna del har bolaget i huvudsak anfört det inte alltid är enkelt att hitta en lämplig referens som vill och kan ställa upp, att olika personer brukar vara inblandade i olika faser med olika kunskaps- och erfarenhetsområden samt att en referens ofta inte har full insikt i alla delar av en upphandling eller i möjligheterna i en leverantörs system.

Högskolan delar inte bolagets uppfattning att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta en anbudsgivare till följd av uppgifter som lämnats av en referens. Enligt högskolan skulle det tvärtom strida mot förfrågningsunderlaget, öppenhetsprincipen och likabehandlingsprincipen att inte utesluta en anbudsgivare till följd av uppgifter som framkommit inom ramen för anbudsprövningen och där sådan uteslutning föreskrivits i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91). En upphandlande myndighet måste således se till att kraven som ställs är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud (jfr HFD 2016 ref. 37).

I högskolans förfrågningsunderlag under punkten 5.1.2 Referenser anges att frågor kommer att ställas för att säkerställa anbudsgivarens erfarenhet och för att utvärdera hur tjänsten har utförts tidigare av anbudsgivaren. Vidare anges att noll poäng kommer tilldelas om den lämnade beskrivningen av tjänsten gör det sannolikt att den inte kommer att utföras på ett godtagbart sätt. Om anbudsgivaren får noll poäng kommer anbudet att förkastas. Det innebär således ett krav på att ett anbud ska förkastas om det, mot bakgrund av vad anbudsgivarens referenser har uppgett, är sannolikt att den efterfrågade tjänsten inte kommer utföras på ett godtagbart sätt. Enligt förvaltningsrättens mening är ett sådant krav både rimligt och relevant för att säkerställa leverantörens lämplighet för det aktuella uppdraget och därmed inte i sig är oproportionerligt. Det saknas därför skäl för ingripande mot upphandlingen på grund av vad bolaget anfört i denna del.

Huruvida bolagets anbud har felaktigt förkastats

Bolaget har i denna del anfört bl.a. följande. Bolagets anbud uppfyller samtliga ska-krav. Det har inte ställts krav på att tjänsteplanering hos referensen måste ske för planering av bemanning av ”forskande och undervisande personal”. Enligt högskolans svar på fråga under upphandlingen är frågorna i punkten 5.1.2 visserligen inte områdesspecifika, men avser säkerställa att leverantören har erfarenhet av lärosäten som bedriver utbildning och forskning. Svaret har uppfattats som att det är viktigare att leverantören har erfarenhet av lärosäten som bedriver

utbildning och forskning än hur systemet specifikt används i de enskilda fallen, vilket har varit avgörande för bolagets deltagande i upphandlingen. Svaret har inte ändrat avsikten med kravet i 2.1.10 i förfrågningsunderlaget och inte heller vilka frågor som kommer att ställas till referenserna. Kravet är att ”leverantören har erfarenhet av lärosäten som bedriver utbildning och forskning”. Bolagets referens från Stockholms universitet avser just detta. Planering av bemanning gäller tolkande personal inom universitetet med samma undervisningstyper som gäller för undervisande personal. Bolaget uppfyller således referenskravet. Bolagets system används visserligen på ett någorlunda annorlunda sätt av valda referenser än hur högskolan avser att använda systemet. Tjänsteplanering sker dock både på lång sikt och för daglig planering i enlighet med hur högskolan beskrivit sitt behov. Utöver de ska-krav som finns upptagna i upphandlingsunderlaget har högskolan inte ytterligare definierat vad som menas med ”tjänsteplanering”. Högskolan har vidare gjort ett antal feltolkningar av referensernas svar. Dessa tolkningar hade kunnat rättas till av bolaget.

Högskolan har bl.a. anfört följande. Att lämna två referensuppdrag har varit ett ska-krav i punkten 2.1.10 i förfrågningsunderlaget. Punkten 5.1.2 har utgjort ett ska-krav knutet till punkt 2.1.10 på så sätt att uteslutning skulle ske om någon referens fick noll poäng eftersom ska-kravet i punkt 2.1.10 i sådana fall inte ansågs uppfyllt, dvs. referenser som påvisade efterfrågad erfarenhet hade inte lämnats. Att detta ska-krav placerats i punkt 5.1.2 i stället för i punkt 2.1.10 har berott på effektivitetsskäl och förhållandet att uppfyllelse av ska-kravet i punkt 2.1.10 kunde kontrolleras först i kontakten med lämnade referenspersoner. Det har därmed varit naturligt att först efterhöra hur det offererade systemet användes hos referensen och därefter ställa de frågor som angetts i förfrågningsunderlaget. Bolaget lämnade två referenser varav den ena var en kommunal verksamhet och den andra var Stockholms universitet. Referensen från universitetet avsåg dock bemanning av tolkar, inte av forskande och undervisande personal. Universitetet har

därmed inte använt det offererade systemet på ett sätt som påvisade efterfrågad erfarenhet.

Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. Det övergripande syftet med upphandlingen är enligt punkten 1.1.2 i förfrågningsunderlaget att underlätta planering och bemanning på högskolans institutioner och avdelningar. I detta syfte upphandlas enligt punkten 1.1.3 i förfrågningsunderlaget ett IT-stöd för tjänsteplanering, dvs. för att planera och följa upp bemanning av i huvudsak den akademiska personalens undervisning, forskning och övriga uppdrag knutna till deras anställning. Enligt punkten 2.1.10 i förfrågningsunderlaget (enligt dess lydelse i Frågor och svar) ska anbudsgivaren, för att säkerställa att denne är verksam inom det område som efterfrågas i upphandlingen, lämna en beskrivning av minst två uppdrag, varav minst ett uppdrag ska vara pågående på ett universitet eller högskola som bedriver undervisning och forskning. Av samma punkt i förfrågningsunderlaget framgår vidare att högskolan kommer att kontakta referenserna enligt punkten 5.1.2, vilken anger att vissa frågor kommer att ställas till referenserna för att säkerställa anbudsgivarens erfarenhet och för att utvärdera hur tjänsten har utförts tidigare av anbudsgivaren. Av punkten 5.1.2 framgår vidare att en utvärderingsgrupp kommer att poängsätta referensernas beskrivningar, att noll poäng ges om beskrivningen av tjänsten gör det sannolikt att den inte kommer att utföras på ett godtagbart sätt samt att anbudet, om anbudsgivaren får noll poäng, kommer att förkastas. I upphandlingsrapporten anges att det vid referenstagningen framkom att bolaget inte har använts i den omfattning som högskolan efterfrågar och att det tilldelats noll poäng vid poängsättning.

Förvaltningsrätten uppfattar punkten 2.1.10 i förfrågningsunderlaget (enligt dess lydelse i Frågor och svar) som ett ska-krav om att anbudsgivaren ska ange två uppdrag som genomförts på området för upphandlingen och att ett av dessa ska vara pågående på ett universitet eller högskola som bedriver

undervisning och forskning. Området för upphandlingen är ett IT-stöd för tjänsteplanering som i punkten 1.1.3 definieras som att planera och följa upp bemanning av i huvudsak den akademiska personalens undervisning, forskning och övriga uppdrag knutna till deras anställning. Bolagets anbud har angett två referenser varav den ena avser kommunal verksamhet och den andra avser ett universitets bemanning av tolkar. Således har bolaget inte i sitt anbud angett två referenser som genomförts på området för upphandlingen. Ska-kravet i punkten 2.1.10 i förfrågningsunderlaget är därmed inte uppfyllt. Det saknas därför skäl för ingripande mot upphandlingen på grund av vad bolaget anfört i denna del.

Huruvida skäl för ingripande föreligger på annan grund

Utöver vad som redogjorts för ovan har bolaget gjort gällande att högskolan gjort fel vid referenstagningen genom att till referenserna ställa en fråga som inte finns uppräknad i punkt 5.1.2 i förfrågningsunderlaget och inte dokumentera svaret eller hållit det hemligt så att uppföljning av vad referensen svarat inte har varit möjlig.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En förutsättning för ingripande enligt LOU är att sökanden klargör eller konkretiserar på vilket sätt de brister som påstås ha medfört skada eller risk att lida skada för sökanden (jfr HFD 2013 ref. 53). I förevarande mål har bolaget inte ens påstått att det lidit eller riskerat att lida skada. Att skaderekvisitet för ingripande enligt LOU skulle vara uppfyllt går inte heller att sluta sig till av de omständigheter som bolaget har åberopat till stöd för sin talan eller vad som i övrigt framkommit i målet. Bolaget har visserligen anfört att dess anbud skulle ha fått mer än noll poäng i utvärderingen om högskolan hade genomfört referenstagningen enligt LOU och förfrågningsunderlaget samt att det endast finns en annan anbudsgivare som uppfyller de

ska-krav som ställts upp. De omständigheterna är emellertid varken för sig eller tillsammans tillräckliga för att anta att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Av utredningen i målet framgår att tre leverantörer lämnat anbud i upphandlingen och att en annan anbudsgivare än bolaget kvalificerat sig till utvärdering och tilldelats kontraktet. Bolaget har inte ifrågasatt lämpligheten hos den vinnande anbudsgivaren, dennes anbud eller gjort gällande att bolaget, om det hade kvalificerat sig till utvärdering, skulle ha tilldelats kontraktet. Till detta kommer att bolaget, enligt förvaltningsrättens bedömning i det föregående, inte uppfyllt alla ställda ska-krav i upphandlingen. Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten att bolaget inte visat att det lidit eller riskerat att lida skada av de brister i upphandlingen som påstås av bolaget i denna del. Redan av denna anledning saknas grund för ingripande enligt LOU och därmed även skäl för förvaltningsrätten att ta ställning till om högskolans förfarande i denna del har varit i strid med LOU.

Sammanfattande bedömning

Eftersom bolaget inte har visat att upphandlingen strider mot LOU eller att det lidit eller riskerat att lida skada saknas grund för ingripande med stöd av 16 kap. LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Fredrik Bergius

Rådman

Miriam Khelil har föredragit målet.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

