



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2014-11-18
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
4491-14

SÖKANDE

IST-Sverige AB, 556265-4755
Arabygatan 82
352 46 Växjö

Ombud: Advokat Per Ericsson
Advokat Jon Eriksson Örtengren
Advokatbyrån Gulliksson AB
Box 739
220 07 Lund

MOTPART

Borås Stad
501 80 Borås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-11-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att rättelse ska ske på så sätt att rättelse sker genom en ny utvärdering där även IST:s anbud beaktas. Upphandlingen får avslutas först sedan sådan har gjorts.

BAKGRUND

Borås Stad (kommunen) har genomfört en upphandling av schemalägningsprogram för kommunen. Avtalstiden är fyra år med möjlighet till förlängning med två år i taget om parterna så överenskommer, dock längst t.o.m. 31 december 2024. Syftet med upphandlingen är att teckna leveransavtal med en leverantör. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling där anbud kommer att antas utan föregående förhandling enligt reglerna i LOU. Anbudet har utvärderats efter det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upphandlingen har avslutats genom tilldelningsbe-

Dok.Id 147281

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	--------------------------------	---

slut den 16 september 2014 där Nova Software AB har tilldelats kontraktet. Kommunen värderade inte anbudet från IST Sverige AB eftersom bolaget inte bedömdes uppfylla samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget angavs bl.a. att schemalägningsprogrammet ska varna om en lärares/pedagogs ramtid överskrids vid schemalägningsstillfället.

I upphandlingsrapporten angavs bl.a. följande. Anbudsgivare IST Sverige AB uppfyller kraven enligt 4.10 förutom kravet enligt 1.5 med följande motivering: Jan Dahlgren från IST visade offererat schemaprogram GP-untis inför sex schemaläggare från grundskolan och gymnasiet i kommunen. Vid frågan om programmet kan hantera och varna om lärarnas reglerande överskrids blev svaret nej. Visningen ägde rum den 15 maj 2014. IST Sverige AB är inte kvalificerad p.g.a. att ska-kravet enligt ovan inte uppfylls.

Av anbudsförfrågan, punkt 2.6, framgår bl.a. följande. Anbud lämnas elektroniskt. Anbudet ska vara undertecknat av behörig företrädare. De svar som anbudsgivaren lämnar i sitt anbud, på de i förfrågningsunderlaget ställda kraven, är underlag för den sammanställning och utvärdering av inkomna anbud, som beställaren genomför. Det är viktigt att anbudet innehåller alla efterfrågade uppgifter, särskilt med tanke på de mycket begränsade möjligheterna att efter anbudstidens utgång inhämta eller lämna kompletterande uppgifter.

YRKANDEN

IST Sverige AB (IST) yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett genom att IST:s anbud förklaras ha uppfyllt de ska-krav som framgår av kommunens anbudsförfrågan.

I andra hand yrkar IST att förvaltningsrätten beslutar om annan lämplig rättelse.

Kommunen vidhåller att IST inte uppfyller det aktuella ska-kravet.

VAD PARTERNA ANFÖR

IST anför bl.a. följande. Den 26 juni 2014 annonserade kommunen med begäran om att leverantörer skulle inkomma med anbud enligt LOU i ifrågavarande upphandling. IST inkom med anbud i föreskriven ordning. Av upphandlingsrapporten framgår att kommunen har funnit att IST:s anbud uppfyller samtliga ställda ska-krav utom det som framgår under rubriken 4.10.1.5. Det aktuella ska-kravet är formulerat enligt följande: ”Lektion ska inte kunna läggas utanför lärarens ramtid, programmet måste varna på något sätt”. IST har i sitt anbud kryssat för kryssrutan intill det aktuella ska-kravet och därigenom bekräftat att den offererade produkten uppfyller ska-kravet. IST har därtill på föreskrivet vis hänvisat till en i anbudet fogad beskrivning av produkten. Av den ifrågavarande beskrivningen framgår att IST:s produkt känner av konflikter vid schemaläggning och varnar optiskt och genom ljud när sådana konflikter uppstår. Det får anses utrett att IST:s anbud uppfyller de obligatoriska kraven såsom de formulerats i anbudsförfrågan och därför borde anbudet ha upptagits till utvärdering. Kommunen har i upphandlingsrapporten lämnat följande redogörelse för sitt beslut att inte ta upp IST:s anbud till utvärdering: ”Anbudsgivare IST Sverige AB uppfyller kraven enligt 4.10 förutom kravet enligt 1.5 med följande motivering: Jan Dahlgren från IST visade offererat schemaprogram GP-untis inför sex schemaläggare från grundskolan och gymnasiet i Borås Stad. Vid frågan om programmet kan hantera och varna om lärarnas reglerade ramtid överskreds blev svaret nej (Visningen ägde rum den 15 maj 2014).” Kommunens analys och ställningstagande enligt ovan saknar relevans för bedömningen om IST:s anbud uppfyller ska-kraven. IST kan inte vitsorda

riktigheten av kommunens redogörelse för vad som sades eller i övrigt förekom vid den aktuella visningen. Anbudsförfrågan publicerades vidare i slutet på juni 2014. IST:s anbud har i sin tur upprättats den 28 augusti 2014, över tre månader efter det refererade visningstillfället. Alldeles oavsett vad som sades av IST beträffande den visade produktens egenskaper vid tidpunkten för visningstillfället har IST i sitt anbud uttryckligen bekräftat att den produkt som offererats i dess anbud, vid tidpunkten för anbudet, har den funktion som efterfrågas i ska-kravet. Kommunens slutsatser om den offererade produktens egenskaper bygger med andra ord inte på vad som framgår om den offererade produkten i IST:s anbud. Istället baseras slutsatsen på kommunens egna antaganden. Dessa antaganden bygger i sin tur på den uppfattning som sex schemaläggare fått och vidareförmedlat beträffande en produkt som visats över tre månader innan IST formulerat sitt anbud i upphandlingen. I sammanhanget önskar IST fästa särskild uppmärksamhet vid det faktum att kommunen har funnit att IST:s anbud har uppfyllt ska-kravet under rubrik 4.1., vilket innehåller bl.a. följande moment: ”Schemaläggningssystemet ska varna om en lärares/pedagogs ramtid överskrids vid schemaläggning”. Kommunen har med andra ord på egen hand konstaterat att den offererade produkten enligt IST:s anbud har just den specifika egenskap som även efterfrågas i ska-kravet under rubrik 4.10.1.5. Kommunen är skyldig att utvärdera samtliga anbud som uppfyller uppställda ska-krav. Genom att felaktigt utesluta IST från utvärdering har kommunen agerat i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Förfarandet har medfört att IST lidit skada eller åtminstone riskerat att lida skada genom att dess anbud inte utvärderats och på så vis inte aktualiserats för tilldelning av kontrakt. I sammanhanget kan det konstateras att offererat pris enligt IST:s anbud är avsevärt lägre än det pris som offererats av den vinnande anbudsgivaren. I och med att tilldelning i upphandlingen enligt vad som anges i anbudsförfrågan ska ske till den av de kvalificerade leverantörerna som erbjuder lägst pris skulle IST:s anbud rätteligen ha tilldelats kontrakt om dess anbud tagits upp till utvärdering. – Till stöd för

sina yrkanden har IST bifogat sitt anbud, anbudsförfrågan, upphandlingsrapporten samt tilldelningsbeslutet.

Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen har i samband med upphandling avseende schemalägningsprogram ställt ska-krav som är proportionerliga med systemets användande. Leverantören uppfyller inte ställt ska-krav enligt punkt 4.10 delen 1.5 avseende varning vid pedagogs överskridande av ramtid. Leverantören påpekar att denna lämnat bekräftelse på uppfyllnad av ska-kravet avseende offererat schemalägningsprogram och hänvisar till att rutan kryssats som bekräftar uppfyllelse samt med hänvisning till bilaga 2 som redogör för varning vid konflikt. Ett schemalägningsprogram måste kunna hantera ett antal konflikter som t.ex. dubbelbokning av sal, lärare m.m. I beställarens förfrågningsunderlag framgår att schemalägningsprogrammet även ska kunna hantera en specifik konflikt, i detta fall att lärarnas ramtid (reglerad arbetstid) inte överskrids. Bilaga 2 som leverantören hänvisar till i sitt anbud ger inte information om att schemalägningsprogrammet har denna funktionalitet. Att kryssa i en ruta innebär inte att ett ska-krav uppfylls om detta inte även kan verifieras. Kommunen vidhåller att leverantören inte uppfyller ska-kravet avseende 1.5, ramtid, och därmed är anbudet inte kvalificerat för en utvärdering.

IST anför vidare bl.a. följande. Anbudsförfrågan uppställer inte något krav på verifikation eller styrkande av funktionalitet utöver anbudsgivarens bekräftelse. Efterfrågad bekräftelse lämnas genom att anbudsgivaren sätter ett kryss i en för den specifika funktionaliteten särskilt utformad kryssruta. I anbudsförfrågan lämnas därtill möjlighet för anbudsgivaren att hänvisa till bifogad produktbeskrivning. IST har bekräftat att produkten har funktionalitet för att varna om att lektion är på väg att schemaläggas utanför lärares ramtid. Av bifogad beskrivning av produkten framgår hur dessa varningar är utformade. Därigenom har IST:s anbud uppfyllt ska-kravet på det vis som föreskrivs i anbudsförfrågan. Det framgår inget krav på att leverantö-

ren har att, på ett objektivt godtagbart sätt, styrka funktionaliteten. Kommunen har begärt en bekräftelse från anbudsgivaren av att funktionaliteten finns och har erhållit jakande svar från IST. Kommunen verkar i sammanhanget dock göra skillnad mellan om anbudsgivaren har bekräftat en viss funktionalitet direkt i anbudsfrågan eller om motsvarande bekräftelse lämnas i löptext i en bifogad produktbeskrivning. Distinktionen är irrelevant då det inte torde ha någon betydelse i vilken form en bekräftelse lämnas så länge den besvarar det specificerade obligatoriska kravet på funktionalitet. En produktbeskrivning utgör i sammanhanget inte ett bättre bevismedel än en uttrycklig bekräftelse av den specifikt efterfrågade funktionaliteten. Slutligen framgår det inte av anbudsfrågan att det skulle vara ett obligatoriskt krav för kvalificering att bekräftelse av särskilt utpekad funktionalitet bekräftas såväl direkt i anbudsfrågan som i en bifogad produktbeskrivning. Vidare är påståendet att beslutet skulle ha föranletts av IST:s anbud felaktigt med anledning av att kommunen själva angett att det föranletts av deras egen uppfattning som baserats på ett möte som ägde rum flera månader innan IST lämnade in sitt anbud. Kommunen får inte lägga omständigheter som inte uttryckligen efterfrågats till grund för sina kvalificeringsbeslut. Det som är relevant inom ramen för upphandlingen är att offererad produkt har efterfrågad funktionalitet vid tidpunkten för anbudets upprättande.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leverantör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts. En-

ligt 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid bedömning av vilken rättsföljd som är lämpligast i ett visst fall har rätten att ta ställning till vilket skede av upphandlingen som den eller de konstaterade överträdelserna har påverkat. Rör det sig exempelvis om brister som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, till exempel brister i förfrågningsunderlaget, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om. Om det istället rör sig om överträdelser i kvalificeringsfasen eller tilldelningsfasen, då anbud eller anbudsansökningar redan har lämnats, kan dessa i många fall avhjälpas genom rättelse. En första förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. När det är fråga om överträdelser i både det konkurrensuppsökande skedet och i senare stadier av upphandlingen bör det endast bli aktuellt med ett beslut om att upphandlingen ska göras om.

I den upphandlingsrapport som upprättats av kommunen motiveras det faktum att IST inte bedöms uppfylla det aktuella ska-kravet med att Jan Dahlgren från IST den 15 maj 2014 visat det offererade schemaprogrammet inför sex schemaläggare från grundskolan och gymnasiet i Borås Stad, och att denne då sagt att programmet inte kan hantera och varna om lärarnas reglerande ramtid överskrids. Det kan inte anses förenligt med det i LOU uppställda kravet på transparens att väga in information som kommunen fått från ett bolag långt innan en upphandling inletts. Kommunen har därför förfarit felaktigt då den uteslutit IST på denna grund.

Kommunen har först i förvaltningsrätten hävdat att det i själva anbudet framgår att ska-kravet inte är uppfyllt. Så länge saken inte ändras kan förvaltningsrätten beakta omständigheter som uppkommit först i domstolen, jfr HFD 2013 ref. 5.

I bilagan till IST:s anbud anges att ”programmet känner av de konflikter som uppstår och visar optiskt, med varningsrutor, ljud eller aktiverar checkboxar för att ge möjlighet att acceptera konflikter eller inte”. Vidare har bolaget med hjälp av grafik visat ett exempel på hur detta skulle kunna se ut. Därmed får det anses framgå av underlaget att det aktuella ska-kravet är uppfyllt. Det faktum att ordet ”ramtid” inte uttryckligen nämns i bilagan till anbudet förändrar inte denna bedömning. Kommunens agerande har lett till att IST har lidit eller riskerat att lida skada samt att det därmed finns grund för att förordna om ingripande enligt LOU. Det har i överprövningen inte framkommit att det skett någon felaktighet i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Med beaktande av det som IST har yrkat i målet beslutar förvaltningsrätten att rättelse ska ske genom en ny utvärdering där även IST:s anbud beaktas. Upphandlingen får avslutas först sedan sådan har gjorts.

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

Susanne Karlberg

Föredragande har varit Sara Norman Heckscher.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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.

