



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2014-02-26
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3876-13 E

SÖKANDE

Ida Infront AB, 556316-2469
Box 576
581 07 Linköping

Ombud: Advokat Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Specialpedagogiska skolmyndigheten
Box 1100
871 29 Härnösand

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-02-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 68421

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Specialpedagogiska skolmyndigheten AB (SPSM) genomför upphandling av e-arkiv baserat på ramavtalet "E-förvaltningsstödjande tjänster 2010" (ärende nr 93-60-09) (ramavtalet). Avrop från ramavtalet (dnr UPP2013/207) (upphandlingen) har genomförts med förnyad konkurrensutsättning. Utvärdering har skett enligt viktning om 70 % konverterings- och exporttjänst och 30 % förvaringspris där lägsta sammantagna pris antagits. Ida Infront AB (bolaget) avstod från att lämna avropssvar och upplyste SPSM om skälen till det. Av tilldelningsbeslutet framgår det att endast en leverantör, Cybercom Group AB (Cybercom), lämnat avropssvar, varpå Cybercom tilldelats kontraktet.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. SPSM har brutit mot principerna om lika-behandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU genom att vid utvärderingen beakta Cybercoms anbud, trots att anbudet innehåller prispåverkande reservationer som medför att anbudet är orent och därför borde ha förkastats. SPSM:s överträdelse av LOU har medfört att bolaget har lidit skada genom att inte kunna lämna avropssvar i upphandlingen och därigenom gått miste om möjligheten att tilldelas kontrakt. Då bristerna inte rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan anbudsutvärderingen, skulle förvaltningsrätten vid valet av påföljd, normalt ha beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Eftersom det dock, i och med att Cybercoms anbud förkastats, inte finns något anbud som uppfyller samtliga krav ska förvaltningsrätten istället förordna att upphandlingen ska göras om.

Av fast rättspraxis framgår det att anbud som innehåller avvikelser eller reservationer mot förfrågningsunderlagets krav och villkor är att betrakta som orena anbud och ska förkastas. De kalkyler som anbudsgivarna gör inför att lämna avropssvar bygger på att de åtaganden som specificerats av

SPSM, i form av ska-kraven, ska fullgöras utan avvikelser eller reservationer. Det är anbudsgivarna som bär den ekonomiska risken för sin kalkyl och det anbudspris som offereras. Reservationer innebär att anbudsgivaren frånhänder sig en del av denna risk, och istället övervältrar den på den upphandlande myndigheten, genom att anbudsgivaren anger att dess anbud endast gäller under vissa förutsättningar som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Om den upphandlande myndigheten accepterar ett anbud som innehåller reservationer, det vill säga inte tillmäter reservationerna någon betydelse vid anbudsutvärderingen, uppstår det därför en obalans – en bristande likabehandling – mellan den anbudsgivare som reserverat sig och övriga anbudsgivare som har bemödat sig om att lämna anbud helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, eller som avstått från att lämna anbud för att man bedömt att man inte kunnat uppfylla kraven. Eftersom den upphandlande myndighetens agerande innebär att myndigheten avviker från de krav och villkor som myndigheten själv har uppställt i förfrågningsunderlaget, innebär agerandet också ett oförutsebart utfall, bristande transparens, i upphandlingen.

Cybercom har gjort följande prispåverkande reservationer. I avropsförfrågan avsnitt 10.2 framgår det att tjänsten ska kunna konvertera SPSM:s elektroniska handlingar till ett godkänt arkivformat oavsett i vilket format och i vilket system handlingen finns idag. Så som kravet är formulerat är det tydligt att det är ett ska-krav att anbudsgivarna ska kunna konvertera elektroniska handlingar till ett godkänt arkivformat oavsett vilket format handlingen har från början eller i vilket system handlingen finns. Detta innebär att anbudsgivarna ska kunna konvertera samtliga existerande eller tidigare existerande format. Med anledning av kravet ställde bolaget en fråga till SPSM om det gick att förtydliga eller omformulera första kravet att tjänsten ska kunna konvertera handlingar oavsett i vilket format och i vilket system handlingen fanns. Svaret löd ”Den nya formuleringen blir: - Konvertera Specialpedagogiska skolmyndighetens elektroniska handlingar

till godkända arkivformat.” I och med det nya svaret så omformulerade SPSM kravet men kravets innebörd kvarstod, det vill säga att det inte fanns någon begränsning i vilka filformat som anbudsgivarna skulle kunna konvertera. Det framgick inte vilka system och vilken information som skulle bli föremål för arkivering och bevarande inom ramen för avtalet. Dessutom var kravet inte möjligt att uppfylla eftersom diariesystem kan innehålla filer av godtyckliga format, exempelvis ljud, video, binärfiler och systemspecifika format som antingen kan sakna konverteringsmöjligheter eller sakna motsvarande kodkända arkivformat enligt Riksarkivets föreskrifter. Bolaget valde därför att inte lämna anbud utan skickade ett brev till SPSM där bolaget förklarade skälen till att bolaget inte lämnade anbud, vilket bifogas ansökan om överprövning. Av brevet framgår det att bolaget ansåg att förutsättningar och kravställning inte var tillräckligt preciserad för att kunna lämna ett svar med korrekt prissättning.

Cybercom har i sitt anbud angett en mängd format för konvertering och angett att ”Om kunden önskar konvertera andra format är detta möjligt i den befintliga arkitekturen. Eventuella kostnader för detta kan tillkomma och i skall i sådana fall överenskomma mellan kunden och leverantören.” Det framgår därför tydligt att Cybercom har begränsat anbudet till att bara gälla vissa specifika format i strid med förfrågningsunderlaget. Cybercom har därför inte heller lämnat något fast pris på den efterfrågade tjänsten. Cybercom har gjort ett förbehåll om att Cybercom kommer ta ytterligare betalt för tjänsten att konvertera format, vilket SPSM ställt som ska-krav att anbudsgivarna ska kunna tillhandahålla. Cybercom har räknat upp vilka format som ingår i Cybercoms pris och vissa format ingår därför inte i Cybercoms pris.

I avropsförfrågan avsnitt 10 framgår det: ”Inledningsvis kommer handlingar i myndighetens diarie- och ärendehanteringssystem W3D3 läggas över till långtidsarkivet. Myndigheten kan också komma att behöva lägga över

handlingar från andra system, såsom Agresso och Profdoc Medical Office (PMO), men det kommer eventuellt inte att ske under avtalsperioden.” Med anledning av kravet ställde bolaget frågan: ”Flera av kraven är beroende av en arbetsinsats, integration eller konfiguration av tjänsten. Exempelvis själva avställningen/ exporten från ett specifikt system kräver en arbetsinsats som beror på vilka exportmöjligheter systemet har och om det finns kundspecifika anpassningar i systemet. Är avsikten att detta arbete avropas som tillkommande införandestödjande tjänster enligt ramavtalet för respektive arkiverande system?” SPSM:s svar var: ”Nej, avsikten är att dessa tjänster ska ingå i det pris som leverantören anger.” SPSM svarade därmed att tillkommande arbete för ovanstående system ska ingå i angivet pris, det vill säga att det är ett ska-krav. SPSM verkar vara av den inställningen att det inte är ett krav att konvertering från samtliga system ska ingå i offererat pris utan bara vanliga format. Det står i strid med både förfrågningsunderlaget där det står att pris ska omfatta all funktionalitet och SPSM:s svar på frågan om tjänsterna ska ingå i priset. Det finns inget stöd för SPSM:s tolkning att pris endast ska omfatta idag vanliga format utan anbudsgivarna måste självfallet prissätta samtliga funktioner som framgår av förfrågningsunderlaget, det vill säga konvertering av alla format från samtliga system.

Cybercom har i sitt anbud angett: ”Om kunden under avtalstiden önskar ställa av fler system än W3D3 tillkommer två kostnader. En kostnad för konverterings-/exporttjänst och en kostnad för förvaringstjänst. Kostnaden för konverterings-/exporttjänst är då en engångskostnad och offereras vid förfrågan. Kostnaden är direkt kopplad till det arbete som läggs ner för att sätta upp tjänsten. Detta görs till en timkostnad på 1200 kr/ timme. Kostnaden för förvaringstjänst per ytterligare system är 23 500 kr/ månad”. Cybercom har därefter angett pris för olika lagringsmängder. Cybercom har reserverat sig genom att göra ett förbehåll om att kostnader i tjänsten tillkommer för två av systemen, samt för löpande arbete för dessa system.

Av avropsförfrågan avsnitt 12 framgår det att pris ska lämnas exklusive moms och ska omfatta all funktionalitet som beskrivs i den här avropsförfrågan. SPSM verkar bortse från att anbudsgivarna måste lämna pris på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget och att anbudens utvärderingspris måste kunna jämföras med varandra. Det är ostridigt i målet att anbudsgivarna ska kunna konvertera samtliga format. Det är därför en funktionalitet och priset ska därför även omfatta konvertering av ”mer udda format”.

Reservationerna som Cybercom har gjort innebär att den totala kostnaden för SPSM är okänd, och i vart fall betydligt högre än vad Cybercom har angett. Cybercoms anbud är därför ett orent anbud som inte borde ha utvärderats, utan förkastats. Genom att ändå utvärdera och anta Cybercoms anbud, som om det inte innehöll några reservationer, har SPSM brutit mot såväl likabehandlingsprincipen som transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Om det på förhand framgått att SPSM skulle komma att acceptera prispåverkande reservationer mot uppställda ska-krav, skulle bolaget ha kunnat lämna anbud i upphandlingen och skulle då ha fått möjlighet att tilldelas kontrakt. Bolaget skulle om det framgått att reservationer skulle komma att accepteras ha fått möjlighet att lämna anbud och tilldelas kontrakt.

SPSM:s överträdelse har medfört att bolaget har lidit eller i vart fall riskerar att lida skada. Eftersom Cybercom är den enda anbudsgivaren i upphandlingen finns inga anbud att anta som uppfyller samtliga krav och därför ska upphandlingen göras om.

SPSM anser sig inte ha brutit mot principerna om likabehandling och transparens genom att anta Cybercoms anbud. Anbudet innehåller inte prispåverkande reservationer eller avvikelser och reservationer mot förfrågningsunderlagets krav och villkor som medför att anbudet är orent och därför borde ha förkastats.

Den prissättningsmodell som SPSM valt innebär inte en exakt prissättning av hela den tjänst som myndigheten avser att köpa under avtalsperioden, utan ett pris som ska användas vid utvärderingen. Ett utvärderingspris måste sättas för att kunna jämföra de olika anbudsgivarnas pris i de fall den avropande myndigheten inte vid tidpunkten för avropet från ett statligt ramavtal vet exakt vilken tjänst som kommer att avropas under avropsavtalets löptid.

Det är vanligt vid ett avrop, där det finns konkurrerande anbud, att den avropande myndigheten först väljer vilken leverantör som ska användas och därefter gör de konkreta beställningarna, eftersom det ofta är omöjligt att redan när leverantör bestäms också, veta exakt vilka varor eller tjänster som kommer att beställas under avtalsperioden. Prissättningen av tjänsten som beskrivs i avsnitt 12 i avropsförfrågan anger ett möjligt scenario att 30 000 ärenden som i genomsnitt innehåller handlingar om sammanlagt 500 KB ska överföras till e-arkivet.

Angående myndighetens krav på tjänsten i avropsförfrågan avsnitt 10 framgår att leverantören ska kunna konvertera SPSM:s elektroniska handlingar till ett godkänt arkivformat. Av anbudet framgår det att det kan tillkomma kostnader om konverteringen sker från ett annat format än de Cybercom räknar upp. Cybercom uppfyller därmed det ska-krav som SPSM ställt i avropsförfrågan, nämligen att konvertering ska kunna ske av samtliga handlingar till godkänt arkivformat. Det är en annan sak att leverantören behöver ta ut ett särskilt pris för konvertering av mer udda format.

I den prissättningsmodell som används finns inte något krav på att priset även ska avse konvertering av mer udda format. SPSM anser att Cybercoms pris omfattar kostnader för konvertering, export och förvaring av dokument. Att Cybercoms pris ser annorlunda ut för konvertering, export

och förvaring av dokument i andra system diskvalificerar inte Cybercoms anbud. Den modell för prissättning som anges i anbudsförfrågan innebär inte att priset ska ange hur mycket det kostar att konvertera handlingar i alla format som finns, och under avtalsperioden kommer att finnas på marknaden, utan skrivningen måste tolkas som att priset ska sättas utifrån idag vanliga format, vilket även den antagna anbudsgivaren utgått från. Kravet på att priset ska omfatta all funktionalitet innebär att samtliga skräv i förfrågningsunderlaget ska vara uppfyllda, vilket det antagna anbudet gjort, inklusive kravet på konvertering från alla format.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

I målet ska lagen om offentlig upphandling i dess lydelse före den 15 juli 2010 tillämpas.

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap. 2 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att det antagna anbudet från Cybercom inte uppfyllt kraven i avropsförfrågan, eftersom det innehållit prispåverkande reservationer. Vidare har bolaget anfört att SPSM avvikit från de krav och villkor som myndigheten själv uppställt i avropsförfrågan vid anbudsutvär-

deringen. Bolaget anser därför att SPSM har brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen och orsakat bolaget skada.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. Likabehandlingsprincipen innebär bland annat att krav och utvärderingskriterier i en upphandling ska tillämpas likadant gentemot samtliga leverantörer. Transparensprincipen innebär bland annat att krav och tilldelningskriterier i en upphandling ska tillämpas på ett förutsebart sätt som begränsar den upphandlande myndighetens utrymme för skönsmässiga bedömningar. Att godkänna en leverantör trots att dennes anbud inte uppfyller de krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten är inte tillåtet (se Asplund m fl, *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, s 39-41; EU-domstolens dom i mål nr C-243/89). Icke-prissatta reservationer som har en inverkan på anbudssumman och som inte kan anses vara försumbara, kan medföra att likabehandlingsprincipen åsidosatts. Tillägg som medför att den upphandlande enheten saknar möjlighet att göra relevanta jämförelser mellan avgivna anbud kan utgöra en reservation och därmed vara ett orent anbud. (Kammarrätten i Stockholm mål nr 6020-07; Kammarrätten i Göteborg mål nr 7735-05).

Av avropsförfrågan avsnitt 10 framgår att tjänsten ska kunna konvertera SPSM:s elektroniska handlingar till ett godkänt arkivformat oavsett i vilket format och i vilket system handlingen finns idag. Formuleringen har ändrats under upphandlingens gång till att tjänsten skulle kunna konvertera SPSM:s elektroniska handlingar till godkända arkivformat. Av avropsförfrågan avsnitt 12 framgår att ”pris ska ... omfatta all funktionalitet som

beskrivs i den här avropsförfrågan.” SPSM har anfört att de format som avsetts i avropsförfrågan varit normala format. Eftersom det inte anges att fråga är om normala format i avropsförfrågan eller de justerande svar som SPSM avgett, gör förvaltningsrätten bedömningen att avropsförfrågan får anses ha avsett alla format. Anbudspriset avser alltså alla format.

Cybercom uppger indirekt i sitt anbud under rubriken prismodell att Cybercom kan konvertera alla format, men att kostnader för andra format än de vanligaste formaten eventuellt kan tillkomma och i så fall överenskommas mellan kunden och leverantören. Förvaltningsrätten finner att Cybercom inte har lämnat anbud på samtliga format och anbudet uppfyller därmed inte avropsförfrågans ska-krav.

Utredningen i målet utvisar inte om de icke-prissatta formaten i Cybercoms anbud utgör en försumbar del av anbudssumman. Denna brist får anses falla tillbaka på SPSM:s otydliga avropsförfrågan. Förvaltningsrätten anser att utredningsbördan för de icke-prissatta formatens del av anbudssumman och bevisbördan för att de utgjort en försumbar del av anbudssumman bör ligga hos SPSM, eftersom SPSM vet vilka format som upphandlingen avser. Då SPSM inte visat att de icke-prissatta formatens del i anbudssumman varit försumbara så får prisreservationen anses ha påverkat anbudssumman på ett sätt som inte kan anses försumbar.

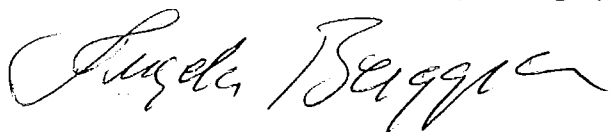
Cybercom har också angett pris för det fall SPSM önskar ställa av fler system än W3D3. Anbudet i denna del får anses utgöra ett tillägg. Cybercoms anbud kan därför inte, för det fall det skulle funnits fler anbudsgivare, jämföras på ett relevant sätt. Sammanfattningsvis så har Cybercom dels reserverat sig ifråga om pris och dels inte uppfyllt de krav som ställts i avropsförfrågan. Anbudet får därmed anses vara orent.

Bolaget valde att inte lämna anbud på grund av oklarheter om vilka system och vilken information som var föremål för arkivering i avropsförfrågan. Cybercoms anbud återspeglar dessa brister i avropsförfrågan eftersom Cybercom angett prisreservationer och prissatta tilläggslösningar. Trots Cybercoms orena anbud så beslutade SPSM att tilldela Cybercom kontrakt. SPSM har därigenom brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen vid upphandlingen.

Om avropsförfrågan hade varit tydlig ifråga om vad upphandlingsobjektet avsåg så hade bolagets möjligheter att lämna anbud vid upphandlingen sannolikt varit större. Om SPSM också hade förkastat Cybercoms orena anbud, så hade bolaget sannolikt haft större möjlighet att kunna lägga anbud vid en ny upphandling. Bolaget får därmed anses ha riskerat att lida skada om SPSM tecknat kontrakt med Cybercom.

Då upphandlingen endast haft en anbudsgivare, det lämnade anbudet varit orent och likabehandlingsprincipen och transparensprincipen inte iakttagits vid upphandlingen, finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

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



Ingela Berggren
rådman

Målet har föredragits av föredraganden Benjamin Älmedal.



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.