



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 32

DOM
2015-06-24
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
4673-15

Sida 1 (11)

SÖKANDE

Redpill Linpro AB, 556641-0576

Ombud: Advokaterna Joakim Lavér och Erik Gadman
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2015 -06- 2 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Inera AB, 556559-4230
Box 17703
118 93 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Redpill Linpro AB:s ansökan
om överprövning.

Dok.Id 618362

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 OCH YRKANDEN M.M.

Inera AB (Inera) genomför en upphandling avseende applikationsförvaltning av Nationella tjänsteplattformen (dnr 201409-025).

Upphandlingen sker genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut framgår att Inera avser att teckna avtal med Kentor IT AB (Kentor).

Redpill Linpro AB (Redpill) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet från Kentor förkastas. Till stöd för sin talan anför Redpill bl.a. följande.

Kentors två referensuppdrag uppfyller inte kraven på att vara baserat på öppen källkod och omfatta minst 250 000 anrop per dygn i punkten 3.4.2 i förfrågningsunderlaget. Kentors referensuppdrag för SLL uppfyller inte kravet eftersom det i anbudet anges att uppdragen är byggda i Java- .Net och PL/SQL-Apex-miljö. Inte heller referensuppdraget som utförts för eHälsomyndigheten är baserat på öppen källkod. Anledningen är att eHälsomyndighetens system, som uppdraget avser, bygger på applikationerna OSL och Pascal. OSL är baserat på en integrationsplattform tillhandahållen av företaget Oracle och är inte licensierad som öppen källkod. Pascal bygger på en Microsoftbaserad teknologi och är inte heller licensierad som öppen källkod. Om det stämmer att referensuppdraget hos eHälsomyndigheten baseras på SOA och öppen källkod, vilket bestrids, torde detta vara lätt för Inera att visa. En upphandlande enhet får inte bortse från skallkrav, även om bristande kravuppfyllelse blivit känd först i samband med en överprövningsprocess.

Kentors anbud uppfyller inte heller kravet på att offererad personal ska tala svenska. I punkten 3.6 i förfrågningsunderlaget anges att samtliga leverantörens resurser, som kan komma i kontakt med Inera, ska kunna

uttrycka sig på flytande svenska i såväl tal som skrift. Mot bakgrund av hur uppdraget kommer att utföras innebär kravet att alla resurser måste kunna uttrycka sig på flytande svenska i tal och skrift. Detta särskilt eftersom Inera i punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget anger att leverantörens resurser ska, på begäran av Inera, medverka vid möten, personliga intervjuer eller telefonintervjuer uppsatta för att verifiera att resursen motsvarar ställda krav och förväntningar. Kentors låga pris kan enbart bero på att Kentor offererar konsulter stationerade utomlands som inte talar flytande svenska. Utformandet av kravet strider också mot transparensprincipen. Det ställdes tre frågor om kravet under upphandlingen. Flera anbudsgivare uppfattade därmed kravet som otydligt. Ineras svar på frågorna är kortfattade och intetsägande. Eftersom kravet varit otydligt har Redpill inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Kentor har också ingått ett avtal i strid med 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579). Det är i regel inte tillåtet för ett företag som hade kunnat lämna ett eget anbud att samarbeta med en konkurrent för att lämna ett gemensamt anbud i upphandling eller att använda sig av det andra företaget som leverantör. Det är tillräckligt att företaget har haft möjlighet att lämna ett eget anbud för att samarbetet ska vara förbjudet. Konkurrensbegränsande samarbeten är ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan leda till uteslutning. Ett avtal som är förbjudet är civilrättsligt ogiltigt. Callista har haft möjlighet att själv lämna ett anbud, inte minst då Callista de facto lämnat ett eget anbud i upphandlingen. Även om anbudssamverkan är tillåten måste den begränsas till vad som är nödvändigt. Det finns ingenting som talar för att samarbetet har varit nödvändigt. Mot bakgrund av att Kentor har ca 270 anställda konsulter kan Callistas tillhandahållande av fyra konsulter inte ha varit av betydelse för Kentors möjlighet att lämna anbud. Det vore orimligt om Redpill ålades att visa att samarbetet haft ett konkurrensbegränsande syfte eller konkurrensbegränsande effekter. Eftersom bolagen har ingått ett civilrättsligt ogiltigt avtal innebär det att Kentor inte har tillgång till den

åberopade kapaciteten och således inte uppfyller de obligatoriska kraven. Att utvärdera och anta ett anbud som baseras på ett förbjudet samarbete mellan konkurrenter strider också i sig mot 1 kap. 9 § LOU. Inera har därmed brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling.

Den testare som Kentor erbjudit uppfyller inte kravet om lägst kompetensnivå 3 enligt punkten 3.5.4 och 3.7 i förfrågningsunderlaget. Offererad testare uppfyller vidare inte kravet att under de tre senaste åren ha arbetat i rollen som testare till en omfattning om minst 50 procent av en heltidstjänst. Det framgår av testarens CV att denne inte har arbetat som testare under de tre år som föregår sista anbudsdag. Det första uppdraget som testare påbörjades i september 2012, dvs. mindre än tre år innan sista anbudsdag. Kravet kan inte tolkas som att det är den effektiva tiden, räknat i månader, under de tre senaste åren som är avgörande. Det "område" som testaren måste ha erfarenhet av är enligt bolagets uppfattning "området eHälsa". Testaren har inte arbetat som konsult inom området eHälsa under en tillräckligt lång period. Kravet på att testaren har utbildning kan inte tolkas på annat sätt än att konsulten ska ha avslutat sin utbildning. Offererad testare kan inte heller anses ha genomfört ett flertal liknande uppdrag senast två år innan sista anbudsdagen i upphandlingen, vilket var en förutsättning för att uppnå nivå 3. Det är också oklart vad som anses vara "liknande uppdrag".

Redpill har lidit skada av överträdelserna. Om Inera hade agerat i enlighet med LOU och förkastat Kentors anbud skulle Redpill ha hamnat på första plats i utvärderingen och tilldelats aktuellt kontrakt. Om bolaget varit medvetet om att det, trots språkkravets formulering, var tillåtet att offerera icke svenskatalande personal hade Redpill dessutom kunnat basera sitt anbud på att vissa uppgifter skulle genomföras av icke svensktalande personal, och därmed erbjudit ett lägre pris.

Inera bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför till stöd härför i huvudsak följande.

Kentors anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav. Kentor har i sitt anbud svarat att applikationens transaktionsvolym överskrider 250 000 anrop per dygn samt att den baseras på SOA och öppen källkod. Kentor har refererat till en bilaga som visar att övriga krav i punkten 3.4.2 uppfylls. Det har inte framgått av Kentors anbud att referensuppdraget hos eHälsomyndigheten innefattar OSL och Pascal. Redpill har inte heller styrkt detta påstående.

Kravet på flytande svenska syftar till att säkerställa att tjänsten kan fullgöras under hela avtalstiden. En dialog ska kunna föras med leverantören på svenska när kontaktbehov uppstår. Inera behöver inte kunna kontakta samtliga personer som på något sätt jobbar direkt eller indirekt med leveransen hos leverantören. Det skulle i sig vara ett oproportionerligt krav. Kentor har i sitt anbud kryssat "JA" i rutan för att språkraven är uppfyllda. Den omständigheten att Kentor erbjudit ett totalpris 15 procent under närmaste anbudsgivare innebär ingen presumtion för att bolaget erbjuder utlandsstationerade konsulter. Det finns inte heller en presumtion för att sådana konsulter inte kan tala svenska. Redpill har inte angett vilka resurser som inte uppfyller språkravet.

Samarbetet mellan Kentor och Callista är inte ogiltigt enligt KL. En leverantör får vid behov åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det är inte tillräckligt att en av konkurrenterna har möjlighet att lämna ett eget anbud för att samarbetet ska anses vara förbjudet. Om en anbudsgivare behöver komplettera sina resurser med en underleverantörs resurser har anbudsgivaren inte självständigt samtliga resurser för att lämna ett anbud. Även Callista har åberopat resurser hos en underleverantör, vilket talar för att Callista inte heller självständigt har de resurser som krävs. Samarbetet måste också ha ett konkurrensbegränsande

syfte eller faktiska och potentiella konkurrensbegränsande effekter. Redpill har inte visat sådana effekter, särskilt sedan Kentor är 15 procent billigare än näst billigast anbudsgivare. Även om Redpill skulle kunna påvisa sådana effekter föreligger inte ogiltighet per automatik.

Den offererade testaren uppfyller kravet på lägsta kompetensnivå 3 och kompetensnivå 2. Testaren uppfyller också kravet på att ha arbetat minst 4 år inom området. Det finns inget krav på att arbetet ska ha utförts efter examen. Konsulten har vidare arbetat som testare under minst 50 procent under de senaste tre åren. Begreppet "område" avser inte området eHälsa så som Redpill gör gällande. Testaren behöver endast ha kunskap och erfarenhet inom området eHälsa.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grund av vad bolaget anfört finns grund för att ingripa mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (se HFD 2013 ref. 5). Som huvudprincip krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU. Det är inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden måste visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalas (se HFD 2013 ref. 53).

Krav gällande SOA och öppen källkod

Enligt Redpill uppfyller vinnande anbudsgivare inte kravet på att minst ett av två referensuppdrag ska vara baserat på SOA och öppen källkod i punkten 3.4.2 i förfrågningsunderlaget.

Kentor har i sitt anbud angett att applikationen som använts vid referensuppdrag åt eHälsomyndigheten är baserat på SOA och öppen källkod samt hänvisat till en bilaga. När det gäller referensuppdraget för SLL har Kentor angett att applikationen är baserad på öppen källkod och hänvisat till en bilaga. Av det material som finns i målet går det, enligt förvaltningsrättens mening, inte att dra slutsatsen att Kentor inte uppfyller aktuellt krav beträffande SOA och öppen källkod. Det framgår t.ex. inte att referensuppdraget åt eHälsomyndigheten skulle ha byggts på applikationerna OSL och Pascal så som Redpill anför. Förvaltningsrätten finner därmed inte skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Språkkrav

I punkten 3.6 i förfrågningsunderlaget ställs kravet att samtliga av leverantörens resurser, som kan komma i kontakt med Inera, ska kunna uttrycka sig på flytande svenska i såväl tal som skrift. Redpill menar i första hand att Kentor inte uppfyller språkkravet och i andra hand att kravet är otydligt i fråga om vilka personer som ska kunna uttrycka sig på svenska.

Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer. Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling. Detta innebär att den upphandlande myndigheten är den som får anses bäst lämpad att utvärdera

lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 5 september 2012 i mål nr 2304-12).

Förvaltningsrätten anser att språkravet rimligen bör tolkas på det sätt som Inera har anfört, dvs. att enbart resurser som kan tänkas komma i kontakt med Inera måste kunna uttrycka sig på svenska och därmed inte alla personer som på något sätt jobbar direkt eller indirekt med leveransen hos leverantören. Även om det vore önskvärt att detta tydligare hade framgått av förfrågningsunderlaget, och Ineras svar på frågor, anser förvaltningsrätten att bristen inte är så allvarlig att de principer som bär upp LOU och EU-rätten träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Kentors har i sitt anbud bekräftat att bolaget uppfyller språkravet genom att kryssa "JA" i en ruta. Den omständigheten att Kentor erbjudit ett totalpris 15 procent under närmaste anbudsgivare kan enligt domstolens mening inte på något sätt anses visa att aktuella konsulter inte skulle kunna tala svenska. Det har inte heller i övrigt framkommit att Kentor inte uppfyller språkravet. Det saknas därmed skäl för ingripande på den grunden att Kentor inte uppfyller kravet eller att kravet skulle vara otydligt på så sätt att det strider mot transparensprincipen.

Kompetenskrav på offererad testare

Redpill har vidare anfört att erbjuden testare varken når upp till kompetensnivå 3 i enlighet med kraven i punkten 3.7 eller kravet på att testaren de senaste tre åren, räknat från sista anbudsdag, ska ha arbetat i rollen som testare till en omfattning om minst 50 procent av en heltid enligt punkten 3.5.4. Redpill har härvid framfört omfattande invändningar.

I förfrågningsunderlaget ställs följande krav för att erbjuden testare ska uppnå kompetensnivå 3.

Kunskap – hög kompetens och utbildning inom området

Erfarenhet – 4-8 år som konsult inom området, är förebild för andra konsulter på lägre nivå. Har befunnit sig på nivå 2 under minst 2 år

Ledning – tar ansvar för delområde, kan leda mindre grupp

Självständighet – kan arbeta självständigt

För att uppnå kompetensnivå 2 ställs följande krav.

Kunskap – har utbildning inom området, viss svårhetsgrad

Erfarenhet – 1-3 år som konsult inom området, har deltagit i eller utfört ett flertal liknande uppdrag

Ledning – kräver arbetsledning

Självständighet – kan självständig utföra avgränsade arbetsuppgifter

Enligt förvaltningsrättens mening kan kravet på kompetens och utbildning "inom området" inte förstås på så vis att det endast avser området eHälsa. I det aktuella kravet (punkt 3.5.4) anges att en testare ansvarar för test och verifiering av ett IT-system. Enligt domstolens mening måste det rimligen vara detta område (IT-system) som avses. Förvaltningsrätten anser vidare att det av ordalydelsen får anses framgå att det är tillräckligt med erfarenhet från två uppdrag för att testaren ska uppnå kravet att ha deltagit i eller utfört flertalet liknande uppdrag. Vidare framgår inte att testaren måste ha tagit ut sin examen för att nå upp till kompetensnivå 2. Förfrågningsunderlaget kan därmed inte anses otydligt i dessa avseenden på sätt som strider mot LOU.

Inera menar att offererad testare uppfyller kompetensnivå 2 och 3 och har i denna del anfört bl.a. följande. Testaren har den 10 juni 2010 slutfört kurser för att erhålla en kandidat inom medie- och kommunikationsteknik varför kravet på utbildning i nivå 2 uppfylls. Testaren uppfyller vidare kravet på erfarenhet i nivå 2. Testaren har från våren 2012 deltagit i ett flertal liknande uppdrag och från september 2012 deltagit i tre liknande uppdrag. Testaren tog ut sin examen i juni 2012, har arbetat nästan 5 år

inom området och befunnit sig på kompetensnivå 2 under mer än två år vid anbudstillfället. Kraven i kompetensnivå 3 är därmed uppfyllda.

När det gäller frågan huruvida testaren uppfyller kravet att ha arbetat i rollen som testare till en omfattning av minst 50 procent av en heltid under de senaste tre åren, räknat från sista anbudsdag, konstaterar förvaltningsrätten följande. Det aktuella kravet kan, så som Inera har anfört, uppfyllas om testaren arbetar 50 procent under tre år. Testaren har då har arbetat 18 månader effektiv tid. Enligt Inera ska kravet tolkas på så sätt att en testare också kan uppfylla kravet om denne har arbetat heltid under 18 månader, dvs. även här 18 månader effektivt arbete. Att tolka kravet på något annat sätt skulle enligt Inera vara oproportionerligt och leda till bristande likabehandling. Inera har vidare anfört att testaren uppfyller detta krav eftersom personen har arbetat som testare i totalt 26 månader under de senaste tre åren räknat från sista anbudsdag.

Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta att testaren har arbetat 26 månader under de tre senaste åren räknat från sista anbudsdag. Vidare finner domstolen att Ineras tolkning av kravet får anses innefattas i upphandlande enhetens tolkningsutrymme samt att denna inte medför att de principer som bär upp LOU och EU-rätten har trätts för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Sammantaget anser förvaltningsrätten att det som Redpill har anfört inte visar att erbjuden testare inte når upp till aktuella kompetenskrav. Förvaltningsrätten finner också att utformandet av kraven, trots vissa brister, inte strider mot LOU.

Konkurrensbegränsande samarbete

Slutligen har Redpill anfört att anbudsgivarna Kentor och Callista ingått ett förbjudet avtal i strid med 2 kap. 1 § konkurrenslagen och att Inera därför har handlat i strid med LOU när anbudet från Kentor antogs.

Kentor har i upphandlingen åberopat resurser i form av konsulter från Callista. Förvaltningsrätten konstaterar att en leverantör vid behov får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU.

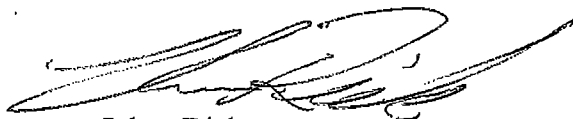
Förvaltningsrätten finner att det som framförts av Redpill i målet inte visar att Kentor och Callista har ingått ett konkurrensbegränsande avtal som vore ogiltigt. Kentor har således inte åberopat resurser som man inte förfogar över. Det har inte heller i övrigt framkommit omständigheter som medför att samarbetet på annat sätt skulle strida LOU. Det saknas därmed skäl till ingripande på denna grund.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten har ovan funnit att Redpill inte visat att Inera brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Inte heller vad Redpill anfört i övrigt medför att det finns skäl till ingripande enligt LOU, varför bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bifogad bilaga (DV3109/1A LOU).



Johan Rick

Förvaltningsrättsfiskal

Lizette Harletun Ilkhani 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 nå 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.