



SÖKANDE

Depona AB, 556578-3007

Ombud: Advokaterna Gabriella Fossum Gunnarsson och Björn Nicolai
Advokatfirman Vinge KB

MOTPART

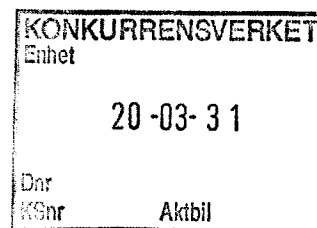
Umeå universitet

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå universitet (UmU) har infortrat anbud avseende 1950 års folkräkning (dnr FS 2.1.2-1625-19). Vid upphandlingen används förenklat förfarande.

Ett anbud har inkommit i upphandlingen, från Arkiv Digital AD AB (Arkiv Digital), som också antogs som leverantör.

Depona AB (Depona) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

UmU motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDE

Depona anför bl.a. följande.

UmU har utformat upphandlingen på ett sätt som innebär att endast en leverantör kan uppfylla ställda krav, vilket strider mot såväl likabehandlings- som proportionalitetsprincipen.

Depona är en leverantör på den relevanta marknaden och har både vilja och förmåga att konkurrera om det aktuella kontraktet om det inte vore för att det specifikt har utformats för en annan leverantör. Depona har därför lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada till följd av att UmU agerat i strid med LOU på ovan angivet sätt.

Sista anbudsdag var den 27 november 2019. Enligt Kravspecifikationen i upphandlingen ska uppdraget vara levererat senast den 30 december 2019, dvs. 25 dagar efter att tilldelningsbeslutet togs. I dessa 25 dagar ingår också helgdagar och juledighet. Dessutom löper en avtalsspärr efter tilldelningsbeslut, vilket förkortar tiden till 14 dagar. Detta ger leverantören totalt sju arbetsdagar att utföra uppdraget på.

Depona har ifrågasatt kravet på senaste leveransdag i Frågor och svar, eftersom det inte är praktiskt möjligt att utföra uppdraget inom denna snäva tidsram samt att kravet innebär att endast en leverantör kan delta i upphandlingen och vinna det aktuella kontraktet. UmU har bemött detta med följande förklaring (se Frågor och svar):

"Umeå universitetet är av uppfattningen att det obligatoriska kravet på leveranstid inte strider mot lagen om offentlig upphandling. Som universitetet angett tidigare är aktuellt projekt tidsbegränsat och en snabb tillgång till data är en nödvändighet för att uppfylla projektets åtaganden inom utsatt tid. Kravet kan därför inte anses vara otillbörligt och kvarstår därför. Det kan tilläggas att om det funnits tid för det hade universitetet utfört uppdraget i egen regi."

Vid anbudstidens utgång hade endast ett anbud inkommit och det var från den leverantör Depona hänvisat till i frågan till UmU, dvs. Arkiv Digital.

Det är inte möjligt att få tillgång till och digitalisera de aktuella handlingarna på det sätt som krävs under den snäva tidsram som ställts upp. För att få detta bekräftat har Depona ombett Riksarkivet att bl.a. redogöra för i) om arkivet har den aktuella informationen samt i så fall ii) meddela hur snabbt arkivet kan bereda en leverantör tillgång till informationen för att digitalisera den.

Riksarkivets svar visar tydligt att det aktuella uppdraget inte kan utföras under den tidsram som UmU ställt upp. Riksarkivets svar visar dessutom att den information som UmU lämnat om förutsättningarna för utförandet av uppdraget inte är fullständig och korrekt, vilket gör den i upphandlingen uppställda tidsramen än mer omöjlig att garantera för potentiella leverantörer.

Det får anses uppenbart i det aktuella fallet att endast en leverantör som redan har tillgång till uppgifterna ifråga kan leverera inom sju arbetsdagar efter ingånget avtal. Uppgifterna finns utspridda på olika landsarkiv och det är

högst oklart hur och inom vilken tid tillgången till dessa uppgifter kan säkerställas i praktiken.

Arkiv Digital har de i upphandlingen aktuella dokumenten mikrofilmade och skannade sedan tidigare som en del i bolagets affärsidé att sälja tjänster inom släktforskning. Detta innebär att Arkiv Digital kan extrahera data från de digitala filer som företaget redan har och på så sätt utföra uppdraget inom den snäva tidsram som uppställts. Arkiv Digital är unikt i detta avseende.

Kravet på att uppdraget ska vara slutfört redan den 30 december 2019 får därför en oproportionerligt konkurrensbegränsande effekt. Eftersom kravet innebär att endast en leverantör kan utföra uppdraget ifråga strider det även mot likabehandlingsprincipen. En upphandling får helt enkelt inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt innebär bl.a. att de tidsramar som den upphandlande myndigheten sätter inte får vara så snäva att viss eller vissa leverantörer gynnas (HFD 2012 ref. 48).

Det har inte framkommit att det varit nödvändigt, eller att det inte finns något mindre ingripande sätt att nå UmU:s mål på, varför kravet ifråga också står i strid med proportionalitetsprincipen. De åtgärder som den upphandlande myndigheten genomför får inte gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen på det sätt som gjorts i detta fall. Förutsättningarna för att utföra uppdraget såvitt gäller leveranstid framgår inte heller av upphandlingsdokumenten, vilket strider mot transparensprincipen.

Det krav som ställs på teknisk och yrkesmässig kapacitet i denna upphandling, såvitt gäller relevant erfarenhet, är att "Anbudsgivaren ska kunna visa

dokumenterad erfarenhet av arbete med digitala källor och större digitaliseringsuppdrag.", se punkt 3.1 i bilagan "ska-krav". UmU spekulerar kring att Depona inte torde ha sådan erfarenhet. Dessa spekulationer är helt felaktiga. Depona har omfattande erfarenhet av större digitaliseringsprojekt motsvarande den typ som upphandlas, bl.a. har Depona för en kund byggt en motsvarande databas baserat på 1,5 miljoner dokument och för en annan extraherat data och möjliggjort exakta sökningar enligt tydliga och omfattande specifikationer av ca 200 000 dokument.

Det är helt irrelevant, och därmed oproportionerligt, att kräva att den efterfrågade dokumenterade erfarenheten av arbete med digitala källor och större digitaliseringsuppdrag endast ska visas genom referensuppdrag som avsett indata/grundmaterial i form av kyrkböcker och/eller folkbokföringsuppgifter. Detta följer redan av att sådan erfarenhet därmed inte är direkt kopplad till det aktuella kravet (eftersom detta är betydligt bredare till sin omfattning). En sådan inskränkning innebär dessutom, precis som kravet på leveranstid, att endast den leverantör som lämnade anbud och antogs i upphandlingen kunde bli aktuell.

Om kravet i punkt 3.1 i bilagan "ska-krav" ska förstås som att endast referensuppdrag som avsett indata/grundmaterial i form av kyrkböcker och/eller folkbokföringsuppgifter kan kvalificera en anbudsgivare strider det därmed mot LOU. Eftersom Depona har den erfarenhet som krävs för det aktuella uppdraget och dessutom önskar få konkurrera om det aktuella kontraktet har det följaktligen lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada till följd av kravet - om det ska förstås på detta sätt.

Det kan nämnas att Depona under upphandlingens genomförande inte uppfattade kravet på så sätt att endast erfarenhet av kyrkdata och/eller folkbokföringsuppgifter skulle godtas, eftersom det finns betydligt fler relevanta uppdrag i förhållande till aktuell upphandling, såvitt gäller motsvarande

komplexitet och omfattning. Genom UmU:s invändning stod det dock klart för Depona att UmU inte enbart avgränsat upphandlingen till en leverantör genom att kräva en leveranstid om sju arbetsdagar, utan även genom att inskränka vad som är att anse som likvärdig erfarenhet till digitalisering av kyrkdata och/eller folkbokföringsuppgifter.

UmU anför bl.a. följande

Den av UmU genomförda upphandlingen har inte inneburit någon överträdelse av varken likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen. Det i upphandlingen ställda obligatoriska kravet på leveranstid har med hänsyn till omständigheterna och universitetets behov varit fullt förenligt med nämnda grundläggande upphandlingsrättsliga principer. Inte heller i övrigt har det förekommit några överträdelser av LOU som kan föranleda förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen.

Det kontrakt som upphandlingen omfattar avser en digitaliserad version av 1950 års folkräkning för inkludering i den nationella infrastrukturen SwedPop – Svenska befolkningsdatabaser för forskning. SwedPop byggs upp 2018-2022 med stöd av Vetenskapsrådet och är ett konsortium bestående av fem svenska lärosäten och arkivinstitutioner, med UmU som medelsförvaltare. Syftet med projektet är att utveckla och samordna de fem viktigaste historiska befolkningsdatabaserna i Sverige och tillgängliggöra dessa som en gemensam resurs för forskning. En viktig del i utvecklingsarbetet är inkluderingen av kodade och länkade data från 1950 års folkräkning.

När de ursprungliga planerna för SwedPop-projektet drogs upp under tidsperioden 2015-2017 var en av förutsättningarna att projektet genom Riksarkivets försorg skulle få tillgång till en digitaliserad kopia av 1950 års folkräkning.

Efter projektstart, under 2018, framkom uppgifter om att denna förutsättning kunde komma att förändras, till följd av omständigheter som stod helt utanför projektets kontroll och påverkan. Under sensvåren 2019 bestämdes det att projektet, för det fall Riksarkivet inte skulle kunna leverera det som tidigare utfästs, i första hand skulle gå ut med en upphandling för att lösa den prekära situation som i sådant fall skulle uppstå. På grund av den stora kostnadsbesparing det ursprungliga upplägget med för projektet fri åtkomst till aktuella data var det befogat att avvakta slutligt besked i frågan. Vid terminsslutet 2019 stod det klart att Riksarkivet inte kunde leverera det som tidigare utfästs och kort därefter började förutsättningarna för en upphandling att undersökas. Detta var så nära inpå semesterperioden 2019 att det inte var möjligt att påbörja upphandlingsarbetet förrän under början av höstterminen 2019. Arbetet med upphandlingen har genomförts med den skyndsamhet som kunnat krävas utifrån omständigheterna.

Det i upphandlingen ställda kravet avseende leveranstid har med hänsyn till omständigheterna inte varit oproportionerligt kort. Förutsättningarna för åtkomsten av aktuella data har – utan projektets förskyllan – som beskrivits ovan förändrats under projekttiden. Denna försening har inneburit ett nödvändigt behov av snabb åtkomst av data. För att projektet ska kunna leverera enligt vad som utfästs gentemot Vetenskapsrådet är den korta leveranstiden en nödvändighet. Kravet har således varit ändamålsenligt och berättigat med hänsyn till rådande omständigheter. Kravet kan därför inte anses vara oproportionerligt.

Att kravet i praktiken kan ha inneburit att det endast varit leverantörer som redan har efterfrågade data digitaliserad som kunnat svara upp mot kravet på leveranstid har inte inneburit att proportionalitetsprincipen trätts förnär. Det kan inte anses ankomma på en upphandlande myndighet att i alla upphandlingar tidsmässigt kompensera för leverantörer som inte redan har en vara

eller tjänst på plats. Exempelvis vore det orimligt att en myndighet som upphandlar grävmaskiner måste ta tidsmässig höjd för att en leverantör av skottkärror ska kunna delta bara för att nämnda leverantör säger sig ha för avsikt att utveckla även en grävmaskin. LOU:s grundläggande principer kan inte tolkas på så sätt att det är en upphandlande myndighets uppgift att kompensera för de konkurrensfördelar som vissa leverantörer har skaffat sig om det skulle innebära att syftet med en upphandling inte kan nås. Kravet på leveranstid har enbart sin grund i projektets faktiska behov.

Av kravspecifikationen framgår tydligt att data som efterfrågas ska vara strukturerat i en databas, att det handlar om mikrodata på individnivå och att variabler och individattribut ska vara separerade i separata kolumner. För den som har erfarenhet av liknande digitaliseringsuppdrag torde det inte råda någon tvekan om hur begreppet digitalisering i detta fall ska tolkas.

Depona menar att UmU lämnat inkorrekt information om förutsättningarna för utförandet av uppdraget. Härmed avses uppgiften om att primärmaterialet (mantalslängden 1951) förvaras på Riksarkivet med kopior i häradsskrivarens arkiv vid respektive landsarkiv. Att så är fallet kan enkelt bekräftas genom en sökning i NAD (Nationell ArkivDatabas), vilken är en offentligt tillgänglig förteckning över de källor som finns i svenska arkiv, däribland Riksarkivet och de olika landsarkiven.

En sökning i NAD visar att primärmaterialet till 1950 års folkräkning finns i Statistiska Centralbyråns Arkiv vid Riksarkivets depå i Arninge. Mantalslängden 1951 finns också, som uppgetts i UmU:s svar på fråga med ID 180898, i häradsskrivarens arkiv vid respektive landsarkiv. Det är väl känt att Riksarkivet under senare tid har börjat tillämpa en allt mer strikt utlåningspolicy avseende originaldokument. Detta faktum innebär dock inte att uppgiften att de aktuella källorna finns hos Riksarkivet och vid landsarkiven är vare sig bristfällig eller inkorrekt. Riksarkivet avgör själv vilka villkor

som ska gälla vid utlån och i detta fall förordas att den som önskar ta del av handlingarna vänder sig till landsarkiven. Detta är inte något ovanligt förfarande och torde vara väl känt för varje normalt insikts- och omsorgsfull leverantör inom området.

I upphandlingsdokumenten ställs tydliga krav på att efterfrågad leverantör ska kunna uppvisa dokumenterad teknisk och yrkesmässig erfarenhet av arbete med digitala källor och större digitaliseringsuppdrag, i detta fall leveranser av sammanställda digitaliserade kyrkboksdata eller folkbokföringsdata av samma slag som är aktuella i denna upphandling, se p. 3.1 i upphandlingsdokumentet ”Skakrav”. Av allt att döma brister Deponas anbud i uppfyllnad av detta obligatoriska krav.

Depona brister i förhållande till ett obligatoriskt kvalificerande erfarenhetskrav som UmU haft rätt att ställa. I och med att Depona därmed inte skulle kunna komma ifråga för tilldelning av det aktuella kontraktet kan bolaget inte anses ha lidit skada på det sätt som förutsätts i 20 kap 6 § LOU för att domstolen ska ingripa mot upphandlingen.

Vidare har Depona inte tidigare berört kravet ifråga. Således har kravet inte utgjort grund för Depona att avstå från att lämna anbud.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (4 kap. 1 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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. (20 kap. 6 § LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 4 kap. 1 § LOU. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att tiden för genomförande av i målet aktuellt uppdrag är mycket kort. Enligt upphandlingsdokumenten skulle uppdraget vara genomfört senast den 30 december 2019. Tilldelningsbeslut meddelades den 5 december 2019, varefter 25 dagar återstod. Avtalsspärr löpte till och med den 16 december 2019, varefter endast 14 dagar återstod. Med hänsyn till mellankommande jul- och nyårshelger var endast 7 av dessa 14 dagar arbetsdagar.

De av UmU framförda skälen för den korta genomförandetiden måste, oaktat vad som anförts av Depona, enligt förvaltningsrättens mening anses godtagbara. Den korta genomförandetiden medför att de företag som redan har efterfrågat material inskannat och digitaliserat har en fördel. Frågan är om det utgör ett otillåtet gynnande, att upphandlingen riktats mot en viss leverantör vilket Depona menar. Förvaltningsrätten anser dock att den omständigheten att vissa företag kan ha som affärsidé att erbjuda tjänster utifrån redan digitaliserade kyrkoböcker eller annat material och därmed ha en fördel i en upphandling inte kan ses som ett otillåtet gynnande eller att upphandlingen på ett otillåtet sätt riktats mot en viss leverantör. Det kan inte jämföras med att ett visst varumärke eller liknande krävs utan handlar om vilken affärsidé företag utvecklats, vilket står andra företag fritt att ta efter. Det är

enligt förvaltningsrättens mening inte heller helt jämförbart med kort uppstartstid, dvs. tid mellan avtalstecknande och avtalsperiodens start, som kan gynna befintlig leverantör.

Förvaltningsrätten anser vidare att den korta genomförandetiden inte kan anses oproportionerlig; detta då den korta genomförandetiden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet och måste anses nödvändig för att uppnå avsett ändamål samt att den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen.

Vad gäller det som anförts av Depona om att UmU under anbudsförfarandet lämnat vilseledande information om uppdragets utförande anser förvaltningsrätten, i likhet med vad som anförts av UmU, att svaret från Riksarkivet inte kan anses visa att så är fallet. Att Riksarkivet har en strikt utlåningspolicy innebär inte att informationen varit vilseledande.

Depona anför vidare att om Krav 3.1 i upphandlingsdokumentens skalkravsbilaga ska förstås så att endast referensuppdrag som avser digitalisering av kyrkboksdata och/eller folkbokföringsuppgifter godtas strider det mot principerna om likabehandling och proportionalitet. Förvaltningsrätten finner dock inte anledning att pröva denna grund eftersom Depona, även om kravets utformning skulle strida mot någon upphandlingsrättslig princip, inte kan anses lida eller kunnat komma att lida skada till följd därav. Av handlingarna i målet framgår nämligen att Depona under anbudstiden inte uppfattat kravets innebörd på ovan angivet sätt utan utifrån en vidare tolkning. Skälet till att anbud inte lämnats i upphandlingen kan därför inte bero på detta kravs utformning utan enbart på grund av den korta genomförandetiden, vilken förvaltningsrätten enligt vad som angetts ovan godtagit.

På grund av det anförda, och då inte vad som i övrigt anförts av Depona medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna, ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Björn Johansson
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



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.

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.