



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-06-23
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1087-11
Enhet 2

KONKURRENSVERKET	
2011-06-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Heimore Group AB, 556679-7410
Götgatan 78
118 30 Stockholm

Ombud:

Jur.kand. Fredrik Wennerstrand
Advokatfirman af Petersens
Box 7495
103 92 Stockholm

MOTPART

Sjöfartsverket
601 78 Norrköping

SAKEN

Upphandling av administrationsverktyg för hantering av kund- och användaruppgifter för Myndighetens e-tjänster enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 41963

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Genom tilldelningsbeslut den 11 februari 2011 gällande upphandling av ”administrationsverktyg för hantering av kund- och användaruppgifter för Sjöfartsverkets e-tjänster dnr 0307-10-02406” har Sjöfartsverket (myndigheten) antagit annan anbudsgivare än Heimore Group AB (bolaget). Upphandlingen utannonserades som en öppen upphandling. Två anbud inkom och inget av de inkomna anbuden uppfyllde samtliga skall-krav. Myndigheten övergick då till förhandlat förfarande.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna myndigheten att vidta rättelse och att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom att ny anbudsutvärdering gjorts till förmån för bolaget. Bolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten förordnar att myndigheten ska göra om upphandlingen.

Myndigheten bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och yrkar att rätten måste avvisa bolagets talan i den del det avser myndighetens beslut att övergå till förhandlat förfarande.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår följande. 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 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.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

3.3 Produktbeskrivning

Anbudsgivaren **skall** bifoga beskrivning av systemet och dess uppbyggnad som uppfyller Sjöfartsverkets krav.

Beskrivningen **skall** innehålla:

- specificering av systemets olika funktioner och teknisk uppbyggnad motsvarande SAD (Soft Architecture Documents)
- information om gränssnitt mot interna och externa användare
- beskrivning av säkerhetslösning dvs. form av autentisering
- användarhandledning

Beträffande kraven, se Kravspecifikation, bilagorna 1-10.

4.2 Leveranskontroll

Leveranskontroll **skall** utföras utifrån specificerade testfall vilka anbudsgivaren **skall** tillhandahålla. Anbudsgivaren **skall** använda erkända strategier och planer (standarder) för framtagande av testfallen. Testfallen **skall** godkännas av Sjöfartsverket.

Leveranskontroll **skall** ske enligt leveranskontrollbilaga som parterna **skall** komma överens om snarast efter avtalets tecknande. Leveranskontrollperioden **skall** vara minst 7 arbetsdagar.

Eventuella fel som hittas vid leveranskontrollen **skall** loggas, åtgärdas och följas upp innan godkännande av leverans av systemet. Felen **skall** även loggas i en databas som förvaltas av anbudsgivaren.

Anbudsgivaren **skall** bistå med kompetent personal vid Sjöfartsverkets leveranskontroll. Gäller även vid eventuella behov av omtestning till följd av fel i systemleverans.

4.4 Support och underhåll

Anbudsgivaren **skall** tillhandahålla support och underhåll av systemet.

Anbudsgivaren **skall** i sitt anbud bifoga ett förslag till support- och underhållsavtal.

Anbudsgivaren **skall** ange alla tjänster som ingår i support- och underhållsavtal.

Support- och underhållsavtalet **skall** omfatta följande tjänster:

Support

- Anbudsgivaren **skall** tillhandahålla support under ordinarie kontorstid mellan kl. 08:00-17:00 via telefon och e-post. All kommunikation i tal och skrift **skall** ske på svenska.
- Det **skall** även gå att anmäla supportärenden under dygnets alla timmar.

Anbudsgivaren **skall** i anbudet redovisa på vilket sätt supportärenden kan anmälas.

Underhåll

- Anbudsgivaren **skall** tillhandahålla samtliga uppdateringar, uppgraderingar och releaser av systemet under avtalstiden.
- Anbudsgivaren **skall** informera Sjöfartsverket när uppdateringar, uppgraderingar och releaser blir tillgängliga.

Anbudsgivaren **skall** ange alla kostnader i samband med tjänster som ingår i support- och underhållsavtal.

Sjöfartsverket avser att teckna ett separat support- och underhållsavtal med anbudsgivaren.

Parternas argumentation

Bolaget har i sin ansökan om överprövning anfört i huvudsak följande.

Upphandlingsförfarandet – likabehandlingsprincipen

Myndigheten har vid upphandlingen brutit mot LOU genom att ej upprätthålla likabehandlingsprincipen och ej prövat de olika anbudsgivarnas anbud objektivt vid utvärderingen av skall-kraven. Myndigheten konstaterade vid genomgång av de inkomna anbuden att ingen av anbudsgivarna uppfyllde samtliga angivna skall-krav. I anledning av detta övergick myndigheten till förhandlat förfarande enligt LOU. I det fall skall-kraven ej är uppfyllda är anbuden att bedöma som ogiltiga. Om ett anbud är ogiltigt får myndigheten enligt 4:2 LOU inleda förhandlat förfarande med föregående annonsering. Enligt 4:6 LOU får myndigheten avstå från att annonsera upphandlingen om myndigheten i ett förhandlat förfarande bjuder in de anbudsgivare som uppfyller kraven i 10-11 kap LOU. I aktuell upphandling hade myndigheten sålunda vid förekomsten av idel ogiltiga anbud att inleda förhandlat förfarande med föregående annonsering, alternativt bjuda in samtliga anbudsgivare till förhandlat förfarande. Myndigheten inledde initialt, felaktigt, förhandlat förfarande med endast Kerfi AB. Myndigheten åsidosatte därmed den i LOU allmänna principen om likabehandling.

Skall-kraven

Skall-krav 3.3

Genom komplettering uppfyllde bolaget detta skall-krav. Till det ursprungliga anbudet lämnades dokument SAD (Software Architectur Document). Dokumentet beskriver systemets funktioner och tekniska uppbyggnad. Vidare beskrivs hur systemets komponenter kan produktionssättas och användas i myndighetens ordinarie driftsmiljö genom Hyper-v virtuella maskiner. Myndigheten tillhandahölls exempel på användarhandledning, i detta fall installations- och konfigurationsanvisning. – Myndighetens bedömning att bolaget inte uppfyller skall-kravet ska ställas i relation till bedömningen att Kerfi AB uppfyller samma skall-krav, trots avsaknad av sådan användarhandledning som anges i förfrågningsunderlaget.

Skall-krav 4.2

Av bolagets anbud framgår det underförstått att bolaget vid leveranskontroll kommer att bistå med personal.

Skall-krav 4.4

I bolagets skriftliga komplettering anges uttryckligen att ”Heimore Group accepterar det avtalsförslag som myndigheten bilagt upphandlingsunderlaget”. Vidare anges att ”det fasta priset omfattar support och underhållskostnader för licenser samt tillhandahållande av uppdateringar samt nya releaser”. Med utgångspunkt från att bolaget accepterat myndighetens avtalsförslag är sålunda all support som inte omfattas av avtalet att hänföra till övrig support.

Myndigheten anför i huvudsak följande.

Upphandlingsförfarandet - likabehandlingsprincipen

Den 13 januari beslutade myndigheten att övergå till förhandlat förfarande eftersom det inte lämnats några lämpliga anbud. Samma dag, den 13 janua-

ri, tog bolaget kontakt med myndigheten per e-post och efterfrågade mer upplysningar kring bakgrunden till beslutet att övergå till förhandlat förfarande. Enligt myndighetens uppfattning skulle bolaget ha begärt överprövning av myndighetens beslut att övergå till förhandlat förfarande inom tio dagar från den 13 januari 2011. Bolagets yrkande bör därför avvisas i denna del.

Upphandlingen utannonserades som en öppen upphandling. Två anbud inkom, dels Kerfi AB med ett anbud om 3 896 300 kr, dels aktuellt bolag, Heimore, med ett anbud om 7 450 000 kr. Inget av de inkomna anbuden uppfyllde samtliga skall-krav. Mot denna bakgrund övergick myndigheten till förhandlat förfarande med de ursprungliga villkoren för kontraktet oförändrade. Inledningsvis avsåg myndigheten att endast förhandla med Kerfi AB eftersom prisskillnaden var så stor. Bolaget hörde dock av sig och önskade delta i det förhandlade förfarandet och återkom med ett anbud där priset sänkts till 3 500 000 kr. Efter att bolaget inkommit med kompletteringar var skall-kraven 3.3, 4.2 och 4.4 fortfarande inte uppfyllda.

Skall-kraven

Skall-kravet 3.3

Bolaget har kompletterat med en installations- och konfigurationsanvisning. Denna anvisning avser en systemlösning som inte är tillämplig i myndighetens driftmiljö. Såsom framgår av förfrågningsunderlaget bygger myndighetens driftmiljö på en Microsoft-plattform, men den installations- och konfigurationsanvisning som bolaget har åberopat avser en SUN-miljö som inte är tillämplig i myndighetens driftmiljö.

Skall-kravet 4.2

Enligt skall-kravet ska anbudsgivaren bl.a. bistå med kompetent personal vid myndighetens ankomstkontroll. I anbudet har bolaget angivit att de kommer att utföra testning av lösningen och överlämna testprotokoll till

myndigheten som underlag för leveranskontroll mot uppsatta acceptanskriterier. Bolagets anbud anger sålunda i princip att leveranskontrollen utförs av bolaget, vilket klart står i strid med skall-kravet. Vad bolaget åberopat i begäran om överprövning avseende vad som ”av bolagets anbud underförstått framgår” kan inte tillmätas någon betydelse.

Skall-kravet 4.4

Av skall-kravet följer att anbudsgivaren i sitt anbud ska bifoga ett förslag till support- och underhållsavtal. Detta har bolaget inte gjort. Att bolaget har accepterat myndighetens Kontraktsförslag – Administrationsverktyg är ovidkommande för bedömning av om skall-kravet avseende support- och underhållsavtal är uppfyllt.

Sammanfattningsvis uppfyller inte bolaget samtliga skall-krav, trots att de givits tillfälle att komplettera sitt anbud. Myndigheten har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de grundläggande principer som ligger till grund för lagen. Bolaget kan därmed inte heller ha lidit skada eller komma att lida skada.

Kerfi AB fick motsvarande möjlighet att visa att de uppfyllde alla skallkrav. Myndigheten har således behandlat båda anbudsgivarna likvärdigt och i enlighet med likabehandlingsprincipen.

Bolaget anför i yttrande bl.a. följande. Bolaget förklarade i möte med myndigheten den 1 februari 2011 att leverans av användarhandledning är en del av projektet. Parterna kom överens om att bolaget skulle tillhandahålla myndigheten ett exempel på användarhandledning, i detta fall en installations- och konfigurationsanvisning. Det är vedertaget att anbudsgivaren realiserar ett användningsfall och därefter tar fram användarhandledning. Eftersom användningsfallen ej realiserats inom ramen för upphandlingen följer att användarhandledningar specifika för den upphandlande

myndighetens användningsfall eller driftsmiljö ej kan tillhandahållas. – Myndigheten har till nackdel för bolaget tolkat anbudet negativt genom att redovisa att ”Heimores anbud anger sålunda i princip att leveranskontrollen utförs av Heimore”. Myndighetens osäkerhet beträffande bolagets anbud borde föranlett en begäran om förtydligande jämlikt 9 kap. 8 § LOU. – Det är ej förenligt med proportionalitetsprincipen att bolaget ska bifoga ett avtalsförslag som myndigheten redan har tillgång till.

Myndigheten anför i yttrande bl.a. följande. Tiodagarsfristen är en av de mest grundläggande reglerna i LOU. Möjligheten till överprövning avskärs när tiodagarsfristen löpt ut. En övergång till ett förhandlat förfarande är att jämställa med ett avbrytande av den ursprungliga upphandlingen. – Myndigheten har berett bolaget tre tillfällen att komplettera sitt anbud och ställa kompletterande frågor; inför mötet den 1 februari 2011; vid mötet den 1 februari; efter mötet då bolaget fick ytterligare en frist till och med den 4 februari 2011. – Bolaget har senare inkommit med en installations- och konfigurationsanvisning. Någon användarhandledning har inte presenterats. – Det avtalsförslag som bolaget har accepterat utgör ett kontrakt avsett att reglera införande och leverans av systemet.

Bolaget anför i yttrande bl.a. följande. En användarhandledning är information till användaren med instruktioner avseende en viss specifik produkt. Installationsanvisningen uppfyller detta syfte. Det kan ej vara förenligt med proportionalitetsprincipen att åsätta krav om viss ”titulering” på efterfrågade dokument.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Avvisning på grund av att tiodagarsfristen löpt ut

Rätten finner att bolagets yrkanden måste tolkas som så att de inte klagat på beslutet om att övergå till förhandlat förfarande som sådant, utan på det tillvägagångssätt som det förhandlade förfarandet inleddes på. Det rör sig således inte om ett yrkande om överprövning av en avbruten upphandling, vilket myndigheten får anses göra gällande. Bolaget har därmed inte behövt förhålla sig till en tiodagarsfrist från det att myndigheten den 13 januari meddelade att de skulle övergå till förhandlat förfarande. Myndighetens yrkande om att bolagets talan i denna del ska avvisas lämnas därför därhän.

Annonsering

Ett förhandlat förfarande ska normalt föregås av annonsering. I förevarande fall har annonsering inte skett. Bolaget anför att myndigheten borde ha inlett förhandlat förfarande med föregående annonsering, alternativt bjudit in samtliga anbudsgivare till förhandlat förfarande. Bolaget kontaktade myndigheten för att meddela att intresse fanns för att delta i det förhandlade förfarandet. Efter att bolaget återkommit med ett anbud där priset justerats har de blivit inbjudna att delta i det förhandlade förfarandet. Då bolaget har deltagit i det förhandlade förfarandet medför inte bristen på annonsering, eller omständigheten att de till en början inte blev inbjudna att delta, att bolaget lidit någon skada eller kan komma att lida skada. Någon åtgärd med anledning av detta bör därför inte komma i fråga.

Utvärdering av skall-kraven

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.3 framgår att anbudsgivaren ska bifoga beskrivning av systemet och dess uppbyggnad som uppfyller myndighetens

krav. Ett krav är att systemet ska kunna köras i myndighetens ordinarie driftmiljö, vilken bygger på en Microsoft-plattform. Krav finns även på att bolaget ska inkomma med en användarhandledning. Bolaget har inkommit med en installations- och konfigurationsanvisning för systemet, vilket avser en SUN-miljö. Det har inte framkommit uppgifter i målet som ger skäl att ifrågasätta myndighetens bedömning att installations- och konfigurationsanvisningen inte uppfyller kraven för en användarhandledning. Inte heller finns skäl att ifrågasätta systemets tillämplighet i myndighetens driftmiljö. Bolaget kan därför inte anses uppfylla skall-kraven i punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget punkt 4.2 framgår bl.a. att leveranskontroll ska utföras utifrån specificerade testfall vilka anbudsgivaren ska tillhandahålla och att anbudsgivaren ska bistå med kompetent personal vid myndighetens leveranskontroll. Bolaget menar att det av anbudet framgår underförstått att bolaget vid leveranskontroll kommer att bistå med personal. Rätten finner inte att detta är en klar slutsats av bolagets anbud. I bolagets anbud framgår vidare att bolaget kommer att utföra testning av lösningen och överlämna testprotokoll till myndigheten som underlag för leveranskontroll. Myndigheten har tolkat detta som att bolaget kommer att utföra leveranskontrollen. Bolaget anför att myndigheten vid tveksamhet bör ha begärt ett förtydligande i enlighet med 9 kap. 8 § LOU. Möjligheten att begära in förtydliganden bör utnyttjas restriktivt för att undvika risk för särbehandling. Det åligger anbudsgivaren att formulera sitt anbud på så sätt att tveksamheter inte uppstår. Rätten tolkar bolagets formulering kring hur leveranskontrollen ska utföras som att leveranskontrollen i huvudsak utförs av bolaget. Bolaget kan därför inte anses uppfylla skall-kraven i punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget.


Av förfrågningsunderlaget punkt 4.4 framgår bl.a. att anbudsgivaren ska bifoga ett förslag till support- och underhållsavtal. Bolaget har inte bifogat

ett sådant förslag utan har istället accepterat det avtalsförslag som myndigheten bilagt upphandlingsunderlaget. Avtalsförslaget utgör ett förslag på kontrakt avsett att reglera införande och leverans av systemet. Bolaget kan därmed inte anses ha uppfyllt skall-kraven i punkt 4.4 i förfrågningsunderlaget.

Det kan inte anses utgöra ett brott mot proportionalitetsprincipen att ställa krav på ett support- och underhållsavtal, vilket bolaget gör gällande. Syftet med ett sådant avtal kan inte anses vara detsamma som syftet med ett avtal gällande införande och leverans av systemet.

Grund för att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts har inte visats föreligga. Bolagets begäran om överprövning bör därför avslås.

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



Bo Johansson

Föredragande har varit Lina Johansson.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU