



SÖKANDE

Primona AB, 556583-2374
Kungsgatan 35, 2tr
111 56 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholms stad
2. AB Familjebostäder, 556035-0067
3. Micasa Fastigheter i Stockholm AB, 556581-7870
4. S:t Erik Försäkrings AB, 516401-7948
5. S:t Erik Livförsäkring AB, 516406-0427
6. Stockholm Business Region AB, 556491-6798
7. Stockholm Business Region Development AB, 556083-1306
8. Stockholm Visitors Board AB, 556027-5736
9. Stockholms Stads Parkerings AB, 556001-7153
10. Stockholms Stadsteater AB, 556026-1553

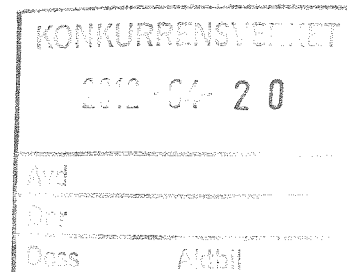
Ombud: Stadsadvokat Cristian Söderlund
Stadsledningskontoret, Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Primona AB:s ansökan.



BAKGRUND

Stockholms stad genomför en upphandling av elektroniskt upphandlingsstöd, dnr 125-1519/2011 för stadens upphandlingsverksamhet. I upphandlingen deltar även AB Familjebostäder, Micasa Fastigheter i Stockholm AB, S:t Erik Försäkrings AB, S:t Erik Livförsäkring AB, Stockholm Business Region AB, Stockholm Business Region Development AB, Stockholm Visitors Board AB, Stockholms Stads Parkerings AB och Stockholms Stadsteater AB.

Stockholms stad och ovan nämnda upphandlande bolag benämns härafter gemensamt **Staden**.

I tilldelningsbeslut den 10 januari 2012 meddelade Staden att anbud från annat bolag än Primona AB skulle antas. I upphandlingsprotokoll angav Staden att Primona AB meddelat att de återkallat sitt anbud, med hänvisning till att deras upphandlingsstöd inte uppfyllde i förfrågningsunderlaget uppställt krav 4.8.1.8, och att Staden av detta skäl lagt anbudet åt sidan.

YRKANDEN M.M.

Primona AB (**Bolaget**) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Staden bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Skallkrav 4.8.1.8 strider mot proportionalitetsprincipen

Staden har uppställt ett skallkrav i upphandlingen som Bolaget vid tidpunkten för anbudsinlämnandet inte uppfyllde. Kravet framgår av punkt 4.8.1.8 i förfrågningsunderlaget och lyder:

"Elektroniskt upphandlingsstöd ska göra det möjligt att sortera frågor och svar, på det sätt Användaren definierar, exempelvis utifrån datum, frågeställare eller rubrik."

Bolaget antar att syftet med Stadens krav är behovet att kunna hitta den information som användaren söker, exempelvis en viss anbudsgivares frågor om anbudsgivaren hänvisar till sin tidigare lämnade fråga eller en enskild upphandlares svar om flera upphandlare arbetar med samma ärende eller viss frågeställning.

Olika upphandlingssystem har olika sätt att tillfredsställa det underliggande behovet, exempelvis genom sökfunktion, filterfunktion eller sortering av en lista. Staden har dock specificerat att behovet måste tillfredsställas just genom en angiven metod, en "sortering" av informationen. Det sätt på vilket Staden har detaljreglerat hur dess behov ska lösas leder till en konkurrensbegränsning som utesluter andra leverantörers system vilka erbjuder andra och kanske bättre lösningar genom vilka Staden kan få sitt definierade behov tillfredsställt.

Bolaget anser att skallkravet inte var en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet med kravet. Om informationen sorteras måste användaren visuellt med ögonen själv söka fram informationen vilket gör att det överspecificerade kravet på lösning inte är en särskilt effektiv eller lämplig metod att uppnå det underliggande syftet att underlätta för användaren att hitta informationen. Det finns även fler

krav i förfrågningsunderlaget som är överspecificerade, exempelvis kraven i punkt 4.3.1.6 och punkt 4.10.1.4.

Skallkravet är vidare inte proportionerligt eftersom kravet inte alls är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade resultatet. Det finns mindre ingripande sätt på vilket Staden kan uppnå syftet med kravet. Staden kan t.ex. istället ställa krav att systemet ska ha en funktion genom vilken användaren kan "hitta" eller "underlätta framsökning" av frågor och svar. Ett sådant krav leder till att syftet med kravet uppnås samtidigt som det öppnar för större konkurrens mellan leverantörer på marknaden där olika lösningar som exempelvis sökfunktion, filtrering eller sortering kan presenteras.

Bolaget menar att som kravet i punkt 4.8.1.8 är formulerat är det otvetydigt ett krav som formulerar en lösning, inte en funktion. Om Staden anser att lösningen inte kräver en särskild metod (t.ex. sortering) så har ett krav på lösning (sortering) ändå uppställs i upphandlingen vilket har missgynnat alternativa lösningar genom vilket behovet lika bra kan uppfyllas.

Att sätta upp ett ovillkorligt skallkrav på den beskrivna detaljnivån, som dessutom ska vara uppfyllt vid anbudsinlämningen, är kraftigt konkurrensbegränsande då det utesluter produkter med likvärdiga eller bättre lösningar. Att ställa kravet att funktionen ska finnas tillgänglig vid anbudsinlämnandet, istället för vid en relevant tidpunkt så som t.ex. vid kontroll av kravuppfyllande eller användaretester, menar Bolaget är kontraproduktivt för Staden och även indikerar att Staden favoriserar sitt befintliga system. Detta ger en alltför negativ påverkan på konkurrensen i relation till det underliggande syfte som Staden vill uppnå. Det faktum att ingen, utom den vinnande anbudsgivaren, klarade samtliga skallkrav är en stark indikation på att kravställningen har varit konkurrensbegränsande.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Det är vidare utan betydelse för Bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud att Bolaget getts möjlighet att presentera sitt system under upphandlingens testperiod eftersom Bolaget anser att genomförda tester skulle ha visat att det oproportionerliga kravet i 4.8.1 8 inte uppfylldes. Bolaget har aldrig dragit tillbaks sitt anbud. Den anteckningen i utvärderingsprotokollet är felaktig.

Staden har agerat i strid med likabehandlingsprincipen

Bolaget menar att upphandlingen har genomförts med ett tydligt syfte att kunna välja den vinnande leverantören. Det har skett genom att före upphandlingens annonsering favorisera denna leverantör genom tester och utvärdering, något som också lett till oproportionella krav baserade på bristande marknadskännedom. Stadens agerande i upphandlingen står alltså i strid mot kravet på likabehandling i 1 kap. 9 § LOU.

Staden har god insyn i hur den vinnande anbudsgivarens system är utformat och fungerar eftersom det används inom Staden. Valet att inte låta flera systemleverantörer delta vid utformningen av kravspecifikationen innebär att skallkraven blir bristfälliga och tenderar att efterlikna det system som redan används i organisationen.

Bolaget konstaterar att ingen, utom vinnande anbudsgivaren, enligt utvärderingsprotokollet har klarat samtliga ställda skallkrav i upphandlingen. Detta är en indikation som ytterligare förstärker påståendet att kravspecifikationen är ämnad att passa ett befintligt system på marknaden, nämligen det som den vinnande anbudsgivaren tillhandahåller och har offererat i upphandlingen.

Kraven i upphandlingen har på detta sätt medfört olika behandling av anbudsgivarna eftersom det var betydligt enklare för den vinnande anbudsgivaren att uppfylla samtliga uppställda skallkrav i upphandlingen.

Om Staden hade låtit anbudsgivarna förevisa sina respektive system innan kravställningen togs fram hade det klart framgått att det finns alternativa lösningar genom vilka det underliggande behovet kan uppfyllas. Det hade möjliggjort en mer neutral kravspecifikation avseende skallkrav.

Bolaget riskerar att lida skada till följd av Stadens oproportionerliga krav eftersom kravet förhindrat Bolaget att avge ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen.

Staden anför bl.a. följande.

Staden har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Bolaget inkom den 7 november 2011 med ett e-mail varav framgår att Bolaget själv konstaterar att den erbjudna elektroniska upphandlingsstödtjänsten inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlagets punkt 4.8.1.8. Bolaget anger i samma e-mail att det därför inte finns någon anledning att gå vidare med tester i testmiljö. Bolaget gav därmed aldrig staden tillgång till det elektroniska upphandlingsstödet för genomförande av tester och utvärdering.

Anledningen till att Bolagets anbud förkastades och inte togs upp till anbudsutvärdering var att sökanden aldrig tillhandahöll en version av erbjuden upphandlingsstödtjänst. Det var därför inte möjligt för staden att vare sig kontrollera att kraven enligt förfrågningsunderlaget var uppfyllda eller genomföra en utvärdering enligt punkt 6.4.2 i förfrågningsunderlaget. Bolaget hade även skriftligen uppgivit att deras elektroniska upphandlingsstöd inte uppfyller ställda krav.

Skallkrav 4.8.1.8 strider inte mot proportionalitetsprincipen

En beställare måste ha en mycket stor frihet att ställa krav på vilken funktionalitet som det system man avser att köpa ska ha för att tillmötesgå verksamhetens behov. Därefter åligger det anbudsgivarna att inkomma med förslag på lösningar/metoder som uppfyller ställda funktionskrav.

Staden anser att man måste skilja på funktionskrav och metod/lösning för att lösa funktionskravet. Sortera, som är stadens funktionskrav i punkt 4.8.1.8, är inte en metod/lösning utan ett begrepp som funktionellt beskriver en viss aktivitet som syftar till att prestera ett visst önskat resultat. Sorteringsbegreppet är inte avgränsat till att avse funktioner i en it-tjänst utan utgör ett allmänt begrepp som förekommer i alla sammanhang.

Staden konstaterar att det inte behöver föreligga något motsatsförhållande mellan att sortera, selektera/filtrera eller söka fram önskad information. Såsom kravet i punkt 4.8.1.8 är uttryckt har leverantörerna haft möjlighet att välja den metod/lösning de anser bäst tillgodoser det önskade behovet, dvs. att presentera den aktuella informationen i en viss ordningsföljd. Bolaget anger felaktigt att Staden ställt krav på att behovet ska lösas genom en särskild metod. Stadens funktionskrav innefattar inte ett krav på särskild teknisk lösning/metod.

Kravet har vare sig missgynnat eller uteslutit leverantörer som sorterat och presenterat informationen i önskad ordningsföljd med hjälp av exempelvis filter eller sökfunktion. De anbudsgivare som inte vid anbudstidens början hade ett system som löser efterfrågat funktionskrav hade enligt Stadens uppfattning dessutom möjlighet att lösa detta genom utveckling. Som framgår av e-mail daterat den 7 november 2011 kunde

även sökanden ordna denna funktionalitet. Att sökanden valt att inte ordna denna funktion före anbudstidens utgång kan inte Staden lastas för. Det uppställda kravet får anses ha begränsade negativa effekter på leverantörers möjlighet att lämna anbud.

Det ställda funktionskravet är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och det finns inte utrymme för något mindre ingripande alternativ. Tvärtom har Staden valt det minst ingripande alternativet genom att ställa ett mycket generellt krav på sortering. Funktionskravet har inte heller haft någon konkurrensbegränsande effekt på vare sig antalet anbudsgivare eller priser.

Staden har inte agerat i strid med likabehandlingsprincipen

Det kan konstateras att vinnande anbudsgivare är leverantör av ett upphandlingsstöd till i vart fall en nämnd inom Staden. Detta faktum kan inte i sig medföra att anbudsgivaren givits någon särskild fördel eller gynnats i strid med likabehandlingsprincipen.

Det bestrids att Staden specifikt utvärderat vinnande anbudsgivares system som ett led i framtagande av förfrågningshandlingar för upphandlingen. Förfrågningsunderlaget, och däri angivna krav, har inte upprättats med vinnande anbudsgivares system som förlaga och vinnande anbudsgivare har inte fått lämna synpunkter på det system som ska upphandlas.

Det har varit en given utgångspunkt för Staden att genomföra upphandlingen för att erhålla så många anbud som möjligt utan att vare sig gynna eller missgynna någon leverantör. Vinnande anbudsgivare har vare sig fått delta i framtagandet av förfrågningsunderlaget eller lämnat

synpunkter på detta. På motsvarande sätt har inte heller Bolaget beretts tillfälle att förevisa sitt system i anledning av nu aktuell upphandling.

Det faktum att vinnande anbudsgivare uppfyller ställt krav i punkt 4.8.1.8 medför inte att anbudsgivaren därigenom ska anses ha givits en otillbörlig fördel i strid med likabehandlingsprincipen. Såvitt känt och i den mån det har någon betydelse hade inte heller vinnande anbudsgivares upphandlingsstöd vid tidpunkten för framtagandet av förfrågningsunderlaget den funktionalitet som efterfrågas i punkt 4.8.1.8.

Bolaget har inte lidit eller kan komma att lida någon skada till följd av eventuell brist. Även om Bolaget skulle tilldelas högsta betyg i samtliga utvärderingskriterier skulle sökanden ändå inte komma ifråga för tilldelning av kontrakt eftersom det offererade priset är för högt i förhållande till andra anbudsgivare.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. 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.

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av bestämmelser i 16 kap. LOU. Av övergångsbestämmelser framgår att äldre lydelse ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

I 16 kap. 5 § LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande prin-

ciperna 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Strider skallkrav 4.8.1.8 mot proportionalitetsprincipen?

En upphandlande myndighet kan fritt utforma förfrågningsunderlaget utifrån sina behov under förutsättning att de krav som ställs är förenliga med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132).

I punkt 4.8.1.8 i förfrågningsunderlaget anges följande: "*Elektroniskt upphandlingsstöd ska göra det möjligt att sortera frågor och svar, på det sätt Användaren definierar, exempelvis utifrån datum, frågeställare eller rubrik.*"

Bolaget har anfört att skallkravet inte är proportionerligt bl.a. eftersom kravet inte alls är nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade resultatet och inte heller en lämplig och effektiv åtgärd. Som skallkravet är formulerat är det, enligt bolaget, ett krav som formulerar en lösning, inte en funktion, och är därför överspecificerat och konkurrensbegränsande.

Förvaltningsrätten konstaterar att skallkravet ger uttryck för ett krav på att den elektroniska upphandlingsstödtjänsten ska kunna sortera frågor och svar efter användarens önskemål. Något krav på att en specifik metod ska

användas för att uppnå detta går inte att utläsa av skallkravet. Att skallkravet skulle utesluta exempelvis en filtreringsmetod är Bolagets tolkning och enligt förvaltningsrätten alltså inte något som framgår av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser att det aktuella skallkravet har ett naturligt samband med och står i proportion till det som upphandlas.

Förvaltningsrätten gör vidare bedömningen att skallkravet är så pass allmänt formulerat att det inte kan anses orimligt detaljerat eller anses verka konkurrensbegränsande.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att skallkravet i punkt 4.8.1.8 i förfrågningsunderlaget inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten finner inte heller att vad Bolaget anført om förfrågningsunderlaget i övrigt medför att oproportionerliga krav ska anses ha ställts på anbudsgivarna.

Har Staden agerat i strid med likabehandlingsprincipen?

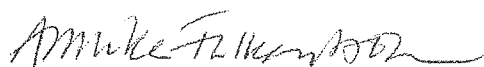
Likabehandlingsprincipen förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Bolaget har bl.a. anført att Staden har insyn i den vinnande anbudsgivarens system eftersom det används inom Staden och att valet att inte låta flera systemleverantörer delta vid utformningen av kravspecifikationen innebär att skallkraven blir bristfälliga och tenderar att efterlikna det system som redan används i organisationen. Detta har, enligt bolaget, medført olika behandling av anbudsgivarna eftersom det var betydligt enklare för den vinnande anbudsgivaren att uppfylla samtliga uppställda skallkrav i upphandlingen.

Staden har anført att förfrågningsunderlaget inte har upprättats med vinnande anbudsgivarens system som förlaga och att den vinnande anbudsgivare inte har fått lämna synpunkter på det system som ska upphandlas.

Det är ostridigt att upphandlingsstöd från den vinnande anbudsgivaren använts inom viss del av Staden. Även om vinnande anbudsgivares system kan ha inspirerat Staden vid utformningen av kravspecifikationen behöver det inte strida mot likabehandlingsprincipen, såvida konkurrensen inte har snedvridits och anbudsgivarna kunnat lämna anbud på lika villkor. Eventuella likheter mellan vinnande anbudsgivares system och de krav Staden ställde i upphandlingen medförde möjligtvis att det gick snabbare för vinnande anbudsgivare att iordningsställa ett anbud än för andra anbudsgivare. Det är dock enligt förvaltningsrättens mening inte visat att förfrågningsunderlagets utformning hindrat Bolaget från att inom anbudstiden lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten finner därför att Stadens agerande inte kan anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Sammanfattningsvis är det inte visat att Staden har brutit mot någon bestämmelse i LOU. Det saknas därmed förutsättningar för ett ingripande enligt LOU och ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1A LOU)



Annika Falkenborn

Rådman

Föredragande har varit Nils Henriksson.



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. 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 var till 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 uppge 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 3109/1A LOU