



SÖKANDE

Depona AB, 556578-3007

Ombud: advokaterna Anna Hofling Johansson och Björn Nicolai
Advokatfirman Vinge KB
Box 11025
404 21 Göteborg

MOTPART

Lunds Universitet
Box 117
221 00 Lund

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Depona AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2019-01-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Lunds Universitet genomför upphandling avseende digitalisering av arkivmaterial för Skissernas Museum. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 5 november 2018 ska kontrakt tilldelas Picturae.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Depona AB

Depona AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska anses uppfylla kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet i avsnitt 1.2.2.4 i upphandlingsdokumentet och gå vidare till anbudsutvärdering. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till grund för sin talan anför bolaget följande.

De referensuppdrag som Depona AB har åberopat i sitt anbud uppfyller kraven i 1.2.2.4 i upphandlingsdokumentet. Universitetet har brutit mot såväl öppenhets- som likabehandlingsprincipen när bolagets anbud förkastades. Universitetets felaktiga beslut att förkasta bolagets anbud har medfört att Depona AB lidit eller i vart fall riskerat att lida skada eftersom bolaget har lämnat det lägsta anbudspriset.

Universitetet har ansett att två av Depona AB:s referenser, Hallwylska museet och Tyréns AB, inte uppfyller kraven i upphandlingen. Vad gäller Hallwylska museet har universitetet motiverat beslutet att inte godkänna detta uppdrag med att skanning av böcker inte är liknande uppdrag som efterfrågas i upphandlingen. Detta är felaktigt. Begreppet liknande uppdrag innefattar ett utrymme för avvikelser vad avser bl.a. föremålet för det som ska digitaliseras. Det kan inte vara så att referensuppdraget måste avse samma

typ av handlingar som är aktuella i upphandlingen. Skanning av böcker kan därmed mycket väl vara ett liknande uppdrag, så länge materialet är sådant att sättet som skanning utförs på liknar det som kommer att bli aktuellt för det uppdrag som upphandlingen avser. Det finns avgörande likheter mellan det uppdrag som upphandlas och uppdraget som utförts för Hallwylska museet. Uppdraget är därmed likande det som upphandlas.

Universitetet har motiverat sitt beslut att underkänna referensuppdraget för Thyréns AB med att Thyréns AB är ett privat konsultföretag och inte kan jämföras med museum eller arkiv. Detta är felaktigt eftersom Thyréns AB uppfyller kravet på att vara arkiv eller liknande. Privata företag omfattas av arkiveringsskyldighet och kan således bedriva arkiveringsverksamhet. Thyréns AB har ett omfattande arkiv med gamla och ömtåliga handlingar. Likt materialet från Skissernas museum förekommer här sköra dokument som inte går att skanna i en rotationsskanner utan materialet måste skannas i en flatbäddsskanner. Det är vidare inte förenligt med LOU att inte godta referenser från privata uppdragsgivare.

Lunds Universitet

Lunds Universitet anser att ansökan ska avslås och anför följande. Den aktuella upphandlingen rör inskanning av arkivmaterial åt Skissernas Museum i Lund och uppdraget omfattar ömtåligt material i ett brevarkiv samt i ett bild- och klipparkiv. Brevarkivet innehåller ca 33 000 maskin- och handskrivna dokument och bild- och klipparkivet innehåller 885 arkivboxar med sammanlagt över 100 000 dokument. Materialet är upp till 100 år gammalt och innehåller mestadels brev, pressklipp, fotografier och textdokument samt även ca 25 pressklippalbum. För att säkerställa att den blivande leverantören av tjänsten har den erfarenhet och kunskap som krävs för att hantera denna typ av material har universitetet i upphandlingen ställt krav på att uppdrag liknande detta och för liknande organisationer som museum eller

arkiv har genomförts tidigare. Kravet kan inte tolkas så att anbudsgivaren måste ha erfarenhet av skanning av just den typ av handlingar som uppdraget omfattar, dock är det ett krav att tidigare utförda uppdrag ska ha varit av likande art.

Depona AB har i sitt anbud, i enlighet med vad som krävdes i upphandlingsdokumentet, angett tre referenser, Hallwylska Museet, Lidingö Stad och Tyréns AB. Universitetet har inget att invända mot referensuppdraget för Lidingö Stad. Vad gäller uppdraget Depona utfört åt Hallwylska Museet har Depona AB uppgett att det redovisade uppdraget har omfattat 37 inbundna böcker. I uppdraget som ligger till grund för universitetets upphandling förekommer inga böcker, men Depona AB:s referensuppdrag skulle möjligtvis kunna visa på relevant erfarenhet när det kommer till skanning av de ca 25 pressklippsalbumen och i den delen i så fall vara liknande det i upphandlingen aktuella uppdraget. Uppdraget Depona AB utfört för Hallwylska Museet är dock inte liknande när det gäller den del som utgör den stora merparten av uppdraget, dvs. skanning av ca 33 000 maskin- och handskrivna dokument samt över 100 000 dokument bestående av pressklipp, fotografier och textdokument. Det uppdrag som Depona AB hänvisar till stämmer endast till en mycket liten del överens med det uppdrag universitetet upphandlar. Universitetet står fast vid sin bedömning att skanning av 37 böcker inte är av liknande art och inte heller går att likställa med det omfattande uppdrag om över 133 000 dokument av skiftande slag som är föremål för den aktuella upphandlingen.

Vad gäller uppdraget som Depona AB utfört åt Tyréns AB har Depona AB i anbudet angett "Depona har sedan 2014 skannat projektakter för Tyréns. Akterna består av projektmaterial i form av ritningar, dokumentation, kartor, foton, negativ, tidningsartiklar m.m. Materialet är blandat gammalt och nytt och kvalitén skiljer sig åt mellan olika projekt. Projektet är löpande och kommer avslutas under 2019 då vi räknar med att allt material som skall

skannas är skannat. Totalt uppskattas den skannade volymen till ca 1 700 hm. Akterna levereras till Tyréns i form av PDF och Tiff.”

Kravet i upphandlingsdokumentet var att uppdraget skulle ha utförts för ett museum, arkiv eller liknande. Tyréns AB är ett privatägt teknikonsultföretag och enligt vad universitet kan se på deras hemsida erbjuder de inte arkivering som tjänst. Tyréns AB är inte heller hos Bolagsverket registrerat för arkivverksamhet. Även om privata konsultföretag lyder under lagar som styr vad de måste arkivera så är det inte, vilket Depona AB anger, att likställa med att ”bedriva arkiveringsverksamhet”. Universitetet bedömer inte att ett privat företag, enbart på den grunden att det sparar handlingar i ett eget arkiv, uppfyller kravet i upphandlingsdokumentet när begreppet arkiv används i kontexten ”museum, arkiv eller liknande”. Den eventuella omständighet att Tyréns, som Depona AB i sin ansökan om överprövning anger, har en egen ”arkivarie” ändrar inte universitetets uppfattning om att Tyréns AB inte utgör vad som i detta sammanhang avses som arkiv. Universitetet är i likhet med Depona AB av uppfattningen att begreppet ”liknande” även kan omfatta privatägda företag och organisationer. Detta framgår också av att universitet godkänt det privatägda Archive of Modern Conflict som referens åt den i upphandlingen vinnande leverantören.

Depona AB

Depona AB anför bl.a. följande. Vad gäller Hallwylska museet ska även andra typer av dokument än de som anges i punkten 1.1.3 godtas. Skanning av böcker ska således inte underkännas. Den skanning som Depona AB utfört för museet utförs på samma sätt oavsett om materialet är inbundet eller inte. Skanningen som Depona AB utfört uppfyllde också de tekniska krav som anges i punkten 1.3.1. Uppdraget ska därmed betraktas som liknande. Kravet på att ett enskilt referensuppdrag ska vara av viss volym strider mot proportionalitetsprincipen.

Universitetet ska därför vid bedömning av Depona AB:s förmåga att utföra uppdraget göra en helhetsbedömning av bolagets totala kapacitet och inte enbart bedöma de enskilda referensuppdragen var för sig. En samlad bedömning av Depona AB:s samtliga referensuppdrag resulterar i att Depona AB har den kapacitet som efterfrågas eftersom bolaget sedan 2014 och parallellt med uppdragen för Lidingö Stad och Hallwylska museet skannat ca 1 700 hyllmeter för Thyréns AB, vilket volymmässigt överstiger det aktuella uppdragets omfattning.

Thyréns AB är att betrakta som arkiv. Något krav på att referenserna ska erbjuda arkivverksamhet har inte uppställts. Skanning av dokument som finns på museum eller i ett offentligt arkiv skiljer sig inte från skanning som görs i en verksamhet som inte är ett museum eller ett offentligt arkiv. Uppdraget som utförts åt Thyréns AB har stora likheter, såväl i fråga om typ av verksamhet som innehåll och omfattning, som uppdraget som upphandlas.

Universitetet har genom utformningen och/eller tillämpningen av kraven avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet i avsnitt 1.2.2.4 i upphandlingsdokumentet brutit mot såväl proportionalitetsprincipen som öppenhetsprincipen. Skanning kan även ske inom ramen för verksamheter som varken är ett museum eller ett officiellt arkiv. Om det dessutom finns ett krav på att referenserna ska erbjuda arkiveringstjänster för att referensen ska vara likställd med ett arkiv hade det behövt anges uttryckligen. Den innebörd av kravet som universitetet nu anför går inte att utläsa av upphandlingsdokumentet och är inget som en rimligt omsorgsfull och normalt informerad anbudsgivare ska förväntas förstå utifrån den använda formuleringen. En sådan tillämpning av kravet skulle därför strida mot öppenhetsprincipen. Skulle uppdragen åt Hallwylska museet respektive Thyréns AB inte anses vara likvärdiga står innebörden inte i proportion till det som ska upphandlas. Kravet strider därmed mot proportionalitetsprincipen.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Upphandlingsdokumenten i relevanta delar

1.2.2.4 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivare och eventuella underleverantörer skall ha teknisk och yrkesmässig kapacitet som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll.

Anbudsgivaren skall till anbudet lämna tre (3) referenser som anbudsgivaren under den senaste 2-årsperioden utfört liknande uppdrag för. Referenserna skall vara museer, arkiv eller liknande.

Namn på referens, telefonnummer och e-postadress och kontaktperson skall lämnas för varje referens.

1.1.2 Om Skissernas Museum

Skissernas Museum har världens främsta samling med skisser och förarbeten till offentlig konst. (...)

Utöver samlingen på över 30 000 skisser finns även omfattande arkiv tillgängliga för såväl forskare och studenter. Sedan grundandet har korrespondensen mellan museet och konstnärer arkiverats och många konstnärer har donerat sina privata brevsamlingar, vilket har resulterat i ett omfattande brevarkiv. Museet har också ett bild- och klipparkiv som till största delen består

av artiklar som berör offentlig konst från svenska och internationella dagstidningar och tidskrifter från 1930-talet fram till idag. Här finns även konstnärers projektbeskrivningar samt dokumentära fotografier över konstverkens tillkomst.

Dessa arkiv ger tillsammans med samlingen möjligheter att ta del av inte bara den offentliga konstens tillblivelse utan även offentliga debatter kring verken, jurymotiveringar, recensioner samt konstnärernas egna tankar kommunicerade i brev och personliga anteckningar.

1.1.3 Omfattning

Material som ska digitaliseras:

Brevarkivet omfattar ca 33 000 maskin- och handskrivna dokument. Dokumenten kan bestå av både fram- och baksida. Det vanligaste formatet på dokumenten är A4 men både mindre och större format förekommer. Arkivet är ordnat i arkivboxar A4-format, enstaka folioformat förekommer. Dokumenten är ordnade i aktomslag med tillhörande metadata på aktomslaget, både som text och streckkod. Varje aktomslag har ett unikt ID-nummer. Metadata finns även digitalt.

Bild- och klipparkivet omfattar ca 100 000 dokument (885 arkivboxar), mestadels pressklipp men även fotografier och textdokument. Standardformatet är 24 x 37 cm men både mindre och större dokument upp till format A2 förekommer. Bild- och klipparkivet innehåller även ca 25 pressklippalbum. Arkivet är ordnat i arkivboxar i folioformat (30 x 40,4 cm). Dokumenten är ordnade efter konstnärsnamn tydligt utmärkt och med ett unikt ID-nummer för varje konstnär samt tillhörande metadata. Metadata finns även digitalt.

Se bilaga 1–3 för exempel på hur materialet ser ut och förvaras.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Depona AB anför till grund för sin ansökan att Lunds Universitet har brutit mot LOU genom att felaktigt förkasta bolagets anbud samt genom att utforma eller tillämpa kraven avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet i

avsnitt 1.2.2.4 i upphandlingsdokumentet på sätt som strider mot principerna om proportionalitet och öppenhet.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs klara och tydliga upphandlingsdokument. Av dessa ska det framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte tillgodoser dessa krav får inte antas. En upphandlande myndigheter har en relativt stor frihet att bestämma vilka krav som ska gälla i en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU. Av proportionalitetsprincipen följer t.ex. att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än som är nödvändigt och som får anses vara ändamålsenligt med upphandlingen.

För att säkerställa att den leverantör som antas har den erfarenhet och kunskap som krävs för att hantera material av den typ som uppdraget avser har universitetet i upphandlingen uppställt obligatoriska krav på att anbudsgivare skall ha teknisk och yrkesmässig kapacitet som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll samt att anbudsgivaren till anbudet ska lämna tre referenser som anbudsgivaren under den senaste 2-årsperioden utfört liknande uppdrag för. Referenserna ska vara museer, arkiv eller liknande.

Depona AB gör gällande att de aktuella kraven har utformats i strid mot kraven på transparens och proportionalitet. Vad gäller bristande transparens anför Depona AB att det inte har gått att utläsa av förfrågningsunderlaget att referenserna ska erbjuda arkiveringstjänster för att referensen ska vara likställd med ett arkiv. Vad gäller kravens proportionalitet anför Depona AB att skanning även kan ske inom ramen för verksamheter som varken är ett museum eller ett officiellt arkiv.

Förvaltningsrätten konstaterar härvid att något krav på att referenserna ska erbjuda arkiveringstjänster för att referensen ska bedömas vara likställd med ett arkiv inte framgår av den aktuella punkten. Vad gäller Depona AB:s synpunkt att skanning även kan ske inom ramen för verksamheter som varken är ett museum eller ett officiellt arkiv kan konstateras att det av det aktuella kravet framgår referenserna ska vara museer, arkiv *eller liknande*. Referensen behöver således inte vara ett museum eller arkiv, men väl bedriva en likande verksamhet. Det är ostridigt mellan parterna att begreppet ”liknande” även kan omfatta privatägda företag och organisationer. Det är vidare ostridigt att uppställda krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet inte ska tolkas så att anbudsgivaren måste ha erfarenhet av skanning av just den typ av handlingar som uppdraget omfattar.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det utifrån det aktuella upphandlingsföremålet inte anses strida mot proportionalitetsprincipen att kräva att anbudsgivarna har erfarenhet av likande uppdrag och att angivna referenserna ska vara museer, arkiv eller liknande. Vad Depona AB anfört och åberopat visar enligt förvaltningsrättens bedömning inte att de aktuella kraven är utformade på sätt som är oförenligt med principerna om transparens och proportionalitet.

Fråga blir då om universitetet genom sin tillämpning av kraven och förkastandet av Depona AB:s anbud brutit mot LOU.

Depona AB:s anbud har förkastats med hänvisning till att bolaget inte har visat att det uppfyller kraven teknisk och yrkesmässig kapacitet i avsnitt 1.2.2.4 i upphandlingsdokumentet. Universitetet har gjort bedömningen att två av de tre referensuppdrag som Depona AB angett inte lever upp till de krav som ställts. De referenser som underkänts är Tyréns AB och Hallwylska Museet.

Universitetet har gjort bedömningen att referensen från Tyréns AB inte uppfyller kravet på att vara museum, arkiv eller liknande. Tyréns AB är såvitt framgår ett privatägt konsultföretag och har inte visats bedriva verksamhet liknande den som museum eller arkiv bedriver. Universitetet har därmed haft fog för att underkänna referensen. Universitetets bedömning härvidlag framstår utifrån kravens utformning som klart förutsägbar. En tolkning av kraven innebärande att det för kravuppfyllelse skulle vara tillräckligt att ange en referens från ett företag, vilket som helst, som har ett arkiv är inte förenlig med kravens lydelse.

Vad gäller referensen från Hallwylska Museet har universitetet gjort bedömningen att uppdraget inte utgör ett likande uppdrag. Depona AB har i sitt anbud beskrivit att det utförda uppdraget avsett skanning av museets kataloger bestående av ca 37 stycken inbundna böcker i format 50 * 70 cm. Förvaltningsrätten delar universitetets bedömning att det redovisade uppdraget, varken vad avser innehåll eller omfattning, kan anses utgöra ett uppdrag likande det som universitetet nu upphandlar och noggrant har beskrivit i upphandlingsdokumenten.

Enligt förvaltningsrättens mening har universitetet således haft fog för sin bedömning att referenserna Tyréns AB och Hallwylska Museet inte möter ställda krav och att Depona AB därför inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav i punkten 1.2.2.4 i upphandlingsdokumentet avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet. Universitetets tillämpning av de aktuella kraven kan varken anses strida mot transparensprincipen eller proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av det anförda inte visat att universitetet vid sin prövning och sin diskvalificering av Depona AB:s anbud agerat i strid med LOU.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Vid nu angivna förhållanden och då Depona AB inte heller i övrigt anfört något som utgör grund för ingripande mot upphandlingen ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Mattias Steen

Lena Palmér har föredragit målet.



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.