



KLAGANDE

Innova AB, 556346-1705
Enebybergsvägen 21
182 48 Enebyberg

MOTPART

Gatubolaget
Box 1086
405 23 Göteborg



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 14 januari 2013 i
mål nr 14228-12, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens beslut om interimistiskt förordnande den 24 januari 2013
upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Innova AB (Innova) yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Bolaget har lidit skada då bolagets angivna referenser har blivit felaktigt bedömda och då bolagets anbud felaktigt bedömts inte uppfylla alla skall-krav. Bolagets anbud uppfyller alla skall-krav som uppställts i aktuell upphandling och det finns inte någon anledning för Gatubolaget att misstro den informationen. Bolaget har i sitt anbud sva-

rat ja på frågan om det uppfyller skall-kravet att offererad lösning ska innehålla funktioner för både ISA och bilpoolsystemet med telematik i en och samma enhet, men upphandlande myndighet har valt att göra sin egen bedömning efter frågor till bolagets angivna referenser. Svaret i anbudet är juridiskt bindande och ska ha högre prioritet än en tolkning av referenser.

Upphandlande myndighet har tolkat referensernas svar som att bolaget inte uppfyllde skall-kravet att ISA och bilpoolsystemet ska vara i en och samma enhet. Referenserna har antagligen sagt att lösningen består av två enheter eftersom de har en display som tillval för att tydligare visa hastighet och övrig information. I förevarande upphandling vill upphandlande myndighet dock inte ha någon display och då skulle det följaktligen bara bli en enhet. Man kan inte begära att bolagets referenser inte ska ha några tillval utöver utrustningen som upphandlande myndighet frågar efter. Att bolagets referenser har valt en tilläggsfunktion som display kan knappast ses som en nackdel eller tala emot bolagets förmåga som företag. Kravet är att referenserna ska ha "likvärdiga uppdrag/leveranser" inte att man ska ha levererat exakt samma utrustning med exakt samma inställningar och val av optioner.

Det är inte rimligt att referenserna ska veta att de kan få alla grundfunktioner utan displayen då alternativet utan display aldrig varit aktuellt för dem. Frågan är av sådan teknisk karaktär att referenserna inte kan avgöra hur bolagets system är uppbyggt. Referenserna ska användas för att utvärdera bolagets förmåga att leverera efterfrågad lösning samt service, support m.m. Kravet bör vara ställt för att se till att anbudsgivarna har teknisk förmåga att leverera efterfrågade system och det har bolaget utan tvekan. Bolaget har angett två likvärdiga referenser med exakt likadana installationer och det är då konstigt att endast en av dessa har blivit godkänd. Eftersom det råder sekretess kan bolaget inte få tillgång till referensernas svar för att se hur de har svarat.

Det står inget i förfrågningsunderlaget om att referenserna ska kontaktas för kontroll av om anbudsgivarna uppfyller de obligatoriska skall-kraven.

Skall-kravet att utrustningen ska vara i samma enhet får dessutom anses vara ett oproportionerligt och irrelevant krav som det är formulerat i förfrågningsunderlaget. Det har inte definierats vad som är samma enhet och hur stor enheten får vara. Kravet är oproportionerligt och så dåligt definierat att det måste anses orimligt att utesluta någon leverantör för att denne inte uppfyller det kravet.

När det gäller aktuellt upphandlingsförfarande har upphandlande myndighet med avsikt valt ett förfarande som ger dålig insyn. Förhandlat förfarande med föregående annonsering har valts för att få relativt fria händer att begränsa vilka leverantörer som får ge anbud och begränsa möjligheterna för andra leverantörer att överklaga. Genom det förhandlade förfarandet har upphandlande myndighet efter eget tycke och utan tydliga krav och redovisning sållat ut de leverantörer myndigheten inte vill ha med till steg två i förfarandet. Ett diskriminerande urval har således gjorts. Därtill har man valt att selektera utifrån några enstaka frågor som begränsar typen av möjliga lösningar. Det verkar mot syftet med det valda förfarandet. Upphandlingsförfarandet har dessutom medfört att bolaget inte har kunnat se hur utvärderingen är utförd. Ett öppet förfarande ger större tydlighet med listade krav och tydliga utvärderingskriterier som ger en mer rättvis och likabehandlande utvärdering. Därtill har sekretess medfört att bolaget inte kunnat få tillgång till underlag som behövs för bevisföringen.

Att påstå att utvecklingen går så snabbt att man skulle kunna missa något i ett öppet förfarande är fel. Visst är det en konstant utveckling av produkterna men inte mer än att man som leverantör har en utvecklingsplan för den närmsta tiden och därmed kan besvara vilka funktioner som finns nu och vilka som är planerade att utvecklas den närmaste tiden. Det har på senare tid genomförts ett antal upphandlingar av den aktuella tjänsten med mycket

omfattande förfrågningsunderlag och det har fungerat. Därtill har Gatubolaget god erfarenhet av denna typ av utrustning och borde ha kunnat författa ett relevant förfrågningsunderlag. Det felaktiga upphandlingsförfarandet är ett tungt vägande skäl att avbryta upphandlingen. Bolaget har lidit skada på grund av att fel upphandlingsförfarande har använts.

Göteborgs Gatu AB (Gatubolaget) anser att bolagets överklagande ska avslås.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det funnits förutsättningar för Gatubolaget att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering i den aktuella upphandlingen och om de skall-krav som uppställts avseende teknisk förmåga och kapacitet varit tydliga och proportionerliga samt om Innova har lidit skada av att bolaget inte har kvalificerat sig då anbudet uppfyllt samtliga skallkrav.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

Enligt huvudregeln i 4 kap. 1 § LOU ska offentlig upphandling ske genom öppet eller selektivt förfarande. Under vissa angivna förutsättningar kan emellertid den upphandlande myndigheten använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Detta gäller bl.a. för intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna välja det bästa anbudet inom ramen för ett öppet eller selektivt förfarande, se 4 kap. 2 § första stycket 3 p. i LOU.

Kammarrätten gör följande bedömning.

I likhet med förvaltningsrätten finner kammarrätten att det är tveksamt om tjänsten ISA inklusive bilpoolsystem, som är föremålet för den aktuella

upphandlingen, ska betraktas som en sådan tjänst som faller in under begreppet intellektuell tjänst i den mening som avses i LOU. Gatubolaget har i vilket fall inte visat att den upphandlade tjänsten varit av så avancerad, komplex eller dynamisk karaktär att ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag inte har kunnat utarbetas inom ramen för ett öppet eller selektivt förfarande. Någon möjlighet för Gatubolaget att i aktuell upphandling frångå huvudregeln har därmed inte funnits.

Skadeprövningen

Kammarrätten har därefter att ta ställning till om Innova har lidit skada av att Gatubolaget har tillämpat ett felaktigt förfarande vid upphandlingen och av att Gatubolaget har gjort bedömningen att Innova inte uppfyller alla uppställda skall-krav i upphandlingen.

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken *2.0 Teknisk förmåga och kapacitet, Krav 2.1* följande: *Anbudsgivaren skall kunna ange minst två referenser, ej äldre än två år, avseende likvärdiga uppdrag/leveranser. Kontaktuppgifter för referenserna anges i svarsrutan nedan.*

Vidare framgår under rubriken *3.0 Baskrav på produkt/tjänst, Krav 3.0* följande: *Offererad lösning skall innehålla funktionalitet för både ISA och bilpoolsystem med telematik i en och samma enhet.*

Innova har i sitt anbud svarat att bolaget uppfyller kravet som uppställts under rubriken *Krav 2.0* samt angett kontaktuppgifter till tre olika referenser. Innova har även angett att de referenser som de angett är kunder som använder en kombination av ISA och bilpool. Innova har i sitt anbud även uppgett att bolaget uppfyller kravet att offererad lösning ska innehålla funktionalitet för både ISA och bilpoolsystem med telematik i en och samma enhet.

Innova har även ställt frågor till Gatubolaget om referenserna som Gatubolaget har svarat på. En fråga var om det finns en poängsättningsmall för utvärdering av referenser. Gatubolaget svarade att referenserna inte primärt kommer att utvärderas utan att förekomsten av referenserna är ett kvalificerande krav för att visa att teknisk förmåga och kompetens finns. Om fler än tre anbudssökande kvalificerar sig kommer intervjuer med referensgivarna att ske i syfte att fastställa vilka av dessa som uppvisar störst överensstämmelse med upphandlingsobjektet. En annan fråga Innova ställde var om referenser från leverantörer som har bilpool utan ISA och ISA utan bilpool, där systemet är förberett och i viss omfattning kört som kombinationer accepteras och Gatubolagets svar var nej.

Gatubolaget har efter att ha kontaktat de av Innova angivna referenserna konstaterat att Innovas anbud inte uppfyller kravet som uppställts under rubriken *Krav 2.0* då endast en referens använder systemet enligt förfrågan. Inte heller kravet att offererad lösning ska innehålla funktionalitet för både ISA och bilpoolsystem med telematik i en och samma enhet är uppfyllt då referenser anger att systemet består av två enheter.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Den aktuella inbjudan att lämna en intresseanmälan består av ett antal generella kvalificeringskrav. Som förvaltningsrätten har konstaterat står det den upphandlande myndigheten fritt att ställa vilka krav den önskar på potentiella leverantörer så länge de inte strider mot LOU eller de EU-rättsliga principerna. Kammarrätten finner att de aktuella kraven får anses vara proportionella i förhållande till vad Gatubolaget vill uppnå med upphandlingen och kan således inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

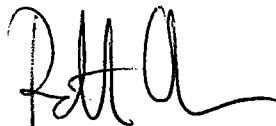
Innova har i sitt anbud bekräftat att bolaget uppfyller skall-kraven, men Gatubolaget har efter kontakt med Innovas referenser gjort en annan bedömning. Innovas anbud har därefter uteslutits utan möjlighet för bolaget att

lämna in ett anbud. Frågan är om Innova lidit skada eller riskerat att lida skada av att bolagets anbud har uteslutits på det sätt som skett, detta oaktat vilket upphandlingsförfarande Gatubolaget har valt att tillämpa.

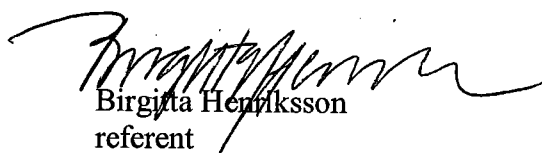
Kammarrätten kan konstatera att kravet på angivande av referenser som det är uttryckt i inbjudan innebär att de två referenser som anges ska avse likvärdiga uppdrag eller leveranser. Efter fråga från Innova har Gatubolaget förtydligat att referenser från leverantörer som har bilpool utan ISA och ISA utan bilpool där systemet är förberett och i viss omfattning kört som kombinationen inte accepteras. Innova har därefter i sin intresseanmälan angett tre referenser varav två blivit underkända av Gatubolaget med motiveringen att de inte använder systemet enligt förfrågan.

Det framgår visserligen av inbjudan att referenser avseende likvärdiga uppdrag eller leveranser ska godtas, men eftersom Gatubolaget har upplyst Innova om att referenser som har bilpool utan ISA och ISA utan bilpool inte kommer att accepteras gör kammarrätten, mot bakgrund av vad Innovas referenskunder har svarat, bedömningen att Innova inte uppfyllt det ställda kravet på teknisk förmåga och kapacitet. Mot denna bakgrund och trots att Innova i sitt anbud angett att bolaget erbjuder ett system med funktionalitet för både ISA och bilpoolsystem med telematik i en och samma enhet finner kammarrätten att Innova inte har lidit eller kunnat komma att lida skada av att bolaget har uteslutits från att delta i den aktuella upphandlingen. Överklagandet ska därför avslås.

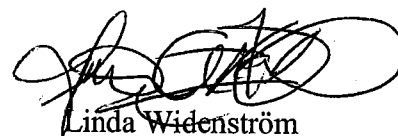
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1). Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.



Petter Classon



Birgitta Henriksson
referent



Linda Widenström



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2013-01-14
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
14228-12 E
Enhet 1:2

Ab12
Sida 1 (9)

SÖKANDE

Innova AB, 556346-1705
Enebybergsvägen 21
182 48 Enebyberg

MOTPART

Gatubolaget
Box1086
405 23 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Gatubolaget har genomfört en upphandling av ISA (Intelligent System för Anpassning av hastighet) inklusive bilpoolssystem, diarienummer 393/12. Upphandlingen har genomförts som ett förhandlat förfarande över tröskelvärdena. Innova AB (Innova) har lämnat anbud. Av en underrättelse från Gatubolaget framgår att Innova inte gått vidare i selekteringen, då det inte har kunnat styrkas att bolagets anbud uppfyller kravet på referenser eller kravet på att offererad lösning ska innehålla funktionalitet för både ISA och bilpoolssystem med telematik i en och samma enhet.

YRKANDEN M.M.

Innova begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Innova yrkar även att ansökan om överprövning ska prövas först när Gatubolaget släppt på sekretessen som gäller under upphandlingen. Till stöd för ansökan anför Innova i huvudsak följande. Gatubolaget har använt sig av en felaktig upphandlingsform. Den upphandlande myndigheten borde ha tillräcklig kunskap och erfarenhet för att kunna undvika ett förhandlat förfarande, då Göteborgs Stad har använt sig av bilpooler sedan år 2002. År 2007/2008 gjordes också en ny upphandling där ISA ingick. Därtill har Göteborgs Stad gjort studier avseende ISA och hade då tillfälle att testa olika system. Anledningen till valt upphandlingsförfarande är att förhindra insyn och öppenhet. De skall-krav som har angetts följer en konkurrens utförande och strider således mot likabehandlingsprincipen. Selektionen är vidare felaktig och bygger på felaktiga antaganden. Kravet på två likvärdiga referenser är otydligt, eftersom det inte har preciserats vad som är att anse som "likvärdigt". Det har inte heller angetts hur referenserna kommer att utvärderas. Kraven på att funktionalitet för både ISA och bilpoolssystem ska finnas i en enhet, att gränssnittet ska vara webbaserat och att systemet ska ha flera behörighetsnivåer gynnar en viss annan leverantör. De flesta leverantörer har inte referenser med både ISA

och bilpool, vilket även var anledningen till att bolaget inte kunde använda sin största kund som referens. Kravet på att ange referenser som har ett system med både ISA och bilpool är därför oproportionerligt och utesluter flera kompetenta leverantörer. Gatubolaget borde i stället ha sett till kompetens och möjlighet att utföra uppdraget, varför ISA och bilpool borde ha godkänts var för sig. I anbudet har angetts att Innova uppfyller kravet på dubbel funktionalitet i en enhet. Denna uppgift måste den upphandlande myndigheten ta för godo. Det är således felaktigt att fråga referenserna om detta. Referenserna är inte tekniskt kunniga och Innovas kunder har dessutom valt en lösning med en extra display. Kravet som ställts i upphandlingen motsvarar dock bolagets baslösning. Kravet om att det ska vara fråga om en enhetlig lösning ifrågasätts också. Även om det underlättar installationen sker sådan endast en gång på tre år. Det är oproportionerligt att peka på en sådan liten detalj som på intet sätt är avgörande för systemets funktionalitet. Innovas system har många fler tekniska fördelar än övriga på marknaden förekommande system. Vidare har den upphandlande myndigheten nu förlängt tiden för redovisning av systemen, vilket innebär att leverantörerna har mer tid på sig att utforma systemlösningarna. Även detta agerande strider mot likabehandlingsprincipen. Den upphandlande myndigheten har motarbetat bolaget. Bolaget behöver se allt material för att kunna fullfölja sin talan. Det har dock fått till svar att sekretess råder. Bolaget har lidit skada genom att förfrågningsunderlaget är oproportionerligt utformat. Det har också uteslutits på felaktiga grunder.

Gatubolaget anser att begäran om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen är genomförd i enlighet med gällande bestämmelser och principer. Innova har inte lidit skada och kan inte heller komma att lida skada i anledning av upphandlingsförfarandet. Upphandlingen avser ISA inklusive bilpoolssystem. Det är fråga om områden som är under ständig och snabb utveckling. Om ett öppet förfarande med en specificerad kravställning avseende tekniken hade tillämpats är det högst

sannolikt att den upphandlande myndigheten hade fått en sämre produkt än vad som är möjligt. Man har därför valt att göra en upphandling avseende funktion där kraven avser vilken funktionalitet som efterfrågas, varpå leverantörerna ska lämna förslag på hur funktionaliteten ska uppnås. Varken det öppna eller selektiva förfarandet ger möjlighet till en dialog med leverantörerna, varför ett förhandlat förfarande behöver användas. Kvalificeringskraven är inte utformade med avsikt att en specifik leverantör ska få uppdraget. I förfrågningsunderlaget har till och med angetts att om det endast är ett anbud som uppfyller kraven kommer upphandlingen att avbrytas. Det krav som har ställts om att ISA och bilpool ska vara i en enhet är inte oproportionerligt. Systemet ska monteras dolt i moderna bilar, i vilka det är ont om utrymme. En enhet kräver dessutom endast en montering. Innova har lämnat tre referenser. Av dessa har endast en uppgett att system används enligt vad som efterfrågas. Innova har inte heller kunnat styrka att den offererade lösningen innehåller funktionalitet för både ISA och bilpoolssystem med telematik i en och samma enhet. Referenser har angett att systemet består av två enheter. Referenstagningen har syftat till att fastställa att kvalificeringsvillkoren är uppfyllda. Ett av dessa krav var att funktionaliteten skulle finnas i en enhet. Innova borde således, som varje normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare, ha lämnat referenser som visar att kravet är uppfyllt. Innova har rätteligen uteslutits i kvalificeringsfasen, eftersom dess anbud inte uppfyllt ställda skall-krav. Eftersom Innova inte längre kan betraktas som en presumtiv leverantör, är inte skaderekvisitet uppfyllt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 4 kap. 1 § LOU anges att vid offentlig upphandling ska öppet eller selektivt förfarande användas. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2–9 §§.

I 4 kap. 2 § LOU anges att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas

1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i
 - a. 1 kap. 10 § andra stycket om att juridiska personer i vissa fall ska uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som ska utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen,
 - b. 6 kap. 9 § andra och fjärde styckena om att otillåtna alternativa anbud inte får beaktas respektive att endast alternativa anbud som uppfyller ställda minimikrav får beaktas,
 - c. 6 kap. 11 § om att en anbudsgivare ska ange hur stor del som kan komma att läggas ut på tredje man,
 - d. 6 kap. 12 § andra stycket om att anbudsgivare och anbudssökande ska bekräfta att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utformning av anbudet,
 - e. 9 kap. 8 § andra stycket om att en leverantör ska förtydliga och komplettera handlingar som getts in,
 - f. 10 kap. om uteslutning av leverantörer,
 - g. 11 kap. om kontroll av leverantörers lämplighet och val av leverantörer m.m., eller
 - h. 12 kap. om tilldelning av kontrakt,

2. om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg,
3. för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller
4. för byggtreprenad, som endast har forsknings-, provnings- eller utvecklingsändamål och som inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader.

Första stycket 1 gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Innova har anfört dels att Gatubolaget har tillämpat fel upphandlingsförfarande, dels att kvalificeringskraven har varit oproportionerliga och i strid med likabehandlingsprincipen. Innova har härtill anfört att det inte har möjlighet att fullfölja sin talan förrän Gatubolaget släppt på den sekretess som Gatubolaget uppgett råder. Förvaltningsrätten uppvisar avseende den senare delen att det som huvudregel råder absolut sekretess vid offentlig upphandling fram till dess att den upphandlande myndigheten beslutat att tilldela kontraktet till en viss leverantör eller anbudens dessförinnan offentliggjorts. Detta innebär att uppgifter som rör anbud och anbudsansökningar inte i något fall får lämnas till någon annan än den som lämnat anbudet eller ansökningen innan alla anbud offentliggjorts eller beslut om

leverantör och anbud fattats (tilldelningsbeslut) eller när myndigheten avslutar upphandlingen på annat sätt, t.ex. avbryter den (jfr 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen [2009:400]). Vad Innova har anfört om att bolaget behöver tillgång till ytterligare material i jämförelsesyfte kommer inte att beaktas vid prövningen.

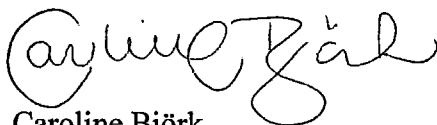
Huvudregeln för offentlig upphandling inom den klassiska sektorn över tröskelvärdena är att ett öppet eller selektivt förfarande ska användas. Under vissa angivna förutsättningar kan emellertid den upphandlande myndigheten använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Detta gäller bl.a. för intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden. Enligt praxis från EU-domstolen ska undantagsfallen tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som ska visa att förutsättningar för undantag föreligger. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 17 december 2012 (mål nr 4258-12) funnit att en upphandling gällande telefoni omfattats av begreppet intellektuell tjänst i LOU.

I målet är fråga om en upphandling avseende installation av ISA inklusive bilpoolsystem. ISA står för "Intelligent Stöd för Anpassning av hastigheten" och är kort uttryckt en teknik som mäter bilens hastighet och varnar föraren när hastigheten överstiger den tillåtna. Gatubolaget har anfört att skälet till att man använt sig av ett förhandlat förfarande är att det är fråga om en upphandling inom ett område som är under ständig och snabb utveckling och att det vid val av ett annat förfarande sannolikt hade varit omöjligt att få fram det bästa möjliga alternativet. Frågan är därmed om det i upphandlingen är fråga om en sådan tjänst som faller in under begreppet intellektuell tjänst i LOU:s mening. Om det inte är det har Gatubolaget tillämpat ett felaktigt förfarande vid upphandlingen. Om det är en intellektuell tjänst, krävs dock, för att ett förhandlat förfarande ska få

användas, att tjänsten är av sådan art att den upphandlande myndigheten inte kunnat utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen med stöd av bestämmelserna om öppna eller selektiva förfaranden. Bevisbördan ligger i denna del på den upphandlande myndigheten. Förvaltningsrätten finner närmast till hands att anta att det i upphandlingen inte är fråga om en sådan tjänst som faller in under begreppet intellektuell tjänst i LOU:s mening. Även om det skulle vara fråga om en sådan tjänst, anser inte förvaltningsrätten att föremålet för upphandlingen varit av så avancerad, komplex eller dynamisk karaktär att Gatubolaget inte kunnat utarbeta ett tillräckligt förfrågningsunderlag för ett öppet eller selektivt förfarande. Någon möjlighet att frångå huvudregeln i 4 kap. 1 § LOU har därmed inte funnits.

Nästa fråga är om Innova lidit skada av att Gatubolaget har tillämpat ett felaktigt förfarande vid upphandlingen. Innova har uteslutits på grund av att dess anbud inte uppfyllt ställda krav. Förvaltningsrätten konstaterar att det står den upphandlande myndigheten fritt att ställa vilka krav som den önskar på leverantörer som kan tänkas lämna anbud så länge det görs på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Förvaltningsrätten anser inte att de krav som Gatubolaget ställt på anbuden för att de ska kvalificeras för utvärdering strider mot de grundläggande principerna för upphandling. Förvaltningsrätten anser även att man kan utgå från att Gatubolaget hade ställt samma krav på referenser och kravspecifikation om t.ex. ett öppet förfarande hade tillämpats. Då Innova inte uppfyllt de ställda skall-kraven, bedöms det inte ha stått i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU att utesluta Innovas anbud vid kvalificeringsfasen. Den som rätteligen har uteslutits i kvalificeringsfasen kan inte längre betraktas som en presumtiv leverantör och kan därmed inte heller anses lida skada i den mening som avses i LOU. Eftersom det således inte har visats att Innova lidit eller riskerat att lida skada, ska överklagandet avslås. Vad Innova i övrigt har anfört föranleder inte någon annan bedömning.

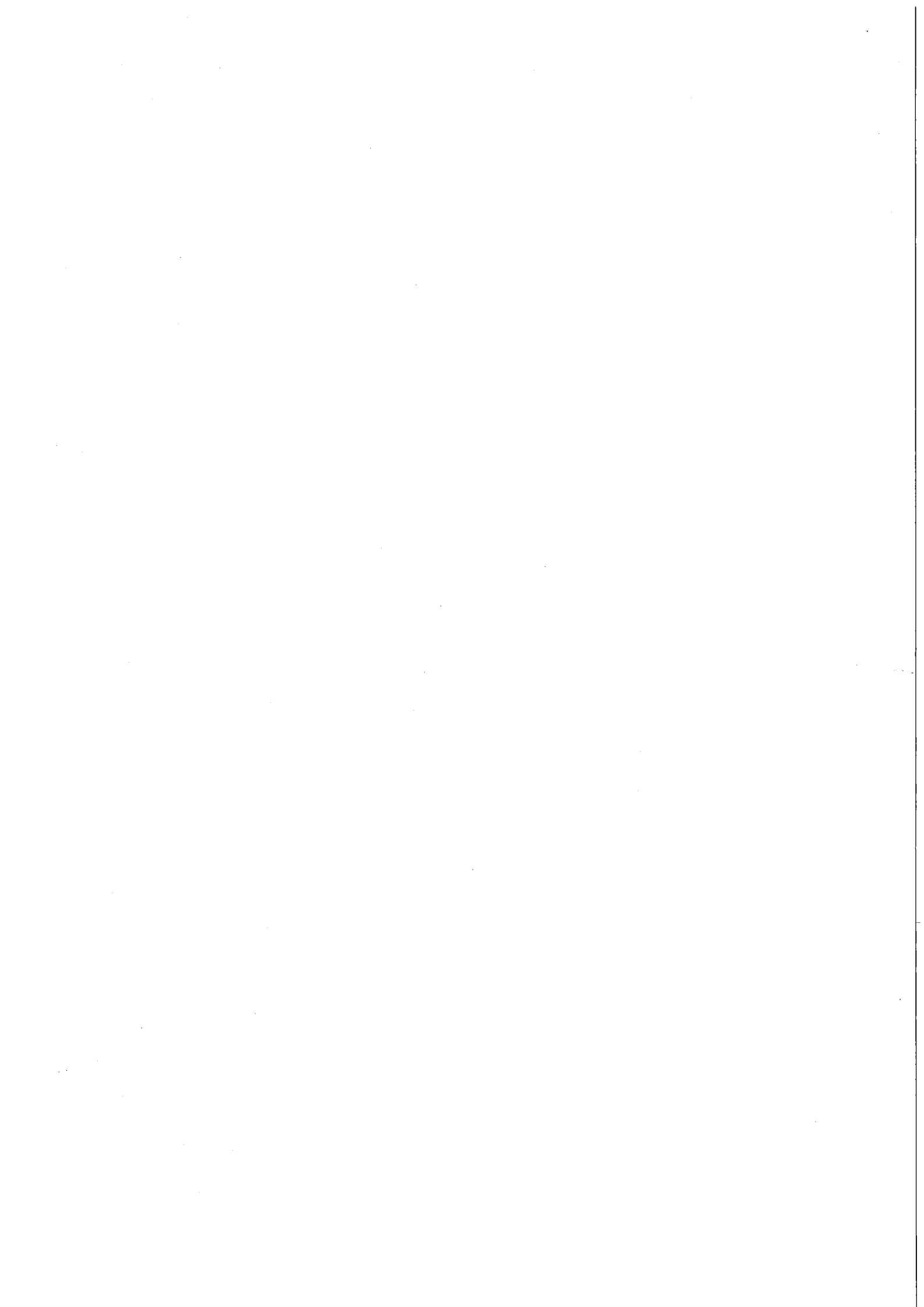
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU)



Caroline Björk

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

