



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2013-01-14
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
14228-12 E
Enhet 1:2

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)

KONKURRENSVERKET	
2013-01-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 181518

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 2
14228-12 E

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 konkurrenss 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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 3
14228-12 E

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
14228-12 E

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

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 5
14228-12 E

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,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

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 upplyser 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 anbuden 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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 7
14228-12 E

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 8
14228-12 E

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.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 9
14228-12 E

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



Caroline Björk

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 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 uppbävt 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 3109/1B LOU