



SÖKANDE
Primona AB, 556583-2374

MOTPART
Migrationsverket, 202100-2163

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

KONKURRENSVERKET	
2019-09-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Beställaren genomför upphandling avseende *Upphandlingsverktyg och avtalsdatabas som tjänst dnr 3.2.1-2018-40128* (Upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Till följd av aktuell överprövningsprocess har Beställaren beslutat sig för att pausa Upphandlingen och något tilldelningsbeslut har således inte fattats.

Bolaget ansöker nu om överprövning av Upphandlingen och yrkar att Upphandlingen ska göras om.

Beställaren motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

I Upphandlingen har följande krav uppställts i punkt 5.3.1.7 *Krav på funktioner för upphandlingsdatabas.*

Leverantören ska ha en upphandlingsdatabas som omfattar pågående och avslutade upphandlingar publicerade i Sverige under minst de senaste fem (5) åren. Databasen ska ha en sökfunktion där sökning kan ske exempelvis på pågående och avslutade upphandlingar, tidsperiod, upphandlande myndighet, rubrik och CPV-kod.

Upphandlingsdatabasen ska tillhandahålla upphandlingar även från andra upphandlingsverktyg än det som leverantören kan erbjuda för att ge Migrationsverket ett brett utbud.

Upphandlingsdatabasen ska vara integrerad med upphandlingsverktyget.

Det aktuella kravet är konkurrensbegränsande då det endast finns en leverantör som kan erbjuda en upphandlingsdatabas som innehåller information om upphandlingar från andra upphandlingsverktyg. I dag verkar cirka fem leverantörer på den svenska marknaden. Det är allmänt känt att det endast är Beställarens nuvarande leverantör som kan uppfylla kravet avseende upphandlingsdatabas. Bolaget har informerat Beställaren om detta, dels i remissvar och dels i frågefunktionen i upphandlingssystemet under upphandlingsprocessen. Kravet avser inte en funktion som är nödvändig att ha kopplad till tjänsten avseende ett upphandlingsverktyg, utan krav ställs på att leverantören ska hämta data från andra system, vilket bör anses strida mot proportionalitetsprincipen då kravet är mer långtgående än nödvändigt. Beställarens krav på att upphandlingsdatabasen ska vara integrerad med upphandlingssystemet är överspecificerat om det bakomliggande behovet är

att informationen ska vara lättillgänglig. Behovet kan lösas på annat sätt till exempel genom en länk som ger automatisk inloggning i annat system (webfederering).

Det finns leverantörer som kan erbjuda information om upphandlingar från andra verktyg, men inte integrerat och det finns leverantörer som t. ex Bolaget som kan erhålla information om upphandlingar som är annonserade av andra myndigheter integrerat i det egna verktyget, men inte från andra upphandlingsverktyg. Även om Bolaget skulle ha för avsikt att börja erbjuda en liknande lösning som den kravställda så är det en omöjlighet att kunna erbjuda information om upphandlingar historiskt då det inte går att i efterhand hämta denna information på annat sätt än att begära ut den från samtliga myndigheter. Kostnaden för detta överskrider vida värdet av upphandlingsverktyget. Enligt upphandlingsstatistik publicerad av Upphandlingsmyndigheten som baseras på data från Visma Tendsign så var antalet annonserade upphandlingar under 2017 ca 18 525. Givet att tiden för att begära ut information om upphandlingen, kategorisera och ladda in i databasen beräknas till en timme innebär det ca 18 525 timmar vilket motsvarar ca elva månår. Beräkna på att kravet gäller information fem år tillbaka i tiden blir det en insats på totalt ca 55 månår vilket måste anses som orimligt och står inte i proportion till kontraktets värde. Vad Beställaren anfört om att det varit fullt möjligt för Bolaget och andra anbudsgivare på marknaden att utveckla och erbjuda den efterfrågade lösningen är således inte korrekt.

Att Bolaget skulle kunna samla in all efterfrågad data inom tiden mellan att Upphandlingen publiceras och sista anbudsdag är en omöjlighet.

Vidare står det obligatoriska kravet i strid med 4 kap. 14 § LOU där det framgår att en myndighet som beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska ange skälen för detta. Beställaren har i upphandlingsdokumentet

inte angett några skäl för att underlåta att tilldela kontraktet i separata delar. I prop. 2015/16:195 s. 448–455 och bestämmelserna i artikel 46 i LOU-direktivet anges det att en upphandlande myndighet i möjligaste mån ska dela upp ett kontrakt för att öka konkurrensen och möjliggöra för små och medelstora företag att delta i upphandlingar.

Beställaren anger i yttrande till rätten att enligt 2015/16:194 s. 448 gäller skyldigheten att dela upp kontrakt i separata delar endast gäller vissa kontrakt och i syfte att underlätta för små och medelstora företag, framförallt när det gäller större kontrakt. Vad som avses med större kontrakt torde vara oklart. Rimligt bör vara att det är ett belopp som relaterar till kontaktföremålet och branschen i fråga. Utifrån detta resonemang och genomförda upphandlingar av upphandlingsverktyg under de senaste åren är det tydligt att värdet av detta kontrakt kan anses som stort.

Det är möjligt att upphandla efterfrågad funktion som en separat tjänst och det kan därför inte anses nödvändigt att upphandlingsdatabasen ska vara integrerad med upphandlingsverktyget, således har Beställaren brutit mot förslagen i prop. 2015/16:195 s. 448–455 och bestämmelserna i artikel 46 i LOU-direktivet. Beställaren har ett ansvar att värna om konkurrensen på marknaden och att möjlighet att dela upp kontraktet inte har getts måste anses som anmärkningsvärt.

Bolaget har tydligt visat att det har haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen och har ett flertal gånger påtalat för Beställaren att det aktuella kravet utgör ett hinder för Bolaget och andra leverantörer av upphandlingssystem att lämna anbud. Beställarens handlande har följaktligen medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada i den mening anges i 20 kap. 6 § LOU.

Beställaren

Bolaget har gjort gällande att kravet i upphandlingsdokumentet punkten 5.3.1.7 är oproportionerligt och konkurrenshämmande och i strid med LOU då endast Beställarens befintliga leverantör enligt Bolaget kan uppfylla kravet på en upphandlingsdatabas som innehåller information från andra upphandlingsverktyg.

Beställaren har i punkten 5.3.1.7 inte framställt ett krav som enbart en leverantör kan uppfylla. Det har varit fullt möjligt för Bolaget och andra anbudsgivare på marknaden att utveckla och erbjuda en sådan lösning som efterfrågas. Det har således inte funnits något hinder för Bolaget eller övriga anbudsgivare att utveckla ett sådant integrerat systemstöd som efterfrågas i kravet då tillgång till andra upphandlingar har funnits på marknaden i flera år. Kravet i punkten 5.3.1.7 kan således både teoretiskt och praktiskt uppfyllas av företag som väljer att utveckla och erbjuda tjänsten. I detta fall har kravet således inneburit att potentiella leverantörer har getts samma förutsättningar. Att företag på marknaden i stor utsträckning valt att inte utveckla segmentet med integrerad upphandlingsdatabas i sitt upphandlingsverktyg innebär således inte i sig att grundläggande principer i LOU har åsidosatts och dessa principer utgör därmed inget hinder att framställa krav som det aktuella i punkten 5.3.1.7. I Upphandlingen handlar det alltså inte om att kravet innebär att befintlig leverantör fått en otillbörlig konkurrensfördel genom kravet utan istället att Bolaget och övriga leverantörer valt att inte erbjuda en tjänst som är fullt möjlig för dem att utveckla och erbjuda.

Det framgår av Bolagets yttrande till rätten att det inte finns något egentligt hinder och inte är praktiskt eller teoretiskt omöjligt för Bolaget, eller andra på marknaden ifall de skulle sakna lösningen, att utveckla och erbjuda tjänsten utan att det snarare handlar om att det i efterhand skulle vara initialt

tidskrävande att börja samla data om genomförda upphandlingar för Bolaget, som inte valt att utveckla och erbjuda tjänsten. Det är Bolaget som i ansökan om överprövning *påstår* att det endast finns *en* leverantör på den svenska marknaden som kan uppfylla kravet. Då ingen annan anbudsgivare utöver Bolaget heller har kommenterat kravet varken under anbudstiden eller under remisstiden så har inte Migrationsverket utgått från att detta nödvändigtvis är med sanningen överensstämmande.

Det övergripande syftet med upphandlingen är att möjliggöra att Beställarens anställda som är involverade i upphandlingsarbetet har tillgång till ett så smidigt, användarvänligt och effektivt upphandlingsverktyg som möjligt med minst alla de funktioner som Beställaren har idag inklusive de utökade behov Beställaren har och som har föranlett upphandlingen. Beställaren genomför cirka 250 upphandlingar per år. I det upphandlingsverktyg som Beställaren har tillgång till idag finns en funktion med upphandlingsdatabas integrerad i systemstödet/upphandlingsverktyget. Funktionen används i hög utsträckning av de medarbetare hos Beställaren som är involverade i upphandlingsarbetet, cirka 35 användare, för vilka upphandlingsdatabasen utgör ett stort stöd i arbetet. Funktionen innebär att dessa medarbetare i samma upphandlingsdatabas och samma upphandlingsverktyg kan söka fram annonserade upphandlingar som är genomförda i befintlig leverantörs upphandlingsverktyg såväl som sådana upphandlingar som har genomförts av andra upphandlande enheter, oavsett vilket systemstöd dessa enheter använder sig av. Detta eftersom befintlig leverantör i sitt upphandlingsverktyg tillhandahåller annonserade upphandlingar utöver de upphandlingar som är genomförda i leverantörens eget upphandlingsverktyg. Det ger Beställaren ett brett utbud och en stor spridning på tillgången till upphandlingsunderlag i en och samma upphandlingsdatabas och ett och samma upphandlingsverktyg. Därtill är det mer tidseffektivt då det tar tid att söka i en flera olika länkade system istället för i att söka i ett. Det blir därmed också en kostnadsfråga där Beställaren

bedömt att det sätt som kravet utformats på ger den mest kostnadseffektiva användningen av systemet. Bolaget har påtalat att Beställaren bort upphandla upphandlingsdatabasen separat. Detta har dock inte varit aktuellt då Beställaren bedömt att det är dyrare att köpa in ett separat system och därmed inte kostnadseffektivt.

Vad gäller Bolagets invändning om att Beställaren bryter mot 4 kap. 14 § LOU genom att inte ange skäl för att inte dela upp kontraktet i separata delar så vill Beställaren framhålla följande. Skyldigheten för upphandlande myndigheter att överväga att dela upp ett kontrakt gäller endast vissa kontrakt och i syfte att underlätta för små och medelstora företag. Som framgår av prop. 2015/16:194 s. 448 gäller skyldigheten att överväga att dela upp kontrakt i separata delar framförallt större kontrakt.

Motiveringsskyldigheten omfattar alla upphandlingar över tröskelvärdena utom tjänster enligt bilaga 2 till LOU. Tröskelvärdet för varor och tjänster enligt LOU är 1 365 782 kr från och med den 1 januari 2019. Som framgår av upphandlingsdokumentet punkten 1.1.8 har Beställaren uppskattat kontraktsvärdet för Upphandlingen till cirka 1 200 000 kr. Kontraktsvärdet understiger således tröskelvärdet och faller utanför bestämmelsen i 4 kap. 14 § LOU. Även om det inte framgår av upphandlingsdokumentet är det också så att kontraktsvärdet i Upphandlingen är högt tilltaget utifrån Beställarens historiska inköpsvolym för tidigare år för denna tjänst, som legat under direktupphandlingsgränsen. Men uppskattningen av kontraktsvärdet är som framgår av punkten 1.1.8 även åsatt utifrån förväntade värden och förutsättningar i den aktuella upphandlingen. Med detta sagt understiger kontraktsvärdet för Upphandlingen under alla omständigheter tröskelvärdet.

För det fall Beställaren på grund av kontraktsvärdet skulle ha varit skyldig att ange skälen för att inte tilldela ett kontrakt i separata delar är det även så att dessa skäl ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller i den individuella rapport som den upphandlande myndigheten som huvudregel är

skyldig att upprätta. När det är aktuellt att göra så brukar Beställaren ange skälen för att inte tilldela ett kontrakt i separata delar i upphandlingsdokumentet i samband med tilldelningen. Eftersom tilldelning ännu inte har skett i Upphandlingen i och med att upphandlingen har pausats på grund av överprövningsprocessen skulle det inte heller ha kunnat konstateras om Beställaren åsidosatt en motiveringsskyldighet, ens för det fall denna skyldighet skulle ha förelegat.

Sammanfattningsvis och med hänvisning till vad som ovan anförts, kan Beställaren inte anses ha brutit mot vare sig principerna om någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU eller unionsrätten på sådant sätt att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Upphandlande myndigheter ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

Upphandlingsdokumentet

Av punkt 5.3.1.7 *Krav på funktioner för upphandlingsdatabas* framgår följande.

Leverantören ska ha en upphandlingsdatabas som omfattar pågående och avslutade upphandlingar publicerade i Sverige under minst de senaste fem (5) åren. Databasen ska ha en sökfunktion där sökning kan ske exempelvis på pågående och avslutade upphandlingar, tidsperiod, upphandlande myndighet, rubrik och CPV-kod.

Upphandlingsdatabasen ska tillhandahålla upphandlingar även från andra upphandlingsverktyg än det som leverantören kan erbjuda för att ge Migrationsverket ett brett utbud.

Upphandlingsdatabasen ska vara integrerad med upphandlingsverktyget.

Av punkt 5.3.1.8 *Krav på funktioner för rättsfallsdatabas* framgår följande.

Leverantören ska ha en databas som omfattar beslut och domar i mål om offentlig upphandling från svensk förvaltningsdomstol under minst de senaste fem (5) åren. Databasen ska ha en funktionell sökfunktion där sökning kan ske på minst rättsinstans, målnummer, upphandlande myndighet, leverantör, fritext och tidsperiod.

Rättsfallsdatabasen ska vara integrerad med upphandlingsverktyget.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har en betydande frihet när det gäller att bestämma vad som ska upphandlas och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas. De krav som myndigheten uppställer får emellertid inte

strida mot LOU eller de unionsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen.

Proportionalitetsprincipen syftar till att förhindra att den upphandlande myndigheten ställer större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Tanken är att de uppställda kraven ska ha ett naturligt samband med, och stå i proportion till, det behov som ska täckas. Bedömningen av om ett krav är proportionerligt ska enligt praxis göras i tre steg där det inledningsvis prövas om kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, därefter om kravet är nödvändigt för att det eftersträvade syftet ska uppnås (såtillvida att det inte finns mindre ingripande alternativ) och slutligen om den negativa effekten av kravet är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Annat har inte kommit fram i målet än att en tjänst i enlighet med ifrågasatta krav kan utvecklas och erbjudas av andra än Beställarens befintliga leverantör. De ifrågasatta kraven hänvisar inte till viss leverantör eller visst varumärke.

Beställaren har utförligt redogjort för varför aktuella krav ställts och därvid framhållit tydliga fördelar, bl.a. effektivitet och användarvänlighet. Beställaren har också förklarat varför av Bolaget föreslagen alternativ lösning inte skulle vara bra. Utifrån detta framstår kraven enligt förvaltningsrätten som lämpliga, effektiva och inte för långtgående.

Beställaren har inte brustit i motiveringskyldighet avseende tilldelning av kontrakt i separata delar.

Med beaktande av det informationsutbyte som föregått annonseringen av Upphandlingen har i målet inte kommit fram att anbudstiden, trots den beskrivna marknadssituationen, varit för kort.

Förvaltningsrätten bedömer alltså att de ifrågasatta kraven inte är oförenliga med proportionalitetsprincipen eller LOU i övrigt, utifrån vad Bolaget lagt fram i målet. Något upphandlingsrättsligt fel föreligger därmed inte.

Ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Magnus Wickström
Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer



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.

