



SÖKANDE

Nordomatic AB, 556362-2074

Ombud: Advokat Madeleine Edqvist
Biträdande jurist Sarah Ottosson
Advokatfirman Lindahl
Studentgatan 6
211 38 Malmö

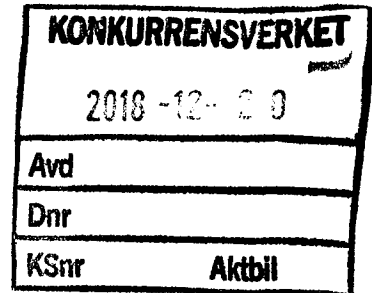
MOTPART

Micasa Fastigheter i Stockholm AB, 556581-7870

Ombud: Advokat Charlotte Dolk
Advokat Pehr Jacobson
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Nordomatic AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen av styr & reglerarbeten system A inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att en ny utvärdering genomförs, vid vilken anbudet från Nordomatic AB ska beaktas.

YRKANDEN M.M.

Micasa Fastigheter i Stockholm AB (Micasa) genomför en upphandling av Ramavtal avseende styr & reglerarbeten till tre olika system A, B och C, där ramavtal ska tecknas med en anbudsgivare per system. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling under tröskelvärdet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 30 augusti 2018 har annan leverantör än Nordomatic AB (Nordomatic) tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Nordomatic ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska avslutas först sedan rättelse har skett. Rättelsen ska bestå i att utvärderingen av anbuden görs om på så sätt att Nordomatics anbud kvalificeras för utvärdering. Nordomatic yrkar i andra hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen i dess helhet ska göras om. Ansökan om överprövning avser endast system A. Till stöd anför bolaget i huvudsak följande. Micasa skulle rätteligen ha kvalificerat Nordomatics anbud. Micasa har agerat i strid med LOU både avseende kravställningen i förfrågningsunderlaget och förfarandet i övrigt. Nordomatic har lidit skada på grund av Micasas förfarande i upphandlingen. Det har saknats anledning att ifrågasätta att Nordomatic uppfyller kravet om att man har tillgång till programvaror och servrar hos Schneider Electric. Micasa har via frågor- och svarsfunktionen i Tendsign även svarat att server kommer att placeras hos vinnande leverantör alternativt överta rätten till servern på webbhotel. På dessa finns all programvara och alla driftbilder, såväl övergripande som på DUC/PLC-nivå. Nordomatic kommer således att få tillgång till servrar i enlighet med det aktuella kravet. Det aktuella kravet är vidare oproportionerligt då samtliga programvaror och servrar redan finns tillgängliga. Vidare finns det ingen rimlig anledning till varför anbudsgivarna måste ha tillgång till servrar som är placerade hos Schneider. Det som är av vikt är att man har tillgång till det som lagras på aktuella servrar.

Micasa bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Micasa har upphandlat ett ramavtal avseende styr- och reglerarbeten. Arbetena ska utföras i befintliga system. Aktuella servrar är placerade hos Schneider Electric. Micasa saknar möjlighet att överlåta licenser eller någon annan förfoganderätt till servrar och programvaror. Det är således en förutsättning för entreprenadens genomförande att entreprenören som ska utföra arbete på systemen och serverna har tillgång till desamma. Mot bakgrund härav har Micasa uppställt ett särskilt kvalificeringskrav AFB.523 där det anges att anbudsgivaren ska lämna försäkran om att anbudsgivaren har tillgång till programvaror och servrar hos Schneider Electric. I anbudsföreläggandet anges "Försäkran om att kravet uppfylls och lämnat med anbud". Micasa har med denna skrivning avsett att anbudsgivaren utöver försäkran om att kravet uppfylls ska lämna med en beskrivning av hur kravet uppfylls. Då Nordomatic inte lämnat med någon sådan beskrivning har Micasa begärt ett förtydligande från Nordomatic. Av Nordomatics svar framgår att bolaget inte uppfyller uppställt krav om att anbudsgivaren ska ha tillgång till programvaror och servrar hos Schneider Electric. Micasa saknar möjlighet att ge entreprenör/leverantör tillgång till systemet och har därför inte heller av denna anledning haft något annat val än att ställa aktuellt kvalificeringskrav. Uppställt krav är därför proportionerligt och helt nödvändigt. Det bestrids att det inte skulle vara möjligt för annan entreprenör/leverantör än Schneider Electric att få erforderlig tillgång till programvaror och servrar. Detta kan ske genom ett partneravtal med Schneider Electric. Då Nordomatic inte kan leverera den efterfrågade tjänsten har bolaget inte heller lidit eller riskerat att lida skada. När det gäller frågor och svar som lämnats under anbudstiden har Micasa uppfattat att fråga ett endast avsåg system C då Nordomatic i sin fråga refererat till Setex och att Setex hade de programvaror och servrar som krävdes tillgång till för att arbeta med system C. Micasas svar avsåg således endast system C. Nordomatic har inte lidit eller riskerat att lida skada då bolaget bekräftat att det inte

kan uppfylla kravet om erforderlig tillgång till servrar och programvaror hos Schneider Electric.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter 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. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr rättsfallet RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av anbudsformulär 1, Teknisk och yrkesmässig kapacitet (AFB.523) framgår följande.

Teknisk kravspecifikation (välj det alternativ som gäller för anbudet)

Anbudsgivaren skall lämna försäkran att anbudsgivaren för entreprenadens genomförande har erforderlig tillgång till programvaror och servrar hos Schneider Electric samt inneha licens, certifikat eller likvärdigt dokument.

Försäkran om att kravet uppfylls och lämnat med anbudet *Ja/Nej*

Enligt tilldelningsbeslutet den 30 augusti 2018 har Nordomatics anbud inte klarat kvalificeringen då det inte uppfyller kravet på redovisning av begärd försäkran att kunna fullfölja avtalet.

Enligt ett meddelande om beslut till Nordomatic samma dag gick bolagets anbud inte vidare till utvärdering då anbudet inte uppfyllt kravet om att lämna försäkran.

Micasa har i yttrande till förvaltningsrätten uppgett att Micasa med skrivningen "*Försäkran om att kravet uppfylls och lämnat med anbudet*" avsett att anbudsgivaren utöver försäkran om att kravet uppfylls ska lämna med en beskrivning av hur kravet uppfylls.

EU-domstolen har i C-27/15 Pizzo slagit fast att en anbudsgivares anbud endast får förkastas om det finns uttryckligt stöd för detta i underlaget. EU-domstolen uttalade där följande (punkt 51):

"Likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekanism som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument."

Enligt förvaltningsrätten så är kravet om att lämna med en beskrivning av hur det aktuella kravet uppfylls inte en skyldighet som följer uttryckligen av

upphandlingsdokumenten. Genom att inte utvärdera anbudet från Nordomatic har Micasa således agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs emellertid också att sökanden kan visa att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Av till förvaltningsrätten inlämnade prisbilagor framgår att Nordomatic i sitt anbud har lämnat lägsta pris i upphandlingen.

Micasa har anfört att Nordomatic inte har lidit eller riskerat att lida skada då bolaget bekräftat att det inte kan uppfylla kravet om erforderlig tillgång till servrar och programvaror hos Schneider Electric.

Av AFB.523 Teknisk och yrkesmässig kapacitet i upphandlingsdokumenten framgår bl.a. följande

Teknisk kravspecifikation

System A

Micasa har börjat migrera TAC Vista till StruxureWare Building Operation. Anbudsgivaren skall lämna försäkran att anbudsgivaren för entreprenadens genomförande har erforderlig tillgång till programvaror och servrar hos Schneider Electric samt inneha licens, certifikat eller likvärdigt dokument.

Av ingivet utdrag från frågor- och svarsfunktionen i Tendsign framgår följande.

2 Publik fråga

Från: Nordomatic Aktiebolag

AFB.523 - Teknisk kravspecifikation
Det ställs krav på licens & certifikat.

Certifikat: är en resurs och kompetensfråga och låser inte ut anbudsgivare.

Licens: två av dessa system är låsta system där produktleverantören bestämmer vem som får köpa dessa licenser. Då dessa produktleverantörer också är anbudsgivare i denna upphandlingen utgår vi ifrån att Micasa fastigheter har licenserna i egen regi som vinnande entreprenör får ta del av. Krav ställs med andra ord på kompetens och resurser för genomförande.

Vi önskar revidering av underlag så att upphandlingen kan anses som öppen och fler anbudsgivare kan bidra med anbud. Exempel på detta är då att Micasa fastigheter tillhandahåller licenser så att vinnande anbudsgivare kan utföra arbetet som efterfrågas i ramavtalet.

Publikt svar

Från: Micasa Fastigheter i Stockholm AB

Micasa Fastigheter ställer inget krav på att licens innehas. Men "försäkran om att anbudsgivaren för entreprenadens genomförande har erforderlig tillgång till programvaror och servrar".

Texten "samt inneha licens, certifikat eller likvärdigt dokument" utgår för alla tre systemen både i upphandlingsföreskrifterna och anbudsformuläret.

Micasa har därmed enligt förvaltningsrätten frånfallit kravet på innehav av licens, certifikat eller likvärdigt dokument.

3 Publik fråga

Från: Nordomatic Aktiebolag

AFB.523 -Teknisk kravspecifikation

System A

Micasa har börjat migrera TAC Vista till StruxureWare Building Operation. Anbudsgivaren skall lämna försäkran att anbudsgivaren för entreprenadens genomförande har erforderlig tillgång till programvaror och servrar hos Schneider Electric samt inneha licens, certifikat eller likvärdigt dokument.

System B

Micasa har börjat migrera Desigo Insight till Desigo CC. Anbudsgivaren skall lämna försäkran att anbudsgivaren för entreprenadens genomförande har erforderlig tillgång till programvaror och servrar hos Siemens samt inneha licens, certifikat eller likvärdigt dokument.

System C

Micasa har börjat migrera Regin Exo4 till Regin Exoscada. Anbudsgivaren skall lämna försäkran att anbudsgivaren för entreprenadens genomförande har erforderlig tillgång till programvaror och servrar Setex samt inneha licens, certifikat eller likvärdigt dokument.

Fråga 1. Setex är en entreprenör och inte en produktleverantör. Således tolkar vi att kraven gällande tillgång till servrar, vilka ställs på att anbudsgivare ska ha servrar hos entreprenörer som också är anbudsgivare i denna upphandling, inte är LOU enligt & att det är Micasa fastigheters ansvar att tillse att vinnande anbudsgivare får tillgång till dessa servrar. Vi önskar revidering/förtydligande i frågan.

Fråga 2. Förtydliga vad som menas med benämningen servrar, vad som finns på dessa servrar och vad arbetet avser i detalj gällande dessa servrar.

Publikt svar 2018-06-29 10:56

Från: Micasa Fastigheter i Stockholm AB

Fråga 1: Hos vinnande anbudsgivare kommer server att placeras alt överta rätten till servern på webbhotel.

Fråga 2: En server per överordnat system, i dagsläget 5 st. På dessa finns all programvara och alla driftbilder, såväl övergripande som på DUC/PLC-nivå.

I målet har framkommit att Nordomatic inte genom egen försorg har erforderlig tillgång till programvaror och servrar hos Schneider Electric. Enligt Nordomatic kommer bolaget ändå ha tillgång till aktuella programvaror och servrar då Micasa, genom sina svar, har åtagit sig att tillse att vinnande anbudsgivare får tillgång till detta. Micasa har invänt att de aktuella svaren

endast avser System C eftersom Nordomatic i sin fråga nämner bolaget Setex som innehar servern avseende System C. Det går, enligt förvaltningsrätten, emellertid inte att utläsa att det aktuella svaret endast skulle avse system C och inte system A, som ansökan avser. Svaret kan enligt förvaltningsrätten inte uppfattas på annat sätt än att Micasa åtar sig att tillse att vinnande anbudsgivare får tillgång till nödvändiga programvaror och servrar för att utföra de tjänster som upphandlas även inom System A.

Sammanfattningsvis har Nordomatic, enligt förvaltningsrätten, lidit skada eller kan komma att lida skada även om man skulle beakta vad som framkommit om att bolaget inte genom egen försorg har erforderlig tillgång till servrar och programvaror hos Schneider Electric.

Förvaltningsrätten finner, mot bakgrund av vad som anförts, att Nordomatic visat att Micasa brutit mot likabehandlingsprincipen i LOU genom att inte beakta Nordomatics anbud vid utvärderingen. Nordomatic riskerar att lida skada till följd av detta då bolagets anbud har lägsta pris i upphandlingen. Det finns därmed grund för ingripande i upphandlingen. Den aktuella bristen kan enligt förvaltningsrätten avhjälpas genom rättelse på så sätt att en ny utvärdering genomförs där Nordomatics anbud beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Åsa Nilsson
Rådman

Johannes Dahlman 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 rätts-tillämpningen.
- 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.