



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 31

DOM
 2017-03-01
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 22017-16

SÖKANDE

Innova XSE AB, 556454-0101

Ombud:

Pontus Almberg
 Innova XSE AB
 Enebybergsvägen 21
 182 48 Enebyberg

MOTPART

Stockholms Stad, Trafikkontoret

Ombud: Stadsadvokat Jenny Segervall
 Stadsledningskontoret
 Juridiska avdelningen
 105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-03-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 808749

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00-16:30
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Stockholms Stad genomför en upphandling genom förenklat förfarande enligt 15 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, av kameror/sensorer för gångtrafikmätning med erforderlig utrustning samt drift support, service och eventuell dataöverföring och/eller databearbetning för räkning av fotgängare på sju olika platser (dnr T2016-01471). Beslut om tilldelning meddelades den 21 september 2016. Staden har efter tilldelningsbeslutet konstaterat att Innova AB, som tilldelades kontrakt, inte uppfyller alla krav i förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund har staden fattat ett nytt tilldelningsbeslut den 7 oktober 2016 där en annan leverantör, Viscando Traffic Systems AB (Viscando), tilldelats kontrakt.

Innova XSE AB (Innova) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att deras anbud ska anses uppfylla kraven och att de därmed återigen blir vinnande anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sin talan har bolaget angett bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges att "leverantören ska ha slutfört två referensuppdrag avseende fast utrustning för gångtrafikmätning". I anbudet har de angett tidsperioden från 2012 till pågående. Detta tolkar Stockholms stad som att åtagandena inte kan anses slutförda och att bolaget därmed inte uppfyller kravet i förfrågningsunderlaget. I själva verket har leveransen av de nya systemen för båda dessa referenser slutförts under första kvartalet 2016. Båda referenserna är dock nöjda kunder som fortsätter använda bolagets system. Anledningen till att bolaget skrivit "pågående" är att det löpande driftar systemen åt kunderna. Bolaget har också i beskrivningen av dessa referenser angett att de har uppgraderat systemen under 2015-2016, dvs. som att detta är klart. Att bolaget fortfarande driftar systemen åt kunderna kan knappast vara en nackdel. Enligt förfrågningsunderlaget ska man endast ange "uppdragets tidsperiod". Det står inget om att man ska ange när

installationerna slutfördes. De har varit i kontakt med Eskilstuna kommun som stod som referens till Viscando och även där driftar de fortfarande systemet åt kommunen. Bolaget har före det andra tilldelningsbeslutet informerat Stockholms stad om detta eftersom det skulle innebära att även Viscando har en pågående leverans. Stockholms stad borde ha kontaktat referenserna på grund av detta och skulle då ha fått klarhet i att installationerna var slutförda.

Att anbudsgivaren ska ha avslutat sitt avtal kring drift och support med angivna referenser för att de ska vara giltiga är inte är rimligt och strider mot proportionalitetsprincipen. Kravet är till för att visa på anbudsgivarens erfarenhet och kapacitet. Att ha kunder som valt att avsluta sina avtal med anbudsgivaren kan knappast ses som en fördel. Bolaget har lidit skada genom att deras anbud borde ha accepterats och stått som vinnande anbud.

Innova anser vidare att förfrågningsunderlaget är otydligt formulerat och att det därmed strider mot principen om öppenhet och förutsebarhet, om tilldelningsbeslutet inte kan ändras baserat på bolagets förklaring.

Utöver detta anser bolaget att Stockholms Stad har brutit mot principen om likabehandling. De har nämligen av bolaget begärt förtydligande kring kravet Mätnoggrannhet (4.4.3 i förfrågningsunderlaget) men inte begärt samma förtydligande av Viscando trots att de inte visat på någon mätnoggrannhet i något protokoll i sitt anbud. När bolaget var i kontakt med Eskilstuna kommun, som stod som referens till Viscando, indikerade kommunen att deras system inte räknade så bra. Trots att bolaget informerade Stockholms stad om detta så valde de att inte ta kontakt med referensen eller begära in något förtydligande från Viscando.

Viscando har också i båda sina mätprotokoll stora delar av informationen på engelska vilket strider mot kravet i punkt 1.8.2 i förfrågningsunderlaget, nämligen det att ”anbudet ska vara skrivet på svenska”.

Om Stockholms Stad inte anser att de kan ändra sitt tilldelningsbeslut (vilket de redan gjort en gång tidigare) borde inga anbud anses giltiga och upphandlingen bör därmed göras om. Innova har lidit skada genom att de inte fått en ny chans att vinna en ny upphandling.

Stockholms Stad bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Innova har i anbudsformuläret uppgett att tidsperioden för angivna referensuppdrag är från 2012 till pågående. Eftersom Innova därigenom inte visat att kravet på att referensuppdragen ska vara slutförda är uppfyllt så har sökandens anbud förkastats.

Syftet med kravet avseende erfarenhet och kapacitet är att säkerställa att leverantören har dokumenterad kompetens och erfarenhet att leverera samma typ av uppdrag i enlighet med ställda krav i förfrågningsunderlaget. Att de referensuppdrag som leverantören kan åberopa som bevis på kravuppfyllelse ska vara slutförda är i linje med de krav som den upphandlande myndigheten kan tillämpa även vid upphandling enligt 15 kap. LOU och får därmed anses vara proportionerligt. Staden har inte heller ställt krav på avslutade avtal utan kravet avser slutförda uppdrag.

Mot bakgrund av hur kravet på referensuppdragen är formulerat skulle det strida mot likabehandlingsprincipen om staden accepterat sökandens anbud. Staden har heller inte haft skäl att ifrågasätta de uppgifter som sökanden lämnat i sitt anbud och det skulle därför bli fråga om särbehandling om sökanden vid prövningen tilläts ändra eller komplettera sina uppgifter.

Referensuppdraget avser fast utrustning för gångtrafikmätning. Viscando har i sitt anbud bl.a. åberopat ett referensuppdrag som pågått under tidsperioden från 2012-12-20 till 2015-01-15. Dessa uppgifter har även verifierats vid kontakt med kontaktpersonen hos referensen. Utifrån hur kravet i förfrågningsunderlaget är formulerat får det efterfrågade referensuppdraget anses slutfört och kravet därmed uppfyllt. Inte heller motsägs detta av de uppgifter som sökanden nu anför.

Stockholms stads begäran om förtydligande från Innova i fråga om kravet avseende mätnoggrannhet har inte inneburit någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och staden har inte heller brutit mot principen om likabehandling. Vid prövningen av Innovas anbud framkom en tveksamhet om bolaget, trots att det bekräftat att kraven i förfrågningsunderlaget accepteras och uppfylls, uppfyllde kravet avseende mätnoggrannhet på mätstationer i utomhusmiljö eftersom referenserna verkade avse besöksräkning gjord i inomhusmiljö. Detta föranledde staden att skicka en begäran om förtydligande, varvid Innova bekräftade att kravet uppfylldes. Vad gäller Viscandos anbud var det tydligt att de referenser som angetts avsåg besöksräkning i trafikmiljö utomhus. Kravet avseende mätnoggrannhet bekräftades av Viscando och staden såg ingen anledning att betvivla de uppgifterna baserat på referensuppdragen.

Viscandos anbudsformulär är skrivet på svenska. Däremot har leverantören åberopat mätprotokoll som är formulerade på ett annat språk. I och med att det framgår av förfrågningsunderlaget att officiella dokument som t.ex. intyg utfärdade av extern part kan vara skrivna på andra språk uppfyller Viscando språkravet i upphandlingen.

Sammanfattningsvis har staden rätteligen förkastat sökandens anbud på den grunden att sökanden inte visat att kravet avseende leverantörens erfarenhet och kapacitet är uppfyllt. Sökanden har inte heller visat att upphandlingen i

något annat avseende genomförts i strid med LOU. Kraven i upphandlingen strider inte mot proportionalitetsprincipen. Leverantörerna har behandlats på ett likvärdigt sätt, anbuden har prövats i enlighet med förutsättningarna och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 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 RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Har Innova uppfyllt kravet avseende referensuppdrag?

Av punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska ha dokumenterad kompetens och erfarenhet av att leverera samma typ av uppdrag i enlighet med ställda krav i förfrågningsunderlaget. Leverantören ska ha slutfört två referensuppdrag avseende fast utrustning för gångtrafikmätning, utförda för externa uppdragsgivare. Båda uppdragen ska ha slutförts inom de senaste tre åren innan sista anbudsdag. I den uppräkningslista av uppgifter som anbudet ska innehålla anges att uppdragets tidsperiod ska redovisas genom att "Från" och "Till" anges.

Innova har i sitt anbud angett att referensuppdragen omfattat tidsperioden från 2012 till "Pågående". Innova har i förvaltningsrätten anfört att leveransen är slutförd men att bolaget fortsätter att drifva kunden, varför bolaget har skrivit "Pågående".

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det tydligt av punkten 3.4 att referensuppdragen ska ha slutförts före sista anbudsdag. Det som bolaget har angett i sitt anbud i fråga om uppdragets tidsperiod – 2012 till "Pågående" – kan inte tolkas som att uppdraget uppfyller kravet på att det "ska ha slutförts". Inte heller i övrigt har bolaget visat att kravet i förfrågningsunderlaget i denna del är uppfyllt. Någon grund för ingripande enligt LOU saknas därför med anledning av vad som framkommit i målet i denna del. Vad bolaget har anfört om att även Viscando drifvar en av sina referenser utgör inte skäl för en annan bedömning.

Strider kravet avseende referensuppdrag mot proportionalitetsprincipen?

Innova har anfört att det strider mot proportionalitetsprincipen att ställa krav på att leverantören ska ha avslutat sitt avtal kring drift och support för att referensuppdragen ska vara giltiga.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas. (Se prop. 2006/07:128 s. 132).

Kravet i punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget innebär att redovisade uppdrag ska vara slutförda och inte att avtalen ska vara avslutade. Syftet med det aktuella kravet har bl.a. uppgetts vara att säkerställa att leverantören har dokumenterad kompetens och erfarenhet av att leverera samma typ av uppdrag i enlighet med ställda krav i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser att kravet har en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsändamålet och att det står i proportion till det behov som ska täckas. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därför med anledning av vad som framkommit i denna del.

Har kravet avseende referensuppdrag tillämpats i strid med transparensprincipen?

Innova har anfört att kravet avseende referenser är otydligt formulerat och att kravet därmed strider mot principen om öppenhet och förutsebarhet.

Transparensprincipen innebär bland annat att den information som ges i förfrågningsunderlaget i en upphandling ska vara av sådan omfattning och

kvalitet att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt.

Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det tydligt av punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget att referensuppdragen ska ha slutförts före sista anbudsdag. Vidare gör förvaltningsrätten bedömningen att det får anses klart att ett slutdatum skulle ha lämnats för uppdraget. Förvaltningsrätten anser således att kravet i förfrågningsunderlagets punkt 3.4 är tillräckligt lättförståeligt i de delar som bolaget har ifrågasatt och att det som bolaget anför i denna del inte visar att det aktuella kravet strider mot transparensprincipen. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därför även i denna del.

Om Innova ansåg att det var otydligt hur kravet avseende referensuppdrag skulle tolkas fanns det möjlighet att ställa frågor till den upphandlande myndigheten i enlighet med punkten 1.7.2 i förfrågningsunderlaget. Såvitt framkommit har denna möjlighet inte använts av bolaget.

Har Stockholms stad brutit mot likabehandlingsprincipen?

Innova har anfört att staden brutit mot likabehandlingsprincipen genom att begära ett förtydligande från Innova men inte från Viscando avseende kravet på mätnoggrannhet.

Stockholms Stad har å sin sida anfört att det vid prövningen av Innovas anbud framkom en tveksamhet om bolaget uppfyllde kravet avseende mätnoggrannhet på mätstationer i utomhusmiljö eftersom referenserna verkade avse besöksräkning gjord i inomhusmiljö. Vad gäller Viscandos

anbud var det tydligt att de referenser som angetts avsåg besöksräkning i trafikmiljö utomhus.

Av 15 kap. 12 § LOU framgår att en upphandlande myndighet kan begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit något som visar att Stockholms stad genom att begära ett förtydligande från Innova men inte från Viscando avseende kravet på mätnoggrannhet brutit mot likabehandlingsprincipen.

Har det funnits brister i vinnande anbud?

Innova har slutligen anfört att Viscando inte uppfyller språkravet i upphandlingen på grund av att detta bolag har åberopat mätprotokoll på annat språk än svenska.

Stockholms Stad har i förfrågningsunderlagets punkt 1.8.2 angett att anbudet ska vara skrivet på svenska men att dokumentation och specifikationer avseende mätstationer, officiella dokument, som t.ex. intyg utfärdade av extern part, kan vara skrivna på andra språk.

Viscando har åberopat mätprotokoll som delvis är avfattade på engelska. Anbudsblanketten är dock ifylld på svenska. Förvaltningsrätten anser att mätprotokoll ryms under undantaget för dokumentation och specifikationer avseende mätstationer, varför Viscando uppfyller förfrågningsunderlagets språkrav i nu aktuell del. Vad bolaget har anfört utgör inte skäl för en annan bedömning. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därför även i denna del.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser att Innova inte i målet har visat att Stockholms stad agerat i strid med LOU. Det saknas därmed förutsättningar att ingripa mot den aktuella upphandlingen på grund av vad bolaget har anfört. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Johan Lundmark
Chefsrådman

Charlotta Aggevall har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt 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.