



SÖKANDE

Cygate AB, 556549-8952

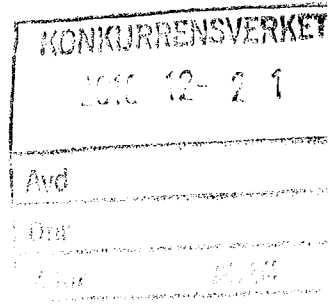
Ombud: Mårten Bastmark

MOTPART

Östergötlands läns landsting, 232100-0040

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Östergötlands läns landsting (Landstinget) genomför upphandlingen *Leveransavtal Datacenter server och lagring*, dnr UC-2017-417, som förnyad konkurrensutsättning av Kammarkollegiets ramavtal *Datacenter – Region Östra Sverige*, dnr 96-89-2015. Upphandlingen avser ett leveransavtal som stödjer försörjningen av hårdvara, funktion och tjänster inom området server och lagring. Avropet genererade två avropssvar, varav Cygate AB:s (Bolaget) var ett. Landstinget meddelade den 25 september 2018 ett tilldelningsbeslut, av vilket framgår att Bolagets avropssvar inte kvalificerades för vidare utvärdering.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand förordnar att Landstinget vidtar rättelse i form av en ny prövning av avropssvaren där Bolagets anbudssvar beaktas.

I andra hand yrkas att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Tillämplig lag

Landstinget har i avropsförfrågan anfört att avropet genomförs i enlighet med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Eftersom det i förevarande fall dock är fråga om ett avrop genom förnyad konkurrensutsättning från Kammarkollegiets upphandling som påbörjades före den nya lagen trädde i kraft, ska LOU tillämpas. I förevarande fall innebär dock inte det ovan anförda någon materiell skillnad, utan påverkar endast vilken paragraf och lag som det hänvisas till.

Förkastandet av Bolagets avropssvar

Landstinget har förkastat Bolagets avropssvar med hänvisning till att avropssvaret inte uppfyller ställda krav i upphandlingsdokumentationen, nämligen: ”På rad 17 i bilaga 3.14 varukorg har anbudsgivaren skrivit in fel artikel och pris. Produkt DL380 Gen10 #1 uppfyller inte kravet gällande HPE Stor Rackserver. Bolagets avropssvar utvärderades därför inte.

Den 24 augusti 2018 inkom en begäran av Landstinget om ett förtydligande avseende hur tillverkarens produkt uppfyller kravet om 4 CPU-socklar. Bolaget uppgav i sitt svar att det hade blivit en sammanblandning av offererade varor i varukorgen men att det obligatoriska kravet uppfylls och

att det totala priset i avropssvaret stämmer. Att det obligatoriska kravet om 4 CPU-socklar uppfylls framgår av avropssvaret genom produkten HPE DL560 Gen10 #1. Rad 16 och 31 har därför enbart bytt plats för offererade varor i varukorgen efter förtydligande. Bolaget har därefter inte hört något mer från Landstinget. Den 25 september 2018 meddelade Landstinget tilldelningsbeslut i upphandlingen där det framgick att Bolagets avropssvar hade förkastats, genom att inte kvalificera Bolaget till utvärdering.

Bolaget har inte begärt att få inkomma med ett förtydligande utan det är Landstinget som har använt sig av denna fakultativa rättighet. Landstinget måste därför initialt ha gjort bedömningen att begäran om förtydligande har kunnat ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

En åtgärd enligt 9 kap 8 § LOU innebär i formell mening att redan lämnade uppgifter ändras, men det innebär inte att anbudet/avropssvaret ändras i reell mening. Bolaget har i sitt förtydligande tydligt angett att Bolagets avropssvar uppfyller ställda obligatoriska krav och att offererade varor enbart hamnat på fel plats. Inga nya sakuppgifter har därför tillförts avropssvaret för att uppfylla kravet i 3.14, varvid felet är att anse som ett uppenbart fel. Det handlar inte om att Bolaget har missuppfattat upphandlingsdokumentationen på något sätt.

Landstinget har i sin beskrivning av omständigheterna felaktigt angett att Bolaget på rad 16 initialt offererat en produkt med tillverkarbenämning DL560Gen10 #1. Denna upplysning fick Landstinget när begäran om förtydligandet sedermera besvarades och som innebar att Landstinget fick upplysning om att kravet avseende 4 CPU-socklar uppfylls. Det är dock förståeligt och vanligt förekommande att tillverkarbenämningarnas initiala siffra förväxlas.

Landstinget borde utan större svårighet ha kunnat förstå att det handlar om ett uppenbart förbiseende och därmed inget kvalificerat misstag. Med anledning av detta så är det inte en fråga om komplettering av avropssvaret eller bristande uppfyllande av ett obligatoriskt krav. Bolaget uppfyller därför uppställda krav. Det har dessutom varit möjligt för Landstinget att objektivt kunna jämföra avropssvaren utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Dessutom förefaller det vara uppenbart att DL360 är en mindre server och att en DL560 är en större, vilket uppenbarligen även Landstinget har misstänkt annars skulle ett förtydligande inte ens ha begärts i det första ledet. Landstinget har därför inte beaktat likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna i avropet genom att förkasta Bolagets avropssvar. Bolaget har därför lidit skada.

Utvärderingskriterier

Det är enligt LOU en väsentlig förändring i strid med 5 kap. 2 § att ställa kvalificeringskrav på leverantörerna i avropsförfrågan som grundar sig på ett ramavtal. Det är således förfrågningsunderlaget till den ursprungliga ramavtalsupphandlingen som sätter de yttersta ramarna för hur senare förnyade konkurrensutsättningar får ske.

I upphandlingsdokumentationen bedöms leverantörerna på flera punkter såsom 3.5.5, 3.5.6, 3.7, 3.8 och 3.10 i avropsförfrågan. Det framgår inte av avropsreglerna för ramavtalet att sådana krav får ställas på den tjänst som ska upphandlas. Det som framgår är att krav på kompetens får ställas i form av konsulttjänster. Det är främst punkten 3.5.6 som rör konsulternas kompetens. Punkten tar dock sikte främst på att mäta avropssvarandens tekniska förmåga och kapacitet i form av förmåga att leverera, dvs. leverantörernas förmåga att fullgöra kontraktet som upphandlingen avser och därvid inte krav på konsultens erfarenhet och kunskaper i sig, såsom

framgår är tillåtet av avropsreglerna. Övriga punkter avser också att utvärdera leverantörens tekniska förmåga och kapacitet.

Med anledning av vad som framförts ovan är det med andra ord krav på tjänsten som ska konkurrensutsättas och inte krav på redan kvalificerade leverantörer. Det är inte förenligt med LOU att utvärdera krav på leverantörer som härrör kvalificeringen av leverantörer. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet/avropssvaret utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga, kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning (se C-534/06 Lianakis och C-601/13 Ambisig). Att ramavtalsleverantörer på ett ramavtal redan är kvalificerade är ostridigt.

Det finns inget utrymme att ställa krav på referenser (punkten 3.5.5) i den förnyade konkurrensutsättningen. Det framgår av avropsreglerna. Det är egentligen inte så anmärkningsvärt eftersom ramavtalsleverantörerna redan är kvalificerade. Kundens behov ska konkretiseras i krav på tjänsten och inte på leverantören. En sammanblandning av krav på leverantören och tilldelningskriterier för tjänsten är uppenbar i detta fall dessutom. Därtill ska tilläggas att det är en betydande del av utvärderingen som härrör referenser.

Vad gäller utvärderingen av lösningskompetens (punkten 3.5.6) innebär kravet att redovisade leveransuppdrag och tillgång till personal med efterfrågade kompetenser poängsätts. Kravet tar därför mest sikte på leverantörens tekniska förmåga och kapacitet. Dessutom ställer sig Bolaget frågande vad som är kriterierna för mervärde enligt den bedömning som görs. Av Kammarkollegiets avropsregler framgår enbart av kriteriet kompetens att krav kan ställa på konsults erfarenhet, kunskaper och kompetensnivå enligt Statens inköpscentrals kompetensmodell. Återigen en sammanblandning mellan krav på leverantören och tilldelningskriterier för tjänsten.

I punkten 3.7 och 3.8 ställs krav på partnerstatus och ”ytterligare partnerstatus” varvid kan konstateras att det är krav på leverantören samt krav som inte är tillåtet att ställa enligt avropsreglerna. Här kan Bolaget även ange att Bolaget inte har högsta nivå på det som efterfrågas, vilket då konkret leder till att Bolaget skulle kunna ha utformat ett mer konkurrenskraftigt anbud utan detta krav.

Punkten 3.10 som rör proaktivitet är också krav på leverantören som inte värderas genom ett samarbete eller genom samarbetsformer. Punkten, som dessutom heter ”Proaktivitet”, är ett utvärderingskriterium som rör utvärdering av erfarenhet av rådgivning och strategisk mognad av leverantören. Hur kan Beställaren relatera detta till samarbetsformer? Var framgår att parterna genom leverantörens erfarenhet också innefattar samarbetsformer som Landstinget kravställer på i enlighet med avropsreglerna? Det står tydligt i reglerna för avrop att krav enbart kan ställas på samarbetsformer.

Då Landstinget har ställt krav som innebär väsentliga förändringar innebär detta dessutom att Beställaren vid fullföljande av upphandlingen gör en otillåten direktupphandling. Landstinget skulle härvid ha annonserat upphandlingen enligt de upphandlingsförfaranden som gäller för upphandlingar över tröskelvärdena i LOU.

Eftersom dessa krav, som inte är tillåtna att ställa, används i syfte att utvärdera avropssvaranden och deras avropssvar, går det inte att utesluta att Bolaget hade kunnat lämna ett bättre, dvs. ett mer fördelaktigt avropssvar, om dessa krav inte funnits. Avropssvaret har ju inte utvärderats med de krav som Landstinget påstår hänföra sig till kvalificeringen. Att kontrakt i upphandlingen innebär väsentliga ändringar i förhållande till den ursprungliga ramavtalsupphandlingen är inte tillåtet i LOU och innebär ett brott mot de allmänna principerna. Därför anses skada eller risk för skada ha

förelegat för Bolaget när det gäller skadebedömningen vid sådant allvarligt bristfälligt utformat upphandlingsdokument.

Upphandlingen får inte gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt. Hänsyn måste därvid även tas till leverantörer som valt att inte lämna anbud/avropssvar. Dessa kan ha valt att avstå på grund av att de inte anser sig kunna klara den upphandlande myndighetens krav. Det är ostridigt i målet att endast två leverantörer har lämnat avropssvar. Det är sex avropsberättigade ramavtalsleverantörer på det aktuella ramavtalet. Eftersom det konkurrensuppsökande skedet har påverkats bör därför upphandlingen göras om och genomföras i enlighet med LOU.

Landstinget

Landstinget har inte agerat i strid mot de grundläggande principerna i LOU och har heller inte i övrigt brutit mot någon bestämmelse i denna lag. Kvalificering av inkomna avropssvar har skett i enlighet med vad som är angivet i förfrågningsunderlaget samt i enlighet med de grundläggande principerna. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida någon skada.

Landstinget medger att det rätteligen skulle ha framgått att den förnyade konkurrensutsättningen genomförs enligt LOU. Precis som Bolaget anför saknar detta dock relevans för sakfrågan i målet.

Förkastandet av Bolagets avropssvar

Landstinget noterade, vid bedömning av Bolagets anbud, att Bolaget på rad 16 i Excel-filen "Bilaga 3.14 varukorg för server", på positionen HPE Stor Rackservice, offererat en produkt med tillverkarbenämningen DL380 Gen10 #1. Av rad 17 i Excel-filen framgår tydligt att den offererade produkten ska ha 4 CPU-socklar. Mot bakgrund av sin produktkunskap ifrågasatte

Landstingets bedömningsgrupp att den av Bolaget offererade produkten klarade kravet på 4 CPU-socklar. På grund av detta begärde Landstinget en förklaring av Bolaget avseende hur tillverkarens produkt uppfyller kravet om 4 CPU-socklar.

Bolaget svarade härvid att det hade *"blandat ihop leverantörens benämning på rad 16 samt respektive rad 31 men att det totala priset för respektive rad i kolumn F stämmer"*. Vidare uppgav Bolaget att kravet uppfylldes med produkten HPE DL560 Gen10 #1 och att det önskade att få göra en rättning av denna uppenbara felskrivning i enlighet med 9 kap. 8 § LOU.

Vid en jämförelse av den nya bilagan med den initiala bilagan framgår att Bolaget, i den senare bilagan, har bytt plats mellan produkterna på rad 16 respektive rad 31 (position HPE Hypervisorserver (ESXi)). Utöver att byta plats på dessa produkter har också priset ändrats betydligt för respektive av dessa två produkter. Totalpriset för hela varukorgen är dock detsamma i den nya bilagan som i den initiala bilagan.

I målet är ostridigt att den produkt som Bolaget initialt offererade på rad 16 (position HPE Stor Rackservice) inte uppfyllde krav om 4 CPU-socklar. Bolaget synes mena att detta har sin grund i en uppenbar felskrivning. Oaktat huruvida det är att se som ett uppenbart skrivfel finns ingen skyldighet för Landstinget att tillåta en sådan rättelse. Detta eftersom bestämmelsen i 9 kap 8 § 1 st. LOU är fakultativ. En anbudsgivare har inte heller någon rätt att få tillstånd en sådan rättelse.

Landstinget har begärt en förklaring kring huruvida offererad produkt uppfyller kravet om 4 CPU-socklar för att kunna göra en så korrekt bedömning av Bolagets avropssvar som möjligt. Landstinget har inte, i sin begäran om förklaring, gett uttryck för att Landstinget *önskat* att Bolaget skulle rätta en uppenbar felskrivning. En upphandlande myndighet kan inte

anses bunden att acceptera vilka förtydliganden/kompletteringar som helst oaktat om den upphandlande myndigheten begärt en förklaring eller förtydligande/komplettering.

Det misstag som Bolaget gjort sig skyldigt till i sitt avropssvar kan inte heller under några omständigheter betraktas som en uppenbar felskrivning. Det krävs nämligen att det är ett uppenbart fel för att rättelse av fel ska kunna göras. Landstinget kunde knappast förutse att Bolaget skulle byta plats mellan två produkter och att Bolaget skulle ändra priserna för respektive produkt på så sätt som skett.

Vidare är Landstinget av uppfattningen att Bolagets produktbyten och prisändringar efter anbudstidens utgång de facto påverkar anbudet i materiellt hänseende. Hur ersättning fördelas inom ramen för en redan fastslagen prisram påverkar rimligtvis anbudet i materiellt hänseende. Detta särskilt eftersom det ursprungliga pris som lämnats för respektive produkt inte "följt med" när produkten har flyttats, utan utöver att produkterna har bytt plats har offererade priser ändrats.

Om Landstinget hade tillåtit Bolagets komplettering hade Landstinget agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Även om priserna har kunnat jämföras skulle Bolaget, om Landstinget accepterat Bolagets lämnade svar, fått längre tid på sig än andra anbudsgivare att inom fastslagen prisram ändra priser för offererade produkter vilket tydligt visar på att Landstinget skulle ha särbehandlat Bolaget på ett otillåtet sätt om svaret accepterats.

Att det var ett obligatoriskt krav på att offererad produkt på rad 16 i excel-filen (position HPE Stor Rackservice) skulle klara 4 CPU-socklar har tydligt framgått för en rimligt informerad och en normalt omsorgsfull anbudsgivare. I vart fall måste Bolagets anbud, mot bakgrund av att aktuell offererad produkt inte klarar 4 CPU-socklar, betraktas som orent.

Utvärderingskriterier

Landstinget är av den bestämda uppfattningen att Bolaget inte på något sätt har förmått visa på vilket sätt Bolaget lidit eller riskerat att lida skada på grund av de brister i den förnyade konkurrensutsättningen som Bolaget menar föreligger. För att ingripande ska bli aktuellt krävs, förutom att den upphandlande myndigheten agerat i strid mot LOU att den sökande leverantören lidit eller riskerat att lida skada härav. Bolaget har i målet inte förmått att visa, än mindre påstått, att förkastandet av Bolagets avropssvar går att härleda till den – enligt Bolaget – felaktiga utformningen av den förnyade konkurrensutsättningen.

Landstinget ställer sig frågande till Bolagets påstående att Bolaget hade kunnat lämna ett bättre avropssvar om de påstått felaktiga utvärderingskriterierna inte funnits. Att den brist som Bolagets avropssvar är behäftat med, dvs. att Bolaget offererat en produkt som inte uppfyller alla tekniska krav, inte skulle ha förelegat om aktuella utvärderingskriterier inte ställts är alltför långsökt och oprecist för att skaderekvisitet ska anses uppfyllt.

Eftersom Bolaget inte har förmått att på ett trovärdigt sätt konkretisera hur dess avropssvar hade sett annorlunda ut på sådant sätt att Bolagets avropssvar skulle ha kvalificerats om de påstådda överträdelserna inte förelegat ska Bolagets yrkande om att den förnyade konkurrensutsättningen ska göras om avslås redan på denna grund.

Vad beträffar andra potentiella ramavtalsleverantörer som inte lämnat avropssvar saknar de påstådda överträdelserna betydelse för frågan om Bolaget ska anses uppfylla skaderekvisitet. Vad Bolaget anför i denna del ska således lämnas utan avseende.

För det fall förvaltningsrätten finner att Bolaget uppfyller skaderekvisitet beträffande Bolagets andrahandsyrkande vill Landstinget anföra följande. Landstinget efterfrågar inte bara produkter utan en stor del avser stöd i form av leverantörens kompetens som Landstinget följaktligen måste kunna utvärdera i en förnyad konkurrensutsättning. Detta trots att leverantörerna är kvalificerade ramavtalsleverantörer. I bilaga Kravkatalog (Kravkatalogen) från den bakomliggande ramavtalsupphandlingen anges vad som kan krävas i ett avrop från ramavtalet samt de avgränsningar som finns i ramavtalet.

Av punkt 3.5.5 i den förnyade konkurrensutsättningen framgår att Landstinget i den förnyade konkurrensutsättningen utvärderar referenser. Landstinget har härvid krävt tre stycken referenser för vilka anbudsgivaren utfört liknande uppdrag av motsvarande omfattning under de senaste tre åren. De frågor som Landstinget har ställt till kontaktperson för referensuppdrag, och som legat till grund för poängsättning, är följande:

- *Har kvaliteten på produkterna varit bra?*
- *Har leverantör varit en bra samarbetspartner?*
- *Har leverantör skött sina leveranser utan anmärkning?*
- *Har reklamationer/klagomål skötts på ett bra sätt?*
- *Har leverantören visat god vilja att lösa problem som uppstått?*
- *Har leverantören agerat strategiskt och proaktivt?*

De listade frågorna hör samman med listan av krav under punkt 4.3 i Kravkatalogen. Det anges också under den aktuella punkten att krav kan ställas både som obligatoriska krav och utvärderingskriterier beroende på Kunds behov.

Av punkt 3.5.6 i den förnyade konkurrensutsättningen framgår att Landstinget utvärderar lösningskompetens genom att poängsätta leverantörernas redovisade leveransuppdrag och tillgång till personal med

efterfrågade kompetenser. Av Kravkatalogen framgår att det är tillåtet att utvärdera lösningskompetens på detta sätt i förnyade konkurrensutsättningar. Det framgår exempelvis att kompetens kan utvärderas. Av punkterna 3.7 och 3.8 i den förnyade konkurrensutsättningen framgår att Landstinget utvärderar partnerstatus. Av punkt 4.1.2 i Kravkatalogen anges att alla krav som ställs i avropsförfrågan ska ha relevant koppling till det aktuella kontraktsföremålet. Utvärdering av partnerstatus har en relevant koppling till kontraktsföremålet, annars skulle givetvis inte Landstinget ha med det som ett utvärderingskriterium som kan generera mervärde i utvärderingen. Utvärdering av partnerskap kan heller inte anses utgöra en sådan diskrepans mellan Kravkatalogen och den förnyade konkurrensutsättningen att det skulle stå i strid mot LOU. Partnerstatus måste rimligtvis ses som ett sätt att utvärdera kompetens/förmåga på samma sätt som att utvärdera certifieringar som finns med under punkt 4.3 i Kravkatalogen.

Av punkt 3.10 i den förnyade konkurrensutsättningen framgår att Landstinget utvärderar proaktivitet. Landstinget efterfrågar en leverantör med erfarenhet av att agera rådgivare. Rådgivning och proaktiv strategisk förmåga är viktiga parametrar för samarbete enligt detta avtal. Leverantören ska under avtalstiden skapa mervärde genom ett proaktivt förhållningssätt till förändringar och framtida möjligheter inom området, samt ha en etablerad leverans- och förändringsprocess som berör omvärldsorientering, produktval, logistik, reklamation, leveransproblem och förändringar i åtagandet, där leverantören agerar rådgivare. Även detta har en tydlig koppling till kontraktsföremålet. Vidare framgår tydligt i Kravkatalogen under punkt 4.3 att vid avrop kan krav komma att ställas på olika typer av samarbetsformer mellan kund och ramavtalsleverantör.

Sammantaget kan Landstingets förnyade konkurrensutsättning inte anses stå i strid mot det bakomliggande ramavtalet på sådant sätt att Landstinget brutit mot LOU. Landstinget vill framhålla att alla de delar som Bolaget

refererar till är utvärderingskriterier. Samtliga de delar som Bolaget menar strider mot ramavtalet har de facto stöd i ramavtalet och har också en tydlig koppling till kontraktsföremålet. Någon sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har således inte skett och det kan inte heller anses utgöra en otillåten direktupphandling som borde ha annonserats enligt ett upphandlingsförfarande som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet i LOU.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Förkastandet av Bolagets avropssvar

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr rättsfallet HFD 2016 ref. 37).

Landstinget har förkastat Bolagets avropssvar med hänvisning till att det inte uppfyller ett obligatoriskt krav i upphandlingen gällande positionen HPE Stor Rackservice som ska anges på rad 16 i Excel-filen "Bilaga 3.14 varukorg för server". Kravet framgår av rad 17 i Excel-filen där det anges att den offererade produkten ska ha 4 CPU-socklar.

Att det aktuella kravet på 4 CPU-socklar är obligatoriskt i upphandlingen avseende produkten som ska anges på rad 16 är otvistigt mellan parterna. Frågan är då om Bolaget har uppfyllt detta krav.

Det är i målet klarlagt och otvistigt att den produkt som Bolaget offererade på rad 16 i den bilaga 3.14 varukorg för server som bifogades Bolagets avropssvar inte uppfyller kravet om 4 CPU-socklar. Vid det förhållandet har Landstinget haft att förkasta Bolagets avropssvar.

Förvaltningsrätten finner att den förväxling av produktangivelser som Bolaget gör gällande skett vid ifyllandet av den aktuella bilagan inte är av sådan karaktär att den kan anses utgöra ett sådant uppenbart fel eller en uppenbar felskrivning som med stöd av 9 kap. 8 § LOU kan rättas efter att tiden för att lämna avropssvar löpt ut. Därutöver, och såsom Landstinget påpekat, föreligger ingen skyldighet för Landstinget att tillåta en sådan rättelse som avses i den aktuella bestämmelsen. Vad Bolaget anfört i relevant avseende föranleder ingen annan bedömning. Mot denna bakgrund var Landstingets beslut att förkasta Bolagets avropssvar riktigt.

Utvärderingskriterier

Bolaget har i målet gjort gällande att Landstinget i punkter 3.5.5, 3.5.6, 3.7, 3.8 och 3.10 i avropsförfrågan i strid med den ursprungliga ramavtalsupphandlingen har ställt krav som främst tar sikte på att mäta de redan kvalificerade leverantörernas tekniska förmåga och kapacitet att fullgöra avropskontraktet och att fråga är en otillåten sammanblandning av krav på leverantören och tilldelningskriterier för tjänsten som innebär väsentliga ändringar i förhållande till den ursprungliga ramavtalsupphandlingen och därmed utgör en otillåten direktupphandling.

Landstinget har i sin tur gjort gällande att samtliga ställda krav har stöd i ramavtalet och en tydlig koppling till kontraktsföremålet samt att någon sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier inte har skett. Vidare menar Landstinget att Bolaget, även för det fall påstådda överträdelser skulle anses föreligga, inte lider eller riskerar att lida skada på

det sätt som krävs enligt 16 kap. 6 § LOU eftersom Bolaget inte har påstått, än mindre förmått visa, att förkastandet av Bolagets avropssvar går att härleda till den – enligt Bolaget – felaktiga utformningen av den förnyade konkurrensutsättningen.

Av 5 kap. 7 § första stycket LOU framgår att upphandlande myndigheten vid avrop med förnyad konkurrensutsättning ska inbjuda leverantörerna att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Förvaltningsrätten finner att de krav Landstinget ställt i punkterna 3.5.5, 3.5.6, 3.7, 3.8 och 3.10 i avropsförfrågan, oberoende av att dessa avser utvärderingskriterier och inte kvalificeringskrav, utgör krav som syftar till att bedöma leverantörens förmåga och kapacitet att utföra uppdraget och som står i strid med Kravkatalogen eftersom den inte tillåter att andra krav än de som anges i katalogen ställs i avropet och det som anges i avsnitt 4.3 i Kravkatalogen under rubrikerna Kompetens och Samarbetsformer inrymmer enligt förvaltningsrätten inte möjlighet att ställa de krav som Landstinget föreskrivit i aktuella punkter. Kraven står således i strid med 5 kap. 7 § första stycket LOU. Utifrån att kraven inte rör eller förändrar själva föremålet för upphandlingen och att de endast utgör utvärderingskriterier finner däremot förvaltningsrätten inte att dessa kan sägas väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet (jfr 5 kap. 2 § LOU).

Landstinget har utifrån det ovan anförda brutit mot en bestämmelse i LOU vilket är en förutsättning för att besluta om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. En ytterligare förutsättning för att besluta om ingripande enligt denna paragraf är emellertid att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada på grund av den upphandlande myndighetens överträdelse.

I praxis (se EU-domstolens mål C-100/12, *Fastweb SpA* och C-689/13 *Pulignica Facility Esco SpA (PFE)*) har fastslagits att en sökande, vars anbud rätteligen förkastats eller som rätteligen uteslutits, ändå kan ha talerätt beträffande brister i vinnande eller samtliga återstående anbudsgivares anbud för det fall de påstådda bristerna innebär att samtliga anbudsgivare blir uteslutna eller samtliga anbud blir förkastade och ett nytt anbudsförfarande måste inledas där sökande, indirekt, får en ny möjlighet att lämna anbud och därigenom tilldelas kontraktet.

Kammarrätten i Jönköping har i sitt avgörande i mål 2809-17 konstaterat att ovannämnda rättsfall från EU-domstolen inte är direkt tillämpliga på en situation där en sökande, som uteslutits eller vars anbud förkastats, inte framställer några invändningar mot den antagna leverantörens anbud. Kammarrätten finner emellertid att det, trots detta, kan finnas situationer då en diskvalificerad anbudsgivare bör kunna göra gällande att en överträdelse som avser brister i upphandlingsdokumenten medför att anbudsgivaren har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. En förutsättning för detta är enligt kammarrätten att det konstaterade upphandlingsfelet är av sådan karaktär att det på ett påtagligt sätt riskerar att medföra konkurrensbegränsande effekter på ifrågavarande anskaffningar. Att notera i det aktuella rättsfallet är att det upphandlingsfel kammarrätten konstaterade föreligga gällde själva ursprungliga konkurrensutsättningen, dvs. ramavtalsupphandlingen.

I nu aktuellt fall är fråga om en förnyad konkurrensutsättning, vilket innebär att konkurrensen för avropskontraktet redan därför är begränsad i och med att endast de leverantörer som tilldelats ramavtalet kan konkurrera för avropskontraktet. I en sådan situation gör sig därför enligt förvaltningsrätten frågan om effekten av ett ställt krav på konkurrensen gällande i mindre utsträckning. Att fråga dessutom är om utvärderingskriterier som Landstinget felaktigt ställt och inte om kvalificeringskrav och att dessa inte rör eller förändrar själva föremålet för upphandlingen innebär ytterligare

begränsning av den på konkurrensen hämmande effekten som ställda krav medför.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det konstaterade upphandlingsfelet i den förnyade konkurrensutsättningen inte på ett påtagligt sätt riskerar att medföra konkurrensbegränsande effekter på de anskaffningar som är föremål för avropet. Bolaget, vars avropssvar enligt vad som förvaltningsrätten ovan konstaterat rätteligen förkastats av Landstinget av anledning som inte går, eller påstås gå, att härleda till det ovan konstaterade upphandlingsfelet, lider därmed inte skada genom den överträdelse som funnits föreligga. Förutsättningarna för att besluta om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är därmed inte uppfyllda varför ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Magnus Wickström
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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 nyårs-afton, 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.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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.

