



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-02-14
Meddelad i Linköping

Mål nr
8629-16

Sida 1 (9)

KONKURRENSVERKET	
2017-02-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

InfoZone Sverige AB, 556718-1747
Sandhamnsgatan 63 B
115 28 Stockholm

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert och Jur.kand. Marion Kronberg
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Transportstyrelsen
601 73 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 277924

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.domstol.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Transportstyrelsen genomför upphandlingen Kapacitets- och kompetenspartner för beslutsstöd, TSG 2016-2407. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande och tilldelning ska ske till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Transportstyrelsen beslutade 13 december 2016 att tilldela Sogeti Sverige AB (Sogeti) kontrakt.

InfoZone Sverige AB (Infozone) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Transportstyrelsen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Infozone

Transportstyrelsen har tilldelat kontraktet till en anbudsgivare som har varit med och tagit fram underlaget till själva förfrågningsunderlaget, så kallat konsultjäv. Vinnande anbudsgivaren Sogeti har fått en otillbörlig konkurrensfördel. Transportstyrelsens agerande står i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU eftersom samtliga anbudsgivare inte har givits samma förutsättningar att lämna anbud. Infozone har därmed inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud, vilket medfört skada.

Transportstyrelsens utvärdering av anbuden har skett enligt en mervärdesmodell som utgår från varje anbuds anbudssumma. Utvärderingsmodellen framgår av p. 2.3 i förfrågningsunderlaget. I modellens första steg tilldelas anbuden fasta avdrag i kronor för uppnådd kvalitet i vissa delar. I modellens nästa steg ska de anbudsgivare som har lägst jämförelsesumma bjudas in för

att genomföra en muntlig presentation av sitt anbud, vilken kan ge ytterligare avdrag.

Av tilldelningsbeslut framgår att endast Sogeti erhöll den lägsta jämförelsesumman. Transportstyrelsen bjöd därför enbart in Sogeti att hålla en muntlig anbudspresentation. Sogeti erhöll maximalt mervärde för den muntliga presentationen. Detta medförde att ingen annan anbudsgivare bjöds in till anbudspresentation.

Kraven och kriterierna i upphandlingen har bl.a. analyserats utifrån en mognadsanalys som Sogeti har gjort för Transportstyrelsen. Sogeti har alltså varit delaktigt i framtagandet av underlaget till förfrågningsunderlaget i upphandlingen. Mognadsanalysen utgår från Sogetis egen struktur.

Transportstyrelsen har inte tillhandahållit några upplysningar om resultatet av Sogetis uppdrag avseende förstudien eller vilken information som Sogeti fått ta del av innan upphandlingen inleddes. Det kan inte uteslutas att Sogeti har tillåtits att ta del av internt material inför och under framtagandet av rapporten. Sogeti har kunnat anpassa sitt anbud för att på ett lämpligt sätt stämma överens med Transportstyrelsens önskemål och behov. Övriga anbudsgivare har i vilket fall inte haft tillgång till samma information som Sogeti, som därmed – och genom att i rapporten tillämpa sin egen struktur – fått otillbörliga och betydande konkurrensfördelar.

Av praxis framgår att det råder en presumtion att dubbel medverkan, på sätt som nu är aktuellt, medför en otillbörlig konkurrensfördel. Det ankommer alltså på Transportstyrelsen att styrka att principen om likabehandling inte åsidosatts. Transportstyrelsen har inte kontrollerat eller gjort en bedömning i vad mån Sogeti – med beaktande av likabehandlingsprincipen – har kunnat tillåtas lämna anbud i upphandlingen. Transportstyrelsen har dessutom inte närmare redogjort för flera av de omständigheter som kan vara av vikt vid

bedömningen av om Transportstyrelsen har agerat i enlighet med 1 kap. 9 § LOU, exempelvis vilka personer Sogeti arbetat med hos Transportstyrelsen eller vilka handlingar Sogeti fått ta del av.

Transportstyrelsen

Transportstyrelsen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan bestämmelse i LOU genom att tillåta Sogeti att delta i upphandlingen.

Av p. 2.3. i förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen av anbud delas in i två steg. Endast de anbud som efter steg 1 har en chans att vinna går vidare till steg 2. Efter steg 1 bjöds Sogeti in att presentera sitt anbud. Sogeti fick maximalt avdrag för presentationen, varefter det stod klart att ingen annan anbudsgivare kunde vinna. Övriga presentationer genomfördes därför inte. Detta har inte varit fråga om ett missgynnande, utan helt enkelt praktiskt genomfört i enlighet med anbudsgivarnas möjlighet att tilldelas kontrakt enligt utvärderingsmodellen.

Sogeti har tidigare haft uppdrag åt Transportstyrelsen kopplat till området beslutsstöd. Det uppdrag Infozone har beskrivit var en mognadsanalys som upphandlades genom annonserad direktupphandling i konkurrens. Av avtalet framgår att Transportstyrelsen erhåller full och ensam ägande- och nyttjanderätt till resultatet av uppdraget och att leverantören efter genomfört uppdrag ska överlämna all dokumentation som tagits fram inom uppdraget. Rapporten som det aktuella uppdraget resulterade i bifogades i sin helhet till förfrågningsunderlaget i den nu aktuella upphandlingen. Mognadsanalysen är inte framtagen i syfte att ligga till grund för en upphandling. I upphandlingen av mognadsanalys nämndes inte heller som villkor att vinnande leverantör skulle avsäga sig rätten att lämna anbud i en eventuell kommande

upphandling inom området. Genomförande konsult har undertecknat en sekretessförbindelse.

Transportstyrelsen har redan på fråga som inkom under anbudstiden angivit att man inte avser att exkludera Sogeti från anbudsgivning med anledning av genomförandet av mognadsanalysen. Eventuell konkurrensfördel har neutraliserats genom att resultatet av uppdraget har gjorts tillgängligt för samtliga anbudsgivare. Transportstyrelsens krav och behov framgår av förfrågningsunderlaget. Förutsättningarna har varit desamma för alla anbudsgivare. Transportstyrelsen förutsätter att alla anbudsgivarna anpassar sina anbud till dessa krav.

Sogeti har inte medverkat i upphandlingsprocessen. Bolaget har inte haft något inflytande när det gäller krav eller utvärderingskriterier i upphandlingen och de har inte heller på något sätt deltagit i utvärderingsprocessen, förutom i rollen som anbudsgivare. Den eventuella fördel Sogeti har haft av sitt tidigare uppdrag kan som mest jämföras med det informationsövertag som en nuvarande leverantör inom ett visst område normalt har.

Infozone har inte varit förhindrat att lämna ett konkurrenskraftigt anbud med anledning av Sogetis arbete med mognadsrapporten. Fyra av sex utvärderade anbudsgivare har i steg 1 erhållit högsta poäng för kriteriet "Handlingsplan". Det framgår även av anbudsgivarnas resultat på övriga kriterier att de inte är avsedda att gynna Sogeti. Om det hade varit korrekt att Sogeti haft ett betydande kunskapsövertag, eller att kraven i upphandlingen är riktade mot en metod eller en struktur som endast finns tillgänglig för Sogeti så hade ingen övrig anbudsgivare kunnat uppfylla kraven i upphandlingen eller erhålla högsta betyg.

Om förvaltningsrätten bedömer att anbud från Sogeti borde ha förkastats hade rättelse av upphandlingen varit en tillräcklig åtgärd. Vid en rättelse

skulle dock Infozone ändå inte tilldelats kontrakt, eftersom annan anbudsgivare ligger före i turordningen. Infozone kan inte anses ha lidit skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt punkt 1 och 4 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller den tidigare – numera upphävda – LOU (2007:1091) för sådan upphandling som har påbörjats före den 1 januari 2017. Den äldre lagen är alltså tillämplig på den nu aktuella upphandlingen.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska dessutom principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet beaktas.

Av artikel 41 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU, vilket direktiv genomförs i svensk lag genom bl.a. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, framgår bl.a. följande. Om en anbudsgivare har bistått den upphandlande myndigheten med rådgivning eller på annat sätt har deltagit i förberedelserna av upphandlingsförfarandet ska den upphandlande myndigheten vidta lämpliga åtgärder för att se till att konkurrensen inte snedvrids till följd av att den berörda anbudsgivaren deltar. Andra anbudsgivare ska

informerar om utbytet av relevanta upplysningar inom ramen för eller till följd av att en anbudsgivare har varit involverad i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, och lämpliga tidsfrister för mottagande av anbud ska fastställas. Den berörda anbudsgivaren ska endast uteslutas från förfarandet om det inte finns något annat sätt att garantera att principen om likabehandling efterlevs.

Förvaltningsrättens bedömning

Infozone har gjort gällande att vinnande anbudsgivare, Sogeti, har haft en otillbörlig konkurrensfördel genom att Sogeti har varit med och tagit fram underlaget till förfrågningsunderlaget.

Det finns inga lagregler i LOU som reglerar konsultjäv. I artikel 41 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU har emellertid införts bestämmelser som reglerar den situationen att en anbudsgivare, som tidigare har bistått den upphandlande myndigheten med rådgivning eller på annat sätt har deltagit i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, deltar i upphandlingen. Enligt prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling anses det som anges i artikel 41 i vissa delar följa redan av likabehandlingsprincipen (s. 441 f.). Konsulters eventuella medverkan i en senare upphandling får således bedömas utifrån de grundläggande EU-rättsliga principerna, främst likabehandlingsprincipen, och de specifika krav på information m.m. som i vissa situationer gäller enligt direktivet 2014/24/EU.

Av kammarrättspraxis framgår att det inte är något som hindrar en upphandlande myndighet från att ta råd och hjälp av andra upphandlande myndigheter eller presumtiva leverantörer vid upphandling av t.ex. specialiserade tjänster, såvida konkurrensen inte snedvrids och anbudsgivarna kan lämna anbud på lika villkor (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 december 2011 i mål nr 2458-11, och i domen angivna referat.)

Den mognadsanalys som Sogeti har framställt för Transportstyrelsen har bifogats förfrågningsunderlaget och enligt p. 1.4.1 i förfrågningsunderlaget är upphandlingens syfte att genomföra de åtgärder som beskrivits i mognadsanalysen. Det har inte framkommit att Sogeti på något sätt har deltagit vid utformningen av själva förfrågningsunderlaget.

I en situation där omständigheterna är sådana att det finns en presumtion för att en part har fått en konkurrensfördel är det upp till den upphandlande myndigheten att visa att principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU inte är åsidosatt (se Kammarrätten i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09). Även om Sogeti således inte har deltagit vid utformningen av själva förfrågningsunderlaget finner förvaltningsrätten att omständigheterna som Infozone har åberopat talar för att det kan ha förelegat risk för att Sogeti genom sitt arbete med mognadsanalysen har fått ett informationsövertag. Genom detta kan Sogeti även ha haft en konkurrensfördel. Frågan blir därför om de åtgärder Transportstyrelsen har vidtagit kan anses tillräckliga för att neutralisera de eventuella konkurrensfördelar som Sogeti kan ha haft.

Transportstyrelsen har offentliggjort och till förfrågningsunderlaget bifogat den av Sogeti utförda mognadsanalysen. Förvaltningsrätten finner att denna information om Sogetis tidigare uppdrag får anses tillräcklig för att neutralisera det eventuella informationsövertag som Sogeti kan ha haft.

Det som Infozone har anfört innebär inte heller att förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell skulle ha utformats i strid med de upphandlingsrättsliga principerna eller att kriterierna skulle vara utformade på ett sätt som, i strid med likabehandlingsprincipen, gynnar en viss anbudsgivare. Det har därutöver inte angetts några konkreta omständigheter beträffande på vilket sätt Infozone eller någon annan anbudsgivare skulle ha förhindrats att lämna ett

konkurrenskraftigt anbud (jfr RÅ 2009 ref. 69 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2458-11).

Sammantaget kan alltså Sogeti inte anses ha fått en otillbörlig konkurrensfördel. Inte heller kan övriga anbudsgivare anses ha förtagits möjligheten att lämna konkurrenskraftiga anbud. Transportstyrelsen har därmed inte på de av Infozone anförda skälen agerat i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan upphandlingsrättslig regel. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).


Kristina André Lilja

Rådman

Föredragande har varit Jonas Nilsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.