

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM
2009-04-23
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
753-09 E
Rotel 24

SÖKANDE

Trade Extensions TradeExt AB, 556584-9923
Kungsängsgatan 17-19
753 22 Uppsala

MOTPART

Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

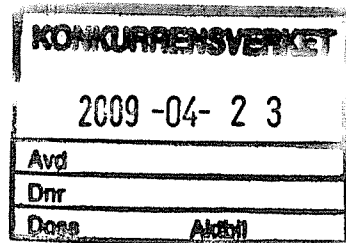
Ombud: Stadsjuristen Ofelia Hendar
Göteborgs Stadskansli
404 82 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan, varvid länsrättens interimistiska beslut den
5 februari 2009 upphör att gälla.



Dok.Id 162702

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031-732 70 00	031-711 78 59	måndag – fredag
400 15 Göteborg		E-post: lansrattenigoteborg@dom.se		09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Göteborgs Stad har genom Upphandlingsbolaget genomfört en upphandling av Upphandlingssystem, dnr 174/06. Av tilldelningsbeslutet, daterat den 28 januari 2009, framgår att Trade Extensions TradeExt AB:s anbud inte har antagits. Av öppningsprotokollet framgår att sex anbud inkommit, varav ett från Trade Extensions TradeExt AB (bolaget). Länsrätten förordnade, efter yrkande av bolaget, interimistiskt den 5 februari 2009 att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat har beslutats.

Bolaget yrkar i första hand rättelse på så sätt att ny utvärdering utförs och de tilldelas kontraktet och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan har bolaget anfört bl.a. följande. Upphandlingsbolaget har genom att acceptera ett anbud som inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kvalificeringskraven brutit mot kraven på affärsmässighet, likvärdighet, icke-diskriminering och öppenhet som ställs i LOU. Eftersom bolaget är den enda anbudsgivaren som uppfyller de krav på sekretess som ställs i förfrågningsunderlaget har bolaget lidit skada genom att inte tilldelas kontraktet. De kvalificeringskrav som anges i förfrågningsunderlaget måste uppfyllas för att anbuden ska tillåtas ingå i anbudsutvärderingen, varför de anbudsgivare som inte uppfyller eller accepterar villkoren ska uteslutas. Kvalificeringskravet avseende upphandlingssystemets tillgodosende av lagens krav på sekretess samt ett flertal andra krav, går ut på att systemet maskinellt ska kunna ta emot och processa inkomna anbudsvär. Bolagets lösning är den enda som uppfyller kraven på sekretess och maskinell bearbetning. Bolaget är den enda anbudsgivaren som kan erbjuda en teknisk lösning som garanterar att ingen utom anbudsgivaren själv kan komma åt sitt anbud innan öppningstillfället. Lösningen innebär att anbudsgivaren kan fylla i ett anbudsformulär som krypteras på anbudsgivarens dator. Okrypterad information lämnar alltså aldrig anbudsgivarens dator. Vid anbudsöppningen hämtas och avkrypteras anbudsformulären

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

automatiskt, varefter de tolkas och lagras som strukturerad data i en databas. De lösningar som i den aktuella upphandlingen har presenterats av de andra anbudsgivarna kräver att anbuden skickas i okrypterad form till en tredje part som därefter krypterar anbuden. Tredje part har härvid en möjlighet att ta del av lämnade anbud.

Upphandlingsbolaget anser att bolagets yrkanden ska avslås och anför i huvudsak följande. Bolagets yrkande om rättelse är inte en möjlig åtgärd då det skulle strida mot de EG-rättsliga principerna om offentlig upphandling att ändra i kvalificeringskraven i efterhand. Det är inte tillåtet att ändra förutsättningarna för upphandlingen under upphandlingens gång i huvudsak och i synnerhet inte kvalificeringskraven. Kvalificeringen i upphandlingen tar sikte på leverantörens förmåga och det är den upphandlande myndigheten som har stor frihet att bestämma dels vad som skall upphandlas och dels vilka kvalificerande krav som ställs. Det är ingen annan än den upphandlande myndigheten som kan bestämma detta. Kravet i förfrågningsunderlaget under punkten 6.2 om att "systemet ska tillgodose lagens krav på sekretess" är valt i syfte att tillgodose anbudsssekretessen som måste vara absolut fram till dess anbudsöppningen görs. Kravet måste vidare vara i enlighet med de EG-rättsliga principerna d.v.s. inte vara diskriminerande mot utländska anbudsgivare, stå i proportion till syftet med kravet och transparent såtillvida att alla anbudsgivare måste förstå vad som menas och efterfrågas. Dessutom måste kravet behandla alla anbudsgivare lika och är kravet inte uppfyllt ska anbudsgivaren inte gå vidare till utvärderingen (jfr EG-domstolens dom C-243/89). Det aktuella skall-kravet i upphandlingen uppfyller därvid alla dessa förutsättningar. Av de anbudsgivare som gick vidare till utvärderingen ansåg den upphandlande myndigheten att detta skall-krav var uppfyllt hos samtliga. I kvalificeringsfasen räcker det med att kravet är uppfyllt. Bolagets påstående om att bolagets lösning är den enda som uppfyller såväl sekretesskraven som kraven på maskinell bedömning är i sammanhanget inte speciellt meningsfull eftersom det inte

är bolaget som upphandlar och bestämmer huruvida ett skall-krav är uppfyllt – utan den upphandlande myndigheten. Staden menar att antaget anbud mycket väl uppfyller de i lagen ställda sekretesskraven, både enligt 9 kap. 3 § LOU och enligt förordningen om säkerhetsanordningar. Både EG-direktiven och de svenska upphandlingsreglerna ålägger upphandlande myndigheter att ha sådan utrustning att den elektroniskt kan ta emot anbudsansökningar, anbud, ritningar och planer på ett säkert sätt. IT-utrustningen ska därför ha särskilda säkerhetsutrustningar bl.a. för att säkerställa att bara behöriga personer får tillgång till uppgifterna, att få fram exakt tidpunkt när anbudens togs emot och att ingen får tillgång till uppgifterna innan tidsfristerna har löpt ut och det går att få del av samtliga eller del av uppgifter bara om de personer som är behöriga agerar samtidigt. Även om det synes vara så att det ställs högre krav på elektroniska anbud än pappersanbud så är inte kraven i stort sett ouppnåeliga, såsom bolaget tycks mena. Det är osannolikt att det i sammanhanget endast skulle finnas ett företag i hela Sverige som uppfyller kraven, d.v.s. bolaget. Om en anbudsgivare i ett anbud försäkrar att den uppfyller ett krav och detta senare inte skulle visa sig stämma, blir följden ett civilrättsligt kontraktsbrott men inget brott mot LOU. – Upphandlingsbolaget åberopar artikeln Vinnare av handslaget 2008, publicerad den 9 februari 2009 i Offentliga Affärer

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Länsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § samma lag eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 9 kap. 3 § LOU anges följande. Information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering, skall finnas tillgänglig för alla berörda parter.

En upphandlande myndighet får kräva att elektroniska anbud skall vara försedda med en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer. En upphandlande myndighet skall ha sådan utrustning att den elektroniskt kan ta emot anbudsansökningar, anbud, ritningar och planer på ett säkert sätt. Utrustningen skall vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att vissa uppgifter går att få fram, att bara behöriga personer skall få tillgång till uppgifterna och att det skall gå att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna. Regeringen meddelar närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

I 13 § förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster anges bl.a. att säkerhetsanordningarna enligt 9 kap. 3 § LOU, utöver bestämmelserna i dessa paragrafer, inom rimliga gränser ska säkerställa att ingen har tillgång till de uppgifter som överförts elektroniskt innan angivna tidsfrister för olika åtgärder har löpt ut.

UTREDNINGEN

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Upphandlingsbolaget upphandlar ett IT-stöd för den egna upphandlingsverksamheten i form av en ASP-tjänst som ska ha funktionalitet för att ge stöd för hela upphandlingsprocessen utan behov av, men utan hinder för, annan kompletterande pro-

gramvara. I kravspecifikationen anges under punkt 6.2 att systemet ska tillgodose lagens krav på sekretess i upphandling. Av en sammanställning av de frågor och svar som förevarit med anledning av förfrågningsunderlaget framgår att det den 25 september 2008 ställts en fråga om hur upphandlingsbolaget kommer att bedöma leverantörens tekniska lösning i förhållande till lagens absoluta krav på anbudssekretess och om det räcker med ett sekretessavtal mellan upphandlingsbolaget och leverantören. Upphandlingsbolaget har besvarat frågan med att det räcker med ett sekretessavtal.

LÄNSRÄTTENS BEDÖMNING

Länsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av de grunder sökanden framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som avses i 16 kap. 2 § LOU.


Bolaget har gjort gällande att Upphandlingsbolaget genom att acceptera ett anbud som inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kvalificeringskraven har brutit mot kraven på affärsmässighet, likvärdighet, icke-diskriminering och öppenhet som ställs i LOU. Bolaget har vidare gjort gällande att deras tekniska lösning är den enda som tillgodoser lagens krav på sekretess. Länsrätten konstaterar inledningsvis att det krav på sekretess som Upphandlingsbolaget ställt i förfrågningsunderlaget har förtydligats i samband med den fråga som ställts angående kravet den 25 september 2008. Upphandlingsbolaget har härvid angett att kravet är tillgodosett genom ett sekretessavtal. Länsrätten finner mot denna bakgrund – i likhet med Upphandlingsbolaget – att samtliga anbudsgivare uppfyller det ställda kvalificeringskravet.

Frågan som länsrätten härefter har att ställning till är om kvalificeringskravet i sig uppfyller de i lagen ställda krav i fråga om sekretess vid elektronisk anbudsgivning. I förordningen till LOU anges att säkerhetsanordning-

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 7
753-09

arna enligt 9 kap. 3 § LOU inom rimliga gränser ska säkerställa att ingen har tillgång till de uppgifter som överförts elektroniskt innan angivna tidsfrister för olika åtgärder har löpt ut. Den tekniska lösning att anbudet manuellt krypteras av en uppdragstagare som genom ett sekretessavtal förbundit sig att iaktta den i lagen angivna anbudssekretessen torde – enligt länsrättens mening – uppfylla de krav som lagen uppställer. Det av Upphandlingsbolaget ställda kvalificeringskravet tillgodoser således de i lagen angivna kraven på sekretess. Bolagets yrkanden kan således inte vinna bifall.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B)



Rickard Sahlsten

/MJ



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppges sitt namn, adress och telefonnummer.