

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING****DOM**  
2015-03-23  
Meddelad i  
LinköpingMål nr  
395-15**SÖKANDE**DGC Access Aktiebolag, 556575-3042  
Box 23116  
104 35 StockholmOmbud: Advokat Catharina Baerselman  
och Advokat David Nilsson  
Bird & Bird Advokat KB  
Box 7714  
103 95 Stockholm**MOTPART**Transportstyrelsen  
601 73 Norrköping**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 201042

---

<b>Postadress</b> Box 406 581 04 Linköping	<b>Besöksadress</b> Brigadgatan 3	<b>Telefon</b> 013-25 11 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	<b>Telefax</b> 013-25 11 40	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

## BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Transportstyrelsen genomför ett avrop genom förnyad konkurrensutsättning under Kammarkollegiets ramavtal ”Kommunikation som tjänst” med beteckning *dnr TSG 2014-161* (upphandlingen). Tilldelningsgrund i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Transportstyrelsen har i tilldelningsbeslut antagit anbud lämnat av TDC Sverige AB (TDC).

DGC Access AB (DGC) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om.

Transportstyrelsen motsätter sig bifall till ansökan.

## VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

### DGC

*TDC har manipulerat utvärderingsmodellen – utvärderingsmodellen strider mot 1 kap. 9 § LOU*

I upphandlingen har det pris som ska utvärderas bestämts som en anbudssumma angiven som ett pris per månad. Anbudssumman består av olika delsummor där à-priser multipliceras med viss faktor (jämförelseantal) medan anbudssumman vad gäller priser för LAN/WLAN-tjänster saknar sådant jämförelseantal.

Den för upphandlingen angivna modellen för att utvärdera pris kan mot angiven bakgrund inte anses syfta till att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Anbudssumman tar varken hänsyn till antalet por-

tar eller accesspunkter vad gäller LAN/WLAN-tjänster. Den verkliga kostnaden är således en helt annan än den anbudssumma som ligger till grund för utvärderingen. Detta innebär i sig att DGC har lidit eller kan komma att lida skada i upphandlingen då det inte kan säkerställas att det faktiskt är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att antas.

I upphandlingen efterfrågas även priser för ett stort antal optioner. Priserna för optionerna ingår också i anbudssumman. TDC är Transportstyrelsens nuvarande leverantör av telefoni och optionerna består till största delen av just telefoni. TDC har således kännedom om vilka behov Transportstyrelsen har – vad som normalt används och när Transportstyrelsen skulle behöva uppdatera sin hårdvara etc. TDC har därmed haft en klar konkurrensfördel framför DGC som saknar motsvarande kännedom. Tack vare sin kännedom om Transportstyrelsens behov har TDC kunnat utnyttja utvärderingsmodellen genom att sätta lågt pris på de poster i optionerna som troligtvis inte kommer att utnyttjas.

Det kan också konstateras att TDC i denna upphandling faktiskt har utnyttjat modellen för utvärdering av pris och troligtvis satt höga priser på de poster som inte har åsatts någon uppräkningsfaktor, såsom priser för anlutningar i portar och accesspunkter för LAN/WLAN-tjänster, samtidigt som TDC med all sannolikhet prissatt posterna som har uppräkningsfaktor med noll kr. Enligt vad som redovisades i samband med meddelandet om tilldelningsbeslut var TDC:s anbudssumma 5 248 kr per månad vilket ska jämföras med DGC:s anbudssumma på 3 047 420 kr per månad. DGC begärde att få ut TDC:s anbud, men prisbilagan belades med sekretess. Dock har DGC fått ta del av delar av en anbudspresentation som TDC fick möjlighet att göra för Transportstyrelsen. Detta material bekräftar att TDC har utnyttjat modellen genom att LAN/WLAN-tjänster inte får något större genomslag i modellen för anbudssumman. När TDC har utnyttjat modellen på detta sätt går anbudet inte att jämföra och det är tydligt att modellens

utvärdering av pris inte säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 8 april 2014 i mål nr 471–472-14).

DGC har lämnat ett marknadsmässigt pris på posterna som efterfrågats i utvärderingsmodellen. Med den enorma skillnad i pris mellan anbuden som föreligger säger det sig självt att det pris som TDC åsatt posterna i utvärderingsmodellen inte reflekterar vad TDC avser att få för intäkter på uppdraget, utan att de låga priserna i modellen ska kompenseras genom parametrar utanför modellen. Sett över hela avtalstiden på tre år blir priserna enligt utvärderingsmodellen 180 000 kr att jämföra med 108 000 000 kr och om även förlängningstiden på två år räknas in ska 300 000 kr jämföras med 180 000 000 kr. Mot bakgrund av det låga priset och att det framstår som tydligt att det är posterna för LAN/WLAN-tjänster som har utnyttjats, drar DGC slutsatsen att de enda posterna i modellen som åsatts ett pris över noll kr är just LAN/WLAN-tjänsterna.

På grund av det ovanstående är det genom den utvärderingsmodell som tillämpas i upphandlingen de facto omöjligt för Transportstyrelsen att avgöra den ekonomiska konsekvensen av att TDC:s anbud antas framför DGC:s anbud och således avgöra vilket anbud som faktiskt är det ekonomiskt mest fördelaktiga för Transportstyrelsen. Den kan heller inte ge ett sådant rättvisande resultat som en utvärderingsmodell ska göra för att vara förenlig med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna (se RÅ 2002 ref. 50). Såväl utvärderingsmodellen som utvärderingen strider därför mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU.

Gemensamt för den dom från Kammarrätten i Sundsvall som DGC hänvisat till ovan och den dom från Kammarrätten i Stockholm som Transportstyrelsen hänvisar till i sitt yttrande är att utvärderingsmodellen gick att

manipulera och att detta också hade gjorts av vinnande leverantörer, med konsekvensen att principen om lägsta pris/det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte får genomslag i det enskilda fallet samt att utvärderingsmodellen inte säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

I yttrande till rätten anför Transportstyrelsen att bara för att en leverantör strategiskt utnyttjar utvärderingsmodellen innebär inte detta i sig att den kan anses vara felaktig. Även om utvärderingsmodellen från början kan ha verkat kunna tjäna sitt syfte så är det i dessa sammanhang först efter det att manipulation skett som utvärderingsmodellen kan fastställas som icke förenlig med LOU. Detta framgår tydligt av ovan nämnd kammarrättspraxis. DGC vidhåller att det naturligtvis saknar betydelse på vilken grund en utvärderingsmodell har kunnat utnyttjas. Avgörande är, så som i aktuellt fall, att det bevisligen har funnits utrymme i modellen att kunna utnyttjas på så sätt att den inte längre ger det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån de kriterier som angivits. Det saknar således betydelse i sig huruvida leveransskyldighet föreligger eller ej enligt upphandlingsvillkoren.

I aktuellt fall har utvärderingsmodellen kunnat utnyttjas och manipuleras dels genom att LAN/WLAN-tjänster åsatts endast uppräkningsfaktor 1, medan den verkliga kostnaden kan komma att bli en helt annan, dels genom att ett stort antal optioner ingår i utvärderingsmodellen där kunskap om Transportstyrelsens närmare behov har kunnat utnyttjas för bedömningen av om optionerna skulle komma att utnyttjas och i så fall i vilken utsträckning.

Att anbudet efter TDC:s manipulering av utvärderingsmodellen inte längre kan jämföras och inte utvisar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bekräftas också genom att Transportstyrelsen i yttrande till rätten anför en

alternativ beräkning har gjorts som skulle utvisa att TDC:s anbud ändå skulle ha antagits.

Vidare anger Transportstyrelsen att avropsförfrågan innehåller en uppskattning av nuvarande antal portar för LAN/WLAN-tjänsterna och att samtliga anbudsgivare därför har haft samma möjlighet att bilda sig en uppfattning om den totala avtalsomfattningen vid prissättning. Detta påstående bestrids. Transportstyrelsen anger nämligen samtidigt att skälet till varför LAN/WLAN-tjänsterna endast hade uppräkningsfaktor 1 var dels att ”de beräknade volymerna avseende dessa tjänster innehåller ett stort mått av osäkerhet, vilket skulle kunna leda till ett felaktigt utslag om de gavs hög vikt i den totala anbudssumman” och dels att undvika att ge nuvarande leverantör fördelar. Oavsett vad Transportstyrelsen må ha avsett med sin viktning är dock det paradoxala att det är just prissättningen av LAN/WLAN-tjänsterna som fått avgörande vikt i upphandlingen på det sätt som TDC har utnyttjat modellen.

En utvärdering baserad på den alternativa beräkning, som Transportstyrelsen anger att man har gjort för att kunna jämföra anbuderna, kan därför inte vara annat än grovt missvisande. DGC bestrider således att Transportstyrelsen skulle ha kunnat fastställa att DGC:s anbud ”beräknat på ett helhetsåtagande” skulle vara cirka 30 procent högre än TDC:s anbud. När Transportstyrelsen anger att de ekonomiska konsekvenserna av TDC:s anbud faktiskt kan avgöras bygger detta, enligt Transportstyrelsen själv, på en utredning som utifrån andra parametrar som TDC självt tillfört skulle ha givit något slags verklig prisbild – eller i vart fall en annan prisbild än den som utvärderingsmodellen resulterar i. Detta är ett förfaringssätt som inte är förenligt med LOU, då en sådan utredning/beräkning bygger på en modell för fastställande av pris som inte är den som kommunicerats i upphandlingen. Det bestrids för övrigt att DGC skulle ha förespråkat en sådan utvärdering. Tvärtom har DGC tydligt angivit i målet att en sådan utvärde-

ring både strider mot transparensprincipen och ger ett missvisande resultat utifrån vad Transportstyrelsen själv har uppgett om de mycket osäkra volymerna. Det enda Transportstyrelsens alternativa beräkning kan tjäna till är att ytterligare visa på att resultatet utifrån utvärderingsmodellen är totalt missvisande då priserna inte är jämförbara. Skillnaden i pris har då nämligen minskat från att DGC:s anbud var 60 000 procent dyrare enligt utvärderingsmodellen till att vara endast 30 procent dyrare än TDC:s anbud enligt den alternativa beräkningen.

Att utvärderingsmodellen inte är tänkt att användas på det sätt som TDC gjort i sitt anbud bekräftas också av att Transportstyrelsen var tvungen att justera i avtalet vad gäller vitesbestämmelserna för att TDC skulle kunna tilldelas kontraktet. På grund av TDC:s extremt låga pris på posterna i utvärderingsmodellen var Transportstyrelsen nödgad att lägga in en lägsta nivå för vitesgrundande belopp för att vitesnivåerna inte skulle bli noll kr.

*TDC har haft ett konkurrensnedvridande informationsövertag*

På sätt som anges ovan ger omständigheterna vid handen att TDC måste ha satt som högst noll kr som pris på de optioner som ingår i utvärderingsmodellen. Optionerna omfattar ett stort antal produkter och tjänster som typiskt sett skulle kunna komma att utnyttjas i relativt stor utsträckning – fasta och mobila telefoner (bl.a. smartphones och surfplattor), växeltjänst, telefonistfunktion, videokonferenssystem, Mobile Device Management och Unified Communication. I DGC:s anbud utgör priset för optioner en stor del av det totala anbudspriset. Att sätta noll kr för denna typ av optioner kan endast den leverantör göra som likt TDC närmare känner till beställarens behov till följd av uppdraget som nuvarande telefonileverantör. Det saknar därvid betydelse vad DGC uppgivit vid Transportstyrelsens förberedelser inför upphandlingen om huruvida tillräckliga upplysningar erhöles från Transportstyrelsen. TDC:s anbud utvisar att tillräcklig information

inte har lämnats av Transportstyrelsen. DGC har uppenbarligen inte haft samma förutsättningar som TDC att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och har lidit eller kan komma att lida skada pga. Transportstyrelsens agerande.

*TDC har positivt särbehandlats*

Innan anbudet lämnades in, men efter det att den angivna tiden för att ställa frågor gått ut, skickade TDC ett e-postmeddelande till den ansvarige upphandlaren på Transportstyrelsen med en ifylld prisbilaga med fråga om man fyllt i prisbilagan korrekt och fick då svar att den var korrekt ifylld. Denna korrespondens, eller essensen av denna, delgavs inte DGC.

Vidare har Transportstyrelsen haft möte med TDC för anbudspresentation där TDC har fått förklara sitt anbud och tillåtits att lägga upp det enligt helt andra förutsättningar vad gäller pris än vad DGC har fått. Det synes vidare som att även avtalsvillkoren diskuterades vid detta möte eller därefter eftersom Transportstyrelsen sedan återkopplade till TDC via e-post den 19 december 2014 med frågan om de kunde vara överens om att TDC skulle ha rätt till omförhandling av priserna om förändringar av faktiska volymer per tjänst uppgick till 25 procent eller mer.

Om DGC hade erbjudits möjligheten att sätta priser utifrån exempelvis antal accesspunkter (eller utifrån de eventuellt andra förutsättningar som TDC tillåtits prissätta LAN/WLAN-tjänsterna) hade DGC lämnat helt andra priser och anbudet hade kunnat utvärderas på ett likalydande sätt. Likaså har TDC lyckats förhandla fram en garanti om omförhandling av pris vid volymförändringar på 25 procent. Detta har naturligtvis haft betydelse för bolagets låga prissättning.



Transportstyrelsen har genom sitt möte och sina kontakter med TDC handlat i strid med LOU. Vid avrop genom förnyad konkurrensutsättning får den upphandlande myndigheten enligt 5 kap. 7 § LOU endast skriftligt samråda med leverantörerna. Kammarkollegiets upphandling av det bakomliggande ramavtalet genomfördes vidare som ett öppet förfarande, vilket helt utesluter att förhandlingar får äga rum med anbudsgivarna även vid den efterföljande förnyade konkurrensutsättningen. DGC har lidit eller kan komma att lida skada pga. Transportstyrelsens agerande i strid dels med 5 kap. 7 § LOU, dels med likabehandlings- och transparensprincipen.

### **Transportstyrelsen**

#### *Utvärderingsmodellen*

Inledningsvis vill Transportstyrelsen understryka att den utvärderingsmodell som används i det aktuella avropet är mycket tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget. Genom det bifogade Excel-dokumentet med inlagda formler har varje anbudsgivare lätt kunnat bilda sig en uppfattning om hur olika priser ger utslag på den totala anbudssumman, dvs. hur högt eller lågt olika priskategorier är viktade.

För att få anbudspriser som är jämförbara mellan anbuderna har Transportstyrelsen valt att använda en s.k. varukorg av olika tjänster. Denna byggs upp genom att de olika tjänsterna listas i underlaget, prissätts av anbudsgivaren och multipliceras med det värde som Transportstyrelsen i förväg har bestämt och angivit i underlaget.

Transportstyrelsen har i den aktuella varukorgen valt att volymmässigt värdera vissa tjänster mycket lågt. Detta är ett medvetet val, bl.a. för att undvika just den fördel för nuvarande leverantör som sökanden anser sig finna i det aktuella upplägget. Därför viktades vissa tjänster lågt i utvärde-

ringen av helhetsåtagandet. Informationen om beräknade volymer för LAN/WLAN finns alltså med i förfrågningsunderlaget som vägledning inför anbudsgivning, utifrån den kännedom som Transportstyrelsen har. Tjänsterna har dock medvetet givits låg vikt i den totala varukorgen, vilket tydligt och transparent har angivits och kunnat ligga till grund för anbudslämnande för samtliga anbudsgivare.

Som DGC anfört i målet så omfattar optionerna i anbudsförfrågan tjänster som typiskt sett utnyttjas i stor utsträckning. Transportstyrelsens behov avviker inte från denna normalbedömning och det finns inte, vilket DGC verkar tro, någon hemlig information tillgänglig endast för TDC med innebörden att de angivna optionerna inte kommer att utnyttjas. Tvärtom är priset för dem medräknat i den totala anbudssumman just pga. den höga sannolikheten att de kommer att utnyttjas.

Utvärderingen av de inkomna anbuden har skett i enlighet med den utvärderingsmodell som angivits i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsmodellen brister därmed inte på något sätt i transparens och det finns inget som har hindrat sökanden eller övriga leverantörer från att lämna priser på ett sätt som ger ett förmånligt utslag enligt utvärderingsmodellen.

Att LAN/WLAN-tjänster åsatts jämförelsetalet 1 och således tillmäts låg vikt i helhetsbedömningen beror bl.a. på att de beräknade volymerna avseende dessa tjänster innehåller ett stort mått av osäkerhet, vilket skulle kunna leda till ett felaktigt utslag om de gavs hög vikt i den totala anbudssumman. Transportstyrelsen har därför helt enkelt vid skapandet av en fiktiv priskorg valt att ge dessa tjänster en lägre viktning, vilket tydligt framgår av Excel-filen och dess jämförelsetal. Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bedöma sitt beräknade behov och skapa en strategi för hur helheten i ett avtalsområde bäst ska bedömas och utvärderas. Förfrågningsunderlaget innehåller en uppskattning av nuvarande antal portar för

LAN/WLAN, och en fråga angående detta har även besvarats under anbudsstiden, vilket innebär att samtliga anbudsgivare har haft samma möjlighet att bilda sig en uppfattning om den totala avtalsomfattningen vid sin prissättning.

Transportstyrelsen delar sökandens uppfattning att TDC i sitt anbud har tillämpat strategisk anbudsgivning. Detta är dock helt tillåtet och praxis pekar snarast på att det hade varit otillåtet att förkasta TDC:s anbud enbart pga. detta. Transportstyrelsen delar inte DGC:s uppfattning om att det är omöjligt för Transportstyrelsen att avgöra den ekonomiska konsekvensen av att TDC:s anbud antas. Transportstyrelsen har tillgång till samtliga priser och har dessutom, vilket DGC självt pekar på, haft möte med TDC för att utreda den aktuella prissättningen och tänkt affärsmodell. Den utredning som Transportstyrelsen har genomfört visar att det inte fanns skäl att diskvalificera anbudet från TDC pga. lågt pris, eftersom bolagets avgivna förklaring är fullt tillfredsställande.

Det måste i sammanhanget uppmärksammas att den dom (Kammarrättens i Sundsvall dom den 8 april 2014 i mål nr 471–472-14) som sökanden hänvisat till i inlaga till rätten samt även viss övrig praxis på området (se t.ex. Kammarrättens i Stockholm mål nr 5913-10) visar att det kan vara problematiskt när delar av ett kontrakt kan offereras till låga priser samtidigt som avtalet saknar leveransplikt. Ett sådant upplägg innebär att anbudsgivare kan ”lura modellen” och prissätta vissa delar lågt i syfte att sedan avböja att leverera dessa varor eller tjänster.

I det nu aktuella avropet och avtalet föreligger dock leveransplikt och det går därmed inte att jämföra denna situation med den praxis som sökanden hänvisar till. Om en leverantör med avtalad leveransskyldighet lägger ett mycket lågt pris på en viss tjänst så är detta inte ett sätt att manipulera modellen genom att låta bli att leverera de lågt prissatta tjänsterna och endast

leverera de som är högt prissatta. Tvärtom försätter sig en leverantör med leveransplikt i en situation där det är troligt att köparen kommer att vilja köpa mycket av just de lågt prissatta tjänsterna och optionerna och leverantören har då inte möjlighet att låta bli att leverera eftersom avtalet då kan hävas.

Pedersen och Lundvall bekräftar i sin uppdragspublikation för Konkurrensverket "[a]tt en anbudsgivare gör beräkningar utifrån en jämförelse mellan viktningen i en utvärderingsmodell och vad anbudsgivaren vet om verkliga förhållanden innebär inte att anbudsgivarens anbud per automatik ska förkastas, även om en sådan beräkning medför att anbudspriset för ett tjänsteslag väsentligen understiger marknadspriset. Tvärtom får det anses utgöra ett normalt affärsmässigt beteende i en anbudssituation att använda sin kunskap om verkliga förhållanden för att göra sitt anbud så konkurrenskraftigt som möjligt. Endast om anbudsgivaren har för avsikt att under avtalstiden avvika från vad som offererats i anbudet kan ett sådant beteende anses oseriöst (se Konkurrensverkets uppdragsforskning 2011:1, *Osund anbudsgivning i offentlig upphandling*, Karl Lundvall och Kristian Pedersen, s. 31).

Som en del i den utredning som gjordes utifrån de lämnade anbuden och de avvikande priserna har Transportstyrelsen räknat på ett helhetsåtagande under avtalstiden, även inklusive de volymer som i utvärderingsmodellen viktades lågt. Dessa uträkningar visar att sökanden har lämnat ett anbud som är cirka 30 procent högre än vinnande anbud. Sökanden har därmed inte lidit skada av den låga viktningen och det kan inte visas att utvärderingsmodellen leder till att annat anbud än det ekonomiskt mest fördelaktiga antas. Denna beräkning har dock självklart inte använts vid utvärdering av anbuden inför tilldelning av kontrakt. Den tas endast upp för att visa att även med en beräkning som sökanden verkar förespråka, där samtliga

tjänster ges exakt den vikt i varukorgen som framgår av nulägesbeskrivningarna, så har TDC lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Transportstyrelsen delar inte sökandens åsikt att den använda utvärderingsmodellen innebär att anbuden inte går att jämföra. Båda anbudsgivarna har lämnat pris på samtliga efterfrågade poster utifrån Transportstyrelsens krav och villkor och ingen anbudsgivare har angivit någon reservation eller annat som gör att anbuden inte kan behandlas likvärdigt.

#### *Hantering av nuvarande leverantör*

Det är vid offentlig upphandling av löpande varu- eller tjänstebestånd nästan ofrånkomligt att det finns en nuvarande leverantör som har ett visst kunskapsövertag gentemot övriga aktörer på marknaden. Detta är inget som i sig innebär en tydlig fördel och Transportstyrelsen har på ett flertal sätt strävat efter likabehandling av leverantörer i det aktuella avropet.

Innan avropsförfrågan publicerades skickades under juni 2014 en ”request for information” (RFI) till samtliga aktuella ramavtalsleverantörer med bl.a. ett flertal frågor angående om Transportstyrelsens behovssammansättning var tillräcklig för anbudsgivning och vilken övrig information som var önskvärd för att kunna lämna ett så bra anbud som möjligt. DGC besvarade ett antal av Transportstyrelsens frågeställningar med att kraven var tydligt beskrivna och möjliga att besvara utan mer information. På de punkter där DGC och andra leverantörer har lämnat synpunkter, bl.a. önskemål om förtydliganden eller mer utförliga beskrivningar, har Transportstyrelsen genomfört dessa i förfrågningsunderlaget.

Alla anbudsgivare har fått tillgång till samma information vid samma tillfälle och Transportstyrelsen har under anbudstiden besvarat samtliga frågor som inkommit, exempelvis gällande LAN/WLAN-tjänsterna samt de efter-

frågade optionerna. Även frågor om utvärderingsmodellen och dess uppbyggnad ställdes och besvarades under anbudstiden. Vidare förlängdes anbudstiden från den 17 november till den 24 november för att säkerställa att alla anbudsgivare skulle ha tillräckligt med tid på sig att lämna anbud.

Transportstyrelsen delar inte DGC:s uppfattning att TDC har särbehandlats på något otillbörligt sätt. Det e-postmeddelande som skickades till TDC var av underordnad karaktär då det endast handlade om praktisk vägledning angående ifyllande av prisbilagan. Meddelandet gav ingen som helst vägledning i hur prissättning skulle göras eller hur anbudsgivaren skulle lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Eftersom DGC lämnade ett anbud med korrekt ifylld prislista kan det inte heller hävdas att bolaget har lidit skada pga. att svaret om hur prislistan skulle fyllas i inte delgavs samtlig anbudsgivare.

Som nämnts ovan är det korrekt att Transportstyrelsen har haft en anbuds-presentation med TDC, bl.a. för att diskutera den låga prissättningen och tänkt affärsmodell. Detta är dock inte på något sätt förbjudet inom avropsprocessen. DGC misstolkar helt 5 kap. 7 § p. 1 LOU där ”skriftligt samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet” innebär att avropsförfrågan ska ske skriftligt, vilket Transportstyrelsen har uppfyllt. Paragrafen innehåller inte något förbud mot att muntligen kommunicera med anbudsgivare som en del av utvärderingsprocessen. Det finns inte heller någon skyldighet enligt likabehandlingsprincipen att ge samtliga anbudsgivare chans till anbuds-presentation. DGC hade ett anbud som inte gav upphov till några frågor och Transportstyrelsen bedömde därför att en muntlig presentation av anbudet inte var nödvändig.

Transportstyrelsen menar slutligen att de förtydliganden och korrigeringar som skett mellan Transportstyrelsen och TDC inte utgör en otillåten förhandling. Om rätten skulle finna att en förhandling har skett så anser

Transportstyrelsen att denna inte har inneburit någon skada för sökanden. TDC har inte tillåtits att ändra sina priser, justera sitt anbud eller komplettera med ytterligare handlingar. De justeringar som gjorts har därmed inte haft betydelse vid utvärdering av anbuderna utan syftar endast till att undvika missförstånd och svårigheter mellan parterna efter ett avtalstecknande.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

#### *Utvärderingsmodellen*

Transportstyrelsen har i upphandlingen valt att använda en s.k. varukorg innefattande olika tjänster. Varukorgen byggs upp genom att de olika tjänsterna listas i underlaget, prissätts av anbudsgivaren och multipliceras med viss faktor (jämförelsetal) som Transportstyrelsen i förväg har bestämt och angivit i förfrågningsunderlaget. Den anbudssumma som ska utvärderas är angiven som ett pris per månad.

Transportstyrelsen har valt att vikta vissa tjänster mycket lågt i den aktuella varukorgen. Detta gäller bl.a. LAN/WLAN-tjänster som har åsatts jämförelsetalet 1. Transportstyrelsen har i målet anfört att anledningen till

att LAN/WLAN-tjänsterna tillmäts låg vikt i helhetsbedömningen beror bl.a. på att de beräknade volymerna avseende dessa tjänster innehåller ett stort mått av osäkerhet, vilket skulle kunna leda till ett felaktigt utslag om de gavs hög vikt i den totala anbudssumman. Som vägledning inför anbudsgivningen innehåller dock förfrågningsunderlaget en uppskattning av nuvarande antal portar för LAN/WLAN samt att en fråga angående detta även har besvarats under anbudstiden. I upphandlingen efterfrågas dessutom priser för ett stort antal optioner. Priserna för optionerna ingår också i anbudssumman.

Enligt rätten framgår av förfrågningsunderlaget tillräckligt klart och tydligt samtliga tilldelningskriterier och kriteriernas vikt i förhållande till varandra samt hur utvärdering ska ske. När det gäller LAN/WLA-tjänsterna så har en uppskattning av nuvarande antal portar redovisats i förfrågningsunderlaget. Enligt rättens mening måste en upphandlande myndighet av bl.a. praktiska skäl ges ett relativt stort utrymme att göra ett urval av vilka poster som ska utvärderas och vilken vikt som ska läggas vid dessa. Transportstyrelsen har ansett att LAN/WLAN-tjänsterna, oavsett den föreliggande osäkerheten kring beräknade volymer, är mycket aktuella i förevarande upphandling varför anbudsgivarnas prissättning av dessa är relevant för att utröna vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Vidare har en RFI skickats ut till samtliga aktuella ramavtalsleverantörer före det att avropsförfrågan publicerades där DGC och de övriga leverantörerna gavs tillfälle att komma med synpunkter på om Transportstyrelsens behovssammanställning var tillräcklig för anbudsgivning och vilken övrig information som var önskvärd för att kunna lämna ett så bra anbud som möjligt. DGC har besvarat ett antal av Transportstyrelsens frågeställningar med att kraven var tydligt beskrivna och möjliga för DGC att besvara utan mer information. På de punkter där DGC och andra leverantörer har lämnat



synpunkter, bl.a. önskemål om förtydliganden eller mer utförliga beskrivningar, har Transportstyrelsen genomfört dessa i förfrågningsunderlaget.

Transportstyrelsen har också under anbudstiden besvarat samtliga frågor som inkommit, exempelvis gällande LAN/WLAN-tjänsterna, de efterfrågade optionerna samt om utvärderingsmodellen och dess uppbyggnad. Vidare förlängdes anbudstiden från den 17 november till den 24 november för att ge anbudsgivarna tillräckligt med tid på sig för att lämna anbud.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser rätten att anbudsgivarna har givits lika möjligheter att utarbeta sina anbud. Att befintlig leverantör har vissa kunskaper om upphandlingsföremålet är ofrånkomligt och det faktum att denne har tillämpat strategisk prissättning avseende optionerna innebär inte i sig att utvärderingsmodellen är behäftad med fel. Rätten finner att då det i det nu aktuella avropet och avtalet föreligger leveransplikt så kan inte TDC manipulera utvärderingsmodellen genom att prissätta vissa tjänster mycket lågt för att sedan avböja att leverera dessa. Detta innebär att principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får genomslag i det enskilda fallet samt att utvärderingsmodellen säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Sammanfattningsvis finner rätten att såväl utvärderingsmodellen som anbudsutvärderingen i sig är förenliga med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna.

*Fråga om TDC har särbehandlats i strid med likabehandlingsprincipen*

I den totala anbudssumman i upphandlingen ingår priser för optioner. Optionerna omfattar ett stort antal produkter och tjänster som typiskt sett skulle kunna komma att utnyttjas i relativt stor utsträckning – fasta och mobila telefoner (bl.a. smartphones och surfplattor), växeltjänst, telefonistfunktion, videokonferenssystem, Mobile Device Management och Unified Communication. DGC har i målet anført att TDC sannolikt prissatt dessa

tjänster med noll kr och att en sådan prissättning endast är möjlig för en leverantör som likt TDC närmare känner till beställarens behov till följd av uppdraget som nuvarande telefonileverantör.

När det gäller TDC:s prissättning av optionerna så kan konstateras att bolaget, i enlighet med uppställda krav, lämnat ett pris för varje kostnadspost. Med hänsyn till att vald leverantör kontraktsmässigt är bunden att vid behov leverera optionstjänsterna till offererat pris får vidare antas att TDC vid beräkningen av sitt anbudspris gjort en riskavvägning avseende storleken på Transportstyrelsens behov av dessa tjänster under kontraktstiden.

Rätten konstaterar att det är vanligt förekommande att tidigare leverantörer till en upphandlande myndighet deltar i myndighetens nya upphandlingar av samma sak. I en sådan situation är det ofrånkomligt att leverantören har kunskaper om upphandlingsföremålet. En normalt omsorgsfull leverantör på marknaden kan dock i allmänhet även utan tidigare erfarenhet av upphandlingsföremålet bilda sig en uppfattning om t.ex. vilka tjänster som sannolikt kommer att nyttjas och prissätta därefter. Det finns inte skäl att i denna upphandling bedöma förhållandena på annat sätt. Det faktum att befintlig leverantör besitter viss information pga. att denne haft kontraktet tidigare kan visserligen innebära en fördel för den leverantören, men utgör inte i sig ett brott mot likabehandlings- eller transparensprincipen.

LOU utgör därvid inte heller något hinder för en anbudsgivare att vid en fri prissättning pressa sina vinstmarginaler – eller till och med gå med förlust – som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsandelar (se EU-domstolens dom i de förenade målen 147/06 och 148/06 SECAP och Santorso, punkt 26). Det förhållandet att förfrågningsunderlaget givit TDC liksom övriga anbudsgivare som deltagit i upphandlingen utrymme att erbjuda låga priser och att Transportstyrelsen accepterat TDC:s anbud i

denna del kan, mot bakgrund av det angivna, inte föranleda någon åtgärd enligt LOU.

Rätten har slutligen att ta ställning till DGC:s invändning om att det faktum att TDC:s tillåtits göra en anbudspresentation strider mot såväl 5 kap. 7 § LOU som likabehandlings- och transparensprincipen samt att TDC erhållit instruktioner om hur prisbilagan skulle fyllas i.

Inledningsvis konstaterar rätten att Transportstyrelsen vidgår att man via e-post givit TDC instruktioner om hur prisbilagan skulle fyllas i.

Vad avser det faktum att TDC givits möjlighet att genomföra en anbudsrepresentation så har DGC anfört att vid avrop genom förnyad konkurrensutsättning får den upphandlande myndigheten enligt 5 kap. 7 § LOU endast skriftligt samråda med leverantörerna. DGC understryker att Kammarkollegiets upphandling av det bakomliggande ramavtalet genomfördes som ett öppet förfarande, vilket helt utesluter att förhandlingar får äga rum med anbudsgivarna även vid den efterföljande förnyade konkurrensutsättningen.

Det är korrekt att det i en upphandling som genomförts genom ett öppet förfarande enligt LOU inte får förekomma några förhandlingar med anbudsgivarna. En anbudsrepresentation är dock inte en förhandling. Varken 5 kap. 7 § LOU eller de unionsrättsliga principerna förbjuder muntlig kommunikation med anbudsgivare som en del av utvärderingsprocessen.

Emellertid anser rätten att den e-post konversation av den 19 december 2014 som förekommit mellan Transportstyrelsen och TDC visar att viss förhandling om avtalsvillkor har skett vad gäller TDC:s möjlighet till omförhandling av priser vid större förändringar av faktiska volymer. Detta förfarande står i strid med såväl 5 kap. 7 § LOU som likabehandlings- och transparensprincipen.

För ett ingripande enligt LOU krävs att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU).

Rätten konstaterar att det i målet inte föreligger någon utredning som visar att TDC tillåtits att ändra sina priser, justera sitt anbud eller komplettera sitt anbud med uppgifter som erfordras för att uppställda obligatoriska krav ska vara uppfyllda. Den förhandling som skett mellan Transportstyrelsen och TDC kan således varken anses ha ökat TDC:s möjligheter att tilldelas aktuellt kontrakt eller inverkat menligt på DGC:s chanser att vinna upphandlingen. Vidare kan inte heller, då DGC har fyllt i upphandlingens prisbilaga på ett korrekt sätt, det faktum att TDC erhållit vissa instruktioner om hur denna ska fyllas i innebära att DGC lidit eller riskerat att lida skada i LOU:s mening.

#### *Sammanfattning*

Vad DGC anfört i målet kan mot bakgrund av det ovan anförda inte föranleda att någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU blir aktuell. Ansökan om överprövning ska i enlighet härmed avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109 1D/LOU).

Magnus Wickström

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



# 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.