



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-11-18
Meddelad i
Stockholm

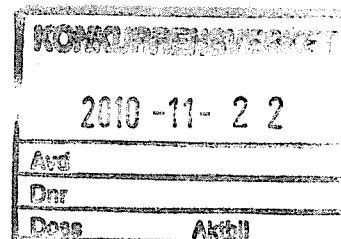
Mål nr
41286-10
Enhet 15

SÖKANDE

Canvisa Consulting AB, 556625-4487
Engelbrektsplan 1
114 34 Stockholm

MOTPART

Finansinspektionen
Box 7821
103 97 Stockholm

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 30 september 2010 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 63367

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstidmåndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Finansinspektion genomför en upphandling av ramavtal för stöd i förändringsarbete inom IT, Finansinspektionens diarienummer 10-6971-102. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling. Finansinspektionen meddelade den 20 september 2010 att Finansinspektionen beslutar att erbjuda Centigo AB att teckna avtal i denna upphandling.

Förvaltningsrätten har i beslut den 30 september 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Förvaltningsrätten har i beslut den 6 oktober 2010 avslagit Finansinspektionens yrkande om upphävande av det interimistiska beslutet från den 30 september 2010.

Canvisa Consulting AB (Canvisa) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar, så som bolaget slutligen bestämt sitt yrkande, att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om eftersom felen i upphandlingen är av sådan art att rättelse inte kan komma ifråga.

Till stöd för sin ansökan anför **Canvisa** i huvudsak följande. I tilldelningsbeslut har angetts att Canvisa inte uppfyllde krav nummer 22, vilket sedan rättats vid telefonsamtal av Finansinspektionen till att gälla krav nummer 21. Punkt 3.1.5 i förfrågningsunderlaget innehåller ett skall-krav (krav nummer 21) och lyder enligt följande. ”Som ett led i bekämpningen av ekonomisk brottslighet samarbetar FI med Skatteverket i denna upphandling, anbudsgivare kommer att kontrolleras med hjälp av Skatteverket och anbudsgivare ska (21) vara behjälpliga vid eventuella förfrågningar. Dessa kontroller kommer att fortlöpa under avtalsperioden jämte vinnande anbud.”

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Under rubriken Administrativa bestämmelser anges också följande. ”För att säkerställa lika behandling och underlätta utvärdering av anbuden bör anbudsgivaren följa dispositionen i detta förfrågningsunderlag. Anbudsgivaren ska kommentera samtliga ställda krav, även sådana som anbudsgivaren inte kan uppfylla. Om ställt krav inte kommenteras äger FI rätt att tolka detta som att kravet inte är uppfyllt.”

I förfrågningsunderlaget är samtliga skall-krav märkta med fet stil. Kravet på att kommentera samtliga ställda krav har inte markerats med fet stil. Det kan därmed inte sägas utgöra ett skall-krav enligt vilket Finansinspektionen har rätt att utesluta en leverantör. Detta följer också av att Finansinspektionen enligt samma formulering gett sig självt rätten att på egen hand skönmässigt bestämma om ett okommenterat krav uppfyller skall-kravet eller ej.

Canvisa uppfyller skall-kravet (krav nummer 21) men har uteslutits från upphandlingen för att man inte kommenterat detta krav. Det framgår inte att Finansinspektionen kräver att leverantören ska bifoga redogörelse och inte heller att något bevis ska bifogas i anbudssvaret för krav nummer 21.

I förfrågningsunderlaget har samtliga skall-krav numrerats och markerats med fet stil. Även bör-kraven har numrerats och markerats med fet stil. Totalt finns det 26 markerade och numrerade skall-krav och 10 markerade och numrerade bör-krav (förvaltningsrättens rättelse). Vissa fetmarkerade skall-krav har dock inte numrerats (se t.ex. sid. 6 i förfrågningsunderlaget).

Finansinspektionen hänvisar i sitt yttrande till att så kallade skall-krav är de villkor som måste vara uppfyllda för att få delta i en anbudsgivning såsom det anges i punkt 1.3.2 i anbudsförfrågan. Anbudsgivaren är, enligt Finansinspektionen, förpliktigad att ”på något sätt svara/kommentera kravet så att det kan anses vara uppfyllt eller inte”. Canvisa ifrågasätter hur

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

detta krav förhåller sig till det uttryckliga skall-kravet i punkt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget. Genom att skriva "Om" i punkt 1.3.1 verkar anbudsgivarna ha givits ett val att på egen hand bedöma om det finns uppgifter i anbudet som de anser omfattas av kommersiell sekretess eller inte. Canvisa menar att det är oklart hur en anbudsgivare ska göra för att uppfylla skallkravet om denne anser att det inte finns uppgifter i anbudet som omfattas av kommersiell sekretess eller hur den anbudsgivare ska göra som anser att det finns uppgifter som förvisso skulle kunna omfattas av kommersiell sekretess, men som av olika skäl inte vill begära sekretess för anbudet.

Som skall-kravet är utformat måste en anbudsgivare som inte vill sekretessbelägga sitt anbud ange de särskilda anledningar som föranleder sekretessbegäran samt bifoga en redogörelse för att kravet är uppfyllt. Samtidigt finns det enligt Finansinspektionen också ett krav på att samtliga anbudsgivare ska kommentera samtliga skall-krav även om anbudsgivaren inte uppfyller skall-kravet. Vid en utebliven kommentar "äger Finansinspektionen rätt att tolka detta som att kravet inte är uppfyllt", dvs. Finansinspektionen kan, men behöver inte, utesluta ett anbud där ett uppfyllt skall-krav inte är kommenterat. Innebörden av detta kan inte tolkas på annat sätt än att en anbudsgivare som inte kommenterar ett skall-krav ändå kan bli den utvalde leverantören eftersom Finansinspektionen i sådant fall väljer att inte tolka det okommenterade skall-kravet som att detta skall-krav inte är uppfyllt, trots att det enligt Finansinspektionen är ett skall-krav att kraven måste kommenteras.

En anbudsgivare som inte anser att det föreligger uppgifter som omfattas av kommersiell sekretess måste eller vill att det egna anbudet ska vara offentligt måste enligt skall-kravet ange de särskilda anledningar som föranleder sekretessbegäran. Detta krav ska dessutom enligt Finansinspektionen kommenteras. Kravet på kommentar torde i sådant fall betyda att efter att anbudsgivaren har uppfyllt det första skall-kravet genom att ange skälen

för sekretess ska anbudsgivaren kommentera uppfyllandet av detta krav med att ange att det inte föreligger skäl för sekretess. Dessutom synes bevis 1 avse både redogörelse för att kravet är uppfyllt avseende offentlighet och sekretess, se punkt 1.3.1 i anbudsförfrågan, och insändande av kopia på vid anbudstillfället gällande registreringsbevis, se punkt 3.1.1.

Det ska i detta sammanhang också noteras att formuleringen i punkt 2 (krav nummer 9) i förfrågningsunderlaget synes ge vid handen att Finansinspektionen förväntar sig svar från anbudsgivarna vad avser bevisen 1-18. I punkt 3.1.5 (krav nummer 21) anges inget krav på bevisning och inte heller något krav på redogörelse återfinns för detta krav, till skillnad från vad som är fallet med krav nummer 22, 23 och 24 . Det är oklart om kravet på svar i skall-krav 9 skiljer sig från kravet på redogörelse eller kravet på kommentar.

Enligt vad som framgår av Finansinspektionens yttrande gavs vissa leverantörer möjlighet att komma in med förtydligande eftersom dessa inte kommenterat ett visst skall-krav. Denna möjlighet gavs trots att det enligt Finansinspektionen var ett skall-krav att kommentera skall-kraven. Finansinspektionens inställning i denna del är svårförståelig och låter sig inte förenas med likabehandlingsprincipen. Det framgår varken av förfrågningsunderlaget eller av tilldelningsbeslutet varför vissa leverantörer givits möjlighet att komplettera sina anbud genom att komma in med kommentarer medan andra leverantörer uppenbarligen inte givits denna möjlighet. Anbudsgivarna har således inte behandlats lika. Canvisa godkände ramavtalet. Trots detta gavs inte Canvisa möjlighet att komplettera med en kommentar. Det framgår inte av tilldelningsbeslutet varför Canvisa inte gavs denna möjlighet.

Finansinspektionens upphandling strider mot LOU vad avser förfrågningsunderlagets utformning som brister i förutsägbarhet och transparens vad

gäller vilka krav som utgör skall-krav och hur dessa krav ska tolkas, se t.ex. skall-krav 1 och 21. Canvisas anbud har blivit uteslutet från vidare utvärdering för att det inte uppfyllde ett krav som inte uttryckligen angivits vara ett skall-krav och vidare har anbudsgivare vad avser utvärderingen av anbuderna beretts olika möjligheter till att komplettera sina anbud. Därigenom har Finansinspektionen agerat i strid med LOU:s principer om förutsägbarhet, transparens och likabehandling. Att som Finansinspektionen förbehålla sig rätten att efter eget skön utesluta leverantörer som uppfyllt ett av de numrerade och med fet stil markerade skall-kraven för att leverantören lämnat ett krav okommenterat (när detta ”kommenteringskrav” i sig inte är ett uttryckligt skall-krav) strider likaså mot likabehandlingsprincipen och innebär att Finansinspektionen tillägnat sig ett icke obetydligt subjektivt utrymme vid prövningen av de olika anbudsgivarna. Slutligen ska tilläggas att Finansinspektionen per telefon uppgivit att ingen leverantör har kommenterat alla ställda krav. Ändå har Finansinspektionen antagit ett anbud. Detta i sig strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Canvisa anser slutligen att konsekvensen av Finansinspektionens felskrivning i tilldelningsbeslutet är att underrättelsen måste betraktas som om den aldrig lämnats. I tilldelningsbeslutet har angivits att Canvisa inte uppfyllde krav nummer 22. Vid telefonsamtal med upphandlingsansvarig på Finansinspektionen har dock uppgivits att det är krav nummer 21 som Canvisa inte uppfyller och att tilldelningsbeslutet således innehåller en felaktig hänvisning till krav nummer 22. Det var Canvisa som per telefon kontaktede Finansinspektionen den 27 september 2010 för att efterhöra på vilket sätt som Canvisa inte hade uppfyllt krav nummer 22. Det var vid det telefonsamtalet som Finansinspektionen upptäckte att tilldelningsbeslutet var felaktigt och per telefon underrättade Canvisa om att det var krav nummer 21 som Canvisa inte hade uppfyllt.

Finansinspektionen bestrider yrkandet om ingripande enligt LOU och anför att för det fall rätten finner att upphandlingsprocessen behäftats med fel yrkar Finansinspektionen på möjlighet att vidta rättelse.

Finansinspektionen yttrar sig enligt följande. Finansinspektionen har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller i någon annan bestämmelse i nämnda lag. Samtliga EG-rättsliga principer har följts av Finansinspektionen. Finansinspektionen har vid upphandlingen och vid kvalificeringen av anbuderna behandlat leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomfört upphandlingen och kvalificeringen på ett öppet sätt. Vid upphandlingen har Finansinspektionen även iakttagit proportionalitetsprincipen. Upphandlingsprocessen har varit förutsägbar och öppen och underlaget har varit transparent. Finansinspektionens kvalificering har varit objektiv och de anbudsgivare/anbud som inte uppfyllt ställda skall-krav har inte gått vidare till utvärdering. Canvisa har inte visat att bolaget har lidit skada på grund av Finansinspektionens bedömning.

Vad gäller ställt skall-krav nummer 21 konstaterar Finansinspektionen att kvalificeringen gav vid handen att ett flertal anbudsgivare inte uppfyllde de ställda kraven. Canvisa var en av de tre anbudsgivare som inte kvalificerade sig p.g.a. att skall-krav 21 inte var uppfyllt då ingen kommentar såsom ett ja eller nej eller på annat sätt fanns att utläsa i anbudet.

I enlighet med anbudsförfrågan, punkt 1.3.2, framgår tydligt att s.k. skall-krav är de villkor som måste vara uppfyllda för att få delta i en anbudsgivning. Detta innebär att Finansinspektionen varit tydlig i anbudsförfrågan om vad som krävs för att vara med i en anbudsgivning, dvs. att samtliga kvalificeringskrav (skall-krav) måste uppfyllas för att inte uteslutas. Kravet är både uttryckt som ett skall-krav och skrivet i fet stil, anbudsgivaren mås-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

te då på något sätt svara/kommentera kravet så att det kan anses vara uppfyllt eller inte. Precis som Canvisa självt uppger så anges det i anbudsförfrågan punkt 2 att ”anbudsgivaren skall kommentera samtliga ställda krav, även sådana som anbudsgivaren in kan uppfylla. Om ställt krav inte kommenteras äger FI rätt att tolka detta som att kravet inte är uppfyllt”. Denna information är tydlig och klar. Det är i detta oväsentligt huruvida upplysningen i sig är tryckt i fet stil eller inte. Canvisa hade, liksom samtliga leverantörer, möjlighet att innan inlämning av anbudet fråga Finansinspektionen hur underlaget skulle tolkas. Finansinspektionens information om vikten av att kommentera ställda skall-krav och informationen om att skall-krav är de villkor som måste vara uppfyllda för att få delta i en anbudsgivning ger en klar och objektiv bedömning av hur anbuderna ska hanteras utifrån de krav som ställts.

Vad gäller frågan om bevis har detta enbart krävts när anbudsgivaren har haft att redovisa ett kravs uppfyllande eller inkomma med handling som styrker att kravet är uppfyllt. Beviset i sig är ingen förutsättning för förekomsten av ett skall-krav.

Samtliga skall-krav är numrerade för att underlätta för anbudsgivaren så att denne inte ska missa att kommentera något krav. Punkt 1.3.1 ”Sekretess/offentlighet i upphandlingsärenden” möjliggör för anbudsgivaren att begära sekretess för uppgifter angående känsliga affärs- och driftsförhållanden i anbudet. För det fall anbudsgivaren vill utnyttja denna möjlighet ska anbudsgivaren uppfylla skall-krav 1a.

Finansinspektionen har således tillhandahållit ett öppet och transparent förfrågningsunderlag där skall-kraven är markerade, numrerade samt där det anges följden av att inte uppfylla s.k. skall-krav. Canvisa har trots Finansinspektionens tydlighet avseende skall-kraven inte på något sätt i sitt

anbud angett att skall-kravet är uppfyllt. Finansinspektionen kan inte lägga Canvisas misstag till last.

Canvisa uppger att vissa anbudsgivare fick möjlighet att komma in med förtydligande. Finansinspektionen gav denna möjlighet till anbudsgivare som godkänt ramavtalet, som bland annat anger villkor vad gäller underleverantörer, men inte uttryckligen kommenterat skall-kravet om underleverantörer i anbudsfrågan. Finansinspektionen bedömde att anbudsgivarna uppfyllt kraven då de godkänt ramavtalet, dock fanns utrymme för att be om förtydligande. Denna möjlighet fanns inte avseende Canvisa. Vissa anbudsgivare fick möjlighet att förtydliga informationen i sina anbud. Förtydligandena avsåg kraven för "Underleverantörer och nätverk", krav 18 och 19 i förfrågningsunderlaget. Dessa krav för underleverantörer och nätverk återspeglas även i en bilaga till förfrågningsunderlaget, avtalsutkastet (de kommersiella villkoren), avsnitt 16 "Underleverantörer". Samma krav återfanns följaktligen på två ställen. Avtalsutkastet hade godkänts av anbudsgivarna genom att de har uppfyllt skall-krav 26. Det förelåg således en oklarhet i vad anbudsgivaren avsett varför Finansinspektionen bad anbudsgivarna att förtydliga kraven 18 och 19. Det skall-krav som Canvisa inte uppfyllde, skall-krav 21, återfinns endast på ett ställe i förfrågningsunderlaget. Finansinspektionen har inte funnit någon information i anbudet som påvisar att kravet är uppfyllt, varför utrymmet för att begära komplettering inte fanns.

Finansinspektionen vitsordar det faktum att det i tilldelningsbeslutet förekom en felskrivning varvid skall-krav 21 benämndes skall-krav 22. Dock hänvisar kravet till Skatteverket vilket är korrekt. Denna felskrivning måste anses vara ovidkommande vid rättens prövning. Felskrivningen var uppenbar och medförde inte några svårigheter för anbudsgivarna att tolka vad som avsågs. Canvisa anför själv att man tog kontakt med Finansinspektionen och påtalade denna uppenbara felskrivning. Denna omständighet har

varken påverkat kvalificeringen, utvärderingen, tilldelningsbeslutet eller någon annan aspekt av upphandlingsprocessen. Finansinspektionen anser att detta fel är ringa och inte kan föranleda bedömningen att Canvisa inte har underrättats om tilldelningsbeslutet.

UTREDNINGEN I MÅLET

I Anbudsförfrågan med förfrågningsunderlag anges under punkt 1.3.1 "Sekretess/offentlighet i upphandlingsärenden" bl.a. följande. "Om anbudsgivaren anser att de uppgifter som lämnats i upphandlingsärendet uppfyller vad som erfordras för kommersiell sekretess, kan anbudsgivaren skriftligen inkomma med begäran om sådan. Sådan begäran ska innehålla precisering av vilka uppgifter som avses samt vilken skada som skulle åsamkas anbudsgivaren om uppgifterna röjs. Till detta ska (1) de särskilda anledningar som föranleder sekretessbegäran anges.

*I samma bilaga punkt 1.3.2 "Ska-krav och bör-krav" anges bl.a. följande: Så kallade **ska-krav** är de villkor som måste vara uppfyllda för att få delta i en anbudsgivning. **Bör-krav** är viktiga att uppfylla då de används för att utvärdera anbudet.*

*-Bifoga redogörelse för att kravet är uppfyllt **Bevis 1**".*

I samma bilaga punkt 2 "Administrativa bestämmelser" anges bl.a. följande:

Anbudet ska (9) innehålla:

- 1. Anbudsgivares eget brev innehållande en sammanfattning av det anbudsgivaren särskilt vill framhålla i anbudet.*
- 2. Anbudsgivares svar på FI:s övriga krav **bevisen 1-18***

Vidare gäller att:

- För att säkerställa lika behandling och underlätta utvärdering av anbudet bör anbudsgivaren följa dispositionen i detta förfrågningsunderlag. Anbudsgivaren ska kommentera samtliga ställda krav, även sådana som anbudsgivaren inte kan uppfylla. Om ställt krav inte kommenteras äger FI rätt att tolka detta som att kravet inte är uppfyllt.*

I förfrågningsunderlaget anges under punkt 3.1.1 "Krav på registrering, skatter m.m." bl.a. följande:

För att styrka ovan angivna punkterna 1-3 ska (11) följande dokument fyllas i och sändas med anbudet.

- *Kopia på vid anbudstillfället gällande registreringsbevis för anbudsgivande företag, utfärdat av behörig officiell myndighet.*

Bevis 1

Ovanstående dokument, som beskriver anbudsgivarens och eventuella underleverantörs finansiella och ekonomiska ställning, tekniska förmåga och kapacitet ska läggas till anbudet eftersom det ligger till grund vid FI:s utvärderingsarbete.

FI kan vid behov komma att begära att anbudsgivaren kommer in med ytterligare uppgifter vilket anbudsgivaren då ska sända in. FI kan även komma att verifiera företagsuppgifter hos kreditvärderingsföretag. Om det vid sådan kontroll framkommer att något av kraven i punkt 1-3 ovan inte är uppfyllt kommer anbudsgivaren att uteslutas.

I förfrågningsunderlaget punkt 3.1.5 "Skatteverket" anges bl.a. följande: Som ett led i bekämpningen av ekonomisk brottslighet samarbetar FI med Skatteverket i denna upphandling, anbudsgivare kommer att kontrolleras med hjälp av skatteverket och anbudsgivare ska (21) vara behjälpliga vid eventuella förfrågningar. Dessa kontroller kommer att fortlöpa under avtalsperioden jämte vinnande anbud.

I samma bilaga punkt 3.1.6 "Personal, utbildning och kompetens": Arbetet ska (22) utföras av personal med relevant utbildning och kompetens. Alla arbetsmöten sker på svenska, goda kunskaper i det svenska språket är ett krav.

- *Bifoga redogörelse för att kravet är uppfyllt. Bevis 7*

I anbudsförfrågan punkt 7" Kommersiella villkor" anges bl.a. följande: Avtalet som kommer att tecknas ska utgöras av en huvudtext med allmänna villkor samt bilagor. Innehållet i denna huvudtext med allmänna villkor framgår av texten nedan. Anbudsgivaren ska (26) godkänna avtalet.

I de fall som anbudsgivarens egna allmänna villkor bilägges anbudet kommer FI tolka det som att de föreslagna villkoren i förfrågningsunderlaget inte accepteras i någon del.

- *Bifoga redogörelse för att kravet är uppfyllt. Bevis 18*

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 2 § andra stycket LOU (i dess lydelse innan den 15 juli 2010) tillämpas endast 15 och 16 kap. i fråga om offentlig upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster)
2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen,
3. görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget, eller
4. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.

Enligt 15 kap. 2 § andra stycket LOU (i dess lydelse innan den 15 juli 2010) tillämpas vid offentlig upphandling enligt detta kapitel även 1 kap., 2 kap., 5 kap., 11 kap. 6 §, 13 kap. och 16 kap.

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

I 15 kap. 12 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 16 kap. 2 § LOU (i dess lydelse innan den 15 juli 2010) 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 denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

I målet är fråga om en offentlig upphandling som görs genom ett förenklat förfarande. För upphandlingen, som påbörjats före den 15 juli 2010, gäller bestämmelserna i 15 kap. LOU i dess då gällande lydelse. Enligt 1 § andra

stycket i detta kapitel är även bl.a. 1 kap. 9 § LOU tillämplig vid upphandlingen.

De grundläggande principer som således ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Transparensprincipen innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav avseende det som ska upphandlas. Förfrågningsunderlaget får inte innehålla motsägelsefulla krav eller förutsättningar. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att kraven för att anse ett upphandlingsförfarande strida mot dessa principer numera måste ställas relativt högt.

Förfrågningsunderlaget

Canvisa har gjort gällande att förfrågningsunderlagets utformning brister i förutsägbarhet och transparens vad gäller vilka krav som utgör skall-krav och hur dessa krav ska tolkas. Canvisa har påpekat att samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget är märkta med fet stil, medan kravet att kommentera samtliga ställda skall-krav inte är markerat med fet stil. Canvisa har också påpekat att vissa fetmarkerade skall-krav heller inte har numrerats och slutligen att skall-kravet om sekretess synes svårt att uppfylla. Finansinspektionen har å sin sida gjort gällande att man följt alla grundläggande principer och varit tydlig i anbudsförfrågan, att det är oväsentligt om upplysningen i sig är tryckt i fet stil eller inte och att Canvisa, liksom samtliga leverantörer, hade möjlighet att innan inlämning av anbudet fråga Finansinspektionen hur underlaget skulle tolkas.

Förvaltningsrätten finner att det förhållandet att skall-kraven i förfrågningsunderlaget oftast skrivs med fetstil men ibland med vanlig stil, att numrering av skall-kraven ibland saknas och vidare att något skall-krav synes motsägelsefullt, exempelvis det om sekretess, gör att förfrågningsunderlaget inte kan sägas vara klart och tydligt. Det måste därför anses strida mot principerna i LOU. Detta har medfört att Canvisa har lidit eller kan komma att lida skada.

Kompletteringar m.m.

Canvisa har gjort gällande att Canvisas anbud har blivit uteslutet från vidare utvärdering för att det inte uppfyllde ett krav som inte uttryckligen angivits vara ett s.k. skall-krav och vidare att Finansinspektionen berett andra anbudsgivare möjlighet att komplettera sina anbud och att Finansinspektionen därigenom har agerat i strid med LOU:s principer om förutsägbarhet, transparens och likabehandling. Canvisa har även ansett att det förhål-

landet att Finansinspektionen har förbehållit sig rätten att efter eget skön utesluta leverantörer som uppfyllt ett av de numrerade och med fet stil markerade skall-kraven för att leverantören lämnat ett krav okommenterat (när detta ”kommenteringskrav” i sig inte är ett uttryckligt skall-krav) strider mot likabehandlingsprincipen och innebär att Finansinspektionen tillägnat sig ett icke obetydligt subjektivt utrymme vid prövningen av de olika anbudsgivarna. Canvisa har slutligen gjort gällande att ingen av anbudsgivarna har uppfyllt samtliga skall-krav. Finansinspektionen å sin sida har ansett att man följt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU vid kvalificeringen och varit objektiv och då funnit att de anbudsgivare/anbud som inte uppfyllt ställda skall-krav inte har gått vidare till utvärdering, dock att anbudsgivare som godkänt ramavtalet men inte uppfyllt skallkravet om underleverantörer fått möjlighet att förtydliga informationen i sina anbud eftersom samma skall-krav återfanns på två ställen.

Den väsentliga frågan i denna del är om Finansinspektionen gett vissa anbudsgivare möjlighet att komplettera sina anbud medan andra inte fått den möjligheten. Finansinspektionen har gett en förklaring till vad som skett. Då Canvisa inte har visat genom något konkret exempel på otillåten komplettering finner förvaltningsrätten inte visat detta strider mot principerna i LOU.

Felskrivningen i tilldelningsbeslutet

Canvisa har hävdats att konsekvensen av Finansinspektionens felskrivning i tilldelningsbeslutet är att underrättelsen måste betraktas som om den aldrig lämnats. Canvisa anför i huvudsak följande. Det var Canvisa som per telefon kontaktade Finansinspektionen och underrättade Finansinspektionen om felskrivningen. Finansinspektionen anför att detta fel är ringa och inte kan föranleda bedömningen att Canvisa inte har underrättats om tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten finner att felskrivningen inte kan innebära

att underrättelse om tilldelningsbeslut inte är att anse som lämnad. Finansinspektionen får anses ha lämnat erforderlig underrättelse.

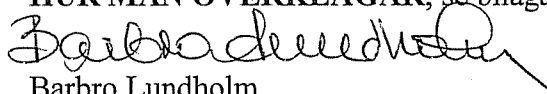
Val av ingripande

Förvaltningsrätten har funnit att förfrågningsunderlaget varit oklart och otydligt och att det därför strider mot de grundläggande principerna i LOU och att Canvisa har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten kan, oavsett hur part utformar sitt yrkande i upphandlingsprocessen, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Parten disponerar således inte över vilken åtgärd som slutligen blir aktuell för det fall en ansökan om ingripande enligt LOU bifalles. Fråga i målet blir således huruvida upphandlingen ska göras om eller om det är tillräckligt att enbart vidta rättelse.

Vid bedömningen av vilken åtgärd som bör tillgripas gäller vidare att mer ingripande åtgärder än vad som är nödvändigt inte bör vidtas. Om ett fel hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet och därmed påverkat leverantörers förutsättningar för att lämna eller utforma sina anbud talar detta för att upphandlingen bör göras om. Om felet i stället hänför sig till leverantörskvalificeringen eller anbudsutvärderingen torde emellertid rättelse ofta vara en tillräcklig åtgärd. Mot bakgrund av att förfrågningsunderlaget enligt förvaltningsrätten inte uppfyller kravet på transparens finner förvaltningsrätten att rättelse inte kan ske. Ansökan om överprövning ska därför bifallas och upphandlingen göras om.

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


Barbro Lundholm
Rådman

Föredragande har varit Charlotte Welwert.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU