



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2014-05-30
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25863-13
Enhet 17

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Cygate AB, 556549-8952
Box 6084
171 06 Solna

Ombud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

St Erik Kommunikation AB, 556738-9951
c/o Stockholms stad
Stadshuset
105 35 Stockholm

Ombud: stadsadvokaten Eva Granbohm
Stadsledningskontorets
juridiska avdelning
105 35 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2014-06-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 486057

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Ekonomistyrningsverket har genom S:t Erik kommunikation (S:t Erik) genomfört en upphandling av drift- och installationstjänster samt produkter för datakommunikationsnät (beteckning 125-244/2012). Upphandlingen genomfördes genom ett selektivt förfarande och syftet var att teckna avtal med en leverantör, varav ett ramavtal. Av fem leverantörer bjöds Cygate AB (bolaget) och TDC Sverige AB (TDC) in att lämna anbud. Vid genomgången av anbuden framkom att inget av dessa uppfyllde samtliga ska-krav som S:t Erik ställt upp. Mot bakgrund av att det inte gick att fullfölja upphandlingen bestämdes att man skulle övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Bolaget och TDC bjöds in till förhandlingsmöten. Efter anbudsutvärderingen antogs TDC:s anbud med antagningsgrund det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att TDC:s anbud ska diskvalificeras och att bolaget i stället ska tilldelas kontrakt. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Grunden för rättelse är att TDC inte uppfyller samtliga ska-krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Eftersom bolagets anbud uppfyller alla ska-krav ska bolaget istället tilldelas kontrakt. Grunder för yrkandet om att upphandlingen ska göras om är att förutsättningarna för att övergå till förhandlat förfarande inte var uppfyllda, beställaren har frångått ett av sina ska-krav och utvärderingsmodellen strider mot 12 kap. 1 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU på grund av den inte är ägnad till att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kan antas.

TDC uppfyller inte ska-kravet på kompatibilitet gällande offererad supervismodul i bilaga 2B och har brister i uppfyllande av andra ska-krav i sitt

anbud, t.ex. gällande krav på corenoder, fyra-portars 40 GE modul till befintlig utrustning.

Krav på kompatibilitet i bilaga 2B (ska-krav)

Det uppställs i kravspecifikationen ett krav på kompatibilitet som avser allt som efterfrågas i hela bilagan 2B. Det framgår att de aktiva nätverksprodukter som kopplas in till nätet ska vara kompatibla med det befintliga nätverket och de tjänster som används av stadens verksamheter. Bilagan innehåller också ett krav på den supervismodul som ska levereras (punkten 7.3). Det är ett krav på kapacitet och att modulen fysiskt storleksmässigt ska passa i de chassin som Stockholms stad redan har. Bolaget har ställt en fråga till St. Erik med anledning av kravet, vilken tillsammans med St. Eriks svar finns med i förfrågningsunderlaget. St. Erik har svarat att man är medveten om att kapacitetskravet gällande supervismodulen för närvarande inte kan uppnås med befintliga chassin. Beställaren anger alltså att kraven som ställts upp i förfrågningsunderlaget inte är förenliga, dvs. det är inte möjligt att offerera en supervismodul som uppfyller samtliga krav. Beställaren anger att kapacitetskravet utgår.

Utvärderingsmodellen

Den utvärderingsmodell som tillämpats i upphandlingen är inte ägnad till att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och står därför i strid med 12 kap. 1 § LOU. Enligt förfrågningsunderlagets huvuddokument Anbudsutvärdering (punkten 3.5) ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas med hänsyn till parametrarna pris och servicegrad. Av beskrivningen framgår att med servicegrad avses "Antal otillåtna avbrott per kvartal" (punkten 3.5.2). Någon utvärdering av leverantörernas servicegrad görs inte, utan leverantörerna anger själva i sitt anbud vilket poäng man vill ha i utvärderingen genom att ange det maximala otillåtna avbrott per kvartal man åtar sig. Det är alltså inte fråga om någon utvärderingskriterium utan ett åtagande som leverantörerna gör i form av ett kon-

traktsvillkor. Eftersom servicegrad genom det inte utvärderas i upphandlingen så är tilldelningskriteriet lägsta pris, vilket är en annan utvärderingsmodell än den som anges i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsmodellen kan ha inverkan i upphandlingens konkurrensuppsökande skede och det finns även genom detta grund för att förordna om att upphandlingen ska göras om. Bolaget riskerar att lida skada genom att gå miste om möjlighet till försäljning och det uppgår till omfattande belopp.

S:t Erik bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. S:t Erik har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU och förfrågningsunderlaget uppfyller kraven på transparens och likabehandling. Anbudet har utvärderats enligt de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget och anbud och anbudsgivare har behandlats lika. Varken kvalificeringen eller förfarandet i övrigt har skett i strid med LOU.

Krav på kompatibilitet i bilaga 2B (ska-krav)

I S:t Eriks svar på bolagets fråga angående detta krav förtydligades att de specifika kraven på produkten supervisormodul kvarstår, dvs. kravet på kapacitet och kravet på att modulen rent fysiskt ska passa i befintliga chassin. Samtidigt förklarar S:t Erik att man är medveten om att supervisormodulens kapacitet inte kommer att kunna utnyttjas fullt ut när den placeras i det befintliga chassit. Detta framgår av S:t Eriks svar till bolaget. Svaret innebär inte att kravet på kapaciteten beträffande supervisormodulen frångåtts. Skälet till att man ställt krav på kapacitet som inte kommer att kunna utnyttjas fullt ut är att när den monteras i chassit är att chassin och moduler över tid kan komma att ersättas och kompletteras. Den supervisormodul TDC offererade uppfyller kompatibilitetskravet och är för övrigt samma produkt som bolaget erbjöd efter övergången till förhandlat förfarande.

Utvärderingsmodellen

Bolaget gör gällande att utvärderingsmodellen innebär att tilldelningsgrunden inte är det ekonomiskt mest fördelaktiga priset utan lägsta pris på grund av att det är anbudsgivaren själv som ska ange servicenivå och att denna därför inte utvärderas. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas (12 kap. 1 § LOU). Den upphandlande myndigheten ska på ett transparent och förutsebart sätt ange vilka kriterier som kommer att tillmätas betydelse samt deras inbördes vikt vid bedömningen av det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Att det är anbudsgivaren själv som anger vilken servicenivå som erbjuds innebär inte att det skulle vara fråga om ett utvärderingskriterium. Det framgår också av LOU att utvärdering kan avse erbjudanden föreslagna av anbudsgivaren. Som exempel anges att leveranstid, som utgör ett av de grundläggande kontraktsvillkoren, kan utgöra ett tilldelningskriterium. Att de utfästelser leverantören lämnar i sitt förslag till servicegrad kommer att innefattas i det kontrakt som tecknas med utvald leverantör utgör en självklarhet för att säkerställa att de omständigheter som avgjorde valet av anbud också kommer att förverkligas. En anbudsgivare kan anpassa sitt pris till vilken servicegrad som erbjuds. Den utvärderingsmodell som tillämpats motsvarar därför de krav som ställs upp i LOU.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

I målet aktuella bestämmelser

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 principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 4 kap. 2 § framgår att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas om de anbud som lämnats vid ett selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till t.ex. vad som föreskrivs om

tilldelning av kontrakt i 12 kap (punkten h). Detta får bara ske om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandling ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav vad gäller det som upphandlas. Uppställda krav får inte frångås och utvärderingen av inkomna anbud ska ske i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det med anledning av vad sökanden har anfört i målet finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kunnat komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Frågan är om förutsättningar fanns för S:t Erik att övergå till ett förhandlat förfarande i upphandlingen och i så fall om villkoren väsentligen förändrats på ett otillåtet sätt enligt upphandlingsrättsliga regler. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att anledningen till att S:t Erik beslutade om att övergå till förhandlat förfarande var att ingen av de leverantörer som valts ut att lämna anbud uppfyllde alla uppställda ska-krav i sina anbud.

Rättelse

Bolaget har till stöd för sin talan anfört att TDC inte uppfyller alla ska-krav som ställts upp och att bolaget därför bör tilldelas kontrakt i upphandlingen. S:t Erik har å sin sida anfört att anledningen till att man övergick till ett förhandlat förfarande var att ingen av anbudsgivarna uppfyllde alla ska-

kraven. Förvaltningsrätten ska därför i första hand ta ställning till om bolaget uppfyller alla ska-krav. Bolaget har till stöd för att man uppfyller alla uppställda ska-krav hänvisat till kravet på supervisörmodulens kapacitet och att S:t Eriks svar på en fråga som ställdes angående denna kapacitet visar på att S:t Erik frångått ska-kravet och att bolaget då offererat en produkt som hade den kapacitet man upplevde att S:t Erik efterfrågade. Några andra argument angående att bolaget ska anses uppfylla samtliga ska-krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget har inte anförts. Förvaltningsrätten bedömer att vad bolaget anført i den delen inte ger tillräckligt stöd för att S:t Erik frångått ett uppställt ska-krav eller att bolagets anbud uppfyller detta krav. Det finns därför på den grunden inte skäl för att förordna om att upphandlingen ska rättas och bolaget tilldelas kontrakt.

Mot bakgrund av att förvaltningsrätten bedömer att S:t Erik genom övergången från selektivt till förhandlat förfarande inte handlat i strid med några bestämmelser i LOU eller gemenskapsrätten finns inte anledning för domstolen att pröva om de justeringar och ändringar som TDC gjort inom ramen för förhandlingen ska anses utgöra sådana väsentliga förändringar som är otillåtna kompletteringar enligt 9 kap. 8 § LOU.

Utvärderingsmodellen


Bolaget har även anmärkt mot S:t Eriks utvärderingsmodell och anført att den inte är ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och därför strider mot 12 kap. 1 § LOU. Bolaget har anført att grunden är att det inte sker någon utvärdering av parametern "servicegrad" utan att det är leverantörerna själva som själva anger vilket antal maximala otillåtna avbrott per kvartal man åtar sig och det är därför inte fråga om ett utvärderingskriterium utan ett åtagande som leverantörerna gör i form av ett kommande kontraktsvillkor. S:t Erik har anført att den omständigheten att anbudsgivaren själv anger vilken servicenivå som erbjuds inte innebär att det skulle vara fråga om ett utvärderingskriterium. Leveranstid kan t.ex.

utgöra ett tilldelningskriterium. Förvaltningsrätten bedömer att vad bolaget har anfört i denna del inte ger vid handen att den omständigheten att leverantörerna själva får ange vilken frekvens av otillåtna avbrott de kan åta sig inte kan anses visa att utvärderingsmodellen brister i transparens och därmed står i strid med LOU.

Sammantaget bedömer förvaltningsrätten att bolaget inte förmått påvisa att S:t Erik i upphandlingen handlat på ett sätt som strider mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller att gemenskapsrätten träffs för när. Mot bakgrund av det anförda finns inte anledning för förvaltningsrätten att särskilt bemöta bolagets invändningar att det inte varit fråga om ett förhandlat förfarande och att S:t Erik godtagit otillåtna kompletteringar eller att villkoren för förhandlingen väsentligen förändrats. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU)



Magnus Åhammar

Rådman

Johanna Segerheim har föredragit målet.



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. 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.

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions.

2. It also highlights the need for regular audits to ensure the integrity of the financial data.