



KLAGANDE

Cygate AB, 556549-8952

Ombud:

Advokaten Pernilla Norman

Box 27707

115 91 Stockholm

MOTPART

S:t Erik Kommunikation AB, 556738-9951

Ombud:

Stadsadvokaten Eva Granbohm

Stadsledningskontorets juridiska avdelning

105 35 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

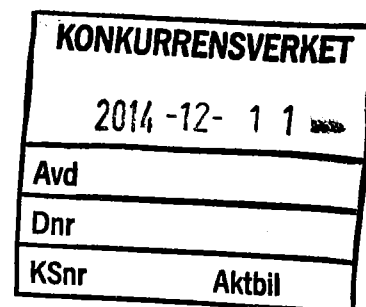
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 maj 2014
i mål nr 25863-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.



YRKANDEN M.M.

Cygate AB (bolaget) yrkar att kammarrätten i första hand förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtas och i andra hand att kammarrätten förordnar att upphandlingen görs om. Som grund för överklagandet har bolaget anfört att S:t Erik Kommunikation AB har handlat i strid med de i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) stadgade grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, brutit mot 4 kap. 5 § LOU och 9 kap. 8 § LOU samt genom den utvärderingsmodell som har använts handlat i strid med 12 kap. 1 § LOU.

S:t Erik Kommunikation AB (S:t Erik) anser att överklagandet ska avslås.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget för fram bl.a. följande till stöd för sin talan.

Krav

S:t Erik har hanterat bolagets anbud såsom det inte skulle uppfylla samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav, trots att anbudet uppfyller samtliga krav. Samtidigt har S:t Erik underlåtit att diskvalificera anbudet från anbudsgivaren TDC trots att detta anbud inte uppfyller samtliga uppställda ska-krav. För det fall det kan anses föreligga någon otydlighet avseende ska-kravets utformning eller innebörd, bär S:t Erik ansvaret för denna och otydligheten får inte tolkas eller tillämpas till nackdel för en enskild anbudsgivare.

S:t Eriks påstående att bolaget inte skulle uppfylla ska-kravet avseende kapacitet är direkt oriktigt. I det förfrågningsunderlag som ursprungligen gick ut fanns krav på att anbudsgivarna skulle offerera en supervisormodul till stadens befintliga corenoder. Förutom kravet på kompatibilitet med

corenodernas befintliga bestyckning, uppställdes ytterligare krav på supervisormodulerna. Dessa krav är emellertid inte tekniskt förenliga eftersom det inte finns någon produkt på marknaden som kan leva upp till samtliga krav samtidigt. Detta påpekades för S:t Erik i en fråga inom förfarandet frågor och svar i upphandlingen. S:t Erik uppgav i svar att man var medveten om att de olika tekniska kraven inte går att förena och att man frånfull kravet på viss kapacitet. Det var åtminstone så bolaget tolkade svaret. Eftersom frågor och svar utgör en del av en upphandlings förfrågningsunderlag valde bolaget att offerera den supervisormodul som fungerar med stadens befintliga nätverk och som därmed uppfyller kravet på kompatibilitet.

Det strider mot proportionalitetsprincipen att i en upphandling uppställa ett ska-krav som inte är möjligt att uppfylla. Att se till att de ska-krav som uppställs i en upphandling är proportionerliga och tekniskt möjliga att uppfylla utgör en del av den förberedelse som varje upphandling inleds med. För det fall en upphandlande myndighet har ett behov som inte är möjligt att tillfredsställa har myndigheten två alternativa handlingsvägar. Antingen kan myndigheten omvärdera sitt behov eller så kan myndigheten upphandla ett utvecklingsprojekt. Några andra alternativ finns inte.

Det finns två supervisormoduler som kan komma i fråga i upphandlingen. Den ena modulen är Supervisor Engine 2 T. Den modulen fungerar inte tillsammans med den utrustning som sedan tidigare finns i stadens nät. Supervisor Engine 2 T uppfyller alltså inte det i upphandlingen grundläggande kravet på kompatibilitet. Eftersom TDC har offererat Supervisor Engine 2 T fungerar TDC:s lösning inte med det nätverk som sedan tidigare finns i staden och uppfyller därmed inte i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav. Den andra modulen är Supervisor Engine 720, vilken fungerar med stadens befintliga utrustning men har lägre kapacitet.

Förutom att ha offererat en supervisormodul som inte uppfyller uppställda ska-krav på kompatibilitet med befintlig utrustning, brister TDC:s anbud i

ska-kravuppfyllelse även i andra delar. TDC har i sitt anbud inte angett kravet på optiska moduler inkluderat i 4-portars 40 GE modul. TDC har därmed inte offererat optiska moduler för kommunikation över singlemode fiber upp till 10 km på sätt som anges i kravspecifikationen. TDC har i sitt anbud helt utelämnat detta krav. Vad avser distributionsnoderna brister TDC:s anbud avseende ska-kravet kompatibilitet med befintlig utrustning avseende två separata moduler. Såsom distributionsnoderna i stadens nätverk är bestyckade är två av de moduler som TDC offererat inte kompatibla och kommer inte att fungera. Slutligen uppfyller TDC:s anbud inte ska-kravet på kompatibilitet med befintlig utrustning gällande kravet på 48-portars Gigabit SFP modul i corenoderna. Även här har TDC offererat en modul som inte fungerar med den utrustning som finns i stadens corenoder. Var och en av dessa brister ska rätteligen medföra att TDC:s anbud diskvalificeras och inte tas med till utvärdering.

S:t Eriks agerande att diskvalificera bolagets anbud som faktiskt uppfyller samtliga ska-krav samtidigt som man godtar anbudet från TDC som inte uppfyller en rad uppställda ska-krav strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet, likabehandling och proportionalitet.

Upphandlingsförfarande

S:t Erik har handlat i strid med LOU:s regler genom att övergå till förhandlad upphandling trots att förutsättningarna för detta enligt 4 kap. 5 § LOU inte var för handen. Rätteligen ska S:t Erik slutföra upphandlingen utan att beakta vad som förevarit i samband med förhandlingstillfällena.

Av 4 kap. 5 § första stycket punkten 1 LOU framgår att förutsättningen för att övergå till förhandlat upphandlingsförfarande är att det saknas lämpliga anbud. Det kan därmed aldrig vara fråga om en situation där inget av de inkomna anbuden uppfyller samtliga ställda ska-krav. För att övergå till förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering enligt

4 kap. 2 § första stycket 1 LOU när det endast har lämnats ogiltiga anbud krävs att samtliga anbud är ogiltiga. 4 kap. 2 § LOU kan inte heller vara tillämpligt i den aktuella upphandlingen eftersom denna fordrar att övergången till förhandlad upphandling annonseras. Detta har inte skett. Förvaltningsrätten har i sin dom hänvisat till fel lagrum och därtill i återgivandet av lagtexten tagit några ord från vardera stadgande vilket lett till att texten i domen inte motsvarar lagtexten.

Bolagets anbud är det enda anbudet i upphandlingen som uppfyller samtliga ska-krav. Därmed saknas grund enligt LOU att övergå till förhandlad upphandling. Under alla omständigheter är det aldrig möjligt att inbjuda också anbudsgivare som inte uppfyller samtliga ska-krav till förhandlingen. För det fall kammarrätten anser att det förelåg skäl för S:t Erik att övergå till förhandlad upphandling, skulle rätteligen förhandling ha genomförts endast med bolaget.

Det är inte heller tillåtet att i förhandlingar frångå eller modifiera ska-krav som uppställs i upphandlingen. EU-domstolen har i målet C-561/12 Nordecon AS, Ramboll Eesti mot Rahanduministeerium slagit fast att i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav inte får frångås eller ändras i förhandling. I detta fall innebär det att S:t Erik inte i förhandlingen kan acceptera en lösning där Supervisor Engine 2 T offereras, eftersom det innebär att ska-kravet på kompatibilitet med stadens befintliga nät skulle frångås. Eftersom TDC:s anbud brister i ska-kravuppfyllelse på fem självständiga punkter, kan detta inte "hanteras" genom förhandling. Det framgår av förhandlingsprotokollet att TDC inte har förändrat sin lösning på någon av de fem punkterna. Därmed kan konstateras att TDC:s lösning brister i ska-kravuppfyllelse även efter förhandling och således inte kan antas.

S:t Erik har tillåtit anbudsgivaren TDC att komplettera sitt anbud på ett sätt som strider mot 9 kap. 8 § LOU. Som exempel kan nämnas att TDC har frångått sin reservation avseende tidplanen, bytt ut offererad produkt för access/kombo-switch liten och bytt ut offererade produkter för access/

kombo fiber 12 och 24 portar. Samtliga dessa kompletteringar avser punkter där TDC:s anbud före kompletteringen inte uppfyllde i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav. Kompletteringen innebär alltså att TDC har tillåtits förändra sitt anbud i väsentligt hänseende i strid med 9 kap. 8 § LOU. Eftersom kompletteringen inte är tillåten enligt LOU ska upphandlingen i första hand avslutas utan att S:t Erik tillmäter kompletteringen någon betydelse, i andra hand ska upphandlingen göras om. Även efter kompletteringarna brister TDC:s anbud i ska-kravuppfyllelse på de fem punkter som tidigare angetts.

Utvärderingsmodell

Den utvärderingsmodell som S:t Erik har använt i upphandlingen är inte ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och strider därmed mot 12 kap. 1 § LOU.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas baserat på de omständigheter som anges i förfrågningsunderlaget. Anbud ska därvid tilldelas efter uppfyllelsegrad av tilldelningskriterierna. Utvärderingen utgör en väsentlig del av en upphandling där den upphandlande myndigheten har att värdera (utvärdera) i vilken omfattning anbuden uppnår angivna tilldelningskriterium. Att anbudsgivarna själva sätter poäng på sina egna anbud, förefaller kullkasta den grundläggande idén med utvärdering. Något utrymme för en sådan hantering som fråntar den upphandlande myndigheten såväl uppgiften som ansvaret för den bedömning (utvärdering) som man enligt LOU har att göra finns inte i lagen.

Övrigt

Bolaget har i målet åberopat muntlig bevisning. Genom att avslå bolagets yrkande om muntlig förhandling, utan att ge bolaget möjlighet att bemöta S:t Eriks yttrande i den delen, har förvaltningsrätten underlåtit att pröva målet i dess samtliga delar. Förvaltningsrättens handlande i denna del strider

såväl mot bestämmelsen i 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) om domstolens skyldighet att tillse att målet blir erforderligt utrett som mot artikel 6.1 i Europakonventionen.

S:t Eriks agerande i strid med LOU riskerar att leda till att bolaget lider skada, för det fall S:t Eriks tilldelningsbeslut står sig. Bolaget hänvisar i denna del till vad som anförts i förvaltningsrätten.

S:t Erik uppger bl.a. följande.

Krav och upphandlingsförfarande

Det är inte riktigt att bolaget uppfyllde samtliga krav. Bolaget erbjöd en nätverksprodukt som inte uppfyllde det uppställda kapacitetskravet för "supervisormodulen". Kravet på produkten var att den skulle ha kapacitet att klara minst IPv4-routing 700 Mpps eller IPv6-routing 360 Mpps. Bolagets erbjudna produkt hade kapacitet att klara 450 Mpps respektive 225 Mpps, dvs. lägre kapacitet. Det är uppenbart att bolaget inte uppfyllde detta ska-krav avseende supervisormodulen.

S:t Erik har inte genom sitt svar på publik fråga frångått ovannämnda kapacitetskrav på supervisormodulen. S:t Erik har tvärtom i svaret poängterat att kravet gäller supervisormodulen. Såväl bolagets som TDC:s anbud brast i ska-kravuppfyllelse. Istället för att förkasta både anbuden övergick S:t Erik till att förhandla med båda anbudsgivarna i syfte att anpassa anbuden till de ställda kraven.

Förhandlingen genomfördes på ett transparent sätt och med iakttagande av kravet på förutsebarhet och likabehandling. Inga krav frångicks under förhandlingarna och inga otillåtna kompletteringar förekom. Som nämnts var syftet med förhandlingen att anpassa de båda anbuden till de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Att förhandlingen därvid ledde till förändringar i anbuden är naturligt och själva avsikten med förhandlingen. Om

några förändringar inte behöver göras skulle det inte heller finnas något behov av att hålla någon förhandling.

Båda anbudsgivare anpassade vid förhandlingen sina anbud till de uppställda kraven i samma utsträckning. Som exempel ändrade bolaget sitt anbud vad gäller supervisormodulen och erbjöd en helt annan produkt. Vidare förtydligade båda anbudsgivarna på fråga från S:t Erik att införandeprojektet skulle komma att levereras enligt den milstolpeplan som finns i förfrågningsunderlaget, vilket framgår av protokollen från förhandlingarna.

I inbjudan till förhandlingarna fick båda anbudsgivarna en detaljerad agenda med de punkter som förhandlingen skulle omfatta. Förhandlingen var därmed klart och tydligt avgränsad i förväg. Protokoll fördes vid förhandlingarna och protokollen granskades i lugn och ro och godkändes av respektive part. Av protokollen framgår S:t Erik inte har frångått några krav i förfrågningsunderlaget. S:t Erik har iakttagit lagens krav på förutsebarhet, transparens och likabehandling vid förhandlingarna.

Utvärderingsmodell

Vad gäller utvärderingsmodellen är en användning av mervärden inte oförenligt med LOU så länge de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling iakttas. Användande av mervärden i utvärdering innebär inte att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte är tilldelningsgrund. Inte heller gör det faktum att det är anbudsgivaren själv som anger vilket mervärde i förhållande till grundnivån för antalet otillåtna avbrott som anbudsgivaren åtar sig att det strider mot 12 kap. 1 § LOU. Det är förutsatt i nämnda lagrum att åtagande om leveranstid och kvalitet kan vara utvärderingskriterier. Att åtagandet även kommer att utgöra avtalsvillkor förändrar inte detta faktum.

Utvärderingskriteriet i den aktuella upphandlingen är utformat på ett förutsebart och transparent sätt och det har en direkt koppling till upphandlings-

föremålet. Anbudsgivarna fick själva ange vilka åtaganden de var beredda att göra vad gäller servicegrad. Hur detta skulle värderas framgick tydligt. Utvärderingsmodellen uppfyller således lagens krav på förutsebarhet, transparens, likabehandling och proportionalitet.

Enligt 16 kap. 6 § LOU krävs det för ett ingripande att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada av det påstådda felet. Bolaget har inte lidit någon skada på grund av utvärderingsmodellen. Bolaget och TDC gjorde samma åtagande vad gäller antalet otillåtna avbrott och fick därför samma poäng. Vidare var bolagets anbudspris innan tillägg för mervärde högre än TDC:s anbudspris. Det innebär att även om det aktuella utvärderingskriteriet inte funnits och utvärderingsgrunden hade varit lägsta pris skulle bolaget ändå inte ha kommit i fråga för tilldelning av kontraktet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Krav och val av upphandlingsförfarande

Av 4 kap. 2 § första stycket 1 LOU framgår att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i punkterna a–h. I andra stycket anges att detta gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

Enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

S:t Erik har beslutat att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU. Detta med hänvisning till att prövningen av anbuden vid det selektiva förfarandet visat att inga av de inkomna anbuden uppfyllde samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda krav. Enligt S:t Erik hade därför inga lämpliga anbud lämnats i upphandlingen.

Bolaget har gjort gällande att bolagets anbud, till skillnad mot TDC:s anbud, uppfyllde samtliga av S:t Erik uppställda obligatoriska krav. Skälet för detta anges vara att S:t Erik på bolagets fråga om kapacitetskravet gäller supervisormodulen eller chassit inklusive supervisormodulen och övriga ingående komponenter har svarat att ”kapacitetskravet endast gäller supervisormodulen och S:t Erik är medvetet om att denna kapacitet för närvarande inte kan uppnås med befintliga chassin”.

Kammarrätten anser inte att S:t Eriks svar på den aktuella frågan kan tolkas på det sätt som bolaget gör gällande och anser därmed, i likhet med förvaltningsrätten och så som S:t Erik uttryckligen anfört, att inget av de anbud som lämnades i det selektiva förfarandet uppfyllde samtliga i förfrågningsunderlaget obligatoriska kraven. S:t Erik har således korrekt bedömt att bolagets anbud inte uppfyllde samtliga krav och grund för ingripande med anledning av det som bolaget anfört i detta avseende saknas.

Bolaget har också fört fram att en förutsättning för att övergå till förhandlat upphandlingsförfarande enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU är att det saknas lämpliga anbud och att detta aldrig kan komma i fråga i en situation där inget av de inkomna anbuden uppfyller samtliga ska-krav.

Kammarrätten konstaterar att det i LOU görs skillnad mellan ogiltiga anbud och anbud som inte är lämpliga. I doktrinen framhålls att

skillnaden är av avgörande betydelse eftersom ogiltiga anbud har en annan rättsföljd än olämpliga anbud. Ett anbud kan vara olämpligt om det exempelvis är för dyrt eller omfattar ett olämpligt alternativt utförande. Även ett anbudspris som är onormalt lågt kan vara olämpligt. Att ett anbud inte är lämpligt, innebär inte att det på rent formella grunder är ogiltigt. Med ogiltiga anbud avses bl.a. anbud som inte motsvarar förfrågningsunderlaget eller anbud som inte klarar uppställda kvalificeringskrav eller diskvalifikationsgrunder (se Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 148 och 163).

Som konstaterats ovan har S:t Erik beslutat att använda förhandlat förfarande med anledning av att varken bolaget eller TDC uppfyllde samtliga i förfrågningsunderlaget ställda obligatoriska krav. Det var därför enligt kammarrättens mening fråga om att det i upphandlingen endast lämnats ogiltiga anbud (jfr även Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 juli 2014 i mål nr 522-14). Eftersom bestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU om förhandlat förfarande utan föregående annonsering avser olämpliga anbud har denna inte varit tillämplig.

Oavsett om S:t Erik, genom att använda förhandlat förfarande trots att förutsättningarna enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU inte har varit uppfyllda, har förfarit i strid med lagstiftningen krävs det emellertid, för att kammarrätten ska ingripa mot upphandlingen, i enlighet 16 kap. 6 § LOU att bolaget visat att man har lidit eller kan komma att lida skada av bristerna. Bolaget har i detta avseende inte klargjort på vilket sätt det felaktiga valet av förfarande har medfört skada eller risk för skada för bolaget. S:t Erik har uppgett att både bolaget och TDC vid förhandlingen fick tillfälle att anpassa sina anbud till de krav S:t Erik ställt på produkterna, att såväl bolaget som TDC anpassade sina anbud till de uppställda kraven i samma utsträckning samt att S:t Erik inte frångått några krav i förfrågningsunderlaget. I målet har inte framkommit att S:t Erik vid förhandlingen gynnat eller missgynnat någon av anbuds-


givarna och bolagets anbud har utvärderats. Det ligger således inte heller i sakens natur att sådan skada uppkommit eller kan uppkomma. Kammar-rätten anser mot den bakgrunden att det, trots nämnda brist vid val av förfarande, inte finns skäl att ingripa mot upphandlingen.

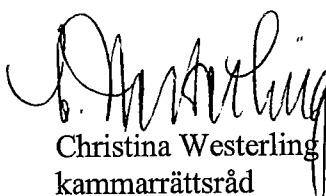
Utvärderingsmodellen m.m.


I likhet med förvaltningsrätten anser kammarrätten att utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt utformad. Några omständigheter som tyder på att tillämpningen av kriterierna skett utan iakttagande av de grundläggande principerna har inte framkommit i målet. S:t Erik har således inte heller på den grunden brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sätt som gjort att bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

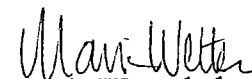
Avslutningsvis anser kammarrätten att det som bolaget har anfört i övrigt inte utgör skäl för ingripande mot upphandlingen. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Mikael Åberg
kammarrättsråd
ordförande


Christina Westerling
kammarrättsråd


Anette Briheim Fällman
kammarrättsråd
referent


Maria Wetterholm
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2014-05-30
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25863-13
Enhet 17

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.

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 kompetens gällande offererad supervismodul i bilaga 2B och har brister i uppfyllande av andra ska-krav i sitt

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

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 kravspezifikationen 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-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

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

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

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-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

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 supervisormodulens 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 trätts 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.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.