



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-03-15
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 900-12
 Enhet 13

SÖKANDE

Logica Sverige AB, 556337-2191
 Augustendalsvägen 11
 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
 115 88 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-03-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Logica Sverige AB:s ansökan om överprövning och förordnar att avropsförfarandet under Kammarkollegiets ramavtal för IT-drift 2010 (dnr 93-96-09) får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs där anbudet från EDB Business Partner Sverige AB inte ska beaktas.

Dok.Id 210222

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

ANSÖKAN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför ett avropsförfarande under Kammarkollegiets ramavtal för IT-drift 2010 (dnr 93-96-09). I tilldelningsbeslut skickat till anbudsgivarna via e-mail och fax den 4 januari 2012 beslutade FMV att anta anbud från EDB Business Partner Sverige AB (EDB).

Logica Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning och anger att EDB:s anbud avseende avropsförfrågans punkt 2.4.5 inte har uppfyllt det skall-krav vilket uppställts i avsnittets inledande punkt 2.4 Serviceobjekt. Bolaget yrkar att EDB:s anbud ska ogiltigförklaras och att bolagets anbud därefter ska antas eftersom bolagets anbud tilldelats högst poäng när antaget anbud inte är giltigt.

FMV har yrkat att bolagets ansökan ska avvisas och har anfört att ansökan inte är att betrakta såsom giltig eftersom den saknat underskrift alternativt underskrift av behörig firmatecknare/företrädare, och inte heller innehållit någon form av behörighetshandlingar, och därmed inte uppfyller nödvändiga formella krav. Som alternativt avvisningsgrund har anförts att ansökan inte kommit in i rätt tid.

Förvaltningsrätten har i beslut den 25 januari 2012 avslagit FMV:s yrkande om att ansökan ska avvisas.

PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

Till stöd för ansökan anför **bolaget** bl.a. följande. Genom att anta anbud som inte har uppfyllt samtliga skall-krav har FMV brutit mot LOU vilket har inneburit att bolaget på felaktiga grunder inte har blivit vald som leverantör.

I Bilaga 3.4 Kravspecifikation Kommunikation anges följande:

2.4 Serviceobjekt

Leverantören **skall** i sitt erbjudande använda de olika typer av serviceobjekt som beskrivs i bilaga Underbilaga 3.4.1 – Tjänstebeskrivning Kommunikation 1.2 i bilaga Tjänstebeskrivning. Leverantören **skall** nedan tydligt beskriva alla offererade serviceobjekt som Leverantören använder i Tjänsterna, men inte tar över från FMV, med tekniska prestanda och säkerhet.

Detta övergripande krav gäller således för de underliggande kraven 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 2.4.4 och 2.4.5 med underliggande punkter.

Bolaget finner att kravet att ”Leverantören **skall** nedan tydligt beskriva alla offererade serviceobjekt som Leverantören använder i Tjänsterna, men inte tar över från FMV, med tekniska prestanda och säkerhet.” inte är uppfyllt på grund av att tydliga beskrivningar av tekniska prestanda och säkerhet är helt utlämnade. Beskrivningen av teknisk prestanda och säkerhet saknas i EDB:s anbud för punkten 2.4.5 vilket i sin tur innebär att skall-krav nummer två i ovan angivna krav uppställda i 2.4 Serviceobjekt inte är uppfyllt. I och med detta kan FMV inte gå vidare med antaget anbuds offert för fortsatt utvärdering.

FMV har inte bestridit att antaget anbud har underlåtit att svara på skallkravet i punkt 2.4 i upphandlingsunderlagets bilaga 3.4. FMV anger därvid att de punkten 2.4 angivna skall-kraven skulle utgöra en ”allmän instruktion” och därmed inte vara ett obligatoriskt skall-krav. Vidare anges att skall-kraven i efterföljande punkter under 2.4 (punkterna 2.4.1 – 2.4.5) utgör något som FMV benämner ”faktiska skall-krav” och därmed skulle vara av annan art än de skall-krav som anges i punkten 2.4.

I FMV:s bilaga Utvärderingsmodell tydliggörs följande:

1.1 Utvärderingsprocessen

Utvärderingsprocessen sker enligt följande steg:

1. FMV går igenom erhållna avropssvar. Endast avropssvar som uppfyller samtliga obligatoriska krav (skall-krav, markerade som

”skall”) på den efterfrågade tjänsten blir aktuella för vidare utvärdering. Beträffande vissa skall-krav ska anbudsgivaren beskriva hur skall-kravet ifråga ska uppfyllas. Vilka dessa skall-krav är framgår av respektive svarsbilaga. FMV kommer att diskvalificera ett avropssvar om en efterfrågad beskrivning saknas eller om det av beskrivningen framgår att skall-kravet inte uppfylls.

Här anger FMV själva i sitt upphandlingsunderlag att skall-krav, markerade som ”skall”, alltså med fetstilt text, är obligatoriska krav. Vidare framgår att endast avropssvar som uppfyller samtliga dessa obligatoriska krav, märkta med ”skall” blir aktuella för vidare utvärdering. FMV beskriver vidare att ”Beträffande vissa skall-krav ska anbudsgivare beskriva hur skall-kravet ifråga ska uppfyllas” och fortsätter ”FMV kommer att diskvalificera ett avropssvar om en efterfrågad beskrivning saknas...”.

Ovanstående visar att vad FMV angett i sitt yttrande i nu aktuellt mål till fullo är motsagt av FMV:s egen kravställan i upphandlingsunderlaget. Den av FMV påstådda distinktionen mellan skall-krav av orienterande natur, och därmed inte obligatoriska, och faktiska skall-krav finns inte beskrivna i instruktioner eller kravställningar i upphandlingsunderlaget. Att de beskrivningar som anbudsgivarna ska göra under respektive svarsruta sedan i utvärderingens nästa steg, steg 2, poängbedöms av FMV utifrån eventuellt mervärde som tillförs är på inget sätt förmildrande avseende icke uppfyllda skall-krav.

Den skada som genom FMV:s agerande uppkommit är bolagets mycket väsentlig och kännbar.

FMV bestrider bifall till ansökan och anger till stöd för sin inställning bl.a. följande. De omständigheter som bolaget anför ger inte stöd för att upphandlingen skett i strid med reglerna i LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principer som ligger till grund för LOU. Bolaget har därför inte lidit och kan inte komma att lida skada. Det saknas således förutsättningar för att upphandlingen ska rättas eller göras om.

FMV vill betona att punkt 2.4 är en allmän instruktion till anbudsgivarna hur de ska besvara de efterföljande punkterna under punkt 2.4 (2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 2.4.4, och 2.4.5 med underliggande punkter) vilka utgör de faktiska skall-krav som har bäring på upphandlingsföremålet. Att så är fallet styrks av att det i anslutning till alla efterföljande och underliggande punkter finns en skall-kravsruta som ska fyllas i. Vinnande anbud har som framgår av avropssvaret bekräftat att samtliga skall-krav är uppfyllda. Under respektive svarsruta har FMV bett anbudsgivarna att beskriva sina lösningar enligt följande:

”Beskriv offererad lösning inklusive eventuella avsteg från er standardlösning samt vilket eventuellt mervärde till skall-kraven ni anser att er lösning ger för FMV i enlighet med utvärderingsmodellen. (Observera att om det ni beskriver kan anses stå i motsatsförhållande till ett ”Ja” på de skall-krav ni besvarat ovan så äger FMV rätten att tolka svaret som att kravet icke uppfylles.”

Det är dessa beskrivningar som den allmänna instruktionen i punkt 2.4 tar sikte på. Punkt 2.4 är en uppmaning till anbudsgivarna att vara tydliga i sina beskrivningar eftersom dessa dels utgör en verifiering av respektive skall-krav dels är föremål för utvärdering och poängsätts utifrån vilket eventuellt mervärde offererad lösning ger FMV, utöver att uppfylla skall-kravet. FMV har utvärderat den beskrivning som återfinns i anslutning till punkt 2.4.5 på detta sätt.

EDB:s anbud har genom lämnade beskrivningar av offererad lösning uppfyllt kraven i punkt 2.4. Beskrivningarna har utvärderats och poängsatts i enlighet med utvärderingsmodellen. FMV har inte funnit anledning att ifrågasätta eller betvivla antaget anbuds kravuppfyllnad. Vid den slutliga bedömningen har antaget anbud befunnits ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga avropssvaret och har tilldelats kontraktet.

Det är tydligt att bolaget har missuppfattat innebörden i FMV:s förra yttrande beträffande kravet i punkt 2.4. FMV gör inte gällande annat än att

punkt 2.4 är ett skall-krav i enlighet med utvärderingsprocessen i avropsförfrågan. Skall-kravet är utformat som en instruktion för hur anbudsgivarna ska utforma sina beskrivningar för underliggande krav. Vad kravet i punkt 2.4 säger är att leverantören tydligt ska beskriva de offererade serviceobjekten och att beskrivningarna ska innehålla information om tekniska prestanda och säkerhet. Den relevanta frågan i målet är huruvida EDB i beskrivningen i anslutning till punkt 2.4.5 har lämnat någon information om teknisk prestanda och säkerhet.

Upphandlingen är en s.k. funktionsupphandling. Det innebär att FMV generellt ställer krav på en övergripande funktionell nivå och lämnar till anbudsgivarna att presentera lösningar som på bästa sätt tillgodoser FMV:s behov. Det får till följd att leverantören har designansvar för detaljerna i utformningen av den lösning som offereras. Endast i undantagsfall har FMV funnit anledning att ställa tekniska prestandakrav på detaljnivå i form av specifika värden, t.ex. i avsnitt 2.4.2 WAN-anslutning (krav på olika bandbredd Mbit/sek nivåer beroende på kontorstyp) och avsnitt 2.4.4 Internetförbindelse (krav på bandbredd Mbit/sek nivå). Att notera är att FMV inte har ställt sådana detaljerade tekniska prestandakrav i form av specifika värden beträffande punkt 2.4.5. Anledningen är att kravet i punkt 2.4.5 är ställt i form av funktionskrav på helheten. Denna omständighet är viktig att beakta när det gäller bedömningen av om EDB har uppfyllt kraven i punkt 2.4 i denna funktionsupphandling.

EDB har i svarsrutan för punkt 2.4.5. bekräftat att man uppfyller skallkravet. I den efterföljande beskrivningen, som är föremål för utvärdering, redogör EDB för den offererade lösningen utifrån kravet i punkt 2.4.5., dvs. i form av funktionskrav på enheten. FMV har inte funnit skäl att ifrågasätta EDB:s beskrivning eller funnit behov av att begära förtydligande från EDB i denna del.

FMV har inte omformulerat eller omtolkat kravbilden i punkt 2.4. FMV har med stöd av egen och extern expertis analyserat EDB:s beskrivning av den offererade lösningen och gjort bedömningen att beskrivningen innehåller tillräckligt tydlig information om teknisk prestanda och säkerhet beträffande serviceobjektet Gränsskydd för att uppfylla skall-kravet i punkt 2.4.

EDB, som beretts tillfälle att yttra sig i målet, yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. EDB har uppfyllt samtliga skall-krav inklusive det av bolaget åberopade skall-kravet i punkt 2.4 i bilaga 3.4. Kravet är uppfyllt i och med att samtliga offererade serviceobjekt som EDB ska använda i tjänsterna är beskrivna med teknisk prestanda och säkerhet.

Punkt 2.4.5 Gränsskydd (Bilaga 3.4)

I denna punkt beskrivs teknisk prestanda och säkerhet för gränsskydd. Det fastslås genom att teknisk prestanda och säkerhet motsvarar den av FMV i bilaga 3.4 framställda lösningen (se även punkt 2.2.3, 2.2.5, och 2.4.1 nedan). Eftersom EDB:s lösning motsvarar FMV:s framställda lösning i Avropsförfrågan Helhetsdrift för FMV saknas anledning att redogöra för avvikelser eller avvikande lösning för gränsskyddet.

Punkt 2.2.3 Allmänt om säkerhet (Bilaga 3.4)

Här beskrivs först kraven på funktionaliteten med två bilder samt texter. Vidare svarar EDB att EDB lever upp till ställda krav samt en beskrivning av funktionalitet som levereras till FMV. EDB bifogade även ett lösningsförslag i bilaga 7a Beskrivning av teknisk lösning (se sista punkten nedan).

Punkt 2.2.5 Externa kopplingar (Bilaga 3.4)

Här beskrivs kraven på funktionalitet för bl.a. Gränsskyddet. Detta beskrivs på funktionell nivå, inte på produktnivå. Vidare svarar EDB att EDB lever upp till ställda krav samt en beskrivning av funktionalitet som levereras till FMV.

Punkt 2.4.1 Bas-infrastruktur (Bilaga 3.4)

Här beskrivs kraven på funktionalitet för bl.a. gränsskyddet. Vidare svarar EDB att EDB lever upp till ställda krav samt en beskrivning av funktionalitet som levereras till FMV.

Bilaga 7a – EDB:s beskrivning av teknisk lösning (HDL DC)

EDB beskriver den tekniska lösningen avseende gränsskydd i bilaga 7a. Det är en så kallad High Level Design.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska pröva om FMV:s avropsförfarande har genomförts i enlighet med unionsrätten och LOU. Inom ramen för prövningen kan förvaltningsrätten inte bestämma att en viss anbudsgivare ska tilldelas kontrakt.

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller följande. 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.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ i nu gällande lydelse av LOU framgår bl.a. följande. Endast upphandlingen som sådan kan prövas vid överprövning. Förvaltningsrätten kan besluta att den ska göras om eller avslutas först efter vidtagen rättelse. Ett ingripande enligt LOU kräver även att sökanden kan visa denne lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

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. En upphandlande myndighet får inte pröva ett anbud som inte uppfyller ställda krav; ett sådant anbud ska uteslutas från prövningen.

När det gäller omfattningen av den upphandlande myndighetens kontroll av uppgifterna som lämnats i ett anbud finns det inte stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan kontroll sträcker sig i vart fall inte längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Fråga är om EDB i sitt anbud under punkt 2.4.5 Gränsskydd har lämnat information om teknisk prestanda och säkerhet i enlighet med vad som anges i skall-kravet i den inledande punkten 2.4 Serviceobjekt, nämligen att leverantören tydligt **skall** beskriva alla offererade serviceobjekt som leverantören använder i tjänsterna, men inte tar över från FMV, med tekniska prestanda och säkerhet.

I Punkt 2.4.5 Gränsskydd anges

Leverantören **skall** tillhandahålla ett komplett gränsskydd som minst är i nivå med det som beskrivs under avsnittet allmänna krav i detta dokument. Bekräfta att ovanstående skall-krav är uppfyllda JA NEJ
Beskriv offererad lösning inklusive eventuella avsteg från er standardtjänst samt vilket mervärde skall-kraven ni anser att er lösning ger för FMV i enlighet med utvärderingsmodellen. (Observera att om det ni beskriver kan anses stå i motsatsförhållande till ett "Ja" på de skall-krav ni besvarat ovan så äger FMV rätten att tolka svaret som att kravet icke uppfylles.)

Bolaget gör gällande att EDB:s anbud inte innehåller tydliga beskrivningar av tekniska prestanda och säkerhet utan att sådana beskrivningar tvärtom är helt utlämnade.

FMV gör gällande att punkt 2.4 är ett skall-krav som utformats som en instruktion för hur anbudsgivarna ska utforma sina beskrivningar för underliggande krav och att vad som anges i denna punkt är att leverantören

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

tydligt ska beskriva de offererade serviceobjekten samt att beskrivningarna ska innehålla information om tekniska prestanda och säkerhet. FMV anger vidare att det är fråga om en s.k. funktionsupphandling vilket innebär att FMV generellt ställer krav på en övergripande funktionell nivå och lämnar till anbudsgivarna att presentera lösningar som på bästa sätt tillgodoser FMV:s behov. Detta anges få till följd att leverantören har designansvar för detaljerna i utformningen av den lösning som offereras och att det endast i undantagsfall har funnits anledning att ställa tekniska prestandakrav på detaljnivå i form av specifika värden, dock inte under punkt 2.4.5. Slutligen anger FMV att egen och extern expertis har analyserat EDB:s beskrivning av den offererade lösningen och bedömt att den beskrivning som ges innehåller tillräckligt tydlig information om teknisk prestanda och säkerhet beträffande serviceobjektet Gränsskydd för att uppfylla skall-kravet i punkt 2.4.

Inledningsvis kan slås fast att vad som anges i punkt 2.4 är ett skall-krav och därmed är ett obligatoriskt krav. FMV har inte i huvudsak argumenterat för att de ställda skall-kraven i punkt 2.4 är uppfyllda av EDB under punkt 2.4.5. FMV utan anger att det är fråga om en funktionsupphandling där leverantören har designansvar för detaljerna i den lösning som de offererar samt att det under punkt 2.4.5 inte funnits anledning att ställa tekniska prestandakrav på detaljnivå i form av specifika värden. Genom analys av egen och extern expertis har dock anbudet kunnat bedömas innehålla tillräckligt tydlig information. EDB har å sin sida angett det under denna punkt har beskrivits teknisk prestanda och säkerhet eftersom EDB har angett att teknisk prestanda och säkerhet motsvarar den lösning som FMV har framställt i bilaga. Mot bakgrund av hur skall-kravet i 2.4 Serviceobjekt är formulerat måste dock konstateras att EDB, genom den mer allmänna utformning som dess beskrivning har under punkt 2.4.5, inte kan anses uppfylla det ställda skall-kravet på att alla serviceobjekt tydligt ska beskrivas med teknisk prestanda och säkerhet. I enlighet med vad som

anges i FMV:s bilaga Utvärderingsmodell ska därför EDB:s anbud diskvalificeras.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten därmed att FMV, genom att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav, har agerat i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten finner vidare att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 1 § LOU. Förutsättningar för åtgärder enligt LOU föreligger därmed. Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan istället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. Det är därför tillräckligt att utvärderingsfasen av avropsförfarandet görs om. Bolagets ansökan om överprövning ska därför bifallas och avropsförfarandet rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs i vilken anbudet från EDB inte ska beaktas.

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

Anna Lönnestav

Rådman

Handläggare har varit Anna Cederberg.



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 uppgive 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