



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2013-10-17
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 9555-13

SÖKANDE

AllTele Allmänna Svenska Telefonaktiebolaget, 556626-2407

Ombud: Advokat John Hane och jur.kand. Carl Fläring
 Foyen Advokatfirma AB
 Box 7229
 103 89 Stockholm

MOTPART

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet
 Box 2218
 103 15 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-10-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 387789

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Statens Inköpscentral vid Kammarkollegiet (Statens inköpscentral) genomför en ramavtalsupphandling av fasta och mobila operatörstjänster samt transmissionstjänster (Operatörs- och transmissionstjänster dnr 96-66-2012). Upphandlingen genomförs med selektivt förfarande enligt 4 kap. 1 § LOU och vid utvärderingen ska de mest fördelaktiga anbuderna antas. Nio anbudssökande bjöds in att lämna anbud och nio leverantörer inkom med anbud, däribland AllTele Allmänna Svenska Telefonaktiebolaget (bolaget).

Statens inköpscentral fattade den 11 april 2013 tilldelningsbeslut enligt vilket sex leverantörer kommer att erbjudas att teckna ramavtal. Bolaget var inte en av dessa leverantörer.

Bolaget ansöker om överprövning.

Som ett första yrkande framställer bolaget att upphandlingen ska rättas på så vis att tilldelningsbeslutet upphävs och en ny anbudsutvärdering företas utan att inkludera anbud från Borderlight AB (Borderlight) och IP-Only Telecommunication Networks AB (IP-Only). Grunden för yrkandet är att Borderlight och IP-Only inte har uppfyllt vissa kvalificeringskrav som ställts i upphandlingen. Om dessa båda andra bolag rätteligen diskvalificerats från inbjudan till anbudsansökan så skulle bolaget ha placerat sig bland de sex anbudsgivare som erhöll ramavtal. Bolaget har därmed lidit eller kan komma att lida skada till följd av överträdelsen.

Som ett andra yrkande framställs att upphandlingen ska rättas på vis att tilldelningsbeslutet upphävs och en ny anbudsutvärdering företas vid vilken anbuderna från Borderlight och IP-Only inte erhåller poäng för mobila operatörstjänster. Grunden för yrkandet är följande. De båda aktuella bolagen är s.k. virtuella operatörer varmed ett intyg eller samarbetsavtal

skulle bifogas anbudena. Samarbetsavtalen har lämnats ut i maskerat format och det är omöjligt att kontrollera om de båda bolagen har levt upp till kravet om intyg. Det görs gällande att de båda bolagen felaktigt har tilldelats poäng vid anbudsutvärderingen avseende mobila operatörstjänster. Om dessa bolag rätteligen diskvalificerats från inbjudan till anbudsansökan så skulle bolaget ha placerat sig bland de sex anbudsgivare som erhöll ramavtal. Bolaget har därmed lidit eller riskerat att lida skada till följd av överträdelsen.

Som ett tredje yrkande framställs att upphandlingen ska göras om och följande grunder har angetts för detta yrkande. Utformningen av den relativa utvärderingsmodell som använts har lett till att anbud har kunnat utformas på så sätt att det mest fördelaktiga anbudet inte har antagits. Vidare är de krav som ställs avseende underleverantörer, i den mån sådana åberopas, motstridiga och därmed föreligger brister i fråga om transparens. Skrivningen i förfrågningsunderlaget avseende takpriser, och när dessa kan frångås, står i strid med principen om transparens och är så vag att otillåten direktupphandling kan komma att realiseras vid framtida avrop. Till följd av den felaktiga utvärderingsmodellen har bolaget inte getts en skälig poängersättning och har därmed lidit eller riskerat att lida skada. Vidare har anförts att Statens inköpscentral inte har följt kraven på tidsfrister för anbudsgivare enligt LOU genom att anbudssökande inte har fått de 40 dagar som de har rätt till för anbudsgivande. Bolaget anser att om tidsfristen hade följts skulle bolaget ha getts en adekvat möjlighet att inge ett än mer konkurrenskraftigt anbud.

Statens Inköpscentral bestrider bifall till ansökan. Som grund för bestridandet anges att upphandlingen har genomförts enligt bestämmelserna i LOU och även i enlighet med de unionsrättsliga principerna varmed det saknas grund för ingripande enligt LOU.

Bolaget har vid Statens inköpscentral begärt att få ta del av anbudsansökan och anbud avseende Borderlight och IP-Only i aktuell ramavtalsupphandling. Statens inköpscentral beslutade med hänvisning till 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen att inte lämna ut vissa av de efterfrågade handlingarna. Bolaget överklagade beslutet att inte lämna ut begärda handlingar i sin helhet. Kammarrätten i Stockholm har i lagakraftvunnen dom den 28 juni 2013 (mål nr 3011-13) delvis bifallit bolagets överklagande och förordnat att IP-Onlys samarbetsavtal med visst bolag ska lämnas ut i de delar som IP-Only inte har begärt sekretess för. Kammarrätten konstaterade att Borderlight begärt sekretess för de i målet aktuella uppgifterna (däribland bilagor om underleverantörer, referenskunder och intyg om rätt att nyttja mobilnät) och bedömde att det finns särskild anledning att anta att Borderlight lider skada om aktuella handlingar lämnas ut. Bolagets överklagande avslogs därmed i denna del.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Bolaget har bl.a. anfört följande.

Tidsfrister för anbuds lämnande

Vid selektivt förfarande ska tidsfristen för att inkomma med anbud vara minst 40 dagar från den dag då inbjudan enligt 8 kap. 10 § LOU skickades ut till utvalda anbudssökande. Inbjudan skickades ut till utvalda anbudssökande den 3 mars 2013 och sista anbudsdag var den 3 april 2013.

Bolaget har påpekat detta i fråga ställd till Statens Inköpscentral men Statens Inköpscentral valde likväl att inte låta anbudstiden förlängas.

Uppfyllande av kvalificeringskrav

Bolaget har begärt att få ut Borderlights anbudsansökan och anbud. I de versioner av dessa som Statens inköpscentral har lämnat ut saknas infor-

mation i en rad hänseenden. Den information som må ha funnits där har "maskerats". Statens inköpscentral anför inte någon konkret uppgift som möjliggör en utredning av om IP-Only och Borderlight borde ha kvalificerat sig. På grund av sekretessen avseende referenskundernas namn och kontaktuppgifter är referensuppdragets karaktär av externa uppdrag inte möjligt att kontrollera. Bolaget gör därför gällande att Borderlight och IP-Onlys anbudsansökningar inte borde ha kvalificerats och därmed inte heller bjudits in att lämna anbud.

I anbudsansökningsinbjudan avsnitt 3.3.1 har det ställts en del allmänna krav på underleverantörer i den mån sådana åberopas. En anbudssökande ska enligt andra styckets första mening inte ingå som underleverantör i annan anbudsansökan. Meningen därefter lyder emellertid "Om en anbudssökande även ingår som underleverantör till annan Anbudssökande kan Anbudssökandens egna anbudsansökan komma att strykas". Det är oklart hur denna mening ska tolkas i förhållande till ska-kravet i den första meningen och vad som anges i den tredje meningen om att "ställda krav avser såväl anbudssökande som underleverantörer". I tredje stycket i samma avsnitt anges att "En underleverantör får förekomma i fler ansökningar så länge den totala leveranskapaciteten inte överskrids" vilket är en motstridighet till det i första stycket ställda kravet. De båda styckena lästa mot varandra innehåller en för upphandlingen besvärande oförutsebarhet och motstridighet och därmed bristande transparens. Denna bristande transparens utgör sammantaget med övriga brister i utvärderingsmodellen en grund för tredjehandsyrkandet att upphandlingen ska göras om.

I anbudsansökningsinbjudan avsnitt 3.6.2.1 ställs kravet att anbudssökande ska ha resurser, kapacitet och förmåga att leverera tjänster till avropsberättigade myndigheter över hela landet. Borderlight har angett att detta krav är uppfyllt utan att lämna någon närmare uppgift om hur det uppfyllts. Detta har för all del inte heller begärts av Statens inköpscentral, vilket i sig är

anmärkningsvärt. Oavsett vilket görs gällande att Borderlight inte uppfyller detta krav. Borderlight är ett litet bolag jämfört med övriga medverkande vid upphandlingen. Bolaget ifrågasätter inte Borderlights rätt att enligt anbudsansökningsinbjudan åberopa underleverantörs kapacitet för att klara kvalificeringskrav i upphandlingen, men när det är fråga om att lägga ut på underleverantör att i praktiken omhänderta hela leveransen av fast och mobil telefoni kan ifrågasättas om det verkliga är avsikten bakom 11 kap. 12 § LOU. Bolaget utesluter inte att Borderlight har lämnat uppgifter i sin anbudsansökan som medfört att samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen har uppfyllts. På det underlag som hittills har lämnats ut kan en sådan slutsats dock inte dras och det är upp till upphandlande myndighet att visa detta. Motsvarande brister finns även i IP-Onlys anbudsansökan om än inte i samma omfattning.

I anbudsansökningsinbjudan avsnitt 3.6.3 ställs krav på att anbudssökanden ska kunna styrka sin förmåga att utföra uppdrag inom upphandlingens omfattning genom en redovisning av referensuppdrag. Fem olika referensuppdrag levererade till olika kunder ska redovisas. Vidare ska referensuppdragen ha avsett externa uppdrag. Bolaget ifrågasätter att Borderlight och IP-Only kan ha uppfyllt samtliga dessa krav eftersom bolagen har begränsad kapacitet. De båda bolagens referensbilagor har "maskerats" vid utlämnandet från Statens inköpscentral. I avsaknad av uppgifter görs gällande att de båda bolagens anbudsansökningar inte borde ha kvalificerats, och därmed inte heller bjudits in att lämna anbud och därför i efterhand ska förkastas.

Anbudsutvärdering avseende mobila operatörstjänster

Enligt förfrågningsunderlaget avsnitt 3.3.2 ska en anbudsgivare som är en s.k. virtuell operatör inge intyg eller samarbetsavtal som visar att anbudsgivaren har rätt att utnyttja annans mobilnät. Om anbudsgivaren inte kan göra detta ska poäng inte tilldelas för mobila operatörstjänster.

Statens inköpscentral har lämnat ut Borderlights och IP-Onlys samarbetsavtal, om än i så gott som helt maskerat format. Gällande Borderlights anbud kan det konstateras att det finns ett daterat och av Borderlight undertecknat dokument med rubriken "Intyg om rätt att nyttja mobilnät (mobila operatörstjänster)". Det finns också ett dokument med rubriken "Avtal om mobila operatörstjänster" med Borderlight som part vilket daterats och undertecknats av Borderlights VD. Gällande IP-Only finns också intyg och samarbetsavtal med samma mängd information. När det gäller IP-Only är intyget emellertid inte undertecknat av IP-Only. Man kan därför bara anta att IP-Only är part i det avtalet.

Avseende intyg så finns det i anbudsinbjudan, punkt 3.3.2.1, ett obligatoriskt krav som innebär att det av intyget ska framgå i vilket eller vilka nät abonnemang kan tillhandahållas. Det är omöjligt för bolaget att kontrollera att Borderlight och IP-Only har levt upp till kravet om intyg. Ytterligare avtalsinnehåll saknas också varför bolaget inte kan avgöra om maskerade avtal överhuvudtaget fortfarande är giltiga. PTS tillhandahåller en lista över företag som anmält sig för mobila samtalstjänster, vilket är ett lagkrav enligt lagen om elektronisk kommunikation. Som virtuella operatörer ska Borderlight och IP-Only ha anmält sig till PTS för mobilsamtalstjänst men detta är inte markerat i aktuell kolumn för något av bolagen.

Bolaget gör därför sammantaget gällande att Borderlights och IP-Onlys anbudsansökningar inte borde ha poängsatts för mobila operatörstjänster. Därav följer att upphandlingen ska rättas på så vis att 18 poäng, plus de poäng som de båda bolagen erhållit under avsnitt 3.3.2.8–3.3.2.10, subtraheras från poängsammanställningen enligt tilldelningsbeslutet. Det kan påpekas i sammanhanget att en annan anbudsgivare inte erhållit några poäng avseende mobila operatörstjänster eftersom kravet på intyg eller samarbetsavtal inte uppfyllts.

Utvärderingsmodellen

En relativ utvärderingsmodell har använts där pris totalt har stått för 3,6 poäng. Gällande prisuppgifter har den eller de anbudsgivare som har lägst pris erhållit 0,1 poäng per prisuppgift och övriga har erhållit 0 poäng. Trots att poängsättning för pris utgör en relativt liten del av den totala pris-sättningen har den fått en avgörande betydelse. Bolagets sammanställda poäng uppgår till 61 poäng för kriteriet kvalitet och 0,3 poäng för pris. Borderlights sammanställda poäng uppgår till 61 poäng för kvalitet och 1,3 poäng för pris. Eftersom båda bolagen har erhållit 61 poäng för kvalitet har alltså pris blivit helt avgörande.

Det är inte konkurrensfrämjande, förutsebart och likabehandlande att använda sig av en utvärderingsmodell där det är möjligt att en anbudsgivare, som konsekvent lämnar näst lägst prisuppgifter, inte erhåller en enda extra poäng för sina priser när totalt sex anbudsgivare kommer att tilldelas ramavtalet. Med en likabehandlande och förutsebar utvärderingsmodell skulle en sådan anbudsgivare ges näst högst poäng vid utvärderingen av pris. En utvärderingsmodell måste således säkerställa och förutsebart resultera i att ju lägre pris, desto högre poäng.

Borderlight har utnyttjat utvärderingsmodellen genom att antingen ange 0 kr som prisuppgift eller extremt höga priser. I båda fall är priserna inte marknadsmässiga. Trots att Borderlight har angett extremt höga priser, som totalt gör detta bolags anbud väldigt dyrt, har Borderlight kunnat se till att garanterat erhålla 0,1 poäng för många prisuppgifter genom att ange 0 kr som prisuppgift. Att utvärderingsmodellen har möjliggjort att 0-priser kunnat lämnas är inte något som i sig står i strid mot LOU. Däremot blir poängsättningen för pris snedvriden när utvärderingsmodellen möjliggör att 0-priser lämnas i kombination med extremt höga priser.

Under avsnittet 3.3.1.6 har Borderlight angett extremt höga priser. För pris/månad ISDN PRI(30B+D) inklusive engångskostnad är priset satt till 50 000 kr (att jämföra med bolagets pris om 4 000 kr). För pris/månad SIP (10Mbit access) inklusive engångskostnad är priset angett till 200 000 kr (att jämföra med bolagets pris om 1 900 kr). Övriga anbudssökande ligger mellan ca 1 500 kr och drygt 20 000 kr. Borderlight har alltså trots ett extremt överpris kunnat placera sig bland de sex anbudsgivare som tilldelas ramavtal. Borderlight har även under avsnitten 3.3.1.7–10 och 3.3.3.16–18 utnyttjat utvärderingsmodellen genom att ange extremt höga och extremt låga priser.

För att konkretisera detta kan man summera Borderlights respektive bolagets prisuppgifter. För Borderlight erhålls då summan 8 998 988 kr och för bolaget summan 263 480 kr 81 öre. Även om denna jämförelse är något grov, eftersom prisuppgifter för såväl engångskostnader som minutkostnader ingår, så är det slående hur extremt mycket dyrare Borderlight blir i slutändan. Eftersom pris som viktning inte kan relativiseras visar denna enkla sammanställning att utvärderingsmodellen faktiskt har slagit fel. Sett till offererade priser är det orimligt att bolaget inte har tilldelats högre poäng för pris än vad Borderlight tilldelats. Utvärderingsmodellen står i strid mot likabehandlingsprincipen. Det ter sig otroligt att Statens inköpscentral har haft för avsikt att sluta ramavtal med en leverantör med så extremt höga priser som Borderlight har offererat.

Av 2.1.11 "Utvärderingsmodell" i anbudsinvjudan framgår att de priser som redovisas kommer att bli takpriser i ramavtalet. Anbudsgivare skulle sålunda bli bundna av 0-priser. Emellertid framgår av "Utvärderingsmodellen" att takpriser kan frångås om "avropande organisation väljer servicenivå ett eller två, ställer upp andra vitesmodeller eller på liknande sätt preciserar krav på ett kostnadsdrivande sätt". Den oklara formuleringen innebär en sådan oförutsebarhet att den får anses stå i strid mot

transparensprincipen. Det ges utrymme för leverantör att erbjuda nya priser på ett för upphandlingen oförutsebart sätt. Det är självfallet inte så att Borderlight avser att vid förnyad konkurrensutsättning offerera de skyhöga priserna. Det ger endast Borderlight utrymme att ta igen de låga priserna som offererats i syfte att tilldelas ramavtalet. Upphandlingen blir därmed "ett spel för gallerierna" med icke förpliktigande noll-anbud utan egentlig betydelse för den förnyade konkurrensutsättningen. Borderlight har utnyttjat utvärderingsmodellen i syfte att tilldelas kontrakt och därmed har övriga anbudssökande inte likabehandlats.

Vid förnyad konkurrensutsättning kommer det att bli fråga om nya priser, dvs. prutning nedåt från takpriset. Aktuell skrivning i förfrågningsunderlaget är så svag att den kan komma att innebära väsentliga ändringar av förfrågningsunderlaget när kontaktsvillkor frångås och en otillåten direktupphandling kan därför komma att realiseras vid framtida avrop. Detta är ytterligare en anledning till att upphandlingen ska göras om.

Statens Inköpscentral

Statens Inköpscentral har bl.a. anfört följande.

Tidsfrister för anbuds lämnande

Tidsfristen för att inkomma med anbud vid selektivt förfarande får förkortas med fem dagar till 35 dagar om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel ger fri direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget. Statens inköpscentral annonserade och gav utvalda anbudssökande full tillgång till förfrågningsunderlaget den 22 februari 2013. Anbud skulle inkomma senast den 3 april 2013. LOU uppfylls således till fullo eftersom anbudstiden var mer än 35 dagar. Upphandlingens innehåll, omfattning i stort och tidsplan har varit känd för bolaget och samtliga anbudssökande sedan första inbjudan om att inkomma med anbudsansökan den 3 januari 2013.

Uppfyllande av kvalificeringskrav samt anbudsutvärdering avseende mobila operatörstjänster

Borderlights och IP-Onlys anbudsansökningar och anbud uppfyller de krav som ställts i upphandlingen. Dessa bolag har bifogat efterfrågade bevis, har inkommit med sanningsförsäkran och har rätteligen erhållit poäng. Samtliga anbudsgivare behandlas konsekvent lika. I upphandlingen finns inget krav på att en underleverantör inte får anlitas av olika anbudsökande. I anbudsansökningsinbjudan punkt 3.3.1 anges "En underleverantör får förekomma i fler ansökningar så länge den totala leveranskapaciteten inte överskrids." Bolaget har fått ta del av vilka underleverantörer som respektive anbudsgivare åberopat. Vad gäller referensbilagorna har sekretess bedömts föreligga för kundens namn och kontaktuppgifter. Bolaget kan mycket väl se att kravet gällande referenser är uppfyllt eftersom det i dokumentet framgår vad anbudsgivarna har levererat. Vad gäller samarbetsavtalen har dessa i sin helhet belagts med kommersiell sekretess. Alla inkomna anbudshandlingar är automatiskt registrerade och låsta i det upphandlingssystem som Statens inköpscentral använder. Det är helt upp till Statens inköpscentral att välja hur olika krav verifieras så länge som LOU och de unionsrättsliga principerna upprätthålls. I sammanhaget kan poängteras att det i upphandlingen inte har uppställts krav på att anbudsgivaren ska vara registrerad som leverantör av mobila operatörstjänster. Samtliga krav kan vidare kontrolleras i uppföljningen av ramavtalen då kraven ska vara uppfyllda under hela ramavtalsperioden. Om det skulle visa sig att ställda krav inte längre uppfylls kommer detta leda till att aktuella ramavtal sägs upp.

Utvärderingsmodellen

Statens Inköpscentral har valt att ge tekniska, funktionella och kvalitetskrav (i fortsättningen benämnt som kvalitet) vikten 60 poäng (94,3 procent) och pris 3,6 poäng (5,7 procent). Detta innebär att pris utgör en mycket liten del i den totala utvärderingen. De 36 enskilda prisuppgifterna

var även lågt viktade (0,1 poäng) i förhållande till övriga kvalitetskrav. Priset har tilldelats en låg vikt vid utvärderingen eftersom det är en ramavtalsupphandling i vilken en förnyad konkurrensutsättning kommer att tillämpas vid de enskilda avropen. Priset har ofta en större vikt i avropen, där behoven är specificerade för varje enskilt fall. Den valda utvärderingsmodellen är utmärkt för att utse de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och ska inte förväxlas med tilldelningsgrunden lägsta pris.

Bolaget tar takpriserna helt ur sitt sammanhang i sitt räkneexempel eftersom de inte är avsedda att användas på detta sätt. Bolagets exempel är endast en addering av summor, grovt förenklat, tagen ur sitt sammanhang, och saknar helt den komplexitet samt de tekniska krav som måste ställas i ett verkligt avrop. Exemplet tar inte heller hänsyn till många av de grundförutsättningar som återfinns i ett avrop såsom specificerade tekniska krav och kontraktstid m.m.

Utvärderingen var en kombination av två modeller, varav en användes för kvalitet och en för pris. Avseende de kvalitativa kraven användes en absolut utvärderingsmodell och vad avser kriteriet pris användes en utvärderingsmodell där ett relativt inslag ingick. Det var ett väl avvägt val att använda sig av en kombination av utvärderingsmodeller.

Valet av utvärderingsmodell avseende pris grundar sig i att det inte kunde förutses hur anbudsgivarnas respektive affärsmodell och tillika prissättning såg ut. Olika branschaktörer ska fritt kunna välja sina egna prisstrategier som en naturlig del av den fria konkurrensen. Det framgår också tydligt av anbudssvaren att olika anbudsgivare har olika prismodeller. Vissa leverantörer tar ut en engångskostnad istället för månadskostnad och andra gör tvärt om. Även bolaget har tillämpat nollpriser som har gett poäng vid utvärderingen. Nollpriser förekommer i samtliga anbud och även i tidigare ramavtalsupphandlingar inom detta område. Nollpriserna i anbuden följer

dessutom både etablerad branschpraxis och prisstrukturer (affärsmodell), vilket tydligt framgår av inkomna anbud för denna utvärdering. Det har inte varit möjligt för en anbudsgivare med låg kvalitet att vinna ett ramavtal genom att enbart ”prisa in sig”. Ett av syftena med upphandlingen var att erhålla kvalitativa ramavtalsleverantörer vilket upphandlingsmodellen har möjliggjort. Utvärderingsmodellen avseende priset var binär, så till vida att det lägsta priset erhöll 0,1 poäng och övriga 0 poäng, varmed det inte gjordes någon jämförelse mellan de anbudsgivare som inte offererat det lägsta priset. Samtliga anbudsgivare har därmed likabehandlats. Eftersom bolaget tar upp Borderlight kan nämnas att detta bolag endast erhöll poäng på 13 prisuppgifter av totalt 36.

I punkt 2.1.11 ”Utvärderingsmodell” anges uttryckligen vad som avses med takpris och när anbudsgivarna i strikt mening är bundna av offererat takpris:

”En anbudsgivare får inte i ett avrop mot ramavtalet lämna ett pris som överstiger angivet takpris för aktuell tjänst om inte avropande organisation väljer servicenivå ett eller två, ställer upp andra vitesmodeller eller på liknande sätt preciserar krav på ett kostnadsdrivande sätt.”

Enbart de mest frekvent återkommande tjänsterna har uppställda takpriser. Förutsättningarna för dessa priser är att de gäller för servicenivå 3–6. Det är tydligt i förfrågningsunderlaget att priser på servicenivå 1 och 2 inte är efterfrågade och de är därför inte heller prissatta av anbudsgivarna. Därmed finns det inga takpriser för servicenivå 1 och 2. Kravet är tydligt och det måste för envar som läser kravet framgå att anbudsgivarna är bundna av offererat takpris. Det finns inte någon möjlighet att frånga angivna takpriser i upphandlingen. Kravet är transparent utformat. Tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga innebär inte att den ”billigaste” leverantören erhåller ramavtal. Faktum kvarstår att det inte är en lägsta pris upphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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

Tidsfrister för anbuds lämnande

Vid selektivt förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 40 dagar från den dag då en inbjudan skickades till utvalda anbudssökande. Tidsfristen får förkortas med fem dagar om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget från den dag då annonsen om upphandlingen skickades till Europeiska kommissionen för publicering.

Bolaget har anfört att inbjudan skickades ut till utvalda anbudssökande den 3 mars 2013 och att sista anbudsdag var den 3 april 2013. Statens inköpscentral har angett att upphandlingen annonserades den 22 februari 2013, att utvalda anbudssökande samma dag gavs full tillgång till förfrågningsunderlaget och att anbudstiden därmed var mer än 35 dagar. Bolaget har inte motsatt sig dessa uppgifter. Förvaltningsrätten finner att det därmed har visats att tidsfristen för att komma in med anbud i aktuell upphandling har satts i enlighet med vad som stadgas i LOU.

Uppfyllande av kvalificeringskrav

I anbudsansökningsinbjudan avsnitt 3.3.1 andra och tredje stycket anges följande:

”En Anbudssökande inklusive konsortiemedlem ska ej ingå som underleverantör i annan anbudsansökan, då detta kan få konkurrensbegränsande följder. Om en Anbudssökande även ingår som underleverantör till en annan Anbudssökande kan Anbudssökandens egna anbudsansökan komma att strykas. Ställda krav avser såväl Anbudssökanden som eventuella underleverantörer, således ska Anbudssökandens svar avse helheten, Anbudssökande inklusive eventuella underleverantörer. Detta gäller utom i de fall där kravtexten uttryckligen medger att svaret endast ska omfatta endera Anbudssökande eller underleverantör.

Anbudssökande är ansvarig för leveransen och underleverantörer såsom för egen del. En underleverantör får förekomma i fler ansökningar så länge den totala leverenaskapaciteten inte överskrids. Underleverantören får således inte erbjuda samma konsult till olika anbudssökande.”

Vid en genomläsning av dessa båda stycken i anbudsansökningsinbjudan framgår klart och tydligt de allmänna krav som ställs vid åberopande av underleverantör i upphandlingen. Hänvisningen till ”ställda krav” avser uppenbart de krav som ställs i upphandlingen som helhet. Förvaltningsrätten anser inte att de båda styckena lästa mot varandra innehåller någon för upphandlingen besvärande oförutsebarhet och motstridighet såsom angetts. Det saknas därmed skäl för att göra om upphandlingen på denna angivna grund.

I anbudsansökningsinbjudan avsnitt 3.6.2.1 ”Förmåga att leverera till offentliga organisationer i hela Sverige” anges följande krav som måste uppfyllas:

”Anbudssökande ska ha resurser, kapacitet och förmåga att leverera tjänster till avropsberättigade organisationer som finns

i hela Sverige. Uppfylls kravet gällande förmåga att leverera produkter och tjänster (Ja/Nej svar)”

Det är ett obligatoriskt krav som ställs i detta avsnitt men det ställs inte något krav på att det ska lämnas någon närmare uppgift om hur kravet har uppfyllts. Bolaget har också i sin ansökan konstaterat att ett sådant krav på styrkande av uppgiften saknas.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns 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 upphandlade föremålet är riktiga. Om den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget inte uppställt krav på att uppgiften också ska styrkas skulle en annan ordning kunna strida mot det upphandlingsförfarande som valts eller de grundläggande principerna i LOU (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2010 i mål nr 4583-10).

Anbudsansökningsinbudans utformning, där förmågan att leverera till offentliga organisationer i hela Sverige ska intygas med enbart ja/nej-svar utan närmare krav på att dessa uppgifter ska styrkas, är inte i strid med LOU. Borderlights anbudsansökan har i denna del utformats i enlighet med det krav som uppställts.

Bolaget gör vidare gällande att Borderlight inte uppfyller kravet att ha förmågan att leverera till hela Sverige på den grunden att det är ett i upphandlingen jämförelsevis litet bolag. Bolaget har uppgett att det i denna del inte ifrågasätter Borderlights, och i viss mån även IP-Onlys, rätt att enligt anbudsansökningsinbudan åberopa underleverantörs kapacitet. Bolaget utesluter inte heller att Borderlight och IP-Only har lämnat uppgifter som

uppfyllt samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen men anger att Statens inköpscentral har att visa att kraven uppfyllts. Bolaget ifrågasätter också om den omfattning i vilken underleverantörer används i upphandlingen verkligen överensstämmer med avsikten bakom 11 kap. 12 § LOU.

Upphandlande myndighet har, som angetts ovan, stor frihet att utforma sin upphandling inom de ramar som anges i LOU och en kontroll av anbuden får inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Utifrån det underlag som lämnats ut från aktuella anbudsansökningar saknas skäl att ifrågasätta att de båda bolagen har uppfyllt det aktuella kravet så som det har utformats. LOU är en procedurlagstiftning. I en ansökan om överprövning kan domstolen därför endast bedöma om upphandlande myndighet har följt lagstiftningen vid genomförandet av upphandlingen och i de fall brott mot LOU förekommit ingripa genom att besluta om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Bolagets ifrågasättande av den omfattning som underleverantörer har kunnat användas i upphandlingen och huruvida upphandlingen i denna del möjligen står i strid med avsikten bakom 11 kap. 12 § LOU går utöver vad förvaltningsrätten har att pröva i målet.

I anbudsansökningsinbjudan avsnitt 3.6.3 ställs krav på att anbudssökanden ska kunna styrka sin förmåga att utföra uppdrag inom upphandlingens omfattning genom en redovisning av referensuppdrag. Förvaltningsrätten finner inte heller skäl att ifrågasätta Statens inköpscentrals uppgifter om att Bordelight och IP-Only har uppfyllt detta krav.

Anbudsutvärdering avseende mobila operatörstjänster

I förfrågningsunderlaget, punkt 3.3.2.1 anges följande:

”Anbudsgivaren bör erbjuda mobila abonnemang [...] Om mobila abonnemang kan tillhandahållas ska dessa kunna minst tillhandahållas i något av 2G, 3G eller 4G nätet. Anbudsgivaren ska ange

vilka nät som abonnemang kan tillhandahållas i. Anges inte detta erhålls inte poäng för denna fråga. /.../

Om anbudsgivaren inte har eget mobilnät eller är delägare i ett, utan är så kalla virtuellt operatör ska ett samarbetsavtal eller ett av operatören och anbudsgivaren signerat intyg bifogas som visar att anbudsgivaren har rätt att nyttja någon annans mobilnät. Av intyget ska det även framgå i vilket eller vilka nät abonnemang kan tillhandahållas i. Bifogas inte detta intyg erhålls inte poäng i kapitel Mobila operatörstjänster.

Uppfylls kravet gällande abonnemang (Ja/Nej)
Är ni en operatör med eget mobilnät? (Ja/Nej)
Är ni en virtuell operatör? (Ja/Nej)
Är intyg bifogat (Ja/Nej)”

Bolaget gör gällande att Borderlight och IP-Only inte borde ha fått poäng vid utvärderingen för mobila operatörstjänster på den grunden att de inte kan anses ha uppfyllt kravet avseende intyg eller samarbetsavtal.

Förvaltningsrätten har redan tidigare konstaterat att upphandlande myndighet har stor frihet att utforma sin upphandling inom de ramar som anges i LOU och att en kontroll av anbuderna inte får sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget.

Förfrågningsunderlagets utformning, med ett ja/nej-svar och i angivna fall krav på ett bifogat signerat intyg, är inte i strid med LOU.

Bolaget ifrågasätter inte att de båda andra aktuella bolagen har gett in intyg och samarbetsavtal men anger att det inte går att avgöra om dessa är giltiga eller uppfyller ställda krav med ledning av de delar av detta material som lämnats ut av Statens inköpscentral. Förvaltningsrätten finner, utifrån vad som anförts, inte skäl att ifrågasätta Statens inköpscentrals uppgift om att de intyg som bifogats anbuderna rätteligen har ansetts uppfylla de krav som ställts vid anbudsutvärderingen.

Utvärderingsmodellen

Regelverken om offentlig upphandling innehåller inte några närmare former för hur en anbudsutvärdering ska gå till eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Det är upphandlande myndighet som beslutar om vad som ska upphandlas och ställer upp de krav som anses vara nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska uppnås. Myndigheten måste utifrån den egna verksamhetens förutsättningar och krav på hur verksamheten ska fungera ges utrymme att utforma ett förfrågningsunderlag som man uppfattar, genom konkurrensutsättning, kan tillgodose realistiska krav. Allt under förutsättning att det inte sker i strid mot LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår följande. Statens inköpscentral har i den aktuella upphandlingen använt en utvärderingsmodell där första steget omfattar en bedömning av om anbudet uppfyller de obligatoriska kraven (ska-kraven) enligt kapitlet "Kravspecifikation". Samtliga inbjudna anbudsgivare uppfyllde dessa krav. Därefter har i ett andra steg anbudet utvärderats enligt svar på ställda anbudsutvärderingskriterier (bör-krav). Bland dessa kriterier kopplade till upphandlingsföremålet fanns exempelvis kvalitetskrav, funktionskrav, tekniska krav och pris. De tre första av dessa kriterier avsåg kvalitet och gavs 60 poäng. Kriteriet pris gavs 3,6 poäng. Avseende de kvalitativa kraven användes en absolut utvärderingsmodell och anbudsgivarna erhöll en i förfrågningsunderlaget angiven poäng om kravet uppfylldes. Avseende priset användes en relativ utvärderingsmodell med takpriser. Den eller de anbudsgivare som hade lägst pris avseende vissa i förfrågningsunderlaget angivna punkter erhöll 0,1 poäng per prisuppgift och övriga erhöll 0 poäng. Poängen räknades sedan samman och de sex anbudsgivarna med högst poäng skulle erhålla ramavtal.

Bolaget har anmärkt på utvärderingsmodellen i flera avseenden och pekar sammanfattningsvis på följande brister i förfrågningsunderlaget. Border-

light har utnyttjat utvärderingsmodellen genom att ange 0 kr som prisuppgift eller extremt höga priser. I båda fallen är priserna inte marknadsmässiga. En utvärderingsmodell måste säkerställa och förutsebart resultera i att ju lägre pris desto högre poäng. Det ges vidare utrymme för leverantör att erbjuda nya priser på ett för upphandlingen oförutsebart sätt eftersom det av förfrågningsunderlaget framgår att takpriser kan frångås om "avropande organisation väljer servicenivå ett eller två, ställer upp andra vitesmodeller eller på liknande sätt preciserar krav på ett kostnadsdrivande sätt".

Vad gäller utvärderingsmodellens konstruktion avseende hantering av nollpriser och dess poängtilldelning har Kammarätten i Stockholm, i ett avgörande gällande ramavtalsupphandling med tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud (mål nr 6727-09), funnit att utvärderingsmodellen inte kunde anses strida mot LOU eller den gemenskapsrättsliga reglering som lagen bygger på. Den då aktuella utvärderingsmodellen var, liksom nu aktuell utvärderingsmodell, utformad så att om en eller flera anbudsgivare lämnade ett pris som var lika med noll vid ett delkriterium, så skulle samtliga anbudsgivare som lämnat ett pris överstigande noll kronor tilldelas noll poäng vid detta kriterium. Det saknas därmed skäl för ingripande mot utvärderingsmodellens utformning i detta avseende.

Det står en upphandlande myndighet fritt att använda sig av en relativ utvärderingsmodell förutsatt att kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens är uppfyllda. Den utvärderingsmodell som Statens inköpscentral har använt är enligt förvaltningsrättens mening tydlig och förutsägbar i aktuella avseenden. Vad bolaget har anfört utgör inte skäl för ingripande på den grunden att Statens inköpscentral skulle ha frångått kraven på likabehandling och transparens eller att utvärderingsmodellen inte skulle ha säkerställt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan antas. Förfrågningsunderlaget kan alltså inte anses ha utformats i strid mot LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att det utifrån bolagets argumentation i målet inte är visat att Statens inköpscentral vid den aktuella upphandlingen har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt denna lag och bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Per Eskilsson
Rådman

Anna Cederberg har handlagt 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.