



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2020-04-09

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (11)

Mål nr

22912-19

SÖKANDE

Tele2 Sverige AB, 556267-5164

Ombud: Stefan Backman

Box 62

164 94 Kista

MOTPART

Statens institutionsstyrelse

Box 30224104 25 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2020-04-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Tele2 Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 1191905

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	-	måndag–fredag
		E-post: avd32.fst@dom.se		08:00–16:00
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Statens institutionsstyrelse (SiS) genomför en upphandling av ramavtal för kommunikationslösningar, dnr 2.2-1470-2019, baserad på Kammarkollegiets ramavtal för kommunikationslösningar. Upphandlingen genomförs i form av förnyad konkurrensutsättning enligt 7 kap. 8–9 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Två leverantörer har lämnat anbud i upphandlingen, Tele2 Sverige AB (Tele2) och Telia Sverige AB. SiS har i tilldelningsbeslut den 2 oktober 2019 meddelat att myndigheten avser att teckna kontrakt med Telia Sverige AB. Tele2:s anbud förkastades med motiveringen att bolaget lämnat en otillåten reservation och villkorat sitt avropssvar gentemot SiS, vilket strider mot de obligatoriska kraven i upphandlingen, de angivna förutsättningarna i avropsunderlaget samt grundläggande principer inom LOU.

Tele2 ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsprövning genomförs där Tele2:s anbud inte förkastas utan tas vidare till anbudsutvärdering. Tele2 yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om mot bakgrund av att SiS har förfarit i strid med transparensprincipen i LOU. Till stöd för sin talan anför Tele2 i huvudsak följande. Tele2:s anbud uppfyller samtliga uppställda skalkrav i upphandlingen. Bolaget har inte uppställt någon otillåten reservation i anbudet. Den skrivning som legat till grund för att SiS har förkastat bolagets anbud finns i en redovisningsbilaga och borde inte ha bedömts redan i anbudsprövningen. Skrivningen var vidare ett förslag och inte en reservation eller ett villkor. Anbudet skulle därför inte ha förkastats utan tagits vidare till anbudsutvärdering.

SiS uppmanade uttryckligen anbudsgivare att i lösningsförslaget beskriva eventuella föreslagna begränsningar jämfört med ska- och börkraven i

kravspecifikationen. Om anbudsgivarna följer en sådan uppmaning från den upphandlande myndighetens sida kan detta inte i ett senare skede ses som en otillåten reservation som rentav ska diskvalificera anbudsgivaren från upphandlingen. Detta förfarande strider i vart fall mot transparensprincipen i LOU.

Genom att felaktigt förkasta Tele2:s anbud har SiS brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i LOU. Tele2 har lidit, eller åtminstone riskerat att lida, skada enligt 20 kap. 6 § första stycket LOU till följd av SiS felaktiga förkastande av bolagets anbud.

SiS anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. I SiS avropsförfrågan punkt 2.2 framgår att anbudet ska utformas helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Reservationer, alternativa anbud eller liknande accepteras inte. Att detta inte är tillåtet har också uppmärksammats inom ramen för frågor och svar vid genomförandet av Kammarkollegiets ramavtalsupphandling, som ligger till grund för denna upphandling.

Det är ostridigt att Tele2 angett ett engångspris för installation i utvärderingskalkylen samt accepterat övriga ställda krav i upphandlingen, genom att kryssa i svarsrutorna i ska-kravdokumentet i e-avropet, dvs. det elektroniska avrop som SiS använt sig av. För att kunna lämna in ett anbud kräver e-avrop att anbudsgivaren accepterar samtliga krav i ska-kravdokumentet. Eftersom Tele2 hade full kravuppfyllnad i e-avrop påbörjade SiS utvärderingen av bolagets anbud. SiS upptäckte då att Tele2 i sitt anbud lämnat sådana uppgifter som motsäger att de ikryssade kraven i ska-kravdokumentet i e-avrop är villkorslöst uppfyllda. Det saknar betydelse att uppgifterna står med i en utvärderingsbilaga. Den enda möjligheten för anbudsgivare att kunna uppställa eventuella reservationer är i redovisningsbilagorna. Tele2 har inte uppfyllt kraven i upphandlingen. SiS får inte, enligt principerna om likabehandling och transparens, bortse från

sådana uppgifter i andra delar av anbudet som visar att anbudsgivaren inte uppfyller ska-kraven.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Uppfyller Tele2 det obligatoriska kravet?

Tele2 har gjort gällande att bolaget uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. SiS har bedömt att Tele2 har gjort en otillåten reservation mot ett obligatoriskt krav. Den första frågan i målet är därför om Tele2 har gjort en sådan otillåten reservation som medför att anbudet är att betrakta

som orent och därför ska förkastas med anledning av bristande kravuppfyllelse.

I SiS kravspecifikation under punkten 1.3 anges bl.a. att ramavtalsleverantören ska ta ett helhetsansvar vid införande och leverans av tjänster, även vid migrering från befintlig miljö samt från befintlig leverantör till ny leverantör. Det framgår vidare att ramavtalsleverantören ska ansvara för fullständig lösningsdesign baserad på de behov och förutsättningar som beställaren redovisar och leverera en komplett fungerande tjänst. I punkten 1.3.1 i kravspecifikationen anges vidare bl.a. att ramavtalsleverantören ska ange ett engångspris för installation. Installationen ska omfatta projektledning, leveransanpassning, programmering, utbildning och uppstartshjälp, inklusive resor, traktamenten och boende, för att uppnå avtalad funktionalitet. Det anges vidare i punkten 2.2 i avropsförfrågan att avropssvaret ska utformas helt i enlighet med avropsunderlaget och att reservationer, alternativa anbud eller liknande inte accepteras. Vidare anges att SiS inte accepterar tillkommande kontraktsvillkor från ramavtalsleverantören.

SiS har i punkten 4.0 i avropsförfrågan angett att myndigheten kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt, utifrån bästa förhållande mellan pris och kvalitet. SiS har vidare angett att myndigheten avser att först kontrollera om avropssvaren uppfyller samtliga uppställda krav och att sedan utvärdera de avropssvar som uppfyller kraven.

Parterna är överens om att kravet i punkten 1.3 i kravspecifikationen är utformat som ett obligatoriskt krav. Av likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav. Anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav ska därför inte beaktas vid utvärderingen. Det är

anbudsgivaren som ska visa att de obligatoriska kraven som ställs i upphandlingsdokumenten är uppfyllda.

SiS använder sig i upphandlingen av ett elektroniskt upphandlingsverktyg, e-avrop. Genom att kryssa i 1.3 i e-avropet har ramavtalsleverantören bekräftat att den godkänner samtliga krav i kravspecifikationen. SiS har som svar på fråga från anbudsgivarna gällande punkten i e-avropet svarat att "Genom att bekräfta punkten 1.3 i e-avrop godkänner ramavtalsleverantören samtliga krav i Bilaga 6 Kravspecifikation".

Av upphandlingsunderlaget framgår vidare att anbudsgivare ska bifoga bl.a. ett lösningsförslag till sitt avropssvar. Lösningsförslaget ska sedan utvärderas i upphandlingens utvärderingsfas. Tele2 har i sitt bifogade lösningsförslag, punkt 8.11, angett att "den kunddata och programmering som idag ligger i respektive DECT-systems master och slavbasar och som under åren arbetats fram förutsätts kunna återanvändas och åligger SiS att tillhandahålla ny avtalspartner". SiS anför att myndigheten har uppfattat det som att Tele2 endast kan utföra tjänsten om bolaget får återanvända befintlig kunddata och programmering i DECT-systemets master och slavbasar som nuvarande leverantör under åren arbetat fram. SiS har även uppfattat det som att Tele2 kräver att SiS tillhandahåller Tele2 denna information.

Förvaltningsrätten bedömer att det bifogade lösningsförslaget är en del av bolagets anbud. Tele2 anför att bolaget, redan genom att ha kryssat i punkten 1.3 i e-avropet, villkorslöst har uppfyllt samtliga ska-krav i upphandlingen och att svaret i kryssrutan bör ges företräde framför det lösningsförslag som bolaget har bifogat ansökan. Fråga är därmed om Tele2 genom skrivningen i lösningsförslaget har uppställt en otillåten reservation.

Frågan om motstridiga uppgifter vid anbudsgivning prövades av Kammarrätten i Stockholm i dom den 27 juni 2017, mål nr 766-17. I målet kryssade en anbudsgivare i rutor i förfrågningsunderlaget, vilket innebar att bolaget intygade att det uppfyllde kraven i upphandlingen. Bolaget bifogade samtidigt egna leverans- och betalningsvillkor som inte stämde överens med upphandlingens obligatoriska krav. Bolaget anförde att villkoren bifogats av misstag. Kammarrätten bedömde dock att villkoren var en del av bolagets anbud. Bolaget ansågs, genom att ha bifogat villkoren, ha gjort en otillåten reservation. Uppgifter i form av kryss i rutor bedömdes inte ha en sådan självständig betydelse att ett obligatoriskt krav kan anses vara uppfyllt, om anbudsgivaren samtidigt lämnar andra uppgifter med klart motsatt innebörd.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av ovan nämnda kammarrättsavgörande, att den omständighet att Tele2 har bekräftat en punkt i e-avropet inte har självständig betydelse för om bolaget kan anses ha uppfyllt det obligatoriska kravet. SiS svar på anbudsgivarnas fråga kan inte heller anses innebära att SiS har medgett att reservationer mot det obligatoriska kravet får göras i någon annan del av upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser vid en sammantagen bedömning att Tele2 i sitt anbud har lämnat en otillåten reservation mot ett obligatoriskt krav. Punkten 8.11 i bolagets lösningsförslag kan med hänsyn till hur den utformats inte tolkas som ett förslag i den mening som bolaget gör gällande. Det saknar enligt domstolens mening betydelse att reservationen uppställts i en sådan bilaga som egentligen skulle komma att utvärderas först i utvärderingsfasen. Ett motsatt tillvägagångssätt hade inneburit att SiS hade utvärderat ett anbud trots att myndigheten bedömt att det inte uppfyllde upphandlingens obligatoriska krav. Ett sådant förfarande skulle ha stridit mot likabehandlingsprincipen i LOU. Förvaltningsrätten finner därför att Tele2 har lämnat ett orent anbud innebärande att det i upphandlingen ställde kravet på att

tillhandahålla en helhetslösning för kommunikationstjänst inte är uppfyllt. SiS har därmed rätteligen förkastat Tele2:s anbud på denna grund.

Borde Tele2 ha getts tillfälle att förtydliga sitt anbud?

Tele2 anför vidare att SiS borde ha utnyttjat sin rätt enligt 4 kap. 9 § LOU att begära ett förtydligande från Tele2 för att förstå vad Tele2 menat med skrivningen i punkt 8.11 i lösningsförslaget.

En upphandlande myndighet får enligt 4 kap. 9 § första stycket LOU tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. I andra stycket anges att en sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

I förarbetena till 4 kap. 9 § LOU anges bl.a. att bestämmelsen bör tillämpas restriktivt och att helt nya sakuppgifter inte kan tillföras ett anbud genom en komplettering eller ett förtydligande. Det ska inte handla om att ersätta tidigare lämnade uppgifter med nya utan om att konkretisera dem på något sätt (se prop. 2015/16:195 s. 977). Högsta förvaltningsdomstolen har i visst fall ansett att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att begära komplettering av ett anbud som inte uppfyllt ett obligatoriskt krav (se HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten tolkar, i likhet med SiS, Tele2:s skrivning som om bolaget avser att inte tillhandahålla kunddata och programmering och att bolaget tvärtom förutsätter att detta tillhandahålls av den upphandlande myndigheten. Domstolen anser inte att skrivningen ger utrymme för olika tolkningar eller att den innehåller sådana otydligheter som hade kunnat åtgärdas genom att SiS berett bolaget tillfälle att förtydliga anbudet. Det får

mot denna bakgrund anses högst tveksamt om SiS över huvud taget haft möjlighet att med stöd av 4 kap. 9 § LOU ge bolaget tillfälle att förtydliga anbudet för att uppfylla det obligatoriska kravet.

Oaktat vad som redogjorts för ovan konstaterar förvaltningsrätten att 4 kap. 9 § LOU är en fakultativ bestämmelse. En upphandlande myndighet har en möjlighet – men inte en skyldighet – att begära eller tillåta att en leverantör förtydligar sitt anbud. Att SiS inte gett Tele2 tillfälle att förtydliga anbudet medför således inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Tele2 har i sin ansökan om överprövning förtydligat vad som avsetts med skrivningen i anbudet i syfte att visa att kravet är uppfyllt. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 6 april 2017 i mål nr 7055-16 funnit att brister i ett anbud inte kan läkas genom komplettering eller förtydligande under en överprövningsprocess, eftersom ett sådant förfarande skulle strida mot likabehandlingsprincipen och förbudet mot diskriminering av övriga anbudsgivare. Oavsett vad som kan utläsas ur de kompletteringar som Tele2 nu lämnat in, kan de alltså inte läka bristen i anbudet.

Har SiS förfarit i strid med transparensprincipen?

Tele2 har vidare gjort gällande att SiS har uppmanat anbudsgivarna att i bifogat lösningsförslag beskriva eventuella begränsningar jämfört med ska- och bör-kraven i 3.1 i kravspecifikationen. Tele2 anför att SiS genom att förkasta bolagets anbud, trots att bolaget har följt den angivna uppmaningen, har handlat i strid med transparensprincipen. Bolaget menar att det var felaktigt av SiS att låta lösningsförslaget, som borde varit avgörande vid anbudsvärderingen, utgöra grund för att förkasta bolagets anbud redan vid den formella anbudsprövningen.

Kravet på transparens innebär bl.a. att upphandlingsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid utvärderingen. Kravet på transparens innebär således att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. Av EU-domstolens praxis framgår att upphandlingsdokument ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00 SIAC Construction).

Av punkten 2.1 i SiS avropsförfrågan framgår att anbudsgivare ska bifoga lösningsförslag i enlighet med punkten 3.1 i kravspecifikationen. Av punkt 3.1 i kravspecifikationen framgår bl.a. att SiS efterfrågar en sammanhållen och heltäckande beskrivning av den lösning som ramavtalsleverantören föreslår för leverans av tjänsten, samt hur denna kan utvecklas. Det framgår vidare att ramavtalsleverantören i redovisningen bör beskriva ett flertal faktorer för tillhandahållandet av tjänsten. Den punkt som nu är i fråga anger att ramavtalsleverantören i redovisningen bör beskriva ”föreslagen lösning för beställaren under kontraktperioden, inkluderande förutsättningar och begränsningar för tjänsten (sådan som ramavtalsleverantören anser bör tilläggas utöver ställda ska- och bör-krav i denna förfrågan)”. Vidare anges att punkterna i utvärderingsfasen utvärderas och poängsätts enligt en skala från 1 till 4, där 4 är mycket bra och 1 är minsta acceptabla nivå.

Enligt förvaltningsrätten är det aktuella kravet i 3.1 i kravspecifikationen utformat på ett sådant sätt att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare bör haft möjlighet att förstå punktens innebörd. Domstolen bedömer att det borde ha stått klart att anbudsgivaren, genom vad som anges i punkt 3.1, ges utrymme att beskriva den lösning som föreslås för leverans av tjänsten. Punkten kan enligt förvaltningsrättens mening inte tolkas som att anbudsgivaren ges möjlighet att uppställa otillåtna reservationer till

obligatoriska krav. Förvaltningsrätten har ovan bedömt att det saknar betydelse att den grund varpå bolagets anbud har förkastats har angetts i en redovisningsbilaga. SiS kan därmed inte anses ha förfarit i strid med transparensprincipen. Det saknas därför skäl för ingripande med stöd av LOU.

Sammanfattning

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Tele2 har lämnat ett orent anbud innebärande att det i upphandlingen ställda kravet på att tillhandahålla en helhetslösning för kommunikationstjänst inte är uppfyllt. SiS har därmed haft fog för sitt beslut att förkasta Tele2:s anbud. Den omständigheten att SiS inte har berett Tele2 möjlighet att förtydliga sitt anbud medför inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Förvaltningsrätten anser inte heller att upphandlingsunderlaget är otydligt eller på annat sätt utformat i strid med transparensprincipen i LOU. Tele2:s ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Anna Björklund
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Agnes Hammarlund har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

