



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2015-02-04
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24512-14

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Borderlight AB, 556595-6363
Vretgränd 18
753 22 Uppsala

MOTPART

Solna stad
171 86 Solna

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-02-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om muntlig förhandling.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 563668

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Solna stad har genomfört en upphandling av datakommunikation och telefoni som tjänst (med beteckningen KS 2013:353) genom ett öppet förfarande. Tilldelningsbeslut fattades den 7 oktober 2014.

Borderlight AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Solna stad ska utföra en ny utvärdering och bolaget ska tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Solna stad har som huvudargument för att förkasta bolagets anbud angett att det är klarlagt att bolagets anbud, oaktat eventuella tekniska problem vid anbudslämnandet, saknar redovisning av de underleverantörer som anges som leverantörsnätverk samt leverantörsåtagande från dessa.

Redovisning av underleverantörer

Solna stad har i sin beslutsmotivering blandat ihop bolagets svar på förfrågningsunderlagets punkt 3.6 och punkten 3.10 med följande påstående: ”...saknar redovisning av de underleverantörer som anges som leverantörsnätverk samt leverantörsåtagande från dessa...”

Bolaget har under punkten 3.6 svarat på Solna stads fråga genom att ange en kortfattad beskrivning av företaget och det utgör alltså inte svar på frågan under punkten 3.10 gällande andra företags kapacitet. Beskrivningen av partnernätverket som del av bolagets beskrivning av företaget har sin grund i att bolaget under det senaste året har tilldelats två stora ramavtal från Statens Inköpscentral och det är därför befogat att bolaget i sin verksamhetsbeskrivning också nämner detta partnernätverk, som är en viktig del av leveransorganisationen. Bolagets tilldelning i dessa stora ramavtal är väl känt för Solna stad eftersom tilldelningen i de statliga ramavtalen låg till grund för Solna stads inbjudan till möte före starten av upphandlingen. Detta styrks t.ex. av beskrivningen under punkten 7.1 ”Allmänna villkor”

där Solna stad anger att de allmänna villkoren på de allra flesta punkter är identiska med Statens inköpscentral vid Kammarkollegiets Allmänna villkor för "Kommunikation som tjänst". Solna stads upphandling är relativt sett en mycket liten upphandling jämfört med de statliga ramavtal bolaget arbetar med idag och det stora kontaktnät av underleverantörer bolaget förfogar över har inte varit motiverat att använda för den här upphandlingen. Eftersom det tydligt framgår att Solna stad använt Statens Inköpscentralers ramavtal som mall för upphandlingen så är det också relevant att notera Statens Inköpscentralers slutsats om avgränsning för vilka underleverantörsförhållanden som är rimliga att redovisa eftersom detta är mer utförligt beskrivet i kvalificeringskraven för ramavtalet KST. Bolagets svar på andra företags kapacitet (punkten 3.10) visar att de för det aktuella anbudet valt att ta med en underleverantör från partnernetverket som var relevant (ClearIT för Kontaktcenter). Kontaktcenter utgör ca 28 % av texten i förfrågningsunderlaget och 47 % av mervärdespoängen. Bolaget förfogar inom detta område för ytterligare 15 anställda. Solna stad har i den delen begärt ett förtydligande som besvarades av bolaget den 29 september 2014. Det framgår tydligt att svaret under punkten 3.6 avser en kortfattad beskrivning av företaget och att detaljerad information om verksamheten och partnernetverk finns allmänt tillgänglig via bolagets hemsida. Bolaget har även ansett det påkallat att under kravet "kortfattad beskrivning..." i förfrågningsunderlaget hänvisa till bolagets hemsida för mer detaljerad information eftersom det inte var motiverat eller proportionerligt att i detalj redovisa underleverantörsavtal för hela partnernetverket för det aktuella anbudet. Bolaget har möjlighet att förtydliga med ytterligare intyg och dokument om Solna stad önskar. Solna stad har haft alla möjligheter att efterfråga och få sådan information i enlighet med förfrågningsunderlaget punkten 3.11.2.

Bolaget anser att Solna stads krav på att underleverantören ska underteckna en förbindelse om solidariskt totalansvar för hela anbudet helt utan avgränsning inte är relevant eller proportionerligt enligt LOU. Varje anbudsgivare måste själv ha full rådighet över för vilka delar i anbudet man väljer att använda underleverantörer och den avgränsning som genom det är relevant, vilket klargörs tydligt av bolagets anbud. Andra anbudsgivare som utvärderats av Solna stad har också gjort motsvarande avgränsningar i sina anbud. Av 11 kap. 12 § LOU framgår gällande krav på redovisning av underleverantörer att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Bolaget har på annat sätt visat detta genom att i detalj beskriva på vilket sätt bolaget åberopar ClearIT:s kapacitet och även bifogat ett underleverantörsintyg.

Solna stad bestrider bolagets yrkanden. För det fall bolagets anbud inte skulle ha diskvalificerats yrkar Solna stad att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Solna stad är inte part i Statens Inköpscentrals ramavtal avseende kommunikation som tjänst och har därför inte rätt att avropa tjänster från det ramavtalet. Staden genomför en egen upphandling avseende datakommunikation och telefoni som tjänst. Det är alltså fråga om två helt separata upphandlingar med olika kravspecifikationer och anbudsprövning. Solna stad har valt att i ett avseende (Allmänna villkor för Kommunikation som tjänst) tillämpa likartade villkor som Statens Inköpscentral i syfte att harmonisera leveransen av tjänsterna med gängse villkor i branschen. Staden har ställt krav på att anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk ställning i förhållande till de uppdrag som upphandlingen omfattar (se förfrågningsunderlaget punkten 3.5.1). Utöver det har staden ställt krav på att leverantören ska ha kapacitet att hantera och leverera upphandlingsföremålet i efterfrågad omfattning. Staden bestrider

att något av dessa krav står i strid med proportionalitetsprincipen. Bolaget har inte diskvalificerats på grund av sin ekonomiska ställning eller på grund av hur många anställda Bolaget har.

Kravet på underleverantör

Solna stad har ställt krav på att den anbudsgivare som avser att åberopa ett annat företags kapacitet enligt förfrågningsunderlaget punkten 3.10 ska styrka tillgången till underleverantörens kapacitet genom att till anbudet bifoga en skriftlig utfästelse från underleverantören och utfästelsen ska även innehålla uppgift om företagets namn, organisationsnummer och vilken upphandling som avses. Bolaget har i sitt anbud uppgett att underleverantörer kommer att användas för fullgörande av det uppdrag som stadens upphandling omfattar. Till styrkande av detta har bolaget dels hänvisat till information om bolagets partnernätverk som är allmänt tillgänglig via bolagets hemsida, dels gett in en kopia av underleverantörsintyg för ClearIT. Intyget avser en upphandling av datakommunikation som tjänst som Statens Inköpscentral har genomfört och alltså inte den nu överprövade upphandlingen. Bolaget uppfyller därför inte det obligatoriska kravet att redovisa sina underleverantörer och bifoga underleverantörsåtaganden. Därför har anbudet diskvalificerats. Både hänvisningen till partnernätverket och underleverantörsintyget saknar den skriftliga utfästelse om fullgörande för de uppdrag som omfattas av den aktuella upphandlingen. De krav Statens Inköpscentral ställt i sin upphandling avseende underleverantörer är inte relevanta bedömningen om bolaget uppfyller de ställda ska-kraven i Solna stads upphandling. Bolaget har inte visat att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Det är inte tillräckligt att i anbudet allmänt hänvisa till ett partnernätverk som finns tillgängligt på bolagets hemsida utan att bifoga vare sig ett avtal mellan bolaget och de bolag som ingår i partnernätverket vars kapacitet åberopas eller ett ensidigt åtagande från de leverantörer vars kapacitet åberopas. Bolaget har inte hel-

ler på annat sätt visat att man förfogar över nödvändiga resurser för fullgörandet av det aktuella kontraktet i sin helhet.

Det stämmer att bolaget uppgett två referensuppdrag i sitt anbud och bolaget har inte diskvalificerats på grund av brister i referensuppdragen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

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. Det förutsätts att alla anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet (se prop. 2006/07:128, s. 155).

I 16 kap. 5 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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 vilka omständigheter talan grundas på (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i fallet RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att sökanden har lidit skada eller kunnat komma att lida skada på grund av de brister som påtalats (se HFD 2013 ref. 53). Oaktat vad sökanden yrkat beslutar domstolen då, med utgångspunkt i vad som är det mest ändamålsenliga i varje enskilt fall, om upphandlingen ska göras om eller rättas (jfr. RÅ 2005 ref. 47).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågorna i målet är dels om Solna stads ska-krav avseende redovisning av underleverantör och skriftlig utfästelse avseende underleverantörs åtagande står i strid med LOU eller gemenskapsrätten, dels om bolaget uppfyller de ställda ska-kraven avseende redovisning av annat företags kapacitet.

Förfrågningsunderlagets utformning

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling (se RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Grundläggande är att leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare har kännedom om hur bedömningen av deras anbud kommer att gå till. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som har funnits i förfrågningsunderlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav.

Solna stad har under punkten 3.10 med rubriken "Andra företags kapacitet" angett att anbudsgivare ska styrka tillgången till underleverantörs kapacitet genom att till sitt anbud foga en skriftlig utfästelse med följande lydelse:

"Undertecknat företag förbinder sig härmed och oåterkalleligt att ställa erforderliga resurser till anbudsgivarens förfogande för det rätta fullgörandet av anbudsgivarens åtagande för det fall anbudsgivaren tilldelas detta kontrakt. Anbudsgivaren och undertecknade företag svarar solidariskt för denna utfästelse och Solna stad äger rätt att fullt ut erhålla ersättning av endera undertecknade företag för samtliga kostnader hänförliga till bristande uppfyllelse för denna utfästelse".

Förfrågningsunderlaget möjliggör för en anbudsgivare att använda sig av underleverantör för fullgörande av uppdraget. Om annat företags kapacitet ska åberopas/ansvändas har Solna stad ställt som ska-krav att det ska styrkas genom en skriftlig utfästelse. Ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv kan inte detta krav anses brista vad gäller de grundläggande kraven i 1 kap.

9 § LOU om förutsägbarhet eller likabehandling. Det kan inte heller anses stå i strid med kravet på proportionalitet eftersom det inte kan anses vara ett orimligt krav att en anbudsgivare som har för avsikt att återropa och använda sig av andra företags kapacitet också visar att en underleverantör har de resurser som krävs för fullgörande av uppdraget.

Frågan om bolaget uppfyller ska-krav

Bolaget har dels återropat att Solna stad verkar ha blandat ihop kraven under punkterna 3.6 och 3.10 i förfrågningsunderlaget, dels återropat vad Statens Inköpscentral uppgett angående vilka underleverantörsförhållanden som är rimliga att redovisa. Angående en eventuell förväxling av kraven i punkterna 3.6 och 3.10 bedömer förvaltningsrätten i detta avseende att bolaget, utöver en kortfattad beskrivning av ett partnernetverk som finns beskrivet på bolagets hemsida och ett bifogat underleverantörsintyg avseende en annan upphandling, inte redovisat för underleverantörers kapacitet på det sätt som efterfrågats i det obligatoriska kravet i förfrågningsunderlaget. Den hänvisning bolaget gjort till vad Statens Inköpscentral har anfört angående krav på underleverantör i en annan upphandling saknar relevans i sammanhanget, oaktat att Solna stad använt Statens Inköpscentral allmänna villkor som mall i den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten bedömer därför att bolaget inte uppfyller de ställda ska-kraven i den delen.

Övriga invändningar

Bolaget har även gjort vissa invändningar avseende tekniska problem i samband med anbudslämnandet i det elektroniska anbudssystemet och även gjort invändningar avseende lämnandet av referenser och bolagets ekonomiska kapacitet. Mot bakgrund av att Solna stad anfört att bolaget inte gått vidare till utvärdering på grund av brister angående redovisning av underleverantörers kapacitet, vilket även framgår av upphandlingsprotokollet daterat 2014-10-06, finns inte anledning att närmare gå in på bolagets invändningar i den delen.

Muntlig förhandling

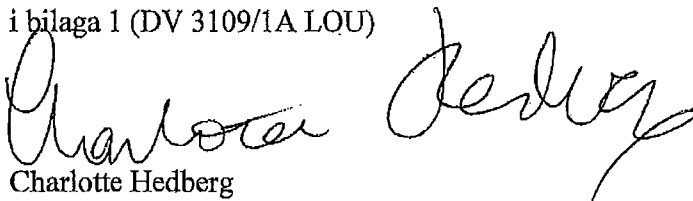
Förfarandet i förvaltningsrätten är skriftligt. Enligt 9 § förvaltningsprocesslagen får dock i handläggningen ingå muntlig förhandling beträffande viss fråga när det kan antas vara till fördel för utredningen eller främja ett snabbt avgörande av målet. I lagrummet anges vidare att muntlig förhandling ska hållas, om enskild som för talan i målet begär det samt förhandlingen ej är obehövlig och ej heller särskilda skäl talar mot det.

Förvaltningsrätten bedömer, med särskild hänsyn tagen till målets karaktär och sakfrågans beskaffenhet, att en muntlig förhandling inte kan förväntas tillföra utredningen något som inte redan tillförts målet skriftligen. Förvaltningsrätten finner därför att en muntlig förhandling är obehövlig, varför yrkandet ska avslås.

Mot bakgrund av det anförda bedömer förvaltningsrätten att bolagets ansökan om överprövning ska avslås i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Charlotte Hedberg

Rådman

Johanna Segerheim har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.