



KLAGANDE

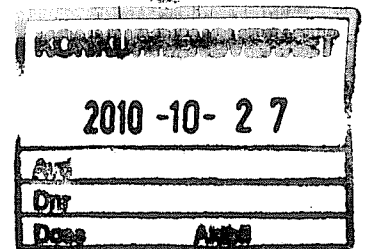
AKELA Konsult AB, 556625-0113
Drottninggatan 48
803 10 Gävle

MOTPART

Kommunalförbundet ITSAM, 222000-2584
Box 1
590 40 Kisa

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rätten bifaller ansökan och förordnar att ITSAM:s upphandling ”Projektörer för utbyggnad av IT-infrastruktur” får avslutas först sedan rättelse skett, på så sätt att anbud från Eltel Networking Infranet AB, Teknorama AB och Utsikt Nät AB inte tas med i utvärderingen.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 24 september 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 26223

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kommunalförbundet ITSAM genomför, för vissa kommuners räkning, bl a Norrköpings kommun, en upphandling ”Projektörer för utbyggnad av IT-infrastruktur”. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande. Tilldelningsbeslut har fattats den 15 september 2010 varvid BD Infrastrukturell Communication har antagits.

AKELA Konsult AB (nedan bolaget) ansökte om överprövning av upphandlingen och yrkade att den skulle rättas. Bolaget anförde bl.a. följande. Flera av anbudsgivarna uppfyller inte skallkraven i del 4, eftersom de inte har skickat med dokumentation av erfarenhet av arbete med etablering i IT-infrastruktur. ITSAM:s egen utvärdering visar på bristerna i anbudet. De har inte tilldelat samtliga anbud full poäng avseende tidigare erfarenhet. Eftersom vissa anbudsgivare inte uppfyllt samtliga skallkrav, och skallkraven är obligatoriska, får inte dessa anbudsgivares anbud antas.

Förvaltningsrätten beslutade den 24 september 2010 att upphandlingen inte får avslutas till dess rätten förordnar annat i målet.

ITSAM beslutade den 30 september 2010 att avbryta upphandlingen. Som skäl angavs bl.a. att det förelegat brister i upphandlingsunderlaget gällande transparens och förutsägbarhet i hur pris och tidigare erfarenhet skulle utvärderas.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar ITSAM:s beslut att avbryta upphandlingen och anför bl.a. följande. Det framgår klart och tydligt av punkterna 1 och 4 i förfrågningsunderlaget vilka krav på erfarenhet som avkrävs av anbudsgivaren. Det går att uttolka av förfrågningsunderlaget att beställaren är angelägen om tidigare erfarenhet från etablering av bredbandsnät på landsbygd, med de delmoment som särskilt beskrivs i för-

frågningsunderlaget. I punkten 1 finns momenten beskrivna och i punkten 4 stadgas att anbudsgivaren ska ge exempel på tidigare erfarenheter inom respektive delområde. Frågorna är utformade som skallkrav. I utvärderingsfasen ges varje område lika stor andel av viktprocenten avseende erfarenhet. Den totala procentsatsen för erfarenhet uppgår enligt förfrågningsunderlaget till 35 %. Då det är fråga om skallkrav, är samtliga anbudsgivare medvetna om att de måste visa att de besitter den erfarenhet som efterfrågas. Kravet på redovisning av erfarenheter poängteras också i punkten 4. Sammanställningen kan ses som en kontroll av att skallkraven är uppfyllda. Alla som inte har 35 poäng/procent avseende erfarenhet i sammanställningen måste uteslutas. Utformningen av kraven medför att det krävs mer än allmänna skrivningar för att en anbudsgivare ska anses ha visat att den besitter efterfrågad kompetens. Dokumentation ska dessutom bifogas ansökan. Det förhållandet att vissa anbudsgivare brustit i uppfyllelse av skallkraven, betyder inte att de saknat möjlighet att förstå vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Det är därför felaktigt att hänvisa till brister i transparens och förutsägbarhet. – Bolaget uppfyller samtliga skallkrav och diskrimineras därför om upphandlingen avbryts. Detsamma gäller den andra anbudsgivaren som uppfyller kraven. Det finns således två anbudsgivare som kan tilldelas uppdraget. Det saknas därför inte konkurrens om uppdragen. Tilldelning av kontrakt ska i första hand ske till den leverantör som lämnat det bästa anbudet. Upphandlingen avser maximalt tre olika projektörer. Av 5 kap. 5 § LOU framgår att det ska finnas ett tillräckligt stort antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna samt ett tillräckligt stort antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna. I denna upphandling har det inte förelegat några större skillnader mellan anbuden. Konkurrenssituationen har varit god. Av de fem inkomna anbuden faller emellertid tre bort, eftersom de inte uppfyller skallkraven i förfrågningsunderlaget. Det finns tillräckligt stort antal anbud som uppfyller urvals- och tilldelningskriterierna. Vid utvärderingen förelåg en poängmässigt större skillnad mellan ettan och tvåan än mellan tvåan och femman.

ITSAM har inte svarat på annat sätt än genom att inge beslutet om att avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Förfrågningsunderlaget

Av punkten 1. – *Generell beskrivning av upphandlingen* framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser maximalt tre olika projektörer med kunskap om schaktentreprenader i samband med förläggning av kanalisation för IT-infrastruktur (främst optisk fiberkabel). De projektörer som upphandlas skall ha kunskap och dokumenterad erfarenhet av projektering av kabelschakt, kontakt med tillståndsgivande myndigheter som exempelvis Trafikverket, Länsstyrelser, Riksantikvarieämbetet etc. Projektörer skall ha vana av att sluta markavtal med markägare, att självständigt sköta kontakter med kommuner, elnätsägare och andra infrastrukturägare. Projektörerna skall ha dokumenterad erfarenhet av s.k. ”byanät” och hur dessa etableras.

Av punkten 4. – *Omfattning* framgår bl.a. följande. Anbudsgivare skall ha kunskap om och tidigare dokumenterad erfarenhet av etablering av IT-infrastruktur och arbete med byalag. Dokumentation kring detta skall bifogas anbudet. – Anbudsgivare skall ange etableringsavgift vid arbete i regionen (Östergötlands län). Beräknat antal etableringar är ca 50 st. under hela avtalsperioden. Beräknad volym är endast vägledande vid utvärderingen och är inte bindande för Beställaren. – I redovisade timpriser skall samtliga kostnader ingå, såsom, men ej begränsat till, arbetsgivarkostnader, kontorskostnader, datorer, skrivare, mobiltelefon och dylikt. Beräknad volym är ca 2 000 timmar under perioden 2010 – 2013. Beräknad volym är endast vägledande vid utvärderingen och är inte bindande för Beställaren.

Lagtext m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har först att bedöma om det funnits förutsättningar för ITSAM att avbryta upphandlingen på angiven grund.

En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, kan presentera sakliga skäl för beslutet. Vidare krävs att myndigheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling (jfr EG-domstolens avgörande i mål C-244/02 Kauppatalo). Bevisbördan för att sakliga skäl för avbrytande föreligger åligger således den upphandlande myndigheten. Någon klar och entydig praxis angående vad som kan anses utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande har ännu inte utbildats (se RÅ 2008 ref. 35).

ITSAM har, vad gäller fråga om avbrytande av upphandlingen, endast anfört att förfrågningsunderlaget brister i transparens och förutsägbarhet beträffande hur pris och erfarenhet ska utvärderas. Bolaget har häremot genmält att det av förfrågningsunderlaget tydligt framgår vilka krav som ska uppfyllas av anbudsgivarna. ITSAM har beretts tillfälle till yttrande över vad bolaget anfört, men har inte svarat.

Förvaltningsrätten konstaterar att bevisbördan för att beslutet att avbryta upphandlingen vilat på sakligt godtagbara skäl åvilar ITSAM. Det är härvid inte tillräckligt att hänvisa till brister i förfrågningsunderlaget, utan att dessa brister mer utförligt identifieras och motiveras. ITSAM har ställt ett antal krav på tidigare erfarenhet inom det område som är föremål för upphandlingen. Kraven är utformade som skall-krav. Åberopad erfarenhet ska dessutom styrkas genom ingivande av dokumentation. Det förhållandet att vissa anbudsgivare inte förmått visa att de uppfyller de uppställda kraven, kan inte utan vidare förklaras med att det föreläggat brister i förfrågnings-

underlaget. ITSAM har därför inte i målet visat att förfrågningsunderlaget brister i transparens och förutsägbarhet. ITSAM:s beslut kan således inte anses ha vilat på sakligt godtagbara skäl. Beslutet ska därför upphävas.

Förvaltningsrätten har vid en sådan bedömning att pröva bolagets övriga åberopade grunder för begäran om överprövning.

Den andra frågan i målet är om ITSAM borde ha uteslutit anbud från Eltel Networks Infranet AB, Teknorama AB samt Utsikt Nät AB från anbudsutvärderingen på grund av att de inte uppfyller vissa skall-krav i förfrågningsunderlaget.

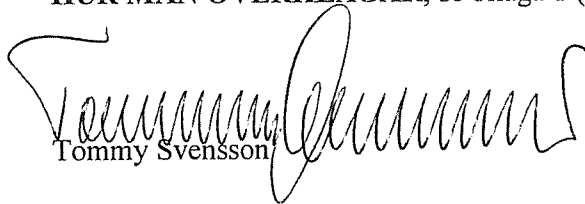
Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget bl.a. anges att projektörerna *skall* ha vana av att sluta markavtal med markägare. Kravet är således utformat som ett skall-krav. Av ITSAM:s utvärdering framgår att Eltel Networks Infranet AB, Utsikt Nät AB samt Teknorama AB vid utvärderingen tilldelats noll poäng under det aktuella kravet. Dessutom framgår att Teknorama AB tilldelats noll poäng med avseende på dokumenterad erfarenhet av projektering av kabelschakt samt kontakt med tillståndsgivande myndigheter. Detta till trots har samtliga tre anbud tagits upp till utvärdering. Eftersom ITSAM varit skyldig att upprätthålla samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav borde de berörda anbuden ha uteslutits från utvärderingen. Genom att ändå utvärdera nämnda anbud har ITSAM brutit mot 1 kap. 9 § LOU och likabehandlingsprincipen.

Bolaget får anses ha visat att konstaterade brister är sådana att de medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för åt-

gärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därför. Förvaltningsrätten har enligt detta lagrum att, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Med hänsyn till att konstaterade brister inte kan anses hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, får rättelse anses vara lämplig och tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska således rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid anbud från Eltel Networks Infranet AB, Teknorama AB samt Utsikt Nät AB utesluts.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (Dv 3109/1 D).


Tommy Svensson

Föredragande har varit Henrik Lindblom



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 offentlig part 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.