



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2015-11-26
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
10019-15, 10680-15
10683-15, 10684-15
10685-15, 10686-15

SÖKANDE

Blacklink Networks AB, 556861-8259

Ombud: Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB
Västerled 33
245 64 Hjärup

MOTPARTER

1. Bostads AB Poseidon, 556120-3398
2. Familjebostäder i Göteborg AB, 556114-3941
3. Gårdstensbostäder AB, 556536-0277
4. Förvaltnings AB GöteborgsLokaler, 556082-4897
5. Göteborgs stads parkeringsaktiebolag, 556119-4878
6. Göteborgs Stads Bostadsaktiebolag, 556046-8562

Ombud för 1-6:

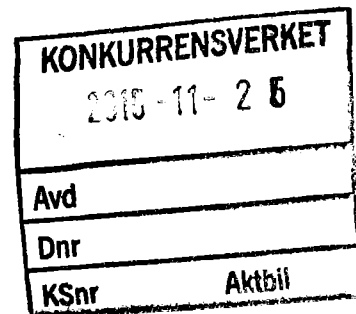
Advokat Roland Adrell och jur. kand. Sara Karlsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.



BAKGRUND

Sökandens ovan angivna motparter (fortsättningsvis Bolagen) samarbetar genom ett enkelt bolag och genomför via Bostads AB Poseidon en upphandling benämnd serviceåtagande avseende IT-infrastruktur, UH15-062. Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande. Av förfrågningsunderlaget framgår att Bolagen hade för avsikt att teckna kontrakt med den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolagen meddelade tilldelningsbeslut den 18 september 2015.

Av tilldelningsbeslutet framgår att fem leverantörer lämnat anbud. Vidare framgår att Primär Fastighetsförvaltning Aktiebolags (fortsättningsvis Primär) anbud enligt utvärderingen var det ekonomiskt mest fördelaktiga och att Eltel Networks Infranet AB:s (fortsättningsvis Eltel) anbud rangordnades som det näst bästa. Blacklink Networks AB:s (nedan Blacklink) anbud hade lägsta priset men värderades som det tredje bästa anbudet vid den sammantagna utvärderingen. Vid utvärderingen viktades anbudspriset till 60 procent och kvalitetsfaktorn, genomförandebeskrivningen, till 40 procent.

YRKANDEN, M.M.

Vad Blacklink yrkar och anför

Blacklink yrkar i första hand att en ny utvärdering av de inkomna anbuden ska göras, varvid ska bortses från Primärs och Eltels anbud. I andra hand yrkar Blacklink att upphandlingen ska göras om. Blacklink anför i huvudsak följande.

Grunden för förstahandsyrkandet är att Bolagen har utvärderat anbuden från Primär och Eltel trots att dessa anbud är behäftade med brister och rätteligen skulle ha diskvalificerats. Att anbuden ändå utvärderats strider mot de

grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Då anbudet från Blacklink kom på tredje plats vid utvärderingen skulle Blacklink vid en korrekt genomförd kvalificering ha tilldelats upphandlingens kontrakt. Blacklink har således lidit skada p.g.a. Bolagens förfaringssätt.

I förfrågningsunderlagets deldokument *Rambeskrivning och Funktionskrav* anges på sidan 13 att "anbudsgivare skall i anbud acceptera det utförande och funktionskrav som beskrivs i bilaga *RB4 Beskrivning Fastighetsnät*". Det är sålunda fråga om ett fetstilsmarkerat skall-krav enligt definitionen på sidan 4 i förfrågningsunderlagets särskilda föreskrifter.

Anbuden från Primär och Eltel innehåller inget accepterande av det utförande och funktionskrav som beskrivs i bilaga *RB4 Beskrivning Fastighetsnät*. Anbuden innehåller därmed en brist som enligt ordalydelsen i förfrågningsunderlaget, de grundläggande principerna om likabehandling och transparens samt rättspraxis medförde en ovillkorlig skyldighet för Bolagen att förkasta anbuden. Detta har inte skett.

Bolagen har alltså i förfrågningsunderlaget formulerat en ovillkorlig skyldighet för anbudsgivarna att acceptera ett visst utförande- och funktionskrav för säkerställande av att anbudsgivarna uppfattat, förstått och accepterat kravet. Primär och Eltel har till skillnad från Blacklink inte accepterat kravet i sina anbud eller på något annat sätt uttryckt att de tagit del av eller godtagit kravet. Av deras anbud går helt enkelt inte att utläsa den information som krävs enligt förfrågningsunderlaget.

Bolagen har i målet hävdats att Primärs och Eltels anbud uppfyller det aktuella kravet genom att de har accepterat ett annat av upphandlingens krav. Bolagens resonemang innebär att en allmän, generell och/eller indirekt accept av upphandlingens krav skulle vara tillräckligt för att uppfylla upphandlingens krav. Detta hade varit fallet om förfrågningsunderlaget hade

föreskrivit att detta hade varit tillräckligt. Så är dock inte fallet i denna upphandling, där Bolagen i stället valt att för vart och ett av kraven i bilagan *Rambeskrivning och funktionskrav* kräva en uttrycklig accept i anbudet.

I dokumentet *Upphandlingsföreskrifter UF3.52* under rubriken *Kompetens och vidareutbildning servicepersonal* anges att anbudet ska innehålla en beskrivning av hur anbudsgivarna arbetar med nyrekrytering av servicetekniker. Detta anges även på sidan 4 i anbuudsformuläret. Primärs anbud saknar denna information. Bolagen har även genom att inte reagera på denna brist brutit mot de mest grundläggande principerna som gäller för offentlig upphandling.

Grunden för andrahandsyrkandet är att förfrågningsunderlagets utvärderingskriterium *Genomförandebeskrivning* inte uppfyller LOU:s krav på öppenhet. Beskrivningen av utvärderingskriteriet är så allmänt hållen att Bolagen i praktiken har förbehållit sig en fri prövningsrätt. Blacklink har lidit skada av den bristfälliga beskrivningen av utvärderingskriteriet då denna per definition gjort det omöjligt att avge ett optimalt anbud.

Beskrivningen i förfrågningsunderlaget av kriteriet *Genomförandebeskrivning* anger sammanfattningsvis endast information om vad anbudsgivarna ska beskriva i sina anbud, vilken poängskala som gäller samt information om att ju bättre genomförandebeskrivningen är desto högre poäng kan erhållas. Det saknas dock fullständigt information om vad som faktiskt kommer att bedömas, vad som enligt bolagen gör en genomförandebeskrivning genomarbetad och vad som enligt Bolagen kan leda till att fibernätet får en hög funktionalitet och minimala stilleståndstider. Beskrivningen av kriteriet i förfrågningsunderlaget ger med andra ord ingen information om vilka närmare aspekter som just Bolagen avser att premiera i dessa avseenden.

Av den motivering som återfinns i tilldelningsbeslutet och i den enskilda skrivelsen till Blacklink kan konstateras, att Bolagen vid bedömningen av kriteriet *Genomförandebeskrivning* synes ha tagit fasta på ett antal aspekter som över huvud taget inte nämns i förfrågningsunderlagets beskrivning och därmed inte gått att förutse. Bolagen har dessutom dragit högst felaktiga slutsatser av den lämnade informationen i anbuden som, även om de varit korrekta, inte motsvaras av något underliggande krav eller angivet utvärderingskriterium.

Bolagens inställning i målet

Bolagen anser att Blacklinks ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Såväl Primär som Eltel har fyllt i anbudsformuläret korrekt och angett "Ja" vad gäller samtliga bekräftelser som efterfrågas där. Den första bekräftelsefrågan i punkt 2, "Obligatoriska krav gällande utförande av serviceåtagandet", i anbudsformuläret föreskriver:

Anbudsgivaren accepterar den geografiska spridningen på BE:s Passiva Nätstruktur samt dess utformning och definierade funktionskrav (Se rambeskrivning och funktionskrav punkt 3).

I den handling som anbudsformuläret i nu aktuell del hänvisar till, "Rambeskrivning och funktionskrav", punkt 3, anges följande:

Objektet som omfattas av Serviceåtagandet beskrivs genom den geografiska informationen avseende Beställarens Passiva Nätinfrastruktur som definieras i Bilaga RB1 "Geografisk information avseende Beställarens Passiva Nätinfrastruktur".

Beställarens passiva Nätinfrastruktur är utformad enligt de funktionskrav som anges i följande bilagor:

- RB3: Beskrivning Områdesnät och Anslutningsnät

- RB4: Beskrivning Fastighetsnät
- RB5: Beskrivning uttagsnät i lägenheten

Anbudsgivare **skall** i anbud acceptera den geografiska spridningen på Beställarens Passiva Infrastruktur samt dess utformning och definierade funktionskrav.

Som framgått hänvisar punkt 3 i handlingen Rambeskrivning och funktionskrav till bl.a. bilaga RB4. Primär och Eltel har i lämnade anbudsformulär accepterat vad som anges i den punkten. Utifrån det ovan redovisade innehållet i punkt 3 i handlingen "Rambeskrivning och Funktionskrav" är det därmed tydligt att Primärs och Ertels lämnade bekräftelser omfattar ett accepterande av den passiva infrastrukturen samt dess utformning och definierade funktionskrav såsom detta beskrivs i bilagorna RB1, RB3, RB4 och RB5.

Både Primär och Eltel har följaktligen, genom att lämna nu aktuell bekräftelse i anbudsformuläret i anbudet accepterat "det utförande och funktionskrav" som beskrivs i Bilaga RB4 Beskrivning Fastighetsnät. Anbudet innehåller således inte någon brist i detta avseende som utgör grund för förkastande av dem.

När det gäller kvalitetsfaktorn är, som framgår av punkten UF3.52 i upphandlingsföreskrifterna, det obligatoriska kravet att anbudsgivarna ska ge in en genomförandebeskrivning med ett sakinnehåll i enlighet med kriterierna i nämnda punkt. Det har Primär gjort. Primär beskriver, om än kortfattat, hur företaget "arbetar med nyrekrytering av servicetekniker och hur introduktion av nyanställda görs". Den omständigheten att beskrivningen hade kunnat utvecklas har föranlett en lägre poängsättning i denna del, men innebär inte att det obligatoriska kravet på att ge in en genomförandebeskrivning inte är uppfyllt.

I upphandlingsföreskrifternas punkt UF3.52 anges vad som gäller för utvärderingen och poängsättningen av de lämnade genomförandebeskrivningarna. Där anges bl.a. att "för beställarens del är målet att säkerställa hög funktionalitet och att minimera stilleståndstider". Vidare framgår vad som ska beskrivas samt kraven för att uppnå 40, 30, 20, 10 eller 0 poäng i den sammantagna kvalitetsutvärderingen. Det framgår att poängsättningen bestäms av hur väl genomarbetad genomförandebeskrivningen är och sannolikheten för att beskrivna inslag/aktiviteter ska kunna leda till "att fibernätet får en hög funktionalitet och minimala stilleståndstider".

Som Blacklink påpekar är denna typ av tjänst mycket komplex och en hög funktionalitet kan enligt Bolagen uppnås på flera sätt. Genom utvärderingsmodellen har anbudsgivarna fått möjlighet att beskriva på vilket sätt hög funktionalitet uppnås genom att beskriva sina egna rutiner. Det är Bolagens uppfattning att utvärderingskriterierna med tillhörande beskrivningar har gett en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare i branschen fullgoda förutsättningar för att förstå vad som ligger i uttrycken hög funktionalitet och minimala stilleståndstider. LOU ålägger inte en upphandlande myndighet att i detalj definiera vilket exakt anbuds innehåll som ska generera respektive poängnivå; en sådan ordning hade dessutom medfört icke önskvärda begränsningar av anbudsgivarnas möjligheter att redovisa olika lösningar för att nå hög funktionalitet och minimala stilleståndstider. Bolagen har möjliggjort för leverantörerna att, utifrån tydligt angivna parametrar och ett omfattande beskrivande material, utforma ett optimalt anbud utifrån det aktuella företagens förutsättningar. Mot denna bakgrund tillbakavisas att det skulle föreligga en bristande transparens i upphandlingen. Den i upphandlingen använda modellen har inte påverkat Blacklinks möjlighet att lämna sitt bästa anbud och upphandlingen har också i övrigt genomförts i enlighet med upprättat förfrågningsunderlag och de upphandlingsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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

Efter ansökan från en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling (16 kap. 4 § 1 LOU).

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 har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Bolagen i den aktuella upphandlingen, i något av de avseenden som Blacklink påstått, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot andra bestämmelser i LOU och om det därför finns grund för att ingripa mot upphandlingen. För ett ingripande krävs också att Blacklink har lidit eller kan komma att lida skada till följd av förfarandet.

Förvaltningsrätten prövar först om Bolagen kan anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen genom att utvärdera Primärs och Eltels anbud. Den fråga som då måste besvaras är om Primär och Eltel i sina anbud kan anses ha

accepterat det skall-krav som anges i förfrågningsunderlagets avsnitt *Rambeskrivning och Funktionskrav* punkten 6.2 Fastighetsnät. Bolagen har i första hand gjort gällande att Primär och Eltels anbud genom att i anbudsformuläret acceptera det skall-krav som anges i samma avsnitt punkten 3 även uttryckligen har accepterat skall-kravet i punkten 6.2.

Det skallkrav som Primär och Eltel har accepterat i anbudsformuläret redovisas under huvudrubriken "Allmän orientering om objektet" och lyder: *Anbudsgivare skall i anbud acceptera den geografiska spridningen på Beställarens Passiva Nätinfrastruktur samt dess utformning och definierade funktionskrav*. Skall-kravet avser bl.a. vad som anges i bilagan RB4: *Beskrivning Fastighetsnät*.

Som förvaltningsrätten tolkar detta skall-krav syftar det till att leverantören ska bekräfta att den uppmärksammat och accepterar nätinfrastrukturens utformning och de krav på hur anläggningen förväntas fungera som framgår. Den begärda accepten rör således en beskrivning av förutsättningarna för de tjänster som ska erbjudas, inte några krav på hur tjänsterna närmare ska utformas. Detta framgår även av rubriken "Allmän orientering om objektet".

Det skall-krav som anges under punkten 6.2 Fastighetsnät har en något annorlunda utformning: *Anbudsgivare skall i anbud acceptera det utförande och funktionskrav som beskrivs i Bilaga RB4 "Beskrivning fastighetsnät"*. Skall-kravet är redovisat under huvudrubriken "Funktionskrav och utförandekrav avseende entreprenadarbete som utförs inom servicenätet". Med hänsyn till huvudrubrikens utformning får begreppet utförande i skall-kravet tolkas som de krav på det aktuella serviceåtagandets utförande som anges i bilaga RB4. Det är således också de krav på hur servicen ska utföras som redovisas i bilaga RB4 som ska accepteras enligt skall-kravet. Det är alltså fråga om ett annat skall-krav än det krav som Primär och Eltel har accepterat i anbudsformuläret. Primär och Eltel kan följaktligen formellt inte anses

ha accepterat det skall-krav som anges i förfrågningsunderlagets punkt 6.2 Fastighetsnät. Primärs och Eltels anbud uppfyller därmed inte alla uppställda skall-krav i upphandlingen. Deras anbud borde då inte ha utvärderats.

Förvaltningsrätten konstaterar i detta sammanhang att de krav och instruktioner rörande hur servicen av nätinfrastrukturen ska utföras som anges i bilagan RB4 är tämligen omfattande. Det kan därmed inte uteslutas att de lämnade anbuden i viss mån kan ha påverkats av om skall-kravet i punkten 6.2 Fastighetsnät accepterats eller inte. Det bedöms därför inte stå i strid med proportionalitetsprincipen att lägga nu diskuterade brist i Primärs och Eltels anbud till grund för avgörandet.

Av det ovan sagda följer att Bolagen genom sitt förfarande får anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen och att Blacklink till följd därav lidit skada. Grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed.

Frågan blir då vilket ingripande som är motiverat med hänsyn till omständigheterna. Av såväl anbudsformuläret som förfrågningsunderlagets särskilda föreskrifter (se s. 4) framgår klart att anbudsformuläret ska innehålla samtliga skall-krav som en anbudsgivare behöver acceptera. Det förhållandet att förfrågningsunderlaget innehåller ytterligare ett skall-krav, som inte kan anses oväsentligt, medför att förfrågningsunderlaget uppenbarligen inte uppfyller den grundläggande principen om transparens. Det kan därför inte komma i fråga att förordna om rättelse i form av en ny utvärdering där Primärs och Eltels anbud inte får ingå. Ett sådant förordnande skulle innebära att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU åter frångicks. Den brist i förfrågningsunderlaget som i sin tur gett upphov till de brister i förfarandet som diskuterats ovan hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Den lämpliga åtgärden är därför att upphandlingen ska göras om.

Med hänsyn till denna bedömning saknas skäl att pröva övriga grunder som
Blacklink anfört till stöd för sin ansökan.

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



Frida Andréasson

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande jurist i målet har varit Per Olofsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Göteborg. **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 kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.