



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-03-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2759-11
Enhet 12

SÖKANDE

Telemar Scandinavia AB, 556456-1669

Ombud:

Advokat Kristian Pedersen
Jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2011 -03- 0 8	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 104564

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

09:00-15:00

BAKGRUND

Försvarets materialverk (FMV) har genom ett öppet förfarande genomfört en upphandling av lätta satellitkommunikationsterminaler (diarienummer 357967 – AI818344). I tilldelningsbeslut den 28 januari 2011 beslöt FMV, såvitt nu är av intresse, att utesluta Telemar Scandinavia AB (Telemar) från utvärderingen på grund av att Telemar inte uppfyllde samtliga skalkrav i förfrågningsunderlaget. FMV beslutade att anta anbudet från Paradigm Communication Systems Limited.

Telemar ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU.

Förvaltningsrätten har den 11 februari 2011 beslutat att avslå FMV:s yrkande att upphäva den förlängda avtalsspärren.

YRKANDEN M.M.

Telemar yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om med beaktande av Telemars anbud. I andra hand yrkar Telemar att upphandlingen ska göras om. Som grund för förstahandsyrkandet anges att FMV har brutit mot principerna om likabehandling och transparens i LOU genom att förkasta Telemars anbud trots att grund för detta saknats. Grunden för andrahandsyrkandet är att FMV har agerat i strid med likabehandlings- och transparensprinciperna då förfrågningsunderlaget med avseende på frågan om leveranstidpunkt är så otydligt att anbudsgivarna på förhand inte kunnat bilda sig en uppfattning om vilka krav som i upphandlingen gällt med avseende på leveranstidpunkt. Förfrågningsunderlaget har därför gett stort utrymme för godtycke. Bolaget har lidit skada till följd av båda grunderna var för sig.

Till stöd för sin talan har Telemar anfört bl.a. följande. Av punkt 12.2 och 14.1 i förfrågningsunderlaget framgår att det enbart är de krav som tas upp

i avtalsvillkoren som utgör skall-krav. Övriga krav i förfrågningsunderlaget utgör inga absoluta skall-krav utan vad gäller dessa anges att kraven, inklusive de som inte uppfylls, måste kommenteras av anbudsgivaren. Någon leveranstid framgår inte av avtalsvillkoren som tagits med i förfrågningsunderlaget. Det är därför uppenbart att avsikten varit att leveranstidpunkten skulle komma att fastställas i samband med avtalstecknande. Den enda övriga uppgift om leveranstidpunkt som framgår av förfrågningsunderlaget återfinns i punkt 7.1. Av denna punkt framgår att FMV önskar leverans den 28 februari 2011. Bolaget har i sitt anbud klart och tydligt accepterat detta leveransdatum men har samtidigt informerat FMV om att detta förutsätter att beställning avseende denna leverans sker senast den 24 januari 2011. Bolaget har med andra ord accepterat önskat leveransdatum. I sammanhanget bör framhållas att det i förfrågningsunderlaget inte finns några krav avseende viss leveranstid, eller några krav som innebär att det inte skulle vara tillåtet att ange en leveranstid, och det finns följaktligen inte heller något i förfrågningsunderlaget som indikerar att 30 dagars leveranstid skulle vara otillåtet. Bolaget har således inte reserverat sig mot något skall-krav i upphandlingen utan har endast angett de förutsättningar under vilka den av FMV föreslagna tidsplanen kan hållas. Bolaget har således uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen och också angett detta uttryckligen i anbudet. Vidare har bolaget i anbudet uttryckligen angett att bolaget accepterar de kommersiella villkoren i upphandlingen.

Det enda bolaget har gjort är således att ange, precis som alla leverantörer, att bolaget behöver få en beställning en viss tid innan leverans för att kunna leverera vid den av FMV önskade tidpunkten. Detta kan svårligen, om inte bolaget ska straffas för att det påpekat det uppenbara, utgöra skäl för förkastande av bolagets anbud.

Vidare är förfrågningsunderlaget mycket otydligt i fråga om vad som utgör skall-krav i upphandlingen och i synnerhet vilka krav som gäller ifråga om leveranstidpunkt. Punkterna 14.1 och 12.2 i förfrågningsunderlaget ger in-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

tryck av att det endast är de kommersiella villkoren i upphandlingen som är skall-krav och således finns det inget skall-krav avseende leveranstidpunkt.

FMV bestrider bifall till Telemars ansökan om överprövning samt yrkar att den förlängda avtalsspärren ska upphävas. Till stöd för sin talan har FMV anfört i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlagets punkt 5.1 och 5.2 framgår omfattningen av de varor och tjänster som leverantören ska leverera och av punkt 7.1 framgår vidare att leverans av samtliga positioner (förutom optionen i punkt 7.2) ska ske en bestämd tidpunkt som angivits till den 28 februari 2011. Enligt huvudet på första sidan av förfrågningsunderlaget ska anbudet vara giltigt t.o.m. den 31 januari 2011. Av punkt 2 sista stycket framgår att anbudets giltighetstid enligt ovan ska bekräftas i anbudet. Punkt 14.1 anger att klausulerna i bifogat utkast till kontrakt är skall-krav som i sin detaljerade helhet måste accepteras av leverantören.

Det är ostridigt att Telemar i sitt anbud angett att den önskade leveranstiden 28 februari 2011 kan uppfyllas under förutsättning att beställning är Telemar tillhanda senast 24 januari 2011. Det är vidare ostridigt att FMV förkastat Telemars anbud på grund av att FMV anser detta villkor otillåtet. Samtidigt har Telemar, som erfordrats enligt förfrågningsunderlaget, i anbudet angett att dess anbud är giltigt t.o.m. den 31 januari 2011. Denna uppgift är uppenbart inte förenlig med Telemars villkorade bekräftelse av leveranstidpunkten. Om FMV skulle tilldelat Telemar upphandlingskontraktet vid en tidpunkt senare än den 24 januari 2011 innebär Telemars villkorade bekräftelse av den leveranstidpunkt som erfordras av FMV att förutsättningen för Telemars anbud inte uppfyllts och att det därmed inte gäller ifråga om leveranstidpunkt. Telemars anbud är helt enkelt inte öppet för ren accept efter den 24 januari 2011. I en öppen upphandling utan förhandlingsmöjligheter erfordras i princip att anbud kan antas direkt som det angivits i upphandlingen. Telemar uppfyller således inte förfrågningsunderlagets skall-krav avseende både leveranstidpunkt och anbudets giltighetstid. FMV har därför haft rätt att såsom skett förkasta Telemars anbud.

Vad gäller Telemars andrahandsyrkande konstaterar FMV följande. Telemar har uppfattat samtliga aktuella villkor i förfrågningsunderlaget, dvs. skall-kravet avseende leveranstidpunkt och anbudets giltighetstid, och förklarat sig uppfylla dessa krav. Det är korrekt att det såvitt nu är fråga inte finns något uttryckligt krav på en viss leveranstid. FMV är enbart intresserad av leverans vid en viss tidpunkt som angivits som skall-krav. Eftersom FMV måste tilldela en leverantör ett upphandlingskontrakt inom ramen för anbudens giltighetstid finns det indirekt ett leveranstidskrav i upphandlingen. Telemar förefaller inte ha förstått det uppenbara sambandet mellan skall-kraven på leveranstidpunkt och anbudets giltighetstid men detta innebär inte att förfrågningsunderlaget innehåller någon brist i detta avseende och det föreligger därmed inte heller något brott mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Telemar har i målet yttrat sig över vad FMV har anfört.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

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

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget (benämnt anbudsinfordran) anges bl.a. följande.

2. Instruktion, tredje och fjärde stycket

Detta förfrågningsunderlag består av två delar samt en bilaga. Den första delen utgörs av krav på anbud och anbudsgivare samt information om hur anbudet skall utformas. Den andra delen utgörs av ett kontraktstkast som beskriver villkor för kommande kontrakt.

För kvalificering av anbudsgivare och utvärdering av anbud skall anbudsgivare besvara och/eller kommentera samtliga ställda krav i förfrågningsunderlaget. Notera att härvid innefattas även samtliga ställda krav i eventuella bilagor. Anbudet skall komma in i rätt tid, vara undertecknat av behörig företrädare och anbudets giltighetstid enligt ovan (2011-01-31, *förvaltningsrättens anmärkning*) skall bekräftas i anbudet.

7.1 Leverans enligt FMV tidplan

Leverans skall ske enligt nedanstående tidplan:

1. SAT-TFN 9555 IRID /T	2011-02-28	300 st
2. SATTERM BGAN T5 /T	2011-02-28	40 st
3. SATANT IRID AKTIV /S	2011-02-28	3 st
4. SATANT IRID FAST /S	2011-02-28	13 st

10.1 Tilldelning av kontrakt

FMV kommer att anta det anbud som uppfyller villkoren i detta förfrågningsunderlag samt innehåller det lägsta priset enligt utvärderingsomfattning i bilaga 1. I utvärderingsomfattningen ingår grundbeställningen och den skall alltså inte adderas till de mängder som anges i bilaga 1.

12.2 Anbudets utformning

Anbudet skall vara fullständigt utifrån vad som anges i förfrågningsunderlaget. Dispositionen i detta förfrågningsunderlag (inkluderar bilagor) skall följas. Samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav och eventuella tilldelningskriterier skall kommenteras i anbudet, även sådana som inte uppfylls. När så uttryckligen anges skall även översiktligt beskrivas hur aktuella krav och eventuella tilldelningskriterier skall realiseras. I annat fall kan kommentarer begränsas till "uppfylles", vilket vid utvärderingen kommer att tolkas som att motsvarande krav tillfullo kommer att uppfyllas. Om ställt krav inte kommenteras äger FMV rätt att tolka detta som att kravet inte uppfylles.

14.1 Övriga villkor

Nedan följer utkast till kontrakt. Samtliga klausuler i utkast till kontrakt är skall-krav och måste i sin detaljerade helhet accepteras av leverantören.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning i mål om överprövning av offentliga upphandlingar utgör en kontroll av om det på grundval av vad som framförts av sökanden i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs även att sökanden kan visa att han eller hon har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Upphandlingsprocessen, som baseras på EU-direktiv, ska kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling, vilket kommer till uttryck i bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU. Till dessa grundsatser kan läggas de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av kravet på förutsebarhet, transparens och likabehandling följer att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen inte får göra prövningen av anbud mot andra kriterier än dem som funnits i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav, s.k. skall-krav.

Telemar har först gjort gällande att FMV har förfarit felaktigt som har uteslutit bolaget trots att bolaget har uppfyllt samtliga skall-krav.

Av punkt 7.1 i förfrågningsunderlaget framgår att leverans av de i punkten uppräknade produkterna ska ske den 28 februari 2011. Telemar har i sitt anbud angett att leverans kan uppfyllas under förutsättning att beställning är bolaget tillhanda senast den 24 januari 2011. Förvaltningsrätten finner att Telemar genom denna skrivning har villkorat sitt anbud på ett otillåtet sätt vilket också blir uppenbart i ljuset av att det, som FMV framhåller, inte hade varit möjligt för FMV att anta anbudet under tiden efter den 24 januari 2011 fram till anbudets angivna sista giltighetsdag den 31 januari 2011. Enligt förvaltningsrättens mening är det tydligt att kravet i

förfrågningsunderlaget om leveranstidpunkt är ett ovillkorligt skall-krav. Genom att Telemar har villkorat sitt anbud har FMV haft fog för att förkasta det.

Telemar har även gjort gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt och därmed strider mot kravet på likabehandling och transparens eftersom det inte framgår vilka krav som ställs i fråga om leveranstidpunkt.

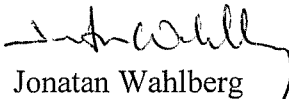
Principen om transparens innebär bl.a. att ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer göras. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör dock att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). EG-domstolen (numera EU-domstolen) uttalade i mål C-19/00 Siac Construction Ltd. bl.a. att tilldelnings-kriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Förvaltningsrätten anser att det anges tydligt i förfrågningsunderlaget att anbudet ska uppfylla ställda krav, oavsett var i underlaget kraven är angivna. Det går enligt förvaltningsrättens mening inte att tolka punkten 7.1 avseende leveranstidpunkt på annat sätt än att det som där står utgör ett obligatoriskt krav som inte får villkoras.

Vad Telemar anfört i målet innebär således inte att upphandlingen har skett i strid med de unionsrättsliga principerna eller reglerna i LOU. Det saknas

därmed förutsättningar för ett ingripande enligt LOU, varför ansökan ska avslås.

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


Jonatan Wahlberg
rådman

Föredragande har varit Anna Bergman.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens dom/beslut ska Ni skriva till Kammarrätten. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Tala om varför Ni anser att domen/beslutet ska ändras och vilken ändring Ni vill ha. Sänd även med sådant som Ni anser ha betydelse och som Ni inte tidigare gett in.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. För offentlig part räknas dock treveckorstiden från den dag dom/domen/beslutet meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Tala om vilken dom eller vilket beslut Ni överklagar genom att anteckna förvaltningsrättens namn och målnummer.

Underteckna skrivelsen, gör namnförtydligande samt uppge personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Adress och telefonnummer till Er arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där Ni kan nås för delgivning. Har Ni redan tidigare lämnat dessa uppgifter i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver Ni inte uppge dem igen.

Om Ni anlitar ombud kan ombudet i stället underteckna skrivelsen. Ombudet ska sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av förvaltningsrättens dom/beslut.

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