



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2016-01-13  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
5901-15

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-01-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**SÖKANDE**

Borderlight AB, 556595-6363  
Vretgränd 18  
753 22 Uppsala

Ombud: Advokaterna Morvarid Dorkhan Nilsson och Magnus Stålmarker  
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB  
Box 180  
101 23 Stockholm

**MOTPART**

Katrineholms kommun  
641 80 Katrineholm

Ombud: Britt-Marie Hedlund  
c/o Telge Inköp AB  
Box 633  
151 27 Södertälje

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 234190

**Postadress**  
Box 406  
581 04 Linköping

**Besöksadress**  
Brigadgatan 3

**Telefon**  
013-25 11 00

**Telefax**  
013-25 11 40

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**E-post:**  
forvaltningsratten@linkoping.dom.se  
www.forvaltningsratten@linkoping.dom.se

**BAKGRUND OCH YRKANDEN**

Katrineholms kommun (Kommunen) genomför en upphandling av *Kapacitetstjänster*, dnr TI 2015-1009. Upphandlingen genomförs som förhandlat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud inkommit i upphandlingen från Borderlight AB (Borderlight), IP-Only AB (IP-Only), Cygate AB (Cygate) och DGC Access AB (DGC). Samtliga anbudsgivare kvalificerades till utvärderingsfasen. Den 13 juli 2015 meddelade Kommunen ett tilldelningsbeslut enligt vilket IP-Only tilldelades kontrakt i upphandlingen. Detta beslut drogs tillbaka av Kommunen som den 11 augusti 2015 meddelade ett nytt tilldelningsbeslut där IP-Only återigen antogs som leverantör. Även detta beslut drogs tillbaka av Kommunen och ett tredje tilldelningsbeslut meddelades den 19 augusti 2015 enligt vilket IP-Only ånyo tilldelas kontaktet. Av utvärderingsrapport till detta beslut framgår att Borderlight kom på andra plats i upphandlingen.

Borderlight ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse. Rättelsen ska i första hand innebära att en ny anbudsutvärdering genomförs vid vilken Kommunen bortser från anbud från Cygate och DGC samt från de nya och justerade uppgifterna i IP-Onlys anbud och i andra hand att Borderlight bereds möjlighet till förhandling på lika villkor som IP-Only.

Kommunen bestrider bifall av ansökan och begär att förvaltningsrätten, för det fall rätten finner att LOU och dess principer träts förnär, beslutar om att upphandlingen ska göras om.

## VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

### *Borderlight*

Vad beträffar Cygate och DGC har dessa anbudsgivare fått genomföra genomgripande otillåtna kompletteringar av sina anbud efter anbudstidens utgång genom att ge in flera obligatoriska bilagor som saknades i anbuden för att därigenom kunna uppfylla samtliga obligatoriska krav och få ett bättre resultat vid utvärderingen. Anbuden från Cygate och DGC skulle rätteligen inte ha gått vidare till utvärdering utan skulle ha förkastats.

Kommunen har vid anbudsutvärderingen ändrat utvärderingskriterierna i utvärderingsmodellen och därmed handlat i strid med de grundläggande principerna om öppenhet och likabehandling vilket har lett till att kontraktet felaktigt har tilldelats IP-Only när det vid en korrekt utvärdering istället skulle ha tilldelats Borderlight.

Ett förhandlat förfarande syftar till att anpassa anbuden till förfrågningsunderlaget och således inte att anpassa förfrågningsunderlaget till anbuden. Kommunen har i förfrågningsunderlaget redovisat vilket utvärderingsmodell som kommer att tillämpas. Det återfinns i förfrågningsunderlaget ett särskilt dokument, benämnt *Utvärdering av anbud*, som i detalj beskriver hur utvärderingen av anbuden ska gå till och vilka kriterier innefattande delposter och krav som därvid kommer att ligga till grund för utvärderingen. Vad avser Utvärderingskriterium 1 Pris framgår av detta dokument vilka delposter som ska inkluderas i totalpriset. Av kravspecifikationen framgår att dessa samtliga delposter utgör obligatoriska krav för upphandlingen.

När anbudsgivarna har avgett anbud har de givetvis förhållit sig till den utvärderingsmodell som redovisas i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna har utgått från att samtliga kriterier innefattande delposter och krav som

anges i förfrågningsunderlaget också kommer att ligga till grund för utvärderingen. En anbudsgivare kan t.ex. utifrån den i förfrågningsunderlaget redovisade utvärderingsmodellen välja att offerera låga priser på vissa specifika poster, men högre priser på andra specifika poster, i syfte att ge ett samlat attraktivt anbud till Kommunen. Det är det samlade anbudspriset, inte endast enskilda prisposter var för sig, som enligt utvärderingsmodellen ska utvärderas.

Vid den anbudsgenomgång som efter avgivande av anbud ägde rum mellan Borderlight och Kommunen nämndes ingenting alls om att ett antal av de utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget skulle tas bort vid den kommande utvärderingen. Att ett antal av de utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget skulle tas bort vid den kommande utvärderingen har överhuvudtaget inte varit föremål för någon förhandling eller dialog mellan Kommunen och Borderlight på annat sätt. Kommunen har inte heller lämnat någon sådan information till Borderlight. Borderlight har inte beretts tillfälle att revidera sitt anbud utifrån det förhållandet att ett antal av de utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget skulle tas bort vid den kommande utvärderingen. Istället har Kommunen först i samband med att nu gällande tilldelningsbeslut fattades ensidigt och utan någon som helst insyn för Borderlight och troligen även övriga anbudsgivare vid utvärderingen oväntat tagit bort och helt bortsett från ett antal av de utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. Kommunen har först efter begäran från Borderlight förtydligat att det är delposterna p. 2.10, p. 2.11, p. 3.2.1 och p. 2.15.1 som helt har tagits bort från totalpriset. Av utvärderingsrapporten framgår därutöver att Kommunen har gjort tillägg för samtliga anbudsgivare avseende pris hänförliga till Integrationskostnader (enligt p. 1.12 i Kravspecifikationen) och Webbportal (enligt p. 6.4 i Kravspecifikationen), som är kostnader som inte funnits med som delposter som skulle utvärderas enligt förfrågningsunderlaget.

Ändringarna har påverkat utgången av själva utvärderingen. Kommunen har därigenom väsentligen åsidosatt de grundläggande kraven på likabehandling och öppenhet. Det är inte möjligt enligt LOU att ändra utvärderingsmodellen på sätt som nu har skett. Genom att Kommunen helt sonika tar bort flera av de delposter där Borderlight har lämnat mycket låga priser drabbas Borderlight uppenbarligen negativt av ett sådant agerande, medan andra anbudsgivare som lämnat högre priser på just dessa delposter uppenbarligen gynnas av Kommunens agerande. För det fall Borderlight redan i förväg hade vetat om att Kommunen skulle bortse från ett antal delposter och därtill tillsammans med övriga anbudsgivare beretts tillfälle att inkomma med reviderade anbud utifrån de nya förutsättningar som det innebär att utvärderingskriterierna förändras, så skulle Borderlight ha kunnat ta detta i beaktande och revidera sitt anbud därefter. Även det förhållandet att Kommunen inte har berett anbudsgivarna tillfälle att revidera sina anbud utifrån de nya förutsättningarna att ett antal av de utvärderingskriterier som anges i förfrågningsunderlaget skulle tas bort, utgör en överträdelse av de grundläggande principerna i LOU.

IP-Only har fått otillbörliga fördelar vad gäller anbudspriser, dels i samband med förhandling med Kommunen där IP-Only har fått andra möjligheter än bl.a. Borderlight att revidera sitt anbud, dels genom att Kommunen tagit bort moment i utvärderingen där Borderlight har lämnat lägre priser än vad IP-Only har lämnat. IP-Only har därutöver fått otillbörliga fördelar även vad gäller anpassningen av sitt anbud genom att Kommunen genom ledande frågor har uppmanat IP-Only att ändra och förbättra sitt anbud utifrån vissa punkter där Borderlights anbud innehållit unika och värdefulla tekniska fördelar (t.ex. avseende access- och distributionsnät, serverpark, Disaster recovery och kontinuitetsplan, Core utrustning m.m.). Kommunen har därmed lämnat över dessa unika tekniska lösningar till IP-Only och möjliggjort för IP-Only att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud och offerera lägst pris i upphandlingen. IP-Onlys nya priser är således inte resultat av någon egent-

lig förhandling i form av anpassning till Kommunens krav utan anpassning till Borderlights mer tekniskt framgångsrika lösningar som möjliggör en lägre kostnad.

Då det är mycket tydligt av Kommunens frågor och uppmaningar om ändringar till IP-Only, att IP-Only saknar många av fördelarna i Borderlights anbud som Kommunen både behöver och vill ha, så är det inte heller rimligt att hävda en såpass liten poängskillnad i utvärderingen av anbudens funktion till Borderlights fördel som hittills har varit fallet i Kommunens utvärdering.

Kommunens förklaring till ändringar i utvärderingsmodellen med hänvisning till behovet att utse den anbudsgivare som bäst uppfyller Kommunens behov även med framtida behov av förändringar är missledande eftersom detta är inte detsamma som att utvärderingsmodellen ska visa exakt den anbudssumma som avropas. Tvärtom är det ofta nödvändigt som i fallet med den ursprungliga utvärderingsmodellen att väga in kostnadsdelar för framtida uppgraderingsbehov på det sätt som sker i den ursprungliga utvärderingsmodellen. Kommunens tydliga behov av framtida uppgraderingar har också legat till grund för Borderlights val av teknisk design som ger en överlägsen flexibilitet och låg kostnad för framtida uppgraderingar, vilket också återspeglas i att Borderlight har kunnat lämna mycket låga priser för sådana uppgraderingar.

Rättelse är den rättsföljd som kommer ifråga för att korrigera Kommunens överträdelser av de grundläggande principerna i LOU. Samtliga uppgifter som krävs för en korrekt utvärdering finns redan i anbudet. Kommunens felaktiga agerande har inte heller påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen, utan endast själva utvärderingen.

Det finns inget i målet som visar att Borderlights anbud inte skulle uppfylla samtliga obligatoriska krav eller i övrigt skulle vara bristfälligt.

En rättelse kan ske på så sätt att Borderlight ges motsvarande möjligheter som IP-Only att förhandla och justera sitt anbud innan en ny utvärdering äger rum. En sådan rättelse skulle under alla händelser ge Kommunen en fungerande teknisk lösning för kapacitetstjänsten och uppfylla Kommunens behov inom ramen för Kommunens budget. Borderlight har varit och är fortfarande villigt att anpassa sitt anbud efter Kommunens krav och en för Kommunen fungerande teknisk lösning så något skäl att göra om upphandlingen föreligger inte.

#### *Kommunen*

Upphandlingen har genomförts som ett förhandlat förfarande då det avser en komplex teknikupphandling där det är svårt att i förhand specificera ett totalpris. I ett förhandlat förfarande får förhandling ske för att anpassa de inlämnade anbuden till underlaget för att uppnå en teknisk lösning som uppfyller kraven, syftet med upphandlingen och få fram det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet. Att en förhandling sker kring pris är en självklarhet. Sker en förhandling om pris blir det automatiskt en påverkan på positioner i prisbilagan, i detta fall typanläggningen.

Förfrågningsunderlaget har inte anpassats till anbuden utan totalpriset dvs. typanläggningens delar/priser som ligger till grund för utvärdering har anpassats för att den tekniska lösningen ska uppfylla kraven i kravspecifikationen samt för att få fram den verkliga kostnaden för kapacitetstjänsten och därmed det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet.

Anbudsgenomgång/förhandling genomfördes med samtliga anbudsgivare för att säkerställa att lämnade priser i anbudet för typanläggning säkerställer

att Kommunen erhåller ett fungerande, sammanhållet och robust kommunnät som uppfyller kraven. Efter inkomna svar på frågor och anbudsgenomgång har vissa tillägg och avdrag på typanläggning gjorts för att uppnå en teknisk lösning som uppfyller kravspecifikationen och få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Alla delar som avser tillägg har funnits prissatta och redovisade i anbudet i flik 1 som avser å-priser och vissa avdrag har gjorts från typanläggningen för att inte ge dubbla kostnader på vissa förbindelser.

I verklig kostnad per år har Kommunen i utvärderingen gjort avdrag för:

- 2.10 Uppgradering av kapacitetstjänst steg om 1 Gbps 5 st. från 1 Gbps till 2 Gbps, 2.11 Uppgradering av kapacitetstjänst till 10 Gbps (5 st. från 1 Gbps till 10 Gbps), 3.2.1 Kapacitetstjänst för Nämndhus 10 Gbps, Logisk redundans SLA3 och Kapacitetstjänst för VOF 1 Gbps, Fysisk redundans SLA3. Avdrag har gjorts på grund av att det annars skulle ge dubbla kostnader på vissa förbindelser.
- Pris i punkt 2.15 har tagits bort då prissättning varierade och det inte gick att få fram en jämförande och rättvis prissättning.
- Under anbudspresentationen angav Borderlight att webbportalen var nödvändig för att fullfölja leveransen enligt kravspecifikationen, varför den kostnaden också har adderats till totalsumma av typanläggningen.
- I anbudsförfrågan har särskilt specificerats att anbudsgivaren ska ange om offererat anbud kräver specifika integrationskostnader som inte framgår av typanläggning. Pris för Integration har adderats till totalsumma av typanläggningen för att kunna fullfölja en leverans enligt kravspecifikationen.

Om Kommunen vetat exakt vilka delar som måste ingå i typanläggningen för att få en fullt fungerande teknisk lösning på plats hade man inte använt ett förhandlat förfarande, utan valt ett öppet eller selektivt förfarande.



Upphandlingen har följt ett förhandlat förfarande men dokumentationen när processen för förhandling upptogs har varit bristfällig. Anbudsgivarna borde själva fått revidera priserna i typanläggning efter anbudsgenomgången alternativt godkänna de reviderade prisbilagorna för att inte missförstånd och otydligheter ska uppstå.

I Protokoll från anbudsgenomgången saknas undertecknande som tydligt visar vad man kommit överens om. Med andra ord finns det otydligheter kring vad respektive part har sagt och inte sagt vid anbudsgenomgången då det som Borderlight har anfört inte finns dokumenterat i protokoll.

Om förvaltningsrätten anser att LOU och dess principer träffs förnär i denna upphandling då det finns vissa brister bör förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om och lämna Borderlights yrkande om rättelse utan bifall. Det kan inte vara en tillräcklig åtgärd att endast göra en rättelse som Borderlight yrkar då det inte går att utgå från de ursprungliga anbudspriserna för typanläggningen som lämnats med anbudet och som ska ligga till grund för utvärdering. Ett sådant förfaringsätt skulle inte ge Kommunen en fungerande teknisk lösning, motsvarande den verkliga kostnaden för kapacitetstjänsten och därmed inte heller resultera i att det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet antas.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### *Förfrågningsunderlaget*

Av punkten 1.9 *Prövning av anbud* framgår följande.

Prövningen och utvärderingen av inkomna anbud kommer att genomföras med utgångspunkt från de ställda krav i förfrågningsunderlaget och de uppgifter som anbudsgivaren redovisat i sitt anbud. Arbetet med att utvärdera de inkomna anbudet kommer att genomföras i tre steg enligt nedan:

*1.9.1. Kontroll av anbudsgivaren*

Kontroll av att anbudsgivare uppfyller de administrativa skallkraven som återfinns i avsnitt 4 samt de krav som framgår av 10 kap. LOU.

*1.9.2. Kontroll av krav på vara/tjänst*

Kontroll av att de krav som ställs på vara/tjänst är uppfyllda och att anbudsgivaren har accepterat kommersiella/avtalsvillkor. I detta steg kontrolleras även att anbudsgivaren har lämnat ett komplett anbud och detta anbud inte innehåller några reservationer.

De anbudsgivare som uppfyller steg 1 och 2 går vidare till steg 3, utvärdering enligt nedan.

*1.9.3. Utvärdering*

Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten med hänsyn till utvärderingsmodell beskriven i bilaga Information utvärdering samt bilaga Utvärdering Kapacitet Katrineholms kommun.

Av bilagan *Information utvärdering* framgår en sammanställning av det som omfattas av utvärderingen beträffande fyra stycken utvärderingskriterier: 1 Pris Typanläggning, 2 Generella krav, 3 Kommunnät och Core samt 4 Support.

Avseende Utvärderingskriteriet 1 Pris Typanläggning anges följande poster:

- 1.8 Prislista, teknikertjänst, 100 timmar (kr per år)
- 2.5.1 Fasta kostnader (kr)
- 2.6 Kapacitetstjänst med SLA (kr per år)
- 2.10 Uppgradering av kapacitetstjänst i steg om 1 Gbps (kr per år)
- 2.11 Uppgradering av kapacitetstjänst i steg till 10 Gbps (kr per år)
- 2.15 Nyetablering av kapacitetstjänst som ej ingår i Bilaga A (kr)
- 3.2.1 Redundans till verksamhet, prisuppgift (kr per år)
- 3.3.1 Redundans till serverplattform (kr per år)
- 4.2.1 Internetanslutning, pris (kr per år)

Av bilagan *Utvärdering Kapacitet Katrineholms kommun* framgår bl.a. följande.

Förutsatt att anbudsgivaren bedömts uppfylla samtliga skall-krav kommer Katrineholms kommun att utvärdera anbudet mot bakgrund av nedan angivna kriterier och viktning.

Utvärderingen består av 4 st. Utvärderingskriterier.

Utvärderingskriterier 1 Pris Vikttal 40 %

Utvärderingskriterier 2 Generella krav Vikttal 20 %

Utvärderingskriterier 3 Kommunnät och Core Vikttal 20 %

Utvärderingskriterier 4 Support Vikttal 20 %

För Utvärderingskriterier 1 Pris, jämförs anbuden med det lägsta inkomna anbudet och poängsätts därefter, se bifogat exempel under punkt i detta dokument. Prisjämförelse sker för en period om 5 år.

[...]

Prisuppgifter ska införas i bifogad Prisbilaga. Priserna överförs automatiskt och sammanställs till efterfrågade prisuppgifter för Typanläggningen.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Kommunen, som tillämpat ett förhandlat förfarande i upphandlingen, har i sin inbjudan att lämna anbud av den 17 mars 2015 redovisat vilka krav som uppställs för såväl leverantören som kontraktsföremålet samt därtill beskrivit på vilket sätt som inkomna anbud ska kvalitets- och prisutvärderas. Det är i målet ostridigt att Kommunen, sedan anbuden öppnats i maj 2015, i vissa avseenden frångått den modell för prisutvärdering som presenterats i anbudsinbjudan.

När en upphandlande myndighet i en annonserad inbjudan att lämna anbud har specificerat väsentliga förutsättningar för anbudsgivning avseende t.ex. obligatoriska krav eller en modell för utvärdering gäller generellt att möjligheterna att komplettera eller ändra detta förfrågningsunderlag är begränsade sedan annonsering skett. Detta gäller särskilt efter att anbuden ingetts (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-244/02 Kauppatalo Hansel och Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 4979-06, 49-10, 1188-11 samt Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 2759-12).

Det ovanstående innebär bl.a. att en upphandlande myndighet, med beaktande av transparensprincipen, efter anbudsgivning i princip saknar utrymme att justera en tidigare publicerad utvärderingsmodell.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Kommunens utvärdering i den aktuella upphandlingen brister i transparens och således strider mot en av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Att det är fråga om ett förhandlat förfarande föranleder inte någon annan bedömning eftersom inte heller sådant förfarande ger utrymme för justering av en annonserad utvärderingsmodell efter det att förhandling skett rörande innehållet i inkomna anbud.

Förändringen av utvärderingsmodellen och således av förfrågningsunderlaget är väsentlig och kan enligt förvaltningsrättens bedömning ha medfört att det funnits potentiella leverantörer som avhållit sig från att inge anbud med anledning av den aktuella utvärderingsmodellens ursprungliga utformning, men som, om de hade haft kännedom om dess slutliga utformning hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen. För det fall att de anbudsgivare som deltagit i upphandlingen känt till de justeringar som gjorts av utvärderingsmodellen kan vidare inte uteslutas att dessa prissatt offererad tjänst på annat sätt. Mot denna bakgrund och med beaktande av vad som i övrigt framkommit i målet är i tillräcklig mån visat att Kommunens felaktiga förfarande har försämrat Borderlights möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen och därmed har inneburit en sådan skada för Bolaget som medför att ingripande i upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU är motiverat.

#### *Val av åtgärd*

Bristen i upphandlingen är hänförlig till utformningen och tillämpningen av Kommunens förfrågningsunderlag och är av en sådan grundläggande karaktär för upphandlingen att den enligt förvaltningsrättens mening inte kan undanröjas genom enbart en rättelse, t.ex. i form av en ny anbudsutvärdering med bortseende från de tillägg och avdrag som Kommunen tillämpat. Därutöver tillkommer att den absoluta sekretessen avseende anbudspriserna i och med tilldelningsbeslutet har brutits, vilket särskilt då det är fråga om

förhandlat förfarande innebär att en rättelse framstår som olämplig åtgärd.  
Förvaltningsrätten finner därför att upphandlingen ska göras om.

Utgången innebär att det saknas skäl att pröva de ytterligare grunder för  
ingripande i upphandlingen som åberopats av Borderlight.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU)

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Stefka Bokmark.