

KLAGANDE

Konica Minolta Business Solutions Sweden Aktiebolag, 556435-4479

Ombud: Advokaterna Malin Albert och Sofia Falkner
Advokatfirman Hammarskiöld & Co

MOTPART

Sundsvalls kommun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 26 februari 2019
i mål nr 3191-18, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och beslutar att
upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett på så sätt att Konica
Minolta Business Solutions Sweden Aktiebolags anbud ska utvärderas.

YRKANDEN M.M.

Konica Minolta Business Solutions Sweden Aktiebolag (Konica) yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett på så sätt att Konicas anbud utvärderas. I andra hand yrkar Konica att upphandlingen ska göras om. Konica vidhåller vad som tidigare anförts och tillägger bl.a. följande.

Det har i överprövningsprocessen blivit tydligt att det är ostridigt att Konicas offererade lösning uppfyller säkerhetskravet i 8.21 i upphandlingsdokumentet. Samtliga omständigheter och fakta kring Konicas offererade lösning framgår av det inlämnade anbudet. Konica har inte angett någon ny information eller på annat sätt ändrat eller kompletterat innehållet i anbudet i samband med överprövningsprocessen.

I upphandlingen har det inte ställts krav på att anbudsgivare ska bevisa eller beskriva att eller hur aktuellt säkerhetskrav uppfylls. Vid tvekan om eller hur Konicas offererade lösning uppfyller kravet 8.21 hade kommunen kunnat begära dokumentation kring uppfyllandet av just det kravet. Att kommunen inte gjort det ska inte ligga Konica till last. Konica mottog utvärderingsprotokollet och tilldelningsbeslutet med stor förvåning eftersom frågan om bolagets anbud uppfyllde kraven i 8.21 var en icke-fråga för bolaget då anbudet redan kvalificerats, dvs. kommunen hade gjort bedömningen att bolaget uppfyllde samtliga obligatoriska krav. Någon särskild tvekan kring detta krav framfördes aldrig av kommunen och Konica har i anbudet angett att "kravet uppfylls".

Konica har således vid tidpunkten för utvärdering objektivt uppfyllt aktuellt säkerhetskrav. Genom att diskvalificera Konicas anbud, trots att det uppfyller samtliga obligatoriska krav, har kommunen brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen och således mot 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Konica har lämnat lägst anbudspris i upphandlingen och om anbudet hade utvärderats hade Konica sannolikt tilldelats kontraktet. Konica har därigenom lidit eller riskerat att lida skada på så sätt som anges i 20 kap. 4 och 6 §§ LOU.

Sundsvalls kommun (kommunen) anser att överklagandet ska avslås. Kommunen hänvisar till vad som tidigare anförts och tillägger att vad Konica framfört i sitt överklagande inte föranleder någon annan bedömning från kommunens sida.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om Konicas anbud uppfyller de i upphandlingen ställda ska-kraven och om kommunen därmed agerat i strid med LOU och principerna om likabehandling och transparens genom att diskvalificera Konicas anbud.

Konica har framfört att upphandlingsdokumentets krav 8.26 och 8.27 innehåller en rad otydligheter vilket har påverkat utformningen av bolagets anbud. Såvitt gäller dessa två krav gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU på den grunden.

Konica har även anfört att bolagets offererade lösning uppfyller kravet 8.21 i upphandlingsdokumentet.

I punkten 8.21 i upphandlingsdokumentet anges följande:

Samtliga inloggningsvägar på hård- eller mjukvara i system oavsett protokoll ska vara lösenordsskyddade och anslutningen krypterad. Exempelvis webbgränssnitt ska använda https, filöverföring med SFTP istället för FTP och om konfiguration över snmp behövs ska det ske över SNMPv3.

Konica har, i enlighet med de instruktioner som framgår i upphandlingsföreskrifterna, intygat att bolaget uppfyller kraven i upphandlingsdokumentets punkt 8.21. Något krav på att en anbudsgivare ska bevisa att eller beskriva hur de aktuella kraven uppfylls finns inte i denna punkt.

Kammarrätten kan således konstatera att Konica intygat att bolaget uppfyller kraven i 8.21. Vid tvekan från kommunens sida har det ankommit på kommunen att, enligt punkten 3.8 i upphandlingens administrativa föreskrifter, inhämta bevis som styrker uppfyllande av ställda krav. Det är något som kommunen inte har gjort. Att kommunen efter anbuds- genomgång gett Konica möjlighet att skriftligen bekräfta vilka portar och protokoll som bolagets lösning innefattar är inte tillräckligt för att bolaget ska ha förstått att kommunen ville veta om kraven i upphandlingsdokumentets 8.21 var uppfyllda. Det kan inte heller ha ankommit på Konica att självmant lämna in bevisning eller beskrivning av ställda krav då det inte framgår av upphandlingsdokumenten att så ska ske. Kommunen har därmed inte haft rätt att på denna grund diskvalificera Konicas anbud.

Av utvärderingsprotokollet framgår att Konicas anbudspris varit lägre än övriga anbudsgivares priser. Förfarandet har därmed medfört att Konica i vart fall riskerat att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LOU. Den konstaterade bristen har inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Kammarrätten anser därför att rättelse genom ny utvärdering där Konicas anbud ska ingå är en tillräcklig åtgärd. Konicas överklagande ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Cecilia Landelius
kammarrättslagman
ordförande

Carina Ferm Brodén
kammarrättsråd

Sara Poulsen
tf. kammarrättsassessor
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2019-02-26
Meddelad i Härnösand

Mål nr
3191-18 E

SÖKANDE

Konica Minolta Business Solutions Sweden Aktiebolag, 556435-4479
BOX 1125
164 22 Kista

Ombud: Advokaterna Malin Albert och Sofia Falkner
Advokatfirman Hammarskiöld & Co
Box 2278
103 17 Stockholm

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

Ombud: Advokaten Göran Andersson och biträdande juristerna
Gustav Delén och Ted Thyrén
Hellström Advokatbyrå KB
Box 7305
103 90 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Sundsvalls kommun (kommunen) genomför upphandlingen Print som tjänst med dnr UH-2018-110. Tilldelningsbeslut fattades den 5 juli 2018 varvid Office Mitt AB antogs som leverantör. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande och omfattar ett tjänsteavtal för hela Sundsvalls kommunkoncern samt helägda eller delägda bolag. Avtalstiden är fem år samt ett avvecklingsår där befintlig leverantörs tjänster ersätts med ny leverantörs tjänster.

YRKANDEN M.M.

Konica Minolta Business Solutions Sweden Aktiebolag (Konica) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anför Konica i huvudsak följande. Upphandlingen avser en printtjänst där leverantören väljer sin egen lösning för hur kraven på tjänsten ska uppfyllas. Tjänsten, vilken även inkluderar ägandet av hårdvaran (skrivare/kopiatorer och tillvalstjänster) ska utföras av vinnande leverantör. Grund för utvärdering i upphandlingen är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud baserat på bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Av utvärderingsprotokollet framgår att Konica lämnat det lägsta anbudspriset samt att Konicas anbud förkastades innan utvärdering p.g.a. bristande uppfyllelse av det obligatoriska kravet i upphandlingsdokumentens avsnitt 8.21. Konica har därmed fråntagits möjligheten att tilldelas kontrakt för upphandlingen och har därigenom lidit eller riskerat att lida skada på så sätt som anges i 20 kap. 4 § och 6 § LOU.

Anbudet uppfyller inte obligatoriska krav

Det obligatoriska kravet i avsnitt 8.21 i upphandlingsdokumenten har utformats i strid med 9 kap. 6 § LOU och 4 kap. 1 § LOU, särskilt principerna om likabehandling och öppenhet. Kravet är att samtliga inloggningsvägar på hård- eller mjukvara i system oavsett protokoll ska vara lösenordsskyddade och anslutningen krypterad. Webbgränssnitt ska exempelvis använda

HTTPS, filöverföring med SFTP istället för FTP och om konfiguration över SNMP behövs ska det ske över SNMPv3. Som Konica uppfattar det ska leverantörens lösning för print dels vara lösenordsskyddad vid inloggning på hård- och mjukvara och dels kommunicera via kryptering. Av Konicas anbud samt anbudsbilagorna 5_4.1 och Portar framgår att kravet uppfylls.

FTP, SFTP, WebDav är exempel på protokoll eller regler som används för att datorer ska kunna kommunicera med varandra. En dator har olika portar för att ansluta enheter till datorn. Dessa protokoll och portar används vid överföring av filer. Innehåll som skickas med stöd av FTP skickas i klartext, d.v.s. utan lösenordsskydd och kryptering. För att skapa lösenordsskydd och kryptering behöver andra protokoll och/eller portar användas, t.ex. protokollet SFTP och FTPS. Även protokollet WebDav kan användas. WebDav är en förlängning av HTTP och använder sig av port 80 för enkel filöverföring och port 443 för säkerhetskyddad filöverföring. Det finns alltså olika typer av protokoll som kan användas för att uppnå lösenordsskyddad och krypterad överföring. Det har inte varit ett krav i upphandlingen att den tekniska lösningen som offereras på något sätt ska säkerställa inloggning eller kommunikation via samtliga av kommunen specificerade protokoll. Kommunen har även vidgått att WebDav/HTTPS är ett protokoll som kan användas för att uppfylla kravet i avsnitt 8.21.

Så som Konica förstår det menar kommunen att kravet inte är uppfyllt eftersom Konica inte har stöd för filöverföringstypen SFTP. Kravet uppfylls istället med stöd av port 443 och protokollet WebDav/HTTPS och den lösningen har såvitt Konica förstår inte ifrågasatts av kommunen. Att kommunen förkastat Konicas anbud synes främst bygga på ett missförstånd som uppstod vid anbudsgenomgången. I direkt anslutning till texten ”Scan to FTP” i anbudsbilaga 5_4.1 står texten ”Webdav Port 443”. Det råder således ingen tvekan om att Konica har angett att WebDav-protokollet kan användas för att åstadkomma den säkerhetsnivå som efterfrågats i kravet och designat

anbudet utifrån det obligatoriska kravet. Kommunen verkar ha missförstått Konicas anbudsbilaga Portar. Kommunen menar att det inte finns någon hänvisning till att kommunikation kan eller ska köras på alternativt protokoll. Av bilagan framgår att det är obligatoriskt att använda port 443 och protokoll WebDav/HTTPS för att genomföra en WebDav-skanning. En klartextskanning ska ske genom port 21 och med protokoll FTP. Konicas lösning kräver inte någon annan inloggning eller anslutning än WebDav/HTTPS. När den inloggningen och anslutningen används är inga andra protokoll, såsom FTP, möjliga att använda eftersom övriga inloggningsvägar och anslutningar låses. Det har därför inte varit aktuellt för Konica att nämna eller säkerställa hur eller att andra möjliga protokoll på marknaden uppfyller kravet i avsnitt 8.21.

Rent tekniskt kan Konicas lösning givetvis använda andra protokoll t.ex. FTP. Det är dock ur ett tekniskt perspektiv inte möjligt att tillämpa den tolkning som kommunen gör om att det inte är tillräckligt att en eller flera inloggningsvägar i systemet uppfyller kraven om inte samtliga inloggningsvägar gör det. Kravet kan för det första inte tolkas så att det avser samtliga protokoll som är tillgängliga eftersom t.ex. FTP inte är krypterad. För det andra använder samtliga protokoll som är lösenordsskyddade med krypterad anslutning och som nämnts i detta mål så som SFTP, FTPS och WebDav/HTTPS särskilda standardportar till hård- eller mjukvara. Begreppet samtliga inloggningsvägar kan alltså inte heller tolkas så att det avser samtliga portar på enheten eftersom SFTP använder port 22 som standard, FTPS port 21 och WebDav/HTTPS port 443. Det går visserligen att konfigurera protokollen och portarna så att andra portar kan användas men det skulle inte fungera i praktiken eftersom andra portar redan är upptagna och används som standardportar för att koppla ihop andra hårdvaror eller system utanför print-lösningen. För att åstadkomma en säkerhetsskyddad inloggning till en enhet genom ett visst protokoll låses istället alla andra portar som inte används, på så sätt blir samtliga inloggningsvägar oavsett protokoll

säkerhetsskyddade. Detta gäller oavsett vilken av de nämnda säkerhetsskyddade protokollen som används och det är också så Konicas lösning fungerar.

Konica bjöds in till en anbudsgenomgång av de obligatoriska kraven i avsnitt 8.26 och 8.27. Det är riktigt som kommunen skriver att Konicas representant svarade nej på frågan om skanning-funktionen stöder SFTP eller FTPS. Svaret är rätt eftersom skanningen inte stöder SFTP eller FTPS utan WebDav/HTTPS. Vidare är det också riktigt att Konicas representant bekräftade att om lösningen för skanning-funktionen till FTP skulle användas så skulle lösningen ske i klartextformat och inte i krypterat format. Det är endast om WebDav/HTTPS används som lösningen kan ske i krypterat format. Konica fick dock aldrig frågan om vilken teknisk specifikation som bolaget skulle använda för att uppfylla den tekniska säkerhetsfunktionen i kravet i avsnitt 8.21. Eftersom Konica uppfyllde kravet, och eftersom genomgången gällde kraven i avsnitt 8.26 och 8.27, ansåg inte Konica att det hade någon betydelse att frågan inte diskuterades ytterligare vid genomgången.

Kommunen synes nu göra en sak av det stod exempeldesign på skissen i anbudsbilagan 5_4.1 och att detta skulle betyda att Konica inte har angett att det är den design av nätverket som ska användas. Det påståendet kan inte tolkas som något annat än en efterhandskonstruktion. Kommunen har haft möjlighet att begära förtydligande om något kring Konicas lösning i denna del varit oklart men har inte gjort det, varken vid anbudspresentationen eller på något annat sätt. Konica har inte haft någon skyldighet eller rättighet att ta upp frågan eftersom det inom ramen för ett öppet förfarande ankommer på den upphandlande myndigheten att under en anbudspresentation ställa frågor till leverantören om något i anbudet anses vara otydligt. Anledningen till att det står exempeldesign är för övrigt för att följa kommunens eget obligatoriska krav där beställaren förbehåller sig rätten att bestämma vilka portar och protokoll som får köras. Vid en tjänsteupphandling av print finns det

inte heller möjlighet att genom ett anbud presentera en komplett teknisk lösning eftersom en sådan alltid måste implementeras och anpassas i förhållande till den IT-miljö som råder hos den upphandlande myndigheten.

Huvudregeln i LOU är att upphandlingsdokumenten inte ska precisera t.ex. typ av teknisk specifikation. I 9 kap. 4 § LOU stadgas att tekniska specifikationer inte får innehålla hänvisningar till fabrikat, ursprung, varumärke, patent, typ eller tillverkning om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Endast om det är omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt får sådan hänvisning ske. Om så sker ska den tekniska specifikationen åtföljas av orden "eller likvärdigt" och undantaget ska tillämpas restriktivt (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2685--2687-12). Lagtextens krav på att tekniska specifikationer av de produkter som är föremål för upphandlingen ska följas av orden "eller likvärdigt" gör att likabehandlingsprincipen uppfylls, d.v.s. att leverantörer som kan leverera det som är likvärdigt inte avstår från att anmäla intresse för upphandlingen.

Av kravet i 8.21 är det tydligt av ordet "oavsett" i första meningen att olika protokoll kan användas och av andra meningen framgår ett antal exempel för att uppfylla den säkerhetsnivå som krävs för lösenordsskydd och krypterad användning. Ett sådant exempel är "SFTP istället för FTP". Eftersom SFTP är en typ av protokoll måste kravet tolkas så att de exempel som anges i andra meningen i kravet endast är exempel på typ av protokoll och att likvärdiga protokoll också kan användas. Om kravet ska tolkas på så sätt att enbart protokollet SFTP får användas och att anbudsgivare som använder sig av motsvarande men alternativa säkerhetslösningar inte uppfyller kravet skulle det strida mot 9 kap. 6 § LOU och likabehandlingsprincipen. Även tolkningen om att samtliga portar som normalt kan användas ska vara lösenordsskyddade strider mot 9 kap. 6 § LOU eftersom det inte är möjligt för

någon anbudsgivare att genomföra ett sådant tekniskt krav då det innebär att även portar som inte teknisk kan lösenordsskyddas skulle innefattas.

Sammantaget visar ovanstående att kommunen har förkastat Konicas anbud trots att det inte framkommit något som talar mot att Konicas lösning uppfyller det obligatoriska kravet i avsnitt 8.21. Det missförstånd som uppstått är olyckligt men ska inte ligga Konica till last och eftersom anbudet uppfyller samtliga obligatoriska krav så ska det utvärderas.

Otydligt utformade obligatoriska krav

De obligatoriska kraven som anges i upphandlingsdokumentens avsnitt 8.26 och 8.27 innehåller flera otydligheter. Meningen ”beställaren förbehåller sig rätten att bestämma vilka som får köras och inte” är inte helt tydlig utifrån att olika datorer kan ha stöd av olika typer av protokoll och ändå uppnå samma tekniska funktion. Oaktat detta angav Konica att vilka protokoll och portar som avses användas för utenheter (d.v.s. de fysiska maskinerna) och serverinstallationerna är något som bestäms i samverkan med kommunen under införandeprocessen eftersom IT-infrastrukturen ägs av kommunen.

Om kraven ska tolkas så att enbart protokollet SFTP får användas skulle kravet inte bara strida mot 9 kap. 6 § LOU utan även mot principen om öppenhet i 4 kap. 1 § LOU då kraven inte skulle vara tillräckligt tydligt för att ett anbud skulle kunna förkastas på den grunden att det avviker från denna tolkning. Den här principen medför främst en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet i upphandlingen. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste upphandlingsdokumenten vara klara och tydliga och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Höga krav ställs därför på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar. Obligatoriska krav får i linje med det inte framstå som godtyckliga eller osakliga (se t.ex. RÅ 2010 ref. 78, Kammarrätten i

Sundsvalls dom i mål nr 2545-13 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 4342--4357-11). Otydligheten i kraven i förhållande till vad kommunen verkar ha avsett har påverkat utformningen av anbudet. Konica har inte kunnat förutse hur kraven skulle komma att tillämpas och därmed frångått möjligheten att utforma och lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Kommunen bestrider bolagets begäran om överprövning och anför i huvudsak följande. Fem leverantörer inkom med anbud i upphandlingen, samtliga anbudsgivare kvalificerade sig för anbudsprövning. Vid anbudsprövningen förkastades två av anbudet, bland dem anbudet från Konica efter att det konstaterats att inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingsdokumenten uppfylldes. Av upphandlingsdokumenten framgår ett flertal obligatoriska krav avseende tjänsten, bl.a. gällande IT-säkerhet. Kommunen har agerat i enlighet med bestämmelserna i LOU och Konica har därför inte lidit eller riskerat att lida skada.

Anbudet uppfyller inte obligatoriska krav

Efter att kommunen fastställt att Konica och dess anbud uppfyllt samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen gick anbudet vidare för prövning av de obligatoriska kraven. Kommunen bedömde att dessa var uppfyllda varför anbudet gick vidare till utvärdering. Konica bjöds in till en intervju och anbudsgenombgång där flera representanter från både kommunen och Konica deltog. Vid genomgången tillfrågades en av Konicas representanter om betydelsen av texten "Scan to FTP", en text som återfinns i en skiss över exempeldesign för kommunen. På frågan om scanning-funktionen till FTP stöder något krypterat format såsom SFTP eller FTPS svarade representanten nej. För att klargöra svaret frågade en av kommunens representanter om det då var korrekt uppfattat att lösningen för scanning-funktionen till FTP innebär att lösningen sker i klartextformat och inte i krypterat format i enlighet med upphandlingens obligatoriska krav i avsnitt 8.21. Svaret på frågan var ja. Konica presenterade inte någon exakt teknisk lösning i fråga om portar

och protokoll och visade vid anbudspresentationen således inte att säkerhetskravet i avsnitt 8.21 uppfylls.

I syfte att säkerställa att kommunen uppfattat uppgifterna i anbudet och den information som lämnades vid anbudsgenomgången rätt gavs Konica möjlighet att skriftligen bekräfta vilka portar och protokoll som bolagets lösning innefattade. Kommunen fick då en förtydligande lista över vilka portar och protokoll som används i Konicas lösning. Av listan framgår att det är obligatoriskt med datakommunikation via port 21 över protokollet FTP. Någon hänvisning till att kommunikation kan eller ska köras på alternativt protokoll finns inte. Det framgår inte heller av listan i övrigt att denna kommunikation ska ske på ett annat sätt och därmed krypterat. Med anledning av detta bedömdes anbudet inte uppfylla de obligatoriska kraven i avsnitt 8.21 eftersom samtliga inloggningsvägar på hård- eller mjukvara i system oavsett protokoll ska vara lösenordsskyddade och anslutningen krypterad. Att en eller flera inloggningsvägar i systemet uppfyller kraven är således inte tillräckligt.

Kommunen instämmer i att en användning av port 443 och protokollet Web-Dav kan användas för en lösenordsskyddad och krypterad anslutning på hård- och mjukvara. Ovanför den aktuella skissen i bilagan framgår dock att det är fråga om en exempeldesign, det framgår inte att det är denna design av nätverket som ska användas. Kommunen har därför inte kunnat fastställa om kravet i avsnitt 8.21 är uppfyllt eller inte. Det har inte heller varit tydlig av den skriftliga komplettering som Konica lämnat att någon av de tidigare angivna portarna eller protokollen inte skulle innefattas i den offererade lösningen. Kommunen har därför utgått från att samtliga uppräknade portar och protokoll inbegripits i Konicas offererade lösning. Konica har således inte vid något av de angivna tillfällena visat att kravet i avsnitt 8.21 är uppfyllt och att samtliga inloggningsvägar på hård- eller mjukvara i system oavsett

protokoll är lösenordsskyddade och anslutningen krypterad. Att Konica senare, efter att tilldelningsbeslut meddelats, har förtydligat att endast port 443 och protokollet WebDav/HTTPS är aktuellt att använda saknar betydelse eftersom kommunen för att uppnå likabehandling endast får beakta det som faktiskt framgår av ett anbud (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2755-13).

Otydligt utformade obligatoriska krav

EU-domstolen har uttalat att samtliga villkor och bestämmelser i ett upphandlingsdokument ska vara formulerat klart, precist och entydigt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se t.ex. C-27/15, Pizzo, p.36).

Det obligatoriska kravet i avsnittet 8.21 är utformat så att funktionen som ska uppnås anges i den första meningen. Därefter följer tre olika exempel på hur funktionen kan uppnås. Någon begränsning som innebär att det är de enda tillåtna sätten att uppfylla kravet finns inte. Kravet kan därmed inte uppfattas på något annat sätt än som klart, precist och entydigt. Det framgår också av Konicas ansökan att de har uppfattat kravet på det sättet och utformat sitt anbud utifrån det. De exempel som gjorts avseende hur den tekniska funktionen kan uppnås inte avsett någon hänvisning till teknisk specifikation som lett till att någon eller några leverantörer gynnas eller missgynnas. Kravet har inte heller på den grunden inneburit en överträdelse av bestämmelsen i 9 kap. 6 § LOU.

Vad avser de obligatoriska kraven i avsnitt 8.26 och 8.27 inleds även de med att anbudsgivaren ska beskriva vilka portar och protokoll som respektive utenhet eller serverinstallation är beroende av för sin nätverkstrafik respektive kommunikation. Därefter följer att anbudsgivaren ska medge att

kommunen vid och efter driftsättning får bestämma vilka portar och protokoll som får köras och inte samt garantera att detta sedan kan efterlevas ute i produktion. Konica har i sitt anbud lämnat efterfrågade obligatoriska uppgifter och därigenom uppfyllt det aktuella kravet. Inte heller avseende dessa krav torde det därmed föreligga någon tveksamhet eller otydlighet i fråga om hur de ska tolkas och de har därför inte heller här varit fråga om en överträdelse av bestämmelsen i 9 kap. 6 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling (20 kap. 4 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag 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 har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

Om de tekniska specifikationerna inte anges som prestanda- eller funktionskrav, ska de hänvisa till standarder och bedömningar, och i fallande prioritetsordning till

1. svensk standard som stämmer överens med europeisk standard,
2. europeisk teknisk bedömning,
3. gemensam teknisk specifikation,
4. internationell standard,
5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller
6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller, i fråga om en byggtreprenad eller användning av en vara, svensk teknisk specifikation för projektering, beräkning och utförande.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden ”eller likvärdig”. (9 kap. 4 § LOU).

Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller
4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdig”. (9 kap. 6 § LOU).

Utredningen i målet

Av upphandlingsdokumenten framgår bl.a. följande:

8.0 IT-Säkerhet

8.21 Krav

Samtliga inloggningssvågar på hård- eller mjukvara i system oavsett protokoll ska vara lösenordskyddade och anslutningen krypterad. Exempelvis webbgränssnitt ska använda https, filöverföring med SFTP istället för FTP och om konfiguration över snmp behövs ska det ske över SNMPv3.

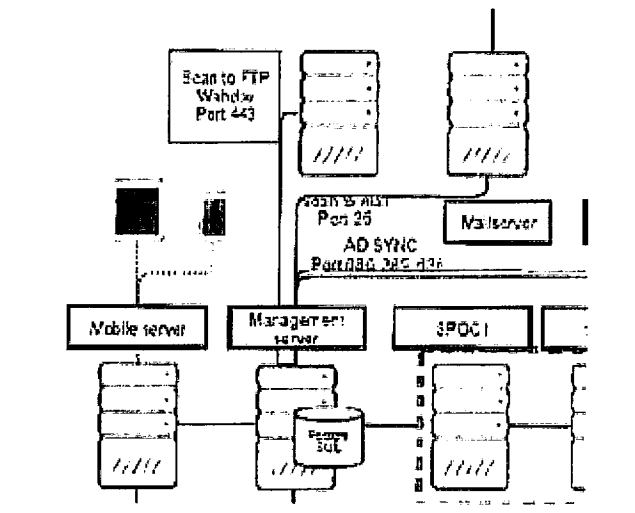
8.26 Krav

Leverantören ska beskriva vilka portar och protokoll som respektive Utenhet är beroende av för inkommande och utgående nätverkstrafik från respektive typ av Utenhet. Beställaren förbehåller sig rätten att bestämma vilka som får köras och inte. Leverantören ska garantera att detta efterlevs och vid ändringar av vad som får vara aktivt ska detta kunna ändras på Utenheter ute i produktion.

8.27 Krav

Leverantören ska beskriva vilka protokoll och portar som respektive serverinstallation är beroende av för kommunikation inkommande och utgående mellan sagd serverinstallation och Utenhet eller annan serverinstallation. Beställaren erhåller sig rätten att bestämma vilka som ska få köras och inte. Leverantören ska garantera att detta kan efterlevas och vid en ändring i vad som får vara aktivt kunna ändra det på Utenheter ute i produktion.

Utdrag ur anbudsbilaga 5_4.1:



Utdrag ur anbudsbilaga Portar:

Optional (if using scan via SMTP)	TCP	25	SMTP	Warning and use 389 port instead Scanning from MFDS via email (optional, depending on MFD capabilities)
Mandatory for WebDAV scanning	TCP	443	Secured WebDAV / HTTPS	Scanning from MFDS via scan workflow (optional depending on MFD capabilities)
Optional (if using scan via SMI)	TCP	139	SMI	Scanning from MFDS via scan to folder (optional depending on MFD capabilities)
Mandatory for embedded terminal scanning	TCP	21	FTP	Scanning from MFDS via scan to folder (optional depending on MFD capabilities)
Optional – Passive FTP transfers for embedded	TCP	4070	FTP	Range of ports for passive FTP transfers (optional depending on VSoft Safeserver capabilities)

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. I upphandlingsmål gäller som huvudprincip att domstolen är bunden av vad parterna anfört. Den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska därför på ett klart sätt ange vilka omständigheter han grundar sin talan på (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Anbudet uppfyller inte obligatoriska krav

Konica menar att bolaget lämnat ett anbud där kravet om lösenordsskyddade inloggningsvägar och krypterad anslutning uppfylls med hjälp av protokollet WebDav/HTTPS och port 443. Kommunen menar dock att detta inte framkommit tydligt varken i anbudet eller vid den senare anbudsgenomgången. Konicas anbud förkastades därför av kommunen och utvärderades inte.

Av det obligatoriska kravet som ställts upp i avsnitt 8.21 i upphandlingsdokumenten framgår bl.a. att samtliga inloggningsvägar på hård- eller mjukvara i system oavsett protokoll ska vara lösenordsskyddade och anslutningen krypterad. Webbgränssnitt ska t.ex. använda HTTPS, filöverföring med SFTP istället för FTP. Konica menar att det av anbudsbilagorna 5_4.1 och Portar varit tydligt att kravet uppfylldes. Konica har därför vid anbudsgenomgången svarat nej på frågan om scanning-funktionen till FTP stöder något krypterat format såsom SFTP och även ansett att vidare diskussion kring hur kravet uppfylldes då saknade betydelse. Konica menar att det vid anbudsgenomgången ålegat kommunen att ställa frågan om vilken teknisk specifikation som skulle användas för att uppfylla kravet. Kommunen har i syfte att säkerställa att kommunen uppfattat uppgifterna i anbudet och den

information som lämnades vid anbudsgenomgången rätt gett Konica möjlighet att skriftligen bekräfta vilka protokoll och portar som bolagets lösning innefattade. Kommunen fick då en förtydligande lista över vilka protokoll och portar som används i Konicas lösning. Kommunen har inte heller av denna information kunnat utläsa att Konicas anbud uppfyller det obligatoriska kravet.

Förvaltningsrätten konstaterar att även om det i målet nu i efterhand är ostriktigt att protokollet WebDav/HTTPS och port 443 kan användas för lösenordsskyddad inloggning och krypterad anslutning så framgick det dock inte av Konicas anbud vid tidpunkten för utvärderingen att kravet i avsnitt 8.21 uppfylldes. Konica har senare, efter att tilldelningsbeslut meddelats, förtydligat hur kravet uppfylls. För att likabehandling ska uppnås får dock endast det som faktiskt framgår av ett anbud beaktas (se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2755-13). Att Konica i efterhand kompletterat sitt anbud med ytterligare förtydligande innebär enligt förvaltningsrättens bedömning inte att anbudet vid tidpunkten för utvärderingen uppfyllde det obligatoriska kravet.

Otydligt utformade obligatoriska krav

Konica menar att det inte har varit möjligt att förutse hur kraven i upphandlingsdokumentens avsnitt 8.21, 8.26 och 8.27 skulle komma att tillämpas eftersom de innehåller flera otydligheter t.ex. kring om det varit obligatoriskt att använda protokollet SFTP. Konica anser sig som följd ha fråntagits möjligheten att utforma och lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunen menar att kraven är utformade på ett klart, precist och entydigt sätt och att det därför inte varit fråga om någon överträdelse av bestämmelserna i LOU. Kommunen menar också att Konica dessutom har uppfyllt kraven i 8.26 och 8.27 och att det därför inte bör föreligga någon tveksamhet eller otydlighet i fråga om hur de ska tolkas.

Av principen om likabehandling följer att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Upphandlingsdokumenten ska vara utformade så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se EU-domstolens dom i målet C-19/00, SIAC Construction). Varje leverantör ska därmed med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten kunna bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr rättsfallet RÅ 2002 ref 50).

Den upphandlande myndigheten har en skyldighet att skapa öppenhet i upphandlingen. Upphandlingsdokumenten måste vara klara och tydliga och innehålla samtliga krav på det som upphandlas så att anbudsgivarna ges samma förutsättningar för anbudsgivning. Obligatoriska krav får inte framstå som godtyckliga eller osakliga och de får inte heller strida mot de grundläggande upphandlingsprinciperna (se t.ex. RÅ 2010 ref. 78 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2545-13).

Enligt förvaltningsrättens bedömning har det i det aktuella målet inte framkommit något som tyder på att upphandlingsdokumenten varit otydliga eller osakliga på ett sådant sätt att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör inte haft möjlighet att tolka informationen i upphandlingsdokumenten och efter det lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det, utifrån vad Konica har anfört, inte framkommit att kommunen vid genomförandet av upphandlingen har

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM

brutit mot LOU eller de upphandlingsrättsliga principerna. Grund för ingripande mot upphandlingen finns därför inte och ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Robert Dalman
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Erika Nyman Jonsson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.