



SÖKANDE

TDC Sverige AB, 556465-8507

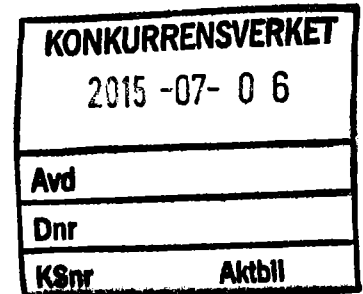
Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår TDC Sverige AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

SKI Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling benämnd ”Datakommunikation 2014”. I punkt 1.4.1 i anbudsinbjudan anges bland annat följande om bakgrunden till det kommunikationsnät – Sjunet – som upphandlingen avser. Sjunet är ett kvalitetssäkrat kommunikationsnät för ackrediterade organisationer och företag som är verksamma inom vård- och omsorgssektorn i Sverige. Upphandlingen genomförs genom förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Samtliga anbudssökande ansågs kvalificerade. SKI har i tilldelningsbeslut utsänt den 21 november 2014 meddelat att myndigheten beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än TDC Sverige AB (TDC).

TDC yrkar att upphandlingen ska göras om och åberopar som grunder, såsom dessa slutligen justerats, följande.

1. SKI har genomfört ett förhandlat förfarande med föregående annonsering trots att förutsättningar för detta saknas. SKI:s tillämpning av förhandlat förfarande med föregående annonsering strider mot 4 kap. 2 § LOU.
2. Kravställningen och förutsättningarna för prissättning i upphandlingen har förändrats i väsentlig utsträckning under upphandlingens gång. Detta strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.
3. Informationen och kravställningen avseende vissa centrala funktioner i upphandlingen – Tjänstekatalog, VXL och Tjänstenav – har varit mycket otydlig. Väsentliga krav för dessa funktioner har saknats i upphandlingen. Dessa brister har lett till att anbudsgivarna har kunnat tolka

förutsättningarna för tillhandahållande av dessa centrala funktioner på olika sätt, och därmed säkerställs inte att anbuden i upphandlingen är jämförbara. Utformningen av anbudsinbjudan strider därför mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

4. Den information som lämnats i anbudsinbjudan med bilagor, är mycket bristfällig avseende hur många och vilka de avropsberättigade aktörerna är samt om dessa aktörer i praktiken kommer att avropa från ramavtalet eller inte. Dessa brister skapar en betydande osäkerhet beträffande upphandlingens omfattning. Utformningen av anbudsinbjudan med bilagor strider därför mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.
5. TDC har riskerat att lida skada enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU.

Till stöd för sin talan har TDC anfört bland annat följande.

Första åberopade grunden

Varken i upphandlingens ansökningsinbjudan eller i anbudsinbjudan har angetts några skäl till att SKI valt att genomföra upphandlingen med förhandlat förfarande. I avsnitt 1.2.1 i anbudsinbjudan anges endast följande: "Upphandlingen genomförs genom förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 2 punkten LOU som gäller för A-tjänster över tröskelvärdet". – Det är föremålet för den aktuella upphandlingen som måste omöjliggöra fastställande av totalpris i förväg, för att förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 ska kunna användas. Bedömningen av om förhandlat förfarande kan användas ska göras objektivt utifrån upphandlingens föremål och förutsättningar. SKI menar att upphandlingen innefattar ett helt nytt kommunikationsnät, och att många delar i detta kommunikationsnät (infrastruktur, nätsegment, trafikstyrning m.m.) har varit svåra att fastställa på förhand. Det är dock TDC:s bestämda uppfatt-

ning att det har varit möjligt för SKI att ställa upp tydliga krav och villkor för upphandlingens centrala delar. Att SKI beslutat att dessa delar istället ska utformas genom förhandlingar, innebär inte att det objektivt varit omöjligt att ange erforderliga krav och villkor på förhand. – Härutöver vill TDC påpeka att de särskilda omständigheter som föreligger ska medföra att det är omöjligt för leverantörerna att ange totalpris i förväg. Den prissättningsstruktur som ursprungligen angetts i upphandlingen har varit mycket detaljerad och det har således inte funnits några som helst hinder för att på förhand utforma en prissättningsstruktur i upphandlingen. Begreppet "prior overall pricing" i artikel 30 1 b) i Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster visar enligt TDC:s uppfattning tydligt att vad som avses är prissättningsstruktur, dvs. det sätt på vilket priser ska anges i upphandlingen, snarare än priserna i sig. TDC vill här understryka att prissättningsstrukturen i upphandlingen absolut inte har lämnats öppen för att sedermera fastställas i förhandlingar. Det framgår att punkt 2.9.1 i anbudsinbjudan och av prisbilagan att SKI på förhand har utformat en omfattande och mycket detaljerad prismodell. Det har således inte funnits några som helst hinder för att på förhand utforma en prissättningsstruktur i upphandlingen. TDC vill understryka att varken det förhållandet att det finns brister i prismodellen eller det förhållandet att prismodellen har förändrats under upphandlingens gång har någon betydelse för frågan om det har funnits möjlighet att på förhand utforma en tydlig prissättningsstruktur. – TDC vill dessutom understryka följande. De delar som SKI anger såsom skäl för att förhandlat förfarande valts – dvs. förutsättningar för leverans av ny infrastruktur, nätsegmentering, trafikstyrning m.m. – har inte blivit föremål för förhandlingar i upphandlingen. Förhandlingarna har istället avsett tillkommande ska-krav av relativt okomplicerad natur (som krav på leverantörens dokumentation) samt förändringar av befintliga ska-kravs nivåer (som omslagstid för routing m.m.). Uppenbarligen har SKI inte funnit det nödvändigt att förhandla om de delar som

enligt SKI föranlett valet av förhandlat förfarande. Därmed kan de skäl som anförts för valet av förhandlat förfarande inte anses utgöra sådana särskilda omständigheter som krävs enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU.

Andra åberopade grunden

När det gäller förändringar av ska-kraven i upphandlingen kan i huvudsak urskiljas tre huvudtyper:

- a. SKI har infört helt nya ska-krav i upphandlingen, som inte haft någon motsvarighet i kravspecifikationen. Se t.ex. tredje punkten under ”höjningar av ska-krav” på s. 6 i upphandlingsprotokollet: ”Leverantören ska vid behov kunna lämna fullständig, strukturerad och aktuell dokumentation över de tjänster som levereras inkluderande design av tjänster och lösningar, förbindelseanslutningar samt övriga tjänster som levereras enligt avtalet”.
- b. SKI har höjt nivån på befintliga ska-krav i kravspecifikationen. Se t.ex. femte punkten under ”höjningar av ska-krav” på s. 6 i upphandlingsprotokollet: ”Gällande tidigare ställda krav under 2.1.1.2.7 Routing har lägstanivån höjts enligt följande: Omslagstid ska maximalt vara 30 sekunder”.
- c. Tidigare bör-krav i upphandlingen har omvandlats till ska-krav av SKI. Se t.ex. tredje punkten på s. 7 i upphandlingsprotokollet: ”Gällande tidigare ställt krav under 2.1.1.7.5 VXL har lägstanivån höjts enligt följande: Anbudsgivaren ska tillhandahålla en flexibel lösning för kundportal [...]. Tidigare har följande bör krav ställts i punkt 2.1.1.7.5 i kravspecifikationen ”Anbudsgivaren bör tillhandahålla en flexibel lösning genom standardprodukter eller färdiga produkter”.

SKI anför att förbud mot att göra väsentliga förändringar i ett förfrågningsunderlag inte tar sikte på upphandlingar som genomförs med förhandlat förfarande. TDC vill understryka att vad SKI här anför är helt felaktigt. Syftet med förhandlingar, när dessa är tillåtna enligt LOU, är att anpassa anbuden till de krav som upphandlande myndighet har angett (jämför 4 kap. 3 § LOU). I Kammarrättens i Göteborg dom av den 6 maj 2014 i mål nr 558-14 hade de upphandlande myndigheterna infört nya obligatoriska krav i en upphandling under förhandlingen i ett förhandlat förfarande. Kammarrätten konstaterade i det fallet att en upphandlande myndighet i

regel inte får tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom detta utgör en väsentlig förändring, och att om myndigheten anser att nya krav måste ställas innebär detta att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Någon möjlighet för en upphandlande myndighet att efter förhandling göra ändringar i förfrågningsunderlaget kan inte utläsas av 4 kap. 3 § LOU (se s. 5 i domen). TDC noterar att SKI:s inställning att väsentliga förändringar är tillåtna vid förhandlat förfarande kan vara en del av förklaringen till att väsentliga förändringar faktiskt har genomförts i så omfattande utsträckning i upphandlingen. – TDC bestrider inte att det är tillåtet att förhandla om pris (under förutsättning att förhandlingar är tillåtna överhuvudtaget, vilket inte är fallet i upphandlingen). Detta innebär dock inte att det är tillåtet att i grunden förändra förutsättningarna för prissättning på så sätt som skett i upphandlingen. Vad SKI anför angående att priser krävts in på nya sätt samt att SKI vid förhandlingen angett en prismodell som enligt SKI:s uppfattning bättre återspeglar verkliga förhållanden, kan enligt TDC inte tolkas på något annat sätt än att SKI medger att stora förändringar gjorts avseende förutsättningarna för prissättning i upphandlingen. Här ska påpekas att det inte är tillåtet att förändra en prismodell endast av den anledningen att SKI under upphandlingens gång kommit underfund med att prismodellen kunde ha utformats på ett bättre sätt. Om sådana förändringar ska göras som nu gjorts i upphandlingen, måste upphandlingen göras om. Det är missvisande att SKI anför att TDC kraftigt reducerat priset för sitt förhandlade anbud. TDC är av uppfattningen att eftersom förutsättningarna för prissättning i samband med förhandlingarna så kraftigt förändrats jämfört med den ursprungliga prisbilagan så är det inte möjligt att överhuvudtaget jämföra de ursprungliga prisnivåerna med de priser som slutligen offererades. Även om TDC skulle anses ha sänkt sina priser, betyder detta naturligtvis inte att "full transparens till slutlig kravnivå för upphandlingsförmålet" har åstadkommit.

Tredje åberopade grunden

Kravställningen avseende de centrala funktionerna Tjänstekatalog, VXL och Tjänstenav får anses vara otydlig eftersom det saknas krav som visar anbudsgivarna vilken kapacitet och resurser som krävs. Detta har medfört att anbudsgivarna kan ha haft vitt skilda utgångspunkter för sina anbud. Därför strider utformningen av de centrala funktionerna mot likabehandlings- och transparensprincipen.

Fjärde åberopade grunden

Det föreligger osäkerhet dels avseende aktörerna i avroparlistan och dels avseende E-hälsoaktörerna vad gäller hur många och vilka aktörerna är samt om dessa aktörer i praktiken kommer att avropa från ramavtalet eller inte. Detta innebär att anbudsinvjudan i dessa delar är mycket otydligt utformat och strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Oklarheten gällande vilka e-hälsoaktörer som kan komma att nyttja ramavtalet innebär att upphandlingens volym blir osäker.

SKI anser att TDC:s ansökan om överprövning ska avslås och anger som sin inställning till åberopade grunder följande.

1. Det har funnits förutsättningar för SKI att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering i upphandlingen i enlighet med 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU.
2. Kravställningen och förutsättningarna för prissättningen i upphandlingen har inte förändrats i väsentlig utsträckning eller mer än vad som är tillåtet inom ramen för ett förhandlat förfarande. Det valda tillvägagångssättet strider inte mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen eller i övrigt mot 1 kap. 9 § LOU.

3. Informationen och kravställningen avseende vissa centrala funktioner i upphandlingen – tjänstekatalog, VXL och tjänstenav – har inte varit otydlig. Utformningen av ansökningsinbjudan strider inte mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen.
4. Utformningen av ansökningsinbjudan strider inte heller, vad avser den avropsberättiga kretsen, mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen.
5. TDC har inte riskerat lida skada enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU.

SKI anför bland annat följande.

Första åberopade grunden

SKI menar att det är felaktigt att påstå att kravet på särskilda omständigheter kräver att det är omöjligt för leverantörerna att ange ett totalpris i förväg. Både 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU och doktrin fastslår att det är beställarens, dvs. den upphandlande myndighetens, möjlighet att ange ett totalpris i förväg som utgör särskilda omständigheter som motiverar att ett förhandlat förfarande får tillämpas. Begreppet ”totalpris” i 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU avser inte prissättningsstruktur i en så snäv mening som TDC gör gällande. Tvärtom är det precis den situation som har förelegat i den aktuella upphandlingen som har åsyftats. Det har i förväg inte varit möjligt att fastställa kraven på lösning, kvalitet och pris för det nya kommunikationsnätet då motsvarande lösning eller tjänst vid tillfället inte funnits. Det har inte varit prissättningsstrukturen i sig som har varit svår att fastställa. Det har däremot varit nödvändigt att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering för att hitta den för SKI bästa lösningen som även prismässigt ligger i linje med SKI:s beräkningar. Vad som sägs i doktrinen ger stöd för att det, särskilt vid komplicerade IT-upphandlingar, finns skäl

att tillämpa förhandlat förfarande. Därutöver framkommer följande i doktrinen "för att undantagsbestämmelsen ska vara tillämplig att det med att det finns en risk för att totalpris inte ska gå att uppskatta i förväg". SKI hänvisar i dessa delar till Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, tredje upplagan s. 163-165. Det föreligger överhuvudtaget inte några tveksamheter om att det i denna upphandling fanns förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering. Som framgår av ansökningsinbjudan avsnitt 1.2.2 hade SKI vid upphandlingstillfället en målbild för det nya kommunikationsnätet. Målbilden har arbetats fram utifrån de behov som de berörda organisationerna framfört. Målbilden och syftet med förhandlingarna har därutöver tydligt framgått av avsnitt 1.4 i anbudsinbjudan. Anbudsinbjudan innehåller både ska-krav och förhandlingspunkter. Ska-kraven utgör obligatoriska minimikrav som ska vara uppfyllda och som inte har varit föremål för förhandling. Förhandlingspunkterna, som tydligt angetts i anbudsinbjudan, utgör underlag för diskussioner om högre nivåer än de ursprungliga ska-kraven. I och med att anbuderna kom in har SKI fått information och kunskap om de olika lösningarna som finns på marknaden. Förhandlingarna med anbudsgivarna har tillförsäkrat att funktionaliteten uppnås och att anbuderna likställts så att de blivit jämförbara. Det framgår tydligt av anbudsinbjudan vilka delar som SKI har haft för avsikt att förhandla om. Alla anbudsgivare har fått samma möjligheter, att vid förhandlingarna presentera sina anbud och sina anpassade priser. De har fått lika möjligheter att anpassa anbuderna i förhållande till anbudsinbjudan så att det blev möjligt att jämföra anbuderna. SKI har dokumenterat förhandlingarna och denna dokumentation har bekräftats av anbudsgivarna. Förfarandet uppfyller därmed de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU, inklusive de EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens. SKI bestrider vad TDC anför om att det varit möjligt att fastställa kraven från början istället för att tillämpa förhandlat förfarande. Med TDC:s synsätt torde det alltid vara möjligt att ställa upp tydliga krav från början. Det går alltid att ställa låga krav och inte eftersträva en teknisk

utveckling av varor och tjänster. SKI vidhåller sammanfattningsvis att det har funnits förutsättningar för att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Andra åberopade grunden

Även om praxis gällande väsentliga förändringar ska beaktas har inga väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget gjorts, eftersom förhandlingarna inte i någon del inneburit att obligatoriska krav har förändrats. Tvärtom hölls förhandlingarna inom ramen för de punkter som enligt förfrågningsunderlaget kunde bli föremål för förhandling. Det finns både ska-krav och förhandlingspunkter i förfrågningsunderlaget. Förhandlingspunkterna utgjorde underlag för förhandlingarna med syfte att nå rätt nivå på de offererade lösningarna medan ska-kraven utgjorde obligatoriska minimikrav som inte ingått i förhandlingarna. Det går, enligt doktrinen, att förhandla om en mängd olika delar i ett upphandlingsunderlag men det krävs dock att den upphandlande myndigheten genom sitt agerande inte bryter mot de grundläggande upphandlingsprinciperna (se Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, tredje upplagen s. 167). Vad gäller dokumentationsplikten, som TDC tar upp i sitt yttrande, vill SKI framhålla att SKI under förhandlingarna enbart höjde nivån på dokumentationskravet. I anbudsinbjudan punkt 2.3.1 framgår ska-kraven. Ett förslag till hur samarbetsforum mellan parterna kan utformas framgår av anbudsinbjudan men det anges även att förslaget kan komma att justeras och preciseras vid tiden för samarbetet för att anpassas till respektive process och att säkerställa effektiv samverkan, tydliga roller, forum samt ansvarsgränser. För att snabbt kunna lösa incidenter ska anbudsgivaren uppdatera och upprätthålla statiskt som publiceras på ett lättåtkomligt sätt för den kundgemensamma förvaltningen.

Tredje åberopade grunden

Det bestrids att kravställningen varit otydlig. Kravställningen varit tillräckligt tydlig för att alla anbudsgivare skulle kunna lämna godtagbara anbud.

Fjärde åberopade grunden

Enligt 5 kap. 2 § LOU får kontrakt som grundar sig på ramavtal slutas mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i avtalet. Detta innebär att samtliga avropsberättigade myndigheter måste anges och gå att identifiera antingen i själva förfrågningsunderlaget eller i t.ex. en bilaga till detta. Vad Konkurrensverket anförde i yttrande till mål 1857-12 vid Förvaltningsrätten i Stockholm kan knappast anses utgöra gällande rätt. Detta både med hänsyn till domskälen i det målet, till senare praxis och med hänsyn till vad som uttalats i det pågående lagstiftningsarbetet på upphandlingsområdet. SKI tillämpar, sedan domen meddelades den 10 oktober 2012 i mål 1857-12, en viss rutin för att upphandlande myndigheter ska bli avropsberättigade på ramavtalen. Genom att upphandlande myndigheter betalar en serviceavgift till SKI bekräftar de sitt intresse att avropa från kommande ramavtal enligt en fastställd årlig upphandlingsplan. Inför att en upphandling hos SKI annonseras uppges alla upphandlande myndigheter, som har betalat serviceavgiften, som avropsberättigade parter i en bilaga, dvs. förutom de upphandlande myndigheter som har av-
anmält sig. Aktuell upphandling fanns med i upphandlingsplanen för 2014. Att den rutin som SKI tillämpar för att uppfylla kraven i 5 kap. 2 § LOU är godtagbar framgår bland annat tydligt av Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 mars 2014 i mål nr 20882-13. I samma mål framgår att systemet är tillräckligt för att de upphandlande myndigheterna ska anses ha bekräftat sitt intresse på det sätt som krävs för att vara avropsberättigade. Den domen överklagades hela vägen till högsta instans utan att prövningstillstånd beviljades. Vidare framgår i samma mål att det är en del av ramavtalets inneboende osäkerhet att det inte på förhand går att ha vetskap om

vilka volymer som faktiskt kommer att avropas och kan inte anses strida mot transparensprincipen. Att vissa avropsberättigade upphandlande myndigheter med största sannolikhet inte kommer att använda ramavtalet, till exempel därför att de inte verkar inom svensk e-hälsa, innebär inte en brist i transparens. Förutsättningarna att förutse vilka upphandlande myndigheter som kommer att använda avtalet är lika för anbudsgivarna. SKI:s bedömning är att det torde vara relativt tydligt för anbudsgivarna, särskilt för TDC som befintlig leverantör av Sjunet, vilka upphandlande myndigheter som framförallt kan vara intresserade att avropa från ramavtalet. SKI kan härutöver nämna ny bestämmelse i 7 kap. 3 § LOU i förslaget till nya regler om offentlig upphandling som kommer ersätta 5 kap. 2 § LOU. 1 denna anges att "en inköpscentral kan föra eller låta föra ett register över vilka upphandlande myndigheter som har rätt att använda sig av inköpscentralens ramavtal. Kravet på tydlighet får anses vara uppfyllt genom en hänvisning till registret, t.ex. genom en länk till ett webbaserat register, i ramavtalets anbudsinfordran eller inbjudan att bekräfta intresse. Men det bör då framgå av registret från vilket datum den berörda upphandlande myndigheten fick rätt att använda sig av de ramavtal som inköpscentralen ingår, eftersom detta datum avgör vilka specifika ramavtal som den upphandlande myndigheten får använda. Analysen är hämtad från det nya upphandlingsdirektivet, skäl 60. Sammanfattningsvis får SKI:s arbetssätt anses vara transparent och i övrigt förenligt med både gällande och kommande regelverk. Vidare anför TDC att kravet i punkt 1.1.3 i anbudsininbjudan om att även övriga aktörer inom svensk e-hälsa ska kunna tillämpa ramavtalets villkor strider mot transparensprincipen. Den avropsberättigade kretsen i upphandlingen är de upphandlande myndigheter som anges i upphandlingens bilaga 01. Vad gäller kravet att övriga aktörer inom svensk e-hälsa ska kunna tillämpa ramavtalets villkor är detta just ett krav i upphandlingen, inte en utvidgning av den avropsberättigade kretsen. Aktörer som inte omfattas av LOU kan givetvis inte omfattas av den avropsberättigade kretsen på SKI:s ramavtal. Kravet är såväl transpa-

rent som nödvändigt och proportionerligt, av följande anledningar. Inera, som ansvarar för Sjunet, koordinerar landstingens och regionernas gemensamma e-hälsoarbete och utvecklar tjänster till nytta för invånare, vård- och omsorgspersonal och beslutsfattare. Alla landsting, kommuner, privata vårdgivare och leverantörer ska kunna ansluta sig till Sjunet och enbart aktörer inom svensk vård och omsorg får ansluta sig och vara anslutna. Sjunet har en garanterad tillgänglighet och anslutning till Sjunet ställs ofta som krav för att sprida verksamhetskritisk information. Sjunet används endast av en begränsad krets vilket bidrar till att Inera kan ställa krav på hur man får använda nätet, samtidigt som Inera kan kontrollera att detta också efterlevs genom en ackrediteringsprocess. Beroende på vilka behov och krav verksamheten har på tillgänglighet, finns olika anslutningssätt. Sjunet utgör således grunden för informationssäkerhet inom e-hälsa då Sjunet omfattar alla anslutna organisationers grundläggande informations- och IT-säkerhet. Syftet med Sjunet är att underlätta datakommunikation mellan offentliga och privata vård- och omsorgsgivare samt leverantörer över nationella, geografiska och organisatoriska gränser. Det har därför varit en förutsättning i upphandlingen av Datakommunikation 2014 att även övriga aktörer inom svensk e-hälsa ska ha tillgång till det nya kommunikationsnätet på lika villkor för att informationssäkerhetssystemet ska fungera. Sammanfattningsvis kan SKI inte anses ha brutit mot krav om att avgränsa kretsen av avropsberättigade parter i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Har förhandlat förfarande med föregående annonsering tillämpats i strid med LOU?

Enligt huvudregeln i 4 kap. 1 § LOU ska offentlig upphandling ske genom öppet eller selektivt förfarande. Under vissa förutsättningar kan emellertid den upphandlade myndigheten använda sig av ett förhandlat förfarande

med föregående annonsering. Detta gäller bland annat om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg (se 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU).

Bestämmelsen i 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU avser upphandlingsföremålet. Den ger upphandlande myndigheter en möjlighet att använda sig av förhandlat förfarande med annonsering i situationer då det krävs mer flexibla lösningar för att genomföra ett särskilt komplicerat projekt.

När det gäller upphandlingsföremålet som sådant anges som exempel i beaktandesats (31) till Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, större integrerade projekt för infrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering.

Vad som sägs i doktrinen ger stöd för att det, särskilt vid komplicerade IT-upphandlingar, finns skäl att tillämpa förhandlat förfarande (jämför Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, tredje upplagan s. 163-165).

För att bestämmelsen ska kunna tillämpas krävs att det inte är möjligt att ange något totalpris i förväg. Det ska objektivt sett, kunna slås fast att det inte går att fastställa ett totalpris för upphandlingsföremålet i förväg. Det ska vara antingen upphandlingsföremålet som sådant eller riskerna förenade med upphandlingsföremålet som gör det omöjligt att ange ett totalpris i förväg.

Begreppet "särskilda omständigheter" syftar främst till att markera att bestämmelsen endast ska tillämpas i undantagsfall och avser detsamma

som artikel 30.1 b i Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, i vilket begreppet "undantagsfall" används. Enligt den engelska versionen av direktivet anges att förevarande bestämmelse är tillämplig i "exceptional cases".

Upphandlingen i nu förevarande mål avser ett nytt kommunikationsnät för användning inom svensk e-hälsa. Det nya kommunikationsnätet finns inte i dag och svårigheten för SKI, tillsammans med ägare/förvaltare och användare av befintligt kommunikationsnät "Sjunet", har enligt vad SKI uppgett legat i att på förhand fastställa lösning, kvalitet och pris för det nya kommunikationsnätet. Krav har bland annat ställts på en helt ny typ av infrastruktur, ny brandväggsfunktion med krav på både tekniska och administrativa funktioner, gränssnitt samt ny design, vad gäller nätsegment och möjligheter att styra trafik i olika säkerhetszoner. Detta har inte ifrågasatts av TDC och är således ostridigt i målet. Enligt förvaltningsrättens mening har det därmed varit fråga om ett komplext kontrakt med många nya delar som medfört att det varit svårt att ange något totalpris i förväg. Förvaltningsrätten konstaterar att SKI följaktligen har visat att SKI haft skäl att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU. SKI har också i avsnitt 1.3.1.2 i anbudsinbjudan dokumenterat de skäl som SKI åberopat för att använda förfarandet.

Har otillåtna förändringar av ska-krav gjorts i upphandlingen?

I 4 kap. 3 § LOU regleras hur förhandlingen ska genomföras vid förhandlat förfarande med annonsering. I paragrafen anges att den upphandlande myndigheten i den förhandlade upphandlingen ska förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de lämnat. Syftet med förhandlingen ska vara att anbudan anpassas till de krav, som angetts i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Till förfrågningsunderlaget kan även komp-

letterande handlingar räknas. Dessutom anges att förhandlingen syftar till att få fram det bästa anbudet i enlighet med reglerna i 12 kap. 1 § LOU, dvs. reglerna för anbudsutvärderingen.

Såsom bestämmelsen är utformad går det att förhandla om en mängd olika delar i ett upphandlingsunderlag. Det anges inte i lagrummet vilken typ av krav som förhandlingen får omfatta. Hänvisningen görs till krav som framgår av annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget. Dessa krav kan ha olika karaktär och dessutom anknyta till olika delar i en upphandlingsprocess. Emellertid kan både annonsen om upphandling och ett förfrågningsunderlag innehålla krav eller kravnivåer, som formulerats så att de blivit obligatoriska. Sådana krav kan knappast bli föremål för förhandling. Antingen uppfylls de eller så uppfylls de inte av en leverantör som deltar i förhandlingen. I det senare fallet måste leverantörens anbud förkastas. Exempel på krav, som inte är förhandlingsbara, är krav på miniminivåer på ekonomisk och teknisk kapacitet enligt de regler som finns i 11 kap. 2 § LOU. Samma sak gäller alla obligatoriska krav som publicerats i annonsen om upphandling av det skälet att publicerade krav och kravnivåer kan ha en återhållande effekt på presumtiva leverantörer. Samma synpunkt gör sig dock inte gällande då ett krav dyker upp först i förfrågningsunderlaget eftersom endast de anbudssökande företagen, som bjudits in till anbudsgivning känner till kravet och därmed kan påverkas av det. För att ställa ett nytt krav, vare sig det rör sig om föremålet för upphandlingen eller något annat krav, efter det att förfrågningsunderlaget blivit känt för de inbjudna leverantörerna måste med all säkerhet samtliga leverantörer godkänna kravet eftersom likabehandlingsprincipen måste upprätthållas strikt genom hela upphandlingsprocessen (se Jan-Erik Falk, Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, tredje upplagan s. 167).

Förhandlingen ska genomföras med likabehandling av anbudsgivarna. I EU-domstolens dom i mål C-243/89 Stora Bält konstaterade domstolen att

samtliga anbud ska vara förenliga med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att garantera en objektiv jämförelse mellan anbuden. Förhandlingen får således inte, som hade skett i det i målet aktuella fallet, utgå från ett anbud som inte var förenligt med förfrågningsunderlaget. EU-domstolens slutsats i det nyss angivna målet är i praktiken ett uttryck för likabehandlingsprincipen som, liksom övriga grundläggande principer i 1 kap. 9 §, är styrande för alla delar av en offentlig upphandling.

Som huvudregel gäller därför att det står den upphandlande myndigheten fritt att själv avgöra såväl omfattning av som innehåll i förhandlingen, så länge förfarandet uppfyller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Detta har kommit till särskilt uttryck i direktivets artikel 30.3, där det föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska garantera likabehandling av samtliga anbudsgivare under förhandlingen, och i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra.

Avgörande är alltså hur den upphandlande myndigheten kommunicerar med anbudsgivarna och vad som kommuniceras till dem.

Det viktiga är som SKI framhållit att inga förändringar sker av de minimikrav som ställdes i den första fasen av upphandlingen, kvalificeringsfasen.

Av det nya upphandlingsdirektivet, 2014/24/EU, artikel 29.3., kan dessutom utläsas vad som enligt det direktivet, vid förhandlat förfarande under konkurrens, inte får förhandlas om. Därvid nämns endast minimikraven och tilldelningskriterierna. SKI har förhandlat utifrån en kärna av minimikrav vilka inte har förändrats genom förhandlingarna.

Krav som inskräps eller tillkommer under själva förhandlingen påverkar endast de leverantörer som deltar i förhandlingen och kan således inte

påverka leverantörers vilja att lämna anbud. De hänsyn som normalt motiverar att väsentliga förändringar är otillåtna, nämligen hänsyn till potentiella leverantörer, gör sig alltså inte gällande i denna situation. I upphandlingen har inga krav som fanns med i ansökningsinbjudan utgått. I det fall begreppet potentiella leverantörer ska användas för den fråga som här är aktuell är de potentiella leverantörerna de tre leverantörer som deltog i det förhandlade förfarandet. Samtliga har lämnat anbud, som dessutom varit godkända. Det är alltså uteslutet att någon "potentiell leverantör" påverkats.

Förvaltningsrätten konstaterar följaktligen att inga förändringar gjorts av ska-kraven i upphandlingen som är av den karaktären att ingripande enligt LOU bör ske.

Har otillåtna förändringar av förutsättningar för prissättning gjorts i upphandlingen?

I 4 kap. 3 § LOU framgår att syftet med förhandlingen också ska vara att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 § LOU, som reglerar anbudsutvärderingen. I 12 kap. 1 § LOU anges dels grunderna för anbudsutvärderingen som är lägsta pris och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dels exempel på olika kriterier som kan tillämpas för att fastställa den senare utvärderingsgrunden. Det förefaller dock alldeles klart att förhandlingar kan omfatta utvärderingskriterier i detta fall. Det vore också märkligt om så inte vore fallet, eftersom förhandlingar ofta leder till förändringar i anbud, vilket oftast leder till nya förutsättningar, t.ex. ändringar av anbudspriser (se Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, tredje upplagan s. 168).

I artikel 30.3 i direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska garantera likabehandling under förhandlingarna. Detsamma framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår det av utredningen att SKI garanterat likabehandling under förhandlingarna i fråga om prissättningen. Förvaltningsrätten konstaterar följaktligen att inga förändringar gjorts av förutsättningarna för prissättning i upphandlingen som är av den karaktären att ingripande enligt LOU bör ske.

Har kravställningen avseende de centrala funktionerna varit otydlig?

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller 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 (jämför rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Såväl det förfrågningsunderlag som SKI använt sig av som den tillämpade utvärderingsmodellen kan anses ha vissa brister vad gäller tydlighet. Dessa har dock enligt förvaltningsrättens mening inte varit av sådan art eller omfattning att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU.

Avropande aktörers omfattning och identitet

TDC har gjort gällande att det föreligger osäkerhet dels avseende aktörerna i avroparlistan och dels avseende E-hälsoaktörerna vad gäller hur många och vilka aktörerna är samt om dessa aktörer i praktiken kommer att avropa från ramavtalet eller inte. Detta innebär enligt TDC att anbudsinvjudan i dessa delar är mycket otydligt utformat och strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Oklarheten gällande vilka e-hälsoaktörer

som kan komma att nyttja ramavtalet innebär att upphandlingens volym blir osäker.

Enligt 1.1.1.1 i anbudsinbjudan anges bland annat följande:

Denna upphandling görs i eget namn och omfattar de UM/UE som uppräknas i Bilaga 1 – Avropsberättigade parter. Att vara avropsberättigad innebär en möjlighet att avropa från tecknade Ramavtal, dock ingen skyldighet. När behov uppstår har avropsberättigad part möjlighet att använda Ramavtalet.

Enligt 1.1.2 i anbudsinbjudan anges bland annat följande.

Ramavtalets årsvolym uppskattas uppgå till 16 000 000 SEK exklusive moms per år eller 64 000 000 SEK exklusive moms över hela Ramavtalsperioden inklusive eventuell förlängning.

Någon garanti att erhålla viss volym ges ej.

Enligt 1.1.3 i anbudsinbjudan anges bland annat följande.

De aktörer inom svensk e-hälsa som inte är UM/UE ska beredas möjlighet att avropa på ramavtalet på samma villkor som UM/UE.

Av 5 kap. 2 § LOU framgår att ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal endast får slutas mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. Bestämmelsen innebär att samtliga avropsberättigade UM/UE måste anges och gå att identifiera i förfrågningsunderlaget eller dess bilagor. För att de angivna UM/UE ska anses vara avropsberättigade finner förvaltningsrätten att det därutöver krävs att dessa bekräftat sitt intresse av att ingå i upphandlingen innan annonseringen av ramavtalet. Det kan däremot inte anses föreligga ett upphandlingsrättsligt krav på att

samtliga UM/UE måste ha förpliktat sig att utnyttja ramavtalet om och/eller när behov uppstår. Av SKI:s yttrande framgår att de UM/UE, som i förfrågningsunderlagets bilaga 1 anges som avropsberättigade, betalat in en serviceavgift om 1 000 kronor till SKI innan den aktuella upphandlingen påbörjades. Vidare anges i yttrandet att samtliga UM/UE har informerats om att de genom att betala serviceavgiften bekräftar sitt intresse av att ingå i SKI:s kundlista och att de därmed ges rätt att avropa på de ramavtal som SKI upphandlar under nästkommande år. Enligt förvaltningsrättens mening är det förfarande som tillämpas av SKI tillräckligt för att de UM/UE ska anses ha bekräftat sitt intresse på det sätt som krävs för att vara avropsberättigade. Det finns därför inte skäl för ingripande på denna grund (jämför Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 mars 2014 i mål nr 20882-13).

Vidare är det enligt förvaltningsrättens mening en del av ramavtalets innebörande osäkerhet att det inte på förhand går att ha vetskap om vilka volymer som faktiskt kommer att avropas. Att det råder osäkerhet om vilka volymer som kommer att avropas med anledning av att de avropsberättigade UM/UE inte är förpliktade att avropa från ramavtalet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses strida mot transparensprincipen. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare tydligt att de avropsberättigade UM/UE har en möjlighet, men inte en skyldighet att avropa från ramavtalet. Vidare framgår vilken årsvolym som förväntas men att någon årsvolym inte garanteras. Vad TDC anfört medför inte att förvaltningsrätten finner skäl att ifrågasätta uppgiften i förfrågningsunderlaget angående den förväntade årsvolymen. Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att uppfylla kravet på transparens. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Förvaltningsrätten konstaterar att vad gäller E-hälsoaktörerna omfattas dessa inte av den avropsberättigade kretsen. De är inte part i avtalet enligt

5 kap. 2 § LOU utan ska endast beredas möjlighet att avropa från ramavtalet. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att det förhållandet att det inte går att identifiera dessa intressenter inte kan anses utgöra en brist i upphandlingen. Det finns därför inte skäl för ingripande på denna grund.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har det inte framkommit skäl för ett ingripande med stöd av LOU och ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Eva Bäckström

Rådman

Föredragande har varit Susanna Ewerlöf.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten 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 kammarrätten 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 kammarrätten.
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 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.