



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2011-12-08  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
20549-11  
Enhet 12

**SÖKANDE**

Basesoft Open Systems AB, 556263-3353  
Box 34140  
100 26 Stockholm

**MOTPART**

Försvarets materielverk  
115 88 Stockholm

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-12-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 181520

**Postadress**  
115 76 Stockholm

**Besöksadress**  
Tegeluddsvägen 1

**Telefon**  
08-561 680 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**  
08-561 680 01

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
09:00-15:00

**BAKGRUND, YRKANDEN M.M.**

**Försvarets materielverk (FMV)** genomför en upphandling av FM Tunnel, dnr. 360534-AI822412. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt 4 kap. LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 3 oktober 2011 framgår att FMV har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Basesoft Open Systems AB.

**Basesoft Open Systems AB** (Basesoft) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas, och i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Basesoft bl.a. följande. Basesoft ställde ett antal frågor avseende tekniska krav i upphandlingen i syfte att dessa skulle bli tydliga och möjliga att prissätta genom att kravens innehåll och omfattning specificerades mer exakt. Omfattningen av arbetet för att implementera ett krav har mycket stor påverkan på prissättningen, och lägsta pris gäller för val av leverantör. Huvuddelen av FMVs svar avhjälpte inte bristerna i förfrågningsunderlaget utan ökade snarare otydligheten i vad som efterfrågades. FMV har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, särskilt kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Att de tekniska kraven är otydligt specificerade gör att det inte är möjligt att objektivt mäta kravuppfyllnad när produkten väl ska levereras. Det är 20 krav i den tekniska specifikationen som har obestämd omfattning. Till exempel följande:

<i>K 03.019</i>	<i>Protokollet X400 skall stödjas i produkten</i>
-----------------	---

Exempel på Basesofts frågor:

*Vilken (a) version enligt vilken (b) standard av "protokollet"  
X.400 avses (X.400 kan ofta avse en uppsättning av protokoll,*

*en protokollfamilj)? (c) Vilken version av och (d) vilka X.400 protokoll stöds av existerande FM tunnel 1.x?*

Exempel på FMVs svar:

*Eftersom FM Tunnel är en produkt som används i många olika sammanhang med olika program ska de vanligast förekommande versionerna och standarderna för olika protokoll stödjas. Exakt vilka versioner och standarder som skall implementeras beslutas av FMV efter samråd med den vinnande leverantören för att uppnå bästa resultat.*

Kontrakt tilldelas den leverantör som har lägst pris. En anbudsgivande leverantör förväntas beräkna priset utifrån de ställda kraven. Kraven är dock inte tillräckligt specifika för att kunna göra en oberoende beräkning av det arbete som behöver utföras. Kraven, i kombination med svaren på frågorna, är i stället utformade så att innehåll och omfattning kan bestämmas senare. Detta innebär att leverantörerna inte behandlas likvärdigt – någon leverantör kan ju t.ex. ha bättre kännedom om FM Tunnels användning hos FMV än en annan leverantör. En stor spridning i anbudens pris indikerar också att omfattningen av kraven i praktiken bedömts mycket olika av anbudsgivarna. Det vinnande anbudet är ca 8 miljoner kronor. Övriga tre anbud ligger mellan ca 17 – 22 miljoner kronor. Den tidigare leverantören (av FM Tunnel 1) har lämnat det högsta anbudet. Med hänsyn till angivna timpriser för vidmakthållande av produkten verkar inte det vinnande anbudet rimligt. FMV bör därför kunna överväga att rätta tilldelningsbeslutet genom att förkasta detta anbud med hänvisning till 12 kap. 3 § LOU.

FMV bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. De protokoll som specificerats i de tekniska kraven är välkända för var och en som är verksam i branschen. Likaså är de på marknaden förekommande versionerna och standarderna av dessa protokoll allmänt kända. I kravspecifika-

tionen görs inte någon begränsning till en viss version eller standard av dessa protokoll. Av kravens utformning följer att anbudsgivarna vid beräkningen av sina anbud har att beakta de olika versioner och standarder som finns av protokollen. FM Tunnel är en produkt som ska kunna verka i komplexa och blandade IT-miljöer. Produkten måste kunna fungera inom hela försvarsmakten, såväl inom som utom landet. Någon begränsning till viss enskild version eller viss enskild standard av de olika protokollen kan inte göras. Leverantören måste vara beredd att kunna hantera olika versioner och standarder av de olika protokollen. Detaljuppgifter om de olika protokollen har synnerligen liten, om ens någon, ekonomisk betydelse för leverantörerna och påverkar inte deras möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud. Någon vidareutveckling av FM Tunnel 1 ska inte ske. Att befintliga versioner och standarder av protokollen inte har specificerats medför ingen snedvridning av konkurrensen. Det visas inte minst av att det högsta anbudspriset lämnades av den tidigare leverantören. FMV har vare sig behövt eller kunnat tillmötesgå en begäran om förtydligande av de aktuella kraven under anbudsfasen. Basesoft har själva uppgett sig ha femton års erfarenhet av säkerhetslösningar, bl.a. att utveckla liknande produkter för FMV och försvarsmakten. Bolaget är alltså väl insatt i branschen och vilka olika versioner och standarder som finns av de olika protokollen. FMV har tydligt specificerats uppdragets omfattning. Att enskilda versioner och standarder bestäms i samband med uppdragets genomförande innebär inte att det finns någon otydlighet i förfrågningsunderlaget som kan föranleda ett ingripande enligt LOU. Enligt 12 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Det finns ingen skyldighet för myndigheten att vidta någon åtgärd med anledning av ett onormalt lågt pris. Det finns inte heller fog för uppfattningen att det vinnande anbudet skulle ha varit onormalt lågt.

## UTREDNINGEN I MÅLET - FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen består dels av en anbudsinfordran med bl.a. kontraktsvillkor och dels en teknisk kravspecifikation avseende den produkt, FM Tunnel 2, som ska levereras. Enligt instruktion i avsnitt 14.2. *Anbudets utformning* räcker det, vad gäller bl.a. de tekniska krav som är aktuella i målet, för att ett anbud ska uppfylla ett skall-krav att det anges i anbudet att kravet ”uppfylles”, vilket kommer att tolkas som att kravet till fullo kommer att uppfyllas av leverantören.

Enligt avsnitt 11.1 *Tilldelning av kontrakt* kommer FMV att anta det anbud som uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget och innehåller det lägsta priset. Utvärderingen anges ske enligt följande:

- Pos. 1 – 6: Offererat pris för varje pos.
- Pos. 7 – köp av tillkommande material antas till ett värde av 25 000 kr + MO-pålägg.
- Pos. 8 – Offererat pris gånger 2 000 timmar/år för åren fram till 2016.
- Pos. 9 – Offererat pris fram till år 2016.

Priset ska för pos. 1 – 6 och 9 vara fast, enligt avsnitt 8.1.1. För pos. 8 ska ett timpris anges för varje år, enligt avsnitt 8.1.2.

De krav Basesoft har invänt mot är kraven K03.05 – K03.035 i avsnitt 3.3 *Krav med avseende på kommunikation* i den tekniska kravspecifikationen. Kraven avser hur FM Tunnel 2 ska hantera olika protokoll.

Exempel på krav:

K 03.015	Protokollet HTTP skall stödjas i produkten och <u>styra och byta ut</u> data.	Skall
K 03.015 – supp	Följande ingående parametrar skall minst stödjas i ovanstående protokoll: Server, URL, sökväg och användaridentitet.	Skall

Basesoft ställde frågor avseende samtliga ovan nämnda krav under anbuds-  
tiden.

Exempel på fråga och svar ur *Frågor och Svar 2*:

Fråga 11	K 03.015	Vilken (a) version enligt (b) vilken standard av protokollet HTTP avses? (c) Vilken version stöds av existerande FM tunnel 1.x? (d) Vad omfattas av kravet – är det introspection av "request" och "headers" som skall hanteras, eller gäller kravet utöver detta även "message body"?
Svar 11		(a-c) Eftersom FM Tunnel är en produkt som används i många olika sammanhang med olika program skall de vanligast förekommande versionerna och standarderna för olika protokoll stödjas. Exakt vilka versioner och standarder som ska implementeras beslutas av FMV efter samråd med den vinnande leverantören för att uppnå bästa resultat. (d) Nej, det gäller ej "message body".

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Den 1 november 2011 trädde ändringar i 16 kap. LOU i kraft som innebar att kapitlet fick en ny disposition och paragrafnumrering. Enligt övergångsbestämmelserna (SFS 2011:1030) gäller den äldre lydelsen för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

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

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

*Förvaltningsrättens bedömning*

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Transparensprincipen innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en anbudsgivare på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

Basesoft gör gällande att FMV har brutit mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen genom att vissa i upphandlingen angivna tekniska krav inte är tillräckligt specifika. Basesoft menar att det dels gör att anbudslämnande leverantörer inte vet hur mycket arbete som kommer att krävas för att uppfylla kravet och därför inte kan beräkna priset korrekt, och dels att leverantörer med tidigare erfarenhet av att t.ex. leverera liknande produkter till FMV kan ha en fördel av att ha information som inte andra leverantörer har.

FMV menar å sin sida att anbudsgivarna vid beräkningen av sina anbud har att beakta de olika versioner och standarder som finns av protokollen och att de på marknaden förekommande versionerna och standarderna av dessa protokoll är allmänt kända. Dessutom menar FMV att detaljuppgifter om de olika protokollen har mycket liten eller ingen ekonomisk betydelse för leverantörerna och inte påverkar deras möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud. FMV påpekar också att den tidigare leverantören har lämnat det högsta anbudet.

Så länge förfrågningsunderlaget utformas i enlighet med LOU och EUrätten har den upphandlande myndigheten stor frihet att välja vilka krav

som ska ställas, och står också risken för att de anbud som lämnas är t.ex. dyrare än önskat. Anbudsgivaren i sin tur står risken för utformningen av sitt anbud, t.ex. att man inte har lämnat det pris som visar sig vara lägst.

Basesofts invändning måste anses vara en invändning mot denna riskfördelning; att eftersom kraven inte är tillräckligt specifika är det för svårt för leverantören att beräkna rätt prisnivå. Denne riskerar därigenom att sätta ett för högt pris, och inte vinna upphandlingen, eller ett för lågt pris, och då inte få fullt betalt för sitt arbete. På motsvarande sätt riskerar FMV att få betala för mycket för det arbete som utförs, men kan också få betala mindre än vad arbetet egentligen skulle vara värt.

Förvaltningsrätten kan dock inte se att Basesoft har invänt att man inte vet på vilken grund kontraktet kommer att tilldelas, dvs. vad FMV tillmäter betydelse vid upphandlingen, nämligen att skall-kraven anges vara uppfyllda och att priset är lägst. Frågan är då, givet att det inte är oklart vilka faktorer som är avgörande för tilldelning av kontrakt, om FMV ändå kan sägas ha brutit mot transparensprincipen genom att lämna utrymme för tolkning vad avser omfattningen av vissa av de tekniska skall-kraven.

Det kan, enligt förvaltningsrättens bedömning, finnas tillfällen när ett skall-krav är så otydligt formulerat att det i sig skulle kunna strida mot transparensprincipen. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade dock i målet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. att 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 LOU inte träds för när. I förevarande fall anser förvaltningsrätten inte att kraven är så otydliga att en rimligt insatt anbudsgivare inte har kunnat förutse vad som har efterfrågats eller beräkna vilken risk man är villig att ta när man lämnar sitt anbud. Förvaltningsrätten finner därför inte visat att FMV genom utformningen av eller genom att



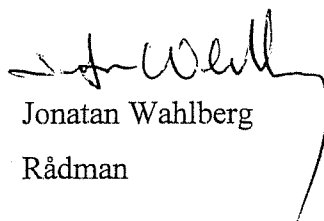
inte ytterligare förtydliga de aktuella tekniska kraven har brutit mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten finner inte heller visat att någon leverantör har särbehandlats eller gynnats på ett sådant sätt att FMV därigenom har agerat i strid med likabehandlingsprincipen eller någon av de andra grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten finner inte heller visat att FMV har brutit mot någon annan bestämmelse i LOU.

Basesoft har också anfört att det vinnande anbudet är så lågt att det bort kunnat förkastas med hänvisning till 12 kap. 3 § LOU, som bl.a. stadgar att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Förvaltningsrätten konstaterar dock att det inte finns någon skyldighet för en upphandlande myndighet att använda sig av denna bestämmelse. Denna invändning kan därför inte utgöra grund för ingripande enligt LOU.

Eftersom förvaltningsrätten inte har funnit visat att FMV har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU saknas det grund för ingripande enligt 16 kap. 5 § samma lag. Basesofts ansökan ska därför avslås.

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

  
Jonatan Wahlberg  
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Elin Rosén.



## 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

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

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.

DV 3109/1A LOU