



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-01-07
Meddelad i Stockholm

Mål nr
45799-10
Enhet 14

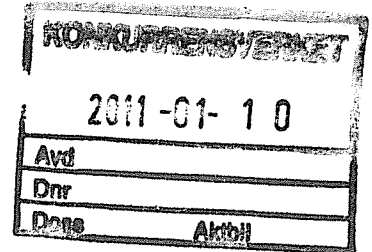
SÖKANDE

Nokia Siemens Networks Oy, 502464-3861

Ombud: advokaten Niklas Sjöblom och jur.kand. Johanna Jonsson
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 2235
403 14 Göteborg

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 90124

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Försvarets Materielverk (FMV) genomför en upphandling av Wavelength Division Multiplex System, diarienummer 357009-AI808849 (upphandlingen). Enligt tilldelningsbeslut den 21 september 2010 har FMV beslutat att anta anbud från Adva Ag Optical Networking (ADVA).

Förvaltningsrätten i Stockholm beslutade i dom meddelad den 21 oktober 2010 i mål nr 41357-10 att avslå Nokia Siemens Networks Oy:s ansökan om överprövning av upphandlingen.

Nokia Siemens Networks Oy (bolaget) överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm som i dom meddelad den 19 november 2010 i mål nr 5929-10 undanröjde förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för ny prövning. Kammarrätten fann i ovan nämnd dom att FVM:s invändning om att FMV efter förnyad genomgång funnit att bolaget inte uppfyller alla skall-krav och att bolaget därför inte kan lida skada inte kan prövas inom ramen för förevarande mål och att bolaget till följd av förvaltningsrättens ställningstagande ifråga om processramen inte fått sina invändningar mot utvärderingen prövade av förvaltningsrätten.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar, såsom bolaget slutligen bestämt sin talan, att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Oförutsägbar utvärderingsmodell

FMV har använt sig av en oförutsägbar utvärderingsmodell. Den utvärderingsmodell som FMV tillämpat framgår av dokumentet "Evaluation Method" (utvärderingsmetoden). Av utvärderingsmetoden kan

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

bl.a. utläsas att anbudsgivarnas föreslagna lösningar beträffande de tekniska bör-kraven tilldelas ett värde om mellan 0 och 1 där 1 innebär att det aktuella bör-kravet till 100 procent är uppfyllt. Denna beskrivning är så allmänt hållen att den inte ger anbudsgivare någon ändamålsenlig ledning för utformning av ett konkurrenskraftigt anbud. Av den sammanställning som återfinns i utvärderingsunderlaget framgår att anbudsgivare förutom fullt utvärderingsvärde även i vissa fall avseende vissa bör-krav tilldelats ett utvärderingsvärde uppgående till såväl 0,3 som 0,5 och 0,7 poäng. FMV har således uppenbarligen ansett det vara förenligt med utvärderingsmetoden att tilldela ett decimalbaserat värde för tekniska lösningar vilka, som det får förstås, uppfyller uppställda krav till någon del men inte helt och hållet. FMV anger emellertid inte hur tilldelning av decimalbaserade utvärderingsvärde kommer att ske, dvs. vad som krävs för att erhålla en poäng mellan 0 och 1. FMV:s oklara poängskala och bristfälliga vägledning ger inte någon som helst ledning för hur en anbudsgivare ska utforma sitt anbud för att erhålla maximal poäng.

Bolaget har avseende punkten 3.5.2.1 i den tekniska specifikationen erbjudit ett fabrikat som FMV inte föredrar men som till fullo uppfyller det av FMV uppställda kravet. Av utvärderingsunderlaget framgår att bolaget tilldelats ett utvärderingsvärde om 0. FMV har på förfrågan från bolaget avseende utvärderingsvärdet om 0 uppgivit följande svar. "NSN answer with a Fujitsu Server fulfils the "shall" requirement. NSN does not fulfill our preferred requirement for a ProLiant Server." Bolaget har även avseende punkten 3.5.3.3 i den tekniska specifikationen erbjudit ett fabrikat som FMV inte föredrar men som till fullo uppfyller det av FMV uppställda kravet. Av utvärderingsunderlaget framgår att bolaget erhållit 0,5 i utvärderingsvärde. Beträffande punkten 3.5.3.3 har bolaget dock inte erhållit någon förklaring till varför bolaget endast tilldelats ett utvärderingsvärde om 0,5. Denna inkonsekvens från FMV:s sida utgör i sig ytterligare en omständighet som talar för att FMV använt sig av en teknisk

specifikation och en utvärderingsmetod som varit så bristfälliga och otydliga att det på förhand varit omöjligt att förutse hur utvärdering av anbud skulle ske och som inneburit att FMV i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt av anbud. Förfrågningsunderlagets otydlighet utgör en allvarlig överträdelse av LOU:s krav på transparens och likabehandling. Bolaget har till följd av detta lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i denna för bolaget betydelsefulla upphandling.

Hänvisning till varumärke i den tekniska specifikationen

FVM har i den tekniska specifikationen hänvisat till visst fabrikat på ett för bolaget missgynnande sätt. I den tekniska specifikationen har under respektive punkt följande bör-krav uppställts.

3.5.2 Management System Platform

3.5.2.1 This system component shall include computer hardware for servers that are available as standard products on the market. HP ProLiant DL3 80 G5 is preferred.

3.5.3 Management System Platform Software (OS) and general IT Security

3.5.3.3 The server should include a tool for control, monitor and management of the server (HP System Insight Manager is preferred) and a tool for monitoring of services (MonitorWare Agent is preferred).

Dessa bör-krav innebär en hänvisning till varumärke i den mening som avses i 6 kap. 4 § LOU. Principerna om likabehandling, proportionalitet och icke-diskriminering innebär att ett förfrågningsunderlag, särskilt vad gäller tekniska specifikationer, inte får utarbetas på så sätt att det försätter anbudsgivare i en ojämnlik ställning. Det ska i princip vara objektivt omöjligt för en upphandlande myndighet att beskriva ett krav tillräckligt preciserat för att en hänvisning till ett visst varumärke ska vara tillåten. Hänvisning till ett visst varumärke ska i vart fall följas av uttrycket "eller likvärdigt". Vare sig en server, ett verktyg för kontroll, övervakning och drift av servern samt ett verktyg för övervakning av tjänster utgör objekt

som är omöjliga att beskriva tillräckligt preciserat och begripligt utan hänvisning till produkter eller lösningar av visst märke.

Bolaget har avseende punkten 3.5.2.1 offererat en lösning av ett annat fabrikat, Fujitsu Primergy TX200S5, än den av FMV föredragna, HP ProLiant DL380 G5, men som fullt ut uppfyller det av FMV uppställda kravet. Detta har bolaget gjort i syfte att erbjuda FMV ett så fördelaktigt pris som möjligt. Bolaget har till FMV tidigare levererat och alljämt levererar ett liknande system som det som är föremål för upphandlingen. Det nuvarande systemet som bolaget levererar till FMV drivs på server av det fabrikat som FMV angett sig föredra. Det av bolaget nu offererade systemet är anpassat för dessa servrar. Av utvärderingsunderlaget framgår att bolaget tilldelats ett utvärderingsvärde om 0 trots att den lösning som bolaget offererat är fullt likvärdig med den av FMV föredragna. FMV har på förfrågan från bolaget avseende utvärderingsvärdet om noll uppgivit följande svar. "NSN answer with a Fujitsu Server fulfils the "shall" requirement. NSN does not fulfill our preferred requirement for a ProLiant Server." FMV:s svar kan inte förstås på annat sätt än att bolagets föreslagna lösning förvisso uppfyller de uppställda tekniska kraven men att bolaget inte offererat det fabrikat som FMV angivit sig föredra och därför erhållit 0 i utvärderingsvärde. FMV har trots att bolaget inte erbjudit det fabrikat som FMV föredragit haft en skyldighet att utvärdera den tekniska lösning som bolaget föreslagit utifrån dess faktiska egenskaper. FMV:s motivering om att den föreslagna lösningen måste vara av det fabrikat som FMV föredrar för att poäng ska utgå är inte förenlig med LOU. Bolaget har även avseende punkt 3.5.3.3 erbjudit en likvärdig produkt som till fullo uppfyller det av FMV uppställda kravet och endast erhållit 0,5 i utvärderingsvärde.

FMV har genom att i den tekniska specifikationen, utan godtagbara skäl, hänvisa till ett visst fabrikat utan att låta hänvisningen följas av orden

”eller likvärdigt” agerat i strid mot LOU. Detta har lett till skada för bolaget men även för andra potentiella anbudsgivare. Eftersom bristerna i förfrågningsunderlaget har varit hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte möjligt att FMV endast blir ådömt att göra om tilldelningsbeslutet. Det föreligger därför skäl för förvaltningsrätten att förordna att upphandlingen ska göras om.

Felaktig utvärdering

De ovan anförda fel som FMV har begått vid utvärderingen av bolagets anbud har lett till att bolaget har erhållit en alltför låg poäng. Det kan inte uteslutas att också ADVA:s anbud utvärderats på ett felaktigt sätt till bolagets nackdel. Bolaget borde ha tilldelats det maximala utvärderingsvärdet avseende punkterna 3.5.2.1 och 3.5.3.3 eftersom de av bolaget föreslagna lösningarna till fullo uppfyller uppställda krav. De felaktigheter som FMV begått vid anbudsutvärdering har lett till skada för bolaget.

Vad FMV har anført om att bolagets anbud inte uppfyller samtliga de skall-krav som har uppställts i förfrågningsunderlaget kan, i enlighet med kammarrättens dom i det aktuella målet, inte föranleda någon prövning inom ramen för detta mål.

FMV bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

FMV har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna. FMV:s agerande har i vart fall inte medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därför ingen grund för att upphandlingen ska göras om.

FMV har som skall-krav uppställt funktionskrav på en för ändamålet lämplig server. Anledningen till att det vid utvärdering av bör-krav kan erhållas poäng för en ProLiant Server är att den servertypen redan finns implementerad i en större mängd av befintliga serverhallar. För denna typ av server finns redan reservdelar, framtagen dokumentation och utbildade tekniker. Erhållande av samma typ av servrar som de som redan finns i drift innebär en betydande besparing. Enligt utvärderingsmetoden har poäng motsvarande sådan besparing tilldelats de anbud som uppfyllt börkravet. FMV har utformat förfrågningsunderlaget och utvärderingsmetoden på så sätt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan antas. Det mest fördelaktiga anbudet är det som erbjuder likadana produkter och programvara som de som redan används. FMV har gett möjlighet till likvärdiga produkter då skall-kravet endast specificerar funktionskrav avseende server och bör-kravet pekar på en specifik server. FMV har i förfrågningsunderlaget angett hur utvärderingen ska ske och vilka krav som ska respektive bör uppfyllas. Viktningen av bör-kraven framgår av utvärderingsmetoden. Uppfyllelse av bör-kraven värderas till mellan 1 och 0 där 1 motsvarar kravuppfyllelse till 100 procent. Detta medför att en föreslagen lösning kan värderas till 1 eller 0, men i de fall bör-kravet är delvis uppfyllt kan även ett decimalbaserat värde erhållas.

Efter bolagets ansökan om överprövning med endast begäran om rättelse av tilldelningsbeslutet har FMV vid en förnyad genomgång av bolagets anbud kunnat konstatera att bolagets anbud inte uppfyller samtliga skallkrav. Bolagets anbud skulle inte ha kvalificerat sig till utvärderingen av bör-kraven utan skulle ha förkastats. Eftersom bolaget inte uppfyllt samtliga skallkrav har bolaget inte lidit eller riskerat att lida skada. Enligt Kammarrättens i Göteborg dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 får den upphandlande myndigheten inte bortse från de skallkrav som ställts i förfrågningsunderlaget och måste även beakta uppgifter som blir kända först i samband med överprövningsprocessen. Det vinnande anbudet

har uppfyllt samtliga skall-krav. FMV finner det märkligt att det nu saknar betydelse att bolaget inte uppfyllt samtliga skall-krav. Detta med hänsyn till att brist på uppfyllelse av skall-krav hade prövats i det fall bolaget hade tilldelats kontraktet och annan anbudsgivare hade anfört att bolaget inte uppfyller uppställda skall-krav. Det brister i likabehandling. Av RÅ 2002 ref. 50 framgår uttryckligen att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det förekommer brister i förfrågningsunderlaget vidhåller FMV att dessa i vart fall inte är av den art eller omfattning att kravet på affärsmässighet eller de grundläggande EU-rättsliga principer som ska gälla för all upphandling åsidosatts.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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 6 kap. 4 § LOU anges följande. De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdigt".

I 16 kap. 2 § första stycket LOU, i tillämplig lydelse, 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 19 november 2010 i mål nr 5929-10 funnit att FVM:s invändning om att FMV efter förnyad genomgång funnit att bolaget inte uppfyller alla skall-krav och att bolaget därför inte kan lida skada inte kan prövas inom ramen för förevarande mål. Den omständigheten att FMV ånyo gör samma invändning föranleder inte förvaltningsrätten att göra en annan bedömning än den Kammarrätten i Stockholm gjort i ovan nämnda mål.

Oförutsägbar utvärderingsmodell

Bolaget har gjort gällande att FMV:s utvärderingsmetod brister i tydlighet då FMV avseende vissa bör-krav tilldelat ett utvärderingsvärde uppgående till såväl 0,3 som 0,5 och 0,7 poäng utan att ha angett hur tilldelning av decimalbaserade utvärderingsvärde kommer att ske, dvs. vad som krävs för att erhålla en poäng mellan 0 och 1. Bolaget har vidare uppgett att FMV:s utvärdering har varit inkonsekvent då bolaget avseende punkterna 3.5.2.1 och 3.5.3.3 tilldelats olika poängvärde (0 poäng avseende punkten 3.5.2.1 och 0,5 poäng avseende punkten 3.5.3.3) även då bolaget avseende båda punkterna erbjudit annat fabrikat än den av FMV föredragna.

Av utvärderingsmetoden framgår bl.a. att vid utvärdering av bör-krav tilldelas ett utvärderingsvärde mellan 0 och 1 där 1 motsvarar uppfyllelse av bör-kravet till 100 procent. Av utvärderingsmetoden framgår emellertid inte vad som krävs för att ett bör-krav ska anses vara uppfyllt till 100 procent. Av utvärderingsmetoden går vidare inte att utläsa att poängtilldelning kommer att ske även med decimalbaserade värden och inte heller vilka decimalbaserade utvärderingsvärden som är aktuella samt vad som krävs för att erhålla ett visst decimalbaserat värde. Den utvärdering som FMV gjort av bolagets anbud avseende punkterna 3.5.2.1

och 3.5.3.3 har utifrån utvärderingsmetoden inte varit förutsebar för bolaget. Inte heller av utvärderingsunderlaget går att utläsa på vilken grund bolaget avseende punkterna 3.5.2.1 och 3.5.3.3 tilldelats olika poängvärde.

Förvaltningsrätten bedömer att den i utvärderingsmetoden lämnade informationen om hur anbuden ska utvärderas lämnar ett stort utrymme för godtycklighet och att FMV därmed gett sig själv i princip fri prövningsrätt. Enligt förvaltningsrättens bedömning har leverantörerna saknat möjlighet att förutse vad som ska komma att tillmätas betydelse vid prövning av anbuden. En sådan vag formulering av hur anbuden ska utvärderas strider mot principerna om transparens och förutsebarhet. Förvaltningsrätten finner att FMV har brutit mot 1 kap. 9 § LOU och att detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

Hänvisning till varumärke i den tekniska specifikationen

Bolaget har anfört att FMV i den tekniska specifikationen hänvisat till visst fabrikat på ett för bolaget missgynnande sätt.

FMV har anfört att hänvisningen till HP ProLiant Server inte utgör ett skall-krav utan ett bör-krav. FMV har vidare anfört att anledningen till uppställt bör-krav på HP ProLiant Server är att den servertypen redan finns implementerad i en större mängd av befintliga serverhallar och att det för denna typ av server redan finns reservdelar, framtagna dokumentation och utbildade tekniker, varför erhållande av denna servertyp skulle innebära en betydande besparing för FMV.

Under punkten 3.5.2.1 i den tekniska specifikationen anges följande.

3.5.2.1 This system component shall include computer hardware for servers that are available as standard products on the market. HP ProLiant DL3 80 G5 is preferred.

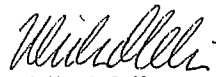
Förvaltningsrätten anser att FMV genom att i den tekniska specifikationen under punkten 3.5.2.1 efterfråga HP ProLiant DL3 80 G5 gjort en hänvisning till varumärke som regleras i 6 kap. 4 § LOU. Enligt förvaltningsrättens mening får en sådan hänvisning, oaktat om den är utformad som skall-krav eller bör-krav, göras så länge det inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

FMV har i första meningen under punkten 3.5.2.1 angett ett skall-krav avseende de funktionskrav som en server ska uppfylla. FMV har i punktens andra mening angett ett bör-krav avseende det varumärke på server som FMV föredrar. Av utvärderingsmetoden framgår att uppfyllelse av bör-krav värderas enligt en skala 0 till 1, där 1 motsvarar uppfyllelse till 100 procent. Enligt utvärderingsmetoden ska ett anbud som offererar det i punkten 3.5.2.1 angivna varumärket således premieras med en viss poängtilldelning. Med hänsyn till att anbudsgivare har kunnat erhålla poäng på den grunden att de offererar det specifikt angivna varumärket får det anses stå klart att anbudsgivare som inte erbjuder angivet varumärke missgynnas. Bolaget har enligt förvaltningsrättens mening gjort sannolikt att FMV:s hänvisning till ett varumärke har lett till att bolaget missgynnats. FMV har således förfarit i strid mot 6 kap. 4§ LOU.

Med hänsyn till det ovan anförda finner förvaltningsrätten att FMV brutit mot de grundläggande principerna i LOU och att detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därmed skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU. Förvaltningsrätten bedömer med hänsyn till att fråga är om en brist i förfrågningsunderlaget att en mindre ingripande åtgärd än att upphandlingen görs om inte kan komma i fråga. Bolagets ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva vad bolaget anfört om att FMV gjort en felaktig utvärdering.

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



Ulrika Melin

rådman

Föredragande har varit Sofia Aslamatzidou.



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 nå 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 uppge 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.