



KONKURRENSVERKET	
2014 -03- 2 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Telenor Sverige AB, 556421-0309

Ombud:

Advokaterna Johan Carle och Sven Vaxenbäck
samt jur.kand. Anna Lapinska

Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet

Box 2218
103 15 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 17 oktober 2013
i mål nr 9545-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår överklagandet.
 2. Kammarrättens interimistiska beslut den 25 oktober 2013 upphör därmed att gälla.
-

YRKANDEN M.M.

Telenor Sverige AB yrkar att upphandlingen ska göras om.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet anser att överklagandet ska avslås.

Telenor frångår delvis de grunder som angavs i förvaltningsrätten och framför sammanfattningsvis följande till stöd för sitt överklagande. Upphandlingen ska göras om dels på grund av att anbudens giltighetstid lämnats oreglerad i förfrågningsunderlaget, dels eftersom anbudsgivarna inte är bundna av offererade takpriser under kontraktstiden. Statens inköpscentral har därmed brutit mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och de grundläggande unionsrättsliga principerna om likabehandling och transparens. Till följd av detta har Telenor lidit eller i vart fall riskerar att lida skada eftersom bolaget inte tilldelats kontraktet.

Anbudens giltighetstid

En skrivning om ramavtalats löptid uppfyller inte kravet på att anbudens giltighetstid ska anges i förfrågningsunderlaget enligt 9 kap. 11 § LOU. Även om giltighetstiden genom tolkning kan utläsas av aktuell skrivning är det fråga om ett sådant oförutsebart och oproportionerligt krav som i sig utgör skäl för att upphandlingen ska göras om. En oreglerad giltighetstid skapar osäkerhet om vilka anbud som är giltiga när tilldelningsbeslutet fattas. Dessutom påverkar tidsperioden som en leverantör är bunden av sitt anbud offererade priser. Bolaget hade därmed kunnat lämna ett förmånligare anbud för det fall giltighetstiden hade reglerats i enlighet med LOU. Det förhållandet att bolaget senare varit tvunget att acceptera en förlängning av giltighetstiden för att ha möjlighet att tilldelas ramavtalet läker inte bristen i förfrågningsunderlaget. LOU innehåller inte heller någon

preklusionsregel. Bolaget har därför inte varit skyldigt att påtala bristen tidigare än vad som skett.

Takpriser i ramavtalet

Enligt avsnitt 2.1.11 i förfrågningsunderlaget kan anbudsgivare i avrop från ramavtalet frångå offererade takpriser bl.a. om krav i ett avrop preciseras på ett kostnadsdrivande sätt. Skrivningen lämnar ett stort tolkningsutrymme och därmed stor möjlighet för anbudsgivare att frångå offererade takpriser. Redan det förhållandet att anbudsgivarna inte är ovillkorligen bundna av lämnade prisuppgifter är en allvarlig brist i utvärderingsmodellen och medför att anbudsgivare vid avrop kan ta mer betalt för tjänsterna än vad som var avsett vid tilldelning av kontraktet. Av praxis följer att utvärderingsmodeller som ger möjlighet till icke förpliktigande nollpriser strider mot LOU, eftersom grunden för tilldelning av kontraktet inte får genomslag i utvärderingen. Aktuell modell har inte förmått utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Statens inköpscentral vidhåller vad som framförts i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de grundläggande unionsrättsliga principerna. Förfrågningsunderlaget är tydligt och transparent med proportionerliga krav. Anbudsgivarna har konsekvent behandlats lika i enlighet med de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget. I övrigt saknas en konkretisering av den skada som Telenor ska ha lidit och bolaget har inte visat på kausalitet mellan påtalade brister och den påstådda skadan.

Anbudens giltighetstid

Eftersom samtliga anbudsgivare har erbjudits att förlänga giltighetstiden för sina anbud har de inte lidit skada utifrån påtalad brist. Telenor har accepterat en förlängning av giltighetstiden. Bristen får därför redan anses

läkt. Dessutom anges det i avsnitt 3.2.1.1. i förfrågningsunderlaget att angivna takpriser ska vara giltiga under hela ramavtalsperioden. Resonemanget om att ett förmånligare anbud hade kunnat lämnas i fråga om pris är därför bristfälligt.

Takpriser i ramavtalet

Tjänster med servicenivå 1 och 2 är ovanliga, kostnadsdrivande och ställer höga krav på tillgänglighet och driftsäkerhet. De kan därför lämpligast enbart prissättas med detaljerad och specificerad information för varje enskilt fall vid förnyad konkurrensutsättning. Med hänsyn till detta får det anses proportionerligt att inte efterfråga takpriser för servicenivå 1 och 2. För de tjänster som inte omfattas av takpriser bestäms priset alltså helt vid enskilda avrop. Enligt förfrågningsunderlaget är anbudsgivarna bundna att besvara samtliga avrop.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I målet är det fråga om en upphandling av ramavtal med förnyad konkurrensutsättning. Grunden för tilldelning av kontraktet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kammarrätten ska pröva om de två brister i förfrågningsunderlaget som Telenor nu gör gällande är sådana att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Anbudens giltighetstid

Förfrågningsunderlaget innehåller inte någon uttrycklig reglering av anbudens giltighetstid. I avsnitt 1.1.5 om ramavtalsperiod anges den tidigaste tidpunkten för leverans från ramavtalet. Kammarrätten anser inte att det utifrån den uppgiften går att utläsa hur länge anbudsgivarna ska vara bundna av sina anbud. Statens inköpscentral får mot denna bakgrund anses ha brutit mot skyldigheten att enligt 9 kap. 11 § första stycket LOU i

förfrågningsunderlaget ange hur länge en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Frågan är då om det förhållandet att giltighetstiden har lämnats oreglerad medför att Telenor har lidit eller kan komma att lida skada.

Telenor har bl.a. framfört att den tid som en leverantör är bunden av sitt anbud påverkar offererade priser och att Telenor därför hade kunnat lämna ett förmånligare anbud för det fall giltighetstiden varit bestämd.

Bestämmelsen i 9 kap. 11 § första stycket LOU var enligt förarbetsuttalandena nödvändig för att säkerställa att upphandlingar genomförs på ett rationellt och effektivt sätt (prop. 2006/07:128 s. 381). Även om en upphandling blir föremål för överprövning löper anbudstiden alltså ut i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Bestämmelsens andra stycke utgör i första hand en civilrättslig reglering som införts i syfte att förtydliga att en anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet är bunden av sitt anbud även om denne får underrättelse om tilldelningsbeslutet.

Den tid som anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud kan i allmänhet anses påverka offererade priser. En lång giltighetstid för anbuden innebär i normalfallet en större osäkerhet kring åtagandets omfattning, vilket i sin tur kan leda till högre anbudspriser. En kort giltighetstid kan å andra sidan ge en mer exakt prisbild eftersom det är lättare för anbudsgivare att överblicka vad denne förbinder sig till. (Asplund m.fl. Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 242)

Av kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget (avsnitt 3.2.1.1.) framgår att offererade priser ska utgöra takpriser i ramavtalet och att angivna takpriser ska vara giltiga under hela ramavtalsperioden. Ramavtalsperioden är reglerad i avsnitt 1.1.5. Kammarrätten anser med hänsyn till detta att förfrågningsunderlaget är utformat på ett sådant sätt att inbjudna anbudsgivare har kunnat bilda sig en uppfattning om den tid för vilken offererade takpriser ska vara giltiga och därmed kunnat bedöma åtagandets omfattning.

Anbudsgivarna får därför anses ha kunnat lämna sina mest konkurrens-
mässiga anbud. Kammarrätten anser mot denna bakgrund att det inte visats
att bristen i förfrågningsunderlaget beträffande anbudens giltighetstid
medfört att Telenor har lidit eller kan komma att lida skada. Kammarrätten
anser inte heller att Statens inköpscentral i denna del brutit mot de
grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Skäl för
ingripande enligt LOU finns därför inte.

Takpriser i ramavtalet

Ett av de tilldelningskriterier som utvärderas är pris. I avsnitt 2.1.11. om
utvärderingsmodell i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Priserna kommer att bli takpriser i ramavtalet. [...] En anbudsgivare får inte i ett avrop mot
ramavtalet lämna ett pris som överstiger angivet takpris för aktuell tjänst om inte avropande
organisation väljer servicenivå 1 eller 2, ställer upp andra vitesmodeller eller på ett
liknande sätt preciserar krav på ett kostnadsdrivande sätt.

Av avsnitt 3.2.1.1. om generella krav framgår bl.a. att servicenivå 3 ska ingå
i angivna takpriser och att takpriset även ska gälla för servicenivå 4–6.


Telenor har gjort gällande anbudsgivarna inte är bundna av offererade
takpriser under kontraktstiden eftersom det i vissa fall finns utrymme att vid
en förnyad konkurrensutsättning lämna ett pris som överstiger takpriset.

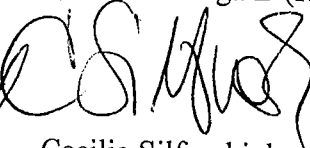
Statens inköpscentral har framfört att utvärdering endast sker av
prisuppgifter för de mest frekvent återkommande tjänsterna. Dessa tjänster
har servicenivå 3–6.


Kammarrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget framgår att
offererade priser avser tjänster med servicenivå 3–6. Kammarrätten har
ingen anledning att ifrågasätta Statens inköpscentrals uppgift om att detta är
de mest frekvent återkommande tjänsterna. Vid avrop av sådana tjänster är

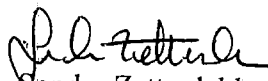
anbudsgivarna bundna av offererade priser som ett takpris. För det fall en avropande organisation väljer en annan servicenivå än 3–6 eller uppställer villkor eller krav som är mer kostsamma än vad som gäller enligt ramavtalet är anbudsgivarna dock inte bundna av takpriserna. En upphandlande myndighet har stor frihet att inom ramarna för de grundläggande principerna för offentlig upphandling själv välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas. Det förhållandet att utvärdering enbart sker av prisuppgifter avseende de vanligast förekommande tjänsterna innebär enligt kammarrättens mening inte att förfrågningsunderlaget utformats i strid med LOU eller unionsrätten. Kravet är transparent och de prisuppgifter som utvärderas är bindande vid avrop från ramavtalet i fråga om utvalda tjänster. Kravet får alltså genomslag vid en förnyad konkurrensutsättning. Därmed finns det inte heller på denna grund skäl för ingripande enligt LOU. Överklagandet ska därför avslås.

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


Eva Lindeblad
kammarrättsråd
ordförande


Cecilia Silfverhjelms
kammarrättsråd


Ake Kärnell
kammarrättsråd
referent


Sandra Zetterdahl
kammarrättsfiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2013-10-17
Meddelad i
Stockholm

Bilaga A
Sida 1 (27)
Mål nr
9545-13

SÖKANDE

Telenor Sverige AB, 556421-0309

Ombud: Advokaterna Tomas Kjellgren och Sven Vaxenbäck
samt jur.kand. Anna Lapinska
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 387902

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegehuddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (Statens inköpscentral) genomför en ramavtalsupphandling av fasta och mobila operatörstjänster samt transmissionstjänster (Operatörs- och transmissionstjänster dnr 96-66-2012). Upphandlingen genomförs med selektivt förfarande enligt 4 kap. 1 § LOU och vid utvärderingen ska de mest fördelaktiga anbuderna antas. Nio anbudssökande bjöds in att lämna anbud och nio leverantörer inkom med anbud, däribland Telenor Sverige AB (bolaget).

Statens Inköpscentral fattade den 11 april 2013 tilldelningsbeslut enligt vilket sex leverantörer kommer att erbjudas att teckna ramavtal. Bolaget var inte en av dessa leverantörer.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas eller göras om. Som grund anges följande. Statens inköpscentral har vid genomförandet av upphandling brutit mot 12 kap. 1 § LOU samt de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Anbudsansökningsinbjudan uppställer otillåtna kvalificeringskrav. Anbudstiden har varit orimligt kort och anbudens giltighetstid är oreglerad. Utvärderingsmodellen har inte utformats så att den förmår att utse de mest ekonomiskt fördelaktiga anbuderna och är i flera avseenden inte förenlig med LOU. Slutligen har de båda bolagen Borderlight AB (Borderlight) och IP-Only Telecommunication Networks AB (IP-Only) i sina anbudsansökningar och anbud angett att de kan tillhandahålla mobila operatörstjänster. Det kan ifrågasättas dels på vilken grund bolagen i detta avseende uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och dels på vilken grund de har ansetts vara berättigade till poäng för mobila operatörstjänster i anbudsutvärderingen. Till följd av dessa överträdelser har bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada genom att inte tilldelas ramavtal.

Bolaget har vidare yrkat om editionsföreläggande avseende anbudsbilaga "bilaga underleverantör" till Borderlights och IP-Onlys anbud. Förvaltningsrätten avslag yrkandet i beslut den 30 juli 2013.

Statens inköpscentral bestrider bifall till ansökan.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Bolaget har bl.a. anfört följande.

Otillåtna kvalificeringskrav

I anbudsansökningsinbjudan, avsnitt 3.6.1.1 och 3.6.1.2, uppställs krav på att anbudssökanden ska ha ett kvalitetssäkringssystem och ett miljöledningssystem samt regelverk för etiska regler. Detta är ett absolut krav och måste därmed uppfyllas för att anbudssökanden ska bjudas in att få lämna anbud. Statens inköpscentral vill att anbudssökanden markerar "Ja" i sitt anbud om kravet uppfylls, men ställer inte något krav på att aktuella system och regler ska bifogas anbudet. Det framgår tydligt att Statens inköpscentral inte avser att kontrollera uppfyllnaden av aktuella krav och dessutom inte kan utföra sådan kontroll under kontraktstiden. Bland de leverantörer som antagits kan det mycket väl finnas bolag som spekulerat i att aktuella krav inte kommer att behöva uppfyllas till fullo under kontraktstiden. Principen om likabehandling har därmed överträtts och upphandlingen bör göras om.

Att endast acceptera att anbudsgivare själva intygar eller försäkrar att krav i särskilda avseenden kommer att uppfyllas kan inte likställas med en verklig kontroll av kravens uppfyllelse. En verklig kontroll av kravets uppfyllelse är inte möjlig på grund av kravets utformning. Den omständigheten att Statens inköpscentral kan komma att genomföra en uppföljning

av aktuella ställda krav kan inte liknas vid en verklig, faktiskt genomförd kontroll.

Härtill kommer att de aktuella kraven inte uppfyller kraven på transparens enligt LOU. Såvitt avser kvalitetssäkringssystemen uppger Statens inköpscentral visserligen att dessa ska innehålla "rutiner" för förebyggande åtgärder, hantering av reklamationer och avvikelser och revision av kvalitetssäkringssystemet, men det ges inte någon information om vad dessa rutiner ska innehålla. Vad gäller miljöledningssystemet och regelverket för etiska regler så anges inte någonting om vare sig omfattning eller innehåll. Även av detta skäl bör upphandlingen göras om.

Anbudstidens längd

Av 8 kap. 1 § LOU framgår att när tidsfrister för att inkomma med anbud bestäms av den upphandlande myndigheten så ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörer kan behöva för att utforma anbuden. I upphandlingen har Statens inköpscentral bestämt att anbudstiden ska vara 37 dagar. Upphandlingen är en av de största i sitt slag i som har genomförts i norra Europa. För att utarbeta ett konkurrenskraftigt och korrekt anbud krävs en stor arbetsinsats. I förfrågningsunderlaget har inte angetts någonting om storleken och typen av de avrop som kan tänkas göras. Det har således lämnats åt anbudsgivarna att försöka utreda vad man kan förvänta sig för framtida avrop, men tillräcklig tid för denna övning har inte tillåtits. I en upphandling av denna storlek och komplexitet såvitt avser både tekniska och kommersiella förutsättningar är 37 dagar inte en tillräcklig tid för att utforma ett anbud.

Under upphandlingstiden har anbudsgivare hört av sig till Statens inköpscentral och påtalat att anbudstiden varit för kort och begärt att myndigheten ska förlänga denna. Statens inköpscentral har emellertid vägrat förlängning vilket framgår av publik fråga och svar i upphandlingen. Bolaget har lidit

skada genom att inte ges tillräckligt utrymme för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud och upphandlingen bör därför göras om.

Den omständigheten att det i LOU finns bestämmelser som reglerar den minimitid anbudsgivare måste ges att komma in med anbud förändrar inte det faktum att den upphandlande myndigheten ska ta hänsyn till upphandlingens komplexitet och art vid fastställande av anbudstid. Statens inköpscentral har inte framfört några som helst skäl till att fastställa en så kort anbudstid i upphandlingen. Det är ovidkommande att det har inkommit kompletta anbud eftersom det är skillnad på ett komplett anbud och ett anbud som anbudsgivaren getts tid att utforma på ett konkurrenskraftigt sätt.

Anbudens giltighetstid

Statens inköpscentral har inte fullgjort sin skyldighet att ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Därigenom har flera av LOU:s tvingande bestämmelser satts ur spel. Bolaget har exempelvis berövats möjligheten att få till stånd en rättelse av upphandlingen eftersom 9 kap. 11 § andra stycket LOU inte kan tillämpas i den situation som därigenom skapats. Eftersom det aldrig har funnits något åtagande att anbuden ska vara giltiga viss tid kan det inte med säkerhet sägas att något anbud var giltigt ens när tilldelningsbeslutet fattades. Att anbudens giltighetstid inte är fastslagen i förfrågningsunderlaget, och därmed tillåts variera mellan anbudsgivarna, får vidare anses stå i strid med lika-behandlingsprincipen eftersom detta påverkar de kommersiella förutsättningarna vid anbudsgivningen. Ett fastställande av anbudens giltighetstid har varit nödvändigt för att bl.a. säkerställa att tilldelningsbeslutet fattats medan det funnits giltiga anbud, att säkerställa att leverantörers rätt att begära åtgärder enligt 16 kap. LOU inte inskränks samt att anbud utformas utifrån nollställda kommersiella förutsättningar. Genom att "strunta" i

9 kap. 11 § LOU har Statens inköpscentral begått ett allvarligt upphandlingsfel som måste medföra att upphandlingen görs om.

Vad som anges i förfrågningsunderlaget avsnitt 1.1.5. "Ramavtalsperiod" om när ramavtalet tidigast kan börja gälla reglerar uttryckligen ramavtalsperioden och inte anbudens giltighetstid. För det fall att man i efterhand skulle kunna påstå att denna skrivning har någon bäring på anbudens giltighetstid så öppnar den aktuella skrivningen uttryckligen upp för en senare leveransstart än det angivna datumet. Denna brist förelåg redan i det konkurrensuppsökande skedet och skapade därvid, till skada för bolaget, en osäkerhet avseende dess anbuds giltighetstid med däri angivna priser och villkor. Den påverkan som denna brist haft avseende anbudet innehåll vid anbudsgivning kan självfallet aldrig läkas av en senare bekräftelse av att anbudet är gällande. Att Statens inköpscentral har infört bolagets förlängning av anbudets giltighet är således en omständighet som saknar betydelse i detta mål.

Utvärderingsmodellen

Av inbjudan att inkomma med anbud, avsnitt 2.1.11 i förfrågningsunderlaget, framgår att bedömningen av vilka sex anbud som är de mest ekonomiskt fördelaktiga kommer att ske med beaktande av dels börkrav, dels offererade takpriser. Där anges bl.a. följande:

"Priser ska redovisas enligt angivna instruktioner och kommer att bli takpriser i ramavtalet. Samtliga prisuppgifter utvärderas inte utan de priser som utvärderas anges i detta kapitel."

Det förhållandet att utvärderingsmodellen inte beaktar samtliga offererade takpriser utgör en fundamental brist i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsmodellens utformning har gett utrymme för anbudsgivarna att offerera orimligt höga takpriser på de poster som inte omfattas av utvärderingen och, trots detta, tilldelas ramavtal på grund av att låga priser offererats på de utvärderingsbara posterna. Vidare anges i inbjudan följande: "Den eller

de anbudsgivare som har lägst pris erhåller 0,1 poäng per prisuppgift, övriga erhåller 0 poäng.”

Den beskrivna poängsättningsmodellen innebär att anbuden ställs direkt mot varandra i en kamp om varje enskild poäng. Metoden strider mot likabehandlingsprincipen eftersom de anbud som inte innehåller det lägsta offererade takpriset behandlas lika, dvs. får 0 poäng, oavsett om de är 1 öre eller 100 kronor högre än det lägsta offererade takpriset. Eftersom poängsättningsmetoden behandlar olika situationer lika är den i uppenbar strid med likabehandlingsprincipen. Vissa anbudsgivare har använt sig av utvärderingsmodellens brister i detta avseende för att tilldelas ramavtal utan att ens vara i närheten av att erbjuda ett ekonomiskt fördelaktigt anbud. Bolaget kan genom ett exempel, utifrån ett typfall baserat på en medelstor kommun, illustrera att den utvalda utvärderingsmodellen saknar koppling till verkliga förhållanden. I detta exempel utpekas Borderlight som tredje bästa anbud trots att detta bolags sammantagna takpris i exemplet blir flera hundra miljoner kronor högre än övriga anbud tillsammans.

Vidare är anbudsgivare inte bundna av offererade takpriser under kontraktstiden. I inbjudan att inkomma med anbud, avsnitt 2.1.11, anges följande om vilken funktion offererade takpriser kommer att ha under kontraktstiden:

”En anbudsgivare får inte i ett avrop mot ramavtalet lämna pris som överstiger angivet takpris för aktuell tjänst om inte avropande organisation väljer servicenivå ett eller två, ställer upp andra vistesmodeller eller på liknande sätt preciserar krav på ett kostnadsdrivande sätt.”

Skrivningen innebär att anbudsgivare i ett avrop från ramavtalet kommer att kunna frånga sina angivna takpriser, bl.a. om ett anbud preciseras på ett kostnadsdrivande sätt. Vad som menas med begreppet kostnadsdrivande sätt anges inte vilket lämnar ett stort utrymme för framtida tolkning och

därmed även ett stort utrymme för att frångå offererade takpriser. Redan det förhållandet att anbudsgivare inte är ovillkorligt bundna till sina offererade priser utgör en allvarlig brist i utvärderingsmodellen.

Vidare finns brister i förfrågningsunderlaget avsnitt 3.3.2.9 "Takpris mobil datakommunikation". Där har krav uppställts vars syfte får antas vara att anbudsgivarna inte ska ges möjlighet att som ett tillägg under ramavtalsperioden föra in en inte prissatt tjänst utan bundenhet av tidigare angivet takpris. Trots detta har i upphandlingen accepterats att en anbudsgivare, som tilldelats ramavtal, helt har utelämnat en av de tre obligatoriska uppgifterna. Möjligheten att utelämna en obligatorisk uppgift har inte kunnat förutses utifrån förfrågningsunderlagets utformning.

I upphandlingen har offererats flera s.k. nollpriser, dvs. det har angetts att kostnaden för vissa tjänster är 0 kronor. Sådana nollpriser har premierats av den valda utvärderingsmodellen. En anbudsgivare som offererat ett sådant pris har varit garanterad utlovad poäng eftersom 0 kronor alltid är lägst prisuppgift. Det förhållandet att anbudsgivare inte är bundna till sina offererade priser medför att dessa kommer att kunna ta mer betalt för sina tjänster än vad tilldelningen av ramavtalet har utgått från.

Även för det fall förvaltningsrätten skulle finna att utvärderingsmodellen som sådan är upphandlingsrättsligt godtagbar måste upphandlingen ändå göras om eftersom utformningen av de anbud som inkommit i anledning av utvärderingsmodellens utformning har lett till att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden inte har antagits. Utvärderingsmodellens utformning är inte ägnad att utse de mest ekonomiskt fördelaktiga anbuden och står därtill i strid med likabehandlingsprincipen.

Det förhållandet att vikten för tekniska, funktionella och kvalitetskrav har fastställts till 60 poäng och viktat erbjudet pris till 3,6 poäng påverkar på

intet sätt bolagets slutsatser. Anledning till detta är att den valda modellen för utvärdering av kvalitet inneburit att deltagande anbudsgivare relativt enkelt kunnat ange att de uppfyller uppställda kvalitetskrav och att inte heller någon särskild granskning av detta skett. Detta har i sin tur lett till att det i konkurrensen om att tilldelas ett ramavtal varit helt avgörande vilken prispoäng som anbudsgivare erhållit. Det är således vid utvärderingen av priset som den verkliga konkurrensutsättningen äger rum.

Bolagets anbud erhöll endast 0,5 kvalitetspoäng lägre än det lägst antagna anbudet. Det kan inte anses vara realistiskt av Statens inköpscentral att påstå att anbudsgivare som inte kan tänkas uppfylla kravet på mobila operatörstjänster under ramavtalet skulle ha lämnat ett kvalitativt bättre anbud i upphandlingen än bolaget. Den valda modellen för utvärdering och övrig bristfällig hantering av upphandlingen har gett till resultat att tilldelat ramavtal, till skada för bolaget men också för tilltänkta användare, inte kommit att omfatta bolaget som har ett av Sveriges mest utbyggda mobilnät.

Mobila operatörstjänster

I inbjudan att inkomma med anbudsansökan (avsnitt 3.6.2.6) och i inbjudan att inkomma med anbud (avsnitt 3.3.2.1) uppställs krav kopplade till mobila operatörstjänster.

I punkt 3.3.2.1 i förfrågningsunderlaget uppställs följande krav:

”Om anbudsgivaren inte har eget mobilnät eller är delägare i ett, utan är så kallad virtuell operatör ska ett samarbetsavtal eller ett av operatören och anbudsgivaren signerat intyg bifogas som visar att anbudsgivaren har rätt att nyttja någon annans mobilnät. Av intyget ska det även framgå i vilket eller vilka nät abonnemang kan tillhandahållas i. Bifogas inte detta intyg erhålls inte poäng i kapitel Mobila operatörstjänster.

Är ni en operatör med eget mobilnät? (Ja/Nej svar)

Är ni en virtuell operatör? (Ja/Nej svar)”

Både Borderlight och IP-Only har i sina anbudsansökningar och i sina anbud angett att de kan tillhandahålla mobila operatörstjänster. Dessa uppgifter har legat till grund för bedömningen att nämnda bolag ska få delta i upphandlingen och har därtill medfört att bolagen kunnat tillgodoräkna sig en högre poäng i anbudsutvärderingen. Såvitt bolaget känner till verkar emellertid inte något av dessa båda bolag som mobiloperatör i Sverige. Det kan därmed ifrågasättas dels på vilken grund de har ansetts uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och dels på vilken grund de ansetts vara berättigade till poäng för mobila operatörstjänster i upphandlingen.

För att få bedriva operatörskap och tillhandahålla mobila samtalstjänster ska ett bolag vara registrerat hos Post- och telestyrelsen (PTS). Varken Borderlight eller IP-Only är registrerade som leverantörer av mobila operatörstjänster i Sverige. Bolagen har inte heller tilldelats mobila nummerserier av PTS vilket innebär att de inte äger mobila nummerserier och därmed inte heller kan tilldela slutkunder mobila nummer. De båda bolagen finns registrerade hos Swedish Number Portability Administrative Centre (SNPAC AB), men inte för mobiltelefoni utan enbart för fast telefoni. Detta är även det område som de båda bolagen i dagsläget är registrerade för hos PTS. Dessa omständigheter visar att de båda bolagen inte utgör virtuella operatörer inom mobila operatörstjänster i enlighet med ovan ställt krav.

Det kan också nämnas att det varken på Borderlights eller IP-Onlys publika hemsidor framgår att bolagen kan erbjuda mobila operatörstjänster. En möjlighet att erbjuda mobila operatörstjänster i eget namn utan att uppfylla kraven ovan är genom att ansluta sig till en s.k. enabler. I det fallet är det enablern som är den virtuella operatören och därmed den som äger avtalet med nätägaren, är registrerad hos PTS, äger nummerserierna samt är ansluten hos SNPAC AB. Som kund hos en enabler är man i

realiteten endast en återförsäljare som har ringa eller ingen kontroll över relationen mellan nätägaren och enablern. Det är inte rimligt att bolag med en sådan lösning kan tillhandahålla vad som efterfrågas i upphandlingen på ett fullgott sätt. Eftersom de båda bolagen inte uppfyller de praktiska förutsättningarna för att kunna leverera mobila operatörstjänster så föreligger skäl för rättelse av tilldelningsbeslutet.

Bolaget har tagit del av det underlag som getts i korresponderande mål hos förvaltningsrätten, mål nr 9555-13, rörande intyg och tillhörande underlag som de båda bolagen har åberopat i sina respektive anbud. I nämnda handlingar är i allt väsentligt informationen borttagen av sekretessskäl. Med ledning av de uppgifter som kan utläsas kan konstateras att Borderlight har åberopat kapacitet från en virtuell operatör och att denne virtuella operatör har avtal med bolaget Telenor avseende nyttjande av nätkapacitet för mobila tjänster. Av handlingarna kan inte förstås att den virtuella operatören har tillgång till annan nätägares kapacitet. Det kan antas att IP-Only har konstruerat ett liknande upplägg och således avser att agera som tredjeledsoperatör under ramavtalet.

En tredjeledsoperatör kan aldrig säkerställa en säker tillgång till nätkapacitet eftersom denne endast har en avtalsmässig relation till den virtuella operatören. För att kravet avseende mobila operatörstjänster i förfrågningsunderlaget ska kunna anses vara uppfyllt krävs att anbudsgivaren är en operatör med eget nät. En annan ordning innebär att en avropsberättigad enhet vid sina avrop skulle tvingas acceptera ett kontraktstecknande med de båda bolagen trots att dessa inte uppfyller legala krav. En sådan ordning är orimlig och kan inte ha varit avsedd i upphandlingen.

Såvitt gäller Borderlight kan konstateras, utifrån innehållet i Telenors avtal med aktuell virtuell operatör, att Borderlight varken vid anbudsgivningen

eller i dagsläget har rätten att i eget namn nyttja Telenors mobilnät vid försäljning av mobila tjänster. Oavsett vad som varit känt för Statens inköpscentral vid anbudsgivningen så måste detta beaktas inom ramen för detta mål.

Statens Inköpscentral

Statens Inköpscentral har anfört bl.a. följande.

Otillåtna kvalificeringskrav

Kraven på kvalitetssystem och övriga kvalificeringskrav är ställda i syfte att säkerställa att anbudsgivarna är etablerade och seriösa företag som kan leverera efterfrågade tjänster på ett kommande ramavtal. Kravet uppfylls genom att anbudsgivaren anger att den uppfyller kravet, detta bekräftas även genom sanningsförsäkran från behörig företrädare för anbudsgivaren.

I anbudsansökningsinbjudan punkt 3.6.1.2 anges följande:

”Anbudssökande ska ange om de har ett miljöledningssystem samt regelverk för etiska regler (Corporate Social Responsibility).”

Som framgår av texten så finns det inte något ska-krav avseende miljöledningssystem samt regelverk för etiska regler på det sätt som bolaget gör gällande utan detta är en fråga där anbudssökande ska ange svar upplysningsvis.

Till skillnad från vad bolaget gör gällande äger Statens inköpscentral rätt att under avtalsperioden kontrollera samtliga krav som ställs i upphandlingen. I punkt 8 ”Uppfyllande av krav” och punkt 17 ”Revision” i bilaga Huvudtext till förfrågningsunderlaget framgår det uttryckligen att Statens inköpscentral har rätt att genomföra dessa kontroller. Statens inköpscentrals kontroll i upphandlingen får därmed anses vara fullt tillräcklig och helt förenlig med LOU och de unionsrättsliga principerna.

Anbudstidens längd

Tidsfristen för att inkomma med anbud vid selektivt förfarande får förkortas med fem dagar till 35 dagar om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel ger fri direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget. Statens inköpscentral annonserade och gav utvalda anbudssökande full tillgång till förfrågningsunderlaget den 22 februari 2013. Anbud skulle inkomma senast den 3 april 2013. LOU uppfylls således till fullo eftersom anbudstiden var mer än 35 dagar.

Eftersom upphandlingen har genomförts med ett selektivt förfarande så har upphandlingens innehåll, omfattning i stort och tidsplan varit kända för bolaget och samtliga anbudssökande sedan första inbjudan om att inkomma med anbudsansökan den 3 januari 2013. Det betyder att bolaget har haft 92 dagar på sig för att utforma sin strategi för denna upphandling.

Det är korrekt att en anbudsgivare efterfrågade förlängd tid och omgående lämnades svaret att sista anbudsdag låg fast. Frågan och svaret avklarades en hel kalendermånad före inlämningstiden. Anbudstiden har bevisligen varit fullt tillräcklig för alla andra anbudsgivare vilket även styrks av det faktum att samtliga anbudsgivare har inkommit med fullständiga anbudsvar innehållande all information som efterfrågats. Statens inköpscentral genomför ett antal upphandlingar som är större i omsättning och har högre komplexitet än nu aktuell upphandling. Bolagets påstående om att denna upphandling skulle vara en av de största i norra Europa är överdrivet.

Anbudens giltighetstid

Eftersom upphandlingen är selektiv finns det inte något lagkrav på att den upphandlande myndigheten ska ange tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud i annonsen. I 9 kap. 11 § LOU stadgas enbart att information avseende anbudens giltighetstid ska finnas i förfrågningsunderlaget. Lagkravet tar inte sikte på sättet denna information ska

uppställas utan det räcker att uppgiften framgår av förfrågningsunderlaget. Av punkten 1.1.5. "Ramavtalsperiod" framgår att ramavtalet tidigast kan börja gälla den 6 maj 2013 vilket innebär att anbudsgivaren är bunden av sitt anbud till dess. Samtliga anbudsgivare har accepterat förfrågningsunderlagets utformning och ingen anbudsgivare har ställt någon fråga avseende anbudens giltighetstid. Detta innebär att anbudsgivarna har förstått att informationen finns i förfrågningsunderlaget och kunnat utforma sina anbud därefter.

Utvärderingsmodellen

Den utvärderingsmodell som använts strider inte mot likabehandlingsprincipen eller transparensprincipen utan är utformad helt i enlighet med LOU och de unionsrättsliga principerna. Begreppet "ekonomiskt mest fördelaktiga" inkluderar olika kriterier kopplade till upphandlingsföremålet varav exempelvis kvalitetskrav, funktionskrav, tekniska krav och pris kan ingå med den vikt som bestäms av den upphandlande myndigheten. Statens inköpscentral har valt att ge tekniska, funktionella och kvalitetskrav (i fortsättningen benämnt som kvalitet) vikten 60 poäng (94,3 procent) och pris 3,6 poäng (5,7 procent). Detta innebär att pris utgör en mycket liten del i den totala utvärderingen. De 36 enskilda prisuppgifterna var även lågt viktade (0,1 poäng) i förhållande till övriga kvalitetskrav. Priset har tilldelats en låg vikt vid utvärderingen eftersom det är en ramavtalsupphandling i vilken en förnyad konkurrensutsättning kommer att tillämpas vid de enskilda avropen. Priset har ofta en större vikt i avropen, där behoven är specificerade för varje enskilt fall. Den valda utvärderingsmodellen är utmärkt för att utse de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och ska inte förväxlas med lägsta pris.

Utvärderingen var en kombination av två modeller, varav en användes för kvalitet och en för pris. Avseende de kvalitativa kraven användes en absolut utvärderingsmodell och vad avser kriteriet pris så användes en

utvärderingsmodell där ett relativt inslag ingick. Det var ett väl avvägt val att använda sig av en kombination av utvärderingsmodeller. Valet av utvärderingsmodell avseende pris grundar sig i att det inte kunde förutses hur anbudsgivarnas respektive affärsmodell och tillika prissättning såg ut. Olika branschaktörer ska fritt kunna välja sina egna prisstrategier som en naturlig del av den fria konkurrensen. Det framgår också tydligt av anbudsvaren att olika anbudsgivare har olika prismodeller. Vissa leverantörer tar ut en engångskostnad istället för månadskostnad, andra gör tvärtom. Även bolaget har tillämpat nollpriser som har gett poäng vid utvärderingen.

Nollpriser förekommer i samtliga anbud och även i tidigare ramavtalsupphandlingar inom området. Nollpriserna i anbudena följer dessutom både etablerad branschpraxis och prisstrukturer (affärsmodeller). Branschen är van att arbeta enligt dessa förutsättningar, vilket styrks av att ingen anbudsgivare har inkommit med någon fråga gällande utvärderingsmodellen.

Bolaget synes konsekvent förväxla begreppet "ekonomiskt mest fördelaktiga" med "lägsta pris", trots att vald utvärderingsgrund för denna upphandling är den "ekonomiskt mest fördelaktiga", vilken endast ger kriteriet pris vikten 5,7 procent. Det har inte varit möjligt för en anbudsgivare med låg kvalitet att vinna ett ramavtal genom att enbart "prisa in sig". Ett av syftena med upphandlingen var att erhålla kvalitativa ramavtalsleverantörer vilket upphandlingsmodellen har möjliggjort. Utvärderingsmodellen avseende priset var binär, såtillvida att det lägsta priset erhöll 0,1 poäng och övriga 0 poäng, varmed det inte gjordes någon jämförelse mellan de anbudsgivare som inte offererat det lägsta priset. Samtliga anbudsgivare har därmed likabehandlats.

I sammanhanget bör förtydligas att samtliga prisuppgifter som efterfrågas i förfrågningsunderlaget hade kunnat ingå i utvärderingen. Av förfrågningsunderlaget punkt 2.1.11 "Utvärderingsmodell" framgår att anbudena initialt

utvärderas på ett visst antal prisuppgifter. Om två eller flera anbudsgivare skulle erhålla samma poängsumma skulle övriga prisuppgifter beaktas, enligt uppställningen i förfrågningsunderlaget. Således hade samtliga priser en koppling till utvärderingen och hade mycket väl kunnat ingå i utvärderingen och varit en del av resultatet. Eftersom inga anbudsgivare erhöll samma slutliga poängsumma behövdes dock inte detta steg för att utse vinnande ramavtalsleverantörer. Utvärderingsmodellens utformning har således inte gett anbudsgivarna utrymme att offerera orimligt höga priser på de poster som inte utvärderas. Vidare är anbudsgivarna under hela ramavtalsperioden bundna av de offererade priserna, se punkt 3.2.1.1. ”Allmänt om kraven”.

Kravet avseende takpriser är tydligt och det måste för envar som läser kravet framgå att anbudsgivarna är bundna av offererat takpris. Enbart de mest frekvent återkommande tjänsterna har uppställda takpriser. Förutsättningarna för dessa priser är att de gäller för servicenivå 3–6. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att priser på servicenivå 1 och 2 inte är efterfrågade och de är därför inte heller prissatta av anbudsgivarna. Servicenivå 1 och 2 är inte lika vanliga och ställer högre krav på driftsäkerhet som bara kan prissättas med mycket detaljerad information för varje enskilt fall vid den förnyade konkurrensutsättningen. Därmed efterfrågas inte takpriser för servicenivå 1 och 2, vilket är proportionerligt i förhållande till föremålet för upphandlingen. Kravet är således lika-behandlande och transparent utformat. Det finns inte någon möjlighet att frångå angivna takpriser i upphandlingen. Kravet är transparent utformat.

Upphandlingen omfattar ett brett område som innefattar både funktioner, tjänster, programvaror och produkter. Detta får till följd att Statens inköpscentral omöjligt kan kräva in prissättning avseende varje funktion, tjänst, programvara och produkt som kan avropas från ramavtalet. Takpriserna grundar sig således på de delar av upphandlingsområdet som referenter

från avropsberättigade har bedömt att majoriteten av avropen kommer att avse. Utvärderingen utgår således ifrån och är uppställd i förhållande till det mest frekventa behovet hos avropsberättigade.

Vad avser bolagets exempel så återfinns inte detta i upphandlingen som ett typfall utan exemplet är "helt påhittat" av bolaget. Exemplet är grovt förenklat, taget ur sitt sammanhang och saknar den komplexitet och de tekniska krav som måste ställas i ett verkligt anrop. Bolaget tycks förbise att detta är en upphandling med avropsform förnyad konkurrensutsättning när deras exempel pekar ut vinnaren på kontraktsnivå och inte på ramavtalsnivå. Hela tanken med dessa ramavtal är att tjänsten ska specificeras i avropet inför tilldelning av kontrakt. Bolaget bortser i sitt exempel även från det faktum att priserna i upphandlingen är takpriser, dvs. en ramavtalsleverantör har full frihet att offerera lägre priser i avropen och avropande kund kan t.ex. använda en utvärderingsmodell där engångskostnader tillmäts stor vikt. Även de offererade takpriserna tas i exemplet helt ur sitt sammanhang då de inte är avsedda att användas på detta sätt.

Vad bolaget anför gällande brister i förfrågningsunderlaget avsnitt 3.3.2.9 "Takpris mobil datakommunikation" saknar grund. Det aktuella kravet är ett bör-krav och anbudsgivare som svarat ofullständigt har inte heller erhållit poäng. Det är inte möjligt att i efterhand lägga till tjänster som inte ingått i anbudet eller i upphandlingen.

Värt att notera är att om Statens inköpscentral inte hade utvärderat på kriteriet pris utan enbart använt sig av den absoluta utvärderingsmodellen avseende kvalitetskraven, så hade detta på intet sätt påverkats bolagets ställning i upphandlingen eftersom bolaget inte erhöll tillräckligt med poäng i förhållande till andra anbudsgivare vad avser den kvalitativa delen.

Mobila operatörstjänster

Det har i upphandlingen inte uppställts krav på att anbudsgivare ska vara registrerad leverantör av mobila operatörstjänster. Om ett sådant krav hade uppställts hade detta kunnat vara konkurrenshämmande. I enlighet med 11 kap. 12 § LOU äger en anbudsgivare rätt att utnyttja annat företags kapacitet, vilket också har gjorts i upphandlingen.

Det aktuella kravet är ett s.k. bör-krav vilket innebär att uppfyllelse av kravet utgör ett mervärde för Statens inköpscentral. Anbudsgivarna erhåller således mervärde i form av poäng om anbudsgivaren uppfyller kravet. För att erhålla poäng ska anbudsgivaren verifiera att mobila abonnemang kan erbjudas. För envar som läser kravet måste det tydligt framgå att aktuellt krav inte är ett obligatoriskt krav. Alla sådana s.k. ska-krav har ett rött utropstecken i rubriken med teckenförklaring. Det är inte något krav att anbudsgivaren själv måste uppfylla bör-kravet för att erhålla poäng. Anbudsgivarna erhåller poäng i det hänseende de själva uppfyller kravet eller i det hänseende anbudsgivaren inkommer med samarbetsavtal i vilket det framgår att kravet uppfylls. Statens inköpscentral har självklart kontrollerat att samtliga anbudsgivare som tilldelats poäng rätteligen uppfyller kravet. Borderlight har inkommit med totalt tre stycken samarbetsavtal med olika leverantörer gällande mobila nät. Flera leverantörer återfinns som operatörer hos PTS.

Borderlight och IP-Onlys anbudsansökningar och anbud uppfyller de krav Statens inköpscentral har ställt upp för upphandlingen. Nämnda anbudsgivare har bifogat efterfrågade bevis och inkommit med sanningsförsäkran och således har de rätteligen erhållit poäng.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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. Vidare anges i 16 kap. 6 § LOU att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Otillåtna kvalificeringskrav

Av anbudsansökningsinbjudan framgår att det inte finns något obligatoriskt krav i 3.6.1.2 gällande miljöledningssystem och regelverk för etiska regler utan att svaret Ja/Nej endast ska ges upplysningsvis. Gällande kvalitetssystem framgår av punkt 3.6.1.1 att detta är ett krav som måste uppfyllas och det räknas upp tre specifika rutiner som kvalitetssäkringssystemet för den egna verksamheten minst ska omfatta. Vidare anges att det i fritextruta med svaret Ja/Nej ska anges att de uppräknade rutinerna finns samt att en angiven certifiering, eller motsvarande, alternativt kan bifogas. Slutligen ska med svaret Ja/Nej anges om kravet på kvalitetssäkringssystem uppfylls.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Anbudsansökningsinbjudans punkter 3.6.1.1 och 3.6.1.2 kan inte anses vara utformade i strid mot LOU på det sätt som bolaget anför.

Avseende bolagets argumentation i denna del kan också konstateras att den åberopade bristen i upphandlingsförfarandet hänför sig till anbudsansökningsförfarandet. Bolaget bjöds in som anbudsgivare och har därmed passerat denna fas av upphandlingen. Bolaget kan inte anses ha klargjort på vilket sätt de påstådda bristerna i denna del av upphandlingen skulle ha medfört skada eller risk för skada för bolaget utan uttrycker endast en farhåga för att det skulle kunna finnas bolag som felaktigt antagits som anbudsgivare.

Anbudstidens längd

I förarbetena till LOU sägs bl.a. följande. Upphandlande myndigheter ska, när de fastställer tidsfrister för att inkomma med anbud, särskilt ta hänsyn till hur komplex upphandlingen är och hur lång tid som behövs för att utarbeta anbudet. Tidsfristerna får förkortas, särskilt då kommunikationen sker med hjälp av elektroniska medel. Det är dock inte alltid lämpligt att förkorta anbudstiden. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att vid varje upphandling ta ställning till vilken anbudstid som krävs med hänsyn till upphandlingens komplexitet och omfattning (prop. 2006/07:128 s. 208). Tidsfristen för att lämna anbud ska vara tillräckligt lång för att företag från andra medlemsstater ska kunna göra en tillfredsställande bedömning och utarbeta ett anbud (prop. 2009/10:180 s. 91).

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande (mål nr 114-12 och 116-12) inledningsvis konstaterat att de tidsfrister som anges i 8 kap. LOU är gemensamma för alla typer av varor och tjänster som upphandlas. Vidare fann kammarrätten att det i den då aktuella upphandlingen av skyddsvästar hade uppställts ett stort antal obligatoriska krav avseende bl.a. tekniskt utförande, bevis, anbudsprover, olika former av intyg från auktoriserade testinstitut samt att samtliga dokument ska vara upprättade på svenska eller i vissa fall engelska. Mot bakgrund av detta och vad som i övrigt framkommit fann kammarrätten att anbudsfristen borde ha varit längre än 40 dagar.

Den i upphandlingen fastställda tidsfristen för att inkomma med anbud överstiger den i LOU reglerade minimitiden. Vad bolaget har anfört kan inte anses utgöra grund för att med hänsyn till den aktuella upphandlingens komplexitet och omfattning kräva en ännu längre anbudstid. Skäl för ingripande saknas därmed i denna del.

Anbudens giltighetstid

I 9 kap. 11 § första stycket LOU stadgas att en upphandlande myndighet ska ange i förfrågningsunderlaget den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Paragrafens andra stycke syftar till att säkerställa att samtliga anbudsgivare som inte tilldelats kontrakt är civilrättsligt bundna av sina respektive anbud även efter det att de fått information om att en annan anbudsgivare har tilldelats kontraktet.

I förfrågningsunderlagets avsnitt 1.1.5 "Ramavtalsperiod" anges när ramavtalet tidigast kan börja gälla. Vad bolaget anför om att detta inte på ett tydligt sätt fastslår anbudens giltighetstid får anses vara välgrundat. Som Statens inköpscentral har invänt finns det dock inte något lagkrav avseende på vilket sätt information om anbudens giltighetstid ska anges. Vidare har framkommit i målet att anbudsgivarna inte har ställt någon fråga om anbudens giltighetstid under anbudsfasen. Informationen om anbudens giltighetstid får därmed anses ha framgått tillräckligt tydligt och samtliga anbudsgivare har fått samma information. För det fall bolaget fann att denna åberopade brist skapade en osäkerhet avseende dess anbuds giltighetstid med däri angivna priser och villkor, såsom anförts, så har det stått bolaget fritt att ställa en fråga under anbudsfasen eller ansöka om överprövning i ett tidigare skede av upphandlingsförfarandet. Sammantaget anser förvaltningsrätten att det som bolaget har anfört inte innebär att det gjorts övervägande sannolikt att förfrågningsunderlaget i denna del varit utformat på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, eller någon annan bestämmelse i LOU.

Utvärderingsmodellen

Regelverken om offentlig upphandling innehåller inte några närmare former för hur en anbudsutvärdering ska gå till eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Det är den upphandlande myndigheten som beslutar om vad som ska upphandlas och ställer upp de krav som anses vara nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska uppnås. Myndigheten måste utifrån den egna verksamhetens förutsättningar och krav på hur verksamheten ska fungera ges utrymme att utforma ett förfrågningsunderlag som man uppfattar, genom konkurrensutsättning, kan tillgodose realistiska krav. Allt under förutsättning att det inte sker i strid mot LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår följande. Statens inköpscentral har i den aktuella upphandlingen använt en utvärderingsmodell där första steget omfattar en bedömning av om anbuderna uppfyller de obligatoriska kraven (ska-kraven) enligt kapitlet "Kravspecifikation". Samtliga inbjudna anbudsgivare uppfyllde dessa krav. Därefter har i ett andra steg anbuderna utvärderats enligt svar på ställda anbudsutvärderingskriterier (bör-krav). Bland dessa kriterier kopplade till upphandlingsföremålet fanns exempelvis kvalitetskrav, funktionskrav, tekniska krav och pris. De tre första av dessa kriterier avsåg kvalitet och gavs 60 poäng. Kriteriet pris gavs 3,6 poäng. För de kvalitativa kraven användes en absolut utvärderingsmodell och anbudsgivarna erhöll en i förfrågningsunderlaget angiven poäng om kravet uppfylldes. Avseende priset användes en relativ utvärderingsmodell med takpriser. Den eller de anbudsgivare som hade lägst pris avseende vissa i förfrågningsunderlaget angivna punkter erhöll 0,1 poäng per prisuppgift och övriga erhöll 0 poäng. Poängen räknades sedan samman och de sex anbudsgivarna med högst poäng skulle erhålla ramavtal.

Bolaget har anmärkt på utvärderingsmodellen i flera avseenden. Sammanfattningsvis har bolaget pekat på följande brister i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsmodellen beaktar inte samtliga offererade takpriser och

anbudsgivare är inte bundna av offererade takpriser under kontraktstiden. Vissa takpriser har också kunnat utlämnas utan att detta framkommit i förfrågningsunderlaget vilket gett möjligheten att introducera icke prissatta tjänster utan hinder av takpris under ramavtalsperioden. Vidare strider utvärderingsmetoden mot likabehandlingsprincipen eftersom de anbud som inte innehåller det lägsta offererade takpriset behandlas lika, dvs. får 0 poäng, oavsett om de är 1 öre eller 100 kronor högre än det lägsta offererade takpriset. Nollpriser har premierats av utvärderingsmodellen eftersom anbudsgivare inte är bundna till sina offererade priser och kommer att kunna ta mer betalt för sina tjänster än vad tilldelningen av ramavtalet har utgått från. Utvärderingsmodellens utformning är inte ägnad att utse de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och står därtill i strid med likabehandlingsprincipen.

Vad gäller utvärderingsmodellens konstruktion avseende hantering av nollpriser och dess poängtilldelning har Kammarrätten i Stockholm, i ett avgörande gällande ramavtalsupphandling med tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud (mål nr 6727-09), funnit att utvärderingsmodellen inte kunde anses strida mot LOU eller den gemenskapsrättsliga reglering som lagen bygger på. Den då aktuella utvärderingsmodellen var, liksom nu aktuell utvärderingsmodell, utformad så att om en eller flera anbudsgivare lämnade ett pris som var lika med noll vid ett delkriterium, så skulle samtliga anbudsgivare som lämnat ett pris överstigande noll kronor tilldelas noll poäng vid detta kriterium. Det saknas därmed skäl för ingripande mot utvärderingsmodellens utformning i detta avseende.

Det står en upphandlande myndighet fritt att använda sig av en relativ utvärderingsmodell förutsatt att kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens är uppfyllda. Den utvärderingsmodell som Statens inköpscentral har använt är enligt förvaltningsrättens mening tydlig och förutsägbar i aktuella avseenden. Vad bolaget har anfört utgör inte skäl för ingrip-

ande på den grunden att Statens inköpscentral skulle ha frångått kraven på likabehandling och transparens eller att utvärderingsmodellen inte skulle ha säkerställt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan antas.

De övriga invändningar som bolaget har riktat mot olika angivna delar av utvärderingsmodellens utformning utgör inte heller grund för att förfrågningsunderlaget ska anses ha utformats i strid mot LOU.

Mobila operatörstjänster

I upphandlingen återfinns krav gällande mobila operatörstjänster i anbudsansökningsinbjudan, punkt 3.6.2.6, där det anges att anbudssökanden ska kunna leverera tjänster inom minst två tjänsteområden av de angivna tre områdena fasta operatörstjänster, mobila operatörstjänster och transmissionstjänster. Detta är ett obligatoriskt krav. Vidare ställs det obligatoriska kravet att anbudsgivaren i fritext ska ange hur leverans kommer att ske inom angivna tjänsteområden, via underleverantör eller i egen regi.

Vidare återfinns följande krav gällande mobila operatörstjänster i förfrågningsunderlaget, punkt 3.3.2.1:

”Anbudsgivaren bör erbjuda mobila abonnemang [...] Om anbudsgivaren inte har eget mobilnät eller är delägare i ett, utan är så kalla virtuell operatör ska ett samarbetsavtal eller ett av operatören och anbudsgivaren signerat intyg bifogas som visar att anbudsgivaren har rätt att nyttja någon annans mobilnät. Av intyget ska det även framgå i vilket eller vilka nät abonnemang kan tillhandahållas i. Bifogas inte detta intyg erhålls inte poäng i kapitel Mobila operatörstjänster.

Uppfylls kravet gällande abonnemang (Ja/Nej)
Är ni en operatör med eget mobilnät? (Ja/Nej)
Är ni en virtuell operatör? (Ja/Nej)
Är intyg bifogat (Ja/Nej)”

Det anges att om frågan ”Uppfylls kravet gällande abonnemang?” besvaras med Ja, erhåller anbudsgivaren 1 poäng.

För att inbjudas att lämna anbud är det alltså obligatoriskt att kunna erbjuda två av tre tjänster, varav en är mobila operatörstjänster. I vilken form de ska erbjudas är inte specificerat. För att få 1 poäng vid utvärderingen ska mobila abonnemang kunna erbjudas och om anbudsgivaren är en virtuell operatör ska samarbetsavtal eller signerat intyg bifogas.

Bolaget anför att Borderlight och IP-Only inte verkar som mobiloperatörer i Sverige, att de båda bolagen inte är registrerade som leverantörer av mobila operatörstjänster i Sverige, att de inte heller har tilldelats mobila nummerserier av PTS och inte är registrerade hos SNPAC AB för mobiltelefoni. Bolaget anger att detta sammantaget visar att de båda bolagen inte utgör virtuella operatörer inom mobila operatörstjänster i enlighet med de krav som ställts i upphandlingen. Bolaget utgår från att Borderlight och IP-Only avser att agera som tredjeledsoperatör under ramavtalet och anger att en tredjeledsoperatör aldrig kan säkerställa tillgång till nätkapacitet eftersom denne endast har en avtalsmässig relation till den virtuella operatören. Enligt bolagets uppfattning krävs det att anbudsgivaren är en operatör med eget nät för att kravet avseende mobila operatörstjänster i förfrågningsunderlaget ska kunna anses vara uppfyllt.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlade föremålet är riktiga. Om den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget inte uppställt krav på att uppgiften också ska styrkas skulle en annan ordning kunna strida mot det upphandlingsförfarande som valts eller de grundläggande principerna i LOU (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2010 i mål nr 4583-10).

Anbudsansökningsinbudans utformning, där minst två tjänsteområden ska anges med enbart ja/nej-svar och ett fritextsvar gällande hur leverans ska ske och utan närmare krav på att dessa uppgifter ska styrkas, kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses stå i strid mot LOU. Inte heller förfrågningsunderlagets utformning, med ett ja/nej-svar och i angivna fall ett bifogat signerat intyg, kan anses stå i strid mot LOU. Det har i upphandlingen inte uppställts något krav på att anbudssökande eller anbudsgivare ska vara registrerade som leverantörer av mobila operatörstjänster.

Borderlight och IP-Only har lämnat anbudsansökningar och anbud i enlighet med de krav som uppställts. Förvaltningsrätten finner, utifrån vad som anförts, inte skäl att ifrågasätta Statens inköpscentralns uppgift om att de intyg som bifogats anbuderna rätteligen har ansetts uppfylla ställda krav vid anbudsutvärderingen.

Under handläggningen av målet har bolaget tagit del av handlingar som Borderlight och IP-Only har åberopat i sina respektive anbud. I handlingarna har viss information maskerats av sekretessskäl. Bolaget har därvid angett att Borderlight, varken vid anbudsgivning eller i dagsläget, har rätt att nyttja Telenors mobilnät genom angiven virtuell operatör och att detta måste beaktas inom ramen för detta mål. Statens inköpscentral har angett att Borderlight har inkommit med totalt tre stycken samarbetsavtal med olika leverantörer gällande mobila nät och att flera leverantörer återfinns som operatörer hos PTS. Förvaltningsrätten anser att det som bolaget har anfört inte innebär att det gjorts övervägande sannolikt att Borderlight inte har uppfyllt det aktuella kravet i förfrågningsunderlaget.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att det utifrån bolagets argumentation i målet inte är visat att Statens inköpscentral vid den aktuella upphandlingen har brutit

mot bestämmelserna i LOU. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt denna lag och bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Per Eskilsson

Rådman

Anna Cederberg har handlagt målet.

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.

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 (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. 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. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 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 nå 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.

