



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2014-12-04
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 13512-14

SÖKANDE

Eltel Networks Infranet AB, 556555-1073
 Box 23
 190 45 Stockholm-Arlanda

Ombud: Advokaterna Nicklas Björklund och David Björne
 Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB
 Box 5421
 114 84 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk, 202100-0340
 115 88 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

KONKURRENSVERKET	
2014-12-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 517606

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

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför en upphandling benämnd FM Satcom Development and Support Services, dnr 372365-A1855871. Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS. Av tilldelningsbeslut daterat den 2 juni 2014 framgår att FMV har beslutat att anta anbud från annan leverantör än Eltel Networks Infranet AB (Eltel).

Eltel ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, såsom bolaget slutligen bestämt sin talan, att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny utvärdering genomförs med Eltels anbud. Till stöd för sin talan anför Eltel bl.a. följande.

FMV har agerat i strid med principerna om likabehandling, öppenhet och/eller proportionalitet som förkastat bolagets anbud på de grunder som angetts i utvärderingsprotokollet. I utvärderingsprotokollet har FMV angett nio olika punkter som grund för att förkasta bolagets anbud. Enligt bolagets uppfattning utgör de angivna skälen inte grund för att förkasta bolagets anbud. Punkterna behandlas i det följande.

Eltel har inte fyllt i Appendix 5

FMV har angett ”*Appendix 5 commercial requirements is not answered, not a complete tender.*”

Appendix 5 är en bilaga till förfrågningsunderlaget benämnd ”Guide for commercial part in the contract documents Satcom Development and Support Services”. Den innehåller ett antal punkter från förfrågningsunderlaget och en kolumn där man kan ange ”fulfilled” eller annat för varje

punkt. Det är emellertid inte bara ska-krav som är listade i Appendix 5, utan där finns även rena upplysningar om förhållanden som visserligen anges i förfrågningsunderlaget men som följer direkt av lag eller annars inte meningsfullt kan vara föremål för accept eller inte.

Bolaget har tolkat Appendix 5 som ett hjälpmedel för anbudsgivarna att hålla reda på att alla kommersiella ska-krav ska uppfyllas och som ett alternativ att använda för att ange uppfyllnad av ska-krav, inte som något obligatorium. Bolaget har i rubriken i sitt anbuds-brev angett att företaget "har nöjet att offerera rubricerade uppdrag i enlighet med förutsättningarna för er förfrågan FM Satcom Development and Support Services, dnr 372365-A1855871. Därmed har bolaget accepterat alla ställda krav i förfrågningsunderlaget och angett att de är uppfyllda. Vidare har bolaget därutöver under övriga rubriker särskilt angett att vissa krav är uppfyllda, såsom Omfattning (angående krav enligt TS och SoW) och Leveranstider. Att ska-krav är uppfyllda framgår även av ifyllda uppgifter i anbudsformuläret samt lämnade bilagor, såsom årsredovisning (krav 10.5.1). Eftersom bolaget på detta sätt angett att alla krav är uppfyllda har bolaget inte också fyllt i Appendix 5.

Mot bakgrund av handlingens beteckning som guide, utformning och innehåll måste bolaget anses ha haft rimligt fog för sin tolkning. Skulle det anses ha varit ett ska-krav att fylla i den har det i vart fall varit så otydligt att det strider mot principerna om öppenhet, likabehandling och proportionalitet att förkasta bolagets anbud för att bilagan inte är ifylld.

Priserna i Appendix 7 är inte enhetliga för 2014-2015

FMV har angett "*Item 2, 3, 4, 6, 16: All prices in Eltel Bilaga 3:2 are lower 2014 than 2015. In Eltel Appendix 3:1 is it the same price 2014-2015.*"

Förfrågningsunderlaget innehåller två prisbilagor (Appendix 6 "Price table" och Appendix 7 "Evaluation FM Satkom DSS"). I Appendix 6 anges samtliga priser i anbudet. Appendix 7 är en beräkningsbilaga där man fyller i de priser som ingår i utvärderingen. Handlingen är ett excelark med formler som gör att ifyllda priser genererar ett utvärderingspris i enlighet med utvärderingsmodellen i avsnitt 11.1 i förfrågningsunderlaget.

Eltel har lämnat ifyllda Appendix 6 och Appendix 7 som prisbilagor till sitt anbud. Som krav för prissättning gäller att samma pris ska gälla 2014 och 2015 och att priset senare år indexeras på visst sätt. Eltels Appendix 6 är ifylld på detta sätt och är den handling som kommer att ligga till grund för kontraktet. Alla uppgifter som behövs för utvärderingen finns i Appendix 6 eftersom indexeringen av 2014-2015 års priser följer av förfrågningsunderlaget och priserna för dessa år därför blir en automatisk följd av priset som anges för 2014-2015.

Eltel har i Appendix 7 av misstag angett lägre priser för 2014. Mot bakgrund av innehållet i Appendix 6 och att Eltel har accepterat alla ska-krav är detta en uppenbar felskrivning. Det saknar dessutom betydelse för anbudets innehåll eftersom det är de priser som anges i Appendix 6 som blir kontraktsinnehåll. Det följer av punkt 34.1 i kontraktsvillkoren att de olika Appendix som ingår i kontraktshandlingarna vid motstridiga uppgifter ska gälla i nummerordning. Appendix 7 är endast en beräkningsmatris till hjälp för utvärderingen och påverkar inte innehållet i anbudet eller kontraktet.

Då det är fråga om en uppenbar felskrivning som inte har påverkat innehållet i anbudet strider det mot principerna om likabehandling och proportionalitet att förkasta anbudet på grund av felskrivningen.

Fel priser i Appendix 7 för Item 3 och 4

FMV har angett "*Item 3: Different prices (all) in Appendix 7. Half year 2014. Wrong in the excel table, but correct in Section 11 and Appendix 6 "Price table".*"

"Item 4: Half year 2014 according till 11. Item 4. Wrong in the excel table, but correct in Section 11 and Appendix 6 "Price table"."

Eltel har i Appendix 6 angett de priser som erbjuds. Av misstag har andra priser för Item 3 och 4 angetts i Appendix 7. På samma sätt som när det gäller felskrivningen ovan, har denna felskrivning inte påverkat anbudets innehåll. Det är priset i Appendix 6 som utgör innehållet i anbudet och som ska utvärderas. Eftersom det är fråga om en uppenbar felskrivning som inte påverkat innehållet i anbudet strider det mot principerna om likabehandling och proportionalitet att förkasta Eltels anbud på grund av felskrivningen.

Fel pris för Technical Author i Appendix 7

FMV har angett "*Technical Author has wrong price. Conclusion: Not clear what price is valid*".

Eltel har i sin Appendix 6 prisbilaga angett de priser som erbjuds för positionen Technical Author inom Item 2 och Item 4. Priserna är enhetliga för 2014 och 2015 och är korrekt angivna. I utvärderingsmatrisen Appendix 7 har felskrivning skett avseende priset för 2014 avseende Item 2 och för både 2014 och 2015 avseende Item 4. På samma sätt som när det gäller tidigare felskrivningar, har dessa felskrivningar inte påverkat anbudets innehåll eller riskerat att påverka utvärderingen och det strider mot principerna om likabehandling och proportionalitet att förkasta Eltels anbud på grund av felskrivningarna. Det är priserna i Appendix 6 som utgör innehållet i anbudet och som ska utvärderas.

Pris i fel kolumn i Appendix 7 för Item 7

FMV har angett "*Item 7: 150 000 SEK shall be 2015, automatic index adjustment 2016-2020 (price given only for 2017). Utvärdering sker med priset för 2017 enligt 11.1 Item 7.*"

Eltel har i Appendix 7 av misstag angett pris för Item 7 i kolumnen för 2017, men fortfarande i överensstämmelse med priset i Appendix 6. Priset borde ha angetts i kolumnen för 2015. Felet avseende årskolumn finns dock även i mallen till Appendix 7 och har gjorts även av vinnande anbudsgivare. Att priset har angetts i fel kolumn i Appendix 7 har, på samma skäl som anförts ovan, inte påverkat anbudets innehåll eller utvärderingen eftersom det är priset i Appendix 6 som blir avtalsinnehåll. Alla uppgifter som behövs för utvärderingen finns i Appendix 6. Att förkasta anbudet på grund av denna felskrivning skulle strida mot principerna om likabehandling och proportionalitet.

Pris i fel kolumn i Appendix 7 för Item 8

FMV har angett "*Item 8: 115 000 SEK/3 months, shall be multiplied with 4 in excel table to cover the whole year. 115 000 x 4 shall be in 2015 according to 5.2 automatic price adjustment 2016-2020. Evaluation is done with prices 2018 to including 2020 according to 11.1 Item 8.*"

Eltel har i Appendix 6 angett fast pris för Item 8 om 115 000 kr för tre månader 2015. Detta är således det pris som ingår i anbudet. Vid utvärderingen ska enligt förfrågningsunderlaget priset multipliceras med 4 för att motsvara hela året 2015. Priset för senare år följer automatiskt genom indexuppräknings som är förutbestämd i förfrågningsunderlaget. Indexuppräknings sker från det till helårsnivå uppräknade priset för 2015. Eltel har av misstag angett pris för Item 8 i kolumnen för 2017 samt utan uppräknings-

ning till helårsnivå, men fortfarande i överensstämmelse med priset i Appendix 6. Priset borde ha angetts i kolumnen för 2015 och multiplicerats med 4. Felet avseende årskolumn finns också i mallen för Appendix 7 och har gjorts även av vinnande anbudsgivare. Att priset inte multiplicerats med 4 har på samma skäl som tidigare anförts inte påverkat anbudets innehåll eller utvärderingen eftersom det är priset i Appendix 6 som blir avtals innehåll och alla uppgifter finns där. Det skulle strida mot principerna om likabehandling och proportionalitet att förkasta anbudet på grund av denna felskrivning.

Kommentar om fakturering för tilläggsuppdrag

FMV har angett "8.1.2 Fakturering för tilläggsuppdrag månadsvis i efterhand enligt upparbetning med betalning 30 dagar. All annan fakturering följer villkoren enligt anbudsinfordran. Comment: Does not fulfill 'shall' requirement".

Eltels kommentar under rubriken "fakturering för tilläggsuppdrag" utgör inte en reservation från förfrågningsunderlagets krav avseende fakturering. Kommentaren avser att informera om hur fakturering sker för eventuella tilläggsuppdrag som ligger utanför det upphandlade kontraktet. Eftersom det inte föreligger någon ska-kravavvikelse strider det mot principerna om likabehandling och öppenhet att förkasta Eltels anbud på denna grund.

Anbudet följer inte dispositionen i förfrågningsunderlaget och saknar kommentar "fulfilled" för alla ska-krav

FMV har angett "In addition to this is the tender disposition not following the enquiry and commented "fulfilled" according to contract requirements section 14.2"

Eltel har generellt angett att alla ska-krav är uppfyllda och anbudet innehåller inte några andra uppgifter som motsäger det. Därmed har Eltel också bekräftat att ska-kraven är uppfyllda. Det kan då inte anses förenligt med principerna om likabehandling och proportionalitet att förkasta Eltels anbud för att Eltel inte också skriver samma sak för varenda ska-krav enligt en lång lista.

Sammanfattningsvis innehåller Eltels anbud alla uppgifter som behövs för att uppfylla upphandlingens ska-krav. De uppenbara felskrivningar som förekommit i Appendix 7 saknar betydelse för anbudets innehåll och utvärderingen. Övriga av FMV åberopade grunder utgör bagatellartade formaliafel som inte heller påverkar anbudets innehåll eller utvärderingen. Eltels anbudspris har varit betydligt lägre än vinnande anbuds. Det har därför stått i strid med principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet att förkasta Eltels anbud på de angivna grunderna.

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

Det kan svårligen hävdas att den rubrik Eltel åberopar som stöd för att samtliga ska-krav är uppfyllda går att likställa med att vart och ett av kraven är kommenterade och bekräftade. Av lydelsen går det inte att utläsa att alla ska-krav är uppfyllda. Det ska noteras att Eltel uttryckligen har bekräftat att ska-krav kopplade till Statement of Work samt Technical Specification uppfylls. Någon motsvarande bekräftelse beträffande övriga ska-krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget finns däremot inte. Genom att en anbudsgivare bekräftar somliga ska-krav och inte andra uppstår en inkonsekvens som gör det omöjligt för FMV att bedöma och utvärdera anbudet så som det är tänkt. Eftersom Eltel inte har bekräftat att alla ska-krav är uppfyllda möter hinder för FMV att utvärdera och anta bolagets anbud.

I anbudet från Eltel finns olika prisuppgifter i Appendix 6 respektive 7, avseende samma tidsperiod. FMV gör bedömningen att de olika prisuppgifterna inte är att anse som uppenbara felskrivningar. Både Appendix 6 och 7 är delar av anbudet. Någon i anbudet eller förfrågningsunderlaget föreskriven rangordning mellan dessa appendix finns inte. Appendix 6 och 7 innehåller motstridiga uppgifter och FMV har haft fog för att utesluta anbudet från Eltel.

I förfrågningsunderlaget framgår när tilläggsbeställningar erfordras. Tilläggsuppdrag kan antingen överenskommas till fast pris eller under löpande räkning mot pristak. När pristak aktualiseras ska detta regleras enligt 8.1.2 *Cost Contract; Invoicing shall take place in arrears in connection with delivery*. Det framgår således hur olika typer av uppdrag ska faktureras. Eftersom Eltel har offererat ett alternativt sätt att fakturera i vissa sådana fall möter det likaså på denna grund hinder att anta bolagets anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter eller enheter ska enligt 1 kap. 11 § LUFSS 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.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFSS eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten, enligt 16 kap. 6 § samma lag, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt Eltel har FMV agerat i strid med principerna om likabehandling, öppenhet och/eller proportionalitet som förkastat bolagets anbud på de grunder som angetts i utvärderingsprotokollet. Förvaltningsrätten gör i denna fråga följande bedömningar.

Av utvärderingsprotokollet i upphandlingen framgår att anbudet från Eltel ansetts brista i kravuppfyllnad på ett flertal punkter. Av protokollet framgår bl.a. att anbudet bedömts som ofullständigt eftersom alla krav i bilaga 5 inte besvarats. I bilaga 5 till förfrågningsunderlaget har bl.a. angetts följande.

This appendix is a guide to answer commercial requirements in the contract documents. This guide might not cover all commercial items, answers shall be done as described in the contract documents.

Av förfrågningsunderlaget i upphandlingen framgår under punkt 2 "Instruction" bl.a. följande.

In order to qualify as Tenderer and have tenders evaluated, a Tenderer must reply to and/or comment on all the requirements stipulated in the invitation to tender. Note that this also includes all requirements stipulated in any appendices.

Vidare framgår under punkt 14.2 "Disposition of the tender" i förfrågningsunderlaget bl.a. följande.

The tender must be complete on the basis of what is stipulated in this enquiry. The disposition of this enquiry (and all appendices) shall be followed.

The tender shall contain comments on all requirements and any award criteria stipulated in this enquiry, including those which are not fulfilled.

When expressly stipulated, a brief description shall also be given of how the relevant requirements and any award criteria are to be realized. In other cases the comments may be limited to "fulfilled", which for evaluation purposes shall be interpreted to mean that the corresponding requirements will be completely fulfilled.

If no comment is made in respect of a stipulated requirement, FMV, shall be entitled to interpret this to mean that the requirement is not fulfilled.

Det är i målet ostridigt att Eltel inte för vart och ett av de ska-krav som uppställs i bilaga 5 har uppgett att de är uppfyllda. Enligt Eltel har bolaget i stället, genom att som inledning i sitt anbud skriva att bolaget har nöjet att offerera det rubricerade uppdraget i enlighet med förutsättningarna för förfrågan, visat att anbudet uppfyller alla ska-krav. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid att anbudsgivaren måste svara på alla krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget samt i tillhörande bilagor, att anbudet måste vara komplett utifrån vad som sägs i förfrågningsunderlaget och att ordningen ska följa den som ställs upp i förfrågan och tillhörande bilaga. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att det inte är tillräckligt att endast i inledningen av anbudet uppge att uppdraget offereras i enlighet med förutsättningarna för förfrågan. Eftersom anbudet från Eltel saknat kommentarer till vissa uppställda krav anser förvaltningsrätten att anbudet inte utformats i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Anbudet kan därmed inte anses som ett fullständigt anbud.

Enligt förvaltningsrättens mening måste en upphandlande myndighet kunna ställa krav på anbudens utformning och tydlighet för att myndigheten ska kunna bedöma alla anbud lika. Förvaltningsrätten anser därför att ett

krav om att anbudsgivaren måste svara på alla krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget inte kan anses oproportionerligt. Enligt förvaltningsrättens mening har kravet inte utformats i strid med öppenhetsprincipen. Det har inte heller framkommit att FMV agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att utesluta Eltels anbud till följd av att bolaget i sitt anbud inte tydligt bekräftat att samtliga ska-krav är uppfyllda. FMV har därmed, enligt förvaltningsrättens mening, redan på denna grund haft fog för att utesluta Eltels anbud från utvärdering.

Eftersom förvaltningsrätten funnit att anbudet från Eltel rätteligen uteslutits på grund av att bolaget inte tydligt bekräftat att samtliga ska-krav är uppfyllda, anser förvaltningsrätten att bolaget inte kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av övriga påstådda brister i upphandlingen. Det saknas därför, enligt förvaltningsrättens mening, skäl att pröva om FMV har agerat i strid med principerna om likabehandling, öppenhet och/eller proportionalitet som förkastat bolagets på grund av någon av de övriga punkter som angetts i utvärderingsprotokollet. Grund för ingripande enligt LUFSS saknas därför och ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Eva Bäckström

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Ellie Johansson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.