



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2011-02-03  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 44766-10  
 Enhet 17

### SÖKANDE

1. Thales Sverige AB, 556546-8963  
 Tegnérslunden 3, IV  
 111 61 Stockholm

2. Thales Rail Signalling Solutions Inc.  
 105 Moatfield Drive, Suite 100  
 Toronto, Ontario M3B 0A4, Canada

Ombud för 1 och 2: Advokaterna Anders Lundin och Pontus Scherp  
 Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB  
 Box 5747  
 114 87 Stockholm

### MOTPART

AB Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683  
 Lindhagensgatan 100  
 105 73 Stockholm

Ombud: Advokaterna Anders Bergsten, Johan Carle och Tomas Kjellgren  
 samt jur. kand. Sven Vaxenbäck  
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
 Box 1711  
 111 87 Stockholm

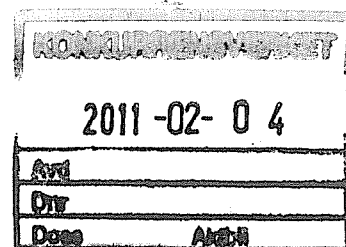
### SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena  
 vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Thales Sverige AB:s och Thales Rail Signalling  
 Solutions Inc:s ansökan om ingripande enligt LUF.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 12 november 2010 upphör  
 därmed att gälla.



Dok.Id 92507

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

## BAKGRUND

AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) genomför en upphandling av signal-säkerhetssystem för Stockholms tunnelbana, SL-2009-1132. Upphandling-en genomförs som en förhandlad upphandling enligt 4 kap. LUF.

SL har i tilldelningsbeslut den 3 november 2010 beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Thales Sverige AB och Thales Rail Signalling Solutions Inc. (Thales).

Thales har hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning av upphandling-en.

Förvaltningsrätten har i beslut den 12 november 2010 förordnat att upp-handlingen tills vidare inte får avslutas.

## YRKANDEN M.M.

**Thales** yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvär-dering ska genomföras, varvid Ansaldo STS Sweden AB:s (Ansaldo) an-bud inte ska beaktas. Till stöd för sin ansökan anför Thales bl.a. följande.

### *Tekniska krav*

Thales gör i första hand gällande att Ansaldo's anbud inte uppfyller skall-krav 1, 2 och 6 i upphandlingen då det av Ansaldo offererade CBTC-systemet, communications based train control, inte är beprövat i kommersiell drift.

Ansaldo's anbud måste uppfylla de skall-krav som finns angivna i anbuds-förfrågan. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att det offererade systemet både måste baseras på accepterade standarder och vara beprövat i

kommersiell drift. Detta följer till att börja med av skall-krav 1 som finns under rubriken 2.4 Grundläggande målsättningar för upphandlingen i anbudsförfrågan. De grundläggande målsättningarna som skall-krav 1 hänvisar till finns under rubriken 2.2 ”Strategic Principles for the Delivery” i utkastet till leveransavtal. Thales hänvisar härvid till punkterna 2.2.1 (b) och (i).

Skall-krav 2 innebär att anbudet måste uppfylla samtliga krav i specifikationerna som finns i bilagorna till förfrågningsunderlaget för att inte förkastas. Samtliga krav som uppställs i övriga bilagor måste vara uppfyllda, dvs. inklusive de tekniska krav och andra villkor som finns angivna där. Annars saknar uppgiften att kraven i ”de övriga bilagorna” ska vara uppfyllda helt betydelse, vilket är en orimlig tolkning av skall-kravet. De ”övriga bilagorna” utgörs bl.a. av den tekniska SO-bilagan (Red Line New Safety and Signalling System – System Overview) och villkoren i utkastet till leveransavtal, vilka utgör bilagor till anbudsförfrågan. Både skall-krav 2 och skall-krav 6 anger uttryckligen att kraven i leveransavtalet, i vilken SO-bilagan ingår, måste vara uppfyllda. Om dessa krav inte uppfylls, uppfylls med andra ord inte skall-krav 2 och 6. SL har i förfrågningsunderlaget noggrant beskrivit, bl.a. i SO-bilagan, vad systemen ska klara av och hur de ska vara utformade. Detta arbete framstår som meningslöst om anbudsgivarna ändå inte skulle behöva leverera system i enlighet med beskrivningarna.

Av skall-krav 4 och de tekniska kraven enligt SO-bilagan framgår att anbudsgivarna för att uppfylla skall-kraven måste offerera ett CBTC-baserat system som utgör den senaste teknologin som är beprövad i kommersiell drift, det vill säga i drift med betalande passagerare. Ansaldo har offererat ett CBTC-baserat system som inte är beprövat i kommersiell drift. Vid tiden för anbudet var inget av de angivna referensprojekten relevanta eftersom de inte utgör projekt med Ansaldo's CBTC-system i kommersiell drift.

Ingen av dessa linjer är ännu i kommersiell drift, bortsett från linje 3 i Paris tunnelbana. Linje 3 var inte i kommersiell drift den 1 mars 2010 när anbudet lämnades utan driftsattes kommersiellt först i slutet av mars 2010. Att en tillsynsmyndighet gett tillstånd till RATP att ta systemet i drift har ingen betydelse för frågan om CBTC-systemet de facto tagits i verklig drift vid anbudets ingivande den 1 mars 2010. RATP har självt uppgivit att så inte skett vid den tidpunkten. Alla skall-krav måste vara uppfyllda vid anbudslämnandet för att anbudet ska få utvärderas. Förfrågningsunderlaget innehåller ingen angivelse om att skall-kraven inte behöver vara uppfyllda när anbudet lämnas in. Det avgörande för frågan om anbudet uppfyller skall-kraven är de faktiska förhållandena. Det faktiska förhållandet var att Ansaldo's anbud inte uppfyllde skall-kraven avseende att CBTC-systemet skulle vara beprövat i kommersiell och verklig drift. Ett icke uppfyllt skall-krav vid tiden för anbudet kan inte läkas genom förändringar under kontraktstiden.

Det är dessutom inte Ansaldo som har levererat CBTC-systemet till linje 3 utan Ansaldo har endast levererat en komponent, spårkantskomponenten till den linjen. Ombordkomponenten, kommunikationssystemet och det automatiska tågövervakningssystemet, som tillsammans med spårkantskomponenten utgör CBTC-systemet, levererades av andra leverantörer. Att Ansaldo arbetat med att integrera två av undersystemen saknar betydelse för kravet på att CBTC-systemet som offereras ska vara beprövat i kommersiell drift. Skall-kraven innebär att det CBTC-system, i det utförande som offererats i upphandlingen, ska vara beprövat i kommersiell drift, inte bara enstaka undersystem. Vid SL:s besök i Paris måste det rimligen ha stått klart för SL att Ansaldo endast levererat spårkantskomponenten i CBTC-systemet och att systemet inte varit i kommersiell drift vid anbudstidpunkten. CBTC-systemet i Paris är inte samma system som det som Ansaldo offererat i upphandlingen. SL kan därför inte ha fått någon egen erfarenhet av det i upphandlingen aktuella systemet genom besöket i Paris.

Som Thales förstår SL:s argumentation skulle det enligt SL vara tillräckligt för att uppfylla kravet på ett beprövat system att det offererade CBTC-systemet baseras på beprövade standarder. SL:s tolkning av förfrågningsunderlaget är svårbegriplig. Det är systemen som sådana, som förvisso baseras på standarder, som är i kommersiell drift, inte standarden i sig. Vidare rör det sig om ett cirkelresonemang; CBTC-systemen är baserade på standarder, nämligen IEEE:s standarder. Det är nämligen dessa standarder som definierar vad ett CBTC-system är. SL:s påstående är en ren efterhandskonstruktion som står i strid mot vad som uttryckligen angivits i förfrågningsunderlaget. Det är enligt Thales uppenbart att SL i förfrågningsunderlaget inte har nöjt sig med ett CBTC-system som bara bygger på standarder, utan att SL krävt att systemet faktiskt ska ha visat sig fungera i kommersiell drift.

Vikten av att de offererade systemen ska vara beprövade i kommersiell, dvs. verklig drift, är ett i upphandlingen mycket centralt krav. Det kan inte råda något rimligt tvivel om att CBTC-systemet som offereras ska vara beprövat i kommersiell drift för att de aktuella skall-kraven 1, 2 och 6 ska vara uppfyllda. Ansaldos offererade CBTC-system är inte, och var inte vid tiden för anbudet, i beprövad kommersiell drift, vare sig i Paris eller på någon annan plats i världen. Därmed uppfyller inte Ansaldos anbud skallkrav 1, 2 eller 6. Ansaldos anbud skulle därför rätteligen ha förkastats av SL.

#### *Leveransavtal*

I andra hand gör Thales gällande att Ansaldos anbud inte uppfyller skallkrav 2 och 6 på grund av att Ansaldos anbud avviker från de villkor i leveransavtalet som angivits i förfrågningsunderlaget. SL har genom att acceptera väsentliga förändringar i leveransavtalet medgivit Ansaldo undantag

från nämnda skall-krav samt har ändrat förutsättningarna för upphandlingen i strid med likabehandlingsprincipen och förutsebarhetsprincipen samt 1 kap. 24 § LUF.

Förfrågningsunderlaget omfattar ett utkast till leveransavtal. Av skall-krav 2 framgår att anbudsgivarnas anbud ska avgas på de villkor och enligt de krav som uppställts i anbudsförfrågan och de övriga bilagorna, dvs. inklusive de villkor som framgår av leveransavtalet i bilaga 4 till förfrågningsunderlaget. SL:s förfaringssätt innebär att SL medgivit Ansaldo undantag från skall-krav 2. Tilldelningen av kontraktet till Ansaldo har därmed skett på andra villkor än som erbjudits andra anbudsgivare i upphandlingen. SL har låtit Ansaldo att väsentligt ändra avtalsvillkoren i leveransavtalet i förhållande till vad som framgick av förfrågningsunderlaget. Skall-krav 2 avser att leveransen – installationen och driftsättningen – ska ske i enlighet med vad som anges i leveransavtalet. Avtalsvillkoren rörande avtalsbrott i leveransavtalet hänger intimt samman med villkoren för leveransen på så sätt att de reglerar konsekvenserna av om leveransen inte sker i enlighet med kraven. Bestämmelserna rör således i högsta grad frågor om installation och driftsättning. Vidare följer det under alla omständigheter av skall-krav 6 att anbudsgivarna ska uppfylla övriga villkor i de avtalsutkast som bilagts anbudsförfrågan.

Eftersom det rör sig om ett förhandlat förfarande är det tillåtet att förhandla om de affärsvillkor, inklusive pris, som angivits i anbudet. Det är således innehållet i anbudet som kan vara föremål för förhandlingar. Däremot är det inte tillåtet att förhandla om skall-krav och andra obligatoriska kriterier som uppställts i förfrågningsunderlaget eftersom det inte är tillåtet att förändra förutsättningarna i upphandlingen. SL har valt att göra avtalsvillkoren i leveransavtalet obligatoriska. Därmed kan det inte vara föremål för förhandling. SL har emellertid gjort just detta, dvs. förhandlat med Ansaldo om de obligatoriska villkoren för upphandlingen och SL har därvid vid

förhandlingen accepterat att i väsentlig grad ändra förutsättningarna för upphandlingen.

Thales har accepterat avtalsvillkoren i utkastet till leveransavtal utan någon som helst reservation. Att anbudsgivarna lämnade in avtalsönskemål innebär inte att anbudsgivarna inte skulle vara förpliktade att ingå leveransavtalet på de villkor som framgick av förfrågningsunderlaget. Det har dock i enlighet med anbudsförfrågan varit helt upp till SL att acceptera förslagen eller inte. Anbudsgivarna hade alltså att utgå ifrån att villkoren enligt avtalsutkastet skulle bli gällande mellan parterna. Avtalsönskemålen var rena önskemål och av ordalydelsen i punkt 8 framgår att de avsåg förslag om ”förttydligande eller en komplettering etc.” av en bestämmelse i leveransavtalet. Det anges vidare i punkten 8 att ”lämnade förslag kan, men behöver inte, komma att beaktas inom ramen för en eventuell förhandling”.

SL angav som svar på en fråga under upphandlingen att anbudsgivarna enligt SL var bundna av villkoren i avtalsutkastet och upprepade att önskemål om ändringar kunde, men behövde inte, beaktas under en eventuell förhandling. Anbudsgivarna kunde varken utgå ifrån att SL skulle genomföra en förhandling eller att SL vid förhandlingarna skulle beakta avtalsönskemålen. Anbudsgivarna hade därmed att utgå ifrån att villkoren enligt avtalsutkastet var obligatoriska och att villkoren skulle kunna bli gällande mellan parterna om anbudsgivaren tilldelades kontraktet. Thales har svårt att se att utkastet till leveransavtal och underhållsavtal kunde vara annat än utkast under upphandlingen eftersom kompletteringar med adressuppgifter m.m. skulle ske (vilket anges i avtalsutkastet). Att avtalsutkastet benämns utkast ger alltså ingen som helst indikation på att villkoren skulle bli föremål för förhandling eller att de inte var obligatoriska.

Villkoren i leveransavtalet som Ansaldos anbud baserats på och som accepterats av SL har ändrats i väsentlig omfattning jämfört med villkoren i utkastet till leveransavtal som ingår i förfrågningsunderlaget. Avtalsvillko-

ren har i stora delar förändrats och därmed har förutsättningarna för upphandlingen förändrats på ett väsentligt sätt i förhållande till de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget. Då leveransavtalet som offererats av Ansaldo inte överensstämmer med de villkor för upphandlingen som framgår av förfrågningsunderlaget, och som anbudsgivarna har varit skyldiga att acceptera för att uppfylla samtliga skall-krav, har SL varit skyldigt att förkasta Ansaldos anbud. Ändringen av skall-kravet innebär att Ansaldos anbud har särbehandlats. Detta strider mot LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och förutsebarhet. Det är också uppenbart att ändringarna är väsentliga. En mycket stor mängd avtalsbestämmelser har ändrats och de innefattar väsentliga förändringar i villkoren avseende påföljder för dröjsmål med mera. Sådana ändringar är uppenbart av väsentlig betydelse.

Om det skulle vara så att varken de tekniska kraven i SO-bilagan eller villkoren i leveransavtalet måste uppfyllas av anbudsgivarna, är förfrågningsunderlaget synnerligen otydligt utformat. Detta strider mot transparensprincipen och 1 kap. 24 § LUF. Thales menar dock att förfrågningsunderlaget inte är otydligt. Det anges uttryckligen i skall-kraven att dessa krav måste vara uppfyllda.

Då Ansaldos anbud inte uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen ska det förkastas. Genom att tilldela Ansaldo upphandlingskontraktet har SL handlat i strid mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF, att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt. Att medge undantag från skall-krav för en anbudsgivare, Ansaldo, men inte för en annan, Thales, innebär naturligtvis att Thales lider skada. Thales har enligt SL:s utvärdering ingett det, näst efter Ansaldos anbud, bästa anbudet i upphandlingen. Om Ansaldos anbud förkastats hade Thales således tilldelats upphandlingskontraktet. - I detta mål kan inte prövas huruvida Thales anbud



uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen då SL vid utvärderingen av anbudet funnit att Thales anbud uppfyllt samtliga dessa krav.

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

*Skall-kraven*

Av avsnitt 6.8 *Uppfyllande av krav* framgår att skall-kraven i upphandlingen återfinns i anbudsförfrågan samt i bilaga 1 (systemkravspecifikation) och bilaga 2 (projektkravspecifikation) till anbudsförfrågan (det kan noteras att bilaga 1 och bilaga 2 till anbudsförfrågan återkommer som bilaga 4.1A och 4.1B till avtalsutkastet). Utanför dessa tre dokument finns inga ytterligare skall-krav, däremot förekommer det att skall-krav från nämnda dokument nämns även på andra platser i förfrågningsunderlaget. Skall-kraven i anbudsförfrågan karaktäriseras av att de är märkta med fet stil och numrerade. Skall-kraven i bilaga 1 och 2 är också benämnda på särskilt sätt (SRS.F.xxxx, SRS.C.xxx och SRS.PRO.xxx) Samtliga skall-krav i upphandlingen har således markerats särskilt och numrerats. På detta sätt har SL säkerställt att det i förfrågningsunderlaget tydligt framgår när orden skall och shall i texten syftar på skall-krav i upphandlingsrättslig mening. Skall-kraven har dessutom utpekats i två formulär, ett för de krav som framgår av anbudsförfrågan och ett för de krav som framgår av bilaga 1 och bilaga 2, vilka anbudsgivarna ombetts fylla i och lämna in som en del av anbudet.

Skall-krav 2 innebär att installation och driftsättning av NSS ska ske i enlighet med skall-kraven i upphandlingen. Syftet med formuleringen är endast att fånga in de särskilt angivna och preciserade absoluta kraven även för det fall att de skulle upprepas i de övriga bilagorna i förfrågningsunderlaget. Skall-krav 4 innebär att den tekniska lösning som en anbudsgivare offererar ska vara modern och anpassningsbar samt baseras på beprövad teknik och öppna standarder. Syftet med skall-kravet är att förmå leveran-

törerna att erbjuda en produkt som motsvarar SL:s behov. Skall-krav 2 och 4 medför däremot inte att ej särskilt angivna, numrerade och med fet stil markerade skall och shall skulle förvandlas till skarpa skall-krav i upphandlingsrättslig mening.

Det anges tydligt och villkorslöst i det vinnande anbudet att skall-kraven 1, 2, 4 och 6 är uppfyllda. Det har inte heller under upphandlingen förekommit någonting som skulle tyda på att kraven är annat än uppfyllda. Ansaldo har respekterat de strategiska principer som SL lagt fast i upphandlingen. Det kan också noteras att de uppställda strategiska principerna är oförändrade i det avtal som förhandlats fram mellan SL och Ansaldo jämfört med det avtalsutkast som var del av upphandlingens förfrågningsunderlag. Såvitt avser de strategiska principerna som Thales hänvisar till, punkterna 2.2.1 (b) och (i), är Ansaldo offererade NSSS (nytt signalsäkerhetssystem/new safety and signalling system) både ”based on modern and well proven and reliable solutions and technology” och ”tried and tested in real-life operations”. Varken beställarna av referensleveranserna eller SL skulle köpa ett signalsäkerhetssystem från Ansaldo om detta inte var baserat på modern, beprövad och pålitlig teknologi samt testat i verklig drift.

Ansaldo uppfyller även kravet på att det nya signalsäkerhetssystemet NSSS kommer att ”installeras och driftsättas” på angivet sätt. Även om kravet är framåtblickande, eftersom det i dagsläget inte går att säga att installationen och driftsättningen av NSSS kommer att ske friktionsfritt, så kan SL konstatera att Ansaldo uppfyller kravet genom vad bolaget angett i sitt anbud och att det inte förekommit någonting i upphandlingen som skulle tyda på att kravet är annat än uppfyllt. Det kan även noteras att för det fall att installation och driftsättning under kontraktstiden inte skulle förlöpa i enlighet med de krav som uppställts i upphandlingen, kommer SL att hålla Ansaldo kontraktsrättsligt ansvarigt. Ansaldo åtagande ska ses mot bakgrund av de önskemål om justeringar av avtalsutkastet som Ansaldo

lämnat in med anbudet. De ovillkorliga regleringar som finns (och tydligt angivits) i avtalsutkastet har accepterats av Ansaldo fullt ut.

*Tekniska krav*

Den s.k. SO-bilagan innehåller inte skall-krav utöver vad som angivits i anbudsförfrågan samt i bilaga 1 och 2 till anbudsförfrågan. Det förhållandet att formuleringen av villkor i avtalsutkastet och dess bilagor (bl.a. SO-bilagan) innehåller ordet shall beror på att detta är en nödvändighet i ett avtalsutkast. Det hör således till ett avtals natur att villkor i detta formuleras såsom "skall-krav". Detta medför emellertid inte att alla villkor i avtalsutkastet med bilagor utgör skall-krav som anbudsgivarna måste acceptera för att deras respektive anbud ska utvärderas.

Thales har, liksom övriga anbudsgivare, vid utformningen av sitt anbud utgått från den, med stöd av förfrågningsunderlaget, korrekta uppfattningen att det som anges i de övriga bilagorna dvs. de andra bilagorna än bilaga 1 och 2 till anbudsförfrågan, inte utgör skall-krav i upphandlingen. Den omständigheten att Thales, liksom andra anbudsgivare, reserverat sig mot vissa inte absoluta krav i "de övriga bilagorna" har inte heller inneburit att anbuden förkastats. Om däremot de övriga bilagorna skulle anses ge uttryck för skarpa skall-krav varje gång ordet shall eller skall förekommer i texten, så måste Thales anbud förkastas på grund av icke-uppfyllelse på ett flertal punkter. Ingen av anbudsgivarna, inklusive Thales, som deltagit i upphandlingen har uppfattat de övriga bilagorna som innefattande skall-krav.

För det fall de övriga bilagorna, inklusive SO-bilagan, får anses ge uttryck för skall-krav i upphandlingsrättslig mening, får SL framhålla att kravet som anges i SO.190 är att det är "the core technology" som ska vara "proven in revenue service". Den underliggande teknologi som den vinnande anbudsgivarens system är byggt på uppfyller tillämpliga standarder och är

väl beprövad. Alltså bygger Ansaldo's offererade signalsäkerhetssystem på "core technology" som är "proven in revenue service". Något krav på att varje enskild anbudsgivare självständigt ska ha tagit den underliggande teknologin i kommersiell drift finns inte. Det är den bakomliggande teknologin som ska vara beprövad i kommersiell drift. Detta innebär att anbudsgivares signalsäkerhetssystem ska vara baserat på teknologi som ligger till grund för signalsäkerhetssystem i kommersiell drift. Det uppställs inte heller något krav på signalsäkerhetssystemet som sådant utan enbart ett krav på att radioinfrastrukturen ska vara beprövad. Syftet med detta krav, om det hade uppställts, hade rimligen varit att utesluta experimentella signalsäkerhetslösningar som endast finns i utvecklingskedet.

Även om Thales tolkning, att just det signalsäkerhetssystem som en anbudsgivare offererat i upphandlingen ska ha varit beprövat i kommersiell drift gäller, uppfyller Ansaldo också ett sådant krav. Ansaldo har t.ex. levererat i upphandlingen offererad teknologi till SL:s motsvarighet i Paris RATP inom ramen för det så kallade OURAGAN-projektet. Ansaldo är visserligen en av flera upphandlade leverantörer inom projektet men Ansaldo är den leverantör som levererat relevant system till linje 3 och har haft ansvaret för att integrera de ingående komponenterna till en helhet. SL har genomfört besök hos RATP och har således egen erfarenhet av att aktuellt signalsäkerhetssystem är både fungerande och i kommersiell drift.

Thales påstående om att det varit ett krav att signalsäkerhetssystemet skulle ha varit i kommersiell drift vid anbudslämmandet saknar stöd i förfrågningsunderlaget och är både ogrundat och orimligt. Inte någonstans i förfrågningsunderlaget anges att aktuellt skall-krav skulle behöva vara visat redan vid anbudslämmandet. Om det ska anses vara ett krav i upphandlingen att just det signalsäkerhetssystem som en anbudsgivare offererat i upphandlingen ska ha varit beprövat i kommersiell drift redan vid anbudslämmandet uppfyller Ansaldo också ett sådant krav. Detta eftersom Ansaldo i

upphandlingen redovisat att man har levererat alla de olika komponenter och plattformar som kan utgöra del av ett CBTC-system till en rad olika platser i världen. De redovisade komponenterna och plattformarna var alla tagna i kommersiell drift innan anbudet lämnades in. För övrigt var också det aktuella signalsäkerhetssystemet som införskaffades av RATP godkänt för kommersiell drift redan i januari 2010.

#### *Leveransavtal*

Upphandlingen är av så komplex och omfattande karaktär att det för samtliga deltagare varit självklart att förhandling skulle komma att ske avseende både avtalsvillkor och priser samt att utkastet till leveransavtal och underhållsavtal med bilagor varit just utkast. SL har aldrig i en upphandling av aktuell komplexitet och omfattning ställt som krav att ett utkast till leveransavtal ska gälla som skall-krav. En sådan ordning skulle innebära att det inte finns något förhandlingsutrymme i upphandlingen och syftet med valet av förhandlat förfarande skulle inte uppnås. Det har varit en tydlig och klar förutsättning genom hela upphandlingen att avtalsvillkoren i utkastet till leveransavtal – med undantag för vissa i anbudsfrågan specifikt utpekade villkor – kunde komma att förhandlas. Av punkten 8 i anbudsfrågan framgår att leverantörer uppmanades att inlämna avtalsönskemål i sitt anbud. I punkten 6.2 i anbudsfrågan anges att SL förbehållit sig rätten att föra förhandlingar. Vidare anges att en förhandling kan omfatta alla affärsvillkor, inklusive pris. Resultatet av förhandlingarna formaliseras genom leveransavtalet, vilket gör att detta förändras. I frågor och svar har det tydliggjorts att anbudsgivare inte riskerar att bli utesluten på grund av att denne gjort kommentarer eller föreslagit ändringar i avtalsutkastet. Det anges att detta endast innebär att det kan bli svårare att komma överens vid en eventuell förhandling.

Thales, liksom övriga anbudsgivare, har varit väl införstådd med att utkastet till leveransavtal som bifogats anbudsfrågan varit ett förhandlings-

bart avtalsutkast. Den omständigheten att den vinnande anbudsgivaren, liksom övriga anbudsgivare, inte accepterat utkastet till leveransavtal i alla delar såsom slutligt avtal, innebär således inte att dennes anbud ska förkastas i upphandlingen. Under upphandlingsprocessen har samtliga anbudsgivare, i enlighet med de förutsättningar som anges i anbudsförfrågan, begärt omfattande justeringar av avtalsutkastet. Anbudsgivarnas agerande i upphandlingen i aktuellt hänseende styrker således att dessa samstämmtigt uppfattat avtalsutkastet som just ett utkast. Detta är också branschpraxis vid upphandlingar med denna komplexitet och omfattning med en uteslutande multinationell leverantörskrets.

För att ytterligare understryka det förhållandet att Thales varit väl införstått med att avtalsutkastet kunde komma att förhandlas, och därmed ändras, kan nämnas att representanter från Thales, tillsammans med sitt ombud, vid möte med SL den 30 augusti 2010, haft en inledande avtalsförhandling med SL där Thales avtalsönskemål diskuterades. SL:s och Thales ombud diskuterade vid ett samtal den 14 september 2010 de förhandlingar som förts. Vid förhandlingsmötet och samtalet stod det klart att Thales inte avsåg att acceptera samtliga SL:s avtalsvillkor utan att detta skulle få effekt på det offererade priset och att båda parter ansåg att ett färdigställande av ett slutligt avtal skulle kräva ytterligare förhandlingar.

Thales är en av de anbudsgivare i upphandlingen som begärt flest justeringar av avtalsutkastet. Det framgår således av Thales eget handlande att bolaget inte ansett att samtliga bestämmelser i avtalsutkastet med tillhörande dokument (bl.a. den så kallade SO-bilagan) var skall-krav i upphandlingen. Thales egna ändringar är betydligt mer ingripande än de som lämnats av Ansaldo. SL anser dock att både Ansaldo och Thales uppfyller samtliga skall-krav. För det fall att förfrågningsunderlaget skulle kunna ges den tolkning som Thales företräder brister Thales anbud i skall-kravs-uppfyllnad. En konsekvens därav är att det saknas möjlighet till rättelse av

upphandlingen. Det alternativ som återstår i ett sådant scenario är att avbryta upphandlingen.

Det besked som SL givit, att alla förändringar i avtalsutkastet inte behöver accepteras, innebär endast att SL av naturliga skäl önskar förbehålla sig rätten att inte ingå kontrakt på villkor som inte är acceptabla för SL av affärsmässiga eller andra skäl. SL har haft grundad anledning att, just på grund av att SL givit anbudsgivarna mycket stor frihet att offerera egna avtalslösningar, skapa ett visst utrymme att inte förhandla kring. SL har genomfört förhandlingar med samtliga anbudsgivare. Endast förhandlingarna med Ansaldo har av naturliga skäl formaliserats i ett kontrakt. De ändringar av avtalsvillkor i det ursprungliga avtalsutkastet som skett har inte avsett i upphandlingen uppställda skall-krav och kan inte av det skälet, eller något annat skäl, anses utgöra väsentliga ändringar.

För det fall regleringar i avtalsutkastet anses utgöra skall-krav, är dock uteslutet att de klausuler rörande bl.a. avtalsbrott som Thales pekar på skulle röra installation och driftsättning på sätt som anges i skall-krav 2 i anbudsfrågan. Om alla kontraktsvillkor i avtalsutkastet (och bl.a. SO-bilagan som tillhör detta) skulle utgöra skall-krav i upphandlingen, vore situationen sådan att ingen anbudsgivare förstätt förfrågningsunderlaget, utan i strid med detta lämnat in anbud som alla innehöll otillåtna reservationer i förhållande till avtalsutkastet och som följaktligen skulle förkastas såsom orena anbud. Förfrågningsunderlaget har dock varit tydligt utformat. Det har framgått vad SL skulle beakta i skall-kravsprövningen och att avtalsutkastet varit just ett utkast. Det har varit uppenbart att SL avsett att förhandla med anbudsgivarna och att anbudsgivarna inte kunnat annat än förvänta sig att förhandling skulle komma att ske. Thales har under hela upphandlingen agerat i enlighet med denna förutsättning. Avtalsvillkoren i avtalsutkastet har förhandlats i enlighet med vad deltagarna kunnat förvän-

ta sig skulle komma att ske, vilket lett till att ändringar gjorts i avtalstexten. Några väsentliga ändringar har emellertid inte gjorts.

Parternas skriftväxling i målet har varit omfattande.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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 4 kap. LUF finns bestämmelser om upphandlingsförfaranden. Enligt 4 kap. 1 § ska öppet, selektivt eller förhandlat förfarande användas.

Med förhandlat förfarande avses enligt 2 kap. 9 § LUF ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Enligt 16 kap. 2 § LUF, i tillämplig lydelse, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

### **Utredningen i målet.**

#### Anbudsförfrågan Omsignallering av Stockholms tunnelbana

Av avsnitt 2.4 Grundläggande målsättningar med upphandlingen framgår följande. Beställaren har lagt fast vissa grundläggande målsättningar (strategiska principer) som **skall** [1] uppfyllas genom upphandlingen. Dessa anges i bilagda avtalsutkast.

Av avsnittet 3.4 Upphandlingens omfattning framgår bl.a. följande. Leverantören **skall** [2] installera och driftsätta NSSS för röda linjen i enlighet



med kravspecifikationerna i bilaga 1 och 2 samt de krav som ställs i anbudsfrågan och de övriga bilagorna.

Av avsnittet 3.4.2 Tekniskt system framgår bl.a. följande. Leverantören **skall** [4] lämna anbud på en modern och anpassningsbar teknisk lösning av säkerhetssystemen som baseras på beprövad teknik och öppna standarder för komponenter på alla nivåer i NSSS.

Leverantören **skall** [5] i anbudet offerera Beställaren NSSS som ett ”nyckelfärdigt” system i vilket leverantören **skall** [6] åta sig att designa, leverera, installera, testa, integrera och ge support för NSSS samt uppfylla övriga villkor i de avtalsutkast som bilagts denna anbudsfrågan.

Av avsnitt 6.2 Förhandling framgår bl.a. följande. Om beställaren väljer att utnyttja sin rätt att föra förhandlingar, dvs. inte begränsar sig till att ställa kontrollfrågor till leverantören, kommer detta, beroende på bl.a. antalet inkomna anbud, att ske med den, eller ett begränsat antal av de, leverantörer vars anbud efter en preliminär bedömning framstår som ekonomiskt mest fördelaktigt/-a. En förhandling enligt ovan kan omfatta alla affärsvillkor, inklusive pris.

Av avsnitt 6.8 Uppfyllande av krav framgår bl.a. följande. Leverantören ombeds att noggrant kontrollera att all information som beställaren begär i förfrågningsunderlaget har skickats med anbudet. Notera att endast leverantörer som anger i anbudsformulären att deras anbud uppfyller alla skallkrav i anbudsfrågan samt i bilaga 1 och 2, kommer att utvärderas. Observera dock att beställaren förbehåller sig rätten att tolka ett av leverantören angett uppfyllt skallkrav såsom icke uppfyllt. Skallkrav i anbudsfrågan karaktäriseras av att de är märkta i fet stil, ”**skall**”.

Av avsnitt 8 Allmänna avtalsvillkor för upphandlingen m.m. framgår bl.a. följande. De bifogade avtalsutkast, bilaga 4 och 5, anger de kommersiella villkor som avses ligga till grund för avtalsrelationen mellan parterna. Om leverantören vill föreslå ett förtydligande eller en komplettering etc. av en bestämmelse i bifogade avtalsutkast **skall** [91] leverantören redovisa sådana förslag i en separat handling, rubricerad ”Leverantörens avtalsönskemål”. Lämnade förslag kan, men behöver inte, komma att beaktas inom ramen för en eventuell förhandling. De slutliga avtalen (”upphandlingskontrakten”) kommer att kompletteras med priser, kontaktpersoner, adressuppgifter och annat som föranleds av leverantörens anbud.

#### Övriga handlingar i upphandlingen

Av avsnitt 3.2.1 i Red Line New Safety and Signalling System – System Overview (SO-bilagan) framgår bl.a. följande.

ID: SO.190 The core technology to be utilised shall be a CBTC-based ATC system and shall be the latest technology proven in revenue service for this type of system.

Av avsnitt 2.2.1 Strategic Principles for the Delivery i System Delivery Agreement (leveransavtalet) framgår bl.a. följande.

(b) The NSSS shall be of a high quality, well suited for SL` s needs and adapted to SL` s requirements and the prevailing conditions in the Metro. It shall be based on modern and well proven and reliable solutions and technology, governed by international standards and best practice, without “teething troubles”, known errors or disruptive faults. The Supplier shall reduce bespoke solutions to a minimum.

(i) The NSSS shall, together with the subsystems included, form an integral train control system with subsystems tried and tested in real-life operations and interfaces between subsystems.

I svar på fråga från leverantör svarade SL den 28 september 2009 följande. Leverantören ska ange huruvida han accepterar det bifogade avtalsutkastet i sin helhet eller ej genom att ange svaret i svarsfältet nedan. Om ni ej accepterar avtalsutkastet ska ett förtydligande eller komplettering etc. av en bestämmelse i avtalsutkastet redovisas i en separat handling, rubricerad ”leverantörens avtalsönskemål”. Ett eventuellt förtydligande eller en komplettering etc. av en bestämmelse i avtalsutkastet ska redovisas i en separat handling, rubricerad ”leverantörens avtalsönskemål”. Leverantören är ej bunden till avtalsutkastet om han ej accepterar det utan har egna föreslagna ändringar till avtalsutkastet. En leverantör blir ej exkluderad på grund av att det finns kommentarer eller någon ändring av avtalsutkastet. Det innebär endast att det kan bli svårare att komma överens vid en eventuell förhandling.

#### **Förvaltningsrättens bedömning**

Thales har i första hand gjort gällande att Ansaldo inte uppfyller de tekniska kraven på att det offererade CBTC-systemet ska vara beprövat i kommersiell drift, dvs. i verklig drift med betalande passagerare. Enligt Thales är detta ett skall-krav och då Ansaldos anbud inte uppfyller detta krav skulle det rätteligen ha förkastats. SL har invänt dels att det inte är fråga om ett skall-krav i upphandlingsrättslig mening, dels att Ansaldos anbud i vart fall uppfyller ett sådant krav.

Förvaltningsrätten har således inledningsvis att ta ställning till om det är ett upphandlingsrättsligt skall-krav att det offererade CBTC-systemet ska vara beprövat i kommersiell drift. I anbudsförfrågan, avsnitt 6.8, anges att det endast är anbud som uppfyller alla skall-krav i anbudsförfrågan och i bilaga 1 och 2 som kommer att gå vidare till utvärderingen. Upphandlingens skall-krav är särskilt markerade och numrerade i såväl anbudsförfrågan som bilagorna. Den aktuella SO-bilagan ingår varken i anbudsförfrågan eller i bilaga 1 och 2. Uppfyllande av SO-bilagan har inte heller angivits

särskilt som ett skall-krav i anbudsförfrågan. Av skall-krav 4 framgår inte att det offererade systemet ska vara beprövat i kommersiell drift. Skall-krav 1, 2, 4 och 6 innefattar, enligt förvaltningsrättens mening, inte något krav på att det offererade CBTC-systemet ska vara beprövat i kommersiell drift. Vid detta förhållande saknas skäl att pröva vad Thales anfört om att Ansaldo referensuppdrag inte är beprövade i kommersiell drift. Vad Thales anfört i denna del visar således inte att Ansaldo inte uppfyller aktuella skall-krav i upphandlingen.

Thales har i andra hand gjort gällande att Ansaldo inte uppfyller de obligatoriska villkoren i leveransavtalet och att SL har medgivit undantag från detta skall-krav genom att acceptera väsentliga förändringar av villkoren. Enligt Thales uppfyller Ansaldo anbud därmed inte skall-krav 2 och 6 och det skulle därför rätteligen ha förkastats av SL. SL har invänt dels att utkastet till leveransavtal inte utgör ett upphandlingsrättsligt skall-krav, dels att Ansaldo i vart fall uppfyller ett sådant krav.

Förvaltningsrätten har således även att ta ställning till om det är ett upphandlingsrättsligt skall-krav att leverantörerna ska godkänna det ursprungliga avtalsutkastet. Enligt det valda förfarandet, förhandlad upphandling, finns möjlighet för den upphandlande myndigheten att initiera förhandlingar med leverantörerna om kontraktvillkoren. En sådan förhandling kunde enligt anbudsförfrågan i denna upphandling komma att omfatta alla affärsvillkor och SL gav leverantörerna möjlighet att lämna in avtalsönskemål. I ett förtydligande klargjorde SL att en leverantör inte skulle bli utesluten på grund av att den framfört sådana önskemål, utan att det endast medförde att det kunde bli svårare att komma överens vid en eventuell förhandling. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det tydligt av anbudsförfrågan att utkastet till leveransavtalet var endast ett utkast och att samtliga affärsvillkor, utöver vissa grundläggande målsättningar (strategiska principer) som pekats ut som obligatoriska krav i anbudsförfrågan, kunde bli föremål för

förhandling. Förvaltningsrätten finner att skall-krav 2 och 6 inte innefattar något krav på att leverantören ska godkänna utkastet till leveransavtal i dess helhet. Leveransavtalet som förhandlades fram mellan SL och Ansaldo innehåller förändringar men dessa förändringar avser inte de obligatoriska, grundläggande målsättningarna för upphandlingen. Vad Thales anfört visar således inte att Ansaldo inte uppfyller aktuella skall-krav i upphandlingen.

Enligt Thales innehåller leveransavtalet, som tillkom efter förhandlingar mellan SL och Ansaldo, väsentliga förändringar i jämförelse med utkastet till avtalet, vilket Thales anser strider mot LUF. Ett förhandlat förfarande innebär att den upphandlande myndigheten förhandlar om kontraktsvillkoren med leverantörerna i syfte att få fram det bästa anbudet. Förfarandet medför således att föreslagna avtalsvillkor kan förändras efter genomförd förhandling. I anbudsförfrågan till upphandlingen anges att en förhandling kan omfatta alla affärsvillkor, inklusive pris. De genomförda förhandlingarna mellan SL och Ansaldo har omfattat affärsvillkoren i avtalsutkastet och förhandlingarna har därmed rymts inom den i anbudsförfrågan angivna ramen. Mot bakgrund härav och med hänsyn till att förhandlingarna inte har medfört några förändringar av något av upphandlingens skall-krav, finner förvaltningsrätten att ändringarna i leveransavtalet inte utgör sådana väsentliga förändringar som strider mot LUF.

Vad Thales anfört visar inte att Ansaldo inte uppfyller skall-kraven i upphandlingen. Thales har således inte visat att SL har brutit mot de grundläggande principerna eller 1 kap. 24 § LUF vid upphandlingen. SL har således haft fog för att utvärdera Ansalδος anbud i upphandlingen. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte föreligger grund för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. LUF. Thales ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Kaisa Söderberg

Rådman

Föredragande har varit Carina Nägling.



# 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 var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

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

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

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