



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-02-01
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 26101-11
 Enhet 15

SÖKANDE

Datareal AB, 556448-6081

Ombud: Advokaterna Per-Ola Bergqvist och Hampus Ek
 Foyen Advokatfirma i Sverige KB
 Box 7229
 10389 Stockholm

MOTPART

SRV Återvinning AB, 556053-7515
 Box 1173
 141 24 Huddinge

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-08-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att SRV Återvinning AB:s upphandling av
 IT-drift, D-nr 11/145, ska göras om.

Dok.Id 200078

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

BAKGRUND

SRV Återvinning AB (hädanefter SRV) har genomfört en upphandling avseende IT-drift/IT-support, D-nr 11/145, inom ramen för ett förhandlat förfarande med föregående annonsering jämlikt 4 kap. LOU. Datareal AB (hädanefter bolaget) har inte antagits som vinnande leverantör med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget har yrkat att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen i dess helhet ska göras om.

Till grund för yrkandet har bolaget anfört att SRV, dels har använt ett otillåtet upphandlingsförfarande, dels åsidosatt de grundläggande unionsrättsliga principerna om likabehandling samt förutsebarhet och transparens i 1 kap 9 § LOU, både under upphandlingsprocessen och genom utformningen av förfrågningsunderlaget.

SRV har bestritt bolagets yrkade och har som grund för bestridandet angivit att valt förfarande har öppnat upp för bästa möjlighet till konkurrensutsättning i enlighet med likabehandlingsprincipen.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har utvecklat sin talan genom att anföra i huvudsak följande. När upphandlingsförfarandet förhandlat förfarande med föregående annonsering är tillåtet framgår av 4 kap. 2 § LOU. En förutsättning för att bestämmelsen ska kunna tillämpas är dels om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg, dels för finansiella

eller intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden. Upphandlingen avser tillhandahållande av IT-drift och IT-support som tidigare "outsourcats" av SRV. Av förfrågningsunderlaget och dess bilagor framgår omfattningen av uppdraget i detalj. Det är således inte fråga om något komplext eller riskfyllt kontrakt som föranleder att förhandlat förfarande med föregående annonsering kan tillämpas. Förevarande upphandling präglas inte heller av den komplexitet som krävs för att bestämmelsen ska vara tillämplig. Fråga är inte om en komplicerad IT-tjänst i förevarande fall. Det är inte heller fråga om några omfattande nya lösningar som ska implementeras och förfrågningsunderlaget är kort, koncist och innehåller en fullständig beskrivning över de tjänster som ska tillhandahållas. SRV har på ett otillåtet sätt använt sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering istället för ett öppet eller selektivt förfarande. Den enda konsekvens som kan komma i fråga är att upphandlingen görs om då denna brist är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet.

Åsidosättande av principen om förutsebarhet och transparens och likabehandlingsprincipen

Av steg 3 under punkten 1.7 i förfrågningsunderlaget framgår vilka utvärderingskriterier som kommer att användas:

Efterfrågade priser på produkter och tjänster	50-60 %
Arbetsmetodik	15-25 %
Säkerhet	10-20 %
Tillgänglighet	5-15 %

Utformningen av utvärderingskriterierna står uppenbart i strid med principen om förutsebarhet och transparens med påföljd att SRV har fått

möjlighet att tilldela kontrakt till den leverantör de har önskat favorisera. Vad gäller kriteriet "Efterfrågade priser på produkter och tjänster" så har ett antal prisuppgifter infördrats i "Instruktioner för svar på anbudsfrågan". Inte på något ställe i förfrågningsunderlaget anges dock den inbördes betydelsen av de olika priser som anbudsgivarna lämnar. Det framgår till exempel inte hur många timmar som använts som fiktiv tidsåtgång för utvärderingen av anbudsgivarnas timpriser för t.ex. konsulttjänster. Vilka omständigheter som tillmätts betydelse vid utvärderingen "Arbetsmetodik", "Säkerhet" och "Tillgänglighet" framgår överhuvudtaget inte av förfrågningsunderlaget. Det har således varit helt obekant för anbudsgivarna hur de kunnat påverka utfallet av anbudsvärderingen vid utformningen av sina anbud. Först genom erhållandet av en sammanställning av utvärderingen har de omständigheter som tillmätts betydelse blivit kända för anbudsgivarna. Om den upphandlande myndigheten avser att tillämpa underkriterier i sin utvärdering måste detta framgå tydligt av förfrågningsunderlaget. Utvärderingskriterier utformade på detta sätt står i uppenbar strid med principen om förutsebarhet och transparens. SRV har förhandlat med två anbudsgivare vilket framkommer genom e-postkorrespondens mellan dessa parter. Dessa anbudsgivare har getts möjlighet att justera sina priser, något som står i uppenbar strid med 9 kap. 8 § LOU. Dessa anbudsgivare har därvid getts möjlighet att komplettera med helt nya prisuppgifter. Någon sådan möjlighet har inte bolaget getts. Det förhållandet att det under punkten 1.1 i förfrågningsunderlaget angivits att upphandlingen kommer att göras i successiva steg har inget med minskningen av antalet anbudsgivare under förhandlingen att göra, se 4 kap 4 § LOU. Det har heller inte framkommit annat i förfrågningsunderlaget under punkten 1.2 "Tillvägagångssätt". Förfarandet att förhandla endast med en anbudsgivare har således varit otillåtet även mot bakgrund av principen om förutsebarhet och transparens.

SRV har vidare gjort en markant ändring av omfattningen av uppdraget efter det att anbudet har kommit in. I förfrågningsunderlagets bilaga 2, anges att 22 servrar varav tre ska avvecklas men i anbudsvärderingen har beräkningarna utgått från 13 respektive 14 servrar för de olika scenarierna. Detta förändrar förutsättningarna och påverkar priset kraftigt mellan de olika anbudsgivarna. En dylik väsentlig ändring av förutsättningarna står i strid med principen om förutsebarhet och transparens. Upphandlingen bör därför göras om då bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet.

SRV har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att anföra i huvudsak följande. SRV har bjudit in till upphandling där anbudsgivaren fått presentera lösningsförslag som kan ge flera olika utvecklingsscenarier. De har varit extra tydliga med att som komplement till det utformade förfrågningsunderlaget, låta samtliga anbudsgivare få ställa sina frågor i workshop som nämns i förfrågningsunderlaget, för att på så sätt ge samtliga anbudsgivare förståelse för verksamheten och behov för att kunna lämna anpassade lösningsförslag. Då de trots detta även funnit skäl att ge respektive anbudsgivare möjlighet att presentera sina lösningsförslag, har ytterligare behov av förtydliganden för att ge möjlighet till likvärdig jämförelse av anbudet uppstått. Förfrågningsunderlaget hade inte kunnat utarbetas eller förmedlas på sådant sätt att likabehandlingsprincipen kunnat uppfyllas. Bolaget skulle snarare ha förfördelats på ett olämpligt sätt om t.ex. ett öppet förfarande valts.

Utvärderingskriterier

Den mängd konsulttimmar som används är en uppskattning i förhållande till tidigare behov. Att en mängduppskattning alls har använts är till bolagets fördel. Utvärderingskriterierna ”arbetsmetodik, säkerhet samt tillgänglighet” har viktats i enlighet med de angivningar som föreskrivits i

punkt 1.7 "Anbudsutvärdering" i förfrågningsunderlaget. Den anbudsgivare som har fått bäst värde har fått betyget 5, övriga anbud rangordnas utifrån detta perspektiv. Mindre skillnader har inte gett upphov till betygsskillnader. Bakom bedömningen för betygssättning/rangordning står den personal inom SRV med högst yrkeskompetens inom området (IT-ansvarig). Samtliga anbud har granskats på ett objektiva och likvärdigt sätt. Av "Instruktioner för svar på anbudsfrågan" framgår god redogörelse för hur utvärderingen kommer att ske eftersom utvärderingskriterierna återspeglar de svar som anbudsgivaren förväntas att ge. Endast en fråga om förtydligande kring vad dessa svar ska innehålla har inkommit från bolaget. Däremot har ingen fråga om hur svaren ska särskiljas vid utvärderingen inkommit under anbudstiden. De prisjusteringar som har skett har uppkommit som en konsekvens av förtydliganden och är inte att likställa vid prisförhandlingar. Bolaget har även begärts förtydliga sitt anbud med nya prisuppgifter i "Pris Backup". Vad gäller antalet servrar har SRV bjudit in till upphandling och är öppna för flera olika utvecklingsscenarier. Antalet servrar har inte visat sig påverka utfallet av utvärderingen. Detta har anbudsgivarna själva kunnat kontrollera effekten av genom att justera antalet i den utvärderingssammanställning, som tillsänds anbudsgivarna digitalt med samtliga formelkopplingar intakta.

DOMSKÄL

Bolaget har som förstahandsgrund för sitt yrkande att upphandlingen ska göras om gjort gällande att SRV har använt ett otillåtet upphandlingsförfarande.

Enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 och 3 LOU får ett förhandlat förfarande med föregående annonsering användas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg, samt för

finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.

Bestämmelsen i 4 kap. 2 § första stycket 2 hänför sig till situationer i vilka antingen karaktären av föremålet för upphandlingen medför att det inte går att fastställa ett pris på förhand eller också är det förenat med risker på grund av särskilda omständigheter som leder till att ett totalpris inte kan anges. Denna svårighet ska vara hänförlig till föremålet för upphandlingen, i förevarande fall, IT-drift/IT-support. Omständigheter som utgör legitima grunder för tillämpning av bestämmelsen är karaktären på den tjänst eller vara som ska upphandlas samt särskilda omständigheter som gör att en förhandsvärdering inte är möjlig. I doktrinen har som exempel lyfts fram tjänsteupphandlingar vars omfattning är okända eller sprängningsarbeten i tätbebyggda områden. En förutsättning att tillämpa bestämmelsen är att det ska vara objektivt svårt att fastställa ett pris på förhand. Att den upphandlande myndigheten saknar kompetens att skapa en realistisk prisnivå på föremålet för upphandlingen är irrelevant. Av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, lydelse av artikel 30 (1) (b) framgår att det är fråga om en undantagsbestämmelse. Enligt den engelska versionen av direktivet anges att förevarande bestämmelse är tillämplig i "exceptional cases".

Upphandlingen i förevarande mål avser IT-drift och IT-support som tidigare har varit föremål för s.k. outsourcing av SRV. Så som bolaget har anfört framgår klart och tydligt i förfrågningsunderlaget vad uppdraget omfattar. SRV har i detalj beskrivit vad som efterfrågas såvitt avser IT-drift och IT-support. Enligt förvaltningsrättens mening har därmed inte

varit fråga om något komplext eller riskfyllt kontrakt som medfört att det varit omöjligt att ange något totalpris i förväg.

Nästa fråga för domstolen att avgöra är därmed om upphandlingen kan anses vara omfatta intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden. För tillämpning av denna undantagsbestämmelse ska exempelvis vara fråga om komplicerade IT-tjänster. På det sätt SRV har utformat förfrågningsunderlaget, tämligen koncist i omfattning och med närmast fullständiga beskrivningar av de tjänster som efterfrågas, talar mot att det varit fråga om komplicerade IT-tjänster. Snarare ger förfrågningsunderlaget vid handen att det varit fråga om standardprodukter.

Förvaltningsrätten konstaterar därmed inte har funnits utrymme för SRV att tillämpa undantagsförfarandet förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § LOU. Eftersom SRV har använt sig av ett otillåtet upphandlingsförfarande och bolaget därigenom lidit skada ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång i målet finns inte skäl för domstolen att ta ställning till SRV:s eventuella brott mot 1 kap. 9 § LOU under upphandlingsprocessen samt vid utformningen av förfrågningsunderlaget.

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

Szilárd Rado
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Monica Kohn.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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

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

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

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

DV 3109/1A LOU

