

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-01-12
Meddelad i
Stockholm

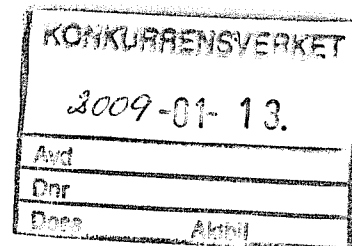
Mål nr
24969-08
Rotel 222

SÖKANDE

Moncura AB, 556377-7811
Box 22504
104 22 Stockholm

MOTPART

Brottsförebyggande Rådet
Box 1386
111 93 Stockholm



SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om åtgärder enligt LOU.

Dok.Id 393599

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

BAKGRUND

Brottsförebyggande rådet (Brå) genomför för närvarande en upphandling som avser tjänsten Informationssäkerhetsgranskning. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Annons publicerades i OPIC:s databas den 4 december 2008. Sista dag att inkomma med anbud är den 8 januari 2009.

YRKANDEN M.M.

Moncura AB har ansökt om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten ska förbjuda Brå dels att ställa krav på att metoden ska följa ISO 27004, dels att i förfrågningsunderlaget utforma kraven så snävt att i praktiken endast ett företag kan komma ifråga samt att, för det fall länsrätten bifaller yrkandena, länsrätten också beslutar att tiden som gått från dess att fråga skickats till Moncura gällande förfrågningsunderlaget till och med den dag då länsrätten publicerar sitt beslut, inte räknas in i den tid inom vilken anbud ska ha lämnats in. Moncura anför vidare följande. Brå ställer som ett skallkrav att anbudslämnaren tillämpar en metod som helt följer det regelverk som finns i ISO 27004 trots att denna standard ännu inte är beslutad. Till yttermera visso är ett svenskt företag Sveriges representant i den grupp som arbetar fram regelverket. I det fall länsrätten anser att en icke beslutad standard får utgöra skallkrav i en upphandling kommer ett prejudikat att bildas som ingen kan överblicka följderna av. Vilka konsekvenser får det för andra upphandlingar om upphandlande enheter fritt tillämpar regeln att kräva att en viss standard uppfylls oavsett den är beslutad eller inte? Frågor om hur långt i utvecklingsprocessen en viss standard måste ha kommit för att få tillämpas kommer oundvikligen att behöva behandlas av någon länsrätt i varje enskilt fall. Den strikta tillämpningen torde vara att inte tillåta icke beslutade standarder. Brå vill med sitt krav på viss metod uppnå syftet att dels kunna jämföra sig med andra myndigheter,

dels kunna avläsa hur den egna myndigheten utvecklas, d v s jämföra tidigare mätningar med senare mätningar. Dessa båda syften kan uppnås med andra metoder än den som föreskrivs i ISO 27004. Brå skapar genom sitt ytterst snäva skallkrav en situation där i praktiken endast ett företag kan lämna anbud, nämligen det företag som medverkat som svensk representant i utvecklingsprojektet. Det står visserligen andra företag fritt att också utveckla en metod som följer ISO 27004 och som hela tiden anpassas efter de förändringar som sker under utvecklingstiden, men det ställer i praktiken orimliga krav på alla de företag som arbetar med nu beslutade eller kommande ISO-standarder att, för att kunna konkurrera om upphandlingar, vara tvungna att arbeta fram metoder och arbetsverktyg för att tillämpa standarder som kanske inte beslutas förrän om 4-6 år.

Brå bestrider bifall till Moncuras ansökan och anför följande. Moncura AB har i sin skrivelse delat upp hemställan i två delar. Den första avser att länsrätten förbjuder Brå att i förfrågningsunderlaget ställa kravet på att metoden ska följa ISO 27004. Den andra går ut på att länsrätten ska förbjuda Brå att i förfrågningsunderlaget utforma kraven så snävt att i praktiken endast ett företag kan komma i fråga. Exakt vilka krav Moncura AB syftar på i detta avseende framgår, såvitt Brå förstår, inte. Inledningsvis vill Brå anföra att myndigheten inte i något avseende delar Moncura AB:s tolkning av kravspecifikationen (avsnitt 7) i förfrågningsunderlaget. Kraven är, enligt Brå:s mening, inte snäva. Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att granskningen av informationssäkerhetsnivån ska genomföras med ett kontrollinstrument som ska vara transparent och standardiserat. Vad som avses med begreppen har definierats i förfrågningsunderlaget. Vidare har angetts att Brå vill kunna jämföra sig med andra myndigheter och/eller organisationer samt att metoden för mätningen ska överensstämma med ISO 27004. Vid utformningen av kravet har Brå varit medvetet om att standarden är under utveckling. Brå har dock, i likhet med Moncura AB, uppfattat att det står samtliga företag fritt att utveckla en metod som över-

ensstämmer med standarden ISO 27004. Att det skulle föreligga en ”monopolsituation” som antyds i Moncura AB:s skrivelse känns därför inte igen av Brå. Hur stort antal leverantörer som skulle kunna tillhandahålla den annonserade tjänsten har Brå emellertid ingen uppfattning om. Genom att annonsera i den allmänt kända databasen, hoppas Brå kunna nå så många leverantörer som möjligt samt att ge dem möjlighet att lämna anbud. I förfrågningsunderlaget har Brå uppgett att myndigheten aktivt arbetar med informationssäkerhetsfrågor. Med anledning av den verksamhet som bedrivs av myndigheten är kraven på säkerhet höga. Arbetet har därför bedrivits enligt etablerade standarder. Inledningsvis enligt ISO 17799 och sedermera, i enlighet med Vervas föreskrift (VERVAFS 2007:2) om statliga myndigheters arbete med säkert elektroniskt informationsutbyte, enligt ISO 27001 och 27002. Eftersom utvecklingen på området sker snabbt är det, enligt Brå:s uppfattning, viktigt att man vid sådant arbete söker ligga ”i framkant”. Ett sätt att göra detta är att åberopa den standard i 27000-serien som avser mätning av insatser i enlighet med ISO 27001 och 27002. Mot bakgrund av ovanstående menar Brå att kravet på att metoden för mätning ska överensstämma med ISO 27004 inte är orimligt. Brå kan inte heller se att det ställda kravet skulle innebära någon särskild risk. Brå upplyste i ett svarsmejl den 17 december 2008 Moncura AB bland annat om att metoden för mätningen ska överensstämma med ISO 27004. Förhållandet att Moncura AB har uppfattat svarstiden vara lång är beklagligt. Någon möjlighet att förlänga anbudstiden på så sätt som Moncura AB har yrkat finns dock inte. Ett sådant agerande, med vilket anbudsgivare ges olika tidsfrister för att lämna anbud, vore inte förenligt med den grundläggande principen om likabehandling som gäller vid offentlig upphandling.

Moncura genmäler följande. Genom att föreskriva att metoden ska följa den ännu inte beslutade standarden ISO 27004 görs en onödig insnävning av metodvalet. Moncura vidhåller därför sitt yrkande att Brå ska förbjudas att alls kräva följsamhet till ISO 27004. Det faktum att Brå i förfrågnings-

underlaget påpekar att standarden ännu inte är beslutad gör inte kravet mer tillåtet. I förfrågningsunderlaget anges att frågor och svar ska publiceras på Brå:s hemsida så att alla anbudslämnare får samma information. Moncura har ställt två frågor. Svaret på den ena frågan har inte publicerats. Svaret på den andra frågan har publicerats, men Brå har valt att inte informera om att upphandlingen har anmälts till länsrätten för överprövning, något som andra tänkta anbudslämnare säkert skulle ha haft nytta av att känna till. Moncura är också frågande till vilken annan väsentlig information som Brå ansett att inte alla tilltänkta anbudslämnare bör känna till. De krav som Moncura anser är snävt utformade är de som gäller beskrivningen av hur mätning ska gå till, hur mätetalen ska vara utformade och i övrigt alla detaljer som pekar på att Brå vill ha en viss metod, inte en metod som uppfyller syftet att skapa jämförbarhet med andra myndigheter och med sig själv över tid. Brå hävdar att man genom annonsering på valt sätt riktar sig brett till marknaden. I avsnittet om utvärdering ger Brå extra poäng till företag som gjort motsvarande uppdrag hos någon av de 10 andra s.k. RIF-myndigheterna. Det ligger nära till hands att anta att Brå är väl medvetet om vilka andra myndigheter som utfört motsvarande studier och vilket/vilka företag de valt att göra den. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget varför studier hos just dessa myndigheter är en extra merit särskilt som informationssäkerhet är något det åligger alla myndigheter att beakta. Brå påpekar att man inledningsvis följde ISO 17799 som i sin tur är grunden för ISO 27004. Denna standard ligger till grund för den metod som Överstyrelsen för Civil Beredskap, ÖCB, utarbetade och förfinade under 1990-talet under namnet ÖCB-metoden, som en del av FA22. Metoden förädlades senare under Krisberedskapsmyndigheten under namnet BITS, basnivå för informationssäkerhet. Genom Brå:s beskrivning av den metod som ska användas blir BITS inte ett möjligt alternativ även om metoden väl fyller syftet för både jämförbarhet med andra myndigheter och med Brå självt över tid. BITS har dessutom utarbetats med offentliga sektorn som särskild målgrupp. Med ÖCB-metoden och BITS har sedan mitten på 90-

talet långt över 1000 analyser genomförts. Den risk Moncura ser är att andra myndigheter kan hänvisa till andra standarder oavsett vilken utvecklingsfas standarden befinner sig och därigenom skapa en alldeles onödig osäkerhet om hur transparent en upphandling bör vara. Snäva och mer eller mindre omöjliga krav leder ofelbart till misstanken om en riggad upphandling. Moncura anser att en fördröjning av anbudsprocessen genom en överprövning inte ska drabba dem som vill lämna anbud. Brå dröjde t ex 5 dagar med att lämna svar på Moncuras frågor och den nu pågående processen ”äter” ännu fler dagar. Moncura har ingen avsikt att skaffa sig en favör utan avsåg att alla tänkta anbudslämnare skulle få denna förlängda tidsfrist.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2008 trädde den nya LOU (2007:1091) i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna ska bestämmelserna i den äldre LOU (1992:1528) tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Den aktuella upphandlingen annonserades ut den 4 december 2008. Upphandlingen har därmed påbörjats efter ikraftträdandet och tillämplig lag är LOU (2007:1091).

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § LOU anges bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § LOU anges bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Brå har i ett förfrågningsunderlag daterat den 3 december 2008 bjudit in leverantörer att lämna anbud i enlighet med angivna förutsättningar i förfrågningsunderlaget.

I punkten 7.3 andra stycket i förfrågningsunderlaget anges att ”Metoden för mätning skall överensstämma med ISO 27004”. I en fotnot till denna punkt anges att standarden är under utveckling.

Länsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande vilket anges i 1 kap. 9 § LOU. Av principen om icke-diskriminering följer att det är förbjudet att direkt eller indirekt särbehandla leverantörer främst på grund av nationalitet. Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Alla måste till exempel få samma information och vid samma tillfälle. Principen om transparens medför främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet, att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Med proportionalitetsprincipen avses att kraven på leverantören och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs ska vara både lämpliga och rimliga för att uppnå syftet.

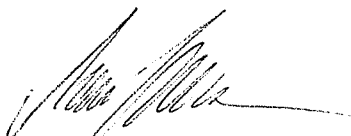
I det aktuella målet har Moncura anfört att Brå har brutit mot principen om likabehandling genom att i förfrågningsunderlaget ange att metoden för mätning ska överensstämja med ISO 27004 vilket, menar Moncura, medför att i praktiken endast ett företag kan komma ifråga för upphandlingen.

Frågan i målet är om skäl att företa yrkade åtgärder finns på grund av att Brå har brutit mot principen om likabehandling eller någon av de andra nyssnämnda principerna på sätt som medfört att Moncura lidit eller kommer att lida skada.

Länsrätten beaktar härvid följande. Det framgår av utredningen att utvecklingen inom det aktuella området går snabbt och att företag utvecklar nya verktyg och mätmetoder vilket medför att befintliga standarder blir ålderdomliga och måste utvecklas. Myndigheter eller företag som vill ha det senaste inom ett visst område kan därför inte, anser länsrätten, i en upphandlingssituation begränsas på så sätt att de inte ska kunna kräva att de företag som lämnar anbud arbetar efter de senast utvecklade metoderna, oaktat om dessa ingår i en beslutad standard eller ej. Det torde vidare vara så inom de flesta branscher att ett företag som vill konkurrera om kunder är tvungna att följa med i utvecklingen och skaffa sig spetskompetens för att på så sätt kanske kunna erbjuda lite mer än sina konkurrenter. Att Brå i förfrågningsunderlaget har angivit att metoden för mätning ska motsvara ISO 27004 får därför, mot bakgrund av ovan anförda, samt mot bakgrund av att ISO 27004 är en standard som är under utveckling och således inte är något beslutat, ses som ett krav på att företagen som lämnar anbud ska arbeta efter en metod som är likvärdig den som anges i ISO 27004. Det har inte framkommit att kännedom om det pågående utvecklingsarbetet inom standarden skulle vara förbehållen viss anbudsgivare på sådant sätt att likabehandlingsprincipen åsidosatts. Länsrätten finner således att kravet på att metoden för mätningen ska överensstämja med ISO 27004 inte strider mot principen om likabehandling eller någon annan princip och att ansökan

om åtgärder enligt LOU ska avslås. Vid sådant förhållande saknas förutsättning för länsrätten att ta upp frågan om förlängning av tiden för att lämna in anbud.

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



Allan Johansson

Rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarie Therese Mattsson.

