

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2008-03-14
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3012-08
Rotel 202

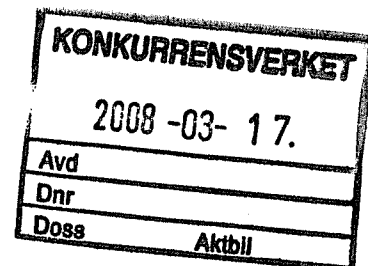
SÖKANDE

Sectra Communications AB, 556291-3300

Ombud:

Advokat Joakim Lavér och jur.kand. Olof Larsberger
Linklaters Advokatbyrå AB

Box 7833
103 98 Stockholm



MOTPART

Försvarets Materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Länsrättens interimistiska beslut från den 11 februari 2008 upphör i och med denna dom att gälla.

BAKGRUND

Försvarets Materielverk (FMV) har genomfört en förenklad upphandling ”Utveckling kryptofunktioner inkl. ramavtal”. I meddelande om tilldelningsbeslut den 1 februari 2008 anges bl.a. följande. Efter prövning av samtliga korrekt lämnade anbud, från anbudsgivare som motsvarar de krav som ställts på leverantör i enlighet med förfrågningsunderlaget, har FMV beslutat att ingå avtal med Business Security OL AB (BS). Leverantören uppfyller samtliga villkor i förfrågningsunderlaget samt har lägsta pris.

Sectra Communications AB (Sectra) har ansökt om överprövning enligt LOU och yrkat att länsrätten beslutar interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

Länsrätten har i beslut den 11 februari 2008 med stöd av 7 kap. 2 § LOU förordnat att FMV tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Sectra yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Tilldelningsbeslut i respektive upphandlingskontraktet är civilrättsligt bindande för FMV i förhållande till Sectra. FMV äger vare sig upphandlingsmässigt eller civilrättsligt rätt att frånträda tilldelningsbeslut i/upphandlingskontraktet. Av förarbetena till LOU följer att ett upphandlingskontrakt inte är ett formalavtal som kan undantas från avtalslagens bestämmelser (jfr. prop. 2001/2002:142 s. 71 ff.). Vid offentlig upphandling gäller således det allmänna avtalsrättsliga regelverket. Detta innebär att en upp-

handlande enhet är civilrättsligt bunden av ett ingånget upphandlingskontrakt även för det fall en upphandling därefter, efter en överprövningsprocess, måste rättas eller göras om. En upphandlande enhet kan dock naturligtvis undvika sådan civilrättslig bundenhet genom att i upphandlingskontraktet göra förbehåll för en eventuell överprövningsprocess.

Kammarrätten i Göteborg har i två uppmärksammade domar i mål nr. 1031-05 och 6589-05 funnit att civilrättsligt bindande avtal kommit till stånd redan genom tilldelningsbeslutet. Även Svea hovrätt (se beslut den 18 augusti i mål nr. Ö 2665-06) och Nämnden för Offentlig Upphandling, NOU, (jfr. NOU:s nyhetsbrev december 2006 s. 9 f.) har kommit till samma slutsats. I förevarande fall har FMV meddelat tilldelningsbeslut I med innebörd att beställning avseende de i upphandlingen aktuella arbetspaketen jämte ramavtal skulle tilldelas Sectra. Därtill har Sectra tillsänts upphandlingskontraktet, vilket på FMV:s uppmaning, undertecknats och returnerats till FMV. I upphandlingskontraktet görs förbehåll för en eventuell överprövningsprocess. Vare sig i tilldelningsbeslut I eller i upphandlingskontraktet har det emellertid gjorts något förbehåll för att FMV kan komma att vidta rättelse och därmed av denna anledning upphäva tilldelningsbeslut I och frångå upphandlingskontraktet. Av det sagda följer att FMV, genom tilldelningsbeslut I/upphandlingskontraktet, accepterat Sectras anbud varvid civilrättslig bundenhet för FMV uppstått i förhållande till bolaget. FMV har således inte haft rätt till den rättelse som nu vidtagits genom tilldelningsbeslut II. Såväl upphävningsbeslutet som tilldelningsbeslut II utgör således kontraktsbrott från FMV:s sida i dess avtalsrelation med Sectra. Upphandlingsrättsligt innebär detta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse sker på så sätt att FMV fullföljer dess civilrättsliga förpliktelser gentemot bolaget i enlighet med tilldelningsbeslut I/upphandlingskontraktet.

Vidare uppfyller inte BS kraven beträffande externa resurser och ska därför diskvalificeras från fortsatt deltagande i upphandlingen. Enligt punkten 3.6 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren i sitt anbud redovisa om delar av arbetet avses läggas ut på underleverantörer samt till vem. Anbudsgivare

som åberopar resurser hos underleverantörer ska faktiskt förfoga över dessa resurser hos underleverantören. Vidare anges att externa resurser ska redovisas med angivande av tillgänglighet som skriftligen garanteras och att detta bevis ska bifogas anbudet. I BS anbud anges beträffande punkten 3.6 i förfrågningsunderlaget ”uppfylles”. I bilagan ”Utveckling Kryptofunktioner – kompetensbeskrivning” till BS anbud har angivits att ”...som täcker in alla delar av kompetensen Specialist Kryptolog är en extern resurs vars tillgänglighet härmed garanteras”. BS har således åberopat externa resurser i upphandlingen. Någon skriftlig garanti utfärdad av dessa externa resurser har emellertid, enligt vad Sectra förstår, inte bifogats BS anbud. skallkravet i punkten 3.6 i förfrågningsunderlaget kan inte tolkas på annat sätt än att anbudsgivaren, för det fall delar av arbetet avses läggas ut på underentreprenör, till anbudet ska bifoga en skriftlig garanti utfärdad av den underentreprenör vars resurser åberopas. Uppenbarligen har även FMV, i vart fall initialt i upphandlingsprocessen, tolkat förevarande skallkrav på detta sätt. I utvärderingsprotokoll I anges att ”...Anbudsgivare 2. Business Security OL AB uppfyller inte samtliga krav och går inte vidare till steg 3 [utvärdering av pris; vår anmärkning]. Externa resurser med angivande av tillgänglighet skulle redovisas och skriftligen garanteras. Beviset skulle bifogas anbudet. Dessa krav uppfylles inte.” FMV:s bedömning i enlighet med utvärderingsprotokoll I är helt korrekt utifrån ställda skallkrav. Upphåvningsbeslutet är därmed felaktigt. BS uppfyller således inte alla skallkrav och ska rätteligen diskvalificeras från fortsatt deltagande i upphandlingen. Upphandlingen får på denna grund avslutas först efter det att rättelse har gjorts på så sätt att FMV inte tar BS anbud i beaktande vid utvärderingen.

BS uppfyller inte heller kraven beträffande prisangivelse och acceptans av samtliga villkor i avtalsutkastet. Av punkten 14.1 i förfrågningsunderlaget följer att samtliga klausuler i avtalsutkastet är skallkrav och måste i sin detaljerade helhet accepteras av leverantören. Enligt punkten 20 i avtalsutkastet gäller avtalet för en tid om två år med möjlighet till förlängning i

ytterligare två år. Enligt punkten 40.2 i avtalsutkastet ska offererade priser ligga fast i två år. Justering får sedan ske årligen i enlighet med SCB:s arbetskostnadsindex. Den årliga prisjusteringen beräknas efter förändringar i ovanstående index jämfört mot index för basmånad (slutligt index för oktober 2007). Motsvarande villkor återfinns i punkten 5.1.3 i förfrågningsunderlaget. Enligt punkten 5.1 i förfrågningsunderlaget ska pris anges för samtliga offererade positioner jämte eventuell option i SEK exklusive mervärdesskatt. BS har angivit ett högre optionspris än för fast pris. Därtill har olika procentpålägg gjorts beträffande de olika tjänsteprodukterna. BS har således lämnat och tillförsäkrat sig ett fast, högre pris för år tre och fyra. Detta trots att en eventuell justering av priserna (med ett högre eller lägre pris som resultat) först kan aktualiseras efter en förlängning av avtalet och då ska följa ovan angivna index med slutlig index för oktober 2007 som basindex. Förfarandet står i strid med såväl punkten 40.2 i avtalsutkastet som punkten 5.1.3 i förfrågningsunderlaget. BS har, genom att ange fasta optionspriser, uppenbarligen inte accepterat indexklausulen och uppfyller härigenom inte heller kravet i punkten 14.1 i förfrågningsunderlaget. Av detta följer att BS inte heller i detta avseende uppfyller samtliga skall-krav. BS ska även på denna grund rätteligen diskvalificeras från fortsatt deltagande i upphandlingen. Upphandlingen får således även på denna grund avslutas först efter det att rättelse har gjorts på så sätt att FMV inte tar BS anbud i beaktande vid utvärderingen. Tilläggas kan att hela syftet med en klausul om indexreglering av pris förfelas genom BS sätt att offerera priser. Att BS lämnat det lägsta priset är endast skenbart. För det fall de av Sectra offererade, fasta priserna för år ett och två vid en eventuell framtida avtalsförlängning skulle, med tillämpning av indexklausulen i punkten 40.2 i avtalsutkastet, justeras nedåt i tillräckligt stor utsträckning har bolaget de facto det lägsta priset.

FMV har genom upphävningsbeslutet och tilldelningsbeslut II begått avtalsbrott i förhållande till Sectra. Det framgår även att BS anbud slutligen

antagits trots att samtliga skall-krav inte uppfyllts. För det fall att BS anbud förkastas är Sectras anbud ensamt kvar i upphandlingen. Det är uppenbart att Sectra lidit skada av FMV:s agerande eller att bolaget i vart fall riskerar att lida skada härigenom.

FMV bestrider samtliga framställda yrkanden och yrkar för egen del att länsrättens interimistiska beslut av den 11 februari 2008 upphävs. Till stöd för sin inställning anför FMV bl.a. följande.

FMV har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Därmed har Sectra inte lidit och kan inte heller komma att lida skada till följd av FMV:s agerande under upphandlingen. Det föreligger inget civilrättsligt bindande avtal mellan FMV och Sectra till följd av tilldelningsbeslut eller upphandlingskontrakt. FMV har redan i förfrågningsunderlaget (punkten 16 – Villkor för avtalets giltighet) och därefter i upphandlingskontraktet (punkten 1 – Villkor för avtalets giltighet) klargjort att ett giltigt avtal föreligger först när villkoren enligt 7 kap. 1 § LOU är uppfyllda. Sectra vitsordar att FMV gjort ett sådant förbehåll för överprövning. Förbehållet innebär att det under nuvarande omständigheter inte finns något civilrättsligt bindande upphandlingskontrakt mellan FMV och Sectra. Till stöd för sin talan har Sectra åberopat avgöranden från Kammarrätten i Göteborg och Svea hovrätt samt ett yttrande från NOU. De åberopade avgöranden från Kammarrätten i Göteborg behandlar främst tilldelningsbeslutets betydelse i förhållande till anbudets giltighetstid. Svea hovrätts avgörande behandlar tilldelningsbeslutets betydelse i ett fall där den upphandlande myndigheten, såvitt FMV förstår, varken i förfrågningsunderlaget eller i upphandlingskontraktet gjort ett tydligt förbehåll för upphandlingskontraktets giltighet och där den upphandlande myndigheten i ett senare skede själv undertecknar upphandlingskontraktet och översänder det till leverantören för påskrift. I nu aktuellt fall har FMV gjort ett tydligt förbehåll för upphandlingskontraktets giltighet som återfinns både i förfrågningsunderlaget och i upphandlingskontraktet.

Sakförhållandena i de av bolaget åberopade avgörandena skiljer sig markant från omständigheterna i förevarande fall och kan därför inte tillmätas betydelse. I yttrandet från NOU påtalas vikten av att i förfrågningsunderlaget knyta den civilrättsliga avtalsbundenheten till ett giltigt upphandlingskontrakt – vilket är precis vad FMV gjort genom förhållandet för avtalets giltighet. Bolaget gör gällande att den civilrättsliga avtalsbundenheten uppkommer till följd av att FMV inte i tilldelningsbeslutet eller i upphandlingskontraktet har gjort förbehåll för att kunna vidta rättelse av tilldelningsbeslutet. FMV gör i detta sammanhang gällande att det inte finns något formellt hinder för FMV att vidta rättelse eller omprövning av ett tilldelningsbeslut om saklig grund föreligger. Något lagligt krav på att i förväg förbehålla sig en sådan rätt finns inte. Ur ett processekonomiskt perspektiv torde det till och med vara önskvärt att en upphandlande myndighet vidtar rättelse eller omprövning av felaktiga tilldelningsbeslut. Att det inte föreligger något formellt hinder för en upphandlande myndighet att vidta rättelser eller ompröva ett tilldelningsbeslut framgår av Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 621-06. Uppfattningen vinner även stöd i ett yttrande från NOU den 9 december 2003 i Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 2831-03.

Vidare uppfyller BS samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav beträffande externa resurser. Syftet med ifrågavarande krav har varit att säkerställa att externa resurser är tillgängliga i den omfattning som behövs för att fullgöra uppdraget. Kravet anger endast att tillgängligheten ska garanteras. Av kravet framgår inte, såsom bolaget påstår, att det är den externa resursen själv som ska garantera sin tillgänglighet. BS har, i egenskap av anbudsgivare och huvudleverantör och som sådan ansvarig för sina underleverantörers åtaganden såsom för sitt eget, skriftligen i anbudet garanterat den externa resursens tillgänglighet. Mot bakgrund härav har FMV, vid den fördjupade granskningen av BS anbud som ledde till

rättelsen av tilldelningsbeslutet, ansett att den av BS lämnade garantin varit ett tillräckligt bevis samt att BS därmed uppfyllt kravet.

BS uppfyller även såväl kraven avseende kontraktsform som övriga villkor i det avtalsutkast som ingår i FMV:s anbudsinfordran. Sectra gör gällande att, såvitt FMV förstår, BS genom att offerera fasta optionspriser varken har uppfyllt kraven avseende kontraktsform eller samtliga övriga villkor i avtalsutkastet. Kravet i punkten 5.1.3 och punkten 40.2 i förfrågningsunderlaget är angivet så att offererade timpriser ska vara fasta i två år och att justering av priserna därefter får ske årligen. BS har i enlighet med lydelsen i förfrågningsunderlaget offererat fasta timpriser och vid prissättningen valt att ange ett högre pris för att täcka in eventuella kostnadsökningar. BS har därefter i punkten 5.1.3 i sitt anbud accepterat att priserna får justeras i enlighet med angivet index. BS har härigenom uppfyllt FMV:s krav i denna del.

Sectra genmäler bl.a. följande. Vad gäller civilrättslig avtalsbundenhet har FMV anfört att sakförhållandena i de av Sectra åberopade avgörandena skiljer sig markant från omständigheterna i förvarande fall och därför inte kan tillmätas betydelse. Oavsett om sakförhållandena skiljer sig från varandra framgår det klart av de avgöranden som Sectra har åberopat att ett giltigt avtal ingås mellan upphandlaren och anbudsgivaren när anbudsgivaren får meddelande om tilldelningsbeslut, förutsatt att anbudsgivaren är bunden av sitt anbud. Sectra var bunden av sitt anbud vid tilldelningsbeslut I. Den princip som kan utläsas ur dessa avgöranden är därför högst relevant som utgångspunkt i målet. FMV:s förbehåll om avtalets giltighet är inte tillräcklig för att undgå civilrättslig bundenhet. FMV har anfört att det inte finns något formellt hinder för en upphandlande myndighet att vidta rättelse eller ompröva ett tilldelningsbeslut om saklig grund föreligger. Till stöd för sin uppfattning har FMV åberopat ett kammarrättsavgörande samt ett yttrande från NOU i ett annat kammarrättsavgörande. Utgångspunkten i

nämnda avgöranden har, såvitt Sectra kan bedöma, varit att det inte förelåg något civilrättsligt bindande avtal vid tidpunkten för rättelsen. Avgörandena ger därför föga ledning för bedömningen av vilka förutsättningar som gäller för att en rättelse eller omprövning ska vara tillåten efter den tidpunkt då ett civilrättsligt bindande avtal har uppstått mellan upphandlare och anbudsgivare.

Även om en sådan rättelse eller omprövning skulle vara tillåten trots ett befintligt och bindande civilrättsligt avtal, eller om rätten finner att det inte föreligger något civilrättsligt bindande avtal mellan FMV och Sectra, krävs enligt de avgöranden som Sectra åberopat saklig grund för rättelse eller omprövning av ett tilldelningsbeslut ska vara tillåtet. FMV har inte anfört någon saklig grund för sin rättelse. Såvitt framkommit har FMV endast, med samma beslutsunderlag som inför tilldelningsbeslut I, ändrat uppfattning i fråga om att BS uppfyller kravet i förfrågningsunderlaget om bevis på att åberopad extern resurs är tillgänglig. Sectra ifrågasätter om kravet på saklig grund kan vara uppfyllt genom att upphandlaren, utan påvisbara skäl, ändrar sin bedömning. I vart fall kan kravet på saklig grund inte anses vara uppfyllt när upphandlaren frångår en korrekt bedömning och i stället gör en felaktig bedömning då BS inte uppfyller kravet på bevis om tillgänglighet av externa resurser. FMV har anfört att kravet endast anger att tillgängligheten ska garanteras. FMV har under upphandlingsprocessens gång tydligen ändrat sin uppfattning i denna del. BS garanti utgörs endast av ett påstående om att de externa resurserna är tillgängliga. Detta kan inte anses vara tillräckligt för att leva upp till skall-kravet i punkten 3.6 stycket två i förfrågningsunderlaget, där det särskilt nämns att "bevis ska bifogas anbudet". Tillgängligheten ska således enligt förfrågningsunderlaget inte bara garanteras utan även styrkas med någon form av bevis. Frågan om tillgängligheten ska bevisas genom garanti från den externa resursen eller på annat sätt är därvid av underordnad betydelse. Ett påstående från anbudsgivaren är i vart fall inte tillräckligt. Kravet på bevisning följer inte

bara av förfrågningsunderlaget utan även av EG-rätten, t.ex. EG-domstolens dom i mål C-176/98 Holst Italia Spa mot Comune di Cagliari.

Vad gäller angivelse av priser och acceptering av avtalsutkast har FMV under hänvisning till att förfrågningsunderlaget anger att justering av priserna får ske anført att BS uppfyller kraven eftersom bolaget, utöver att ha angett högre fasta optionspriser, även angett att de accepterar att priserna får justeras i enlighet med angivet index. Logiken i FMV:s resonemang i denna del är svårbegriplig. Vad FMV synes mena är att förfrågningsunderlaget ger utrymme för en valfrihet mellan å ena sidan prisjustering enligt i anbud angivna fasta optionspriser och å andra sidan prisjustering enligt den indexreglering som anges i förfrågningsunderlaget. Sectra anser inte att förfrågningsunderlaget ger utrymme för en sådan valfrihet. Vidare är det, men en sådan valfrihet som utgångspunkt, oklart om det är de i anbudet angivna lägre eller högre priserna som efter viss tid får justeras enligt den indexreglering som anges i förfrågningsunderlaget. Att det enligt förfrågningsunderlaget föreligger valfrihet i frågan om prisjustering alls ska ske medför ingen valfrihet i frågan om hur en eventuell prisjustering ska ske. Av förfrågningsunderlaget framgår att om justering av priserna görs, ska det ske i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivet index. Anbudsgivarna ska således inkomma med ett fast pris som efter en viss tid får indexregleras i enlighet med avtalet. Av FMV:s beställningsorder till BS framgår under avsnitt 25 att FMV frångått kravet att eventuell prisjustering ska ske enligt den indexreglering som anges i förfrågningsunderlaget. I avsnittet nämns inget om den i förfrågningsunderlaget föreskrivna indexregleringen. FMV har i stället godtagit den prisjusteringsoption som BS angett i sitt anbud. Av detta kan två slutsatser dras. För det första kan BS skenbara acceptering av att priserna får justeras i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget, samtidigt som högre fasta optionspriser offererats, inte tas till intäkt för att BS uppfyller ”skall kraven” i denna del. För det andra har FMV bevisligen gått utanför ramen

för vad som gäller enligt förfrågningsunderlaget vid sin utvärdering av inkomna anbud.

FMV anför bl.a. följande. Det villkor för avtalets giltighet som återfinns i både förfrågningsunderlaget och upphandlingskontraktet äger inte endast tillämpning om överprövning av upphandlingen sker. Villkoret, som hänvisar till 7 kap. 1 § LOU anger uttryckligen att avtalet äger giltighet först när tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket LOU eller från det att rätten, om den fattat interimistiskt beslut, upphävt det beslutet. Villkoret gäller således även under den s.k. tiodagarsfristen under vilken FMV:s rättelse av tilldelningsbeslutet ägde rum. Villkorets giltighet är inte förenat med ett krav på att upphandlingen faktiskt blir föremål för överprövning. Sectra har anfört att de avgöranden som bolaget åberopat klart visar att ett giltigt avtal ingås mellan upphandlaren och anbudsgivaren när anbudsgivaren får meddelande om tilldelningsbeslutet. En sådan generell slutsats kan inte dras. Sectras påstående leder till att villkor för ett avtals giltighet saknar verkan. Ett sådant resonemang får orimliga konsekvenser. Det skulle innebära att en upphandlande myndighet, vid en bifallen överprövning, alltid riskerar att bli föremål för en skadeståndstalan i förhållande till den anbudsgivare som ursprungligen vann upphandlingen, till följd av det tilldelningsbeslut som tidigare meddelats denne. Mot bakgrund av LOU:s tvingande karaktär och dess bestämmelser om överprövning är en sådan situation inte rimlig. Det måste vara möjligt för en upphandlande myndighet att uppställa villkor för ett avtals giltighet. I nu aktuellt fall har FMV både i förfrågningsunderlaget och i upphandlingskontraktet infört ett tydligt villkor för avtalets giltighet. Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 621-06 slår entydigt fast att det inte föreligger några formella hinder mot att en upphandlande myndighet omprövar ett tilldelningsbeslut.

Sectra verkar göra gällande att det krävs ett nytt beslutsunderlag för att en omprövning av ett tilldelningsbeslut ska anses vara sakligt grundad.

Tvärtemot vad Sectra påstår torde det enligt LOU vara otillåtet för den upphandlande myndigheten att vid en omprövning av ett anbud ta hänsyn till underlag som inkommit i efterhand. Ett sådant förfarande skulle strida mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Sectra har åberopat ett avgörande från EG-domstolen. Innebörden av rättsfallet är att en upphandlande myndighet ska kontrollera att en anbudsgivare har tillgång till åberopade externa resurser. Av rättsfallet framgår att ”denna kontroll syftar i synnerhet till att garantera den upphandlande myndigheten att anbudsgivaren faktiskt kommer att kunna använda de medel av olika slag som han åberopar under den period som omfattas av kontraktet”. Sectra åberopar därefter det nya direktivet för den klassiska sektorn och dess implementering i nya LOU. Det kan ifrågasättas om det nya direktivet och nya LOU är tillämplig i detta fall eftersom upphandlingen påbörjades före ikraftträdandet av nya LOU. Kontrollen är ett sätt för den upphandlande myndigheten att försäkra sig om att anbudsgivaren kan fullfölja kontraktet. Att notera är att det inte ställs några formkrav på hur den upphandlande myndigheten ska utföra kontrollen. Vid den fördjupade granskningen av BS anbud konstaterades att BS i egenskap av huvudleverantör, genom att skriftligen i anbudet garantera sin underleverantörs tillgänglighet tillgodosett syftet med kravet. FMV anser att BS skriftliga garanti utgör en bindande utfästelse i förhållande till FMV och därmed utgör ett tillräckligt bevis.

Av förfrågningsunderlaget framgår att offererade timpriser ska vara fasta i två år och att prisjustering därefter får ske enligt ett angivet index. Kravet innehåller inget hinder mot att en anbudsgivare offererar ett högre fast timpris för optionen än för grundåtagandet. Däremot tar en sådan anbudsgivare en risk eftersom en eventuell prisstegring enligt angivet index kommer att utgå på det högre timpriset, vilket ligger anbudsgivaren till last vid utvärderingen av priset. BS har i enlighet med lydelsen i förfrågningsunderlaget offererat fasta timpriser för optionen och vid prissättningen valt att ange ett högre fast timpris. BS har vidare i sitt anbud accepterat att detta

högre fasta timpris får justeras i enlighet med angivet index. FMV vidhåller att BS, genom att lämna fasta optionspriser och att acceptera att prisjustering får ske med angivet index har accepterat kravet på kontraktsform. Sectra anför vidare att det är oklart vilka offererade timpriser som ska ligga till grund för indexregleringen. FMV delar inte denna uppfattning. Av punkt 5.1.3 i förfrågningsunderlaget framgår att det är offererade timpriser för optionen som ligger till grund för en eventuell indexreglering. Sectras påstående om att FMV vid utvärderingen av anbud har frångått förfrågningsunderlaget genom att ersätta den i förfrågningsunderlaget angivna indexregleringen med BS "prisjusteringsoption" är felaktig. FMV har vid utvärderingen av priset utgått från att det är BS högre fasta timpriser för optionen som ligger till grund för en eventuell indexreglering. Enligt punkt 5.1.3 i förfrågningsunderlaget får 60 procent av timpriset justeras under optionstiden. I Sectras fall är indexunderlaget högre än för BS. I BS fall baseras indexunderlaget på de högre fasta timpriserna som angivits för optionen. Förväntad indexuppräknning ligger enligt FMV inom intervallet 0 – 10 procent. Det bör noteras att även Sectra skulle blivit föremål för indexjustering av sina timpriser för optionen. Eftersom Sectras indexunderlag är högre än BS innebär detta vid en jämförelse att skillnaderna accentueras ytterligare vid en uppräknning av index. För att Sectra någonsin ska uppnå lägre pris än BS krävs en mycket kraftig sänkning av index (ca 60 procent), vilket får anses högst osannolikt. För det fall länsrätten trots allt skulle finna att det förekommer fel eller brister i upphandlingen gör FMV gällande att dessa brister är av mindre betydelse och måste accepteras mot bakgrund av RÅ 2002 ref. 50.

Sectra anför härefter bl.a. följande. Det ifrågasätts inte att en upphandlande enhet kan uppställa villkor för ett upphandlingskontrakts giltighet. I förevarande fall står det klart att FMV gjort ett förbehåll för en eventuell överprövningsprocess. Förbehållet i 1.1 upphandlingskontraktet ger emellertid knappast FMV någon rätt att genom rättelse under den s.k. tiodagarsfristen frångå upphandlingskontraktet. Syftet med aktuellt förbehåll måste i

stället anses vara att FMV önskat att undvika civilrättslig bundenhet i händelse av en överprövningsprocess och på så sätt exempelvis undvika eventuell skadeståndsskyldighet.

FMV:s påstående att Sectra skulle ha gjort gällande att det skulle krävas ett nytt beslutsunderlag för att vidta en rättelse är felaktigt och därtill irrelevant. Vad som ifrågasätts är om rättelse är ett förfarande där en upphandlande enhet, med oförändrat beslutsunderlag och utan sakliga skäl, ändrar en materiell bedömning av ett skall-krav. FMV ifrågasätter huruvida det nya klassiska direktivet och dess implementering i nya LOU är tillämplig i förevarande fall. Vad Sectra angivit är emellertid att de nya upphandlingsdirektiven ifråga om återopande av externa resurser är en kodifiering av domstolens avgörande Holst Italia. Rättsfallet bygger på en tillämnning av direktiv 92/50 som ligger till grund för gamla LOU. Vad som anges i det nya klassiska direktivet liksom i nya LOU är därför högst relevant i förevarande fall. I förarbetena till nya LOU anges att det ankommer på anbudssökanden/anbudsgivaren att t.ex. genom ett avtal visa att han förfogar över erforderlig kapacitet (jfr. prop. 2006/07:128 s. 246). För att återropa externa resurser krävs således någon form av bevis att aktuella resurser står till anbudsgivarens förfogande. Detta är även helt i linje med FMV:s eget skallkrav i punkten 3.6 om att bevis ska bifogas ansökan. Det går naturligtvis inte att tala om bevis att en anbudsgivare förfogar över återropade underleverantörers resurser med mindre än att efterfrågad skriftlig garanti har utfärdats av underleverantören ifråga och inte anbudsgivaren själv. Vad FMV anför i detta hänseende att ”BS:s skriftliga garanti utgör en bindande utfästelse i förhållande till FMV” kan därför helt bortses ifrån.

Vad gäller angivelse av priser och acceptering av avtalsutkastet är logiken i FMV:s resonemang svårbegriplig. Mot bakgrund av indexklausulen i punkten 5.1.3 i förfrågningsunderlaget och punkten 40.2 i upphandlingskontraktet är det mycket svårt att förstå hur FMV kan påstå att en anbudsgivare haft möjlighet att offerera fasta timpriser för optionen avseende år tre

och fyra. Syftet med aktuell indexklausul är att optionspriserna för år tre och fyra ska framräknas genom indexreglering av de fasta priserna för år ett och två med slutligt index för oktober 2007 som basmånad. I detta avseende kan erinras om att indexklausulen i FMV:s beställningsorder till BS helt enkelt har plockats bort och ersatts av BS fasta optionspriser för år tre och fyra. FMV anför att det skulle krävas en sänkning av index med 60 procent för att Sectra någonsin ska uppnå ett lägre pris än BS. Det är svårt att förstå hur FMV räknat i detta sammanhang då, som Sectra uppfattat saken, FMV samtidigt påstår att indexregleringen använts vid utvärderingen av BS anbud. En sänkning av index skulle i så fall aldrig kunna få till följd att Sectras priser någonsin skulle bli lägre än BS priser. Det förhållandet att Sectras priser faktiskt kan bli lägre än BS priser vid en sänkning av index (det skulle krävas en sänkning av index med omkring 35 procent och ingalunda med 60 procent som FMV angivit) beror på att Sectra, helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, accepterat indexklausulen och således gjort dess optionspriser för år tre och fyra beroende av denna emedan BS optionspriser är fasta och således, i strid med förfrågningsunderlaget, gjorts helt oberoende av aktuell indexklausul. Det fundamentala i detta sammanhang är emellertid inte vilken påverkan en eventuell sänkning av index skulle ha i relationen mellan Sectras och BS respektive priser. Det upphandlingsrättsligt relevanta är att Sectra och BS inte har behandlats lika i detta avseende. Emedan Sectra har tvingats att beakta en eventuell sänkning av index i dess riskbedömning i arbetet med utformningen av anbudet, vilket naturligtvis påverkat prisnivån för offererade priser för år ett och två har BS helt kunnat undvika denna risk genom att offerera högre, fasta optionspriser. Sectras och BS respektive anbud är därför inte jämförbara med varandra och FMV:s acceptans av BS sätt att offerera optionspriser innebär att anbudsgivarna inte behandlats lika och utgör vidare ett brott mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i LOU och gemenskapslagstiftningen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU, har upphört att gälla den 1 januari 2008 och har såvitt är av intresse i detta mål ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till den lagen ska dock LOU alltså tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall en upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 6 kap. 12 § första och andra stycket LOU framgår att en upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

I 7 kap. 1 § första till tredje stycket LOU anges följande. En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.

Vid annan upphandling än direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

I 7 kap. 2 § första stycket anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall

rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om det är fråga om en upphandling som avses i 4 kap., får rätten vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Länsrättens bedömning

I den aktuella upphandlingen har anbud inkommit från två anbudsgivare; Sectra och BS. Vid den första prövningen av anbuden ansåg FMV att BS inte uppfyllde skall-kravet avseende kraven om att externa resurser med angivande av tillgänglighet skulle redovisas och skriftligen garanteras. FMV fattade den 23 januari 2008 tilldelningsbeslut I i vilket Sectra tilldelades upphandlingen. Den 31 januari 2008 fattade sedan FMV ett beslut benämnt ”Rättelse av upphandling Utveckling kryptofunktioner inkl. ramavtal”. Av beslutet framgår att FMV vid en ytterligare genomgång och bedömning av ärendet konstaterat att BS uppfyller ovanstående krav i fråga om externa resurser. FMV ansåg därför att tilldelningsbeslut I varit felaktigt och upphävde det.

Sectra har i första hand gjort gällande att tilldelningsbeslut I/upphandlingskontraktet är civilrättsligt bindande för FMV i förhållande till Sectra, vilket FMV, vare sig upphandlingsrättsligt eller civilrättsligt, har rätt att frånträda.

En upphandling är att anse som avslutad i den mening som avses i 7 kap. LOU först sedan ett upphandlingskontrakt föreligger och det gått tio dagar från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar till samtliga anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet avseende valet av leverantör och anbud samt skälen härför. Tilldelningsbeslut II, vilket nu är föremål för prövning, fattades den 1 februari 2008. Länsrätten konstaterar inledningsvis att beslutet om att upphäva tilldelningsbeslut I och det därpå följande tilldelningsbeslut II har fattats inom tiodagarsfristen räknat från tilldelningsbeslut I, dvs. innan upphandlingen avslutats. Något formellt hinder mot att en upphandlande enhet rättar ett tidigare tilldelningsbeslut inom denna tids-

frist föreligger inte. Det fordras dock att saklig grund härför förelegat (jfr. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06). Förekomsten av ett upphandlingskontrakt och eventuell civilrättslig bundenhet förändrar inte denna bedömning. Fråga återstår då om saklig grund för rättelse av tilldelningsbeslut I förelegat. Sectra har i fråga härom anfört att grund för att ändra tilldelningsbeslut I inte förelegat då BS inte uppfyller skall-kravet i förfrågningsunderlaget angående garanterandet av externa resursers tillgänglighet.

I förfrågningsunderlaget (3.6) anges bl.a. att ”Externa resurser skall redovisas med angivande av tillgänglighet som skriftligen garanteras. Detta bevis skall bifogas anbudet”. I bilagan ”Utveckling Kryptofunktioner – kompetensbeskrivning” till BS anbud har bolaget uppgivit den externa resurs bolaget avser att anlita samt angivit att den externa resursens tillgänglighet ”härmed garanteras”. Länsrätten finner att det av förfrågningsunderlaget inte kan utläsas att något särskilt krav uppställs i fråga om vem som utfärdar den skriftliga garantin. BS får därför anses uppfylla kravet på att de externa resursernas tillgänglighet ska garanteras. Mot den bakgrunden anser länsrätten att FMV har haft saklig grund för att vidta rättelse av tilldelningsbeslut I.

Sectra har vidare gjort gällande att BS inte uppfyller kraven beträffande prisangivelse och acceptans av samtliga villkor i avtalsutkastet.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 5.1 med rubrik ”Pris” bl.a. följande.

”FMV emotser anbud med utnyttjande av kontraktsform/er och med iakttagande av förutsättningar enligt nedan. Pris skall anges för samtliga offererade positioner jämte eventuell option i SEK exklusive mervärdesskatt.”

Under punkten 5.1.3 med rubrik ”Grundpris med justering för index (option)” anges vidare bl.a. följande.

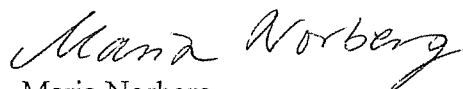
”Offererade timpriser i ramavtalet skall vara fasta i 2 år. Justering får sedan ske årligen (efter varje 12-månadersperiod) räknat från tidpunkten från Ramavtalets ikraftträdande enligt följande:

60 % av timpriset får justeras, i enlighet med förändringar i SCB:s arbetskostnadsindex. Index SNI 2002 J+K ”för tjänstemän inom privat sektor” skall användas. Utgångspunkten för förändringsberäkningen är indextalet (preliminärt index) för oktober månad närmast före aktuell prisperiod. Den årliga prisjusteringen beräknas efter förändringar i ovanstående index jämfört mot index för basmånad (slutligt index för oktober 2007). Om prisändringen blir mindre än +/- 2 % görs ingen justering. Resterande 40 % av varje timpris förblir fast.”

Kravet i punkt 5.1.3 i förfrågningsunderlaget är angivet så att offererade priser ska vara fasta i två år och att justering av priserna därefter får ske årligen. Länsrätten anser att förfrågningsunderlaget inte innehåller något hinder mot att en anbudsgivare offererar ett högre fast timpris för optionen än för grundåtagandet. BS har vidare i sitt anbud accepterat att priserna får justeras i enlighet med angivet index. Länsrätten delar därmed inte Sectras uppfattning att BS anbud brustit i kraven beträffande prisangivelse och acceptans av samtliga villkor i avtalsutkastet.

FMV har vidare uppgivit att myndigheten vid utvärderingen av priset utgått från att det är BS högre fasta timpriser för optionen som ska ligga till grund för en eventuell indexreglering. Länsrätten kan därmed inte finna annat än att de båda anbuden har behandlats lika. Inte heller i övrigt har visats att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU. Sectras ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Maria Norberg
Länsrättsfiskal

Föredragande har varit Anna Eriksson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

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

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