



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2014-03-28
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
6547-13 E
Enhet 2

KONKURRENSVERKET	
2014 -03- 3 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

NEC Scandinavia AB, 556335-4728

Ombud:

Advokat Pernilla Carlsson Rasiwala
Jur. kand. Jennifer Berger
Nord & Co Advokatbyrå KB
Box 1435
111 84 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Västmanland
721 89 Västerås

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Landstinget i Västmanland (landstinget) har gjort en upphandling benämnd "Telefoni som tjänst", dnr DU-UPP13-032. Landstinget har fattat ett tilldelningsbeslut och antagit anbudet från TDC Sverige AB.

YRKANDEN M. M.

NEC Scandinavia (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen samt yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från TDC Sverige AB (TDC) inte beaktas vid utvärderingen. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Landstinget har under upphandlingen genomfört en förhandling med anbudsgivarna. Förhandlingen skulle vara begränsad till de punkter som anbudsgivarna brustit i och skulle genomföras skriftligen per e-post. För TDC:s del var det fråga om att läka bristerna i förhållande till kravet "Funktionspris 11, Utökad service, SLA klass 2 tom 5". Under förhandlingen med anbudsgivarna kom landstinget att ändra sin utvärderingsmodell för kravet "Funktionspris 6, Integrationer". Volymen som först angivits till en integration för de tre olika integrationer som skulle prissättas ändrades till 50 deltagare, 150 telefoner respektive 250 samtal. Samtliga anbudsgivare ombads därför att offerera nytt anbudspris i denna del. TDC har därmed inte endast fått justera sitt anbud vad gäller den uppvisade bristen i "Funktionspris 11" utan även i "Funktionspris 6, Integrationer", dvs. den prisparameter som landstinget ansåg att bolagets anbud brast i. Med anledning av landstingets förändrade prismodell i upphandlingen angav TDC i sitt svar under förhandlingen att dess pris för "Funktionspris 6, Integrationer" inte kunde offereras på det efterfrågade sättet. TDC:s pris lämnades istället i den ursprungliga, inte längre gällande, prismodellen.

Alla anbudsgivare har inte fått samma information under förhandlingen. TDC har för "Funktionspris 11, Utökad service" under förhandlingen förklarat att företaget behövde veta mer om omfattningen av krävda service-nivåer (SLA-nivåer) för att kunna lägga ett pris. Landstingets svar var: "De funktioner som är möjliga att få en viss utökad SLA-nivå för ska finnas med i priset." Svaret begränsade det som ursprungligen efterfrågats och skulle prissättas under "Funktionspris 11". Förtydligandet har endast kommunicerats med TDC. Om bolaget givits möjlighet att räkna om sitt pris i denna del hade det kunnat lägga ett mer konkurrenskraftigt pris i upphandlingen.

Genom att TDC för "Funktionspris 6, Integrationer" tillåtit att lämna pris i den ursprungliga prisbilagan har TDC tillåtit att antingen lämna pris i strid med de administrativa föreskrifterna eller så har landstinget tagit hänsyn till de villkor som TDC framfört under förhandlingen. Landstinget har i så fall förhandlat med TDC om obligatoriska krav, vilket är otillåtet (se mål C-561/12, Nordecon A/S m.fl. mot Rahandusministeerium). TDC har också lämnat pris med villkor för vissa volymer.

Landstinget har övergått till förhandlat förfarande i upphandlingen utan att ha rättslig grund för sådant agerande. För att förhandlat förfarande ska kunna tillämpas krävs att anbud som inkommit är ogiltiga, inte att de, som nu är fallet, endast hade brister som inte omfattas av 4 kap. 2 § första stycket 1 LOU. Det föreligger inte heller förutsättningar att välja förhandlat förfarande enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU. Landstinget har bevisbördan för att förfarandet är tillämpligt. Eftersom det inte förelåg grund för förhandlat förfarande var landstinget istället för att förhandla skyldigt att förkasta samtliga anbud eftersom de brast i obligatoriska krav, avbryta upphandlingen och därefter påbörja ny upphandling. Om anbudet, såsom landstinget menar, är giltiga och lämpliga saknas laga grund att övergå till förhandlat förfarande.

TDC:s anbud innehåller även en reservation, dvs. ett villkorat pris, för "Funktionspris 1, Optionen för Flatrate". TDC har angett att priset är baserat på erhållen statistik (i prisbilagan) och att samtliga anknytningar har fast pris. Det av landstinget angivna antalet anknytningar under optionen utgör dock inte samtliga anknytningar såsom TDC angivit i sitt anbud att priset på optionen baserats på. Priset baseras således på en felaktig uppgift och har därmed inte lämnats i enlighet med instruktionerna i upphandlingen. Genom den lämnade reservationen har TDC dessutom kunnat lämna ett lägre pris jämfört med andra anbudsgivare. TDC:s anbud borde inte heller på denna grund ha beaktats vid utvärderingen.

Bolaget har lidit skada genom att landstinget övergått till förhandlad upphandling. Om upphandlingen istället avbrutits hade bolaget fått en möjlighet att lämna ett nytt anbud och därmed vinna den nya upphandlingen.

Landstinget har även agerat i strid med krav på förutsebarhet och likabehandling genom att utvärdera och anta TDC:s anbud, trots att det inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav i upphandlingen. TDC tilläts att redovisa sitt pris för "Funktionspris 6, Integrationer" i en prismodell som inte längre gällde i upphandlingen.

Bolaget, som haft det näst bästa anbudet i upphandlingen, riskerar att lida skada av att landstinget antagit ett anbud som inte borde ha utvärderats.

Bolaget riskerar också att lida skada av att landstinget för TDC gett förklaring rörande den begränsade omfattningen av de tjänster och funktioner som skulle inkluderas i prissättningen av "Funktionspris 11, Utökad service". Det är sannolikt att bolaget om det fått tillgång till samma kunskap kunnat matcha eller överträffa TDC:s pris i denna del.

Landstinget bestrider bifall till bolagets ansökan och anför i huvudsak följande.

Den aktuella upphandlingen inleddes med öppet förfarande. Tre anbud inkom vilka under utvärderingen visade sig vara omöjliga att anta till följd av att samtliga anbudsgivare på någon eller några positioner i prisbilagan lämnat uppgifter på ett sådant sätt att det var omöjligt att jämföra anbuden. Trots att samtliga anbud uppfyllde de formella kraven fanns inget anbud att anta i enlighet med utvärderingsmodellen. Landstinget beslutade därför att upphandlingen skulle övergå i förhandlat förfarande i enlighet med 4 kap. 2 § första stycket 1 LOU. Med hänsyn till omständigheterna fanns förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande såsom gjorts. Det kan inte vara i enlighet med lagstiftarens intention att en upphandling från flera lämpliga anbudsgivare måste avbrytas och göras om p.g.a. att anbudsgivarna lämnat otydliga priser avseende tre av ca 90 stycken positioner. Skulle rätten ändå finna att det saknats förutsättningar att på sätt som gjorts tillämpa förhandlat förfarande jämte 4 kap. 2 § första stycket 1 LOU har landstinget under alla omständigheter haft rätt att förhandla enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU.

I det förhandlade förfarandet har anbudsgivarna ombetts att förtydliga lämnade priser avseende ett par positioner, vilket inte föranlett några förändringar av kontraktsvillkoren. I samma syfte justerades "Funktionspris 6, Integrationer". Justeringen kan inte anses utgöra någon förändring av villkoren för kontraktet utan har endast syftat till att anpassa anbuden till förfrågningsunderlaget för att garantera en objektiv jämförelse mellan anbuden.

Det bestrids att TDC skulle ha särbehandlats på bolagets bekostnad, såsom vid förhandlingen avseende "Funktionspris 11, Utökad Service". Samtliga anbudsgivare har beretts tillfälle att ställa frågor. Landstinget bestrider att

svaren skulle sätta TDC i ett bättre läge än någon annan anbudsgivare.
TDC har dessutom gjort en prishöjning vid förhandlingen.

TDC har inte fått förhandla om obligatoriska krav på annat sätt än övriga anbudsgivare. Det pris som TDC lämnat för "Funktionspris 6, Integrationer" var redan jämförbart. Priset har heller inte varit villkorat då det lämnats som fasta månadspriser och därvid inte gjorts beroende av volymer.

Landstinget har inte bedömt att TDC:s kommentar till lämnade priser vad gäller "Funktionspris 1, Flatrate (Option)" utgör en reservation utan det är istället fråga om en upplysning. Inga krav eller andra villkor framgår av skrivningen. Även om priset hade varit högre hade det inte påverkat det slutliga tilldelningsbeslutet. Positionen har såvitt gäller TDC och bolaget inte varit föremål för förhandling vid det förhandlade förfarandet.

Bolaget har inte lidit skada till följd av att ett öppet förhandlande inletts, eftersom samtliga leverantörer haft samma möjlighet att anpassa anbuden till förfrågningsunderlaget. Att bolaget, efter att ha accepterat inbjudan att delta i förhandlat förfarande och ha deltagit där på lika villkor, skulle anses skadelidande på grund av att kontrakt därefter inte erhållits, skulle innebära en alltför långt gående tolkning av skaderekvisitet.

Bolaget har inte kunnat lida någon skada även om det fått möjlighet att lämna mer konkurrenskraftiga priser för de aktuella positionerna. Även om bolaget lämnat priset 0 kr på "Funktionspris 6" i kombination med 0 kr för både "Funktionspris 1" och "Funktionspris 11" hade detta inte ändrat resultatet av utvärderingen.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att, enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ingripa mot landstingets upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Rätten att använda förhandlat förfarande

Bolaget har gjort gällande att landstinget inte varit berättigat att tillämpa förhandlat förfarande i upphandlingen. Landstinget motiverade val av upphandlingsform med att inga giltiga anbud inkommit. I målet har dock istället inväntats att samtliga anbud bedömts giltiga och lämpliga men att landstinget inte ansett att anbuden på grund av enstaka brister utan vidare varit jämförbara vid en utvärdering.

Förvaltningsrätten konstaterar att förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § första stycket 1 LOU får användas bl.a. om de anbud som lämnats vid ett öppet förfarande inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 12 kap. om tilldelning av kontrakt. Enligt 12 kap. 1 § första stycket LOU ska en myndighet anta antingen det anbud som är det mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Enligt landstinget var det omöjligt att jämföra de inkommande anbuden för att fastställa det ekonomiskt mest fördel-

aktiga anbudet. Detta har inte motsagts av bolaget. Enligt bestämmelserna i LOU hade landstinget därmed rätt att övergå till förhandlat förfarande, se 4 kap. 2 § första stycket 1 h). Förvaltningsrätten saknar således skäl att förordna att upphandlingen görs om på grund av landstingets val av upphandlingsform.

Fråga om vinnande anbud uppfyllt obligatoriskt krav

Från bolaget har vidare anförts att den vinnande anbudsgivaren, TDC, inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav enligt förfrågningsunderlaget och att TDC:s anbud därför inte hade bort utvärderas. TDC har för "Funktionspris 1, Optionen för Flatrate" angett att priset är baserat på i prisbilagan erhållen statistik och att samtliga anknytningar har fast pris. Bolaget har anfört att TDC i sitt anbud därvid angett en förutsättning som inte är förhanden, varför förfrågningsunderlagets instruktioner inte uppfyllts. Enligt landstingets bedömning har TDC genom kommentaren endast lämnat en upplysning gällande prissättningen och inte lämnat en reservation.

Frågan är således om TDC genom sin hänvisning gjort en otillåten reservation. Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet anförts motsatta tolkningar av TDC:s formulering. Rätten gör den samlade bedömningen att bolaget i vart fall inte visat att TDC:s anbud för positionen ifråga varit behäftad med en så allvarlig brist att den upphandlande myndigheten i den gällande situationen bröt mot likabehandlingsprincipen då även TDC inbjöds till det förhandlade förfarandet. Det har därmed inte framkommit att TDC:s anbud hade bort uteslutas från upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar även att det inte visats att för det fall att positionen förhandlats och priset höjts, detta skulle ha lett till en förändring av tilldelningsbeslutet.

Fråga om leverantör lämnat pris felaktigt m.m.

I målet har bolaget vidare anfört att genom att TDC för "Funktionspris 6, Integrationer" tillåtit att lämna pris i den ursprungliga prisbilagan, har TDC tillåtit att antingen lämna pris i strid med de administrativa föreskrifterna eller att hänsyn tagits till de villkor som TDC framfört under förhandlingen. Landstinget skulle därmed ha förhandlat med TDC om obligatoriska krav. Mot detta har från landstingets sida invänts att det pris som TDC lämnat redan var jämförbart. Förvaltningsrätten finner att TDC inte har lagt något nytt pris och kravet på att lämna pris i prisbilagan får anses ta sikte på den situation när anbudsgivaren avser att förnya prissättningen. Förvaltningsrätten gör även den sammantagna bedömningen såvitt gäller denna position att bolaget inte visat att det begåtts något annat upphandlingsfel av landstinget under förfarandet, såsom att landstinget förhandlat om bindande villkor i förfrågningsunderlaget i efterhand (jfr mål C-561/12, Nordecon A/S m.fl. mot Rahandusministeerium, punkterna 37 och 38). Förvaltningsrätten finner det heller inte visat att TDC:s pris skulle ha varit villkorat.

Fråga om leverantör beretts otillbörligt informationsövertag

Bolaget har i målet gjort gällande att TDC beretts ett otillbörligt övertag vad gäller information rörande positionen "Funktionspris 11, Utökad service" och på så sätt kunnat lägga ett mer konkurrenskraftigt anbud än vad bolaget kunnat. Landstinget har bestridit att likabehandling inte skett och vidare invänt att bolaget i vart fall inte kunnat lida skada, då det inte kunnat vinna upphandlingen även om det erbjudit landstinget priset 0 kr för den omstridda positionen. I målet har inte framkommit annat än att landstingets invändning i detta hänseende varit berättigad. Bolaget har således inte visat att det kunnat lida skada till följd av landstingets agerande vid förhandlingen. Skäl saknas därmed att pröva om förutsättningar för ett ingripande i övrigt varit förhanden såvitt gäller denna fråga.

Sammanfattning

I målet har inte framkommit annat än att landstinget var berättigat att upphandla genom förhandlat förfarande. Det har inte visats att anbudet från den vinnande anbudsgivaren inte hade bort beaktas vid utvärderingen eller att anbudsgivaren i realiteten getts möjlighet att förhandla om innehållet i förfrågningsunderlagets obligatoriska krav. Det har heller inte visats att bolaget skulle ha kunnat lida skada till följd av att den vinnande leverantören skulle ha beretts ett övertag såvitt gäller information vid förhandlingen eller att prioritetsordningen av annat skäl kunnat ändras. Bolagets ansökan om överprövning ska mot denna bakgrund avslås.

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



Lina Törnqvist

rådman

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.