



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-05-04
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 3154-11
 Enhet 12

SÖKANDE

Softronic AB, 556249-0192
 Ringvägen 100
 118 60 Stockholm

Ombud: Advokat Johan Kennemyr
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1065
 101 39 Stockholm

MOTPART

Inera AB, 556559-4230
 Box 177 03
 118 93 Stockholm

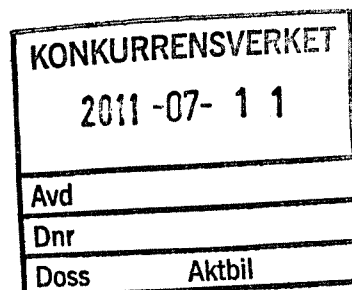
Ombud: Advokat Tomas Eliasson
 Jur. kand. AnnaMalin Petré
 Advokatfirman Delphi
 Stora Nygatan 64
 211 37 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Softronic AB:s ansökan och förordnar att Inera AB:s upphandling av Ramavtal för Kontaktcenter med tillhörande tjänster för 1177 Sjukvårdsrådgivningen rättas på så sätt att en ny utvärdering av anbudet genomförs varvid anbudet från Telia AB inte ska beaktas.



Dok.Id 108424

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Inera AB ("Inera") genomför en upphandling av Ramavtal för Kontaktcenter med tillhörande tjänster för 1177 Sjukvårdsrådgivningen. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Enligt tilldelningsbeslutet daterat den 4 februari 2011 har Inera antagit Telia Sonera AB ("Telia") som leverantör. Softronic AB ("Softronic") kom på andra plats i utvärderingen.

Softronic ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen ska avslutas först sedan rättelse gjorts med innebörden att en ny utvärdering av anbuden ska genomföras utan beaktande av Telias anbud, varvid Softronic ska tilldelas kontraktet. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om i sin helhet. Till stöd för sin talan anför Softronic bl.a. följande. Telias anbud uppfyller inte skalkravet Ska 54 Inspelning, varför anbudet överhuvudtaget inte skulle ha utvärderats i upphandlingen. Ineras agerande att trots detta beakta Telias anbud innebär att upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen enligt unionsrätten och 1 kap. 9 § LOU.

Av anbudsförfrågans bilagor Tjänstebilaga samt Svarsmall framgår att Inera uppställt ett skalkrav avseende inspelning (Ska 54 Inspelning punkt 3 a). Telia har i sitt anbud uppgett att skalkravet uppfylls. Under Telias anbudspresentation den 17 december 2010 ställde Inera frågor till Telia, bl.a. rörande Ska 54 Inspelning punkt 3 a. Telia var tvungna att be om att få återkomma med svar på en fråga rörande inspelning och återkom till Inera per mail först den 20 december 2010 enligt följande.

Ineras fråga: Sker inloggning i inspelningsklienten samtidigt som med CallGuide Agent?
Telias svar: En dialog pågår med Telias underleverantör Nice att få med denna funktion i kommande release.

Ineras skullkrav i Ska 54 Inspelning punkt 3 a innebär att en användare som är inloggad i CallGuide Agent inte ska behöva logga in en gång till i en annan programvara (i Telias fall Nices programvara) för att kunna lyssna på ett redan avslutat samtal. Av Telias svar kan det konstateras att Telias anbud inte uppfyller skullkravet enligt Ska 54 Inspelning punkt 3 a eftersom inloggning i CallGuide Agent inte medför samtidig inloggning i inspelningsklienten Nice på sådant sätt som Inera uppställt skullkrav på i punkt 3 a. Då Telia inte uppfyller samtidig inloggning har Inera redan av denna anledning haft skyldighet att förkasta Telias anbud.

Ett skullkrav måste, om inget annat uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget, vara uppfyllt vid anbudsinlämnandet. Såsom framgår av Telias svar uppfyllde Telias anbud i den aktuella upphandlingen inte samtliga krav vid anbudsinlämnandet. Av det aktuella förfrågningsunderlaget följer inget annat än att skullkraven ovillkorligen måste vara uppfyllda när anbudet lämnas in. Att för Telias räkning tillåta ett uppfyllande av skullkravet i Ska 54 Inspelning punkt 3 a i efterhand på det sätt som blir följden av Ineras agerande, vore därför att åsidosätta den unionsrättsliga principen om lika-behandling. Telia har blivit positivt särbehandlat genom att Inera modifierat, dämpat eller t.o.m. eftergivit skullkravet i förhållande till dem efter anbudstidens utgång.

Av handlingarna står det klart att anbudet inte uppfyllde skullkravet vid senare tidpunkter efter anbudsinlämnandet såsom t.ex. den 17 december 2010 (vid anbudspresentationen) och den 20 december 2010 (mailkorrespondensen). Såsom framgår av Telias mail till Inera den 20 december 2010 ger Telia inga garantier vare sig om att skullkravet verkligen kommer att uppfyllas eller om när detta i så fall kommer att ske. Eftersom Telia inte inom ramen för upphandlingen lämnat några uppgifter eller ens prognoser om när skullkravet verkligen kommer att vara uppfyllt har Telia erhållit en närmast fri möjlighet att efter eget tycke läka det bristande uppfyllandet av

skallkravet vid en opreciserad tidpunkt någon gång i framtiden. Telia har därmed tillåtits förbehålla sig rätten att uppfylla skallkravet inte bara efter det att anbudstiden har gått ut, utan även efter det att utvärderingen genomförts, tilldelningsbeslutet meddelats och avtalstiden har börjat löpa. Detta förhållande är i uppenbar strid med likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

EG-domstolen (nuvarande EU-domstolen) har genom dom i mål C-243/89 (Stora Bält) uttalat den för alla gällande upphandlingsförfaranden gällande principen att orena anbud alltid ska förkastas, även om bristerna skulle hänföra sig till administrativa förhållanden eller vara av formell karaktär. Principen om likabehandling innebär ett krav på att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna. Detta krav skulle inte uppfyllas om anbudsgivarna tilläts avvika från de grundläggande bestämmelserna i kontraktshandlingarna genom förbehåll, med undantag för de fall då dessa bestämmelser uttryckligen medger denna möjlighet.

Inera har uttryckligen i anbudsförfrågan angett att:

”Anbudet måste innehålla svar på alla de uppgifter som efterfrågas och lämnas utan reservationer. Svar med förbehåll som t.ex. ”det här måste diskuteras” kan leda till att anbudet förkastas och inte prövas vidare. Anbud som inte uppfyller alla ska-krav kan inte läggas till grund för upphandlingskontraktet.”

Vid en jämförelse med vad Telia svarat Inera på frågan om uppfyllandet av skallkravet i Ska 54 Inspelning punkt 3 a ska det rätteligen förkastas. Denna överträdelse av LOU har drabbat Softronic eftersom Softronics anbud hamnade på andra plats i utvärderingen och skulle ha tilldelats kontraktet om Inera hade agerat korrekt och förkastat Telias anbud.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Frågan om ett visst skallkravs förenlighet med proportionalitetsprincipen är främst beroende av förhållandena i det enskilda fallet. I detta fall kan det inte anses oproportionerligt att, såsom Inera gjort, kräva att anbudsgivarna ska uppfylla skallkraven vid anbudsinlämnandet. Detta i synnerhet eftersom tidpunkten för anbudsinlämnandet i den aktuella upphandlingen låg mycket nära i tid till den i förfrågningsunderlaget angivna tidpunkten för avtalsstart. Det är självklart relevant för en upphandlande myndighet att kunna försäkra sig om att alla de tjänster och funktioner som man upphandlar verkligen finns på plats vid den angivna avtalsstarten. Annars skulle avtalsstarten och utnyttjandet av tjänsterna eventuellt behöva skjutas till en senare tidpunkt än den planlagda när det bristande uppfyllandet av skallkravet konstateras.

Av rättspraxis (Kammarrättens i Göteborgs dom i mål nr 4904-09) följer att en upphandlande myndighet är skyldig att beakta uppgifter som har blivit kända först efter det att kvalificeringsfasen har genomförts. Detta gäller även om bristerna har blivit kända för den upphandlande myndigheten först i en överprövningsprocess.

Telias bristande uppfyllelse av skallkravet kan inte läkas av att Inera vid en första anblick noterade att Telia svarat att de uppfyller det. I ljuset av att Telia efter anbudslämnandet medgav att skallkravet inte var uppfyllt, att icke-uppfyllandet kvarstod efter såväl kvalificering, utvärdering som tilldelningsbeslut och att det nu efter att Softronic begärt överprövning återigen har visats att Telia inte uppfyller skallkravet kan Telias initiala jakande svar inte längre läggas till grund för bedömningen att skallkravet är uppfyllt.

Inera bestrider bifall till ansökan om överprövning. Till stöd för bestridandet anføres bl.a. följande.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Telia har i sitt anbud angivit att de uppfyller skallkrav Ska 54 Inspelning vilket även Softronic medger i sin ansökan. Telia har således inte lämnat ett orent anbud.

EG-domstolen (nuvarande EU-domstolen) har i mål C-234/03 (Contse) berört frågan om när ett skallkrav ska vara uppfyllt. I domskälen konstaterar domstolen att skallkraven inte rimligen behöver vara uppfyllda vid anbudstillfället. Istället framhåller domstolen att det är fullt tillräckligt om skallkraven är uppfyllda vid tidpunkten för avtalets tecknande. Domstolen ansåg att det i den aktuella upphandlingen ställda kravet gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå målsättningen som eftersträvades, nämligen att bättre säkra skyddet för patienters liv och hälsa. Vidare fastslog domstolen att det inte var förenligt med principerna om likabehandling, ickediskriminering och att det var uppenbart oproportionerligt att ställa krav på att skallkrav ska vara uppfyllt vid tidpunkten för avlämnande av anbud. Domstolen har tidigare konstaterat att sådana krav hindrar många företag från att inkomma med anbud och därmed inte främjar en fri konkurrens. I ett annat avgörande, mål nr C-158/03, redovisade domstolen en liknande bedömning. I mål T 567-02 anförde Svea Hovrätt att en kommun inte kunde kräva att ett skallkrav ska vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudsgivning. Svea hovrätt fastslog att det måste anses tillräckligt att det vinnande anbudet erhöll erforderliga certifikat två dagar innan entreprenaden skulle påbörjas, dvs. 15 månader efter anbudstidens ingång och 11 månader efter beslut om tilldelning.

Inera har uppfattat att Telia uppfyller eller kommer att uppfylla skallkravet i vart fall vid tidpunkten för avtalsstart då Telia angivit detta i sitt anbud. Som ovan framkommit är det inte relevant när Telia uppfyller skallkravet så länge det är uppfyllt vid avtalsstart. Telias svar per mail den 20 december 2010 förändrar inte på något sätt detta. Ett krav om att ett skallkrav ska vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudets avlämnande hade inte kunnat

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

motiveras av de behov som ska täckas i upphandlingen. Den anbudsinfordrade myndigheten får således enligt upphandlingsrättens grundläggande principer inte ställa krav som Softronic gör gällande. Enligt praxis från EG-domstolen (nuvarande EU-domstolen) måste kriterierna för anbudsgivning uppfylla fyra villkor. De ska tillämpas på ett icke diskriminerande sätt, de ska motiveras med hänsyn till allmänintresset, de ska vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med upphandlingen uppnås och de ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. För det fall Inera hade ställt sådana krav som Softronic gör gällande skulle det stå i strid med upphandlingsrättens grundläggande principer om likabehandling, icke diskriminering och proportionalitet.

Softronic gör gällande att Inera i förfrågningsunderlaget uppställt krav på att skallkraven ska vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudets avlämnade och att ett sådant krav inte är oproportionerligt. Det rör sig inte om att påvisa att kravet inte är oproportionerligt då kravet aldrig har uppställts. Frågan som är föremål för prövning är när ett skallkrav ska vara uppfyllt för det fall något bestämt härom inte framkommer av förfrågningsunderlaget. När innan avtalsstarten Telia uppfyller skallkravet är inte relevant då det i praxis har ansetts fullt tillräckligt om skallkravet är uppfyllt vid tidpunkten för den faktiska avtalsstarten. För att det ska vara möjligt att kräva att ett skallkrav ska vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudets avlämnande krävs att det är nödvändigt för att uppnå upphandlingens målsättning. Någon möjlighet till undantag från huvudregeln om när ett skallkrav ska vara uppfyllt, dvs. vid avtalsstart, föreligger inte i förevarande upphandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU i tillämplig lydelse ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt

genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU i tillämplig lydelse anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 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.

Utredning i målet

Av Tjänstebilaga framgår bl.a. följande.

Ska 54 Inspelning

Inspelning och senare uppspelning av samtal är viktig för Tssk, administratörer och invånare. Idag liknar vi inspelade samtal med journalanteckning vilket innebär att lagkrav gällande journalanteckningar även ska beaktas. För in- och uppspelning gäller att:

[...]

3. In- och uppspelning ska vara lätt att använda

För uppspelning gäller:

a. Åtkomst av samtal ska inte kräva ytterligare inloggning och ska inte vara kopplad till bestämd arbetsplats.

Av e-post från Telia till Inera den 20 december 2010 med ämne "Svar på de utestående frågorna från i fredags" framgår bl.a. följande.

"Fråga:

Sker inloggning i inspelningsklienten samtidigt som med CallGuide Agent?

Svar:

En dialog pågår med Telias underleverantör Nice att få med denna funktion i kommande release."

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter bl.a. behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt. Det förutsätts att alla anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet (se prop. 2006/07:128, s. 155). En av de frågor som omfattas av den s.k. likabehandlingsprincipen är att den upphandlande myndigheten normalt inte får frångå ett i förfrågningsunderlaget uppställt skallkrav under pågående upphandling. En konsekvens härav är att den upphandlande myndigheten måste kontrollera att inkomna anbud inte avviker från sådana krav. Fråga i målet är om Inera antagit ett anbud som inte uppfyller skallkraven i förfrågningsunderlaget och därigenom har brutit mot bestämmelserna i LOU.

Softronic gör gällande att Telias anbud inte uppfyllde skallkravet Ska 54 Inspelning vid tiden för anbudets inlämnande och att Inera inte har visat att Telia numera uppfyller skallkravet, varpå rättelse ska ske, där Telias anbud inte ska beaktas, alternativt att upphandlingen görs om i sin helhet.

Inera gör gällande dels att Telia uppfyller eller kommer att uppfylla skallkravet Ska 54 Inspelning i vart fall vid tidpunkten för avtalsstart och att det i förevarande fall är tillräckligt att anbudet uppfyller skallkravet vid tidpunkten för avtalets tecknande, eftersom ett krav att skallkravet ska vara uppfyllt vid tiden för anbudets inlämnande vore oproportionerligt.

Av anbudsfrågan i förfrågningsunderlaget framgår följande. Anbudet måste innehålla svar på alla de uppgifter som efterfrågas och lämnas utan reservationer. Svar med förbehåll som t.ex. ”det här måste diskuteras” kan leda till att anbudet förkastas och inte prövas vidare. Anbud som inte uppfyller alla skallkrav kan inte läggas till grund för upphandlingskontraktet.

Vid bedömningen av om ett skallkrav är uppfyllt tar man således endast hänsyn till huruvida anbudet anger att kravet är uppfyllt eller inte, vilket innebär att ett anbud som innefattar förbehåll eller villkor i fråga om ett skallkrav leder till att skallkravet inte kan anses vara uppfyllt.

Telia har i svarsmall uppgett att bolaget uppfyller skallkrav Ska 54 Inspelning. Inera har prövat respektive anbudsgivare vad avser acceptans av och uppfyllande av i förfrågningsunderlaget ställda skallkrav och funnit att samtliga anbudsgivare som inkommit med anbud uppfyllde ställda skallkrav och gick vidare för fortsatt prövning. Inget har framkommit som medför att Inera har haft anledning att ifrågasätta den av Telia lämnade uppgiften vid denna tidpunkt.

Innan kvalificeringen av anbudsgivarna var slutförd bjöd Inera in alla anbudsgivare till att genomföra en anbudspresentation. Under anbudspresentationen har Inera ställt frågor till Telia som sedan har återkommit per e-mail med svar på vissa utestående frågor. Av e-mailkorrespondensen framgår följande.

”Fråga:

Sker inloggning i inspelningsklienten samtidigt som med CallGuide Agent?

Svar:

En dialog pågår med Telias underleverantör Nice att få med denna funktion i kommande release.”

Mot bakgrund av hur skallkrav Ska 54 Inspelning är utformat kan Telia genom ovanstående svar inte anses ha klarlagt att åtkomst vid uppspelning kan ske utan ytterligare inloggning i systemet. Enligt förvaltningsrättens mening finns det därför skäl att ifrågasätta om Telia uppfyller det aktuella skallkravet, såsom krävs av förfrågningsunderlaget. Det är vidare oklart huruvida skallkravet var uppfyllt vid tiden för tilldelningsbeslutet eller om det kommer att vara uppfyllt vid tiden för avtalets tecknande. Det har där-

för funnits skäl för Inera att undersöka huruvida Telia uppfyller eller kommer att uppfylla uppställt skallkrav innan utvärdering slutförts och tilldelningsbeslut meddelats. Att Inera har antagit Telias anbud utan att klarlägga eventuella oklarheter kring det aktuella skallkravet innebär att Telia kan gynnas framför andra anbudsgivare. Att frångå ett skallkrav avseende en anbudsgivare innebär att andra anbudsgivare diskrimineras. Förfarandet strider därför mot likabehandlingsprincipen. Softronic får med hänsyn härtill anses ha visat att Inera har brustit i upphandlingsförfarandet genom att inte ha utfört utvärderingen av de krav som får ställas på leverantören på det sätt som följer av 1 kap. 9 § LOU. Genom detta förfarande har Softronic lidit eller kunnat komma att lida skada.

Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan istället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. Det är därför tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen görs om. Softronics ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts i form av en ny utvärdering, varvid anbudet från Telia inte ska beaktas.

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



Ann-Jeanette Eriksson

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Beatrice Agrenius.