

En ansökan om överprövning av en offentlig upphandling har avslagits eftersom sökandebolaget inte visat att det lidit eller kan komma att lida skada av de brister som anförts.

Lagrum:

16 kap. 4 § och 6 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

NEC Scandinavia AB (NEC) deltog i en upphandling avseende telefoni som Ekerö kommun genomförde i form av förhandlat förfarande med föregående annonsering. I tilldelningsbeslut antogs en annan anbudsgivare.

NEC ansökte om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och yrkade att förvaltningsrätten skulle förordna att upphandlingen skulle göras om. Till stöd för sin talan anförde bolaget bl.a. följande. Förhandlat förfarande – Ekerö kommun har i förfrågningsunderlaget inte angett vilka omständigheter som medför att kommunen har haft möjlighet att använda sig av ett förhandlat förfarande. NEC ifrågasätter om det funnits sådana förutsättningar. Ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag bör ha kunnat utformas. Det förfrågningsunderlag som har tagits fram verkar synnerligen detaljerat beskriva de krav kommunen har. – Förfrågningsunderlaget – Kommunens utvärderingsmodell har inte gett tillräcklig ledning för leverantörerna att bedöma och förutse vilka faktorer som skulle tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbuden. Poängsättningen lämnade också ett stort utrymme för godtycke och för kommunen att i efterhand sätta värde på faktorer som inte redovisats som betydelsefulla i förfrågningsunderlaget. – Förhandlingens innehåll – Ekerö kommun har inte genomfört någon förhandling med syfte att anpassa anbuden till de krav kommunen har ställt. I den skriftliga förfrågan som gick ut – och som kommunen nu kallar en skriftlig förhandling – angavs endast att ”[n]i ges nu möjlighet att justera era priser om ni så önskar”. Förfarandet strider mot LOU.

Ekerö kommun bestred bifall till NEC:s ansökan och uppgav bl.a. följande. Förhandlat förfarande – Kommunen har trots att konsulter med specialistkompetens deltagit i arbetet inte kunnat ta fram ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag. Telefoni som tjänst är ett komplext område där utvecklingen går fort. Kommunen ville ge leverantörerna möjlighet att offerera helt nya lösningar som kunde tillgodose kommunens behov. Med beaktande därav, av osäkerheten beträffande vilka lösningar marknaden erbjuder, av att leverantören på basis av förfrågningsunderlaget skulle kunna räkna fram sina anbud samt av att kommunen skulle kunna välja det ”bästa” anbudet, var det inte möjligt att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag. Kommunen har därför inte ställt några krav på lösningar – t.ex. tekniska sådana – utan har i stället beskrivit vilka behov kommunen har. Användandet av förhandlat förfarande är förenligt med de krav som ställs i LOU. –

Förfrågningsunderlaget – Det samlade förfrågningsunderlaget innehåller all information som behövdes för leverantörerna att lägga anbud och kunna förutse vad kommunen skulle komma att värdera i utvärderingen. Det finns inte något krav att i förfrågningsunderlaget exakt ange vad som fordras för att erhålla en viss poäng i utvärderingen. – Förhandlingens innehåll – Eftersom kommunen bedömde att samtliga leverantörer offererat lösningar som tillgodosåg kommunens behov, och då det bedömdes att det inte fanns några otydligheter eller något i övrigt att förhandla kring de offererade lösningarna, bedömde kommunen att förhandlingarna kunde genomföras skriftligen och att endast priset kvarstod att förhandla om. Förhandlingarna skedde i tre omgångar där leverantörerna gavs möjlighet att sänka sina offererade priser. Förfarandet är förenligt med LOU.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2012-06-08, ordförande Eriksson)

ytrade: Tillämpliga bestämmelser – Förhandlat förfarande med föregående annonsering får enligt 4 kap. 2 § tredje punkten LOU användas bl.a. 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. – 16 kap. LOU har till viss del ändrats från och med den 1 november 2011. I detta mål är dock bestämmelserna tillämpliga enligt sina äldre lydelse. – I 16 kap. 5 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma 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. – Förvaltningsrättens bedömning – Ekerö kommun har genom att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering upphandlat ”en lösning och leverantör för telefoni som tjänst till hela [kommunens] verksamhet, ca 1 000 abonnemang/användare. Tjänsten [...] omfattar såväl teknisk plattform, terminaler och drift och utveckling av lösningen, operatörstjänster för fast- och mobil telefoni och mobilt bredband”. – Förhandlat förfarande kan endast användas i undantagsfall, bl.a. när det gäller intellektuella tjänster. Ett vanligt exempel på en sådan tjänst – och som också ofta upphandlas genom förhandlad upphandling – är komplicerade IT-tjänster. De telefonitjänster som kommunen har upphandlat kan anses utgöra en sådan intellektuell tjänst som avses i den nyss nämnda bestämmelsen. Frågan är dock om tjänsten är av en sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom ett öppet eller selektivt förfarande. En upphandling av ett journalsystem med möjlighet att hantera 1,2 miljoner patientjournaler med minst 3 000 samtidiga användare har i praxis ansetts vara av sådan art (se dom från Kammarrätten i Göteborg den 24 mars 2010 i mål nr 5650-09). Ekerö kommuns upphandling avser telefonitjänster för ca 1 000 användare. Kommunens behov är relativt detaljerat återgivet i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn härtill kan det inte anses ha varit så svårt att utarbeta ett förfrågningsunderlag att användandet av ett förhandlat förfarande är motiverat. Det förhållandet att telefoni som

tjänst är ett komplext område där utvecklingen går fort och att det hos kommunen fanns en osäkerhet beträffande vilka lösningar marknaden erbjuder medför inte heller att ett förhandlat förfarande är motiverat. Eftersom NEC sannolikt har lidit skada av kommunens agerande ska upphandlingen göras om. Vid denna bedömning saknas anledning att ta ställning till vad NEC i övrigt har anfört gällande förfrågningsunderlagets och förhandlingens innehåll. – NEC:s ansökan ska på grund av vad som anförts ovan bifallas. – Förvaltningsrätten bifaller NEC:s ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Ekerö kommun överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade att kammarrätten med ändring av domen skulle ogilla NEC:s ansökan om överprövning. Kommunen anförde bl.a. följande. Kommunen har velat upphandla en kommunikationslösning med stor mobilitet och flexibilitet som skulle möjliggöra mobil tillgång till kommunens IT-system. Upphandling av kommunikation, där telefoni ingår som en del, är i dag en IT-upphandling. Komplexiteten i IT/telefoniupphandlingar ligger i lösningar, tjänsternas uppbyggnad, integration med och beroende av andra IT-system och liknande. Komplexiteten ligger på de flesta nivåer, såväl vad gäller den fasta telefonin (såsom till exempel IP-telefoni och kraven på att telefonin ska vara integrerad med en mängd verksamhetssystem), som mobiltelefonin (där smartphones och läsplattor integrerar telefoni och IT med krav på integration med och åtkomst till ett antal IT-system). Till detta kommer den snabba utvecklingen på telefonimarknaden där nya funktioner och möjligheter kontinuerligt erbjuds samtidigt som priserna är instabila och varierar över tid. Att kommunens kravspecifikation i upphandlingen är utformad på en hög nivå talar för att upphandlingen är komplex. Kommunen förutsåg att man skulle komma att behöva förhandla olika lösningar med olika leverantörer och då gå djupare på frågor om hur de offererade lösningarna faktiskt uppfyllde de behov som beskrivits i förfrågningsunderlaget. – Kommunen har haft att ta ställning till vilket upphandlingsförfarande som var mest lämpligt baserat på de omständigheter som förelåg vid tidpunkten då upphandlingen publicerades. – NEC har inte heller lidit någon skada eftersom upphandlingen har genomförts på ett transparent sätt med iakttagande av likabehandling, objektivitet och icke-diskriminering. NEC:s påstående att man skulle betagits möjligheten att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud är oriktigt. Det har självfallet stått NEC fritt att välja såväl offererad lösning som offererat pris.

NEC bestred bifall till överklagandet och anförde bl.a. följande. Huvudregeln för offentlig upphandling är att ett öppet eller ett selektivt förfarande ska användas och att förhandlat förfarande endast får användas i undantagsfall. Det är kommunen som har bevisbördan för att ett förhandlat förfarande kan användas. Kommunen har inte pekat på någon konkret omständighet som visar att de telefonitjänster som upphandlades varit så komplexa att valet av ett förhandlat förfarande varit motiverat. Att kommunen identifierat ett behov av övergång till en mer innovativ lösning med stora möjligheter till integration med

kommunens övriga IT-system är inget som framgår av kommunens förfrågningsunderlag. Där läggs tonvikten på standardiserade och homogena lösningar och klart definierade paket. De exempel på integration med andra IT-system som nämns i förfrågningsunderlaget är enklare applikationer som e-post och kalenderfunktion. Inte heller i behovsbeskrivningen, som var en del av förfrågningsunderlaget, nämns något om den komplexitet och lösningar för integration som kommunen nu tar upp. Det är snarare fråga om konfiguration av på marknaden vanligt förekommande standardprogram. Om kommunens önskemål hade varit att få flexibla alternativ med olika alternativ för integrering hade kommunen åtminstone behövt presentera och beskriva dessa system i förfrågningsunderlaget med angivande av relevanta tekniska parametrar och operativsystem. Kommunens upphandling var således inriktad mot en standardiserad lösning som var mycket tydligt definierad och beskriven i förfrågningsunderlaget som kommunen tog fram. Därmed förelåg inte förutsättningar för kommunen att använda sig av ett förhandlat förfarande.

Konkurrensverket, som av kammarrätten anmodats att ange sin uppfattning om när ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas, anförde bl.a. följande. De grundläggande principerna för offentlig upphandling återfinns i artikel 2 samt i beaktandesats 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. I direktivet anges att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering kan motiveras vid bl.a. intellektuella tjänster. Vad som avses med intellektuella tjänster definieras inte. I artikel 30 1.c) anges dock ”projektering av anläggningar” som exempel och i beaktandesats 31 att flexibla förfaranden kan bli aktuella vid särskilt komplicerade projekt där det är svårt att på förhand bedöma vilka tekniska eller finansiella och rättsliga lösningar som är tänkbara. Enligt Konkurrensverkets mening implicerar ordet intellektuell att det i vart fall krävs ett visst mått av kvalificerat tänkande och analys, kreativitet, teknisk problemlösningsförmåga eller dylikt från leverantörens sida. – Om det kan konstateras att den tjänst som ska upphandlas är en intellektuell tjänst är nästa moment att bedöma om tjänsten är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag som möjliggör att välja det bästa anbudet vid användning av något av normalförfarandena. Att det är tjänstens art som ska bedömas innebär att bedömningen ska ske med utgångspunkt i tjänstens karaktär som sådan och inte i den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning om sin kapacitet att upphandla tjänsten i ett öppet eller selektivt förfarande. Enligt Konkurrensverket torde ett förhandlat förfarande med föregående annonsering kräva att den aktuella tjänsten är så avancerad, komplex eller av så dynamisk karaktär att det på goda grunder kan antas att en upphandlande myndighet inte förmår att specificera den lösning som efterfrågas eller av något annat skäl inte kan bedöma vilken alternativ lösning som är att föredra utan att förhandla med anbudsgivarna. Det är

dock ofrånkomligt att alla bedömningar huruvida en viss tjänst är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag är av utpräglad in casu-karaktär. Att i generella termer och med någon närmare precision redogöra för undantagets räckvidd torde därför inte vara möjligt. Bedömningen måste i stället göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. – Vad gäller bevisbördans placering framgår av praxis från EU-domstolen att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förhandlat förfarande kan tillämpas. Av denna praxis framgår vidare att tolkningen ska vara restriktiv och att det är endast i rena undantagsfall som en upphandlande myndighet kan använda sig av ett förhandlat förfarande, se bl.a. mål 199/85 Kommissionen mot Italien, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien och mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland. Ovan nämnd praxis avser dock förhandlat förfarande *utan* föregående annonsering. Något vägledande avgörande från EU-domstolen rörande förhandlat förfarande *med* föregående annonsering finns inte. Enligt Konkurrensverket saknas anledning att göra åtskillnad mellan de båda förfarandena, åtminstone vad gäller bevisbördans placering. Den praxis som har utvecklats torde således även gälla vid annonserade förfaranden. Konkurrensverket anser att de risker som kan vara förknippade med ett förhandlat förfarande med föregående annonsering inte gör sig gällande med samma styrka som de risker för utebliven eller snedvriden konkurrens och bristande likabehandling som kan kopplas till icke-annonserade förfaranden. Konkurrensverket anser därför att tolkningen av undantagets räckvidd vid ett förfarande med föregående annonsering inte bör vara lika restriktiv som vid ett icke-annonserat förfarande. – I sammanhanget bör också nämnas att det förhållandet att det de facto inte ägt rum några förhandlingar mellan myndighet och anbudsgivare inte med automatik bör ses som en bekräftelse på att den aktuella upphandlingen inte varit tillräckligt komplex för att motivera ett undantagsförfarande. I stället bör bedömningen enligt Konkurrensverkets mening utgå från de faktiska omständigheterna vid tidpunkten då den upphandlande myndigheten tog ställning till vilket förfarande som skulle användas.

Kammarrätten i Stockholm (2012-12-17, Sundlöf, Schömer, referent, Hammarström) yttrade: Enligt huvudregeln i 4 kap. 1 § LOU ska offentlig upphandling ske genom öppet eller selektivt förfarande. Under vissa angivna förutsättningar kan emellertid den upphandlande myndigheten använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Detta gäller bland annat för intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, se vidare 2 § första stycket 3. – I likhet med förvaltningsrätten finner kammarrätten att den telefonitjänst som kommunen har upphandlat är en sådan tjänst som faller in under

begreppet intellektuell tjänst i LOU:s mening. Frågan är då om tjänsten också är av sådan art att kommunen inte kunnat utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen med stöd av bestämmelserna om öppna eller selektiva förfaranden.

Bevisbördan härför vilar på kommunen. – Vid bedömningen av om kommunen uppfyllt sin bevisbörda i detta avseende finner kammarrätten att även om förhandlat förfarande med föregående annonsering bör kunna godtas i fler fall än till exempel motsvarande förfaranden utan annonsering, har kommunen i förevarande mål inte visat – varken genom de handlingar som publicerats i upphandlingen eller genom vad som i övrigt anförts – att den upphandlade telefonitjänsten varit så avancerad, så komplex eller av så dynamisk karaktär att kommunen inte kunnat utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för ett öppet eller selektivt förfarande. Utredningen i målet ger snarare stöd för motsatsen, dvs. att ett sådant förfrågningsunderlag mycket väl hade kunnat utarbetas på ett ändamålsenligt vis. Någon möjlighet att frångå huvudregeln i 4 kap. 1 § LOU har därmed inte funnits. – Vad gäller frågan om NEC riskerat att lida skada av kommunens agerande gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därmed avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.

Ekerö kommun överklagade kammarrättens dom och yrkade att Högsta förvaltningsdomstolen skulle avslå ansöknings om överprövning. Kommunen anförde att upphandlingen genomförts i enlighet med LOU.

Bolaget förelades att svara på överklagandet men hördes inte av.

Högsta förvaltningsdomstolen (2013-07-01, Jermsten, Nord, Ståhl, Silfverberg, Bull) yttrade:

Skälen för avgörandet

Enligt 16 kap. 4 § 1 LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Motsvarande bestämmelser fanns i 16 kap. LOU även i dess lydelse före den 1 november 2011.

Bestämmelsen i 16 kap. 4 § LOU reglerar talerätten. Vad beträffar denna är det sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. I 16 kap. 6 § regleras förutsättningarna för domstol att ingripa mot upphandlingen med stöd av vad som anförts i ansöknings. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats.

Den aktuella upphandlingen påbörjades i mars 2011 och avslutades ungefär ett år senare. Fyra anbudsgivare deltog i det förhandlade förfarandet, varav bolaget var en. I ansökningen om överprövning – som ingavs efter det att förfarandet slutförts och bolaget förlorat upphandlingen – framförde bolaget invändningar som bl.a. tog sikte på dels valet av förfarande, dels hur förfarandet genomfördes. Bolaget anförde att varken bolaget eller någon av de övriga anbudsgivarna fått möjlighet att lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud och att det därmed fick anses att bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att bolaget inte klargjort på vilket sätt valet av förfarande har medfört skada eller risk för skada för bolaget. Inte heller har bolaget konkretiserat på vilket sätt övriga påstådda brister har medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Mot den bakgrunden saknas anledning att göra någon prövning av i vilken mån det funnits utrymme för den upphandlande myndigheten att välja förhandlat förfarande.

Av det anförda följer att bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och avslår ansökningen om överprövning.

Mål nr 96-13, föredragande M. Andersson