



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2017-03-10

Meddelad i Stockholm

Mål nr

25929-16

SÖKANDE

HCL Technologies Ltd.

Ombud: Advokat Niclas Carlsson och Jur.kand. Johan Mellenius

Time Advokatbyrå KB

Box 590

114 11 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad

Stadshuset

105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 821695

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag-fredag 08:00-16:30

BAKGRUND

Stockholms stad (staden) genomför en upphandling avseende tjänster för it-service för stadens pedagogiska verksamheter (dnr 2.4.2-7622/2015). Upphandlingen genomförs genom förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Bland annat Fujitsu Sweden AB (Fujitsu), HCL Technologies Ltd. (HCL) och CSC Sverige AB (CSC) lämnade anbud. I tilldelningsbeslut den 24 november 2016 har staden beslutat att tilldela kontraktet till Fujitsu. CSC:s anbud bedömdes vara näst mest ekonomiskt fördelaktigt och HCL placerades efter CSC.

YRKANDEN M.M.

HCL ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att förnyad anbudsprövning ska ske varvid Fujitsus och CSC:s respektive anbud inte ska beaktas och nytt tilldelningsbeslut meddelas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan har HCL anfört bl.a. följande. Till grund för förstahandsyrkandet åberopar HCL att staden har åsidosatt de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU genom att vid prövningen av Fujitsus och CSC:s anbud i upphandlingen ta dessa leverantörer vidare till förhandling och utvärdering trots att deras respektive anbud inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav som staden uppställt i ansökningsinbjudan och anbudsinbjudan. Detta har medfört att HCL lidit eller kan komma att lida skada. Till grund för andrahandsyrkandet åberopar HCL att staden har åsidosatt den grundläggande principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU genom att inte utforma ställda obligatoriska krav på ett tydligt sätt samt att detta har medfört att HCL har lidit eller kan komma att lida skada.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Staden har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU. För det fall brister skulle anses föreligga såvitt avser ansökningsunderlaget, anbudsunderlaget eller förfarandet i övrigt är bristerna inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts. Skäl för beslut om att upphandlingen ska rättas eller göras om saknas därför.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

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

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att om den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att den leverantör som ansökt om överprövning 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.

Fråga om Fujitsus och CSC:s anbud skulle ha förkastats

Fujitsu: Bilaga 13 Underleverantörer

I Bilaga 13 anges att ”syftet med bilagan är att lista samtliga eventuella underleverantörer som leverantören avser att använda under avtalet för tillhandahållande av tjänsterna. Det innebär att samtliga underleverantörer listade i ansökningsinbjudan samt i Bilaga U 1A (Svarsbilaga anbud) ska ingå i listan nedan.”

HCL anför bl.a. följande. Fujitsu har under kvalificeringsfasen åberopat referensuppdrag utförda av koncernbolag i Finland, Italien och Spanien. Fujitsu angav dock i listan i Bilaga 13 till sitt anbud inte ett enda av de utländska bolag inom Fujitsu-koncernen som hade utfört de referensuppdrag som Fujitsu hade åberopat under kvalificeringsfasen. Det innebär att dessa koncernbolag inte kommer att vara upptagna bland underleverantörerna i bilagan till upphandlingskontraktet då den ifyllda Bilaga 13 skulle utgöra en underbilaga till Bilaga A Kommersiella villkor. Fujitsu kommer således kunna anlita annan eller själv kunna utföra de åtaganden som annars skulle ha ålegat dessa koncernbolag. Genom att godta detta vid anbudsprövningen har staden avvikit från uppställda krav och gynnat Fujitsu.

Staden anför bl.a. följande. Det bestrids att Fujitsu kan anlita andra för utförande av tjänsterna än de koncernbolag som utfört referensuppdragen utan stadens skriftliga godkännande. Föreskriften i Bilaga 13 om överflyttning av underleverantörer från anbudsansökan till listan i Bilaga 13 är endast ett ordningskrav och inte ett obligatoriskt krav. Kravet på hur Bilaga 13 ska utformas är inte ett krav för att kunna avgöra leverantörens lämplighet eller kapacitet och inte ett krav på att godkänna eller acceptera kontraktsvillkoren i upphandlingen. Stadens avsikt är således att samla de underleverantörer som angavs för uppfyllande av referensuppdragen vid kvalificeringen med de underleverantörer som angavs i Bilaga 13 till en avtalsbilaga, benämnd bilaga 13. Bilagor innehållande stadens obligatoriska krav var listade i avsnitt 3 i Bilaga U 1A. Det obligatoriska kravet är att de underleverantörer som utfört referensuppdragen även ska utföra de kommande tjänsterna. Det kravet har inte frångåtts. HCL har vidare gjort på samma sätt som Fujitsu när de angett sina underleverantörer och samtliga anbudsgivare har således behandlats likvärdigt.

HCL tillägger bl.a. följande. Staden påstår nu att den avser tvinga Fujitsu att anlita koncernbolagen i Finland, Spanien och Italien för att utföra tjänsterna och att lägga till dessa till Bilaga 13. Även ett sådant förfarande strider mot likabehandlings- och transparensprincipen eftersom staden inte har rätt att låta Fujitsu komplettera sitt anbud med nya underleverantörer efter anbudstidens utgång och än mindre efter det att tilldelningsbeslut meddelats. Det stämmer inte att HCL gjort på samma sätt. Fujitsu kan inte på grund av sitt bristfälliga anbud säkerställa att erfarenheten från de åberopade referensuppdragen kommer staden till godo. Om förvaltningsrätten skulle acceptera stadens inställning menar HCL att det inte varit fråga om avvikelser från ordningskrav utan avvikelser från högst väsentliga krav av stor betydelse för leverantörerna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet är ostridigt att ett obligatoriskt krav i kvalificeringsfasen, angivet i ansökningsinbjudan, var att den underleverantör som en referens avsåg också skulle vara den som skulle utföra motsvarande tjänst i den kommande upphandlingen. Det är vidare ostridigt att Fujitsu inte på nytt angav de koncernbolag som angavs i kvalificeringsfasen i Bilaga 13. Frågan för förvaltningsrättens prövning är således om det i upphandlingen finns ett obligatoriskt krav på att samtliga underleverantörer som åberopats i kvalificeringsfasen på nytt ska anges i Bilaga 13.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att staden i upphandlingsunderlaget inte på ett optimalt sätt redogjort för vad som är obligatoriska krav för åtagandet. Förvaltningsrätten anser dock att underlaget får förstås så att de obligatoriska kraven finns i anbudsinbjudan och i Bilaga U 1A. I Bilaga U 1A finns obligatoriska krav i punkten 3 och de bilagor som spaltas upp under punkten är också att anses som obligatoriska och ska accepteras i

sin helhet vid avtalets ingående. De krav som framställs i Bilaga 13 är således obligatoriska krav och ett av de kraven är att samtliga underleverantörer listade i ansökningsinbjudan och i Bilaga U 1A ska ingå i listan i Bilaga 13. Fujitsu har ostridigt inte återupprepat de underleverantörer som angavs i kvalificeringsfasen i sin Bilaga 13 och således avviker Fujitsus anbud från det obligatoriska kravet.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (se EU-domstolens avgörande mål C-243/89 Europeiska gemenskapernas kommission mot Danmark, särskilt punkten 37). Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling (jfr HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten anser att staden har brutit mot den grundläggande principen om likabehandling som följer av 1 kap. 9 § LOU genom att inte förkasta Fujitsus anbud trots att anbudet inte uppfyllde ställt obligatoriskt krav. HCL måste dock ha lidit skada av överträdelsen för att förvaltningsrätten ska ingripa i upphandlingen. Förvaltningsrätten återkommer till huruvida HCL lidit skada efter att samtliga angripunkter, såväl vad gäller Fujitsus som CSC:s anbud, prövats av förvaltningsrätten.

Fujitsu: Språkkrav

Punkt 2.6.3 Anbudsspråk och formalia i anbudsinbjudan innehåller följande krav: *"Anbud ska lämnas på svenska. Enstaka ord, fraser, vedertagna begrepp samt tekniska specifikationer eller liknande uppgifter och handlingar får dock vara på engelska. Eventuella intyg och officiella*

dokument som inte kan tas fram på svenska och som i original är författade på annat språk, får lämnas utan att översättas till svenska. Anbudsgivaren ska på begäran av staden kunna översätta sådana intyg och officiella dokument från originalspråk till engelska”.

HCL anför bl.a. följande. Fujitsu har trots skrivelsen i punkten 2.6.3 i anbudsinvjudan till sitt anbud bifogat interna dokument på engelska benämnda ”Case studies”. Dokumenten har bifogats som underbilagor till en bilaga till anbudet benämnd ”Redovisning Samverkan”. De har därmed utgjort en del av underlaget för stadens utvärdering av Fujitsus anbud. Genom att godta detta har staden avvikit från ställda krav och gynnat Fujitsu.

Staden anför bl.a. följande. De tre ”Case studies” som sökanden hänvisar till har inte haft någon relevans vid stadens utvärdering av Fujitsus anbud. I punkt 4.2 Samverkan i Bilaga U 1A efterfrågas lösningsförslag avseende samverkan varvid hänvisas till Bilaga A 3 (styrning och planering) och Bilaga A 7C (leveranser från GSIT 2.0-leverantören). Redovisningen skulle ske i ett separat dokument benämnt ”Redovisning Samverkan”. Fujitsus redovisning omfattade exakt de efterfrågade punkterna som angavs i bilagorna. Det som Fujitsu bifogat utöver denna redovisning har betraktats som överskottsinformation. Det skulle stå i strid mot proportionalitetsprincipen om staden hade förkastat anbudet på grund av att överskottsinformation var avfattad på engelska.

HCL tillägger bl.a. följande. Det är inte relevant om de engelska handlingarna Fujitsu lämnat in har påverkat stadens anbudsutvärdering eller inte. Stadens förfarande om att bara beakta vissa delar av inlämnade anbud strider också mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Fujitsu har till sitt anbud skickat med dokument benämnda ”Case studies” som är avfattade på engelska. I anbudsintjudan finns ostridigt ett språkrav som anger att anbuden, med vissa undantag, ska vara på svenska. Det synes vidare ostridigt att inget av undantagsfallen är tillämpliga på dokumenten i fråga.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget saknar närmare vägledning om vilka handlingar som bör innefattas i begreppet ”anbud”. Samtliga handlingar som anbudsgivaren lämnat in till den upphandlande myndigheten till stöd för att uppfylla ställda krav i förfrågningsunderlaget måste således i förvaltningsrättens mening anses omfattas av begreppet (jfr Kammarrätten i Stockholms domar den 26 april 2011 i mål nr 6969-10 och den 28 februari 2014 i mål nr 7483-13). Fujitsu har således inte uppfyllt det obligatoriska språkravet genom att till sitt anbud bifoga dokument, som inte innefattas av undantagen, på engelska. Frågan blir därmed om avvikelsen från det obligatoriska kravet innebär att anbudet från Fujitsu skulle ha förkastats eller om ett sådant ingripande, som staden anfört, vore oproportionerligt.

Proportionalitetsprincipen innebär i detta sammanhang att den uppgift som medför diskvalificering måste vara relevant för upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 27 juni 2014 i mål nr 1547-14 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 augusti 2014 i mål nr 897-14).

Syftet med språkravet i fråga måste enligt förvaltningsrättens mening vara att underlätta stadens bedömning av anbuden. Förvaltningsrätten anser inte att staden, med beaktande av avvikelsen i förhållande till det aktuella kravet, kunnat jämföra de lämnade anbuden på ett objektiva sätt. Avvikelsen är av

sådan art att det kan ha gett Fujitsu konkurrensfördel gentemot övriga leverantörer och det är inte osannolikt att någon leverantör har avhållit sig från att lämna anbud på grund av kravet. Språkravet är vidare tydligt och transparent och det måste således stå klart för anbudsgivare att de riskerade att förkastas om de skickade in handlingar till sitt anbud som inte var på svenska. Vid dessa förhållanden framstår avvikelserna från det obligatoriska kravet som väsentliga för upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening får det aktuella kravet anses vara proportionerligt. Staden har därmed brutit mot den grundläggande principen om likabehandling som följer av 1 kap. 9 § LOU genom att inte förkasta Fujitsus anbud trots att anbudet inte uppfyllde ställt obligatoriskt språkrav. HCL måste dock ha lidit skada av överträdelsen för att förvaltningsrätten ska ingripa i upphandlingen. Förvaltningsrätten återkommer till huruvida HCL lidit skada efter att samtliga angripningspunkter, såväl vad gäller Fujitsus som CSC:s anbud, prövats av förvaltningsrätten.

Fujitsu: Införande

I punkten 3 i Bilaga 5A Införande anges följande: ”Stadens ansvar vid införandet begränsar sig till att tillhandahålla befintlig information och dokumentation om verksamheterna och system, samt att erbjuda tillgång till de nätverk och lokaler som krävs för leverantörens arbete med införandet. Staden ska genomföra de beställningar som krävs under införandet. Staden ansvarar för att tillsätta stadens projektorganisation för införandet”.

HCL anför bl.a. följande. I punkten 3.6.3.1 i Fujitsus anbudsbilaga ”Redovisning införande” anger Fujitsu att bolaget avser använda lokalt it-stöd för flera ändamål. Att Fujitsu avser använda ”lokalt it-stöd” innebär att Fujitsu tänker använda stadens personal vid införandet, vilket innebär att staden själv måste utföra en mängd arbete. Således kommer stadens ansvar

inte att vara begränsat såsom angetts i punkten 3 i Bilaga 5A vilket är grund för uteslutning av Fujitsus anbud.

Staden anför bl.a. följande. Staden bestrider att uppgiften i Fujitsus anbud om att Fujitsu avser att använda lokalt it-stöd innebär att stadens ansvar ökar i enlighet med punkten 3 i Bilaga 5A. Vid förhandlingstillfällena har samtliga anbudsgivare inklusive Fujitsu bekräftat att de accepterar stadens samtliga krav kring införandet, att anbudsgivarna är huvudansvariga för införandet samt att de är införstådda med den varierande graden av lokalt it-stöd, se utdrag ur förhandlingsprotokoll "Förhandlingmöte 2 – Införande" med Fujitsu den 14 september 2016. Inte heller för detta bedömningsområde har Fujitsu angivit några avvikelser från stadens krav i Bilaga U 1B. Fujitsu erhöll vidare 4 av 9 möjliga kvalitetspoäng i stadens utvärdering då staden exempelvis pekar på att det föreligger vissa mindre osäkerhetsmoment avseende trovärdigheten, se utdrag ur Utvärdering av inkomna anbud punkt 2.3.1.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Utöver stadens åtaganden, angivet i Bilaga 5A, punkten 3, framgår leverantörens åtaganden av punkten 2 i angivna bilaga. Däri anges bl.a. att leverantören är huvudansvarig för införandet.

I 4 kap. 3 § LOU anges att vid förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 §. Som huvudregel gäller att det står den upphandlande myndigheten fritt att själv avgöra såväl omfattning av som innehåll i förhandlingen så länge förfarandet uppfyller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU (se "Lagen om

offentlig upphandling - En kommentar”, Rosén Andersson m.fl., Upplaga 1:1 2013, s.220 f.).

Av upphandlingsprotokollet, punkten 5.6, framgår att ett syfte med förhandlingarna är att staden bättre ska förstå anbudsgivarens lösningsförslag för att på ett korrekt sätt kunna utvärdera anbudet och att lösningsförslag kan klagöras, utvecklas och justeras. I förhandlingar är det inte möjligt att göra avkall på de i stadens förfrågningsunderlag uppställda obligatoriska kraven.

Förvaltningsrätten anser inte att staden, genom att utvärdera Fujitsus anbud innehållande uppgifter om att lokalt it-stöd avsågs användas i viss mån vid införandet, brutit mot någon upphandlingsrättslig princip. Staden har inte frångått uppställt krav i anbudsinbjudan på att leverantören ska vara huvudansvarig för införandet när Fujitsus anbud kvalificerades. Detta har vidare förtydligats vid förhandlingarna väl i enlighet med syftet med nämnda förhandlingar, dvs. att förtydliga och förbättra anbuderna inför den stundande utvärderingen, utan att för den delen ändra anbudet på så vis att det efter förhandlingar uppfyller ett obligatoriskt krav som inte var uppfyllt dessförinnan. Inget obligatoriskt krav har således trätts för när i frågan och det saknas därför skäl för ingripande mot bakgrund av vad HCL anför i denna del.

Fujitsu och CSC: Tekniska krav

HCL anför bl.a. följande. Fujitsu och CSC har inte uppfyllt två av de tekniska krav som staden uppställt i punkt 10.2.1 och punkt 4.3 i Bilaga 7A Tjänster för Digitala Enheter. Staden har i punkt 10.2.1 i Bilaga 7A ställt kravet att leverantören ska tillhandahålla enkla metoder så att användare på egen hand kan initiera ominstallation av sin digitala enhet via antingen trådlöst eller trådat nät. För att användare ska ha möjlighet att initiera en ominstallation av digital enhet eller ett återställande av diskrypterings-

funktion krävs ett manageringssystem som kan hantera kravställda funktioner på digitala enheter med OSX. Fujitsu har i punkt 3.5.2.2 och 3.10.4 i anbudsbilagan "Redovisning Tjänster för Digitala Enheter" angett att Fujitsu avser använda Microsoft Intune för detta ändamål. För digitala enheter med operativsystemet OSX uppfyller dock Microsoft Intune inte de ställda kraven. CSC bytte under förhandlingarna manageringsverktyg till MobileIron. MobileIron uppfyller dock inte kravet i punkt 10.2.1 i Bilaga 7A. Av dessa anledningar borde Fujitsus och CSC:s anbud ha uteslutits.

Vidare i Bilaga 7A har staden i punkt 4.3 ställt följande krav: *"Klient-VPN ska erbjudas för medarbetare och anslutning ska kunna göras på ett enkelt sätt. Det ska vara möjligt att ställa in klient-VPN för automatisk anslutning när den digitala enheten startar. Klient-VPN ska tillhandahållas digitala enheter med Windows"*.

Kravet i punkt 4.3 i Bilaga 7A har inte uppfyllts av Fujitsu eller CSC då de i sina respektive anbudsbilagor "Redovisning Tjänster för Digitala Enheter" angett att de kommer att tillhandahålla klient-VPN i form av Microsoft DirectAccess. Microsoft DirectAccess kan dock inte användas för digitala enheter med Windows Phone eller Windows Mobile. Således borde Fujitsus och CSC:s anbud ha uteslutits även på denna grund. HCL åberopar till stöd för sin talan utlåtanden från Senior konsult och Systems Management expert vid Enfo Sweden AB respektive Senior EMM Expert vid HCL.

Staden anför bl.a. följande. Staden har inte ställt exakta tekniska krav i upphandlingen. Istället har staden beskrivit funktioner, processer och tjänster i allmänna och funktionella termer och efterfrågat anbudsgivarnas lösningsförslag, vilka sedan bedömts. Som framgår av punkt 4.1.3 i anbudsinvjudan innebär det faktum att staden granskar trovärdigheten i anbudsgivarens förslag inte att staden ikläder sig ansvar för lösningens förmåga att uppnå utlovat resultat vid leveranstidpunkten. Detta ansvar,

liksom ansvaret för eventuella felrättande åtgärder, vilar på anbudsgivaren. Både Fujitsu och CSC erhöll 4 av 9 möjliga kvalitetspoäng i stadens utvärdering av tjänster för digitala enheter. I utvärderingen pekar staden på att det föreligger vissa mindre osäkerhetsmoment avseende trovärdigheten, se utdrag ur Utvärdering av inkomna anbud, punkt 2.2.4 avseende CSC respektive punkt 2.3.4 avseende Fujitsu. Som framgår av punkt 4.5 i anbudsintjudan är det enbart anbud som vid utvärderingen erhöll 0 kvalitetspoäng för något enskilt bedömningsområde som inte kan antas. Vad gäller bristen som anförs i Fujitsus respektive CSC:s lösningsförslag framgår det av Bilaga 7A avsnitt 2.2.3 *"Hur tjänsteutbudet ska se ut för olika Digitala Enheter med andra operativsystem än Windows ska överenskommas mellan leverantören och stadens centrala beställarorganisation"*. Staden har således inte haft varken möjlighet eller anledning att utesluta Fujitsus eller CSC:s anbud.

HCL tillägger bl.a. följande. Fujitsu och CSC borde ha tilldelats noll poäng för trovärdighet då det står klart att varken Fujitsu eller CSC med sina respektive lösningsförslag kommer kunna uppnå en leverans som uppfyller de ställda kraven.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Fujitsu och CSC har i sina anbud lämnat de beskrivningar som efterfrågats i anbudsintjudan. Anbudsintjudan har inte innehållit något förbud mot att använda sig specifikt av Microsoft Intune, MobileIron eller Microsoft DirectAccess i lösningsförslagen. Förvaltningsrätten anser inte att staden brutit mot någon upphandlingsrättslig princip genom att kvalificera Fujitsus eller CSC:s anbud till utvärdering. Staden har således genom kvalificeringen av anbuderna inte frångått de krav staden uppställt i punkt 10.2.1 och punkt 4.3 i Bilaga 7A utan fråga hur väl lösningsförslagen motsvarar dessa krav prövas istället i utvärderingen mot angivna utvärderingskriterier.

Det ankommer inte på domstolar att vid överprövning av offentlig upphandling göra en egen utvärdering av anbuden. En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma utvärderingsmodeller och att utvärdera anbuden. Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling. Detta innebär att den upphandlande myndigheten är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget (jfr t.ex. RÅ 2010 ref. 78, Kammarrätten i Stockholms dom den 5 september 2012 i mål nr 2304-12 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 16 februari 2017 i mål nr 2361-16).

Förvaltningsrätten anser inte heller att stadens utvärdering av Fujitsus och CSC:s anbud har gjorts i strid med de kriterier som angetts i anbudsinvjudan eller LOU. Staden har bedömt att uppgifterna säkerställer att Fujitsu och CSC har förutsättningar att klara åtagandet, i enlighet med vad som anges i anbudsinvjudan. Detta med beaktande av att staden granskar trovärdigheten i anbudsgivarens förslag och inte ikläder sig ansvar för lösningens förmåga att uppnå utlovat resultat vid leveranstidpunkten jämlikt punkt 4.1.3 i anbudsinvjudan. Förvaltningsrätten anser vidare inte att det i övrigt framkommit skäl att ifrågasätta den utvärdering staden gjort, där såväl Fujitsu som CSC tilldelats 4 av 9 möjliga kvalitetspoäng i stadens utvärdering av tjänster för digitala enheter och inte 0 poäng vardera som HCL påkallat. Utifrån de omständigheter HCL anfört saknas därmed skäl för ingripande.

CSC: Bilaga 13 med angivna underleverantörer

HCL anför bl.a. följande. Anbudsgivarna ska fylla i sina underleverantörer under punkt 2 i Bilaga 13. Istället för att följa stadens anvisningar har CSC bifogat en egen Bilaga 13 till sitt anbud. I CSC:s Bilaga 13 saknas de

bestämmelser och förpliktelser som återfinns under punkt 1 i stadens Bilaga 13. Detta innebär också att om CSC hade tilldelats upphandlingskontraktet skulle Bilaga 13 ha varit mer förmånlig för CSC än den av staden anvisade texten i stadens Bilaga 13. Genom att godta detta har staden avvikit från ställda krav och gynnat CSC. Genom att modifiera sitt anbud har CSC lämnat ett "orent anbud".

Staden anför bl.a. följande. I avsnitt 7 Underleverantörer, i Bilaga U 1A anges att anbudsgivaren ska lista de underleverantörer som avses användas och att detta bör bifogas i ett separat dokument som namnges "Svar på Bilaga 13 Underleverantörer". CSC har listat sina underleverantörer i en sådan bilaga. CSC har därmed på ett korrekt sätt följt givna anvisningar. Staden bestrider att om CSC hade tilldelats upphandlingskontraktet hade Bilaga 13 varit mer förmånlig för dem än den av staden anvisade texten i Bilaga 13. Skyldigheten att inhämta godkännande från staden framgår av de kommersiella villkoren, punkt 4.11, varför CSC ändå är bunden av denna skyldighet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet är ostridigt att CSC i en egen Bilaga 13, och inte i den av staden upprättade bilagan, angett de underleverantörer CSC avsett anlita vid avtalets ingående. HCL har anfört att CSC på detta sätt gett in ett "orent anbud" och att CSC:s avtal med staden skulle bli mer förmånligt då CSC inte bundit sig till de förpliktelser staden angivit under punkten 1 i Bilaga 13.

Förvaltningsrätten anser inte att det föreligger ett obligatoriskt krav som anger att Bilaga 13 tvunget ska ha viss form. Dock anges i punkten 7 i Bilaga U 1A att Bilaga 13 bör skickas in som en egen bilaga benämnd "Svar på bilaga 13". CSC har listat sina underleverantörer i en sådan bilaga. CSC

har därmed på ett korrekt sätt följt givna anvisningar. Förvaltningsrätten finner inte att staden genom att kvalificera CSC:s anbud i denna del brutit mot LOU eller trätt någon av de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna förnär och det saknas således skäl för ingripande.

Fråga om förfrågningsunderlaget varit tillräckligt tydligt

I andra hand yrkar HCL att kraven inte varit tillräckligt tydligt angivna och att upphandlingen därmed inte uppfyllt den grundläggande principen om transparens. Upphandlingen ska därför göras om. De krav som åsyftas är de krav i upphandlingen som HCL anfört att staden inte tillämpat på ett korrekt sätt. HCL anger närmare att punkten 3 i Bilaga 5A inte är förenlig med transparensprincipen. Om det varit tydligt att anbudsgivare kunde begära att personal från staden skulle tas i anspråk hade HCL kunnat lämna ett annorlunda utformat och mer konkurrenskraftigt anbud. HCL har därigenom lidit skada.

Staden anför bl.a. följande. Staden bestrider att ställda krav inte varit tillräckligt tydligt angivna och att upphandlingen därmed inte uppfyllt den grundläggande principen om transparens. Om sökanden uppfattat de ställda kraven som otydliga borde sökanden ha framfört detta under anbudstiden eller förhandlingarna enligt anbudsinvjudan avsnitt 2.7.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det avgörande vid bedömningen av om ett förfrågningsunderlag uppfyller LOU:s krav gällande transparens är om förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå kraven på samma sätt (jfr EU-domstolens avgörande C-19/00 SIAC Construction Ltd).

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling och att gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten anser att det måste framstå som klart för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör hur anbudet ska utformas för att vara så konkurrenskraftigt som möjligt. Detta trots att förfrågningsunderlaget inte varit optimalt utformat då det innehållit viss otydlighet, bl.a. vad gäller skrivelserna kring Bilaga 13 som förvaltningsrätten redogjort för ovan under rubriken "Fujitsu: Bilaga 13 Underleverantörer". Förvaltningsrätten anser inte att det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen på den grunden att staden brutit mot principen om transparens vid utformningen av förfrågningsunderlaget i de delar som omfattas av HCL:s förstahandsyrkande.

Fråga huruvida HCL har lidit eller riskerat att lida skada

Förvaltningsrätten har under rubrikerna "Fujitsu: Bilaga 13 Underleverantörer" och "Fujitsu: Språkkrav" funnit att staden brutit mot den grundläggande principen om likabehandling som följer av 1 kap. 9 § LOU genom att inte förkasta Fujitsus anbud trots att anbudet inte uppfyllde i upphandlingen ställda obligatoriska krav. En ytterligare förutsättning för ingripande enligt LOU är dock att HCL lidit eller kan komma att lida skada till följd av en överträdelse av bestämmelserna i LOU eller någon av de grundläggande principerna. HCL placerade sig på tredje plats vid den aktuella utvärderingen. Förvaltningsrätten har funnit att det inte har framkommit skäl att förkasta CSC:s anbud som placerade sig på andra plats i upphandlingen. Detta innebär att HCL inte lidit eller kan komma att lida

skada. Det saknas därmed grund för att på av HCL anförda grunder ingripa med stöd av 16 kap. LOU. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Erik Mellstrand

Rådman

Miriam Khelil har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.