



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredragande: J. Blom

DOM
2011-05-31
Meddelad i
Luleå

Mål nr
450-11 E
D2

SÖKANDE

Comdate Aktiebolag, 556364-8962
Box 775
941 28 Piteå
Ombud:
1. Advokaten Liselott Fröstad
2. Jur. kand. Håkan Andersson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Gällivare kommun
982 81 Gällivare
2. Kiruna kommun
981 85 Kiruna
3. Pajala kommun
984 85 Pajala
4. Lapplands Kommunalförbund
Pajala kommunhus
984 85 Pajala

Ombud för 1-4:
Anna-Therése Järvenpää
Lapplands Kommunalförbund

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ”Trådlöst nätverk” får avslutas först sedan utvärderingen gjorts om, varvid TDC Sverige AB:s anbud inte ska erhålla poäng vid utvärderingen av bör-krav nr 3 (3x3 MIMO).

KONKURRENSVERKET	
2011-06-03	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 16134

Postadress Box 849 971 26 Luleå	Besöksadress Skeppsbrogatan 41	Telefon 0920-29 54 90 E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se www.dom.se	Telefax 0920-29 54 98	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-16:00
--	--	---	---------------------------------	--

BAKGRUND

Lapplands Kommunalförbund, Kiruna kommun, Gällivare kommun och Pajala kommun (samtliga benämnda kommunalförbundet nedan) har genom öppen upphandling upphandlat ”Trådlöst nätverk”. Endast två anbudsgivare gick vidare till utvärderingsfasen, TDC Sverige AB (nedan TDC) och Comdate Aktiebolag (nedan bolaget). Enligt tilldelningsbesked den 24 februari 2011 tilldelas TDC avtalet.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bolaget har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom ny anbudsutvärdering.

Kommunalförbundet har motsatt sig bifall till ansökan.

GRUNDER M.M.

Bolaget

Bolaget har anfört bl.a. följande. I utvärderingsredovisningen anges att bolagets anbud har offererat 9 av 12 efterfrågade bör-krav i utvärderingen av anbud. Detta ger 7,5 poäng. Av anbudsformuläret framgår att antalet uppställda bör-krav endast är 11 stycken. Poängberäkningen av bolagets anbud är således felaktig och ska rätteligen vara 9 poäng, dvs. samma som TDC:s anbud. Då bolagets anbud har det lägsta priset utgör det i en sådan situation per definition det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Redan av denna anledning ska bolaget tilldelas kontrakt.

Oavsett ovanstående är utvärderingen av bolagets anbud felaktigt genomförd eftersom anbudet rätteligen ska tilldelas i vart fall ytterligare två po-

äng för uppfyllande av bör-krav. Bolaget har i anbudsformuläret bekräftat att samtliga uppställda bör-krav uppfylls. Något skäl för den upphandlande myndigheten att ifrågasätta dessa uppgifter finns inte och någon dokumentation till styrkande av uppfyllandet ska inte enligt förfrågningsunderlaget inges. Det är anbudsgivarens uppgifter i anbudsformuläret som ska ligga till grund för bedömningen av huruvida bör-kraven är uppfyllda eller inte. Uppgifterna i anbudsformuläret ska gälla före annan uppgift rörande bör-krav på annan plats i anbudet. Redan av denna anledning ska bolagets anbud rätteligen vid utvärderingen erhålla full poäng i utvärderingskriteriet prestanda/funktion/administration/användarvänlighet.

I bolagets anbud finns förfrågningsunderlaget kommenterat. Även här har bolaget klargjort att bör-kraven uppfylls samt även i viss utsträckning på vilket sätt detta görs. Kommunalförbundet har baserat sin bedömning av i vilken mån anbudet uppfyller ställda bör-krav på vad som angetts där. Förutom att detta är felaktigt redan av den anledningen att det är anbudsformuläret som ska ligga till grund för bedömningen har kommunalförbundet gjort en felaktig bedömning av anbudets uppfyllande av bör-kraven, i synnerhet punkt 10 och 11.

Det tionde bör-kravet lyder ”systemet bör stödja positionering av klienter”. Bolaget har angett följande. ”JA uppfyller, samliga anslutna klienter kan positioneras i systemet. I kontrollern kan även ritningar över lokaler/byggnader läsas in där även positioneringen presenteras. Meru via Location manager.”. I denna skrivning anges i första meningen att bör-kravet är uppfyllt. Härvid avses den offererade tekniska lösningen, dvs. med systemet Aruba. I den andra meningen har angående den offererade optionen, dvs. den tekniska lösningen med systemet Meru, förtydligats att även denna uppfyller bör-kravet genom att programmet Location manager används. Optionen ska inte utvärderas.

Att bekräftelsen inte avser optionen borde ha varit tydligt för kommunalförbundet. Bolaget har genomgående på samma sätt först konstaterat att bör-kravet uppfylls genom att skriva "JA, uppfylles", följt av någon kommentar. Där något särskilt påpekats angående optionen har detta angetts särskilt. Av detta följer att bolaget även här har bekräftat att bör-kravet är uppfyllt. Mer än en bekräftelse av detta är inte nödvändigt för erhållande av poäng i utvärderingen. Bolaget ska därför rätteligen ha ytterligare en poäng i utvärderingen för att ha uppfyllt bör-kravet i punkt 10.

Det elfte bör-kravet lyder "Systemet bör stödja positionering av taggar som kan fästas på diverse utrustning som finns inom organisationen." Bolaget har angett följande "JA uppfyller, part systemet kan med fördel integreras med olika system och aktiva RFID taggar från t.ex. Aeroscout och Ekahau. Meru via Location manager". Det bör upplysas om att "part systemet" är en felskrivning från bolagets sida. Det ska rätteligen stå "positioneringssystemet". Detta bör dock inte ha påverkat utvärderingen.

Samma sak ska gälla avseende detta bör-krav som med det ovan genomgångna. Skrivningen "Meru via Location manager" avser optionen, vilken inte ska utvärderas. Övrig redogörelse gäller den offererade tekniska lösningen med systemet Aruba, vilken uppfyller bör-kravet på det sätt som angetts. Bolaget har även på denna punkt uppfyllt bör-kravet och ska rätteligen erhålla ytterligare en poäng i utvärderingen.

Bolaget ska således rätteligen erhålla ytterligare två poäng i utvärderingen av anbudet gällande bör-kraven "på positioneringen av klienter" och "på positioneringen av taggar". Detta får till följd att bolagets anbud för parametern Prestanda/funktion/administration/användarvänlighet uppfyller 10 bör-krav av 11 möjliga och därmed ska erhålla 9 poäng. TDC:s anbud har i utvärderingen erhållit sammanlagda 9 poäng medan bolaget erhållit 8,75

poäng. Det är tillräckligt att bolaget utvärderas med ytterligare 0,5 poäng för ytterligare ett bör-krav för att bolagets anbud ska antas.

Bör-krav nr 3 lyder ”accesspunkterna bör använda sig av 802.11n samt 3x3MIMO”. MIMO står för Multiple Input Multiple Output och är en teknik för trådlös digital dataöverföring där både sändaren och mottagaren har multipla radiomottagare respektive sändare.

Bolaget har angett att bör-kravet uppfylls ”beroende på modell” och i bilaga har angetts att anbudet är på 2x2 MIMO. Kommunalförbundet har därmed bedömt att bolaget inte har uppfyllt bör-kravet och anbudet har följaktligen inte heller tilldelats poäng för detta bör-krav.

Av TDC:s anbudsformulär framgår att TDC angett att bör-kravet uppfylls. Till anbudsformuläret har TDC bifogat en ”bilaga 1 – Svar på kravspec”. Här har TDC tillhandahållit samma typ av kommentarer och anmärkningar som bolaget infogat direkt i förfrågningsunderlagstexten. Under rubriken Sektion 2.3 punkt 3 om 3x3 MIMO skriver TDC följande ”Cisco´s 802.11n AP-modeller (1142, 1262, 1252 och 3502i/e) innehåller dubbla Cisco/Marvel 802.11n 2x3:2 MIMO radiokretsar, en per band.

Det är tydligt för var och en att TDC offererar en produkt med 2x3:2 MIMO. Bör-kravet är att minst 3x3 MIMO ska offereras. Inte heller TDC uppfyller därför detta bör-krav.

Ovan har redogjorts för varför den upphandlande myndigheten vid utvärderingen av anbuden endast ska bedöma anbudsformuläret. När nu kommunalförbundet valt att ta in vad som angetts i även övriga delar av bolagets anbud i bedömningen av i vilken mån bör-kraven uppfyllts måste, enligt likabehandlingsprincipen, detsamma gälla utvärderingen av TDC:s anbud. Vid en sådan bedömning av TDC:s anbud framkommer att detta

brister avseende bör-krav nummer tre i samma mån som bolaget. TDC ska därför rätteligen erhålla poäng för högst 10 bör-krav i utvärderingen. Detta får till följd att TDC:s anbud i utvärderingen av prestanda/funktion/ administration/användarvänlighet ska ges 9 poäng istället för 10, och därmed ges värdet 4,5 ($9 \cdot 50 \% = 4,5$).

Av förfrågningsunderlagets punkt 2.3 "Utvärdering" framgår att utvärderingskriteriet pris ska ges 50–60 procents betydelse vid utvärderingen medan utvärderingskriteriet prestanda/funktion/administration/användarvänlighet ska ges 40–50 procent. Enligt förfrågningsunderlaget ska pris därmed ges störst betydelse. I redovisningen av anbudsvärderingen anges att de båda utvärderingskriterierna gavs 50 procents betydelse. Detta innebär att kommunalförbundet avvikit från den utvärderingsmodell som uppställts i förfrågningsunderlaget, innebärande att pris ska viktas högre än det andra kriteriet.

Av redovisningen av anbudsvärderingen framgår också att bolagets anbud är lägre än TDC:s, varvid det ska tilldelas fler poäng i utvärderingen. Vid en korrekt genomförd utvärdering där kriteriet pris tilldelas större betydelse än prestanda/funktion/administration/användarvänlighet skulle bolagets anbud tilldelas en högre poäng än vad som nu är fallet och därmed tilldelas kontraktet.

Kommunalförbundet

Det stämmer att kommunalförbundet felaktigt angett 12 bör-krav i utvärderingen och att rätt antal är 11. Faktum kvarstår att bolaget inte uppfyller tre av dessa bör-krav. Alltså är beräkningen bolaget inkommit med i ansökan om överprövning felaktig. Bolaget får åtta av elva poäng. Detta ger att bolaget får åtta av elva poäng i detta kriterium vilket omräknat blir $10/11 \times 8 = 7,27$. Varje bör-krav är värt 0,090 poäng vilket multipliceras med de åtta

bör-krav som bolagets anbud uppfyller. Detta multiplicerat med kriteriets viktning på 50 procent ger 3,64 poäng. I tilldelningen har bolaget fått 3,75 poäng, vilket är för många poäng. Detta förändrar inte utfallet av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga för kommunalförbundet och utvärderingen vidhålls.

Bolaget påstår att kommunalförbundet tolkat dess anbud felaktigt. Kommunalförbundet har gjort sin bedömning på inlämnat anbud. I anbudet står skrivet att vissa bör-krav uppfylls med Meru via location manager. Detta kan inte betraktas som en uppenbar felskrivning i anbudet och det föreligger ingen oklarhet vad bolaget menar. Om kommunalförbundet skulle välja att ta hänsyn till detta kommer kommunalförbundet att ha mycket svårt att göra utvärderingar i framtiden då kommunalförbundet ska "läsa mellan raderna" vad en anbudsgivare egentligen kan mena.

En korrekt tolkning av bolagets anbud är enligt kommunalförbundets bedömning att bör-kraven uppfylls med de prissatta optionerna – därav ikryssandet av "ja" i anbudsformuläret. Kommunalförbundet har dock tydligt angett att extra kostnader inte godkänns och därför måste bolagets prissatta optioner bortses från.

Bolaget har visserligen kryssat "ja" i uppfyllelse av bör-krav men har i anbud även lämnat andra, motstridiga uppgifter. Kommunalförbundets bedömning baseras på det faktiskt inlämnade totala anbudet. Långa kommentarer tolkas av kommunalförbundet som undantag eller hänvisningar till optioner med extra kostnader, vilket medför att bolaget friskriver sig från bundenhet att leverera funktioner enligt bör-kraven. Bolaget har inte klargjort att bör-kraven uppfylls på s. 14-15 i anbudet.

Problemet genomgående i bolagets anbud är att varje bör-krav är kommenterat, vilket leder till att anbudet blir motstridigt.

TDC har fått 10 poäng av 10 möjliga i utvärderingskriterium av prestanda/funktion/administration/användarvänlighet. Detta baseras på TDC:s inlämnade anbud. Angående bör-kravet på 3x3 MIMO uppfyller TDC det bakomliggande funktionskravet för detta. Med dubbla radiokretsar med tre mottagare och två sändare kombinerad med Cisco Beamforming uppnås radioegenskaper som överträffar de som erbjuds med 3x3 MIMO. Med detta uppfyller TDC den funktion som kommunalförbundet efterfrågar. Kommunalförbundet vidhåller att utvärderingen också i detta avseende genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Kommunalförbundet har valt att ange utvärderingskriterierna i procent med största tillåtna spridning i enlighet med 12 kap. 2 § LOU. Detta för att kunna avgöra vilket anbud som blir mest ekonomiskt fördelaktigt för kommunalförbundet. Bolaget påstår att kriterierna är felaktigt uppställda. Om förvaltningsrätten finner detta måste i så fall hela upphandlingen göras om. Kriterierna är uppställda där pris viktas 50–60 procent och kriterier prestanda/funktion/administration/användarvänlighet viktas 40–50 procent. Det innebär inte som bolaget anger att pris måste värderas högre än prestanda. Pris värderas minst till 50 procent och högst till 60 procent. Kombinationen 50 procent pris och 50 procent prestanda/funktion/administration/användarvänlighet ger det som blir det mest ekonomiskt fördelaktiga för kommunalförbundet. Att kommunalförbundet antar ett anbud med lite högre pris leder till att leverans med högre prestanda erhålls.

Bolaget

Vid bedömning av i vilken mån anbudsgivarna uppfyllt uppställda börkrav ska uppgifterna i anbudsformuläret ha tolkningsföreträde. Vad som

angetts på annan plats i anbudet är bonusinformation och ska tolkas i ljuset av de grundförutsättningar som angetts i anbudsformuläret.

Kommunalförbundet skriver i yttrandet att bolaget gjort gällande att anbudet ska tolkas på ett sätt som strider mot ordalydelsen. Detta är under inga omständigheter riktigt. Det framgår av de noteringar och kommentarer som gjorts i bolagets anbud på annan plats (bilaga 7 till ansökan), att dessa är ägnade att förtydliga på vilket sätt anbudet uppfyller kraven. Det framgår också att utöver huvudanbudets uppfyllande av bör-kravet är förutsättningarna för den lämnade optionen genomgående redovisade. Trots detta har kommunalförbundet tolkat anbudet som att det på vissa punkter endast är optionens egenskaper som redovisats.

Vid bör-krav nummer 9 (styrning/begränsning av trådlös nätverkstäckning till viss byggnad/sal) har bolaget i den del av anbudet som återfinns i bilaga 7 till ansökan utförligt angett på vilka sätt systemet Aruba (huvudanbudet) och systemet Meru (optionen) skiljer sig åt. Avseende optionen anges att denna uppfyller bör-kravet ”med hjälp av Lokal Manager tillägg firewall.”

Vid bör-krav nummer tio (systemet bör stödja positionering av klienter) och nummer elva (systemet bör stödja positionering av taggar) har först angetts ”JA uppfyller”, därefter en beskrivning av på vilket sätt uppfyllande sker. Avslutningsvis har på båda punkterna angetts ”Meru via Location manager”. I ljuset av kommentarerna vid bör-krav nummer nio är det tydligt att endast den avslutande kommentaren ”Meru via Location manager” avser optionen medan övrig text avser huvudanbudet, vilket uppfyller det uppställda kravet.

Det har inte varit nödvändigt att, som kommunalförbundet påstår, ”läsa mellan raderna” för att förstå att bolaget redogjort för hur bör-kraven upp-

fills med huvudanbudet. Det har varit tillräckligt att läsa anbudsformuläret och vad som faktiskt står i de gjorda kommentarerna som framgår av bilaga 7 till ansökan.

Kommunalförbundet anger i sitt yttrande att "långa kommentarer tolkas av oss som undantag eller hänvisningar till optioner med extra kostnader." En upphandlande myndighet får inte genomföra en anbudsprövning på ett sådant sätt. Det är inte tillräckligt för att anse att en reservation eller liknande gjorts att anbudet innehåller "långa kommentarer". Den upphandlande myndigheten måste tillgodogöra sig anbudets innehåll och bedöma huruvida det faktiska innehållet innebär att uppställda krav uppfylls eller inte.

Kommunalförbundet gör gällande att TDC:s anbud genom att offerera 2x3 MIMO uppfyller bör-kravet då det "bakomliggande funktionskravet" uppfylls eftersom efterfrågade radioegenskaper uppfylls med dubbla radiokretsar med tre mottagare och två sändare kombinerat med Cisco Beamforming.

Det bestrids att TDC:s offererade lösning är tillfyllest för uppfyllande av bör-kravet. För det fall domstolen skulle komma fram till att lösningen ändå är tillräcklig för att uppfylla kraven kan konstateras att även bolagets anbud innehåller motsvarande lösning, varför även bolagets anbud i sådant fall i utvärderingen ska erhålla poäng för uppfyllande av kravet.

Skälen för varför den av TDC offererade lösningen inte ska anses uppfylla uppställt bör-krav kan tämligen enkelt sammanfattas. Som redogjorts för i ansökan om överprövning står MIMO för "Multiple input and multiple output" och är en teknik för trådlös överföring av data. Såväl sändare som mottagare av data är beskaffade med flera radiomottagare och sändare. "3x3 MIMO" innebär att systemet har tre stycken sändarantennor och tre stycken mottagarantennor. I upphandlingen har alltså ett system efterfrå-

gats med vilket dataöverföring mellan olika enheter sker med hjälp av tre sändarantennor och tre mottagarantennor. Såväl bolaget som TDC har offererat lösningar med färre antal sändarantennor. Situationen är att jämföra med en upphandling av fönster där beställaren kräver treglasfönster. Ett sådant krav uppfylls inte vid leverans av tvåglasfönster, även om leverantören skulle påstå att det levererade fönstret har samma isoleringsegenskaper som ett normalt treglasfönster.

Något "bakomliggande funktionskrav" har inte redovisats för anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten har därför inte möjlighet att ta hänsyn till ett sådant underkriterium vid bedömningen av huruvida kravet uppfyllts eller inte.

Vidare är det inte riktigt att användande av så kallad Beamforming innebär att radioegenskaper uppnås som överträffar 3x3 MIMO. Beamforming är en alternativ standard till så kallad spatial streaming som annars ingår i båda företagens anbud. Förenklat kan sägas att Beamforming ger längre räckvidd på den trådlösa överföringen än spatial streaming men överföringshastigheten är lägre. Standarderna används inte samtidigt utan är alternativa. Den av kommunalförbundet åberopade "Cisco Beamforming" förbättrar därför inte den offererade lösningen 2x3 MIMO och det är inte sant att TDC med den offererade lösningen överträffar en lösning med 3x3 MIMO.

Sammanfattningsvis kan beträffande de tekniska frågorna som här uppstår sägas att 2x3 MIMO, oavsett övriga överföringstekniska egenskaper, inte överträffar de efterfrågade 3x3 MIMO. Detta innebär att TDC inte uppfyllt det uppställda bör-kravet.

Bolagets offererade lösning har samma egenskaper som TDC:s. Bolaget har offererat trådlös dataöverföring med 2x2 MIMO. Denna lösning inne-

bär att den maximala hastigheten för dataöverföring är 300 Mbit/s. Det samma gäller för en lösning med 2x3 MIMO, vilket TDC offererat. I bifogade bilaga finns en tabell över vilka dataöverföringshastigheter som kan uppnås genom olika tekniska lösningar. Tabellen utgörs av ett så kallat MSC-index, vilket används för att mäta prestanda på dataöverföring. Eftersom varken bolagets eller TDC:s respektive lösning har mer än dubbla spatial streams erhåller båda lösningarna ett MSC-index på 15. De båda lösningarna är därmed att se som likvärdiga.

Kommunalförbundet hänvisar till att det finns ett ”bakomliggande funktionskrav” avseende bör-kravet på 3x3 MIMO. I och med att funktionen hos tekniken MIMO är dataöverföring och syftet med att använda fler sändar- och mottagarantennar är att överföringen är snabbare ska under alla förhållanden offererade lösningar som innebär samma dataöverföringshastighet bedömas lika. Eftersom bolagets och TDC:s anbud är beskaffade med samma funktion ska båda anbuden anses uppfylla ett sådant bakomliggande funktionskrav som kommunalförbundet hänvisar till.

Beträffande kommunalförbundets kommentar om Beamforming bör även påpekas att även det av bolaget offererade systemet är beskaffat med sådan teknik. Om förekomsten av denna standard enligt kommunalförbundet innebär att det bakomliggande funktionskravet uppfylls ska detta i sådant fall även gälla bolagets anbud.

I yttrandet skriver kommunalförbundet ”att vi antar ett anbud med lite högre pris (cirka 300 tkr) leder till att vi får en leverans med högre prestanda”. I anledning av detta påstående ska påpekas att TDC:s anbudspris inte är ”lite” högre utan ungefär 30 procent högre. De 300 000 kronor som skiljer anbuden åt utgör med andra ord en avsevärd skillnad i pris. Prisskillnaden har sin grund i att bolaget utifrån hur förfrågningsunderlaget är formulerat dragit slutsatsen att priset kommer vara mer avgörande än kriteriet prestanda.

da/funktion/administration/användarvänlighet och därför lämnat ett så konkurrenskraftigt pris som möjligt. Med hänsyn till den stora skillnaden i pris mellan anbudet och då förfrågningsunderlaget anger att priset ska tillföras ett större värde än kriteriet prestanda/funktion/administration/användarvänlighet är bolagets anbud att se som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Varje bör-krav är som kommunalförbundet påpekat värt 0,909 poäng. Detta innebär att det, jämfört med den av kommunalförbundet gjorda utvärderingen, är tillräckligt att antingen bolagets anbud anses uppfylla ytterligare ett bör-krav, eller att TDC:s anbud anses uppfylla ett bör-krav mindre, för att bolagets anbud ska antas.

Uppfyllda bör-krav	bolagets poäng	TDC:s poäng
11	10 (5+5)	9 (4+5)
10	9,545 (5+4,55)	8,55 (4+4,55)
9	9,09 (5+4,09)	8,09 (4+4,09)
8	8,64 (5+3,64)	7,64 (4+3,64)

Bolaget har bifogat ett tekniskt yttrande av Mats Lindehag, bolaget, samt tabell angående bör-krav nr 3.

Kommunalförbundet

Kommunalförbundet har beretts tillfälle att yttra sig och har anfört att bolaget inte framfört något nytt och att det vidhåller att det gjort en korrekt upphandling samt att TDC:s anbud är det mest ekonomiskt fördelaktiga för kommunalförbundet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av förfrågningsunderlaget 2.3 framgår att anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga kommer att antas och att kriterierna är pris (50-60 procent) samt prestanda/funktion/administration/användarvänlighet (40-50 procent). Det framgår vidare att poäng 1-10 delas ut samt att anbud med lägst pris får 10 poäng under kriteriet pris. Slutligen framgår att med prestanda/funktion/administration/användarvänlighet menas ett antal bör-krav.

Av utvärderingen framgår att kommunalförbundet viktat kriterierna ovan med 50 procent vardera. Resultatet enligt utvärderingen blev följande. Bolaget erhöll full poäng, dvs. 5, avseende pris medan TDC erhöll 4 poäng. Vad gäller prestanda/funktion/administration/användarvänlighet ansåg kommunalförbundet att bolaget inte uppfyllde tre (3, 10 och 11) av bör-kraven och tilldelade bolaget 3,75 poäng medan TDC erhöll full poäng, dvs. 5. Bolaget erhöll då totalt 8,75 poäng medan TDC erhöll 9 poäng.

Kriterieviktning som intervall

Bolaget har gjort gällande att förfrågningsunderlagets utformning i denna del innebär att kriteriet pris borde ha viktats högre än prestanda/funktion/administration/användarvänlighet. Förvaltningsrätten delar inte bolagets uppfattning.

12 kap. 2 § LOU ger den upphandlande myndigheten möjlighet att ange kriterieviktning som intervall. Den viktning som kommunalförbundet gjort i utvärderingen ryms inom de angivna intervallen. Vad bolaget anfört medför enligt förvaltningsrättens mening därför inte att kommunalförbundet kan anses ha brutit mot LOU. Grund för ingripande föreligger således inte i denna del.

Antalet bör-krav

Det är ostridigt att kommunalförbundet i utvärderingen felaktigt utgått från att antalet bör-krav är 12 när de rätteligen är 11. Som kommunalförbundet har angett påverkar dock inte felet i sig utfallet av utvärderingen. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Bör-krav nr 10 och 11

Bolaget har i sitt anbudsformulär kryssat i att det uppfyller samtliga bör-krav. Kommunalförbundet har dock tagit hänsyn till vad som angetts såväl i formuläret som på andra ställen i anbudet och då bedömt att bolaget inte uppfyller tre av nämnda krav, nr 3, 10 och 11, av vilka nr 3 behandlas under nästa rubrik.

Bolaget har bl.a. gjort gällande att det är anbudsgivarens uppgifter i anbudsformuläret som ska ligga till grund för bedömningen av om börkraven är uppfyllda eller inte och att uppgifterna i anbudsformuläret ska gälla före annan uppgift rörande bör-krav på annan plats i anbudet.

Förvaltningsrätten delar inte bolagets uppfattning. Vid utvärderingen ska den upphandlande myndigheten titta på anbudets innehåll i dess helhet. Att anbudsgivaren svarat "JA" angående uppfyllandet av vissa krav saknar betydelse om den upphandlande myndigheten utifrån övriga lämnade uppgifter i anbudet kan dra slutsatsen att kravet inte är, eller att det är tveksamt om det är, uppfyllt. Är kravet ett bör-krav ska i så fall inga poäng tilldelas.

Förvaltningsrätten delar å andra sidan inte heller kommunalförbundets uppfattning att långa kommentarer kan tolkas som undantag eller hänvisningar till optioner med extra kostnader. Förvaltningsrätten anser att den upphandlande myndigheten måste ta del av innehållet i kommentarerna

och utifrån innehållet göra en bedömning av om kraven är uppfyllda eller inte.

Frågan i denna del blir då om man utifrån uppgifterna i bolagets anbud i dess helhet kan dra slutsatsen att ifrågavarande bör-krav är/inte är uppfyllda eller att det i vart fall är tveksamt om de är det.

Förvaltningsrätten kan konstatera att bolaget i anbudet angett att kommunalförbundet får välja mellan två fabrikat, ARUBA eller MERU, där ARUBA utgör huvudanbudet och MERU en option. Av bolagets anbudsformulär framgår vidare under rubriken optioner att MERU medför extra-kostnader. Förvaltningsrätten kan även konstatera att bolaget vad avser bör-krav nr 9 i anbudet tydligt delat upp svaret med kommentarer på MERU och ARUBA. Detsamma har skett avseende bör-krav nr 3 i anbudsformuläret.

Någon sådan tydlig uppdelning avseende bör-krav nr 10 och 11 har emellertid inte skett i anbudet. ARUBA nämns inte och kommentarerna efterföljs endast av "Meru via Location manager". Detsamma gäller bör-krav nr 11 i anbudsformuläret där bolaget uppgett "Via 3:e part" och på nästa rad "MERU Location Manager". Detta ger, enligt förvaltningsrättens mening, utrymme för att tolka bolagets anbud på det sätt kommunalförbundet gjort, dvs. att aktuella bör-krav är uppfyllda genom MERU Location Manager (en option som kommunalförbundet inte utvärderat på grund av de extra-kostnader den medför). Anbudet kan i och för sig även tolkas som bolaget anfört. Förvaltningsrättens slutsats blir därför att anbudet är tvetydigt och att kommunalförbundet inte gjort fel som tolkat anbudet på det sätt som skett med följderna att bolaget inte fått poäng för bör-krav nr 10 och 11. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller i denna del.

Bör-krav nr 3

Bolaget har inte fått poäng för bör-krav nr 3. TDC har dock fått sådan poäng. Bolaget har gjort gällande att TDC:s anbud inte uppfyller aktuellt bör-krav och därför inte borde ha fått någon poäng.

Bör-krav nr 3 har följande lydelse. Accesspunkterna bör använda sig av 802.11n samt 3x3 MIMO.

Bolaget har i anbudsformuläret svarat ”Ja” på frågan om kravet är uppfyllt, men i en kommentar angett 2x2 i huvudanbud och 3x3 som option (se ovan angående optionen MERU). Under rubriken optioner har kommunen angett extrakostnader för 3x3 MIMO. I anbudet har bolaget kommenterat börkravet med ”JA beroende på modell”.

TDC har också kryssat i ”Ja” i anbudsformuläret, men i en bilaga ”Svar på kravspec” angett ”Cisco´s 802.11n AP modeller (1142, 1262, 1252 och 3502i/e) innehåller dubbla Cisco/Marvel 802.11n 2x3:2 MIMO radiokretsar, en per band (2.4GHz och 5 GHz)”.

Det synes ostridigt att varken bolaget eller TDC erbjudit exakt det som efterfrågats för att få poäng i aktuell del, dvs. 3x3 MIMO. Något ”bakomliggande funktionskrav”, vilket kommunalförbundet hänvisat till som skäl för att ge TDC poäng, synes som bolaget invänt inte ha redovisats i förfrågningsunderlaget. Någon hänsyn till detta får därför inte tas. Redan av denna anledning anser förvaltningsrätten att TDC inte skulle ha fått poäng för bör-krav nr 3. Bolaget har dock dessutom utförligt redogjort för varför TDC:s lösning inte motsvarar 3x3 MIMO samt varför bolagets och TDC:s lösningar hur som helst är likvärdiga. Förvaltningsrätten kan inte bedöma om de tekniska detaljerna som bolaget redogjort för är korrekta. Den kan däremot konstatera att kommunalförbundet inte har gjort några som helst

invändningar mot redogörelsen, varför den får tas för god. Förvaltningsrätten anser därför att bolaget lyckats visa att TDC:s anbud inte uppfyller börkrav nr 3 och rätteligen inte skulle ha fått någon poäng för detta.

Att ge en anbudsgivare poäng för krav som inte är uppfyllda står i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Med den viktning som skett får TDC:s poäng för börkrav nr 3 betydelse för det slutliga utfallet av utvärderingen på det sätt bolaget anfört. Bolaget får därför anses ha lidit skada på grund av felet. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger följaktligen i denna del.

Felet är inte hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därför tillräckligt med att upphandlingen rättas på så sätt att utvärderingen görs om, varvid TDC inte ska erhålla poäng för börkrav nr 3.

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



Eva Beselin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.