



KONKURRENSVERKET	
2015 -02- 2 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE
TTT Technologies

Ombud: Advokat Johan Linder Säverman
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART
Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 20 november 2014
i mål nr 19572-14, se bilaga A

SAKEN
Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att ett nytt tilldelningsbeslut avseende positionerna 2, 3, 5 och 6 fattas där TTT Technologies inte utesluts från utvärderingen på grund av den kommentar bolaget lämnat i anbudet under punkt 24.1.

YRKANDEN M.M.

TTT Technologies (TTT) yrkar att kammarrätten ska förordna att upphandlingen avseende positionerna 2, 3, 5, och 6 får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att kvalificeringen och utvärderingen görs om samt att anbudet från TTT tas upp till utvärdering. Till stöd för sin talan anför TTT bl.a. följande.

Såvitt kan förstås är det kraven i punkterna 24.1 Leveranstidpunkt och 5.1 Omfattning som ifrågasatts. Dessa villkor finns i ett "Utkast" till kontrakt och det finns ingen information i utkastet som ger stöd för att dessa villkor var obligatoriska. Det var däremot obligatoriskt att kommentera alla krav. I förfrågningsunderlaget anges att det till det förfrågningsunderlaget fogade kontraktet utgör ett "utkast". Det anges vidare att anbudsgivare "skall utgå ifrån de klausuler som utgör bör-krav och tillåts att göra justeringar i klausulerna". Det innebär att avtalsutkastet utgör just ett utkast och ingenting annat. Med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten eller enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. FMV har i "Frågor & Svar" bekräftat att kontraktsvillkoren utgör ett utkast.

Uteslutningen av TTT strider mot proportionalitetsprincipen. Att påstå att TTT angett att bolaget inte kommer att kunna hållas ansvariga för eventuell försening av leverans är att ta kommentaren till punkt 24.1 Leveranstidpunkt helt ur sitt sammanhang. Det finns vare sig i punkt 5.1 Omfattning eller i övrigt i förfrågningsunderlaget något krav på speciell leveranskapacitet per vecka eller per år. Det lämnade förslaget i kommentaren påverkar inte uppfyllnaden av kravet på leveranskapacitet.

Försvarets materielverk (FMV) bestrider bifall till överklagandet. Till stöd för sin talan anför FMV bl.a. följande.

Hela förfrågningsunderlaget har rubricerats som "Utkast förfrågningsunderlag - Contract documents". Att ordet "Utkast" finns med i rubriken på förfrågningsunderlaget beror endast på ett förbiseende. Om det verkligen vore fråga om ett utkast skulle konsekvensen bli att det inte skulle finnas några obligatoriska krav alls, inte ens datum för sista anbudsdag. Bestämmelsen om att kommentera kraven innebär endast att anbudsgivarna ska redovisa att alla uppställda krav kommer att uppfyllas och när så särskilt angetts även ange hur kravuppfyllnaden ska realiseras.

Punkt 15.1 Övriga villkor innehåller anvisningar rörande förfrågningsunderlagets kontraktsdel i punkterna 17-32. Anvisningarna gäller alltså endast punkt 24.1 Leveranstidpunkt och punkt 25.2 Vite av det som nu är av intresse. Av bestämmelsen i punkt 15.1 följer att det endast är de bestämmelser i kontraktsutkastet som enligt sin lydelse inte är obligatoriska som tillåts bli föremål för justeringar av anbudsgivarna, men att inte heller dessa får åsidosättas eller förändras i sin helhet. Punkt 5.1 Omfattning är obligatorisk.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förfrågningsunderlaget m.m.

De avsnitt som är relevanta i FMV:s förfrågningsunderlag (PL och SE stöd Ingbv, Brobv & lastbil, dnr 378023 – AI865074) är främst följande.

13.2 Anbudets utformning

Anbudet skall vara fullständigt utifrån vad som anges i förfrågningsunderlaget. Dispositionen i detta förfrågningsunderlag (inkluderar bilagor) skall följas.

Samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav och eventuella tilldelningskriterier skall kommenteras i anbudet, även sådana som inte uppfylles.

När så uttryckligen anges skall även översiktligt beskrivas hur aktuella krav och eventuella tilldelningskriterier skall realiserars. I annat fall kan kommentarer begränsas till "uppfylles", vilket vid utvärderingen kommer att tolkas som att motsvarande krav till fullo kommer att uppfyllas.

Om ställt krav inte kommenteras äger FMV rätt att tolka detta som att kravet inte uppfylles.

15.1 Övriga villkor

Nedan följer utkast till Kontrakt. Anbudet skall baseras på klausulerna i detta utkast.

Med baserad på menas att anbudsgivaren i sitt anbud skall utgå ifrån de klausuler som utgör bör-krav och tillåts att göra justeringar i klausulerna. Klausulerna får sålunda ej förändras i sin helhet.

24.1 Leveranstidpunkt

Leverans av varan/tjänsten skall ske i enlighet med respektive uppdragssedel (US).

25.2 Vite

Om leverans/delleverans inte fullgjorts inom avtalad tid och leveranstiden inte förlängts enligt punkten "Anmälan angående leveransförsening" är FMV berättigat till vite...

Av "Frågor och svar" som är del av förfrågningsunderlaget, framgår bl.a. följande.

Fråga Kan FMV förtydliga pkt 15.1 rörande hur detta kommer bedömas? Hur kommer FMV kunna värdera att de olika leverantörerna svarat likvärdigt då justeringar tillåts? Som exempel: Utifrån pkt 15.1, om vi som leverantör justerar Vite till 0 % i pkt 25.2, hur värderar FMV denna justering?

Svar Kontraktet som bifogats är ett utkast och ej fastställt. Ändringar av anbudsgivare i kontraktutkastet påverkar således inte utvärderingen då utvärderingen baseras på den mall som angivits till respektive kravprofil.

TTT:s kommentar

TTT har i sitt anbud kommenterat förfrågningsunderlagets punkt 24.1 på följande sätt.

UPPFYLLES. TTT Technologies önskar (utan att begära det) att punkten kompletteras (eller att ny punkt införs) med reglering att Uppdragssedel (US) enligt detta avtal ska vara TTT Technologies tillhanda senast två månader innan arbetet påbörjas. Uppfylls inte detta kommer TTT Technologies att göra sitt yttersta för att ändå leverera tjänsten men kommer inte att garantera leverans utöver 30 timmar per vecka och kommer ej heller att kunna hållas ansvariga för eventuell försening av leverans enligt punkten 25.2 Vite. Syftet med detta förslag är att, för ömsesidig nytta, hålla en god framförhållning och planering.

Kammarrättens bedömning

I EU-domstolens dom den 22 juni 1993 i mål C-243/89 (Stora Bält) uttalar domstolen att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna 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.

Frågan är om FMV haft fog för att utesluta TTT från utvärdering på grund av kommentaren i anbudet under punkten 24.1.

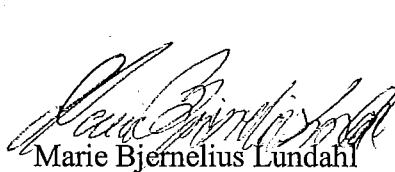
Av punkt 15.1 i förfrågningsunderlaget framgår att det är fråga om ett utkast till kontrakt som följer från och med underlagets punkt 17. FMV har dessutom i "Frågor och svar" uttryckligen uppgett att kontraktet som bifogats är ett utkast.

TTT inleder sin kommentar med att skriva "uppfylles" i enlighet med instruktionen i punkt 13.2. Av kommentarens första mening framgår att det är fråga om ett önskemål och inte någon begäran. Vid en sammanläsning av

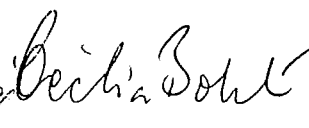
meningarna i kommentaren blir innebörden att det endast är ett önskemål från TTT att kontraktet kompletteras med en klausul angående leverans och ansvar. Även den sista meningen i kommentaren talar för att kommentaren i dess helhet är ett förslag.

Kammarrätten anser att förfrågningsunderlaget påbjuder kommentarer och det förhållandet att TTT i utkastet till kontrakt lämnat en kommentar, som inte enbart inskränker sig till ordet "uppfylles" med en specifikation av hur kravet ska uppfyllas, utgör alltså inte ett skäl för uteslutning från utvärdering. Dessutom bedömer kammarrätten att den kommentar som TTT har lämnat under punkt 24.1 är ett förslag som följaktligen inte utgör någon reservation. Att i denna situation utesluta TTT från utvärdering är inte förenligt med likabehandlingsprincipen. FMV hade därmed inte fog för att utesluta TTT från utvärdering. Uteslutningen innebär att TTT kan komma att lida skada. Kammarrätten förordnar därför att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att ett nytt tilldelningsbeslut avseende positionerna 2, 3, 5 och 6 fattas där TTT inte utesluts från utvärderingen på grund av bolagets kommentar i anbudet under punkt 24.1.

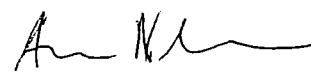
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Marie Bjernelius Lundahl
kammarrättsråd
ordförande



Cecilia Bohlin
kammarrättsråd
referent



Anna Nordström
tf. assessor



Cecilia Östergren
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2014-11-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19572-14

SÖKANDE

TTT Technologies

Ombud: Advokat Johan Linder Säverman
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 517622

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
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför en upphandling benämnd PL och SE stöd Ingbv, Brobv & lastbil, dnr. 378023 – AI865074.

Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS. Av tilldelningsbeslutet daterat den 14 augusti 2014 framgår att FMV inte har utvärderat anbudet från TTT Technologies (TTT) av följande skäl. TTT uppfyller ej alla obligatoriska krav som ställts. Med hänsyn till TTT:s kommentar under punkt 24.1 i anbudsinfordran kommer FMV ej att utvärdera anbudet vidare. FMV kan inte acceptera att TTT ej kan garantera leverans.

TTT yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att rättelse av upphandlingen ska göras avseende positionerna 2, 3, 5, och 6 på sådant sätt att kvalificeringen och utvärderingen görs om samt att anbudet från TTT tas upp till utvärdering. Som grund för yrkandet anges att FMV har saknat skäl för att förkasta TTT:s anbud eftersom anbudet överensstämmer med förfrågningsunderlaget och att någon otillåten reservation inte gjorts samt att de kommentarer som TTT har gjort är hänförliga till avtalsklausuler som kan bli föremål för förhandling. TTT har lidit skada genom att anbudet förkastats eftersom TTT hade kunnat vinna upphandlingen avseende de aktuella positionerna om anbudet inte hade förkastats.

FMV bestrider bifall till ansökan och yrkar att den ska avslås. Som grund för bestridande anger FMV att TTT:s anbud inte uppfyller alla krav som uppställts i upphandlingen.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Under avsnitt 3 i förfrågningsunderlaget, Instruktion anges bl.a. följande.
”För kvalificering av anbudsgivare och utvärdering av anbud skall

anbudsgivare besvara och/eller kommentera samtliga ställda krav i förfrågningsunderlaget. Notera att härvid innefattas även samtliga ställda krav i eventuella bilagor. Notera att samtliga skall-krav skall vara uppfyllda.”

Under punkt 24.1, Leveranstidpunkt, anges vidare följande. ”Leverans av varan/tjänsten skall ske i enlighet med respektive uppdragsedel (US).”

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

TTT har lämnat följande kommentar till punkt 24.1 i förfrågningsunderlaget. ”UPPFYLLES. TTT Technologies önskar (utan att begära det) att punkten kompletteras (eller att ny punkt införs) med reglering av att Uppdragsedel (US) enligt detta avtal ska vara TTT Technologies tillhanda senast två månader innan arbetet påbörjas. Uppfylls inte detta kommer TTT Technologies att göra sitt yttersta för att ändå leverera tjänsten men kommer inte att garantera leverans utöver 30 timmar per vecka och kommer ej heller att kunna hållas ansvariga för eventuell försening av leverans enligt punkten 25.2 vite. Syftet med detta förslag är att, för ömsesidig nytta, hålla en god framförhållning och planering.”

TTT anför bl.a. följande. Den kommentar som gjorts avseende leveranstidpunkten är i enlighet med förfrågningsunderlaget eftersom anbudsgivarna enligt förfrågningsunderlagets punkt 13.2 ska besvara och kommentera samtliga uppställda krav. TTT har angett att kravet uppfylls och lämnat en kommentar till detta helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det är således, enligt TTT, inte fråga om något förbehåll eller reservation eller ett orent anbud. Eftersom TTT förklarat att kravet är uppfyllt är TTT bundet av sitt anbud inklusive det aktuella kravet. Det bestrids att punkt 24.1 skulle utgöra ett obligatoriskt krav. Det framgår uttryckligen att kontraktet utgör ett utkast och anbudsgivarna tillåts att göra

justeringar i klausulerna. Dessutom ligger det i det valda upphandlingsförfarandets natur att kontraktsvillkoren inte är obligatoriska. Att ordet skall återfinns i utkastet till kontraktsvillkor innebär inte att kontraktsvillkoret som sådant är av obligatorisk karaktär. Att förkasta anbudet strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens.

Eftersom FMV har valt att genomföra upphandlingen som ett förhandlat förfarande har TTT varit obetagen möjligheten att föreslå justeringar av utkastet till kontraktsvillkor, vilket också är i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget. Under alla förhållanden strider det mot proportionalitetsprincipen att förkasta TTT:s anbud. Det är uppenbart att TTT haft fog för att lämna kommentarer till de föreslagna kontraktsvillkoren. Det är då inte en proportionell åtgärd att förkasta anbudet.

FMV har ifrågasatt om TTT:s anbud uppfyller två andra villkor (punkt 25.2, vite och punkt 5.1. omfattning). Dessa villkor har inte prövats av FMV i det överklagade beslutet och det skulle strida mot instansordningsprincipen om förvaltningsrätten som första instans skulle pröva om TTT:s anbud uppfyller dessa villkor.

FMV anför bl.a. följande. Kravet i punkt 24.1 är ett ovillkorligt skall-krav vars lydelse inte ger utrymme för annan tolkning. Genom sin skrivning har TTT otvetydigt reserverat sig mot att uppfylla skall-kravet. Eftersom TTT genom sin reservation inte kan hållas ansvarig för försening enligt punkt 25.2, Vite, har bolaget även åsidosatt detta villkor. TTT har uppgett att bolaget inte kan garantera leverans utöver 30 timmar per vecka, vilket innebär att TTT inte heller kan anses uppfylla skall-kravet i punkt 5.1, Omfattning. Att upphandlingen har genomförts som ett förhandlat förfarande och vad som anges i förfrågningsunderlagets punkt 15.1 rubbar

inte FMV:s skyldighet att förkasta anbud som inte uppfyller alla skall-krav. Inte heller att förhandlingar får ske eller att justeringar tillåts i klausuler som utgör bör-krav ger utrymme för annan tolkning.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 11 § LUFS ska upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § första stycket LUFS framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFS eller någon annan bestämmelse i LUFS 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.

Frågan i målet är om FMV har haft skäl för att utesluta TTT från utvärdering i upphandlingen på grund av att TTT inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav som uppställts.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att FMV, enligt vad som framgår av tilldelningsbeslutet, inte har uteslutit TTT på grund av bristande kravuppfyllnad av punkt 24.1 i förfrågningsunderlaget. Uteslutningsgrunden hänför sig istället till den kommentar som TTT har lämnat under punkt 24.1. Under nämnd punkt har TTT angett att bolaget inte kommer att garantera leverans utöver 30 timmar per vecka och inte heller kommer att kunna hållas ansvariga för eventuell försening av leverans. TTT:s

kommentar rör därför flera delar i förfrågningsunderlaget, bl.a. det som gäller omfattningen av leverans och kommentaren måste därför läsas mot berörda delar i förfrågningsunderlaget. Något hinder för FMV att förtydliga vilka delar som myndigheten anser att TTT inte uppfyller föreligger därmed inte.

Upphandlingsformen förhandlat förfarande innebär inte att skall-krav inte kan ställas i upphandlingen.

Förfrågningsunderlaget innehåller såväl skall- som bör-krav och det är såvitt framkommit ostridigt att anbudsgivare har haft rätt och i vissa fall t.o.m. skyldighet att kommentera olika punkter i underlaget. En kommentar får dock inte innehålla en reservation mot uppställda skall-krav. I sådant fall har den upphandlande myndigheten en skyldighet att förkasta ett sådant anbud.

Såsom de aktuella kraven har utformats finns det enligt förvaltningsrättens mening inte något utrymme för att uppfatta de aktuella kraven om hur leverans ska ske samt omfattningen av denna som annat än skall-krav. De är därmed obligatoriska. TTT har i sitt anbud reserverat sig mot kraven. FMV har därför haft skäl att inte utvärdera TTT:s anbud. Vad TTT har anfört föranleder inte någon annan bedömning. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Ulrika Melin
Rådman

Förvaltningsrättsnotarie Lotta Olsson har varit föredragande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

