

KamR 6450-15

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I STOCKHOLM

Avdelning 31

DOM

2015-07-06 Meddelad i Stockholm

Mål nr 29206-14

SÖKANDE

TDC Sverige AB, 556465-8507

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois

Hamilton Advokatbyrå

Box 715

101 33 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798

117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

Förvaltningsrättens avgörande

Föi-valtningsrätten avslår TDC Sverige AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

SKI Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling benämnd ”Datakommunikation 2014”. I punkt 1.4.1 i anbudsinvjudan anges bland annat följande om bakgrunden till det kommunikationsnät - Sjunet - som upphandlingen avser, Sjunet är ett kvalitetssäkrat kommunikationsnät för ackrediterade organisationer och företag som är verksamma inom vårdoch omsorgssektorn i Sverige. Upphandlingen genomförs genom förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Samtliga anbudssökande ansågs kvalificerade. SKI har i tilldelningsbeslut utsänt den 21 november 2014 meddelat att myndigheten beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än TDC Sverige AB (TDC).

TDC yrkar att upphandlingen ska göras om och åberopar som grunder, såsom dessa slutligen justerats, följande.

1. SKI har genomfört ett förhandlat förfarande med föregående annonsering trots att förutsättningar för detta saknas. SKI:s tillämpning av förhandlat förfarande med föregående annonsering strider mot 4 kap. 2 § LOU.
2. Kravställningen och förutsättningarna för prissättning i upphandlingen har förändrats i väsentlig utsträckning under upphandlingens gång. Detta strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.
3. Informationen och kravställningen avseende vissa centrala funktioner i upphandlingen - Tjänstekatalog, VXL och Tjänstenav - har varit mycket otydlig. Väsentliga krav för dessa funktioner har saknats i upphandlingen. Dessa brister har lett till att anbudsgivarna har kunnat tolka förutsättningarna för tillhandahållande av dessa centrala funktioner på olika sätt, och därmed säkerställs inte att anbuden i upphandlingen är jämförbara. Utformningen av anbudsintjudan strider därför mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.
4. Den information som lämnats i anbudsintjudan med bilagor, är mycket bristfällig avseende hur många och vilka de avropsberättigade aktörerna är samt om dessa aktörer i praktiken kommer att avropa från ramavtalet eller inte. Dessa brister skapar en betydande osäkerhet beträffande upphandlingens omfattning. Utformningen av anbudsintjudan med bilagor strider därför mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.
5. TDC har riskerat att lida skada enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU.

Till stöd för sin talan har **TDC** anfört bland annat följande.

Första åberopade grunden

Varken i upphandlingens ansökningsintjudan eller i anbudsintjudan har angetts några skäl till att SKI valt att genomföra upphandlingen med förhandlat förfarande. I avsnitt 1.2.1 i anbudsintjudan anges endast följande: ”Upphandlingen genomförs genom förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 2 punkten LOU som gäller för A-tjänster över tröskelvärdet”. - Det är föremålet för den aktuella upphandlingen som måste omöjliggöra fastställande av totalpris i förväg, för att förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 ska kunna användas. Bedömningen av om förhandlat förfarande kan användas ska göras objektivt utifrån upphandlingens föremål och förutsättningar. SKI menar att upphandlingen innefattar ett helt nytt kommunikationsnät, och att många delar i detta kommunikationsnät (infrastruktur, nätsegment, trafikstyrning m.m.) har varit svåra att fastställa på förhand. Det är dock TDC:s bestämda uppfattning att det har varit möjligt för SKI att ställa upp tydliga krav och villkor för upphandlingens centrala delar. Att SKI beslutat att dessa delar istället ska utformas genom förhandlingar, innebär inte att det objektivt varit omöjligt att ange erforderliga krav och villkor på förhand. - Härutöver vill TDC påpeka att de särskilda omständigheter som föreligger ska medföra att det är omöjligt för leverantörerna att ange totalpris i förväg. Den prissättningsstruktur som ursprungligen angetts i upphandlingen har varit mycket detaljerad och det har således inte funnits några som helst hinder för att på förhand utforma en prissättningsstruktur i upphandlingen. Begreppet ”prior overall pricing” i artikel 30 1 b) i Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster visar enligt TDC:s uppfattning tydligt att vad som avses är prissättningsstruktur, dvs. det sätt på vilket priser ska anges i upphandlingen, snarare än priserna i sig. TDC vill här understryka att prissättningsstrukturen i upphandlingen absolut inte har lämnats öppen för att sedermera fastställas i förhandlingar. Det framgår att punkt 2.9.1 i anbudsintjudan och av prisbilagan att SKI på förhand har utformat en omfattande och mycket detaljerad prismodell. Det har således inte funnits några som helst hinder för att på förhand utforma en prissättningsstruktur i upphandlingen. TDC vill understryka att varken det förhållandet att det finns brister i prismodellen eller det förhållandet att prismodellen har förändrats under upphandlingens gång har någon betydelse för frågan om det har funnits möjlighet att på förhand utforma en tydlig prissättningsstruktur. - TDC vill dessutom understryka följande. De delar som SKI anger såsom skäl för att förhandlat förfarande valts - dvs. förutsättningar för leverans av ny infrastruktur, nätsegmentering, trafikstyrning m.m. - har inte blivit föremål för förhandlingar i upphandlingen. Förhandlingarna har istället avsett tillkommande ska-krav av relativt okomplicerad natur (som krav på leverantörens dokumentation) samt förändringar av befintliga ska-kravs nivåer (som omslagstid för routing m.m.). Uppenbarligen har SKI inte funnit det nödvändigt att förhandla om de delar som enligt SKI föranlett valet av förhandlat förfarande. Därmed kan de skäl som anförts för valet av förhandlat förfarande inte anses utgöra sådana särskilda omständigheter som krävs enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU.

Andra åberopade grunden

När det gäller förändringar av ska-kraven i upphandlingen kan i huvudsak urskiljas tre huvudtyper:

- a. SKI har infört helt nya ska-krav i upphandlingen, som inte haft någon motsvarighet i kravspecifikationen. Se t.ex. tredje punkten under ”höjningar av ska-krav” på s. 6 i upphandlingsprotokollet: ”Leverantören ska vid behov kunna lämna fullständig, strukturerad och aktuell dokumentation över de tjänster som levereras inkluderande design av tjänster och lösningar, förbindelseanslutningar samt övriga tjänster som levereras enligt avtalet”.
- b. SKI har höjt nivån på befintliga ska-krav i kravspecifikationen. Se t.ex. femte punkten under ”höjningar av ska-krav” på s. 6 i upphandlingsprotokollet: ”Gällande tidigare ställda krav under 2.1.1.2.7 Routing har lägstanivån höjts enligt följande: Omslagstid ska maximalt vara 30 sekunder”.
- c. Tidigare bör-krav i upphandlingen har omvandlats till ska-krav av SKI. Se t.ex. tredje punkten på s. 7 i upphandlingsprotokollet: ”Gällande tidigare ställt krav under 2.1.1.7.5 VXL har lägstanivån höjts enligt följande: Anbudsgivaren ska tillhandahålla en flexibel lösning för kundportal [...]. Tidigare har följande bör krav ställts i punkt 2.1.1.7.5 i kravspecifikationen ”Anbudsgivaren bör tillhandahålla en flexibel lösning genom standardprodukter eller färdiga produkter”.

SKI anför att förbud mot att göra väsentliga förändringar i ett förfrågningsunderlag inte tar sikte på upphandlingar som genomförs med förhandlat förfarande. TDC vill understryka att vad SKI här anför är helt felaktigt. Syftet med förhandlingar, när dessa är tillåtna enligt LOU, är att anpassa anbuden till de krav som upphandlande myndighet har angett (jämför 4 kap. 3 § LOU). I Kammarrättens i Göteborg dom av den 6 maj 2014 i mål nr 558-14 hade de upphandlande myndigheterna infört nya obligatoriska krav i en upphandling under förhandlingen i ett förhandlat förfarande. Kammarrätten konstaterade i det fallet att en upphandlande myndighet i regel inte får tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom detta utgör en väsentlig förändring, och att om myndigheten anser att nya krav måste ställas innebär detta att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Någon möjlighet för en upphandlande myndighet att efter förhandling göra ändringar i förfrågningsunderlaget kan inte utläsas av 4 kap. 3 § LOU (se s. 5 i domen). TDC noterar att SKI:s inställning att väsentliga förändringar är tillåtna vid förhandlat förfarande kan vara en del av förklaringen till att väsentliga förändringar faktiskt har genomförts i så omfattande utsträckning i upphandlingen. - TDC bestrider inte att det är tillåtet att förhandla om pris (under förutsättning att förhandlingar är tillåtna överhuvudtaget, vilket inte är fallet i upphandlingen). Detta innebär dock inte att det är tillåtet att i grunden förändra förutsättningarna för prissättning på så sätt som skett i upphandlingen. Vad SKI anför angående att priser krävts in på nya sätt samt att SKI vid förhandlingen angett en prismodell som enligt SKI:s uppfattning bättre återspeglar verkliga förhållanden, kan enligt TDC inte tolkas på något annat sätt än att SKI medger att stora förändringar gjorts avseende förutsättningarna för prissättning i upphandlingen. Här ska påpekas att det inte är tillåtet att förändra en prismodell endast av den anledningen att SKI under upphandlingens gång kommit underfund med att prismodellen kunde ha utformats på ett bättre sätt. Om sådana förändringar ska göras som nu gjorts i upphandlingen, måste upphandlingen göras om. Det är missvisande att SKI anför att TDC kraftigt reducerat priset för sitt förhandlade anbud. TDC är av uppfattningen att eftersom förutsättningarna för prissättning i samband med förhandlingarna så kraftigt förändrats jämfört med den ursprungliga prisbilagan så är det inte möjligt att överhuvudtaget jämföra de ursprungliga prisnivåerna med de priser som slutligen offererades. Även om TDC skulle anses ha sänkt sina priser, betyder detta naturligtvis inte att ”full transparens till slutlig kravnivå för upphandlingsförmålet” har åstadkommit.

Tredje åberopade grunden

Kravställningen avseende de centrala funktionerna Tjänstekatalog, VXL och Tjänstenav får anses vara otvetydig eftersom det saknas krav som visar anbudsgivarna vilken kapacitet och resurser som krävs. Detta har medfört att anbudsgivarna kan ha haft vitt skilda utgångspunkter för sina anbud. Därför strider utformningen av de centrala funktionerna mot likabehandlings- och transparensprincipen.

Fjärde åberopade grunden

Det föreligger osäkerhet dels avseende aktörerna i avroparlistan och dels avseende E-hälsoaktörerna vad gäller hur många och vilka aktörerna är samt om dessa aktörer i praktiken kommer att avropa från ramavtalet eller inte. Detta innebär att anbudsinsubjudan i dessa delar är mycket otvetydigt utformat och

strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Oklarheten gällande vilka e-hälsoaktörer som kan komma att nyttja ramavtalet innebär att upphandlingens volym blir osäker.

SKI anser att TDC:s ansökan om överprövning ska avslås och anger som sin inställning till återopade grunder följande.

1. Det har funnits förutsättningar för SKI att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering i upphandlingen i enlighet med 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU.
2. Kravställningen och förutsättningarna för prissättningen i upphandlingen har inte förändrats i väsentlig utsträckning eller mer än vad som är tillåtet inom ramen för ett förhandlat förfarande. Det valda tillvägagångssättet strider inte mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen eller i övrigt mot 1 kap. 9 § LOU.
3. Informationen och kravställningen avseende vissa centrala funktioner i upphandlingen - tjänstekatalog, VXL och tjänstenav - har inte varit otydlig. Utformningen av ansökningsinbjudan strider inte mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen.
4. Utformningen av ansökningsinbjudan strider inte heller, vad avser den avropsberättiga kretsen, mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen.
5. TDC har inte riskerat lida skada enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU.

SKI anför bland annat följande.

Första återopade grunden

SKI menar att det är felaktigt att påstå att kravet på särskilda omständigheter kräver att det är omöjligt för leverantörerna att ange ett totalpris i förväg. Både 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU och doktrin fastslår att det är beställarens, dvs. den upphandlande myndighetens, möjlighet att ange ett totalpris i förväg som utgör särskilda omständigheter som motiverar att ett förhandlat förfarande får tillämpas. Begreppet "totalpris" i 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU avser inte prissättningsstruktur i en så snäv mening som TDC gör gällande. Tvärtom är det precis den situation som har förelegat i den aktuella upphandlingen som har åsyftats. Det har i förväg inte varit möjligt att fastställa kraven på lösning, kvalitet och pris för det nya kommunikationsnätet då motsvarande lösning eller tjänst vid tillfället inte funnits. Det har inte varit prissättningsstrukturen i sig som har varit svårt att fastställa. Det har däremot varit nödvändigt att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering för att hitta den för SKI bästa lösningen som även prismässigt ligger i linje med SKI:s beräkningar. Vad som sägs i doktrinen ger stöd för att det, särskilt vid komplicerade IT-upphandlingar, finns skäl att tillämpa förhandlat förfarande. Därutöver framkommer följande i doktrinen "för att undantagsbestämmelsen ska vara tillämplig att det med att det finns en risk för att totalpris inte ska gå att uppskatta i förväg". SKI hänvisar i dessa delar till Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, tredje upplagan s. 163-165. Det föreligger överhuvudtaget inte några tveksamheter om att det i denna upphandling fanns förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering. Som framgår av ansökningsinbjudan avsnitt 1.2.2 hade SKI vid upphandlingstillfället en målbild för det nya kommunikationsnätet. Målbilden har arbetats fram utifrån de behov som de berörda organisationerna framfört. Målbilden och syftet med förhandlingarna har därutöver tydligt framgått av avsnitt 1.4 i anbudsansökan. Anbudsansökan innehåller både ska-krav och förhandlingspunkter. Ska-kraven utgör obligatoriska minimikrav som ska vara uppfyllda och som inte har varit föremål för förhandling. Förhandlingspunkterna, som tydligt angetts i anbudsansökan, utgör underlag för diskussioner om högre nivåer än de ursprungliga ska-kraven. I och med att anbuderna kom in har SKI fått information och kunskap om de olika lösningarna som finns på marknaden. Förhandlingarna med anbudsgivarna har tillförsäkrat att funktionaliteten uppnås och att anbuderna likställts så att de blivit jämförbara. Det framgår tydligt av anbudsansökan vilka delar som SKI har haft för avsikt att förhandla om. Alla anbudsgivare har fått samma möjligheter, att vid förhandlingarna presentera sina anbud och sina anpassade priser. De har fått lika möjligheter att anpassa anbuderna i förhållande till anbudsansökan så att det blev möjligt att jämföra anbuderna. SKI har dokumenterat förhandlingarna och denna dokumentation har bekräftats av anbudsgivarna, Förfarandet uppfyller därmed de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU, inklusive de EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens. SKI bestrider vad TDC anför om att det varit möjligt att fastställa kraven från början

istället för att tillämpa förhandlat förfarande. Med TDC:s synsätt torde det alltid vara möjligt att ställa upp tydliga krav från början. Det går alltid att ställa låga krav och inte eftersträva en teknisk utveckling av varor och tjänster. SKI vidhåller sammanfattningsvis att det har funnits förutsättningar för att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Andra åberopade grunden

Även om praxis gällande väsentliga förändringar ska beaktas har inga väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget gjorts, eftersom förhandlingarna inte i någon del inneburit att obligatoriska krav har förändrats. Tvärtom hölls förhandlingarna inom ramen för de punkter som enligt förfrågningsunderlaget kunde bli föremål för förhandling. Det finns både skakkrav och förhandlingspunkter i förfrågningsunderlaget. Förhandlingspunkterna utgjorde underlag för förhandlingarna med syfte att nå rätt nivå på de offererade lösningarna medan ska-kraven utgjorde obligatoriska minimikrav som inte ingått i förhandlingarna. Det går, enligt doktrinen, att förhandla om en mängd olika delar i ett upphandlingsunderlag men det krävs dock att den upphandlande myndigheten genom sitt agerande inte bryter mot de grundläggande upphandlingsprinciperna (se Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, tredje upplagen s. 167). Vad gäller dokumentationsplikten, som TDC tar upp i sitt yttrande, vill SKI framhålla att SKI under förhandlingarna enbart höjde nivån på dokumentationskravet. I anbudsintjudan punkt 2.3.1 framgår ska-kraven. Ett förslag till hur samarbetsforum mellan parterna kan utformas framgår av anbudsintjudan men det anges även att förslaget kan komma att justeras och preciseras vid tiden för samarbetet för att anpassas till respektive process och att säkerställa effektiv samverkan, tydliga roller, forum samt ansvarsgränser. För att snabbt kunna lösa incidenter ska anbudsgivaren uppdatera och upprätthålla statistiskt som publiceras på ett lättåtkomligt sätt för den kundgemensamma förvaltningen.

Tredje åberopade grunden

Det bestrids att kravställningen varit otydlig. Kravställningen varit tillräckligt tydlig för att alla anbudsgivare skulle kunna lämna godtagbara anbud.

Fjärde åberopade grunden

Enligt 5 kap. 2 § LOU får kontrakt som grundar sig på ramavtal slutas mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i avtalet. Detta innebär att samtliga avropsberättigade myndigheter måste anges och gå att identifiera antingen i själva förfrågningsunderlaget eller i t.ex. en bilaga till detta. Vad Konkurrensverket anförde i yttrande till mål 1857-12 vid Förvaltningsrätten i Stockholm kan knappast anses utgöra gällande rätt. Detta både med hänsyn till domskälen i det målet, till senare praxis och med hänsyn till vad som uttalats i det pågående lagstiftningsarbetet på upphandlingsområdet. SKI tillämpar, sedan domen meddelades den 10 oktober 2012 i mål 1857-12, en viss rutin för att upphandlande myndigheter ska bli avropsberättigade på ramavtalen. Genom att upphandlande myndigheter betalar en serviceavgift till SKI bekräftar de sitt intresse att avropa från kommande ramavtal enligt en fastställd årlig upphandlingsplan. Inför att en upphandling hos SKI annonseras uppges alla upphandlande myndigheter, som har betalat serviceavgiften, som avropsberättigade parter i en bilaga, dvs. förutom de upphandlande myndigheter som har avanmält sig. Aktuell upphandling fanns med i upphandlingsplanen för 2014. Att den rutin som SKI tillämpar för att uppfylla kraven i 5 kap. 2 § LOU är godtagbar framgår bland annat tydligt av Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 mars 2014 i mål nr 20882-13. I samma mål framgår att systemet är tillräckligt för att de upphandlande myndigheterna ska anses ha bekräftat sitt intresse på det sätt som krävs för att vara avropsberättigade. Den domen överklagades hela vägen till högsta instans utan att prövningstillstånd beviljades. Vidare framgår i samma mål att det är en del av ramavtalets inneboende osäkerhet att det inte på förhand går att ha vetskap om vilka volymer som faktiskt kommer att avropas och kan inte anses strida mot transparensprincipen. Att vissa avropsberättigade upphandlande myndigheter med största sannolikhet inte kommer att använda ramavtalet, till exempel därför att de inte verkar inom svensk e-hälsa, innebär inte en brist i transparens. Förutsättningarna att förutse vilka upphandlande myndigheter som kommer att använda avtalet är lika för anbudsgivarna. SKI:s bedömning är att det torde vara relativt tydligt för anbudsgivarna, särskilt för TDC som befintlig leverantör av Sjunet, vilka upphandlande myndigheter som framförallt kan vara intresserade att avropa från ramavtalet. SKI kan härutöver nämna ny bestämmelse i 7 kap. 3 § LOU i förslaget till nya regler om offentlig upphandling som kommer ersätta 5 kap. 2 § LOU. 1 denna anges att ”en inköpscentral kan föra eller låta föra ett register över vilka upphandlande myndigheter som har rätt att använda sig av inköpscentralens ramavtal. Kravet på tydlighet får anses vara uppfyllt genom en hänvisning till

registret, t.ex. genom en länk till ett webbaserat register, i ramavtalets anbudsinfordran eller inbjudan att bekräfta intresse. Men det bör då framgå av registret från vilket datum den berörda upphandlande myndigheten fick rätt att använda sig av de ramavtal som inköpscentralen ingår, eftersom detta datum avgör vilka specifika ramavtal som den upphandlande myndigheten får använda. Analysen är hämtad från det nya upphandlingsdirektivet, skäl 60. Sammanfattningsvis får SKI:s arbetssätt anses vara transparent och i övrigt förenligt med både gällande och kommande regelverk. Vidare anför TDC att kravet i punkt 1.1.3 i anbudsinbjudan om att även övriga aktörer inom svensk e-hälsa ska kunna tillämpa ramavtalets villkor strider mot transparensprincipen. Den avropsberättigade kretsen i upphandlingen är de upphandlande myndigheter som anges i upphandlingens bilaga 01. Vad gäller kravet att övriga aktörer inom svensk e-hälsa ska kunna tillämpa ramavtalets villkor är detta just ett krav i upphandlingen, inte en utvidgning av den avropsberättigade kretsen. Aktörer som inte omfattas av LOU kan givetvis inte omfattas av den avropsberättigade kretsen på SKI:s ramavtal. Kravet är såväl transparent som nödvändigt och proportionerligt, av följande anledningar. Inera, som ansvarar för Sjunet, koordinerar landstingens och regionernas gemensamma e-hälsoarbete och utvecklar tjänster till nytta för invånare, vård- och omsorgspersonal och beslutsfattare. Alla landsting, kommuner, privata vårdgivare och leverantörer ska kunna ansluta sig till Sjunet och enbart aktörer inom svensk vård och omsorg får ansluta sig och vara anslutna. Sjunet har en garanterad tillgänglighet och anslutning till Sjunet ställs ofta som krav för att sprida verksamhetskritisk information. Sjunet används endast av en begränsad krets vilket bidrar till att Inera kan ställa krav på hur man får använda nätet, samtidigt som Inera kan kontrollera att detta också efterlevs genom en ackrediteringsprocess. Beroende på vilka behov och krav verksamheten har på tillgänglighet, finns olika anslutningssätt. Sjunet utgör således grunden för informationssäkerhet inom e-hälsa då Sjunet omfattar alla anslutna organisationers grundläggande informations- och IT-säkerhet. Syftet med Sjunet är att underlätta datakommunikation mellan offentliga och privata vård- och omsorgsgivare samt leverantörer över nationella, geografiska och organisatoriska gränser. Det har därför varit en förutsättning i upphandlingen av Datakommunikation 2014 att även övriga aktörer inom svensk e-hälsa ska ha tillgång till det nya kommunikationsnätet på lika villkor för att informationssäkerhetssystemet ska fungera. Sammanfattningsvis kan SKI inte anses ha brutit mot krav om att avgränsa kretsen av avropsberättigade parter i upphandlingen.

Skälen för avgörandet

Har förhandlat förfarande med föregående annonsering tillämpats i strid med LOU?

Enligt huvudregeln i 4 kap. 1 § LOU ska offentlig upphandling ske genom öppet eller selektivt förfarande. Under vissa förutsättningar kan emellertid den upphandlade myndigheten använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Detta gäller bland annat om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg (se 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU).

Bestämmelsen i 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU avser upphandlingsföremålet. Den ger upphandlande myndigheter en möjlighet att använda sig av förhandlat förfarande med annonsering i situationer då det krävs mer flexibla lösningar för att genomföra ett särskilt komplicerat projekt.

När det gäller upphandlingsföremålet som sådant anges som exempel i beaktandesats (31) till Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, större integrerade projekt för infrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering.

Vad som sägs i doktrinen ger stöd för att det, särskilt vid komplicerade ITupphandlingar, finns skäl att tillämpa förhandlat förfarande (jämför Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, tredje upplagan s. 163-165).

För att bestämmelsen ska kunna tillämpas krävs att det inte är möjligt att ange något totalpris i förväg. Det ska objektivt sett, kunna slås fast att det inte går att fastställa ett totalpris för upphandlingsföremålet i förväg. Det ska vara antingen upphandlingsföremålet som sådant eller riskerna förenade med upphandlingsföremålet som gör det omöjligt att ange ett totalpris i förväg.

Begreppet ”särskilda omständigheter” syftar främst till att markera att bestämmelsen endast ska tillämpas i undantagsfall och avser detsamma som artikel 30.1 b i Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars

2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, i vilket begreppet ”undantagsfall” används. Enligt den engelska versionen av direktivet anges att förevarande bestämmelse är tillämplig i ”exceptional cases”.

Upphandlingen i nu förevarande mål avser ett nytt kommunikationsnät för användning inom svensk e-hälsa. Det nya kommunikationsnätet finns inte i dag och svårigheten för SKI, tillsammans med ägare/förvaltare och användare av befintligt kommunikationsnät ”Sjunet”, har enligt vad SKI uppgett legat i att på förhand fastställa lösning, kvalitet och pris för det nya kommunikationsnätet. Krav har bland annat ställts på en helt ny typ av infrastruktur, ny brandväggsfunktion med krav på både tekniska och administrativa funktioner, gränssnitt samt ny design, vad gäller nätsegment och möjligheter att styra trafik i olika säkerhetszoner. Detta har inte ifrågasatts av TDC och är således ostridigt i målet. Enligt förvaltningsrättens mening har det därmed varit fråga om ett komplext kontrakt med många nya delar som medfört att det varit svårt att ange något totalpris i förväg. Förvaltningsrätten konstaterar att SKI följaktligen har visat att SKI haft skäl att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 LOU. SKI har också i avsnitt 1.3.1.2 i anbudsinbjudan dokumenterat de skäl som SKI åberopat för att använda förfarandet.

Har otillåtna förändringar av ska-krav gjorts i upphandlingen?

I 4 kap. 3 § LOU regleras hur förhandlingen ska genomföras vid förhandlat förfarande med annonsering. I paragrafen anges att den upphandlande myndigheten i den förhandlade upphandlingen ska förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de lämnat. Syftet med förhandlingen ska vara att anbudan anpassas till de krav, som angetts i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Till förfrågningsunderlaget kan även kompletterande handlingar räknas. Dessutom anges att förhandlingen syftar till att få fram det bästa anbudet i enlighet med reglerna i 12 kap. 1 § LOU, dvs. reglerna för anbudsutvärderingen.

Såsom bestämmelsen är utformad går det att förhandla om en mängd olika delar i ett upphandlingsunderlag. Det anges inte i lagrummet vilken typ av krav som förhandlingen får omfatta. Hänvisningen görs till krav som framgår av annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget. Dessa krav kan ha olika karaktär och dessutom anknyta till olika delar i en upphandlingsprocess. Emellertid kan både annonsen om upphandling och ett förfrågningsunderlag innehålla krav eller kravnivåer, som formulerats så att de blivit obligatoriska. Sådana krav kan knappast bli föremål för förhandling. Antingen uppfylls de eller så uppfylls de inte av en leverantör som deltar i förhandlingen. I det senare fallet måste leverantörens anbud förkastas. Exempel på krav, som inte är förhandlingsbara, är krav på miniminivåer på ekonomisk och teknisk kapacitet enligt de regler som finns i 11 kap. 2 § LOU. Samma sak gäller alla obligatoriska krav som publicerats i annonsen om upphandling av det skälet att publicerade krav och kravnivåer kan ha en återhållande effekt på presumtiva leverantörer. Samma synpunkt gör sig dock inte gällande då ett krav dyker upp först i förfrågningsunderlaget eftersom endast de anbudssökande företagen, som bjudits in till anbudsgivning känner till kravet och därmed kan påverkas av det. För att ställa ett nytt krav, vare sig det rör sig om föremålet för upphandlingen eller något annat krav, efter det att förfrågningsunderlaget blivit känt för de inbjudna leverantörerna måste med all säkerhet samtliga leverantörer godkänna kravet eftersom likabehandlingsprincipen måste upprätthållas strikt genom hela upphandlingsprocessen (se Jan-Erik Falk, Lagen om offentlig upphandling - en kommentar, tredje upplagan s. 167).

Förhandlingen ska genomföras med likabehandling av anbudsgivarna. I EU-domstolens dom i mål C-243/89 Stora Bält konstaterade domstolen att samtliga anbud ska vara förenliga med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att garantera en objektiv jämförelse mellan anbudan. Förhandlingen får således inte, som hade skett i det i målet aktuella fallet, utgå från ett anbud som inte var förenligt med förfrågningsunderlaget. EU-domstolens slutsats i det nyss angivna målet är i praktiken ett uttryck för likabehandlingsprincipen som, liksom övriga grundläggande principer i 1 kap. 9 §, är styrande för alla delar av en offentlig upphandling.

Som huvudregel gäller därför 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. Detta har kommit till särskilt uttryck i direktivets artikel 30.3, där det föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska garantera likabehandling av samtliga anbudsgivare under förhandlingen, och i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra.

Avgörande är alltså hur den upphandlande myndigheten kommunicerar med anbudsgivarna och vad som kommuniceras till dem.

Det viktiga är som SKI framhållit att inga förändringar sker av de minimikrav som ställdes i den första fasen av upphandlingen, kvalificeringsfasen.

Av det nya upphandlingsdirektivet, 2014/24/EU, artikel 29.3., kan dessutom utläsas vad som enligt det direktivet, vid förhandlat förfarande under konkurrens, inte får förhandlas om. Därvid nämns endast minimikraven och tilldelningskriterierna. SKI har förhandlat utifrån en kärna av minimikrav vilka inte har förändrats genom förhandlingarna.

Krav som inskräps eller tillkommer under själva förhandlingen påverkar endast de leverantörer som deltar i förhandlingen och kan således inte påverka leverantörers vilja att lämna anbud. De hänsyn som normalt motiverar att väsentliga förändringar är otillåtna, nämligen hänsyn till potentiella leverantörer, gör sig alltså inte gällande i denna situation. I upphandlingen har inga krav som fanns med i ansökningsinbjudan utgått. I det fall begreppet potentiella leverantörer ska användas för den fråga som här är aktuell är de potentiella leverantörerna de tre leverantörer som deltog i det förhandlade förfarandet. Samtliga har lämnat anbud, som dessutom varit godkända. Det är alltså uteslutet att någon ”potentiell leverantör” påverkats.

Förvaltningsrätten konstaterar följaktligen att inga förändringar gjorts av ska-kraven i upphandlingen som är av den karaktären att ingripande enligt LOU bör ske.

Har otillåtna förändringar av förutsättningar för prissättning gjorts i upphandlingen?

I 4 kap. 3 § LOU framgår att syftet med förhandlingen också ska vara att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 § LOU, som reglerar anbudsutvärderingen. I 12 kap. 1 § LOU anges dels grunderna för anbudsutvärderingen som är lägsta pris och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dels exempel på olika kriterier som kan tillämpas för att fastställa den senare utvärderingsgrunden. Det förefaller dock alldeles klart att förhandlingar kan omfatta utvärderingskriterier i detta fall. Det vore också märkligt om så inte vore fallet, eftersom förhandlingar ofta leder till förändringar i anbud, vilket oftast leder till nya förutsättningar, t.ex. ändringar av anbudspriser (se Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, tredje upplagan s. 168).

I artikel 30.3 i direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska garantera likabehandling under förhandlingarna. Detsamma framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår det av utredningen att SKI garanterat likabehandling under förhandlingarna i fråga om prissättningen. Förvaltningsrätten konstaterar följaktligen att inga förändringar gjorts av förutsättningarna för prissättning i upphandlingen som är av den karaktären att ingripande enligt LOU bör ske.

Har kravställningen avseende de centrala funktionerna varit otydlig?

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jämför rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Såväl det förfrågningsunderlag som SKI använt sig av som den tillämpade utvärderingsmodellen kan anses ha vissa brister vad gäller tydlighet. Dessa har dock enligt förvaltningsrättens mening inte varit av sådan art eller omfattning att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU.

Avropande aktörens omfattning och identitet

TDC har gjort gällande att det föreligger osäkerhet dels avseende aktörerna i avroparlistan och dels avseende E-hälsoaktörema vad gäller hur många och vilka aktörerna är samt om dessa aktörer i praktiken kommer att avropa från ramavtalet eller inte. Detta innebär enligt TDC att anbudsinbjudan i dessa delar är mycket otydligt utformat och strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Oklarheten gäl-

lande vilka e-hälsoaktörer som kan komma att nyttja ramavtalet innebär att upphandlingens volym blir osäker.

Enligt 1.1.1.1 i anbudsinbjudan anges bland annat följande: Denna upphandling görs i eget namn och omfattar de UM/UE som uppräknas i Bilaga 1 Avropsberättigade parter. Att vara avropsberättigad innebär en möjlighet att avropa från tecknade Ramavtal, dock ingen skyldighet. När behov uppstår har avropsberättigad part möjlighet att använda Ramavtalet.

Enligt 1.1.2 i anbudsinbjudan anges bland annat följande.

Ramavtalets årsvolym uppskattas uppgå till 16 000 000 SEK exklusive moms per år eller 64 000 000 SEK exklusive moms över hela Ramavtalsperioden inklusive eventuell förlängning.

Någon garanti att erhålla viss volym ges ej.

Enligt 1.1.3 i anbudsinbjudan anges bland annat följande.

De aktörer inom svensk e-hälsa som inte är UM/UE ska beredas möjlighet att avropa på ramavtalet på samma villkor som UM/UE.

Av 5 kap. 2 § LOU framgår att ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal endast får slutas mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. Bestämmelsen innebär att samtliga avropsberättigade UM/UE måste anges och gå att identifiera i förfrågningsunderlaget eller dess bilagor. För att de angivna UM/UE ska anses vara avropsberättigade finner förvaltningsrätten att det därutöver krävs att dessa bekräftat sitt intresse av att ingå i upphandlingen innan annonseringen av ramavtalet. Det kan däremot inte anses föreligga ett upphandlingsrättsligt krav på att samtliga UM/UE måste ha förpliktat sig att utnyttja ramavtalet om och/eller när behov uppstår. Av SKI:s yttrande framgår att de UM/UE, som i förfrågningsunderlagets bilaga 1 anges som avropsberättigade, betalat in en serviceavgift om 1 000 kronor till SKI innan den aktuella upphandlingen påbörjades. Vidare anges i yttrandet att samtliga UM/UE har informerats om att de genom att betala serviceavgiften bekräftar sitt intresse av att ingå i SKI:s kundlista och att de därmed ges rätt att avropa på de ramavtal som SKI upphandlar under nästkommande år. Enligt förvaltningsrättens mening är det förfarande som tillämpas av SKI tillräckligt för att de UM/UE ska anses ha bekräftat sitt intresse på det sätt som krävs för att vara avropsberättigade. Det finns därför inte skäl för ingripande på denna grund (jämför Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 mars 2014 i mål nr 20882-13).

Vidare är det enligt förvaltningsrättens mening en del av ramavtalets inneboende osäkerhet att det inte på förhand går att ha vetskap om vilka volymer som faktiskt kommer att avropas. Att det råder osäkerhet om vilka volymer som kommer att avropas med anledning av att de avropsberättigade UM/UE inte är förpliktigade att avropa från ramavtalet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses strida mot transparensprincipen. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare tydligt att de avropsberättigade UM/UE har en möjlighet, men inte en skyldighet att avropa från ramavtalet. Vidare framgår vilken årsvolym som förväntas men att någon årsvolym inte garanteras. Vad TDC anfört medför inte att förvaltningsrätten finner skäl att ifrågasätta uppgiften i förfrågningsunderlaget angående den förväntade årsvolymer. Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att uppfylla kravet på transparens. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Förvaltningsrätten konstaterar att vad gäller E-hälsoaktörerna omfattas dessa inte av den avropsberättigade kretsen. De är inte part i avtalet enligt 5 kap. 2 § LOU utan ska endast beredas möjlighet att avropa från ramavtalet. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att det förhållandet att det inte går att identifiera dessa intressenter inte kan anses utgöra en brist i upphandlingen. Det finns därför inte skäl för ingripande på denna grund.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har det inte framkommit skäl för ett ingripande med stöd av LOU och ansökan ska således avslås.

Eva Bäckström

Rådman

Föredragande har varit Susanna Ewerlöf.

KAMMARRÄTTEN I STOCKHOLM

Avdelning 02

DOM

Meddelad i Stockholm

Mål nr 6450-15

KLAGANDE

TDC Sverige AB, 556465-8507

Ombud: Advokat Fredrik Linder och advokat Mikael Dubois Advokatbyrå

KB

Box 715

101 33 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798

117 99 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 6 juli 2015 i mål nr 29206-14

SAKEN

Offentlig upphandling

Kammarrättens avgörande

1. Kammarrätten avslår yrkandet om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.
2. Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

TDC Sverige AB (TDC) yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för överklagandet anför TDC att SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) har handlat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), genomfört ett förhandlat förfarande med föregående annonsering trots att förutsättningar för detta saknats enligt 4 kap. 2 § p. 2 LOU samt att TDC därmed har riskerat att lida skada. TDC instämmer i SKI:s uppfattning att det finns skäl att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

SKI anser att överklagandet ska avslås och yrkar att kammarrätten begär ett förhandsavgörande från EU-domstolen angående vad som krävs för att angivelse av skaran avropsberättigade ska anses vara förenlig med upphandlingsreglerna.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

TDC

Val av upphandlingsförfarande

SKI har inte angett skälen för att tillämpa förhandlat förfarande. Vad som avses med pris är prissättningsstrukturen, dvs. det sätt på vilket priser ska anges i upphandlingen snarare än priserna i sig. Prissättningsstrukturen har inte lämnats öppen för att sedan fastställas i förhandlingar utan SKI har på förhand utformat en omfattande och detaljerad prismodell. SKI har också medgett att prissättningsstrukturen inte varit svår att fastställa. I detta fall är upphandlingsföremålet därför inte av sådant slag eller förenat med sådana risker att det inte går att ange något totalpris i förväg.

De delar som SKI angett som skäl för att välja förhandlat förfarande har inte blivit föremål för förhandling. I stället har förhandlingarna avsett tillkommande ska-krav och förändringar av befintliga ska-kravsnivåer. Därmed kan inte de angivna skälen utgöra sådana särskilda omständigheter som krävs för att få använda ett förhandlat förfarande.

Väsentlig förändring i kravställning

Väsentliga förändringar av upphandlingens underlag har genomförts under upphandlingens gång vilket strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Det anges uttryckligen i upphandlingsprotokollet att SKI har infört helt nya ska-krav i upphandlingen, att nivån på befintliga skakrav i kravspecifikationen höjts och att tidigare bör-krav har omvandlats till ska-krav. Det har uppställts ett nytt krav på fullständig, strukturerad och aktuell dokumentation. Om inget krav ställts upp från början avseende dokumentation har självfallet inget sådant krav gällt i upphandlingen oavsett om det annars utgör praxis i branschen eller inte. Vidare har kravet på att bandbredd av asymmetrisk typ ska erbjudas, som fanns med i ansökningsinbjudan, tagits bort. En mängd olika förändringar har även skett avseende vad som ska ingå i prissättningen i upphandlingen och avseende det sätt som prissättningen ska ske på.

Det kan inte uteslutas att TDC:s anbud skulle varit annorlunda utformat om väsentliga förändringar inte gjorts i förfrågningsunderlaget. Om upphandlingen skulle gjorts om hade man dessutom haft mer tid på sig att utforma anbudet.

Otydlig kravställning

Ett antal väsentliga krav och förutsättningar avseende de centrala funktionerna i upphandlingen har saknats i anbudsinbjudan. Inte heller under förhandlingarna har sådana krav utarbetats varför ingen anbudsgivare kunnat förutse vilken kapacitet och vilka resurser som kommer att krävas för att kunna tillhandahålla de centrala funktionerna. Otydligheten har öppnat upp för anbudsgivarna att ta helt olika utgångspunkter i sina anbud vilket gör att de inte blir jämförbara.

Avropande aktörers omfattning och identitet

En aktör som ska ha rätt att avropa från ett ramavtal måste gå att identifiera i förfrågningsunderlaget och måste dessutom ha vidtagit en aktiv handling som medför att det är förutsebart att aktören kommer att avropa från det aktuella ramavtalet. Osäkerheten i fråga om mängden och identiteten på avropsberättigade aktörer leder annars till betydande svårigheter för en anbudsgivare att beräkna värdet av att delta i upphandlingen och att därefter utforma anbud vilket strider mot transparensprincipen.

Det finns även en betydande osäkerhet beträffande upphandlingens omfattning avseende e-hälsoaktörerna vilket strider mot transparensprincipen. E-hälsoaktörerna har inte identifierats eller angetts till antal och har inte heller bekräftat sitt intresse av att ingå i upphandlingen. Samtidigt kan ehälsoaktörerna avropa från ramavtalet i exakt samma utsträckning som aktörerna i avroparlistan och måste därför anses som avropsberättigade, varför krav på identifikation bör gälla även för dessa. Bland e-hälsoaktörerna finns upphandlande myndigheter som måste följa LOU. Det finns alltså upphandlande myndigheter som kan avropa från ramavtalet i upphandlingen men som inte har betalat SKI:s serviceavgift och som inte angetts i avroparlistan eller i övrigt identifierats i upphandlingens underlag. Den övervägande delen av de aktörer som i dagsläget är anslutna till Sjunet utgörs av privata vårdgivare/tjänsteleverantörer som inte anges i avroparlistan och det är fråga om aktörer som med större sannolikhet kommer att vilja avropa från ramavtalet än de aktörer som anges i avroparlistan.

Betalningen av serviceavgiften har ingen koppling till upphandlingen som sådan, eftersom betalning av serviceavgiften ger rätt att avropa från samtliga ramavtal som annonserats under det kalenderår som avgiften avser. Förfarandet med serviceavgift tillför därmed ingenting vad gäller transparensen avseende

de aktörer som kan avropa i upphandlingen. SKI har också uttryckligen anfört att vissa avropsberättigade myndigheter med största sannolikhet inte kommer att använda ramavtalet.

SKI

Val av upphandlingsförfarande

Det framgår tydligt i ansökningsinbjudan och förfrågningsunderlaget vilka skäl SKI hade för att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det är beställarens möjlighet att i förväg ange totalpris som utgör särskilda omständigheter som motiverar att ett förhandlat förfarande får tillämpas. Det har i förväg inte varit möjligt att fastställa kraven på lösning, kvalitet och pris för det nya kommunikationssystemet, eftersom motsvarande tjänst vid tillfället inte fanns. Det har inte varit prissättningsstrukturen i sig som varit svår att fastställa. Däremot har det varit nödvändigt att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering för att hitta den för SKI bästa lösningen som även prismässigt ligger i linje med SKI:s beräkningar.

Väsentlig förändring i kravställning

Inga väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget har gjorts eftersom inga obligatoriska krav har förändrats. Förhandlingarna hölls inom ramen för de punkter som enligt förfrågningsunderlaget kunde bli föremål för förhandling. Det hade varit tillåtet att införa nya krav i upphandlingen eftersom endast de tre leverantörer som deltog i förhandlingen kunnat påverkas och dessa godkände förhandlingsresultatet. Eventuella nya krav skulle dessutom utgöra en mycket liten del av upphandlingsföremålet och skulle inte förändra dess karaktär. Dessutom framgick det redan i ansökningsinbjudan vilka krav som kunde bli föremål för förhandling och potentiella leverantörer kan inte ha avstått från att lämna anbud i upphandlingen till följd av ändringarna. En tolkning som innebär att anbudsgivarnas anbud endast får anpassas till den upphandlande myndighetens krav är inte förenlig med syftet bakom det förhandlade förfarandet.

Otydlig kravställning

Kravställningen har varit tillräckligt tydlig för att alla anbudsgivare skulle kunna lämna godtagbara anbud. TDC har inte under anbudstiden påtalat att bolaget ansåg att kravställningen var oförenlig med transparensprincipen trots att omfattande kontakter förekommit mellan SKI och anbudsgivarna. Detta visar att några sådana problem som TDC nu gör gällande inte har förelegat.

Avropande aktörers omfattning och identitet

Kravet på transparens omfattar endast identifikation och SKI:s intresseanmälan tjänar endast till att ge anbudsgivaren en större transparens än vad som krävs enligt upphandlingsreglerna. De upphandlande myndigheterna kan inte bli parter i inköpscentralens ramavtal eftersom detta ingår i inköpscentralens eget namn. Ramavtal ingångna av en inköpscentral är inte heller bindande för avropsberättigad upphandlande myndighet.

Något krav att garantera viss volym eller ange en beräknad lägsta volym finns inte när det gäller att uppskatta och ange värdet av ett ramavtal. En osäkerhet kring volymer är en avgörande skillnad mellan ramavtal och kontrakt och inneboende i själva ramavtalsformen. Det innebär inte att ramavtalsupphandlingen bryter mot transparensprincipen. Det ankommer på anbudsgivarna att inte endast göra sina kalkyler utifrån ett visst antal avropsberättigade myndigheter utan att även beakta att vissa upphandlande myndigheter sannolikt inte kommer att ansluta till det nya kommunikationssättet för e-hälsa. Anbudsgivarna måste beakta den angivna uppskattade volymen samt den av SKI lämnade informationen om nuvarande användare av Sjunet.

För att anbudsgivarna ska kunna lämna anbud på lika villkor är det nödvändigt att det inte finns möjlighet att lämna låga priser i upphandlingen för att i stället ta mer betalt av e-hälsoaktörerna. Detta är motiverat av konkurrens- och patientsäkerhetshänsyn. Ett krav har därför uppställts på att vissa aktörer ska ha rätt att ansluta sig till det gemensamma kommunikationsnätet för e-hälsa på samma villkor som de avropsberättigade myndigheterna. Det kan inte finnas något generellt krav på att dessa tredje män ska identifieras på förhand eller liknande. Det aktuella kravet innebär inte att någon upphandlande myndighet

utöver de angivna avropsberättigade görs till avropsberättigad på ramavtalet. För det fall e-hälsoaktören är en upphandlande myndighet är denna alltid skyldig att följa upphandlingsregelverket och får då ta ställning till om en anslutning till nya Sjunet kan anskaffas genom en tillåten direktupphandling. Aktörer som inte omfattas av LOU har ingen skyldighet att följa upphandlingsregelverket och att sådana köper enligt ett ramavtal, trots att de inte angivits som avropsberättigade, kan därför inte innebära att aktörerna gör en direktupphandling i LOU:s mening.

För att en anbudsgivare ska anses vara normalt omsorgsfull krävs att denne begär ett förtydligande från den upphandlande myndigheten om förfrågningsunderlaget anses vara otydligt. Ett administrativt förfarande med individualiserade intresseanmälningar för alla drygt 800 avropsberättigade myndigheter kan knappast anses proportionerligt för att öka förutsebarheten gällande vilka upphandlande myndigheter som faktiskt kommer att avropa från ramavtalen.

Skälen för kammarrättens avgörande

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Kammarrätten anser inte att det är nödvändigt att begära att EU-domstolen meddelar förhandsavgörande angående vad som krävs för att angivelse av skaran avropsberättigade ska anses vara förenlig med upphandlingsreglerna. Yrkandet ska därför avslås.

Val av upphandlingsförfarande

En upphandlande myndighet får använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering om upphandlingsföremålet är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det, på grund av särskilda omständigheter, inte går att ange något totalpris i förväg. Förfarandet får endast tillämpas i undantagsfall. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att förutsättningarna att tillämpa ett förhandlat förfarande med föregående annonsering är uppfyllda.

Upphandlingsföremålet är ett nytt kommunikationsnät inom svensk e-hälsa. I förfrågningsunderlaget finns en målbild för upphandlingsföremålet beskriven och det anges också vilka punkter som kan bli föremål för förhandling i syfte att anpassa anbuderna till uppställda krav och under förutsättning att bl.a. prisbild, lösningar och funktionaliteten ligger i linje med SKI:s beräkningar. SKI har anfört att det inte varit möjligt att i förväg fastställa kraven på lösning, kvalitet och pris för kommunikationsnätet, eftersom motsvarande nät inte finns sen tidigare.

Det är totalpriset för upphandlingsföremålet som objektivt sett inte ska gå att fastställa i förväg. Att en prissättningsstruktur har kunnat utarbetas innan förhandlingarna påbörjats medför därför inte i sig att förfarandet inte varit tillåtet. Det har i målet kommit fram att avsikten varit att det nya kommunikationsnätet ska innehålla betydande förändringar i förhållande till det tidigare kommunikationsnätet. Det framstår därför som att det inte varit möjligt för SKI att prissätta det nya nätet utifrån hur det gamla var konstruerat. Det har inte heller kommit fram att det finns andra nät som går att jämföra med det som nu upphandlas. Kammarrätten anser mot denna bakgrund att föremålet för upphandlingen är att anse som en sådan komplicerad IT-upphandling där det inte varit möjligt att fastställa villkoren på förhand och därmed inte gått att fastställa ett totalpris. Upphandlingsprotokollet, som visar att prissättningen varit föremål för förhandling liksom att anpassningar av kraven gjorts för att få så bra anbud som möjligt utifrån det som upphandlas, stödjer denna uppfattning. Kammarrätten anser därför att det funnits förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Väsentlig förändring i kravställning

En upphandlande myndighet har möjlighet att själv välja omfattning och innehåll i förhandlingen så länge de grundläggande principerna eller någon bestämmelse i LOU inte överträds.

TDC gör bl.a. gällande att en mängd olika förändringar har skett avseende prissättningen i upphandlingen. Det framgår redan av ansökningsinbjudan, punkt 1.2.4., att förhandlingar avseende pris kan komma att äga rum. Av upphandlingsprotokollet framgår att ett antal justeringar av prissättningen i upphandlingen också gjordes till följd av förhandlingarna med anbudsgivarna. Det framgår även att samtliga anbudsgivare gavs möjlighet att slutligt lämna ett konkret och fullständigt pris för offererad lösning efter att godtagbara lösningar för förhandlade anbud lämnats.

Syftet med förhandlingar är att anpassa anbuderna till ställda krav och få fram det bästa anbudet. Kammarrätten anser att det av utredningen i målet inte kommer fram annat än att samtliga anbudsgivare har getts samma möjligheter att anpassa sina anbud och att det inte visats att konkurrensen snedvridits bland anbudsgivarna. De justeringar som har gjorts avseende prissättningen kan därmed inte anses stå i strid med de grundläggande principerna eller någon bestämmelse i LOU.

TDC anser också att nya ska-krav har införts, att nivån på befintliga ska-krav i kravspecifikationen höjts och att tidigare bör-krav har omvandlats till skakrav. En ändring av ett krav i en upphandling är att anse som väsentlig om den kan ha en påverkan på vilka leverantörer som skulle ha valt att delta i upphandlingen. När krav, som i detta fall, tillkommer först efter det att inbjudna leverantörer lämnat anbud anser kammarrätten att endast de leverantörer som lämnat anbud påverkas av de nytillkomna villkoren.

Av punkt 1.3.3. i förfrågningsunderlaget framgår att de anbudsgivare som bjuds in till förhandling bereds möjlighet att förhandla för att hitta rätt kravnivå på de förhandlingspunkter som angetts i kravspecifikationen. I en bilaga till förfrågningsunderlaget listas de punkter som det kan komma att förhandlas om. I förfrågningsunderlaget, punkt 2.3.1., finns även ett förslag till samverkansmodell beskriven. Det anges där att förslaget kan komma att justeras och preciseras vid tiden för samarbetet för att anpassas till respektive process och för att säkerställa effektiv samverkan, tydliga roller, forum samt ansvarsgränser. Det har alltså redan i förfrågningsunderlaget informerats om att de krav som senare kom att införas och höjas till följd av förhandlingarna med anbudsgivarna kunde bli föremål för justeringar. Inga obligatoriska krav har utgått till följd av förhandlingarna. Samtliga anbudsgivare har lämnat godtagbara anbud utifrån de justerade kraven och det har inte kommit fram att justeringarna riskerade att snedvrیدا konkurrensen bland anbudsgivarna. Kammarrätten anser därför att inga väsentliga förändringar har gjorts till följd av förhandlingarna med anbudsgivarna avseende de obligatoriska kraven varför de grundläggande principerna inte överträtts i detta avseende.

TDC menar att kravet på att bandbredd av asymmetrisk typ ska erbjudas har tagits bort. Om krav som funnits med i ansökningsinbjudan eller förfrågningsunderlaget tas bort efter att dessa publicerats kan detta påverka potentiella anbudsgivares vilja att lämna anbud. Ett sådant förfarande får därför typiskt sett anses utgöra en sådan väsentlig förändring som medför att upphandlingen måste göras om för att inte transparens- eller likabehandlingsprincipen ska överträdas. Kammarrätten konstaterar att kravet på asymmetrisk bandbredd inte fanns med i ansökningsinbjudan, eftersom de mer specifika kraven för upphandlingen fastställdes först i förfrågningsunderlaget, som överlämnades till de anbudsgivare som bjöds in att lämna anbud i upphandlingen. Kravet slopades senare vilket framgår av frågor och svar i upphandlingen. Även om potentiella anbudsgivare i det inledande skedet, när ansökningsinbjudan skickades ut, inte kan antas ha påverkats av förfarandet måste det beaktas att slopandet av kravet kan ha påverkat samtliga leverantörer som bjöds in att lämna anbud i upphandlingen. Kammarrätten anser därmed att slopandet av ska-kravet är att anse som en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. För att ett ingripande enligt LOU ska ske krävs dock att förfarandet kan ha lett till skada för TDC.

I vilken omfattning en leverantör måste klargöra varför man anser sig kunna lida skada beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Om orsakssambandet mellan överträdelsen och skadan inte framstår som uppenbart eller är mer avlägset, måste leverantören förklara varför denne anser sig ha lidit eller kunnat komma att lida skada. TDC menar att det inte kan uteslutas att deras anbud varit annorlunda utformat om väsentliga förändringar inte hade skett i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten konstaterar att kravet på att bandbredd av asymmetrisk typ ska erbjudas togs bort i god tid innan anbudstiden löpte ut och att alla anbudsgivare vid samma tidpunkt hade möjlighet att ta del av förändringen. TDC har, i likhet med övriga anbudsgivare, getts möjlighet att därefter lämna ett slutligt, konkret och fullständigt pris för offererad lösning. Kammarrätten anser mot denna bakgrund att TDC inte visat att bolaget riskerat att lida skada till följd av att kravet togs bort.

Otydlig kravställning

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att TDC inte visat att det fanns sådana brister gällande kravställningen kring de centrala funktionerna i upphandlingsföremålet att någon av de grundläggande principerna överträtts.

Avropande aktörers omfattning och identitet

TDC anser att det funnits en sådan osäkerhet angående vem som har rätt att avropa från ramavtalet och vilka som avser att avropa att upphandlingen brister i transparens.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att samtliga avropsberättigade parter går att identifiera i en bilaga till ansökningsinbjudan och förfrågningsunderlaget i enlighet med de krav som 5 kap. 2 § LOU ger uttryck för. Kravet som uppställs i upphandlingen att e-hälsoaktörerna, utöver de avropsberättigade parterna, ska ges möjlighet att få samma tjänst till samma villkor som de som är parter i ramavtalet innebär inte att e-hälsoaktörerna är parter i ramavtalet. Att e-hälsoaktörerna inte går att identifiera utgör därför inte en överträdelse av 5 kap. 2 § LOU.

Det finns inte ett upphandlingsrättsligt krav på att avropsberättigade parter ska ha förpliktat sig att utnyttja ramavtalet, utan det ligger i ramavtalens natur att en garanterad avropsmängd inte kan anges. I enlighet med transparensprincipen måste dock anbudsgivare ges sådan information att de på förutsebara grunder ska kunna avgöra vilka aktörer som kan förväntas använda sig av ramavtalet om behov uppstår. Detta är en förutsättning för att anbudsgivare ska kunna bedöma om det är affärsmässigt motiverat att lägga anbud och i så fall hur anbudet ska utformas. Eftersom både avropsberättigade parter och e-hälsoaktörer ska kunna köpa aktuella tjänster utifrån de villkor som uppställs i ramavtalet, är det enligt kammarrättens mening nödvändigt att anbudsgivare får en tillräckligt tydlig bild av hur många aktörer som totalt sett kan tänkas köpa tjänsten utifrån ramavtalet för att transparensprincipen inte ska överträdas.

I ansökningsinbjudan och förfrågningsunderlaget anges en uppskattad årsvolym för ramavtalet, även om denna volym inte garanteras. Vidare finns en lista över aktuella användare av Sjunet som en bilaga till ansökningsinbjudan och förfrågningsunderlaget. Kammarrätten anser att dessa uppgifter, mot bakgrund av att föremålet för upphandlingen är ett nytt kommunikationsnät för e-hälsa som ska ersätta det tidigare kommunikationsnätet Sjunet, är tillräckliga för att en anbudsgivare ska kunna få en bild av omfattningen av ramavtalet och därmed kunna lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Kammarrätten anser därför att ansökningsinbjudan och förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att kravet på transparens ska anses vara uppfyllt.

Sammanfattning

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det inte finns skäl för ett ingripande med stöd av LOU och överklagandet ska därför avslås.

Marie Jönsson, lagman ordförande

Cecilia Silfverhjelms, kammarärråds referent

Rolf Bohlin, kammarärråds

Mikaela Johansson, föredragande