



KLAGANDE

Alfa Kommun & Landsting AB, 556549-2807

Ombud: Advokat Jerker Alm och biträdande jurist Michelle Green
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPARTER

1. Östra Göinge kommun
Storgatan 4
280 60 Broby

2. Atea Sverige AB, 556448-0282

Ombud: Eva Sjöström
c/o Atea Sverige AB
Kronborgsgränd 1
164 46 Kista

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 12 januari 2017 i mål nr 9829-16,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och bestämmer att
upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Alfa Kommun & Landsting AB yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om och anför följande.

Östra Göinge kommun har felaktigt antagit Atea Sverige AB:s anbud, som rätteligen skulle ha uteslutits. Som framgår av förvaltningsrättens dom är det klarlagt att Atea inte uppfyllt vissa i kravspecifikationen ställda krav.

I kravspecifikationen framgår att de obligatoriska kraven ska förklaras med antingen en beskrivning eller en hänvisning, och att det alltså inte räcker att svara endast ja eller nej på frågan om kraven uppfylls eller inte. Atea har inte lämnat någon beskrivning eller hänvisning och uppfyller inte det ställda kravet.

Atea har inte uppfyllt kravet om att systemet ska kunna fungera off-line för att sedan direkt vid uppkoppling automatiskt lägga till nytillkomna registreringar och att data som tillfälligt behöver lagras på mobil enhet ska lagras säkert så att informationen inte kommer i orätta händer. Ateas anbud brister också vad gäller ytterligare ett krav genom att deras anbud inte omfattar support och underhåll för sju år.

Förvaltningsrätten har felaktigt kommit fram till att Alfa inte skulle ha lidit skada eftersom även Alfa brustit med avseende på beskrivning av ”ja-svaren”. Förvaltningsrätten motiverar sitt ställningstagande med att anbudsgivarna behandlats lika. Det är dock en grundläggande princip att anbud måste uppfylla ställda krav för att kunna antas. Det finns inget utrymme för en upphandlande myndighet att fritt välja att avsluta en upphandling där samtliga anbud har en brist i uppfyllelse av de obligatoriska kraven. I ett sådant fall ska upphandlingen göras om.

Skadan för Alfa är mycket tydlig. Om inget anbud uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och om samtliga anbud borde ha förkastats ska upphandlingen göras om. Eftersom kommunen felaktigt tilldelat Atea kontraktet, när anbudet borde ha förkastats, har Alfa gått miste om möjligheten att få kontraktet vid ett nytt upphandlingsförfarande. EU-domstolens avgöranden i mål nr C-100/12 Fastweb och C-689/13 Puligienica Facility ger i vart fall inget stöd för att man kan bortse från bristen på uppfyllelse av obligatoriska krav med hänvisning till likabehandling på det sätt som förvaltningsrätten har gjort.

Östra Göinge kommun anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Anbudsgivarna har behandlats lika. Atea har lämnat materiellt korrekta svar och deras anbud omfattar support och underhåll för föreskrivna sju år. Alfa hävdar att kvalificeringen av de båda anbuden strider mot lagen om offentlig upphandling och hämtar stöd för detta i praxis. Den frågan är irrelevant mot bakgrund av att Alfa inte har lidit skada. Det finns inga omständigheter som talar för att Alfa kommer att tilldelas kontrakt om kommunen skulle agera så som Alfa önskar. Anledningen till att Alfa inte har tilldelats kontrakt är att deras anbud inte varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen har vid en granskning av anbuden funnit att båda anbuden uppfyller kraven och att de innehåller beskrivningar eller hänvisningar. Det är i kravspecifikationen inte definierat hur "beskrivning" eller "hänvisning" ska tolkas. Kommunen har bedömt att det är proportionerligt att godkänna båda anbuden med hänsyn till syftet med kravet, nämligen en säkerhetskontroll av att kraven uppfylls och att leverantörer inte slentrianmässigt fyller i att de godtar krav som de sedan faktiskt inte uppfyller. Alfes påstående om att bolaget riskerar att lida skada saknar därmed grund.

Atea Sverige AB anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

De har offererat pris för support- och underhållsavtalet och uppfyller även ställda krav om hur systemet ska fungera off-line och hur lagring ska ske. Deras anbud uppfyller därmed samtliga ställda krav. Det är riktigt som kommunen uppgett att Atea och Alfa har behandlats lika i upphandlingen samt att Alfa inte har lidit skada.

Varken deras eller Alfas anbud har förkastats, utan bedömts uppfylla samtliga krav. Dock borde båda bolagen ha utvecklat sina svar på frågan hur kraven uppfylls. Det hade varit en oproportionerlig åtgärd att förkasta deras anbud på grund av hur ett enstaka svar formulerats. Kommunen har all nödvändig information i anbudet för att kunna avgöra att kraven uppfylls och på vilket sätt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrens- uppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i förfrågningsunderlaget upprätthålls under hela förfarandet. En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (jfr HFD 2016 ref. 37).

Kommunen har i kravspecifikationen angett att de gråa fälten i kolumnen ska (om inget annat anges) fyllas i med en beskrivning eller hänvisning och att det inte räcker att svara ja eller nej. Kravet är tydligt formulerat. Av utredningen framgår att Atea avseende vissa krav endast svarat att kraven uppfylls och att Alfa under vissa krav varken lämnat någon beskrivning av hur kraven uppfylls eller hänvisat till någon bilaga. Varken Alfask eller Ateas anbud uppfyller därmed det ställda obligatoriska kravet.

Det är en grundläggande princip att anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav ska förkastas. Om det som i det här fallet saknas giltiga anbud i upphandlingen får kommunen avbryta den och genomföra en ny upphandling. Vid ett nytt förfarande hade Alfa fått en ny chans att tilldelas kontraktet. Att bolaget går miste om den möjligheten innebär att bolaget lider eller i vart fall riskerar att lida skada.

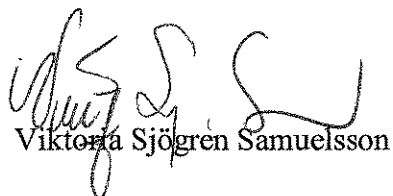
Vid den bedömningen saknas skäl att pröva om Ateas anbud i övrigt brister på det sätt som Alfa hävdar.

Följden av att inget av de två lämnade anbuden uppfyller de obligatoriska kraven är att upphandlingen ska göras om. Det betyder i sin tur att förvaltningsrättens dom ska upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Ewa Hagard Linander



Viktoria Sjögren Samuelsson



Eva Bertelsen

referent



/Markus Zander



SÖKANDE

Alfa Kommun & Landsting AB, 556549-2807
Dockplatsen 1
211 19 Malmö

Ombud: advokaten Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPARTER

1. Östra Göinge kommun
Storgatan 4
280 60 Broby

2. Atea Sverige AB
Box 18
164 93 Kista

Ombud: Eva Sjöström
Adress som ovan

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Alfa Kommun & Landsting AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Östra Göinge kommun (kommunen) genomför en upphandling av digital signeringslista, dnr KS 2015/01922. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslutet har anbudet från Atea Sverige AB (Atea) tilldelats kontraktet. Anbudet från Alfa Kommun & Landsting AB (Alfa) har placerats på andra plats.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Alfa ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs. Som grund för sin talan anför Alfa bl.a. följande.

Atea har lämnat materiellt felaktigt svar

I kravspecifikationen anges i positionerna 1.2.3 och 2.3.4 följande.

Om det inte finns direktkoppling/uppkoppling ska systemet fungera off-line, för att sedan direkt vid uppkoppling automatiskt lägga till nytillkomna registreringar.

Data som tillfälligt behöver lagras på mobil enhet ska lagras säkert så att informationen inte kommer i orätta händer.

Atea har svarat att systemet inte släcks ner vid bruten internetåtkomst och signering kan slutföras samt att ingenting lagras på den mobila enheten och att allt överförs i realtid till Medication and Care Support System (MCSS), det av Atea offererade systemet. Som framgår av kravet i punkt 1.2.3 ska systemet fungera off-line. Här anger Atea att deras system inte släcks ner utan att signering kan slutföras. Samtidigt anger Atea i sitt svar på krav 2.3.4 att *ingen* lagras på den mobila enheten. Ateas svar på krav 2.3.4 innebär att Ateas svar på krav 1.2.3 inte kan vara korrekt. En förutsättning för att registrering ska kunna slutföras när systemet är off-line är att det finns information i den mobila enheten från vilken registrering ska göras.

Atea anger emellertid uttryckligen att ingen information över huvud taget lagras i den mobila enheten utan informationen går direkt vidare till MCSS. Med Ateas upplägg är det således inte möjligt att slutföra en registrering när systemet är off-line eftersom det inte finns någon information som går att registrera. Eftersom ingen lagring sker i den mobila enheten kan inte Ateas system anses fungera off-line i enlighet med kravspecifikationens villkor. Ateas anbud är inte kravuppfyllande.

Ateas anbud omfattar inte support och underhåll för sju år

I punkt 1.1 i de administrativa föreskrifterna anges att kommunen avser att teckna support- och underhållsavtal för perioden den 1 januari 2017 – 31 december 2019 med möjlighet till förlängning i två perioder om två år (dvs. maximalt fyra års förlängning). Avseende begreppet avtalsperiod så avses enligt gängse terminologi den givna fixerade period som avtal ska gälla utan förlängning. Kommunen har också uttryckt sig på detta sätt då man i förfrågningsunderlaget angett en specifik period med möjlighet till förlängning. Avtalsperioden är således den första givna fixerade perioden om tre år.

I prisbilagan ska, under position 5, pris för support och underhåll anges för sju år. Då Atea i sitt anbud inte angivit något pris för support och underhåll i den härför avsedda platsen i prisbilagan tillfrågades Atea om detta förhållande och angav följande. ”Support och underhåll för avtalsperioden ingår i kommunlicensen”. Ateas tillhandahållande av support och underhåll som del av kommunlicensen är följaktligen knutet till avtalsperioden dvs. de tre första åren. Atea har således inte offererat något pris för support och underhåll för förlängningsåren fyra till sju, vilka år omfattas av utvärderingen enligt prisbilagan, utan endast för avtalsperioden om tre år. Pris för support och underhåll ska avse en tid om sju år och inte som Ateas svar visar, tre år. Ateas anbud brister därmed i kravuppfyllelse.

Alternativt skulle kommunen ha nollställt Alfas anbud på så vis att det av Alfa offererade priset för support och underhåll skulle multiplicerats med tre och inte med sju. Detta hade resulterat i ett lägre underhållspris för Alfa. Alfas jämförelsevärde skulle därmed reduceras med följd att Alfas jämförelsetal skulle bli 1 852 000 kr och inte 2 052 000 kr. Då Atea erhöll ett jämförelsetal om 1 998 000 kr skulle Alfa rätteligen ha valts till leverantör.

Atea har inte svarat på korrekt sätt i kravspecifikationen

Informationen i kravspecifikationen är mycket tydlig med avseende på hur svar ska avges. Följande obligatoriska krav avseende innehållet anges.

Gråa fält i denna kolumn SKA (om inget annat anges) fyllas i med en BESKRIVNING eller HÄNVISNING, det räcker således inte att endast svara ja/nej.

Beskriv hur obligatoriska krav och utvärderingskriterier uppfylls (det går bra att hänvisa till bilaga):

För att kravuppfyllande svar ska anses föreligga krävs att anbudsgivare verkligen lämnar ett svar som visar på *hur* anbudsgivaren uppfyller kravet. Det är följaktligen inte tillräckligt att anbudsgivaren endast anger att kravet i sig uppfylls. Av Ateas anbud framgår att Atea för flera av de obligatoriska kraven inte lämnat en beskrivning av *hur* Atea uppfyller kraven t.ex. ska kravet i position 3.2.5 om utbildning vara både praktisk och teoretisk. Det enda som Atea svarat är emellertid att utbildningen uppfyller kravet men det finns inte någon beskrivning av *hur* Atea lägger upp sin utbildning eller vad den har för innehåll som visar att Atea verkligen uppfyller kravet ifråga. Om svaret endast upprepar det som redan framgår av kravet ifråga är detta inte en beskrivning av *hur* eller *på vilket sätt* som anbudsgivaren avser att utföra den aktuella åtgärden. De svar som Atea lämnar är detsamma som det svar som inte räcker, nämligen ett JA. Att ange "kravet uppfylls" när kravet är att man ska lämna en beskrivning är inte tillräckligt. Ateas anbud är inte kravuppfyllande och skulle förkastats.

Vad gäller kommunens påstående att Alfa skulle ha motsvarande brister gäller i så fall att vare sig Ateas anbud eller Alfas anbud är kravuppfyllande. Enligt praxis gäller att anbudsgivare vars anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen inte får antas som leverantör. Ett sådant agerande är i strid med likabehandlingsprincipen. Förhållandet att det kan föreligga brister i samtliga anbud innebär inte en rätt för den upphandlande myndigheten att slutföra upphandlingen med val av leverantör. Den upphandlande myndigheten har i fall av brist i uppfyllelse av obligatoriska krav att avbryta upphandlingen och göra om denna. Kommunen har rimligen ställt krav på beskrivning för att kunna göra en bedömning av om svaret ifråga är vederhäftigt. En beskrivning visar nämligen om det finns substans i svaret JA. Beskrivningen är således en avgörande beståndsdel i svaret. Om inte beskrivningen visar att det finns substans i det jakande svaret ska anbudet förkastas. Det framgår vidare av punkt 2.7.3 i de administrativa föreskrifterna att en förutsättning för att kunna antas som leverantör är att de obligatoriska kraven är uppfyllda. Kommunen har valt att inte begära något förtydligande och har då som enda alternativ haft att avbryta upphandlingen och göra om den. Då kommunen valt att inte avbryta upphandlingen och genomföra en ny upphandling har kommunen brutit mot LOU.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Atea har lämnat materiellt felaktigt svar

Det finns olika typer av lagring. Lagring kan bl.a. ske på primärminne eller sekundärminne. Det är primärminnet som arbetar när en dokumentfil eller ett program är öppnat och används dvs. när en process är pågående. Sekundärminnet är av mer fysisk karaktär och innebär att information skrivs till disk och lagras även när enheten är avstängd. Det är sekundärminnet som används när ett dokument sparas till ett USB-minne eller en hårddisk.

Kravet i position 2.3.4 är formulerat så att det är uppenbart att det är lagring på sekundärminne (dvs. mer permanent lagring) som avses då det tar sikte på säker lagring för att inte falla i orätta händer. Att ställa krav på säker lagring under en pågående process är inte särskilt relevant. Det som avses är snarast att lagringen, i likhet med överföring och datakommunikation, ska vara krypterad. Att lagring kan ske tillfälligt, i den mobila enhetens primärminne, står alltså inte i motsatsförhållande till Ateas svar på kravet i position 2.3.4. Även om allt överförs i realtid till MCSS har kommunen uppfattat det som att systemet kan fungera även utan internetuppkoppling. Detta under förutsättning att den mobila enheten inte stängs ned (eftersom information då hade behövts lagras i sekundärminne). Av svaret i position 1.2.3 framgår att systemet inte släcks ned vid bruten internetåtkomst och signering kan slutföras. Kommunen förstår detta som att systemet inte stängs ned och att information som redan matats in i programmet sparas i primärminnet så länge enheten är igång. Såsom kravet är utformat menar kommunen att det är lagring till sekundärminne som avses. Att något lagras i primärminne under en kort period är således inte *lagring* enligt förfrågningsunderlaget.

Ateas anbud omfattar inte support och underhåll för sju år

Den totala avtalstiden kan uppgå till sju år. Vid beräkning av kontraktsvärdet ska options- och förlängningsklausuler räknas in. Kommunens avsikt är att utvärdera hela kontraktsvärdet. I förevarande upphandling innebär det att avtalsperioden uppgår till sju år för att hela kontraktet ska kunna värderas. I prisbilagan, position 5, finns en ruta som beskriver det antal år som kommunen avser upphandla support och underhåll och den rutan innehåller siffran sju. Det framgår klart och tydligt antalet år som priset för support- och underhållsavtalet utvärderades mot och det framgår tydligt att anbudet utvärderas för hela avtalsperioden inklusive options- och förlängningsklausuler. Det som fylls i under position 5 i prisbilagan är således gällande för pe-

rioden om sju år. Atea har fyllt i siffran 0 vilket ändras till ett bindestreck på grund av inställningar i formatteringen i prisbilagans mall. Kommunen har, för att kontrollera huruvida det är korrekt uppfattat att support och underhåll inte kostar något extra, begärt förtydligande och Atea har bekräftat att det inte kostar något extra. Atea har i enlighet med ovan offererat pris för support och underhåll för en period om sju år mot en summa av 0 kr per år.

Atea har inte svarat på korrekt sätt i kravspecifikationen

Kommunen definierar inte vad beskrivning innebär eller vad som krävs för att ifylld text ska kunna godkännas som beskrivning. Det framgår däremot att det inte räcker att bara svara ja eller nej. Det är i och för sig korrekt att Ateas beskrivningar inte alltid är helt uttömmande gällande hur de avser uppfylla kravet, men det har inte heller begärts. Kommunen har vidare beaktat att inte bara Atea, utan även Alfa, i vissa avseenden lämnat knapphändiga beskrivningar och därför valt att inte reagera mot någon. Kommunen har behandlat de båda anbudsgivarna lika och valt att godta deras beskrivningar utan att vidta ytterligare åtgärder.

Alfa tillägger bl.a. följande.

Atea har lämnat materiellt felaktigt svar

Kommunen har uttryckligen uppgivit att med lagras avses *lagring i sekundärminnet*. Svaret från Atea måste då rent logiskt läsas med samma innebörd ifråga om begreppet. Innebörden av kravet i position 2.3.4 är följande:

Data som tillfälligt behöver lagras i *sekundärminnet* på mobil enhet ska lagras i *sekundärminnet* säkert så att informationen inte kommer i orätta händer.

Konsekvensen ifråga om Ateas svar blir följande:

Ingenting lagras i *sekundärminnet* på den mobila enheten. Allt överförs i realtid till MCSS.

Svaret går helt på tvärs med kravet eftersom det är ett obligatoriskt krav att lagring ska ske i sekundärminnet. Atea har angett att allt överförs i realtid till MCSS. Överföringen kräver emellertid internetåtkomst dvs. när systemet ligger nere kan det inte ske någon överföring till MCSS. Det innebär således att någon form av lagring måste ske. Atea påstår i sitt svar att systemet inte släcks ner och att registrering kan slutföras. Då en överföring till MCSS förutsätter internetåtkomst kan inte denna uppgift vara korrekt. Detta innebär att vid de tillfällen då internetåtkomst saknas uppfyller Atea inte kravet på säker lagring eftersom man i sitt anbud a) intygat att ingenting lagras i sekundärminnet och b) det sker då heller ingen överföring till MCSS eftersom detta inte är tekniskt möjligt. Kvar vid dessa tillfällen är lagring i primärminnet men enligt kommunen ska lagringen ske i sekundärminnet. Det är inte tillräckligt att Atea lämnat ett övergripande svar att man uppfyller de obligatoriska kraven.

Alfas produkt fungerar off-line medan Ateas inte gör det. Kravställningen kan inte tolkas på annat sätt än att registrering ska kunna göras off-line enligt följande. Om personal kommer till en brukare och det inte finns täckning hos denne ska registrering kunna göras i själva applikationen på den mobila enheten för att sedan, när det finns täckning, automatiskt läggas till i systemet. Atea anger att deras system "inte släcks ner" vid tillfälliga störningar utan man har kvar aktuell vy tills man får täckning igen. Detta innebär att om täckning saknas kan man inte göra någon registrering utan man måste hitta ett ställe där det finns täckning. Detta överensstämmer inte med kravets lydelse eftersom det krävs att det ska ske en automatisk addering av nytillkomna registreringar. Kravets lydelse innebär således att en registrering ska kunna göras off-line för att sedan, när internetåtkomst finns, automatiskt uppdateras. Atea har inte funktionen att kunna göra en registrering när internetåtkomst inte finns. Ateas anbud är inte kravuppfyllande.

Kommunen invänder bl.a. följande.

Atea har lämnat materiellt felaktigt svar

Lagring på sekundärminne ska ske säkert, givet att sådant behov föreligger. Kommunen ställer inte krav på att behov måste föreligga och följaktligen inte heller att lagring måste ske på sekundärminne. Atea skriver att de inte lagrar något alls på sekundärminne. Då krav på lagring inte föreligger utan endast att eventuell lagring ska ske säkert finner kommunen ingen anledning att betrakta kravet som inte uppfyllt vad avser lagring på sekundärminne. Kommunen har bedömt det som att anbudsgivarna vid godkännande av villkoren (genom att skriva i J/JA under rubriken *Uppfyllnad av obligatoriska krav och utvärderingskriterier*) accepterar kraven och att den accepten inte rubbas av det faktum att de därefter har vaga beskrivningar. Det faktum att en beskrivning eventuellt kan innehålla en logisk vurpa som framträder vid språklig granskning av anbudet förtar inte det faktum att Atea dels svarat att de uppfyller samtliga obligatoriska krav och dels vid visning av sin digitala signeringslista visat upp en produkt som uppfyller de krav som ställts.

Atea har getts möjlighet att yttra sig och anför bl.a. följande.

Atea har lämnat materiellt felaktigt svar

Varje krav återfinns i ett sammanhang. Kommunen har ställt krav på en driftad tjänst dvs. molntjänst. Det ligger i sakens natur att denna typ av tjänst tillgängliggörs via internetåtkomst vilket även framgår av position 1.1.3. Baserat på de behov kommunen har beskrivit i förfrågningsunderlaget, den typ av lösning som har efterfrågats samt rubriken "Säkerhet" har Ateas tolkning varit att syftet med kravet i position 2.3.4 varit att förvissa sig om att ingen känslig information t.ex. patientdata lagras på de mobila enheterna. Det finns ytterligare ett krav av relevans för frågan, kravet i position 2.4.4

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

dvs. att ingen patientdata får lagras på de mobila enheterna. Båda kraven innebär enligt Ateas tolkning att ingen data (relevant ur säkerhetssynpunkt) ska lagras lokalt. Både Atea och Alfa har svarat JA på detta krav och tycks därför ha tolkat kravet på samma sätt. Alfa har inte beskrivit hur kravet uppfylls utan bekräftat kravet genom att omvandla frågan till svar. Atea har i stället beskrivit hur kravet uppfylls i praktiken dvs. att informationen lagras i molntjänsten och inte på enheten. Ateas ordval är möjligtvis inte perfekt men "ingenting" innebär i detta sammanhang "ingen känslig information".

I molnbaserade lösningar är det allmänt vedertaget att man vill att denna typ av system inte ska släckas ner vid tillfälliga störningar i internetåtkomst utan att man ska ha kvar aktuell vy tills dess att åtkomst finns igen. Ateas anbud uppfyller kravet. Både Atea och Alfa har svarat JA på kravet i position 1.2.3 och tycks ha tolkat kravet på samma sätt. Alfa har däremot inte beskrivit hur kravet uppfylls utan helt enkelt bekräftat kravet genom att omvandla frågan till svar. Atea har i stället försökt beskriva hur kravet uppfylls i praktiken.

I Ateas anbud finns också ingående information som komplement till svaren i svarsformuläret om hur systemet fungerar. Kommunen har även vid demonstration av systemet i samband med anbudspresentation kontrollerat att systemet fungerar enligt kravställningen. Både krav 2.3.4 och 2.4.4 bekräftar att ingen (känslig) data lagras lokalt. Kraven i positionerna 1.1.3 och 1.2.3 bekräftar att det som offereras är en molntjänst där lagring av känslig data inte sker i den mobila enheten samtidigt som systemet klarar en tillfällig nedkoppling från internet. Det är så den här typen av system fungerar. Både Atea och Alfa har offererat liknande lösningar och bekräftat att de obligatoriska kraven uppfylls vilket visar att båda tolkat kraven lika även om Alfa försökt komplicera frågan genom tekniska detaljer.

Ateas anbud omfattar inte support och underhåll för sju år

Av prisbilagan framgår tydligt att pris för support och underhåll ska anges per år och att priset utvärderas för hela den potentiella avtalstiden om sju år. Atea har offererat en affärsmodell där support och underhåll ingår i priset för licensen. Priset för support och underhåll är 0 kr per år i sju år vilket framgår av ifylld prisbilaga. Atea har lämnat anbudspriser i prisbilagan enligt instruktionerna och uppfyller därmed kraven i upphandlingen. Kommunen valde att ställa en enkel kontrollfråga vilket inte är ovanligt när en anbudsgivare offererar 0 kr på en eller flera prisposter. Atea bekräftade att support och underhåll inte kostar något extra. Orden ”för avtalsperioden” i Ateas svar syftar till att förtydliga att detta ingår under hela avtalsperioden eftersom det ingår i offererad kommunlicens. Det finns inte någon möjlighet att frånga det kommunen tydligt angett i sitt förfrågningsunderlag dvs. att priset för support och underhåll ska anges per år och utvärderas för sju år.

Atea har inte svarat på korrekt sätt i kravspecifikationen

Kommunen har i sin kravställning avseende utbildning beskrivit vad som förväntas av utbildningen. Utbildningen ska ske i kommunen, innan systemet är i drift och bl.a. innehålla både praktisk och teoretisk utbildning så att övrig personal kan använda systemet enligt kravspecifikationen. Atea har därför bekräftat kravuppfyllnad och svarat kortfattat på dessa frågor. Alfa har svarat på utbildningskraven precis som övriga krav i deras anbud genom att bekräfta svaret JA genom att upprepa frågan i form av ett svar. Detta ger inte kommunen någon information utöver det som redan framgår av kommunens egen kravställning och som redan bekräftats med ett ”JA”. Alfa har i princip genomgående i sitt anbud varken beskrivit hur kravet uppfylls eller hänvisat till annan information i sitt anbud. Alfa kan därför inte anses ha lidit skada även om något av Ateas svar skulle bedömas vara alltför kortfat-

tat. Att förkasta båda anbuden och göra om upphandlingen vore inte en proportionerlig åtgärd.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p.4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrättens bedömning

Atea har lämnat materiellt felaktigt svar

I kravspecifikationen anges i position 2.3.4 att *data som tillfälligt behöver lagras på mobil enhet ska lagras säkert så att informationen inte kommer i orätta händer*. Det är följaktligen inte ett obligatoriskt krav att data måste lagras på den mobila enheten. Atea har som svar på kravet i position 2.3.4

angett att ingenting lagras på den mobila enheten utan allt överförs i realtid till MCSS dvs. informationen lagras i molntjänsten och inte på den mobila enheten. Atea har uppfattat att syftet med kravet har varit att ingen känslig information ska lagras på de mobila enheterna och har anfört att ordvalet ”ingenting” i detta sammanhang innebär ”ingen känslig information”.

Vidare anges i position 1.2.3 i kravspecifikationen att *om det inte finns direktkoppling/uppkoppling ska systemet fungera off-line, för att sedan direkt vid uppkoppling automatiskt lägga till nytillkomna registreringar*. Atea har som svar på kravet angett att systemet inte släcks ner vid bruten internetåtkomst och att signering kan slutföras. Kommunen har förstått Ateas svar som att information som redan matats in i programmet sparas i primärminnet så länge enheten är igång. Atea har angett att kraven uppfylls och lämnat beskrivningar avseende hur kraven uppfylls. Därtill har kommunen även i samband med anbudspresentationen verifierat att Ateas system fungerar i enlighet med kommunens kravställning. Enligt förvaltningsrättens mening har Alfa inte förmått visa att Ateas anbud inte uppfyller de ställda kraven.

Ateas anbud omfattar inte support och underhåll för sju år

I de administrativa föreskrifterna anges i punkt 1.1 att kommunen avser teckna support- och underhållsavtal för perioden fr.o.m. 2017-01-01 – 2019-12-31 med möjlighet till förlängning i fyra (4) år med två (2) år i taget. Av prisbilagan, position 5 *support och underhåll*, framgår att pris för support och underhåll ska lämnas per år och att antalet år som priset ska utvärderas mot är sju år. Atea har i prisbilagan lämnat priset 0 kr. Kommunen har härvid begärt ett förtydligande från Atea varpå Atea bekräftat att support och underhåll för avtalsperioden ingår i kommunlicensen. Enligt förvaltningsrätten framgår inte annat än att Atea har lämnat priset 0 kr vilket avser perioden sju år. Det finns således inte skäl att förkasta Ateas anbud på angiven

grund. Att multiplicera de av Alfa offererade priserna för support och underhåll med tre i stället för sju skulle således strida mot LOU.

Atea har inte svarat på korrekt sätt i kravspecifikationen

I kravspecifikationen anges att gråa fält i denna kolumn SKA (om inget annat anges) fyllas i med en BESKRIVNING eller HÄNVISNING, det räcker således **inte att endast svara ja/nej**. Beskriv hur obligatoriska krav och utvärderingskriterier uppfylls (det går bra att hänvisa till bilaga). Av lydelsen framgår följaktligen att en anbudsgivare (om inget annat anges) antingen SKA beskriva hur obligatoriska krav och utvärderingskriterier uppfylls eller hänvisa till en bilaga. Vidare anges i punkt 2.7.3 i de administrativa föreskrifterna att samtliga obligatoriska krav i kravspecifikationen ska vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna antas.

Att beskriva hur obligatoriska krav uppfylls eller hänvisa till en bilaga utgör s.k. skall-krav. I enlighet med likabehandlingsprincipen får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från de skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till kravets lydelse anser förvaltningsrätten att det inte är tillräckligt att anbudsgivaren, som beskrivning, endast anger att kravet uppfylls. Att endast ange att kravet uppfylls vore detsamma som att endast svara JA på frågan avseende att kravet eller kriteriet uppfylls.

Alfa gör gällande att Atea på ett flertal punkter lämnat bristfälliga svar då Atea utelämnat en beskrivning avseende *hur* man avser att uppfylla kravet och har till stöd härför, till sin ansökan om överprövning, bifogat utdrag ur Ateas anbud. Av utdraget framgår bl.a. att Atea avseende position 3.2.5 *utbildningen ska vara både praktisk och teoretisk så att personalen kan använda systemet enligt kravspecifikationen efter utbildningen* endast svarat att utbildningen uppfyller kravet. Atea har varken lämnat någon beskrivning avseende hur kravet uppfylls eller hänvisat till bilaga. Därmed uppfyller

Atea inte det ställda kravet. Med hänsyn härtill skulle anbudet rätteligen ha förkastats.

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det emellertid att den leverantör som ansökt om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada. Atea har invänt att Alfa inte kan anses ha lidit någon skada med hänsyn till att Alfa inte heller uppfyller det aktuella kravet samt att kommunen behandlat båda anbudsgivarna likvärdigt. Bedömningen av om Alfas anbud uppfyller aktuellt skall-krav ska således prövas i aktuellt mål vid ställningstagandet av om Alfa har lidit skada (se bl.a. Kammarrättens i Stockholm mål nr 924-12 och Kammarrättens i Göteborg mål nr 1641-15).

Av Alfas anbud framgår t.ex. avseende position 1.1.3, 2.3.4, och 3.2.2 att Alfa har svarat JA att kraven uppfylls samt upprepat frågan i form av ett svar. Härvid har Alfa varken lämnat någon beskrivning avseende hur kraven uppfylls eller hänvisat till bilaga. Enligt förvaltningsrätten kan Alfa därmed inte heller anses uppfylla det ställda kravet. Alfas anbud skulle rätteligen ha förkastats av kommunen.

Det kan således konstateras att varken anbudet från Alfa eller Atea uppfyller det aktuella kravet och såvitt framgår har båda anbuden bedömts lika av kommunen som har godtagit anbuden i aktuellt avseende. Med hänsyn till kravet i 16 kap. 6 § LOU att den leverantör som ansökt om överprövning måste ha lidit skada för att ett ingripande enligt LOU ska kunna ske kan Alfa således, enligt förvaltningsrättens bedömning ovan, inte lida någon skada. Vad Alfa i övrigt anfört om att bolaget ska anses ha lidit skada med anledning av att det ålegat kommunen att avbryta upphandlingen och genomföra en ny sådan, medför ingen annan bedömning.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Alfa inte förmått visa att kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Alfas ansökan härom ska därför avslås.

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


Madeleine Westberg

Maria Persson har föredragit målet.