



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

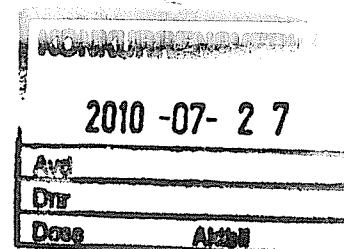
DOM
2010-07-23
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
8337-10 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

Aivo AB, 556243-1188
Vretenvägen 6
171 54 Solna

Ombud:
Advokat Jonas Forzelius
Time Advokatbyrå KB
Kungsgatan 48, 4 tr
111 35 Stockholm

**MOTPART**

Västra Götalandsregionen
462 80
462 80 Vänersborg

Ombud:
Charlotte Stenberg-Magnusson
Västra Götalandsregionen
Regionkansliet
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan. Till följd härav gäller inte längre förvaltningsrättens beslut från den 5 mars 2010.

Dok.Id 20508

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört en upphandling av ramavtal för kostdatasystem. Upphandlingen har genomförts i form av s.k. öppen upphandling. I upphandlingen har tre leverantörer deltagit och av tilldelningsbeslut den 24 februari 2010 framgår att FOODit Kostsystem AB (FOODit) vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Aivo AB

Aivo AB (bolaget) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att bolaget tilldelas kontraktet. Om rättelse inte är möjlig yrkar bolaget istället att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Bolaget har lämnat ett betydligt lägre pris än den vinnande leverantören FOODit och VGR har felaktigt underlåtit att tilldela bolaget poäng inom utvärderingskriteriet pris. Vid ett korrekt förfrågningsunderlag och en riktig utvärdering skulle bolaget ha tilldelats kontraktet.

VGR har efter anbudstidens utgång olagligen och väsentligen ändrat förutsättningarna för prissättningen av anbuderna. Fram till avtalstidens utgång var förutsättningarna för prissättningen (licenspris och underhållspris) baserat på att 80 användare inom VGR skulle kunna använda systemet samtidigt och att 650 webbeställare skulle få tillgång till systemet. Vid ett möte den 16 december 2009 ställde VGR en fråga om vad kostnaden skulle bli för ytterligare beställande enheter utöver de offererade 650 webbeställarna. I begäran om förtydligande den 12 januari 2010 begärde VGR en ny prislista av anbudsgivarna där licensen skulle baseras på obegränsat antal webbeställare samt att leverantörerna skulle ange hur många simultana

användare som maximalt fick nyttja systemet. Efter detta återkom VGR med önskemål om att bolaget skulle justera supportvillkoren för systemet. Den 12 februari 2010 genomfördes ett nytt möte där syftet enligt VGR var att bekräfta att de uppfattat anbudet korrekt. Vid mötet ställdes verifierande frågor avseende utvärderingskriterierna.

Förfrågningsunderlaget innehåller uppgifter som gör det oklart i vilken mån prisjusteringsklausulen utgör ett skall-krav vad avser supporteravtal mellan parterna. Oavsett om prissättningsmekanismen är ett skall-krav eller inte har VGR genom att underlåta att prissätta bolagets pris brutit mot 1 kap. 9 § LOU, antingen genom att man inte prissatt bolagets anbud eftersom de andra leverantörerna lämnat annorlunda villkor eller då VGR lämnat otydliga och motsägelsefulla instruktioner. Det framgår redan av bolagets skriftliga anbud att bolaget accepterar VGR:s prisjusteringsklausul, vilket även bekräftats muntligen. VGR har vidare bedömt att bolaget har kvalificerat sig för utvärdering vilket måste ha betytt antingen att VGR anser att bolaget har accepterat VGR:s prisjusteringsklausul eller att bolaget har haft rätt att offerera en annan prisjusteringsklausul för supportåtagandet. Att leverantörernas priser inte skulle vara jämförbara endast p.g.a. olika prisjusteringsklausuler framstår som obegripligt då villkoren mellan de olika leverantörerna skiljer sig åt i ett flertal avseenden både vad avser den support och underhåll som offererats och prisvillkoren för åtagandena. De offererade support- och underhållspriserna är därför ändå inte jämförbara. Att VGR nu menar att bolaget inte uppfyller skall-kravet medför dock inte att VGR har rätt att i efterhand diskvalificera bolaget genom att i utvärderingen tilldela bolaget 0 poäng. Vidare innehåller FOODit:s serviceavtal ett antal villkor som direkt strider mot VGR:s avtalsmall. Om bolaget skulle ha diskvalificerats för att serviceavtalet inte stämmer överens med avtalsmallen borde detsamma i väsentligen större utsträckning även gälla FOODit:s anbud och för övrigt även Mashie AB:s anbud. Bolaget har klart

och tydligt angett att avtalsvillkoren accepteras genom att kryssa i rutan för detta ändamål.

Vidare strider VGR:s krav på tidpunkt då viss funktionalitet ska finnas i daglig drift hos angivna referenser mot proportionalitetsprincipen och lika-behandlingsprincipen. Dåvarande Länsrätten i Vänersborg har tidigare beslutat att upphandlingen skulle göras om. Härefter har VGR upprättat ett nytt förfrågningsunderlag där man bl.a. preciserat vissa bör-krav när det gäller funktionaliteten kring offererade system. Enligt VGR skulle en helhetsbedömning göras av hur anbudsgivarna löst efterfrågad funktionalitet. Under de bör-krav som VGR skulle fästa särskild vikt vid under utvärderingen anges minst tre som VGR, mot bakgrund av den tidigare omgjorda upphandlingen, visste att endast den vinnande leverantören hade i sitt system. VGR var väl medveten om de respektive leverantörernas systemfunktion. VGR anger i den nu aktuella upphandlingen att det premieras om funktionerna var i drift redan vid anbudets ingivande – och inte som tidigare vid driftsstart. Funktionaliteten skulle även finnas i drift hos kund och detta skulle kunna visas genom att funktionerna fungerade i daglig drift hos angivna referenser. Det framstår som uppenbart att VGR anpassat kraven för när en viss funktionalitet ska finnas tillgänglig i systemet efter endast en leverantör, nämligen den vinnande.

Vidare uppfyller inte FOODit alla i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav när det gäller t.ex. support, alternativt borde FOODit inte erhållit full poäng i utvärderingen när det gäller funktionalitet, eftersom man endast erbjuder telefonsupport till fem utsedda personer hos VGR av de obegränsade antal enheter som efterfrågats. FOODit borde för det fall deras anbud inte anses uppfylla ställda skall-krav ha diskvalificerats. Förfrågningsunderlagets information om hur utvärderingskriteriet funktionalitet kommer att bedömas strider mot transparenskravet.

När det gäller utvärderingskriteriet "Utveckling" framgår det inte av anbudsutvärderingen hur poängsättningen av de olika leverantörernas anbud har gjorts. VGR:s ledning om hur kriteriet kommer att bedömas är vagt och icke-transparent och poängsättningen har skett skönsmässigt, vilket förfrågningsunderlaget medgett.

Utvärderingskriteriet "Pris" anges i förfrågningsunderlaget bestå av ett pris per avtalsår beräknat på tre år. Trots att detta framgår av både anbudsintjudan och prisbilagan har VGR utvärderat anbudsgivarnas priser baserat på en totalkostnad under en fyraårsperiod. Att VGR utvärderat priset på annat sätt än vad som framgår av förfrågningsunderlaget strider mot principerna om transparens och likabehandling. Vidare är informationen om hur utvärderingen av priset kommer att gå till så pass otydlig att det i sig strider mot transparensprincipen.

Anbudsutvärderingen har sådana brister att det i flera avseenden är omöjligt för bolaget att ange vad följderna hade blivit om bedömningen av anbudet gjorts korrekt och/eller om förfrågningsunderlaget hade utformats på ett lagligt sätt. Hade utvärderingen skett enligt de förutsättningar för priset som förelåg vid anbudstidens utgång (övriga delar i utvärderingen oförändrade) och priset beräknats på en kontraktstid om tre eller fyra år hade bolagets erhållit fler poäng än FOODit och därmed tilldelats kontraktet. Om VGR haft rätt att ändra förutsättningarna för anbudet efter anbudstidens utgång hade FOODit vid samma beräkningar fått fler poäng vid beräkning av totalsumman. Bolaget har svårt att tolka utformningen av förfrågningsunderlaget och utvärderingen på annat sätt än att VGR i förväg beslutat vilken leverantör man önskat tilldela kontraktet, d.v.s. FOODit.

Den skada som bolaget drabbas av genom att inte tilldelas upphandlingskontraktet är betydligt större än den skada som VGR kan komma att lida av att upphandlingen rättas eller görs om.

Västra Götalandsregionen

VGR anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

Händelseförloppet vitsordas men VGR gör numera gällande att bolagets anbud rätteligen borde ha förkastats, eftersom bolaget i sitt insända support- och underhållsavtal använt en annan prisjusteringsklausul än den som uppställts som skall-krav i kravspecifikationen. Detta uppmärksammades först vid utvärderingen. Det saknar betydelse när felet uppmärksammades. Det är uppenbart att prisklausulen är ett skall-krav och även serviceavtalet avseende support och underhåll ska ”i grunden” (kravspecifikationen p. 10.5) – d.v.s. i de delar som utgör skall-krav – baseras på de krav som anges i kravspecifikationen och avtalsmallen.

Den skrivelse som VGR skickade via e-post till anbudsgivarna den 12 januari 2010 innebar inte en väsentlig förändring av förutsättningarna för prissättningen av anbuderna utan utgjorde endast ett förtydligande.

Vid mötet den 16 december 2009 framkom att det fanns olika uppfattningar om vad som avsågs med begreppet ”kund” vid webbbeställningar. Det ansågs kunna vara allt från enskilda fysiska personer till större enheter. VGR tillstår därför att beskrivningen av kundbegreppet inte varit tillräckligt preciserat i anbudsunderlaget. Det var därför viktigt för VGR att få klarhet i hur anbudsgivarna definierade detta och hur priset påverkades av antalet beställare. De andra två anbudsgivarna sa direkt att antalet beställare saknade betydelse för dem medan bolaget ville få återkomma med besked. Av bolagets svar gick det fortfarande inte att utläsa exakt hur bolaget beräknat antalet beställare varför även prisuppgifterna avseende licens och support bedömdes som osäkra. Härtill kommer att bolaget – som tidigare uppgett 0 kr i licenskostnad för 650 beställare – nu angav ett licenspris om

1 000 kr per beställande enhet. Mot bakgrund härav skickades en skrivelse om förtydligande till bolaget. Då de två kostnadspriserna i svaret inte stämde överens med varandra skickades ännu ett önskemål om förtydligande. Bolaget kom härefter in med ännu en prisbilaga där priset för underhåll/support nu var höjt från 480 000 kr/år till 595 000 kr/år.

Då det inte fanns fler bolag som kunnat lämna anbud begick VGR inte något fel när VGR efter mötet den 16 december 2009 begärde förtydligande. Ingen av anbudsgivarna blev missgynnade av detta och bolaget har inte lidit skada eftersom de andra anbudsgivarna inte sänkte sina priser med anledning av förtydligandet. VGR har inte heller genom sin förfrågan den 21 januari 2010 inlett någon förhandling med bolaget. Det är vidare anbudsgivarnas sista prislistor som legat till grund för utvärderingen.

Att bolagets anbud inte utvärderats avseende kriteriet ”Pris” beror på att bolagets anbud innehåller en prisjusteringsklausul som inte överensstämmer med angivet skall-krav. Att det är ett skall-krav är uppenbart och det finns med på flera ställen i förfrågningsunderlaget. VGR har inte kunnat utgå från att det standardavtal som bolaget har sänt in är felaktigt eftersom det är en fullt relevant avtalsmall. Det vitsordas att bolaget vid mötet den 12 februari 2010 accepterat skall-kravet och uppgett att standardsupportavtalet insänts av misstag. Företrädare för VGR var dock mycket tydliga med att de efter anbudstidens utgång inte kunde ta emot denna ytterligare information, eftersom det i så fall blivit fråga om en otillåten förhandling med risk för särbehandling av bolaget. Bolagets medskickade supportavtal är inte en sådan uppenbar felaktighet som kan rättas varför bolaget inte borde ha kvalificerat sig för utvärdering. FOODit:s supportavtal uppfyller de ställda skall-kraven.

Funktionskraven i anbudsunderlaget är – förutom justeringen med att VGR har listat de sju krav som är av särskild betydelse för verksamheten – de-

samma som gällde vid den första upphandlingen under våren 2009. I utvärderingen har redovisats vad som renderat poäng. Det är av stor betydelse för VGR att samtliga funktioner är utprovade och i drift och VGR har rätt att kräva ett utprovat system. FOODit:s system innehåller inga brister vad gäller funktionalitet och alla funktioner är i drift, därav tilldelningen 40 poäng.

I anbudsunderlaget anges att det är totalkostnaden för kostsystemet under avtalsperioden som kommer att utvärderas. Av detta följer givetvis att även optionsåret ska medräknas. Det noteras att även bolaget kommit fram till att FOODit skulle erhålla en högre totalpoäng än bolaget oavsett jämförelse över tre eller fyra år.

Förvaltningsrätten beslutade den 5 mars 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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.

I 9 kap. 8§ LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Handlingarna i målet

I kravspecifikationen anges under p. 10.1 "Prisjustering" följande. "Under första året från avtalsstart är priset fast. Därefter gäller prisjustering enligt följande mall. Priset får ej höjas under 12 månader räknat från avtalstidens början 2010-02-01. Efter 2011-01-31 gäller nedanstående. Parterna har rätt att justera angivna priser en gång per år med hänsyn till följande index: Priset skall följa SCB index AKI, SNI för tjänstemän (kolumn J) preliminära siffror till 85 % med oktober 2009 som basmånad att jämföras med oktober 2010 osv. Prisjusteringsklausulen gäller även i de fall någon av parterna begär prisjustering i samband med avtalsförlängning."

Samma formulering återkommer sedan i punkten 12 i VGR:s avtalsmall.

Bolaget har i sitt svarsformulär angett "ja" på påståendet: "I avtalsmallen redovisade villkor skall uppfattas som avtalsförutsättningar". I det support- och underhållsavtal som bolaget har bifogat sitt anbud framgår följande under punkten 5.2: "Avgiften ändras enligt Konsumentprisindex (KPI). Ändringen utgörs av den procentuella förändringen i KPI (Basår 1980=100) 1 oktober föregående år och 1 oktober innevarande år. Avrundning ska ske till närmaste hundratal kronor."

I p. 6.3.1 i kravspecifikationen anges att ”Det skall finnas lättillgänglig användarsupport med svensktalande personal under kontorstid, vardagar 07.30-17.00.”

I p. 10.5 ”Serviceavtal” i kravspecifikationen anges att ”Ett kommande serviceavtal skall i grunden baseras på de krav som anges i G2 Kravspecifikation och G3 Avtalsmall.”

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfälla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot principen om öppet förfarande.

VGR har bl.a. anfört att bolaget inte uppfyller det ställda skall-kravet avseende prisjusteringsklausul och att man därför inte har utvärderat kriteriet ”pris”. Om så är fallet har VGR agerat korrekt eftersom en upphandlande myndighet inte får utvärdera ett anbud som inte uppfyller de ställda skallkraven.

Den första frågan är således om bolaget uppfyller kravet på en särskild, i förfrågningsunderlaget, angiven prisjusteringsklausul eller inte och om detta är ett skall-krav. Bolaget hävdar dels att det inte klart framgår att det rör sig om ett skall-krav och dels att det i vart fall uppfyller kravet samt att deras standardavtal endast kommit med av misstag, vilket VGR varit väl medveten om.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det faktum att bolaget har medsänt sitt standardavtal måste anses medföra att upphandlande myndigheten har haft fog för att bortse från det kryss som bolaget satt i rutan för att bolaget accepterar upphandlingens avtalsvillkor i svarsformuläret. Vidare kan det inte anses vara ett sådant uppenbart fel som den upphandlande myndigheten har kunnat rätta eller korrigera, varför VGR har haft att utgå ifrån att det insända avtalet gäller. Förvaltningsrätten gör också bedömningen – utifrån hur kravet formuleras i förfrågningsunderlaget – att det är frågan om ett sådant skall-krav som ska vara uppfyllt för att anbudet ska kunna utvärderas. Bolagets anbud borde därför rätteligen ha diskvalificerats vid utvärderingen.

Frågan här efter blir om bolaget har visat att inte heller det vinnande anbudet uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget och därför ska diskvalificeras. När det gäller skall-kravet avseende telefonsupport framgår det inte av förfrågningsunderlaget hur många kunder detta ska gälla. Att något annat anges såsom ett eventuellt bör-krav saknar därmed betydelse i detta sammanhang då FOODit får anses uppfylla det ställda skall-kravet. När det gäller de villkor som framgår av FOODit:s serviceavtal och som inte helt överensstämmer med VGR:s avtalsmall kan konstateras att det i förfrågningsunderlaget endast anges att ett kommande serviceavtal i grunden skall baseras på de krav som anges i kravspecifikation och avtalsmall. De motstridigheter som bolaget har påpekat utgör därför inte sådana grundläggande fel som kan anses strida mot det i förfrågningsunderlaget ställda skall-kravet. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att FOODit:s anbud inte uppfyller ställda skall-krav.

Mot bakgrund av ovan gjorda bedömningar saknas det skäl att pröva vad bolaget i övrigt har anfört om t.ex. utvärderingen och kompletteringar efter anbudstidens utgång. Ansökan ska därmed avslås.

Förvaltningsrätten upplyser om att en ny tiodagarsfrist börjar löpa från denna dag (16 kap 1 § tredje stycket 2. LOU).

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



Peter Kockum

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

