



SÖKANDE

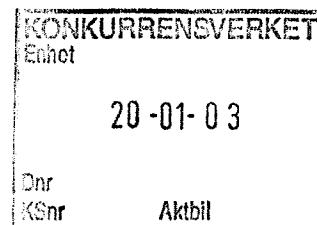
Fujitsu Sweden AB, 556147-5897
Box 40
164 93 Kista

MOTPART

Domstolsverket
551 81 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

BAKGRUND

Domstolsverket har genomfört en upphandling avseende Software Asset Management och Licenspartner (dnr:0542-2019). Upphandlingen har genomförts genom ett öppet förfarande. Utvärderingsgrund har varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Enligt tilldelningsbeslut har annan leverantör än Fujitsu Sweden AB (bolaget) tilldelats avtalet. Bolaget har ansökt om överprövning.

YRKANDE M.M.

Bolaget yrkar att rättelse ska ske genom att utvärderingen görs om och att bolagets anbud tilldelas tre poäng avseende bedömningskriterierna 3 och 4.

Domstolsverket anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet/transparens genom att utvärderingen av bolagets anbud inte har skett i överensstämmelse med upphandlingsdokumenten och genom att Domstolsverket inte har beaktat bolagets anbud i dess helhet vid utvärderingen, vilket har medfört att felaktiga sakuppgifter har lagts till grund för utvärderingen. Om bolagets anbud hade utvärderats på ett korrekt sätt skulle bolaget ha vunnit upphandlingen.

Av de administrativa föreskrifterna 3.2.2 framgår att utvärdering av kvalitet ska ske utifrån anbudspresentationer, varvid fyra olika bedömningsgrunder ska bedömas. Beroende på hur väl anbudet uppfyller bedömningskriterierna kunde vissa påslag komma ifråga på anbudspriset.

Enligt utvärderingsprotokollet har bolagets anbud tilldelats endast två poäng på bedömningskriterierna 3 och 4, vilket har medfört ett prispåslag om sammanlagt 10 miljoner kronor. Detta har i sin tur medfört att bolaget har gått miste om kontraktet i upphandlingen. Domstolsverkets utvärdering är dock felaktig.

Bedömningskriterium 3

Såvitt avser bedömningskriterium 3 har domstolsverket gjort följande bedömning:

Bolagets anbud överensstämmer väl med Domstolsverkets förväntningar. Av anbuds-presentationen framgick att anbudsgivarens Software Asset Management Team består av ett fåtal (ca 3) personer varav en är konsult. Dessutom framgick att personerna i

SAM-teamet inte endast arbetar inom SAM utan även som verktygsexperter. Detta leder sammantaget till visst personberoende och sårbarhet i tjänsten. Det framgick även att anbudsgivaren inte har egna dedikerade experter på de stora tillverkarna såsom t ex Red Hat, Adobe, IBM, Oracle och VMware. För att få högsta poäng hade anbudsgivaren behövt visa på en större och bredare organisation kring SAM.

Det är oklart vad som har legat till grund för Domstolsverkets uppfattning att SAM-teamet endast skulle bestå av tre personer och att ”dedikerade experter” skulle saknas. I anbud och anbudspresentation ingår bilder över det offererade teamet. Av bilderna och det som angavs vid anbudspresentationen framgår att bolaget har anpassat sitt team utifrån att Domstolsverket har delat upphandlingen i två delar: huvudåterförsäljare respektive SAM-rådgivning. Bolaget har dock integrerat licensspecialisterna med SAM-specialisterna och leverans avses ske utifrån ett och samma team. Det är en felaktig uppgift att SAM-teamet endast skulle innehålla tre personer. Det korrekta förhållandet är att det finns tio personer i teamet som kommer att jobba med hela leveransen till Domstolsverket inklusive licens- och avtalsrådgivning, optimering inklusive ROI-arbete, licensallokeringar (re-harvest), rapportering, livscykelhantering, processer, inventering m.m. Bolaget har för övrigt andra resurser, som inte ingår i det offererade teamet, som arbetar mot andra kunder än Domstolsverket. Hela det offererade teamet kan således fokusera på Domstolsverket och det är därför inte sårbart på det sätt som bedömts. För att kunna arbeta med Software Asset Management krävs verktygskompetens för det verktyg man använder. Att bolagets SAM-konsulter och Licensspecialister även har det kravet på sig är endast ett tillägg till kompetensen, för att öka värdet i leveransen. Offererade SAM-konsulter har alltså inte bara en verktygskompetens, vilket Domstolsverket tycks ha trott. Något dylikt har inte bolaget givit uttryck för, vare sig i anbudet eller vid anbudspresentationen. Det som däremot har förklarats är att hela teamet arbetar med att förstå hela livscykeln vilket innebär att man måste ha kunskap och förståelse för alla delar, både verktyg, SAM-processer och licensiering.

Genom anbudet och anbudspresentationen har bolaget meddelat att det levererar SAM-tjänsten i en funktionsbaserad leverans, som ska undvika just ett sådan personberoende och sårbarhet som Domstolsverket vill undvika. De tio SAM-konsulter och specialister som offererats i teamet har kompetens inom alla leverantörens produkter och licensprogram.

När det gäller Domstolsverkets uttalande om att bolaget skulle sakna ”dedikerade experter” kan det konstateras att bolaget har bifogat till anbudet de certifikat som har efterfrågats. Något ytterligare krav på bevis i detta avseende har inte angetts. Av presentationsbilderna framgår att bolaget har adekvat expertis för de vanligt förekommande programvarutillverkarna samt livscykelhantering och licensstrategi.

Av de administrativa föreskrifterna framgår att utvärderingen ska ske enligt en s.k. absolut modell, dvs. varje anbud "står på egna ben" och utvärderas enligt sina fördelar respektive brister mot de måtvärden som anges i upphandlingsdokumenten. Domstolsverkets hänvisning till och jämförelse med antalet SAM-konsulter i anbud från vinnande anbudsgivare strider följaktligen mot upphandlingsdokumenten. Domstolsverket kan inte ens i förvaltningsrätten förklara hur många SAM-konsulter som rätteligen krävts för att uppnå betyget "Mycket bra". Det är därför uppenbart att Domstolsverket inte har haft en objektiv och förutsebar "måttstock" i detta avseende. På samma sätt förhåller det sig med Domstolsverkets påstående att det borde ha funnits "fler dedikerade experter", utan att verket kan redogöra för några objektiva kriterier i detta avseende (t.ex. hur många och vilka dedikerade experter som krävs). Det är följaktligen inte säkerställt att Domstolsverket har tillämpat tilldelningskriterierna enhetligt och objektivt på samtliga anbudsgivare eller ens att det har funnits objektiva och i efterhand kontrollerbara kriterier för vilka krav som gäller för organisationen av SAM-konsulter.

Bedömningskriterium 4

Avseende bedömningskriterium 4 har Domstolsverket gjort följande bedömning:

2 poäng

Överensstämmer väl med Domstolsverkets förväntningar, Anbudsgivaren nämnde eller presenterade inte processer för licensallokeringar för att uppnå Return of Investment (ROI), vilket innebär att högsta poäng inte kan tilldelas.

Domstolsverkets bedömning, att bolaget inte skulle ha nämnt eller presenterat processer för att uppnå ROI, är felaktig. Både anbud och presentation innehåller uppgifter om processer för att uppnå ROI. Detta har inte bestridits av Domstolsverket.

Domstolsverket menar nu att bolaget inte på ett tydligt och genomarbetat sätt visat att kravet är uppfyllt. Det är oklart vad som närmare menas med uttalandet. I bedömningskriterium 4 anges inte något krav på att anbudsgivaren på ett tydligt och genomarbetat sätt ska visa att det som efterfrågas uppfylls. Vad som efterfrågas är ett brett utbud av tjänster, varefter följer en uppräkningslista av tjänster bl.a. ROI. Det har därför inte funnits något krav på eller varit förutsebart att anbud och anbudspresentationer borde ha innehållit några mer ingående uppgifter om processerna, utöver att anbudsgivaren kan offerera de efterfrågade tjänsterna. Domstolsverkets resonemang om angående ”tydligt och genomarbetat sätt” bär för övrigt prägel av en efterhandskonstruktion. Det som angavs i samband med utvärderingen var att ”Anbudsgivaren nämnde eller presenterade inte processer för licensallokering för att uppnå Return of Investment (ROI) vilket innebär att högsta poäng inte kan tilldelas. Domstolsverkets bedömning strider mot upphandlingsdokumenten. På samma sätt förhåller det sig med uttalandet om att bolagets anbud/presentation inte innehållit uppgift om den finansiella delen av re-

harvesting eller return of investment. Sådana uppgifter har heller inte efterfrågats i upphandlingsdokumenten och kan inte läggas till i efterhand.

Domstolsverket

Vad bolaget har presenterat har inte bedömts som tillräckligt för högsta poäng avseende bedömningskriterium 3 och 4. Bolagets anbud är därför inte det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Domstolsverkets bedömning har grundat sig på vad som uppgetts vid anbudspresentationen och bedömts i enlighet med vad som framgår av upphandlingsdokumenten. Domstolsverket har bedömt alla anbudsgivare på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt. Domstolsverket har således haft fog för sitt beslut att inte tilldela bolaget kontraktet i upphandlingen.

Bedömningskriterium 3

Utifrån vad som framkommit av bolagets anbudspresentation har Domstolsverket gjort bedömningen att det som presenterats överensstämmer väl med Domstolsverkets förväntningar. Bolaget har visat på en hög specialistkompetens inom Software Asset Management. För att Domstolsverket skulle kunna bedöma att bolaget har en mycket hög specialistkompetens hade bolaget bl.a. behövt ha fler SAM-konsulter. Att det i teamet även ingår licensspecialister och innesäljare påverkar inte detta faktum. Som jämförelse kan nämnas att vinnande anbudsgivare, förutom specialister inom licens och personer som arbetar med försäljning, har 13 SAM-konsulter. Bolaget hade även behövt ha fler dedikerade experter. Eftersom det är specialistkompetens som efterfrågas faller det sig naturligt att dedikerade experter, som alltså är specialister, påverkar bedömningen positivt. Att alla efterfrågade certifikat och därmed ska-kraven har uppfyllts är en annan fråga, skild från utvärderingen.

Anledningen till att Domstolsverket söker en leverantör som kan bidra med hög specialistkompetens är att sådan kompetens innebär ett mervärde för Domstolsverket. Software Asset Management – processen är nämligen i stora delar en know-how baserad process. En specialist inom ett visst program eller på en viss tillverkare har bättre förutsättningar att uppnå ett optimalt licensanvändande jämfört med en person som inte är specialiserad. Det är mot bakgrund härav som det inom Software Asset Management är vanligt med så kallade dedikerade experter. Märk väl att arbetet går att utföra av personer som inte är specialiserade. Det är för att identifiera detta mervärde som Domstolsverket utformade bedömningskriterium 3.

I bedömningskriterium 3 är det tydligt angivet att en anbudsgivare, för att erhålla högsta poäng, bl.a. ska visa att denne har en mycket hög specialistkompetens inom Software Asset Management avseende den licensflora som Domstolsverket har. Av bolagets anbudspresentation framgick dock att bolaget sakade dedikerade experter för bl.a. Red Hat, Adobe, IBM, Oracle och VMware. Mot bakgrund härav gjordes bedömningen att bolaget inte har en mycket hög specialistkompetens. Att bedömningen är korrekt styrks även av det faktum att det under anbudspresentationen framkom att bolaget endast hade tre SAM-konsulter verksamma. Mot bakgrund av den mycket omfattande licensflora som förekommer inom Domstolsverkets IT-verksamhet är det helt enkelt inte möjligt att ha en mycket hög grad av specialistkompetens på så många licenser på så få personer. Bolaget presenterade inte heller i övrigt något som visade att specialistkompetensen var mycket hög.

Domstolsverket har under bedömningskriterium 3 tydligt angivit vad verket kommer att utgå ifrån i sin bedömning. Det har tydligt framgått att det är specialistkompetens som efterfrågas, samt genom bilaga, vilka licenser och tillverkare som är aktuella för Domstolsverket. Domstolsverket har även specificerats vad som krävs för att uppnå respektive poäng. Domstolsverket

har sedan utgått från dessa bedömningskriterier när verket har bedömt anbudsgivarnas anbudspresentationer. Bedömningskriteriet har således varit transparent utformat. Det har därför varit tydligt för en anbudsgivare vad Domstolsverket kommer att basera sin bedömning på och därmed vad anbudsgivaren bör fokusera sin presentation på.

Ansvar för att visa att bolaget har mycket hög specialistkompetens inom Software Asset Management avseende den licensflora som Domstolsverket har redogjort för i bilagan ankommer på bolaget. Enligt domstolsverkets bedömning har bolaget inte visat detta.

I utredningen har varje anbud bedömts var för sig. Även om bolaget hade varit ensam anbudsgivare hade således inte bolaget erhållit högsta poäng under bedömningskriterium 3. Det har alltså inte rört sig om någon form av jämförande bedömning.

Bedömningskriterium 4

Under bedömningskriterium 4 är det tydligt angivet vilka tjänster som Domstolsverket ser som ett mervärde om anbudsgivaren kan tillhandahålla. Det är vidare tydligt angivet vad som krävs för att uppnå respektive poäng. För att uppnå högsta poäng anges det att anbudsgivaren på ett tydligt och genomarbetat sätt ska ha visat att denne på ett mycket bra sätt kan erbjuda samtliga tjänster som anges.

Bedömningen ska utgå från vad anbudsgivarna presenterat under anbudspresentationen. Domstolsverket har gjort bedömningen att bolaget på ett tydligt och genomarbetat sätt visat att det erbjuder majoriteten av de tjänster som anges under kriterium 4.

Anledningen till att bolagets presentation inte har bedömts överensstämma mycket väl med Domstolsverkets förväntningar är att bolaget inte på ett tydligt och genomarbetat sätt visat att denne på ett mycket bra sätt kan erbjuda samtliga tjänster som angetts. Det är förvisso så att retirement som är en process som kan bidra till att uppnå Return of Investment har omnämnts. Att detta har omnämnts räcker dock inte för att Domstolsverket ska kunna göra bedömningen att bolaget på ett tydligt och genomarbetat sätt visat att denne på ett mycket bra sätt kan erbjuda processer (plural) för licensallokering för att uppnå Return of Investment.

Bolaget har dessutom, varken i anbudet eller vid den muntliga presentationen, visat eller nämnt på vilket sätt man har haft för avsikt att visa den finansiella delen av varken re-harvesting eller Return of Investment och kan därmed inte tilldelas högsta poäng. Som jämförelse kan nämnas att vinnande anbudsgivare visat exempel på tydliga ekonomiska rapporter kopplade till processer för att uppnå Return of Investment.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna i 4 kap. 1 § LOU. Ett grundläggande krav är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt. Upphandlingen ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörande RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet HFD 2013 ref. 5 uttalat att överprövning inte tar sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om den upphandlande myndigheten har handlat formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsrättsliga principer och förfaranderegler som anges i LOU.

Bedömningskriteriet 3 – Kompetens Software Asset Management

Av upphandlingsdokumenten 3.2.2 Bedömningskriterium 3 Kompetens software Asset Management framgår att anbudsgivaren för att uppnå tre poäng (mycket bra) ska visa att den har en mycket hög specialistkompetens inom Software Asset Management avseende den licensflora som domstolsverket har samt de vanligt förekommande programvarutillverkarna.

Bolaget har i denna del anfört att utvärderingskriteriet är otydligt då det saknats en objektiv måttstock för hur många SAM-konsulter och dedikerade experter som krävs för att tillerkännas betyget ”Mycket bra”. Förvaltningsrätten konstaterar att även om bedömningskriteriet tre hade kunnat angetts på ett tydligare sätt, är den information som ges tillräckligt specificerat för

att en anbudsgivare ska kunna förutse vad Domstolsverket kommer att utgå ifrån i sin bedömning och vad som krävs för att uppnå respektive poäng.

Bolaget har vidare anfört att bolagets anbud inte utvärderats på ett korrekt sätt och att bedömningen baserats på felaktiga sakuppgifter som inte har stöd i vare sig anbud eller anbudspresentation. Förvaltningsrätten noterar att det inte ankommer på domstolen att göra en egen utvärdering av upphandlingen eller i övrigt pröva lämpligheten av Domstolsverkets beslut. Förvaltningsrättens prövning utgör endast en kontroll av Domstolsverket har handlat formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsrättsliga principer och förfaranderegler som anges i LOU. Domstolsverket har vid sin utvärdering bedömt att bolaget inte har visat ett det har en mycket hög specialistkompetens, bl.a. utifrån att bolaget saknat tillräckligt med dedikerade experter i förhållande till Domstolsverkets angivna licensflora. Domstolsverket har vidare i förvaltningsrätten vidhållit att bedömningen blivit korrekt genomförd och att inga felaktiga sakuppgifter lagts till grund för bedömningen. Beskrivningen av resultatet av utvärderingen samt Domstolsverkets beskrivning under skriftväxlingen i förvaltningsrätten talar för att utvärderingen har varit saklig och att poängsättningen utförts på det sätt som angivits i upphandlingsdokumenten. Vad bolaget anfört i denna del föranleder ingen annan bedömning. Skäl för ingripande med stöd av LVU föreligger därmed inte på denna grund.

Bedömningskriteriet 4 - Tjänsteutbud

Bolaget har anfört att det inte angetts något krav på att anbudsgivaren på ett tydligt och genomarbetat sätt ska visa att det som efterfrågas uppfylls. Enligt bolaget har det därmed inte varit nödvändigt att lämna några andra uppgifter utöver att anbudsgivarna kan offerera de efterfrågade tjänsterna och att utvärderingen i denna del därför skett i strid med upphandlingsdokumenten.

Förvaltningsrätten konstaterar i denna del att det direkt framgår av Bedömningskriterium 4 att anbudsgivaren för att erhålla högsta poäng ska ha visat att denne på ett tydligt och genomarbetat sätt visat att denne på ett mycket bra sätt kan erbjuda samtliga tjänster som listats. Utifrån hur kravet är utformat kan Domstolsverket inte anses ha överskridit sitt bedömningsutrymme vid utvärderingen i denna del. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed inte heller på denna grund.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att bolaget inte visat att Domstolsverket tagit ovidkommande hänsyn, eller genomfört utvärderingen i strid med de grundläggande principerna. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05)

Susanne Karlberg

Rådmannen Susanne Karlberg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.