



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2010-04-27
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1939-10

Föredragande: A-M Danielsson

SÖKANDE

Unit4 Agresso AB (tidigare Agresso AB), 556185-0172
Box 705
169 27 Solna

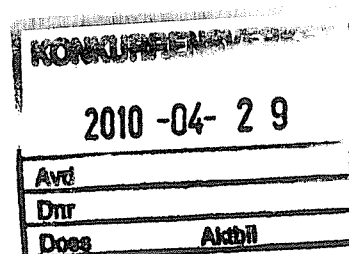
MOTPART

Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

Ombud: Håkan Sjöborg
SF/Upphandling
Länssjukhuset
391 85 Kalmar

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Unit4 Agresso AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten upphäver Kammarrätten i Jönköpings interimistiska beslut den 6 april 2010.

Dok.Id 3722

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42	Kungsgatan 8	0470-868 00	0470-869 50	måndag – fredag
351 03 Växjö		E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se		08:00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget i Kalmar län (landstinget) genomför en förhandlad upphandling enligt LOU av ekonomisystem med föregående annonsering. Landstinget har i tilldelningsbeslut den 2 november 2009 beslutat att Logica Sverige AB (Logica) ska antas som leverantör.

Unit4 Agresso AB (Agresso) yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska rättas genom att de ursprungliga förutsättningarna i förfrågningsunderlaget ska tillämpas och Agresso som därmed har mest poäng ska tilldelas kontraktet. Alternativt yrkas att upphandlingen ska göras om i sin helhet i enlighet med 16 kap. 2 § första stycket LOU.

Länsrätten i Kalmar län beslutade den 22 januari 2010 att bifalla Agressos ansökan och beslutade att upphandlingen skulle göras om. Domen överklagades till Kammarrätten i Jönköping som i dom den 6 april 2010 upphävde länsrättens dom och återförvisade målet till Förvaltningsrätten i Växjö för erforderlig handläggning. Kammarrätten förordnade vidare med stöd av 16 kap. 2 § andra stycket LOU att upphandlingen inte får avslutas förrän något annat beslutats.

OMSTÄNDIGHETER TILL STÖD FÖR TALAN

Agresso anför följande. Genom att väsentligt ändra förutsättningarna i förfrågningsunderlaget under pågående upphandling har landstinget brutit mot bestämmelserna i 4 kap. 3 § LOU om förhandlad upphandling samt 1 kap. 9 § gällande principen om transparens och likabehandling. Genom att inte hålla sig till förfrågningsunderlagets krav vid förhandlingen har myndigheten i praktiken skaffat sig en fri prövningsrätt av anbuden. Då Agresso hade det bästa anbudet i förhållande till de ursprungliga villkoren borde Agresso ha antagits som leverantör.

Föremålet för upphandlingen var enligt förfrågningsunderlaget ett komplett ekonomisystem med åtta föreskrivna moduler. Vidare angavs i underlaget

att i den mån leverantören hade ytterligare fem uppgivna funktioner inbyggda i systemet skulle de ingå som option. Detta var ett skallkrav rörande en option och skulle inte utvärderas enligt förfrågningsunderlaget. Landstinget har dock ändrat förutsättningarna i utvärderingen så att optionerna budget/prognos och inköpshantering utvärderats. Agresso fick ingen möjlighet att anpassa anbudet efter denna information. Kriteriet systemets användbarhet har ändrats så att nya underkriterier lagts till. Om utvärderingen hade gjorts med de förutsättningar som angetts från början i förfrågningsunderlaget hade Agresso haft det vinnande anbudet. Om de tillagda utvärderingskraven tas bort (dvs. optionerna, som tidigare var skallkrav) hade Agresso haft högst poäng och bäst pris.

Poängsättningen när optionerna **budget, inköp** och **”övrig bedömning”** tas med blir inte transparent. Det har inte objektivt bedömts vilket som är det bästa anbudet. Landstinget har genom att ändra förutsättningarna för poängsättning av anbudet under upphandlingens gång väsentligt förändrat förutsättningarna och därmed i praktiken skaffat sig en fri prövningsrätt. Denna väsentliga förändring har gett utrymme för en subjektiv och godtycklig poängsättning av anbudet under helt nya förutsättningar. De kan konstatera att samtliga förutsättningar som har gjorts efter att ordinarie moduler har utvärderats har varit till nackdel för Agresso.

Utöver de funktionella frågorna har det under upphandlingens gång tillkommit ytterligare väsentliga förändringar av prissättningsmodell. Första förändringen innebar att en timbank med 1 000 timmar infördes. Denna kom innan anbudspresentationen som hölls i Kalmar den 19 oktober 2009. Denna förändring var till fördel för Logicas anbud och till nackdel för Agresso. (Logica hade lägre timpris och fick därför högre poäng). De nya förutsättningarna innebar att om leverantören överskrider timbankens 1 000 timmar får leverantören bara 50 % ersättning för överstigande timmar/belopp. Agresso tolkade denna nya modell som att landstinget ville likställa anbudet. Senare kom det dock fram att detta var den nya utvärderingsmodell som skulle användas. Innan den infördes hade Agresso bästa priset.

Agresso har gjort en förberedd demonstration av just ekonomisystem vilket var förutsättningen i förfrågningsunderlaget. Fredagen den 16 oktober 2009, sen eftermiddag, bad landstinget per telefon att Agresso även skulle presentera modulen för "inköpshantering" på måndagen den 19 oktober 2009 (demonstrationsdagen). Syftet var att landstinget även skulle titta på modulen för "inköpshantering". Det framgick inte då att detta var något som skulle utvärderas. Agresso lyckades prestera detta, trots den korta tiden. En person kom och lyssnade men ställde inga frågor, vilket ytterligare stärkte dem i uppfattningen att det inte skulle utvärderas. Landstingets förfarande strider även här mot LOU:s princip om transparens. Förutsättningarna för att presentera anbudet (demo) har inte följt LOU:s likabehandlingsprincip och princip om transparens. Det finns inga instruktioner alls i förfrågningsunderlaget om hur demo ska gå till. Agresso har frågat Landstinget i Kalmar län hur presentationen skulle göras men har inte fått någon tydlig anvisning. Presentationen följde inte på i förhand bestämd eller tydlig struktur eller anvisning, vilket skapar fog för att tro att företagen inte fått samma förutsättningar och frågor. De frågor som ställdes skriftligen inför demon visade att de som var satta att utvärdera Agresso och deras demo inte tagit del av helheten i Agressos anbud vilket inte är acceptabelt. Det finns en uppenbar risk att bedömningarna då görs på andra grunder än de tillåtna, vilket blev utfallet i denna upphandling.

Vidare ändrades förutsättningarna för restid och reskostnad. I det ursprungliga kravet framgick inte att det skulle ingå i priset. Landstinget meddelade dock utan motivering att detta ändå skulle ingå i priset i ovan beskriven timbanks ersättning, vilket också är en väsentlig förändring. Åtgärden är närmast att likna vid en ogiltig prutning, vilket inte överensstämmer med hur förhandlad upphandling ska gå till.

Agresso uppger vidare att landstinget avviker från förutsättningarna för referenstagning som angetts i förfrågningsunderlaget. Agresso har angett Landstingen i Gävleborg och Västmanland som huvudreferenser. En av Agressos huvudreferenser, Landstinget i Västmanland har inte kontaktats alls. Utöver dessa har Agresso angett ett par referenskunder. Detta är Ös-

tergötlands och Uppsala läns landsting. Den i förfrågningsunderlaget utsedda referensblanketten har inte använts på ett korrekt sätt i utvärderingen. Detta strider mot principen om transparens och är ett avsteg från förutsättningarna som anges i förfrågningsunderlaget.

Landstinget yrkar att Agressos talan ska lämnas utan bifall och anför följande. Grunderna för hur utvärderingen ska ske har inte ändrats. Utvärderingen har varit transparent och följt LOU samt de gemenskapsrättsliga principerna. Utvärderingen tar sikte på ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Utvärderingskriterierna har angetts i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen avsåg ett ekonomisystem där modulerna Budget/Prognos och Inköphantering efterfrågades. Detta angavs i de ursprungliga handlingarna. I förfrågningsunderlaget angavs att dessa moduler skulle finnas som option. Det får anses ligga i ordets bemärkelse att en option är något som kan komma att avropas – varför det varit tydligt att modulerna var av vikt för landstinget. Upphandlingen har således varit transparent.

Landstinget har redan i förfrågningsunderlaget angett hur utvärderingen skulle gå till. Det faktum att optionerna skulle ingå i utvärderingen kommunicerades till anbudsgivarna den 23 oktober 2009. Anbudsgivarna hade därefter möjlighet att ändra sina anbud, vilket Agresso gjorde, för att överensstämma med landstingets önskemål. Således har landstinget lämnat information om tilldelningskriterierna och viktningen härav så att anbudsgivarna haft kännedom om dem vid utarbetandet av sina anbud. Landstinget har därmed agerat helt i linje med de gemenskapsrättsliga principerna. Upphandlingen har således varit transparent.

Agresso vill göra gällande att de, *om de i efterhand införda utvärderingsgrunderna framgått av förfrågningsunderlaget*, hade lämnat ett helt annat anbud. Mot detta talar att Agresso de facto inkom med ett nytt anbud efter att landstinget meddelat att utvärderingen även skulle omfatta optionerna. Av den anledningen vill landstinget mena att Agressos invändning saknar grund. Eftersom Agresso inkommit med nytt anbud i likhet med Logica, har båda anbudsgivarna behandlats lika och transparent.

Agressos ursprungliga anbud på optionerna var 1 400 800 SEK, att jämföras med deras slutgiltiga om 861 300 SEK. Landstinget vill understryka att upphandlingen gjordes som förhandlat förfarande med föregående annonsering, varför det är naturligt att priser kommer att förändras under förhandlingstiden. Av den anledningen anser landstinget att de agerat i linje med LOU. Förfarandet har varit likabehandlande och transparent.

Timbanken avsattes initialt till 1 000 timmar, då det var detta som Agresso själva uppgett. Eftersom Logica beräknat tidsåtgången högre har de snarare kommit att lida skada av införandet av timbank, då Agresso i detta avseende hade det bästa anbudet. När timbanken senare kom att utökas till 1 200 timmar, var detta på basis av att Agresso själv uppgett att det var osäkert om 1 000 timmar verkligen var tillräckligt, och för att tillmötesgå Agresso utökade landstinget timbanken till att omfatta just 1 200 timmar. Utöver detta vill landstinget belysa att Agresso i sitt ursprungliga anbud inte medräknat samtliga timmar som skulle behövas för utförandet av tjänsten, såsom leveranstest och driftsättning. Dessutom har framkommit vid referenstagning, att Agresso i andra likvärdiga uppdrag inte hållit sig inom uppgett antal timmar utan haft svårt att utföra uppdrag inom den tidslimit de själva har uppgett. Detta indikerar att Agressos ursprungliga beräkning avseende tidsåtgång var en optimistisk kalkyl, vilket också bekräftas av dem själva som vid två tillfällen uttryckt osäkerhet kring huruvida tiden skulle räcka. Därmed menar landstinget att Agresso inte kommit att lida skada av införandet av en timbank då de själva dels uppgett att tidsberäkningen kunde vara felaktig, dels har erfarenhet av att inte hinna utföra uppdrag enligt alltför optimistiska avtal. Inte heller har Logica kommit att dra fördel av införandet då de kalkylerat ett högre timantal än Agresso.

Landstinget vill understryka att Agresso fick förfrågan om de ville senarelägga sin presentation av inköphanteringen, men att det var Agresso själva som påtalade att de kunde utföra den enligt ursprungsplanerna. Att Logica fått mer tid för förberedelser är därmed en sanning med modifikation. Av praktiska skäl var det omöjligt att låta båda anbudsgivarna presentera sina system vid samma tillfälle. Någon måste alltid komma först.

Vid begäran om att anbudsgivarna skulle inkomma med nya prisbilagor uppgavs att restid och reskostnadsersättningar skulle inkluderas i offererade priser. Eftersom anbudsgivarna hade möjlighet att justera sina priser och då resekostnader tar sikte på konsultarvoden, borde anbudsgivarna kunna kalkylera kostnaderna för att inkludera dem i konsultarvodena. Det har skett för att ge en rättvisande och jämförbar bild av hur konsultkostnaderna påverkar anbudens totalkostnad och därmed följa principen om likabehandling.

När det gäller referenstagning uppger Agresso att landstinget inte har kontaktat Agressos huvudreferenser. Eftersom Agresso själva har uppgett såväl Gävleborgs som Östergötlands läns landsting anser landstinget att detta påstående är inkorrekt. Landstinget har använt sig av Agressos egna referenser. Landstinget har vidare ingen anledning att kontrollera negativa omdömen mot anbudsgivaren, då det är referensernas uppfattning som sådana som utvärderas – inte anbudsgivares presumtiva bortförklaringar. Att landstinget skulle ha använt sina egna erfarenheter är inte heller sant, då referensbedömningen endast hänsyftat till Agressos egna referenser. Utöver detta bör understrykas att Agresso inte erhöll någon dålig poäng avseende referenser. De tilldelades fyra poäng, vilket i förhållande till en femgradig skala får ses som ett gott resultat. Att däremot tilldela Agresso samma poäng som Logica, fem poäng, hade inte varit transparent då Logicas referenser inte uppgav de brister som framkom från Agressos egna referenser avseende tidsåtgång, svårigheter och anlitanande av extern konsult för genomförandet. Landstinget anser det klart att referenstagning skett i enlighet med LOU, då det tagit sikte på att fastställa anbudsgivarnas förmåga att leverera önskad produkt. Upphandlingen har därför skett enligt upphandlingsreglerna.

Upphandlingen av ekonomisystem samt den utvärdering som använts följer såväl förfrågningsunderlag som LOU. Landstinget har genomfört upphandlingen som förhandlat förfarande med föregående annonsering och med iakttagande av de gemenskapsrättsliga principerna.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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.

Enligt 4 kap. 3 § LOU ska vid förhandlat förfarande med föregående annonsering en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 §.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Kammarrätten konstaterar i sin dom att optionerna funnits med såväl i annonsen som i förfrågningsunderlaget och att landstinget har haft rätt att tillämpa optionerna budget/prognos och inköpshantering. Kammarrätten anser vidare att landstinget haft rätt att välja om det önskat utnyttja optionerna, vilket också skett. Hanteringen har, enligt kammarrättens mening, varit förenlig med LOU. Förvaltningsrätten har inte funnit skäl att göra en annan bedömning.

För att tillämpningen av förhandlat förfarande ska bli effektiv kan man inte utifrån förfrågningsunderlaget förutsätta att fullständiga anbud lämnas. Anledningen till att undantaget med förhandlad upphandling finns är att det inte alltid är möjligt att lämna ett anbud från början. Det slutliga anbudet måste växa fram i en förhandling. Agressos slutliga anbud på optionerna

är, enligt landstinget, väsentligt lägre än det anbud som först lämnades. Omständigheter som visar att de förutsättningar som tillkommit efter utvärderingen av ordinarie moduler varit till Agressos nackdel har inte framkommit.

Beträffande timbanken hade Agresso först avsatt 1 000 timmar. Enligt landstinget utökades timbanken senare till 1 200 timmar då Agresso var osäkra på att 1 000 timmar var tillräckligt. Enligt landstinget hade Agresso i sitt ursprungliga anbud inte medräknat samtliga timmar som skulle behövas för att utföra tjänsten. Landstinget hade vidare vid referenstagning upplysts om att Agresso vid likvärdiga uppdrag inte hållit sig inom uppgivet antal timmar. Logica hade från början kalkylerat med ett högre timantal än Agresso och kan inte anses ha åtnjutit någon fördel av införandet av timbank. Omständigheterna visar inte att Agresso kan anses ha lidit någon skada genom införandet av timbank.

Agresso fick möjlighet att senarelägga presentationen men avböjde detta. Hur presentationen framförs måste vara upp till varje anbudsgivare om inga speciella krav ställts från den upphandlande myndigheten. Det är inte förvaltningsrättens uppgift att bedöma kompetensen hos de personer som skulle utvärdera presentationen. När det gäller turordningen – när presentationen ska göras – är det ofrånkomligt att en av anbudsgivarna måste hålla sin presentation före den andre. Vad gäller presentationen i övrigt har ingenting framkommit som tyder på att den upphandlande myndigheten i denna del frångått principerna om likabehandling och transparens.

Av handlingarna i målet kan inte utläsas annat än att båda anbudsgivarna på ett likvärdigt sätt har fått möjlighet att justera sina priser genom att inkludera restid och resekostnadsersättning. Principen om likabehandling har därmed följts.

Enligt förfrågningsunderlaget punkt 2.3.3 **skall** anbudsgivaren ha förmåga och kapacitet för att klara efterfrågat uppdrag med resultat som kan styrkas genom minst två referenser. Agresso har uppgett fler än två referenser.

Landstinget har använt sig av två av dessa. Från i vart fall någon av dessa har Agresso fått negativa omdömen. Agresso har trots detta fått fyra av fem möjliga poäng. Det är inte visat annat än att referenstagningen skett i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrätten finner således att de omständigheter Agresso åberopat inte medför att landstinget har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Eftersom förvaltningsrätten har avgjort målet slutligt, upphör kammarrättens interimistiska beslut att gälla.

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

Förvaltningsrätten anmärker att en ny tiodagarsfrist enligt 16 kap. 1 § tredje stycket 2. LOU börjar löpa, vilket bör beaktas vid ett eventuellt överklagande av denna dom.


Ola Holmén



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 offentlig part 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 var till 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 nås 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.