

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

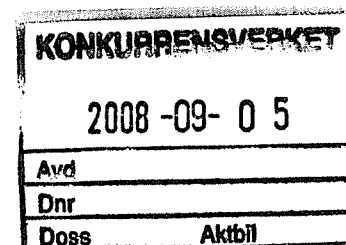
DOM
2008-09-03
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8250-08
Rotel 558

SÖKANDE

Crayon AB, 556635-9799
Landsvägen 50
172 63 Sundbyberg

Ombud: Advokat Karin Engström
ACE Advokatbyrå AB
Box 19158
104 32 Stockholm



MOTPART

Stockholms Stad
Serviceförvaltningen
Box 4075
102 62 Stockholm

Ombud: Stadsadvokat Malin Lindvall
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om överprövning.

Det interimistiska beslutet upphör därmed att gälla.

Dok.Id 360986

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Stockholms stad (Staden) har genomfört en öppen och förhandlad upphandling enligt 2 kap. LOU av Programvarulicenser och licensadministration. Av upphandlingsunderlaget framgår bl.a. följande. Syftet med upphandlingen är i huvudsak att en central och gemensam hantering av licenser skulle innebära betydande ekonomiska fördelar mot leverantören. Anbudsgivarna ska basera sitt anbud på de förutsättningar som anges i det skriftliga förfrågningsunderlaget. Ett antal krav uppställs avseende leverantörernas ekonomiska och tekniska förmåga samt kommersiella krav. Av de kommersiella kraven framgår bl.a. att vinnande leverantör ska tillhandahålla i en avtalsbilaga specificerad licensadministration och programvarulicenser inom ett av Stockholms stad definierat s.k. fokussortiment som anges i bilaga 6.3 till förfrågningsunderlaget. Vidare ställs kravet att anbudsgivarna ska prissätta fokussortimentet d.v.s. de programvaror som Staden hyr och/eller köper mest frekvent samt tjänsten licensadministration. Leverantören ska enligt anvisningen till fokussortimentet ange nettopris per licens för samtliga produkter och licensvariant där antal är angivet. Senast tillgängliga version ska prissättas. Vid prövningen och utvärderingen av inkomna anbud kan Serviceförvaltningen komma att kontrollera de uppgifter som anbudsgivarna lämnat. Visar kontrollen att felaktiga uppgifter lämnats kan detta leda till att anbudet förkastas. Utvärderingen av anbuden ska ske i tre steg. Först ska i två steg prövas om ställda skall-krav är uppfyllda bl.a. att priser lämnats i enlighet med förutsättningarna i fokussortimentet. Av de anbud som uppfyller samtliga skall-krav ska det anbud antas som med hänsyn till viktade utvärderingskriterier (volym*pris) har lägst pris enligt fokussortimentet. Volymuppgifterna i fokussortimentet var endast till för att möjliggöra en uträkning av vinnande anbud. Fem anbud inkom inom anbudstiden. Samtliga anbudsgivare uppfyllde skall-kraven förutom kravet på prissättning av samtliga produkter enligt fokussortimentet. Med anledning härav beslutades att övergå till förhandlad upphandling i syfte att undersöka om

det fanns möjlighet för anbudsgivarna prissätta produkterna under andra förutsättningar än de som angetts i fokussortimentsbilagan. Efter det att respektive anbudsgivare kommit in med prisuppgifter där sådana saknats och dessa förts in i utvärderingsmodellen gavs möjlighet för anbudsgivare att bekräfta att anbudsgivarens svar uppfattats korrekt. Efter rättelse av ett summeringsfel meddelades i ett ändrat tilldelningsbeslut, daterat den 16 april 2008, bl.a. att Stockholms stad beslutat teckna avtal med PC-Ware Sweden AB.

ANSÖKAN OM ÖVERPRÖVNING M.M.

Crayon AB (Sökanden) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Sökanden yrkar även att länsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Sökanden anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Upphandlingen har inte genomförts affärsmässigt. Anbudsgivarna och anbuden har inte likabehandlats. Bedömningarna har gjorts på olika grunder anbuden emellan. Sökandens anbud har till följd av detta diskriminerats i förhållande till vinnande anbud. En korrekt utvärdering av Sökandens anbud hade inneburit att det framstått som mer fördelaktigt än vinnande anbud.

Nedan lämnas en sammanfattande analys av Stadens utvärdering samt en konsekvensanalys enligt exceldokument där konsekvenserna av felaktigheterna tydliggörs.

ANALYS AV STOCKHOLMS STADS UTVÄRDERING

Sammanfattning

Crayon har analyserat den utvärdering som Stockholms stad (Staden) har gjort inför tilldelningsbeslut och noterat flera felaktigheter hänförliga till både beräkningar, inkonsekventa jämförelser, otydliga underlag, förändrade förutsättningar samt felaktiga svar från anbudsgivarna. Nedan redogörs för uppmärksammade fel samt bifogat exceldokument tydliggör potentiella scenarion och utfall om felen inte förekommit.

Skillnaden mellan det vinnande och det dyraste anbudet var efter Stadens utvärdering 49,44% att jämföras med en skillnad om 5,98% om samtliga fel korrigerats. Den genomsnittliga felmarginalen mellan samma underlag är ca 13% med en maximalavvikelse om 22,64%

Mängden fel i utvärderingen pekar på att upphandlingen, från förfrågan till utvärdering och beslut, har genomförts på ett sätt som inte motsvarar vad som kan förväntas av en svensk myndighet. Resultatet innebär att Staden har fattat beslut på felaktiga grunder och inte i enlighet med det tjänsteutlåtande som Stadsledningskontoret lagt 2007-05-10 "Genomförande av centralupphandling av program och licensadministration".

Förändrade förutsättningar

Otydlig förfrågan

Under tiden för upphandlingens genomförande har tillverkaren Novell genomfört stora förändringar i sitt produktsortiment samt i sin prissättning. Då Staden inom ramen för upphandlingen inte har specificerat i vilken tidsperiod anbudsgivarens priser ska vara giltiga har priser kunnat lämnas basera-

de på Novells prislister både före och efter tillverkarens förändringar. Detta har resulterat i att lämnade anbud inte är jämförbara.

Önskat språk på produkter har inte angivits med resultatet att anbudsgivare i vissa fall har svarat med pris på svenskspråkiga produkter och i andra fall i engelskspråkiga produkter. Detta har resulterat i att lämnade anbud inte är jämförbara.

Inkonsekventa produktnummer

I underlag från Staden daterat den 20 mars 2008, "Förtydliganden Fokus-sortiment 2008-03-20", anges för produkterna nedan följande produktnummer:

Sentinel 6.0 Base Package 1-Instance License 001272	873-008922 + 877- 001272
--	-----------------------------

Sentinel 6.0 Additional Server 1-Instance License 001276	873-008924 + 877- 001276
---	-----------------------------

Sentinel 6.0 Collector Type 1 Device 1-Instance License 001284	873-008928 + 877- 001284
---	-----------------------------

Samma produktbenämningar anges med följande produktnummer i utvärderingsunderlaget.

Sentinel 6.0 Base Package 1-Instance License	877-001270
--	------------

Sentinel 6.0 Add Server 1-Instance License	877-001274
--	------------

Sentinel 6.0 Collector Type 1 Device 1-Instance License	877-001282
---	------------

Inkonsekventa volymangivelser

I underlag från Staden daterat den 20 mars 2008, "Förtydliganden Fokus-sortiment 2008-03-20", anges det för produkten "Sentinel 6.0 Collector Type 1 Device 1-Instance Ucense" "under kolumnerna "Nettopris Administrativ verksamhet köplicenser" att efterfrågad volym är 125 st. Trots detta är utvärderingen genomförd med följande volym:

Crayon har utvärderas med volym: 125 i både kolumnerna

Atea har utvärderats med volym: 125 i den ena kolumnen och 12 500 i den andra

PC-Ware har utvärderats med volym: 12 500 i båda kolumnerna

Dustin har utvärderats med volym: 125 i båda kolumnerna

Caperio har utvärderats med volym: 12 500 i båda kolumnerna

Inkonsekventa valutaangivelser

I underlag från Staden daterat den 20 mars 2008, "Förtydliganden Fokus-sortiment 2008-03-20", anges det under fliken "Skola" följande text: "SLA prislista i USD". Angivelsen är öppen för tolkningen att pris ska anges i USD i motsats till vad ursprungligen har efterfrågats av Staden samtidigt som det är möjligt att tolka texten som en upplysning att prislister från tillverkare avseende dessa produkter är angivna i USD vilket de också är men att priser ska lämnas i SEK vilket efterfrågats från början. Detta har resulterat i att vissa anbudsgivare lämnat pris i USD och andra i SEK. Då Staden inte har tagit hänsyn till i vilken valuta priserna har lämnats i blir anbuden inte jämförbara.

Exkluderade produkter

I underlag från Staden daterat den 20 mars 2008, "Förtydliganden Fokus-sortiment 2008-03-20", anges det under fliken "Skola" att bundlingen "NOWS" tar bort punkterna 123 och 14 under Novell. Trots detta har produkterna inkluderats i utvärderingen.

Felaktiga svar

Samtliga anbudsgivare har lämnat anbud med felaktigheter. Felaktigheterna består i fel pris, pris på fel produkt, pris angivet i fel valuta samt avsaknad av pris.

Crayon

- Pris har för en produkt lämnats och baserats på en felaktig produkt vilket resulterat i ett för högt pris.
- Felaktiga priser har lämnats för vissa produkter.

Atea

- Pris är lämnat som ett totalpris (enhetspris * volym) per produkt och avtalsform. Staden efterfrågade i förfrågningsunderlaget enhetspris per produkt och avtalsform.
- Priser för vissa produkter och avtalsformer har lämnats i USD. Staden efterfrågade i förfrågningsunderlaget att samtliga priser skulle anges i SEK.

PC-Ware

- Priser för vissa produkter och avtalsformer har lämnats i USD. Staden efterfrågade i förfrågningsunderlaget att samtliga priser skulle anges i SEK.
- Felaktiga priser har lämnats för vissa produkter.
- Pris har utelämnats på efterfrågade produkter.

Dustin

- Priser för vissa produkter och avtalsformer har lämnats i USD. Staden efterfrågade i förfrågningsunderlaget att samtliga priser skulle anges i SEK.
- Felaktiga priser har lämnats för vissa produkter

Caperio

- Priser för vissa produkter och avtalsformer har lämnats i USD. Staden efterfrågade i förfrågningsunderlaget att samtliga priser skulle anges i SEK
- Felaktiga priser har lämnats för vissa produkter

Felaktiga svar från samtliga anbudsgivare tillsammans med mängden felaktiga svar pekar på brister i förfrågningsunderlaget samt upphandlingens genomförande.

Felaktig utvärdering

Samtliga fel ovan kunde ha uppmärksammats och korrigerats av Staden innan utvärderingen genomfördes om Staden jämfört och kontrollerat rimligheten i de enskilda priserna. Vidare har Staden förlitat sig på en beräkningskalkyl konstruerad i Excel för att få fram viktade utvärderingspriser. I beräkningskalkylen har följande fel uppmärksammas:

- Produktpriser summeras felaktigt
- Totalpriser summeras felaktigt
- Viktade priser är baserade på fel viktningstal
- Produkter har inkluderats i summeringarna som inte ska utvärderas

Skillnaden mellan det vinnande anbudet och det dyraste anbudet var efter Stadens beräkningar och utvärdering 49,44%. Detta är en fullkomligt orimligt spridning med tanke på branschens konstruktion och gällande marginaler hos återförsäljarna. I bifogad excelkalkyl tydliggörs scenarion där felaktigheterna har korrigerats vilket medför att skillnaden mellan anbudet sjun-

ker till 5,98%. Den genomsnittliga skillnaden mellan det av Staden utvärderade underlaget och det underlag där felaktigheter har korrigerats är ca 13% med en maxavvikelse på 22,64%.

Utvärderingsmodell

Vid val av leverantör i en sådan omfattande upphandling som denna är det normalt att man gör en bedömning av leverantörens leveransförmåga och att en utvärderingsmodell används som gör det möjligt att bedöma priset på det man avser att köpa samt skapar förutsättningar att mäta och följa upp prisnivån så att prisnivån under avtalstiden upprätthålls på en lika konkurrenskraftig nivå som när upphandlingen genomförs. Inget av dessa viktiga hänsyn har tagits i utvärderingsmodellen, vilket gör att upphandlingen inte motsvarar syftet. De som konstruerat och genomfört upphandlingen har enligt vår bedömning inte haft tillräckligt goda kunskaper inom området eller hur programvarubranschen fungerar för att göra ett bra jobb. Några exempel på detta:

I Stadens beslutsunderlag för att genomföra upphandlingen skrivs att:

”Syftet med upphandlingen är att en central och gemensam hantering av licenser kommer att innebära betydande ekonomiska fördelar gentemot leverantörerna genom större samlad volym och möjliggöra en fördelning av licenser mellan olika förvaltningar och minska behovet av nyanskaffning. Upphandlingen möjliggör upprättandet av ett komplett inventarium vilket bland annat kräver att den programvara som används för inventering ska installeras på samtliga datorer i Staden (utan undantag). Upphandlingen medför även största möjliga volym och därmed bästa möjliga ekonomiska avtalsvillkor. Stadens bolag ska ges möjlighet att delta i upphandlingen. Centralupphandling innebär att Stadens förvaltningar inte i ett senare skede kan göra egna upphandlingar av de programvaror som ingår i denna centralupphandling, utan är helt bundna av upphandlingsbeslutet. Målet med en högre grad av ordning och reda i administrationen av licenserna är att Staden även ska klara kommande revisioner utan problem”.

Staden ska teckna ramavtal med en leverantör som har kompetens och kapacitet att leverera programvaror och licensadministration i enlighet med de krav som framgår av förfrågningsunderlaget.

Väldigt lite, om ens någon del av Stadens offertförfrågan och kravspecifikation är tillräcklig för att göra en bedömning av om de tjänster för licensförvaltning som offereras kommer att möta kundens faktiska behov. Licensadministration och licensförvaltning är ett komplicerat område som ytterst få personer i Sverige har god kunskap i och det finns olika sätt att hantera detta för en så stor organisation som Stockholm Stad. Underlaget för leverantörerna är egentligen otillräckligt för att kunna erbjuda ett fast pris. Det gör det också svårt för kunden att bedöma vilken leverantör som kan klara arbetet. Man verkar därför bara ha ställt enkla skakrav och utgått ifrån att alla klarar jobbet.

Staden har varit väldigt tydlig med att underlaget för prissättning av produkter inte innehåller produkter, volymer eller avtalsformer som man FAKTISKT tänker köpa. Det är snarare så att underlaget innehåller en stor mängd produkter som redan köpts och används, men inte kommer att köpas i den utsträckning som dessa är representerade i upphandlingsunderlaget. Särskilt tydligt blir detta avseende Novells produkter, som enligt vår bedömning får både oproportionerligt stor volym och för stor vikt i upphandlingen. Det gör det också möjligt för en leverantör med god insyn i Stadens planer och IT-miljö, utöver det som anges i förfrågan, att utnyttja detta och ange speciellt låga priser på produkter eller avtalsformer som det är osannolikt att Staden kommer att köpa.

Då Novell ändrade både prisstruktur och partnerprogram för sina återförsäljare under upphandlingsprocessen så borde Staden för att undvika olikheter i anbuden ha förtydligat om det är gamla eller nya prislistan från Novell som ska användas.

Det är vanligt att använda viktning i utvärderingar. Det är dock ovanligt att det görs på det sätt som Staden gjort, det vill säga använda sig av BÅDE vikt, volym och belopp. Särskilt märkligt blir det om angivna volymer inte motsvarar det som sedan ska köpas. I detta fall skulle det varit naturligt att låta volymen utgöra en rimlig vikt.

De som är väl initierade i hur branschen fungerar, vilket de ansvariga för en av Sveriges största upphandlingar inom området borde vara, vet att alla återförsäljare normalt har nästan identiska inköpsvillkor. Speciellt i en upphandling som denna brukar tillverkare och distributörer lämna lika villkor till de som deltar. Att då arbeta med faktiska priser, som ändå förändras varje månad, är då inget bra sätt att göra ett leverantörsurval. Konkurrenssituationen pressar i ett sådant här fall fram en extremt låg marginal från återförsäljarna, och i viss mån från distributörer. Tillverkarna är som regel oförhandlade. Det viktigaste är att ha en prismodell som gör att det konkurrenskraftiga priset vid upphandlingstillfället bibehålls på samma relativa nivå under hela avtalsperioden i kombination med det faktum att upphandlingen inte avser produkter och volymer som ska köpas in gör att detta underlag är otillräckligt för att bedöma:

1. Vilken leverantör kommer att klara uppdraget bäst.
2. Vilken leverantör kommer att leverera det som ska köpas till lägst pris.

Med denna modell så kan det precis lika gärna vara den leverantör som är sämst kvalitetsmässigt som vinner och som tar ut det högsta priset på det som faktiskt ska köpas. Ingenstans berörs heller den egenskap som bör vara den viktigaste i leverantörens erbjudande, nämligen på vilket sätt leverantören kan arbeta för att sänka den totala konsumtionen och därmed kostnaden på bästa sätt. Det som uttryckligen är ett av syftena med upphandlingen.

Utvärderingen tar upp dessa punkter, men frågeställningarna runt respektive punkt har inte varit tillräckliga för att ta in svar från leverantörerna som ger möjlighet till en bedömning av flera av de mest väsentliga punkterna.

KONSEKVENSANALYS (enligt bifogat dokument, bilaga 5)

Utvärdering på olika volymer

Utvärdering har skett på olika volymer vad det gäller (2.6.3.) Novell-produkten Sentinel 6.0 Collector Type 1— Device Instance License i kolumnerna: Nettopris administrativ verksamhet köplicenser utan maintenance 3 år och med maintenance 3 år. Crayon har därvid utvärderats på en volym om 125 i båda kolumnerna, Atea på 125 i den första kolumnen och 12 500 i den andra kolumnen, PC- Ware på 12500 i båda kolumnerna, Dustin på 125 i båda kolumnerna och Caperio på 12500 i båda kolumnerna.

För Ateas del skapar detta en differens om 39 MSEK, för PC-Ware en differens om 25 MSEK och för Caperio en differens om 79 MSEK till deras fördel jämfört med om samtliga leverantörer hade utvärderats på produktivå 125. (Differenserna avser oviktade priser.) Lämnade priser är onormalt låga. Det kan vidare anses som osannolikt att Staden skulle köpa t.ex. 12 500 servrar. 125 st framstår som mer sannolikt.

PC-Ware och Dustin har vidare lämnat priser för denna produkt som är onormalt låga jämfört med övriga leverantörer samt leverantörers gällande inköpslista från Novell. Detta gäller för kolumnerna som avser de fyra första svarsalternativen, markerat med rött, där lämnade priser härrör från en numera inte längre gällande prislista. Att Staden inte har tagit hänsyn till vad man får för det offererade priset innebär att leverantörerna inte har behandlats lika.

Onormalt lågt pris

I vissa fall, markerat med blått, har utvärdering skett trots att något pris inte lämnats på produkten.

Genomgående för samtliga produkter har Atea levererat totalsumman av sin offert istället för styckepris, vilket efterfrågats i underlaget och får förmodas har noterats när man lägger in uppgifterna i modellen.

Under punkterna 2.6.3.9, 2.6.3.10 och 2.6.3.11 har man inte noterat att priser lämnats i dollar. Detta framgår av att angivet pris stämmer exakt med tillverkarens inpris till leverantörerna och detta anges i dollar.

Även om leverantören skulle göra gällande att priset är lämnat i kronor, måste Staden vid sin utvärdering göra en prövning av rimligheten i lämnad offert. Skulle en beställning ske med återopande av lämnat pris, är det stor risk att leverantören hamnar på obestånd vid leveransen, särskilt mot bakgrund av att samtliga leverantörer lämnat sina anbud med i princip ingen marginal.

Genom att Staden som utvärderingsmodell använt en formel där man förutsett löst matat in uppgifter, har onormalt stora spridningar vad gäller priset inte kunnat upptäckas. Detta hade under upphandlingens gång kunnat undvikas genom att en förklaring till uppgivna priser efterfrågats. Samliga leverantörer har fått bekräfta att redovisade uppgifter är korrekta. Ändå har ovan angivna felaktigheter inte noterats, vilket tyder på att modellen är bristfällig och oproportionerlig.

Fokussortiment

Staden har begärt prisuppgifter på ett fokussortiment på 50 artiklar och som baserar sig på nuvarande nyttjande. Totalt erbjuder tillverkarna tusentals artiklar. En stor andel av fokussortimentet utgörs av Novell-produkter, vilka man på goda grunder kan anta att de inte kommer att nyanskaffas. Det är således riskfritt att lämna ett lågt bud som i sin tur får oerhört stor genom-

slagskraft enligt Stadens utvärderingsmodell. Detta hade kunnat undvikas genom att förtydliga vilket produktsortiment och pris man ska använda i framtiden. Vidare är underlaget ofullständigt genom att Staden inte angett på vilket språk licenserna ska tillhandahållas. Vissa leverantörer har lämnat pris på svensk version och andra på en engelsk version. Versionerna uppvisar av naturliga skäl vissa prisskillnader.

Avtalet löper under relativt lång tid och det kan förväntas att en stor del av dagens produkter måste ersättas med nya versioner och/eller produkter. I förfrågan har man inte angett vilket pris som ska gälla för dessa prissatta produkter. Eller förutsätter man att lägsta pris ska gälla under hela avtalstiden? Både för befintliga och framtida prissatta produkter godtas endast prishöjningar till följd av förändringar i valutakurser. Hänsyn tas således inte till prishöjningar utförda av tillverkaren. För övriga produkter torde det finnas möjlighet att i framtiden höja priset. Genom dessa brister erhåller Staden ingen kostnadskontroll, vilket var ett av syftena med upphandlingen. Även leverantören kan drabbas, då man kanske inte kommer att ha råd att leverera kontrakterade produkter av större volym.

Licensadministration

De krav som ställs på leverantören av licensadministration är alldeles för ofullständiga för att tillförlitliga svar ska kunna lämnas. Kraven består endast av 25 frågor och underlaget kan inte ligga till grund för ett avtal utan vidare förhandlingar måste föras innan avtal kan slutas.

Staden har specificerat ett antal funktioner som de efterfrågar i tjänsten som t. ex. möjlighet till omfördelning av licenser, fakturering/kreditering mellan enheter, kundtjänsttider, webshop, licensdatabas, rapporter m.m. Däremot så är denna specifikation otillräckligt för att Staden ska kunna få ett anbud som motsvarar den tjänst som förväntas i tjänsteutlåtandet. Vidare har de för tjänsten endast utvärderat pris och inte leverantörens möjlighet att leverera tjänsten, dess kvalitet, dess införande eller löpande förvaltning.

Sammanfattning

Förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen strider mot kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling.

Utvärdering har skett på grundval av olika parametrar för leverantörerna, vilket har medfört att Sökanden har diskriminerats negativt i förhållande till vinnaren. Vidare har man godtagit onormala priser, vilka leverantörerna inte kan leverera till utan att riskera sin verksamhet vid leverans av stora volymer. Förfrågningsunderlaget beträffande licensadministrationen är så pass ofullständigt, att kontrakt inte kan träffas utan vidare förhandlingar. Sammantaget uppvisar förfarandet sådana brister att upphandlingen måste göras om.

Länsrätten har i beslut den 25 april 2008 förordnat att Stockholms stad tills vidare inte får avsluta upphandlingen av Programvarulicenser och licensadministration.

YTTRANDEN M.M.

Stockholms stad (Staden) bestrider i yttrande, daterat den 24 april 2008, bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

Grunden för bestridandet är att Staden inte har brutit mot någon bestämmelse i lagen om offentlig upphandling. Förfrågningsunderlaget uppfyller lagens krav på förutsebarhet och transparens. Anbuden har utvärderats i enlighet med angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivare har behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. Således har varken utvärderingen eller förfarandet i övrigt skett i strid med lagen om offentlig upphandling. För det fall brister skulle anses föreligga såvitt avser anbudsutvärderingen

eller förfarandet i övrigt är bristerna inte av sådan art eller omfattning att kraven i lagen om offentlig upphandling åsidosatts.

Påståendena om att Stadens bedömningar har gjorts på olika grunder och att sökandens anbud diskriminerats bestrids.

Inledningsvis vill Staden framhålla att ingen av anbudsgivarna haft invändningar mot förfrågningsunderlaget eller förfarandet i övrigt under upphandlingen. Tvärtom har anbudsgivare under förhandlingarna framfört att Staden använt ett bra upplägg och att Staden "tänkt rätt".

Upphandlingen har föregåtts av en förstudie omfattande en analys av Stadens behov av aktuella produkter och tjänster och en kartläggning av på vilket sätt detta behov bäst kan tillgodoses. Förstudien har bl.a. omfattat workshops med licensgivare och återförsäljare. Förstudien har legat till grund för kommun beslut att genomföra upphandlingen och för paketeringen av upphandlingen.

Under upphandlingen framkom att det fanns produkter i det s.k. fokussortimentet (de programvaror som Staden hyr och/eller köper mest frekvent, förfrågningsunderlaget bilaga 6.3) som återförsäljarna inte kunde lämna pris på. Vid kontakter med olika licensgivare innan upphandlingen hade dessa bekräftat att produkterna i fokussortimentet fanns på marknaden, att priser på produkterna skulle lämnas till återförsäljare och att licensgivarna skulle förhålla sig neutrala i förhållande till olika återförsäljare. Vad licensgivarna inte uppgav var att produktsortimentet, bl.a. ifråga om paketering, varierade beroende på om produkterna såldes direkt från licensgivare till kund eller om de såldes via återförsäljare. Konsekvensen av detta blev att ingen av anbudsgivarna kunde lämna kompletta anbud. När detta förhållande stod klart beslutade Staden att övergå från öppen till förhandlad upphandling.

Samtliga anbudsgivare som kvalificerat sig vid den öppna upphandlingen har deltagit i den förhandlade upphandlingen. Som ett led i den förhandlade

upphandlingen har sökanden och övriga anbudsgivare fått ett justerat och uppdaterat fokussortiment att prissätta.

Det var främst Novellprodukter som justeringen av fokussortimentet avsåg.

Staden hänför sig i det följande till sökandens analys av utvärderingen.

Vad sökanden anför under rubriken "Otydlig förfrågan" beträffande priser är för Staden oklart. Anbudens giltighetstid framgår av förfrågningsunderlaget. Som alltid är det upp till anbudsgivarna att lämna bästa möjliga priser i sina anbud. Det följer sedan av förfrågningsunderlaget p 4.1.4 och 4.10 vad som ska gälla för lämnade priser under avtalstiden.

Önskat språk har angivits i fokussortimentbilagan i den mån det har varit av betydelse för Staden. När det gäller Novellprodukter påverkas inte priset av om det är en svensk eller engelsk version.

När det gäller påpekandet om inkonsekventa produktnummer har det faktum att serienumren skiljer sig åt i de olika dokumenten inte påverkat utvärderingen. Det har varit tydligt vilken produkt som priserna avsett och det är anbudsgivarnas prissättning av de aktuella produkterna som har legat till grund för utvärderingen.

Det vitsordas att felaktiga volymangivelser använts för tre poster. Det är fråga om 3 poster av totalt ca 300 stycken och felet har inte påverkat utgången i upphandlingen.

När det gäller uppgifterna under rubriken "Exkluderade produkter" har Staden vid förhandlingarna med samtliga anbudsgivare begärt prissättning både av bundlingen "NOWS" och de produkter som sökanden räknar upp i sin inlaga. Sökanden har lämnat pris både på bundlingen och de uppräknade produkterna.

När det gäller uppgifterna under rubriken "Felaktiga svar" anför följande.

Inledningsvis kan konstateras att anbudsgivarna som ett led i förhandlingen har beretts tillfälle att kontrollera om Staden uppfattat prissättningen av produkterna på ett korrekt sätt. I sökandens fall har bolaget påpekat ett summeringsfel men i övrigt bekräftat att Stadens sammanställning varit riktig. Även vid förhandlingarna har fråga ställts till anbudsgivarna om Staden uppfattat priserna på ett korrekt sätt.

Om anbudsgivarna lämnat felaktiga prisuppgifter eller vilken valuta anbudsgivarna utgått från vid sin prissättning kan Staden inte bedöma eller kontrollera. Det är inget som Staden borde ha upptäckt eller kan lastas för. Som anförts ovan har anbudsgivarna beretts tillfälle att justera av Staden gjorda sammanställningar av anbuderna både via e-post och vid förhandlingarna.

Sökanden påpekar för sin del att felaktigt pris har lämnats för en produkt. Om så vore fallet har det i vart fall inte påverkat utgången i upphandlingen.

Det är riktigt att Atea lämnade ett totalpris per produkt och avtalsform. Genom att lämnade priser dividerats med antalet licenser har Ateas pris kommit att stå i överensstämmelse med förutsättningarna för upphandlingen.

Det bestrids att de fel som sökanden gör gällande är sådana som Staden borde ha uppmärksammat eller justerat. Skillnaderna i priserna är inte i den storleksordning som sökanden gör gällande. Enligt Stadens utvärdering är spridningen mellan det lägsta och högsta priset ca 13 %.

Vad gäller sökandens invändningar mot Stadens utvärderingsmodell anför följande.

Att ställda krav på leverantören inte är tillräckliga bestrids.

Som ett av kraven på leverantören anges i förfrågningsunderlaget p 1.5 att anbudsgivaren ska inkomma med referensuppdrag som styrker att företaget kan tillhandahålla för uppdraget erforderliga resurser och personal med

adekvat kompetens som kan svara för löpande hantering av beställningar av programvaror och rådgivning vid licensavtalsfrågor. Vidare ska anbudsgivaren genom referensuppdrag styrka att företaget för kundens räkning bedriver och genomför utbildning i större licenstagares licensmodeller och att företaget innehafter en rådgivande funktion samt innehafter software asset management.

Kraven på licensförvaltning anges i p 2.2.1, 2.2.6, 2.2.7-8, 2.2.14 och 2.3. Påståendet att kraven på tjänsten är otillräckliga bestrids.

Det fokussortiment som anbudsgivarna prissatt återspeglar Stadens faktiska behov. Viktningen utgår ifråga om produkter och volymer från realistiska utgångspunkter. Vad sökanden anför ifråga om Stadens inköpsvolymer är spekulationer som inte kan fästas avseende vid.

Att återförsäljarna har relativt lika inköpsvillkor känner Staden till. Det förhållandet hindrar inte att procentpåslagen leverantörerna emellan kan variera.

Stockholms stad anför vidare i yttrande, daterat den 7 maj 2008, avseende bl.a. sökandens konsekvensanalys bl.a. följande.

Vad gäller utvärderingen av olika volymer vitsordas som tidigare att felaktiga volymangivelser använts för tre poster. Av bifogat dokument framgår att en nollställning av dessa poster inte påverkar utgången av upphandlingen.

Det bestrids att av PC-Ware och Dustin lämnade priser är onormalt låga.

När det gäller påståendet att det vid en jämförelse med tillverkarens pris framgår att pris lämnats i dollar kan konstateras att Staden inte har haft tillgång till tillverkarens prislista. Det har inte funnits anledning att ifrågasätta lämnade priser.

Ifråga om sökandens antaganden om Stadens framtida inköp och invändningar mot ställda krav på tjänsten licensadministration hänvisar Staden till

vad som tidigare anförts. Till skillnad från sökanden anser Staden att ställda krav på tjänsten är heltäckande och svarar mot Stadens behov.

När det gäller dokumentet avseende sökandens konsekvensanalys kan det konstateras att sökanden i dokumentet blandar uppgifter från tilldelningsbeslut 1 och tilldelningsbeslut 2. Sökanden synes exempelvis göra gällande att prisuppgifterna markerade med ljusblå färg på sid. 1 kolumn 1 och på sid. 3 kolumn 1, rad 18 funnits med i utvärderingen men detta är felaktigt, se bifogade sammanställningar av utvärderade priser avseende tilldelningsbeslut 2.

Det vitsordas att Staden gjort två felaktiga summeringar (sid. 2 kolumn 3, raderna 8 och 13). Summorna 34 096 kr respektive 82 618 kr ska rätteligen vara 26 869 kr respektive 152 576 kr, dvs. en felsummering på sammanlagt 71 867 kr. Detta belopp ska sättas i relation till totalsumman för det vinnande anbudet på ca 463 Mkr. Det är med andra ord ett ytterst marginellt belopp som inte haft någon betydelse för utgången i upphandlingen.

Fokussortimentet som anbudsgivarna prissatte består av 50 produkter med vardera 5 eller fler olika avropsformer. Varje avropsform har prissatts och anbudsgivarna har därför i sina anbud i praktiken lämnat ca 250 priser.

Sökanden har i bilagan till konsekvensanalysen med ljusblå färg markerat sammanlagt 11 avropsformer av totalt ca 250 som inte prissatts av samtliga anbudsgivare. Nollställs anbuden genom att dessa 11 poster tas bort är fortfarande PC-Wares anbud det lägsta enligt bifogat dokument.

Det bestrids att rödmarkerade priser är orimligt låga.

För att en domstol ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse skett ska en påstådd överträdelse ha medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. I detta fall har de omständigheter sökanden åberopar inte haft någon betydelse för utgången i upphandlingen. Rekvisitet att sökanden lidit eller kan komma att lida skada är därmed inte uppfyllt.

Sökanden anför i yttrande, daterat den 14 maj 2008, bl.a. följande. Stadens yttranden föranleder följande förtydligande kommentarer. Yttrandet har delats upp i tre sektioner.

- i) Beräkningar och utvärderingssätt
- ii) Orimlig prissättning
- iii) Upphandlingsmetodik, hantering av prisutveckling samt bedömning av långsiktig kostnad.

Till skillnad från vad Staden anger, har Sökanden framfört synpunkter på upphandlingens form samt på de brister som finns i utvärderingsunderlaget, genomförd utvärdering samt upphandlingsmetodik och syfte.

Beräkningar och utvärderingssätt

I samband med att prislistan på Novellprodukter förtydligades, övergick Staden till förhandlad upphandling. Anbudsgivarna fick då tillgång till olika volymangivelser för en produkt och utvärdering har också skett mot dessa volymer.

För produkten ” Sentinel 6.0 Collector Type 1 device 1-Instance License” har Staden angivit nedan redovisade volymangivelser. Samma volymangivelser har Staden också använt för respektive anbudsgivare i utvärderingen.

RAD/PRODUKT	ANBUDSGIVARE	STADEN GÖR GÄLLANDE ATT	ANTAL KOLUMN 4
Sentinel 6.0 Collector Type 1 Device 1	Crayon	125	125
- Instance License	Atea	125	12 500
	PC-Ware	12 500	12 500
	Dustin	125	125
	Caperio	12 500	12 500

Staden gör gällande att genom en nollställning av posterna för prisuppgifterna för samtliga anbudsgivare, har de fel som gjorts i upphandlingen och

utvärderingen korrigerats. Sökanden menar på följande skäl att Stadens tillvägagångssätt inte korrigerar den felaktiga utvärderingen.

- i) Produkter som Staden efterfrågat utvärderas inte vid en nollställning. Detta leder i sin tur till att förutsättningarna för upphandlingen samt utvärderingsmodellen förändras.
- ii) Att nollställa produkterna kan påverka de priser som anbudsgivarna lämnat för övriga produkter från samma licensgivare t. ex. i form av volymrabatter och inköpspris. Dessa konsekvenser kan endast konstateras genom att efterfråga nya priser.
- iii) En nollställning av produkterna nollställer även en i övrigt korrekt prisdifferens mellan de anbudsgivare som lämnat kompletta anbud. Utvärderingen påverkas därmed och leder till att kompletta anbud diskrimineras.
- iv) Istället för att nollställa aktuella poster, bör Staden likställa anbuden genom att anbudsgivarna utvärderas utifrån den volym som faktiskt efterfrågades och avsågs i upphandlingen. Konsekvenserna av felaktigheterna under punkterna i) och ii) ovan kan dock inte rättas om en sådan justering sker i efterhand.

Sökanden bestrider att uppgifter från tilldelningsbeslut 1 och 2 blandats ihop i bilaga 5. Uppgifterna från båda tilldelningsbesluten behandlas, men summeringen per tilldelningsbeslut hålls intakta i separata kolumner: "Ändrat tilldelningsbeslut" och "Org". Prisuppgifterna i kolumn 1-6 är de priser som respektive anbudsgivare inkommit med i sina anbud och är desamma i respektive tilldelningsbeslut. Uppställningen är utförd för att påvisa gällande skillnader i Stadens olika tilldelningsbeslut och för att visualisera omfattningen av de fel som Sökanden anser följa av Stadens sammanställning och utvärdering.

Sökanden vitsordar att de med ljusblått markerade prisuppgifterna i bilaga 5, sid 1 kolumn 1 och sid 3 kolumn 1 rad 18, inte använts i utvärderingen. Sökanden vidhåller dock att övriga prisuppgifter markerade med ljusblått i bilaga 5, är med i utvärderingen eller att prisuppgift från anbudsgivare sak-

nas helt och att anbuden därmed har utvärderats på olika grund. En sammanställning av dessa prisuppgifter, vilka också finns att tillgå i Stadens utlåtande i ab 15, bilagorna 2-6, visar att utvärderingen av redovisade anbudsgivare har baserats på prisuppgifter (oviktade) som inte ska vara med i utvärderingen om tillhopa SEK 10 246 000 för Atea, SEK 3 100 430 för Dustin och SEK 224 280 för Caperio. Vidare har Staden i upphandlingsunderlaget begärt priser för produkter enligt angiven sammanställning. Samtliga anbudsgivare, utom PC-Ware, har lämnat bud på dessa produkter. Sökanden gör gällande att PC-Ware:s anbud genom detta förfarande har baserats på prisuppgifter (oviktade), som är totalt SEK 5 091 000 lägre än vad det rimligen borde ha varit om PC-Ware hade lämnat ett pris.

Enligt Staden skulle man genom att nollställa posterna i angivna tabeller för samtliga anbudsgivare, korrigera det fel man gjort i samband med utvärderingen. På de skäl som anförs nedan vidhåller Sökanden att en nollställning inte skulle kunna korrigera de felaktigheter som uppstått i samband med utvärderingen.

i) Produkter som Staden efterfrågat utvärderas inte vid en nollställning.

Detta får den direkta konsekvensen att förutsättningarna för upphandlingen samt utvärderingsmodellen förändras.

ii) En nollställning av produkterna nollställer även, en annars korrekt, prisdifferens mellan de anbudsgivare som lämnat kompletta anbud. Utvärderingen påverkas därmed samt anbudsgivare med kompletta anbud diskrimineras.

iii) Att genomföra en nollställning av produkterna, utan att ha kännedom om hur detta påverkar volymrabatter och inköpspris samt utan att efterfråga nya priser, kan inte anses rimlig då detta kan påverka de priser som anbudsgivarna lämnat för övriga produkter från samma licensgivare.

iv) Staden efterfrågar i punkt 2.4 i förfrågningsunderlaget pris för inköp av samtliga produkter angivna i fokussortimentet. Trots detta har PC-Ware inte inkommit med kompletta prisuppgifter och anbudet bör därför förkastas enligt punkt 0.5 i förfrågningsunderlaget.

Orimlig prissättning

Staden anger en spridning mellan högsta och lägsta bud om 13 %. Sökanden medger detta som en genomsnittlig spridning mellan samtliga anbud. Däremot vidhåller Sökanden att skillnaden i totalpris mellan högsta och lägsta (vinnande) anbud är i den storleksordning som tidigare påtalats.

Staden anser sig inte haft möjlighet att bedöma felaktigheter i av anbudsgivarna lämnade priser. Vidare bestrider Sökanden samtidigt Stadens uppfattning, att lämnade priser inte är orimligt låga, när faktiska uppgifter visar att PC-Ware har lämnat priser som är upp till 80% lägre än övriga anbudsgivare och inköpspris.

Staden förväntade sig inför upphandlingen en besparing på licenskostnader som ett resultat av

- a) minskade upphandlingskostnader i samband med en central upphandling
- b) slopad avgift till Kommentus

Punkten a) ovan är en intern besparing som inte kan återfinnas i inkomna anbud. Således är Stadens uppfattning, att en direkt kostnadsminskning på licenspriserna ska uppgå till ca 1 % (aktuell avgift från Kommentus). Denna förväntade besparingsnivå ska ställas i relation till att Staden anser en pris-spridning mellan anbudsgivarna på mellan 17-53% som fullt rimlig.

Sökanden anser att Staden på ett oansvarigt sätt friskriver sig från ansvaret att kritiskt granska varje enskild komponent och enskilt pris i upphandlingen genom att respektive anbudsgivare beretts tillfälle att själva kontrollera om Staden uppfattat deras prissättning av produkterna på ett korrekt sätt. Det kan inte åligga anbudsgivaren att kritiskt kontrollera att eget anbud är korrekt i förhållande till Stadens kriterier och rimliga i förhållande till övriga inkomna anbud. Anbud kan innehålla felaktigheter på grund av oavsiktliga misstag eller på grund av kalkylerade risktagningar och prisdumpningar från anbudsgivaren. Oavsett orsak, påverkar felaktigheterna konkurrens-

situationen och upphandlingens resultat negativt, varför det måste kunna förutsättas att Staden kritiskt granskar enskilda priser för att kvalitetssäkra inkomna anbud. Hade detta gjorts, hade felaktigheter kunnat uppmärksammas i tid innan processen för utvärderingen påbörjades.

Staden klargör i sitt yttrande att de inför upphandlingen talat med olika licensgivare och att de under dessa samtal blivit lovade att samtliga anbudsgivare (återförsäljare) skulle behandlas neutralt av licensgivarna under upphandlingen. Det framgår inte av Stadens inlägg, vilken tolkning Staden gjort av denna utfästelse och hur Staden anser att detta har påverkat upphandlingen. Sökanden tolkar kommentaren som ytterligare ett tecken på att ansvarig upphandlare hos Staden inte har tillräcklig förståelse för villkoren, arbetssätten eller branschens struktur. Två faktorer visar tydligt hur ovidkommande utfästelsen och Stadens argument är i sammanhanget.

a) Licensgivaren sätter endast pris till återförsäljaren i ett fåtal fall, t.ex. vid Microsoft Select- och Microsoft Enterpriseavtal samt Adobe CLP. Övriga priser till återförsäljare sätts av distributör.

b) Återförsäljarna hanteras inte neutralt. Dagen före anbudstidens utgång verkställde Novell en förändring i sitt partnerprogram, som medför att återförsäljaren baserat på ett antal egenskaper och prestationer kan erhålla 0—15 % i årlig återbetalning, baserat på försäljningsvolym av nya produkter. Den högsta nivån kan återförsäljaren bara nå efter direkt inbjudan från tillverkaren. Detta kan rimligen inte ses som neutralt. Sökanden påpekade detta faktum för Staden under upphandlingen utan gehör eller åtgärd.

Vidare kan noteras att Novell dagen före anbudstidens utgång genomförde omfattande revideringar av sin prislista, vilket påverkade priserna för många av de produkterna som anges i Stadens fokussortiment. Dessutom utgick flera produkter som Staden efterfrågat och ersattes av nya. Som följd av detta fick Staden senare förtydliga sin Novellförfrågan samt övergå i en förhandlad upphandling. Sökanden förklarade muntligen för Staden konse-

kvenserna av situationen och uppmärksammade på otydligheten i vilken prislista som Staden önskade att anbudspriser baserades på. Som svar meddelades Sökanden muntligen, att valfri prislista fick användas. Sökanden valde således att uppdatera samtliga priser enligt den nya prislistan som gällde på dagen för anbudstidens utgång. En av anledningarna till att flera produkter är orimligt prissatta kan antas bero på att andra anbudsgivare använt utgångna prislistor eller blandat priser från flera prislistor.

Upphandlingsmetodik, hantering av prisutveckling samt bedömning av långsiktig kostnad

Sökanden vidhåller att förfrågan är otydligt utformad, då Staden brustit i att specificera uppgifter om att lämnade prisuppgifter ska motsvara priser som Staden faktiskt har möjlighet att nyttja på anbudsdagen. Det kan konstateras att det i praktiken inte finns några krav i de kommersiella villkoren i upphandlingsunderlaget som binder anbudsgivaren till en prisnivå. Detta innebär att det är öppet och i princip riskfritt för anbudsgivaren att lämna godtyckliga priser och sedan korrigera dessa efter avtalsteckandet, till i princip vilket pris som helst med hänvisning till förändringar i förutsättningarna från licensgivarna. Denna möjlighet har fått särskild vikt och konsekvens när Novell, samtidigt som Staden övergår i förhandlad upphandling, ändrar sin pris- och partnerstruktur markant utan lämplig justering i upphandlingsförfarandet av Staden.

Även om det för Staden saknar betydelse om vilken språkversion som används för vissa produkter, har en specifikation av detta stor betydelse för upphandlingens genomförande. Det kan inte anses rimligt att Staden överlåter detta val till anbudsgivarna när prisskillnader föreligger mellan språkversioner både för Microsoft och för Adobe produkter. Ett sådant förfarande skapar icke likvärdiga anbud, då olika produkter i praktiken prissatts och utvärderats.

Enligt den modell som Staden valt att genomföra upphandlingen på, framförallt hanteringen av priser, medför att direkt koppling mellan anbud och det som faktiskt ska levereras under avtalstiden helt saknas. Upphandlingen och givna avtalsvillkor, enligt punkt 4 i upphandlingsunderlaget, tar inte hänsyn till att Stadens behov eller produktutbudet på marknaden kan komma att förändras under avtalstiden, vilket exemplifieras nedan.

a) Staden menar att de 50 produkter som prissatts i 5 eller fler avropsformer väl motsvarar det faktiska behov som föreligger med hänvisning till en förstudie som har genomförts inför upphandlingen. Sökanden hävdar att det är felaktigt att utgå ifrån att Stadens behov inte kommer att förändras under avtalstiden. Det regleras inte i upphandlingen eller i avtalsvillkoren hur produkter utanför aktuellt fokussortiment ska prissättas eller regleras i fas med att behov uppstår hos Staden. Sökanden anser att Stadens tydliga antagande om att vinnande anbudsgivare även är den återförsäljare som under avtalstiden lämnar lägst pris på vid upphandlingen inte efterfrågade produkter är felaktig, då detta inte regleras i de kommersiella villkoren (punkt 4 i upphandlingsunderlaget). I stället hävdar Sökanden att det står leverantören fritt att sätta priset med valfri marginal, vilket strider mot det uttalade syftet med upphandlingen enligt Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande (DNR 032- 350/2007) inför upphandlingen.

b) Inom området för programvaror sker produktutvecklingen i en mycket snabb takt. Produkter byts frekvent ut i licensgivarnas sortiment och nya priser- och produktlistor presenteras månatligen. Staden öppnar i de kommersiella villkoren (punkt 4 i upphandlingsunderlaget) för leverantören att justera priser på avtalade produkter efter faktiska prisförändringar som sätts av licensgivaren. Staden tar dock inte hänsyn till att produkter förändras och byts ut eller hur dessa ska prissättas. Sökanden hävdar att när en sådan situation uppstår står det leverantören fritt att sätta priset med valfri marginal, vilket strider mot det uttalade syftet med upphandlingen enligt Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande (DNR 032-350/2007) inför upphandlingen. Exempel på en situation av denna karaktär uppstod under upphandling-

en och beskrivs under rubriken "Orimliga priser" ovan och tvingade Staden förändra upphandlingen. Nedan följer ytterligare ett exempel som kommer att inträffa under hösten 2008.

a. Staden har i upphandlingsunderlaget efterfrågat pris på Microsoft SQL Server 2005. Denna produkt kommer under hösten 2008 utgå ur licensgivarens sortiment och ersättas av en ny produkt Microsoft SQL Server 2008. Den nya produkten kommer att omfattas av nytt pris, nytt artikelnummer samt nya licensvillkor. Den tidigare produkten Microsoft SQL Server 2005 kommer i samband med detta inte längre att kunna köpas. I och med upphandlingens utformning, har Staden för den nya produkten inte reglerat priset för denna typ av förändringar. Denna situation kommer att uppstå ett flertal gånger under avtalstiden.

Ett normalt förfarande vid en upphandling av denna storlek är att, som till exempel Verva gjort i motsvarande upphandling för ramavtal 6847/07, för varje tillverkare och produkttyp reglera en procentuell marginal eller rabatt baserat på återförsäljarens inköpspris eller listpris från licensgivaren. Denna modell skapar mindre administration, större kontroll för kunden samt långsiktig kostnadskontroll och flexibilitet i förhållande till modellen. Detta ska jämföras med den metod som Staden valt, att reglera en liten mängd produkter med fasta priser och helt utesluta marknadens övriga produkter.

Vidare speglar upphandlingen de produkter och volymer som Staden faktiskt nyttjar per idag. Det framgår även av upphandlingsunderlaget, att volymerna som anges inte motsvarar garantivolymen utan endast används i utvärderingssyfte. Det är rimligt att anta att Staden redan har en stor del av denna volym licensierad, då man annars skulle bryta mot upphovsrättslagen. Att som följd av detta anta att Stadens inköp inte kommer att motsvara den efterfrågade volymen är inte heller orimligt. Detta medför att Stadens utvärderingsmodell baseras på felaktiga premisser och inte tar hänsyn till den verklighet som föreligger under avtalstiden. Förändrade volymangivel-

ser påverkar även de prisnivåer som Staden kan förvänta sig från såväl anbudsgivare, distributör och licensgivare, något som inte heller regleras i de kommersiella villkoren.

Vid samtal med Stadens representant för upphandlingen påpekade Sökanden att en mer relevant förfrågan vore att spegla Stadens tänkta inköp och behov under avtalsperiod snarare än att efterfråga priser på produkter och volymer som redan införskaffats. Resultatet av detta står i direkt strid mot de uttalanden om upphandlingens syfte som Stadsledningskontoret gör i sitt tjänsteutlåtande (DNR 032-350/2007). Mot bakgrund av den utförliga förstudie som genomfördes inför upphandlingen skulle detta inte vara något större problem.

Sökanden anser att kravspecifikationen för tjänsten licensadministration i kombination med anbudsgivarnas lämnade anbud inte är tillräckligt detaljerade för att utan vidare förhandlingar teckna avtal. Staden bestrider detta vilket föranleder Sökanden att lämna några förtydliganden enligt nedan.

Tjänstens omfattning och storlek är förhållandevis omfattande, det är med stor sannolikhet ett av de största projekten för etablering av licensadministration som genomförs i offentlig sektor under 2008. Priset är lämnat för löpande förvaltning inklusive implementation, och det är av väsentlig betydelse för leverantören att kunna påbörja leverans och därmed fakturering så snart som möjligt. Innan dess krävs dock ett stort arbete som i stor omfattning involverar Stadens personal och tidigare leverantörer för att sammanställa information och införa en komplex teknisk lösning som kräver anpassning av Stadens IT-miljö för att fungera på önskat sätt. Vår uppfattning är att underlaget inte är tillräckligt för att utan vidare förhandlingar teckna avtal för införande och leverans av tjänsterna.

För införandeprojektet finns följande brister i upphandlingsunderlaget och de kommersiella villkoren som stödjer Sökandens påstående.

a) Ansvarsfördelningen mellan parterna för att finna och sammanställa befintliga licensavtal och licensbevis inom Staden regleras inte. Inte heller hur många platser och personer som måste besökas och när man ska sluta att leta efter sådana licensbevis.

b) Staden kräver att leverantörens lösning ska tillhandahålla en mängd teknisk information om installationer, användande, användare etc. som hämtas ur Stadens olika IT-system. För att kunna göra det så måste Stadens IT-system ha ställts in för att spara och redovisa sådan information. Det är ytterst ovanligt att en organisations IT-system är optimerade för att redovisa data till ett licens- och programvaruinventeringssystem eftersom sådana krav ofta "krockar" med andra intressenters krav på IT-miljön, exempelvis hur ett datornamn kan relateras till ett användarnamn och en organisations-tillhörighet och fakturaadress. Underlaget beskriver inte hur detta är hanterat inom Stadens IT-miljö idag och det är möjligt att denna hantering idag är olika i de olika organisationer inom Staden där lösningen ska införas. Dessa frågeställningar måste diskuteras och förhandlas vidare innan lösningen kan specificeras och innebär normalt vissa förändringar i kravspecifikationen.

För den löpande förvaltningen finns följande brister för att avtal ska kunna tecknas:

a) Leverantörens uppgift är att löpande maskinellt inventera vad som finns på Stadens datorer och sammanställa den informationen i en databas där antalet av varje program löpande uppdateras. Dessa siffror ska sedan matchas mot aktuellt licensinnehav för motsvarande program, förändringar i licensinnehavet förändras löpande beroende på Stadens inköp, hyror och underhållsavtal som reglerar vilka antal och versioner som Staden har rätt att använda. Det regleras inte hur leverantören ska få tillgång till sådana

förändringar i licensinnehavet som beställs av Staden hos andra leverantörer, såsom avtal direkt med tillverkare eller beställningar hos andra återförsäljare.

b) Staden har som ambition att licenser ska flyttas mellan olika enheter och bolag inom Staden vid behov och dessutom önskar man att leverantören ska hantera de ekonomiska transaktionerna för dessa överföringar. Det framgår dock inte alls hur dessa interna överföringar av licenser ska prissättas när de köps och säljs internt mellan Stadens enheter.

c) I punkten 2.1 i upphandlingsunderlaget framgår följande volymuppgifter: Skolverksamhet 110 000 användare och 23 000 klienter samt administrativ verksamhet omfattande 47 000 användare och 20 000 klienter. Endast 16 000 av totalt 43 000 klienter omfattas av gemensam applikationsdistribution med ZenWorks som kan användas för att etablera programvaruinventeringsfunktionen. Övriga klienter ska hanteras på annat sätt genom lokal paketering, installationsklar klient att laddas ned från internet samt levereras på CD. Vidare anger Staden att ovan nämnda volymuppgifter inte ska ses som någon volymgaranti och att volymerna kan förändras under avtalstiden p.g.a. förändringar i Stadens organisation. Prisförfrågan för tjänsten licensadministration har av Staden gjorts per klient. Oavsett om volymerna är garanterade eller inte, så är det som regel ett krav både från leverantör och från kund att det framgår på vilket sätt förändringar i volymer ska hanteras praktiskt. Det är något som förhandlas innan avtal kan tecknas. Vidare framgår inte alls hur förändringar i Stadens IT-miljö påverkar respektive parts åtagande och kostnad för leverans av den avtalade tjänsten.

d) Upphandlingsunderlaget och tänkta avtalsbilagor saknar en i sådana här sammanhang väsentlig bilaga och som beskriver och reglerar ändringshantering (change management) avseende administrativa, tekniska och praktiska förutsättningar.

e) Generellt så framgår av upphandlingsunderlaget att det är en gemensam upphandling för hela Staden, men att i princip all redovisning, mätning, ekonomiska transaktioner etc. ska ske direkt mellan leverantören och re-

spektive förvaltning och bolag inom Staden. Hur detta förhållande ska hanteras i praktiken måste beskrivas i avtalet.

f) Punkten 3.6 i upphandlingsunderlaget är alltför otydlig avseende förutsättningar i Stadens IT-miljö för att utan vidare förhandling teckna avtal. Särskilt första stycket kräver förtydliganden.

g) Punkten 2.2.1 kräver ytterligare beskrivning innan ett avtal kan tecknas för att tjänsten över huvud taget kunna genomföras.

h) Punkten 2.2.3 kräver ett mycket omfattande arbete både för att etablera och för att löpande genomföra. Ytterst få företag och organisationer har löst motsvarande frågeställning internt, i detta fall ska en extern part tillhandahålla en funktion för intern handel med av Staden redan ägda eller hyrda programvarulicenser inklusive den ekonomiska transaktionen. Att detta skulle kunna genomföras utan närmare förhandlingar och närmare specifikation är orimligt.

i) 2.2.6 anger inte några tidsramar för hur länge leverantören ska vänta för att "samla ihop" beställningar för att uppnå eventuella mängdrabatter. Samtidigt har Staden krävt en leveranstid på 5 dagar i punkten 4.12. Denna relation måste klargöras.

j) Motsvarande invändning som ovan gäller för 2.2.7, hur långt ska arbetet med koordineringen av internt befintligt innehav sträcka sig med hänsyn till krav på leveranstid?

k) 2.2.9 i ett avtal måste regleras hur användare tas bort och läggs till.

l) 2.2.11 Punkten är omöjlig att inkludera i ett avtal om det inte framgår vad 100% motsvarar. Hur kan leverantören ange när 60% är identifierat om inte Staden kan ange vilket antal som motsvarar 100 %?

m) 2.2.14 Denna punkt är alltför otydlig för att utan närmare specifikation kunna införas och har väldigt stor påverkan avseende hur licensredovisningen görs då vissa programvaror licensieras per användare, vissa per installation och andra per dator eller användare som har möjlighet att använda programmet utan att det installeras. Beroende av Stadens ambition för det aktuella programmet, om det är att mäta nyttjandet eller för att säkerställa

korrekt licensiering, så måste det specificeras närmare dels för införande av lösningen och dels för hur den beskrivna situationen löpande ska redovisas.

n) 2.3 Det framgår inte vad Staden menar med en komplett licensdatabas.

o) Utan vidare förhandling beskriver inte underlaget tillräckligt tydligt hur leverantören ska få information om Stadens licensinnehav. Dels under införandeprojektet, då den kompletta licensdatabasen ska sammanställas, dels under den löpande tjänsteleveransen.

Sammanfattning

En upphandling ska uppbära de principer som anges i LOU och EG-rätten. Enligt Sökandens mening, har Staden genomfört en upphandling som leder till att ovidkommande hänsyn tas och att ett rättvisande resultat inte kan uppnås. Detta kan inte heller anses förenligt med principerna om förutsägbarhet och transparens. Snarare är det så att både upphandlingen och utvärderingsmodellen öppnar för taktiska prissättningar. Vid en affärsmässig upphandling skulle Sökanden sannolikt varit en av de som erhållit kontraktet, då de drabbats av en negativ bedömning på grund av att man t. ex. tillämpat aktuella prislistor.

Förfarandet får också anses strida mot den av domstolarna och i propositionen framhållna principen om att utvärderingskriteriet (pris) måste vara förankrat i det som upphandlas (här pris) dvs. kontraktsföremålet. Nödvändigheten av nollställning av poster och produkter pekar också på ett tillvägagångssätt som har påverkat upphandlingens förutsättningar och inte lett till detta resultat. Oklarheten i priset på framtida inköp är också en sådan faktor.

De redovisade skillnaderna mellan anbuden talar också för att brister föreligger i både underlagen och utvärderingen och att detta har varit diskriminerande för Sökanden. Även om bristerna var för sig enligt Staden framstår som mindre betydelsefulla, får man vid en samlad bedömning av upphand-

lingens genomförande konstatera, att man inte har uppnått en konkurrens-
uppsökande effekt, vilket också tydligt har angetts vara upphandlingens
syfte. Det framgår inte heller i någon del av handläggningen om Staden
undersökt huruvida brister i underlaget utnyttjats till felaktig prissättning
eller vilka ekonomiska risker de lämnade priserna kan leda till. Staden läg-
ger stor vikt vid ekonomisk stabilitet i samband med upphandlingen och
borde därför ha utrett detta närmare.

Även om man i den s.k. Migrationsdomen anför att viss flexibilitet måste
accepteras i samband med en upphandling, måste de upphandlingsrättsliga
principerna alltid iakttas. En upphandling av denna storlek och komplexitet,
bör inte få genomföras utan att Staden säkerställer att frågeunderlag och
utvärderingsmetoder inte ger upphov till diskriminerande behandling av
anbudsgivare.

Sökanden har därför, eller kan komma att, lida skada till följd av den brist-
fälliga upphandlingen.

Stockholms stad anför i yttrande, daterat den 22 maj 2008, följande.

Beräkningssätt och utvärderingssätt

Ingen av anbudsgivarna har lämnat kompletta anbud men antalet icke-
prissatta produkter har varit marginellt. Förutsättningarna för upphandling-
en samt utvärderingsmodellen förändras inte på ett avgörande sätt om icke-
prissatta produkter tas bort vid en nollställning.

Volymrabatter lämnas till anbudsgivarna innan anbuden lämnas in.

Volymrabatterna i sig kan därför inte påverkas av Stadens nollställning.

Inget anbud var komplett och ingen anbudsgivare har därför diskriminerats genom nollställningen.

Utvärderas anbuden som sökanden föreslår på sid 2 p iv) utifrån den volym som faktiskt efterfrågades påverkas inte utgången i upphandlingen, se bilaga 1, grön kolumn. PC Ware AB:s anbud är fortfarande lägst.

Staden har i sin senaste inlaga nollställt de poster som sökanden redogör för på sid 2 sista stycket och sid 3 första stycket Efter nollställningen är PC Ware AB:s anbud fortfarande det lägsta.

Prissätts PC Ware AB:s anbud på det sätt som sökanden gör gällande i sin inlaga sid 3 andra stycket kvarstår fortfarande PC Ware AB som vinnare i upphandlingen, se bilaga 1, grön kolumn.

Sökanden anför att PC Ware AB:s anbud borde ha förkastats eftersom prisuppgifterna inte var kompletta. Om PC Ware AB:s anbud hade förkastats skulle Dustin ha vunnit upphandlingen.

Orimlig prissättning

När det gäller sökandens påstående om orimlig prissättning är det en felaktig utgångspunkt att jämföra det lägsta priset med det högsta. Att vinnande anbudspris inte var orimligt lågt framgår vid en jämförelse med de anbud som låg närmast det vinnande, se bilaga 1. I upphandlingssammanhang är prisskillnader i den storleksordning som råder mellan anbudet inte på något sätt anmärkningsvärda. Om PC Ware har lämnat ett klart lägre pris på några enstaka produkter saknar det betydelse eftersom det är totalen som utvärderas.

I bifogat tjänsteutlåtande, bilaga 2, redogörs på sid 7 för de förväntade ekonomiska konsekvenserna av upphandlingen. Den största effekten hänförs i utlåtandet till bättre avtal vid en samordnad upphandling och bedöms motsvara 4-5 Mkr per år. De omständigheter som sökanden valt att lyfta fram, dvs. minskade upphandlingskostnader och slopad avgift till Kommentus är, som framgår av utlåtandet, av mindre ekonomisk betydelse för Staden.

Som anføres ovan är inte prisskillnaderna mellan anbuden anmärkningsvärda. De omständigheter som sökanden åberopar på sidan 5 (kalkylerade risktagningar, prisdumpningar mm) är just sådana som förklarar att priser skiljer sig åt i upphandlingar. Till undvikande av felaktigheter på grund av oavsiktliga misstag bereddes anbudsgivarna tillfälle att kontrollera sina priser. För Staden var det angeläget att licensgivarna lämnade lika villkor till anbudsgivarna för att konkurrensneutralitet skulle gälla dem emellan. Med anledning av att Novell ändrade sitt sortiment övergick Staden från öppen till förhandlad upphandling. Vid förhandlingarna fick anbudsgivarna möjlighet att se över sina priser vilket samtliga också gjorde. Staden anser att det är anbudsgivarnas sak att avgöra utifrån vilken prislista de lämnar sina anbud, det är inte en fråga för Staden att bestämma i upphandlingen.

Det är för Staden självklart att det är de priser som anbudsgivarna lämnar som är de priser som ska gälla vid avrop från avtalet. Den enda möjlighet till prisjustering som finns är den som följer av de kommersiella villkoren i förfrågningsunderlaget (ffu) p 4.2 och som är kopplad till valutaförändringar. Vad sökanden anför om prisförändringar med hänvisning till förändringar i förutsättningarna från licensgivarna saknar stöd i förfrågningsunderlaget.

Som anförts tidigare har krav på språk angivits i de fall det haft betydelse.

Fokussortimentet har inte som sökanden påstår endast använts i utvärderingssyfte utan återspeglar Stadens nuvarande och förväntade behov både ifråga om volymer och produkter. Fokussortimentet är framtaget efter samråd med Stadens olika verksamheter och har förankrats med licensgivarna. Fokussortimentet motsvarar ca 90 % av Stadens behov av programvaror. Av ffu 4.3 framgår att Staden har rätt att täcka behov av programvaror som används i begränsad omfattning genom annan leverantör.

Fokussortimentet omfattar de produkter som kommer att avropas från avtalet. Det förhållandet tillsammans med det faktum att avtalstiden är relativt kort innebär att behov inte finns att reglera förändringar av produktutbudet. Uppkommer undantagsvis behov av produktbyte kommer det att kunna hanteras under avtalstiden. Utgångspunkten för Staden är att om en produkt utgår ska den i första hand ersättas av en annan produkt inom befintligt fokussortiment.

Upphandlingsmetodik m.m.

Vad gäller sökandens påståenden om brister i förfrågningsunderlaget vad gäller tjänsten licensadministration får anföras följande.

Inledningsvis kan konstateras att kraven på tjänsten är framtagna efter Stadens omfattande förarbete inför upphandlingen vilket bl.a. innefattade avstämningar med personer med kunskap om tjänsten. Staden vill vidare framhålla att ingen av de övriga anbudsgivarna har haft invändningar mot omfattningen av kraven eller dess utformning.

När det gäller införandeprojektet är det felaktigt att ansvarsfördelningen mellan parterna för att finna och sammanställa befintliga licensavtal och licensbevis inte regleras. Ansvarsfördelningen mellan parterna regleras i ffu 2.3 och 4.5. Påståendet på sid 8 sista stycket (punkt b) tillbakavisas. Upp-

gifterna i ffu 2.1 tillsammans med Stadens åtaganden i 4.5 år tillräckliga. Det som kan behöva klargöras i avtal är detaljer av administrativ karaktär som inte påverkar leverantörens åtaganden eller prissättningen av tjänsten.

När det gäller sökandens påstående på sid 9 punkt a) är det felaktigt att det inte regleras hur leverantören ska få tillgång till förändringar i licensinnehavet. Av ffu 4.5 följer att Staden förbinder sig att fortlöpande lämna de upplysningar som är nödvändiga för att leverantören ska kunna genomföra sina åtaganden enligt avtalet.

När det gäller påståendet på sid 9 punkt b) är det en intern fråga inom Staden som inte berör leverantören.

Volymuppgifterna i punkten c) är felaktigt återgivna. Det är 39 000 och inte 16 000 klienter som omfattas av gemensam applikationsdistribution. När det gäller sökandens invändning att det inte framgår hur volymförändringar ska hanteras är skälet till det att det inte behövs någon sådan reglering. Pris har lämnats per klient och effekten vid volymförändringar blir därmed en ökad eller sänkt kostnad för Staden. När det gäller påståendet om att ffu saknar en reglering vad som händer vid förändringar i Stadens IT-miljö kan konstateras att ffu utgår från gällande förhållanden i Staden och att någon förändring av Stadens IT-miljö inte är planerad.

Staden delar inte sökandens uppfattning i punkt d) att det i en upphandling av nu aktuell karaktär behövs en beskrivning av ärendehantering.

Ansvarsfördelningen mellan parterna vad gäller de moment i uppdraget som sökanden redogör för i punkt e) regleras i ffu 2.2.10 och 3.6. Det som kan behöva klargöras i avtal är detaljer av administrativ karaktär som inte påverkar leverantörens åtaganden eller prissättningen av tjänsten.

När det gäller invändningen i punkt f) har Staden gjort bedömningen att det för leverantörens åtagande i den här delen inte behövs mer information om Stadens IT- miljö än den som lämnas i ffu 3.6. Samma sak gäller invändningen i punkt g).

Leverantören ska enligt ffu 2.2.3 fakturera och kreditera berörda enheter i det fall licenser flyttas. Staden kan inte se att det, som sökanden påstår i punkt h) kräver ett mycket omfattande arbete.

När det gäller invändningarna i punkterna i) och j) är det de 5 leveransdagar som anges i 4.12 som gäller. Sökanden ställde samma fråga under upphandlingen och fick då det svaret med tillägget att särskild överenskommelse kan träffas vid stora beställningar.

I ffu 3.2 följer att Staden utser befattningshavare. Hur befattningshavare tas bort eller läggs till på leverantörens hemsida (se punkt k) är en fråga för leverantören som inte behöver regleras i avtalet.

Som sökanden anför i punkten l) ska leverantören enligt ffu 2.2.11 vid avtalsstarten kunna identifiera minst 60 % av de programvaror som Staden har installerade i Stadens datorer. Rent faktiskt sker inte mätningen mot uppgifter lämnade av Staden utan genom av leverantören installerat program som i sin tur läser av vilka program som finns installerade i Stadens datorer. Kravet är enligt de personer med branschkunskap som Staden samrådde med inför upphandlingen okomplicerat att uppfylla. Ingen annan anbudsgivare har heller ifrågasatt kravet.

När det gäller invändningen i punkten m) delar inte Staden sökandens uppfattning att ffu 2.2.14 är otydlig. Ingen annan anbudsgivare har heller ifrågasatt kravet.

Sökanden ifrågasätter i punkt o) vad som avses i ffu 2.3 med en komplett licensdatabas. Med en komplett licensdatabas avses en databas som omfattar samtliga installerade programvaror på Stadens datorer/klienter.

När det gäller punkt o) framgår av ffu 4.5 att ett av Stadens åtaganden är att till leverantören tillhandahålla befintlig dokumentation om licensbevis, licensavtal m.m. Även på denna punkt är således påståendet om brister i underlaget felaktigt.

Sökanden anför i yttrande, daterat den 28 maj 2008, bl.a. följande.

Beräkningssätt och utvärderingssätt

Enligt Stadens egen uppgift, bilaga 1, saknas priser för totalt 24 poster, vilket motsvarar ca 9% av det totala antalet poster. Detta kan inte betraktas som marginellt.

På sid 1 andra stycket anger Staden att volymrabatterna inte påverkas av en s.k. nollställning. Då har Staden bortsett från att anbudsgivaren lämnar olika priser beroende på vilken volym som avses. Vidare raderas en legitim skillnad mellan anbudsgivares prissättning genom en nollställning. Staden använder principen att nollställa poster såväl som att likställa poster i sitt försök att korrigera påtalade fel, se tabell 1.

Sökanden menar att det enda sättet att korrigera felaktigheter i utvärderingsskedet, utan att diskriminera någon anbudsgivare, är att likställa felaktiga poster mot det genomsnittliga priset lämnat av övriga leverantörer för samma post. Vid en sådan justering av samtliga anbud är Ateas anbud lägst. Se tabell 2.

Om nollställning används konsekvent för samtliga felaktigheter som Sökanden påtalat inklusive de poster där prisnivåns rimlighet ifrågasätts (felaktig valuta) är Sökandens anbud lägst, se tabell 3.

Tabell 1: Stadens Nollställning och likställning av poster

	PC-ware	Dustin	Atea	Crayon	Capiero
Microsoft	164 792 010 kr	161 197 807 kr	168229 169 kr	168 175 270 kr	168742929
Adobe	7398659kr	7547982kr	7805549kr	6196874kr	7628339
Novell	275 182708kr	307480 155kr	320365897kr	331 527454kr	355676325
Säkerhet	17153519kr	18764247kr	16800855kr	18176378kr	17506910
Licens	5389220kr	5746800kr	3062240kr	4945000kr	4532000
Grand total	469 916 116 kr	500 736 991 kr	516 263 710 kr	529 320 976 kr	554 086 503
Viktat total	114065 663 kr	121 524 753 kr	125 528 079 kr	128 921 506 kr1	134 977 938

Med denna princip är avvikelserna mellan lägsta och högsta anbud 17,91%.
Avvikelsen mellan lägsta och näst lägsta anbud är 6,56%.

Tabell 2: Likställning av poster

	PC-ware	Dustin	Atea	Crayon	Capiero
Microsoft	164710989kr	161 197806kr	168229 169kr	165813366kr	166794929
Adobe	7398660kr	7547982kr	7805549kr	5930524kr	7628339
Novell	349061233kr	343038420kr	326301 176kr	345756 180kr	356129 315
Säkerhet	17154028kr	18764247kr	16800855kr	18176378kr	17506910
Licens	5389220kr	5746800kr	3062240kr	4945000kr	4532000kr
Grand total	543 714 130 kr	536 295 255 kr	522 198 989 kr	540 621 447 kr	552 591 492
Viktat total	132 515 090 kr	130 414319 kr	127011 899 kr	131 786 577 kr	134 604 186

Med denna princip är avvikelserna mellan lägsta och högsta anbud 5,82%.
Avvikelsen mellan lägsta och näst lägsta anbud är 2,70%.

Tabell 3: Konsekvent nollställning av poster

Nollställning av följande poster:

2.6.1.8 (post 1-6), 2.6.1.17 (post 1-2), 2.6.3.1 (post 5-6), 2.6.3.2 (post 5-6),
2.6.3.3 (post 5-6),
2.6.3.4 (post 5-6), 2.6.3.5 (post 5-6), 2.6.3.7 (post 5-6), 2.6.3.9 (post 5-6),
2.6.3.10 (post 5-6),
2.6.3.11 (post 5-6), Sentinel 6.0 Base Package 1-Instance License (post 1-3)
Sentinel 6.0
Additional Server 1-Instance License (post 1-4), Sentinel 6.0 Collector
Type 1 Device 1-
Instance License (post 1-4) 2.6.3.14 (post 1-2 + 5-6), 2.6.3.15 (post 2 + 5-
6), NOWS — paketering med OES/GW/ZEN Suite/Suse Linux Desktop
(post 1-6)

Microsoft	PC-ware 162655989kr	Dustin 159499386kr	Atea 166436489kr	Crayon 164 187917kr	Capiero 164707279
Adobe	7398660kr	7547982kr	7805549kr	6196874kr	7628339
Novell	185299715kr	194379520kr	184260398kr	182721 586kr	186244030
Säkerhet	17154028kr	18764247kr	16800855kr	18176378kr	17506910
Licens	5389220kr	5746800kr	3062240kr	4945000kr	4532000
Grand total	377 897 612 kr	385 937 935 kr	378 365 530 kr	376 227 754 kr	380 618 558
Viktat total	91060961kr	92824989kr	91053534kr	90648201kr	91610952

Med denna princip är avvikelserna mellan lägsta och högsta anbud 2,58%.

Avvikelsen mellan lägsta och näst lägsta anbud är 0,57%.

Staden har valt en metod för s.k nollställning där man bortser från samtliga anbudsgivares priser i de fall en enskild anbudsgivare inte har angett något pris. I förfrågningsunderlaget har det inte angetts några begränsningar av användningen av denna metod, såsom att t.ex. antalet prisuppgifter som kan nollställas är begränsade. I förfrågningsunderlaget punkt 0.1 anges att leverantören ska prissätta fokussortimentet. Förfrågningsunderlaget ger emellertid inte någon möjlighet att komplettera anbudet i efterhand. Sökanden vidhåller att detta förfarande brister i förutsägbarhet och likabehandling. Med mängden felaktigheter i de beräkningar, principer och den utvärderingsmodell som Staden baserar tilldelningsbeslutet på yrkar Sökanden på att upphandlingen genomförs på nytt.

Orimlig prissättning

Genom att bereda anbudsgivarna tillfälle att kontrollera sina priser anser sig Staden ha säkerställt att anbudsgivarna inte lämnat oavsiktligt låga priser. Det åligger dock en upphandlande enhet att kritiskt kontrollera att medvetet lämnade priser är rimliga, att leverans av varor kan ske till det angivna priset utan att samtidigt riskera företagets fortsatta verksamhet. Även om syftet med en upphandling är att få det lägsta priset, kan det i slutänden bli kostsammare att välja den leverantör som lämnat orimligt låga priser om leverantören genom sin uppfyllelse hamnar på obestånd. I förlängningen

begränsas då också konkurrensen. PC-Ware har för Novell lämnat ett totalpris som understiger licensgivarens pris till anbudsgivarna med ca 31 MSEK. Hur väl denna förlust kan hanteras, ska ställas i relation till omsättning och resultat men också till Stadens krav på ekonomisk stabilitet.

Vid sitt uttalande om spridningen mellan lämnade priser hänvisar Staden generellt till "upphandlingssammanhang". Denna jämförelse är felaktig och grundar sig i en bristande förståelse för den specifika bransch man upphandlar mot.

Sökandens jämförelse mellan högsta och lägsta anbud syftar till att påvisa en spridning som är helt orimlig med tanke på branschens utformning, marginalnivå och övriga mekanismer. Detta rimmar illa mot Stadens påstående att man inför upphandlingen säkerställt att det genom licensgivarnas försorg skulle föreligga konkurrensneutralitet.

Sökanden konkurrerar regelbundet med övriga anbudsgivare. Det skiljer sig alltid lite mellan de olika anbuden. Ofta skiljer det mindre än 2% mellan högsta och lägsta anbud och bara någon promille mellan de två lägsta anbuden. Normal marginalnivå i branschen mot offentlig sektor är ca 0-4%. Det är då anmärkningsvärt att en spridning om 53% mellan fem anbud skulle anses vara normalt.

Staden påstår att det är mer korrekt att jämföra det lägsta anbudet med det näst lägsta anbudet för att avgöra om prisnivån är rimlig. Även med detta som princip kan det konstateras att spridningen 8,82 % för tilldelningsbeslut 2 är orimligt med avseende på branschens utformning.

	Lägsta anbud	Näst lägsta anbud	Spridning
Tilldelningsbeslut 1	413 642 103 kr	461 305 746 kr	11,52%
Tilldelningsbeslut 2	489 684 421 kr	532 861 019 kr	8,82%

Orimlig prissättning

Sid 2 femte stycket i Stadens yttrande visar att upphandlingen inte kan anses ha genomförts på ett affärsmässigt och likabehandlande sätt. Övergången till en förhandlad förhandling borde ha lett till en möjlighet för anbudsgivarna att anpassa sin prissättning till förfrågningsunderlaget. Istället medförde beslutet och möjligheten att välja prislista, att det i praktiken är omöjligt att köpa in produkter till det gamla priset och det saknas mekanismer i upphandlingen som reglerar prisförändringar.

I femte stycket visar Staden på just det problem som uppstår genom att samma faktiska och inte relativa prisnivå ska gälla under hela avtalsperioden. Detta påverkar i högsta grad både lönsamheten och risken i anbudet.

Sid 2 sjunde stycket: Självklart har det betydelse på vilket språk en produkt levereras till Staden. Eller menar Staden att språket inte har betydelse för priset på produkten? Båda tolkningarna är dock orimliga.

Fokussortiment

Sid 2 sjätte stycket, sid 3 andra stycket: Väsentliga punkter där Staden gör gällande att förändringar i produktutbudet inte är aktuella att reglera eftersom avtalstiden är relativt kort. Denna slutsats är felaktig. Avtalstiden kan bli upp till 4 år. Branschens produktcykler är snabba och förändringar kan ske månatligen i licensgivarens utbud och prissättning. Det finns redan nu produkter ur fokussortimentet som är utgångna och ersatta av ny produkt/version från tillverkaren t.ex. 2.6.1.5 Windows Svr Ent 2003 R2 Swedish. Prissättning för denna har inte reglerats. Denna problematik hanteras vanligtvis på annat sätt vid upphandlingar avseende IT. Att vidare uppge att utgångna produkter kan ersättas med likvärdiga produkter i fokussortimen-

. tet är anmärkningsvärt då ytterst få produkter i fokussortimentet överlappar varandra med avseende på funktionalitet.

Sid 3 första stycket: Fokussortimentet var säkert korrekt med avseende på produkter. Det Sökanden har antagit är att volymerna inte motsvarar ett faktiskt inköpsbehov. Det totala priset för att köpa samtliga produkter i de antal som angivits skulle uppgå till över 500 000 000 SEK enligt likställande av anbud. Staden har i st 2 under orimlig prissättning hänvisat till tjänsteutlåtet där det framgår att ambitionen är att göra en besparing på 4-5 MSEK och att inköpsvolymen var ca 49 MSEK.

Upphandlingsmetodik

Sid 3 fjärde stycket: Sökanden vill betona att det inte är tjänsten som sådan som ifrågasätts. Istället görs gällande att det inför ett avtal måste genomföras ett arbete för att ytterligare detaljera och precisera en specifikation för tjänstens leverans och utformning. Bakgrunden till att anbudsgivare tidigare inte framfört några synpunkter kan endast spekuleras i och saknar därför relevans.

Sid 3 fjärde stycket: Stadens kommentar visar endast hur stor skillnad det är i uppfattningen mellan Parterna beträffande frågan om hur omfattande arbetet är att införa tjänsten för licensförvaltning i en så stor organisation och att ansvarsfördelningen och tidsplaner måste regleras i detalj. Sökanden får dessutom antas ha större erfarenhet av detta.

Sid 3 sjätte stycket: Det framgår inte hur eller i vilken form denna information ska överlämnas, hur informationen kvalitetssäkras, vid vilka tidpunkter etc. Detta är av väsentlig betydelse för tjänstens leverans.

Sid 4 andra stycket: Sökanden har lämnat felaktig volymuppgift. I övrigt vidhåller Sökanden sin ståndpunkt. Det kanske saknar relevans i målet, men Sökanden finner det vara helt orimligt att Staden med 157 000 användare och 43 000 klienter inte har någon planerad förändring av sin IT-miljö. Särskilt med tanke på omfattningen av nu aktuell upphandling.

Sid 4 tredje stycket: Staden har feltolkat Sökandens svar. Sökanden skriver att ändringshantering (change management) inte regleras i underlaget, vilket är ytterst viktigt att klargöra i ett avtal av denna storlek. Stadens tillbakavisande med hänvisning till ärendehantering är något helt annat.

Sid 4 fjärde och femte styckena: Sökanden vidhåller sin uppfattning, antagligen beroende på annan erfarenhet.

Sid 4 sjätte stycket: Uppdraget kan inte tolkas på annat sätt än att anbudsgivaren ska hantera de ekonomiska transaktionerna i samband med licensöverföring samt köp och försäljning av licenser som redan tidigare har köpts av Staden. När Staden säger att detta inte är ett omfattande arbete, föreligger det ett missförstånd hos någon av parterna vad gäller komplexitet.

Sid 4 sjunde stycket: Sökandens invändning har troligtvis missuppfattats.

Sid 4 nionde stycket: Stadens svar går att tolka som att 100% definieras som det antal programvaror som leverantörens inventeringsprogram läser av. I förfrågningsunderlaget med tillhörande frågor och svar, redogör Staden för att 100% motsvarar det totala antalet programvaror som finns inventerade. Dessa definitioner motsvarar inte varandra, eftersom det inte går att säkerställa att en inventeringsprogramvara hittar samtliga programvaror. Sökandens synpunkt i frågan är dock relaterad till att Staden i sitt krav anger att anbudsgivaren ska identifiera 60% av antalet programvaror som in-

stallerats vid avtalets start och 99% efter ett år. Samtidigt anger man inte vilka programvaror eller vilket antal som utgör 100%. Kravet är inte på något sätt komplicerat att uppfylla, men komplicerat att mäta i %.

Sid 5 tredje stycket: Kunder har oftast olika uppfattning om vad som är komplett. Staden gör i sitt yttrande gällande att de avser en databas med samtliga installerade programvaror på Stadens datorer/ klienter. Sökanden vill hävda att licensdatabasen bör innehålla samtliga de licenser som Staden har samt de avtal och övriga parametrar som styr vilken programvara, antal och version som Staden har rätt att använda. Stadens svar förstärker Sökandens uppfattning, att det är delar som måste förhandlas innan ett avtal kan tecknas för leverans av tjänsten.

Sammanfattning

Vid en noggrann analys av samtliga anbud, tilldelningsbeslut och parternas inlagor i ärendet framkommer det att upphandlingsresultatet är godtyckligt. Anledningen härtill är följande.

- Samtliga anbudsgivare har i någon form lämnat felaktiga priser.
- Några anbudsgivare har inte lämnat pris på samtliga produkter.
- Staden har i underlaget lämnat olika volymer till anbudsgivare.
- Några anbudsgivare har lämnat priser i USD, vilka har bedömts vara i SEK.
- Staden har räknat fel vid sammanställningen av anbuden och redovisningen av resultatet både vid det första och andra tilldelningsbeslutet.
- Anbudsgivare har med Stadens goda minne använt olika prislistor från Novell.
- Beroende på hur Staden godtyckligt väljer att genomföra korrigeringarna av felen, ger det olika vinnare.
- Prissättningsmodell saknas för hur priset utvecklas under avtalstiden. Framför allt gäller detta nya produkter, men även produkter utanför fokussortimentet.
- Någon förhandling hölls aldrig efter övergången till förhandlad upphandling.

Stockholms stad vidhåller i yttrande, daterat den 3 juni 2008, vad Staden tidigare anfört och framhåller bl.a. följande.

Av Stadens senaste inlaga, bilaga 1, framgår vilka produkter som inte var prissatta. Av bilagan framgår att det var totalt 11 produkter som det saknades priser på från en eller flera anbudsgivare. Staden vidhåller att antalet icke prissatta produkter varit marginellt och att Stadens tillvägagångssätt vid nollställningen därför är förenligt med förutsättningarna för upphandlingen. Som alternativ har Staden prissatt produkterna enligt följande. Om endast en anbudsgivare lämnat pris har detta pris tillämpats på övriga anbud. Har två eller flera anbudsgivare prissatt posten har medelvärdet av lämnade priser tillämpats på övriga anbud. Används det tillvägagångssättet vid korrigeringen av anbuden påverkas, enligt bilaga 1, inte utgången av upphandlingen. PC-Ware AB:s anbud är fortfarande lägst.

Sökanden anför i yttrande, inkommet den 5 juni 2008, bl.a. följande.

Staden tar endast hänsyn till icke prissatta produkter i den korrigeringsprincip som används. Sökanden vidhåller att samtliga påtalade fel måste korrigeras för att utvärderingen inte ska vara diskriminerande. Detta inkluderar de poster som är kraftigt lägre (>50 %) än marknadspriset och därmed orealistiska. I övrigt vidhålls vad som anförts i målet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl. a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU 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.

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Kravet på affärsmässighet kommer också till uttryck i 1 kap. 22 § LOU, av vilken framgår att den upphandlande enheten ska anta antingen det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till samtliga omständigheter som pris, leveranstid, driftkostnader m m, eller det anbud som har lägst anbudspris.

Av 1 kap. 21 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande enhet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I 1 kap. 23 § LOU anges att en upphandlande enhet får förkasta ett anbud som den anser vara orimligt lågt, dock först sedan enheten skriftligen begärt förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar.

Begreppet affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av likabehandlingsprincipen följer att alla leverantörer ska behandlas lika, dvs. ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta i anbud. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Dock får förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Proportionalitetsprincipen innebär att de åtgärder som ska vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det som ska upphandlas. Den upphandlande enheten får inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion med det som ska upphandlas.

Upphandlingsunderlaget

Länsrättens bedömning

Länsrätten finner mot vad Stockholms stad har anfört och vad som framgår av upphandlingsunderlaget att Sökanden inte har visat att skall-krav, utvärderingsmodell m.m. i upphandlingsunderlaget inte skulle vara nödvändiga eller lämpliga för att uppnå det eftersträvade syftet. Inte heller kan det anses att skall-kraven är så vagt formulerade att de i något väsentligt avseende skulle strida mot transparensprincipen. Vidare har Stockholms stad i enlighet med förutsättningarna i 1 kap. 22 § LOU valt utvärderingsformen det anbud som har lägst pris och därvid angett de kriterier som ska avgöra valet av anbud. De valda kriterierna kan inte anses strida mot kravet på saklighet och objektivitet. Mot bakgrund härav finner länsrätten att även om förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen inte är optimalt utformade är de ändå så klara och tydliga att leverantörerna har kunnat avgöra vad som är av betydelse i upphandlingen och hur utvärderingen – såvitt nu är ifråga - kommer att gå till.

Förhandlad förhandling

Länsrättens bedömning.

I 1 kap. 5 § LOU anges som definition av förhandlad upphandling att det är en upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem. Där emot regleras inte vilka delar av en upphandling som kan bli föremål för

förhandling eller formen för förhandlingen. Den upphandlande enheten får dock inte väsentligt ändra förutsättningarna för upphandlingen i förhållande till vad som anges i förfrågningsunderlaget. I detta fall har Stockholms stad beslutat att övergå från öppen upphandling till förhandlad upphandling enligt 2 kap. LOU i syfte att ge anbudsgivarna möjlighet att under andra förutsättningar än de som angetts i upphandlingsunderlagets sortimentsbilaga komma in med prisuppgifter där sådana inte kunnat lämnas. Det har således inte varit fråga om kompletteringar enligt 1 kap. 21 § LOU utan om helt nya uppgifter från anbudsgivarna vilket innebär att en förhandlingssituation uppkommit. Prisuppgifterna har förts in i sortimentsbilagan och anbudsgivarna har därefter beretts tillfälle att kontrollera riktigheten av lämnade prisuppgifter. En förhandling har sålunda ägt rum som i sig inte strider mot förutsättningarna i förfrågningsunderlaget eller mot principen om affärsmässighet.

Utvärdering

Länsrättens bedömning.

Enligt upphandlingsunderlaget är det ett skall-krav att anbudsgivarna bl.a. ska ha lämnat priser i enlighet med förutsättningarna i fokussortimentsbilagan. Ingen av anbudsgivarna uppfyllde helt detta krav vilket föranledde att den öppna upphandlingen övergick till förhandlad upphandling för att undersöka om pris kunde lämnas under andra förutsättningar än som angetts i sortimentsbilagan. Samtliga anbudsgivare inkom därefter med kompletteringar. Enligt länsrättens mening innebär detta att det obligatoriska kravet vid den fortsatta utvärderingen inte behöver upprätthållas i samma utsträckning som tidigare. Länsrätten bedömer att anbuden efter förhandlingen i allt väsentligt uppfyller kravet och därför ska beaktas vid den fortsatta utvärderingen. LOU anger inte något mått på när ett anbud är orimligt lågt och enligt 1 kap. 23 § LOU får den upphandlande enheten – men är inte skyldig –

förkasta ett anbud som den anser vara orimligt lågt. Den omständigheten att anbuden i vissa fall kan ha varit orimligt lågt prissatta innebär således inte att utvärderingen skett i strid mot LOU. Förfarandet att i utvärderingen att räkna om pris/volym till pris per enhet för att göra anbudsgivarnas priser jämförbara vid utvärderingen får godtas då det inte kan anses innebära att de lämnade anbuden på något väsentligt sätt ändrats. Den brist i utvärderingen som gäller inte prissatta avtalsformer kan inte anses vara av sådan allvarlig art och omfattning att principerna om transparens och likabehandling träffs för när.

Sammanfattning

På grund av det ovan anförda finner länsrätten att skäl för ingripande med stöd av LOU inte föreligger. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)



Wenche Skoglund

Rådman

Föredragande har varit Mikael Norberg.

