

KLAGANDE
Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

Ombud: Håkan Sjöborg
SF/Upphandling
Länssjukhuset
391 85 Kalmar

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

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Länsrätten i Kalmar läns dom den 22 januari 2010
i mål nr 1889-09, se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver länsrättens dom och återförvisar målet till Förvaltningsrätten i Växjö (tidigare Länsrätten i Kalmar län) för erforderlig handläggning.

Kammarrätten förordnar med stöd av 16 kap. 2 § andra stycket LOU att upphandlingen inte får avslutas förrän något annat beslutas.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrensverket
- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län (landstinget) yrkar att kammarrätten i första hand upphäver länsrättens dom och avslår ansökan om överprövning. I andra hand yrkar landstinget att utvärderingen ska göras om. Skulle kammarrätten inte bifalla landstingets första- eller andrahandsyrkande yrkar landstinget slutligen att kammarrätten undanröjer länsrättens dom och återförvisar målet till länsrätten för ny prövning.

Unit4 Agresso AB (bolaget) motsätter sig ändring av länsrättens dom.

Landstinget anför bl.a. följande. Länsrätten har inte rätt att grunda sin dom på omständigheter som bolaget inte har åberopat. Ingenstans i bolagets inlagor påtalas att upphandlingen skulle ha någon konkurrenshämmande inverkan. Länsrätten har grundat sin bedömning på att det varken i annonsen eller i förfrågningsunderlaget kan utläsas att optionerna ska ingå i upphandlingen. Annonsens utformning har inte dryftats. Länsrätten har ex officio begärt att landstinget skickar in det kompletta upphandlingsmaterialet, varför bedömningen av annonsens utformning baseras på länsrättens egna undersökningar.

Bolaget anför bl.a. följande. Ett bolags yrkanden måste sättas i en kontext för att kunna bedömas på ett rättssäkert sätt. Den kontexten utgörs i upphandlingssammanhang av upphandlingens underlag, främst förfrågningsunderlaget. Bolaget har hänvisat till förfrågningsunderlaget. De omständigheter som länsrätten lagt till grund för sitt avgörande får anses omfattas av det underlag bolaget presenterat. – De moduler som efterfrågats som optioner kan tillhandahållas av de flesta aktörerna på marknaden och tillräcklig konkurrens hade kunnat uppnås genom att förutsättningarna fastslagits från början. Ett av upphandlingens huvudsakliga fel är det sätt på vilket optionerna utvärderats. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att optionerna skulle utvärderas. Genom att landstinget med sin otillåtna ändring av förut-

sättningarna för utvärderingen i praktiken skaffat sig en fri prövningsrätt, har en konkurrenshämmande verkan uppstått och principerna om likabehandling och transparens trätts förnär. Även om bolaget inte använt ordet konkurrenshämmande verkan i sin kommunikation med länsrätten, är följden att konkurrensen blir hämmad när villkoren ändras under upphandlingens gång och leverantörerna får olika förutsättningar att agera utifrån.

Landstinget tillägger i huvudsak följande. Även ifall det mot förmodan skulle vara att anse som en väsentlig förändring av förutsättningarna i förfrågningsunderlaget att optionerna budget/prognos respektive inköps- hantering lyftes in i utvärderingen under pågående upphandlingsförfarande har detta skett i enlighet med LOU, särskilt med beaktande av att båda anbudsgivarna dels konkludent, dels uttryckligen gett sitt medgivande därtill. Landstinget har inte haft eller tillförskansat sig någon fri prövningsrätt, eftersom båda anbudsgivarna inklusive bolaget godtagit att optionerna lyftes in i anbudsutvärderingen. Det har inte inneburit någon konkurrenshämmande verkan, snarare konkurrensförbättrande, att de nämnda optionerna lyftes in i utvärderingen först under pågående upphandlingsförfarande i stället för redan i det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

Bolaget tillägger i huvudsak följande. Frågan om optionernas hantering i upphandlingen är enbart en del av bolagets samlade bedömning av upphandlingens brister. Det är av stor vikt att kammarrätten tar del av bolagets tidigare inlagor som berör andra områden vilka ger en samlad bild av situationen. – Det bolaget invänder emot är att det aldrig uttryckts från landstinget att förhandling påbörjats, när förhandling skett och vad förhandlingen gällt. Bolaget fick inte reda på att optionerna ingick i utvärderingen förrän efter att det fått göra sin extrainkallade presentation av inköps- hantering. Att ändra förutsättningarna i förfrågningsunderlaget på så vis som landstinget gjort är en väsentlig förändring av villkoren för upphandlingen. Att ifrågasätta en upphandlande enhets beslut under en upphandling skulle kunna tolkas som en reservation av den upphandlande myndigheten och

därmed skulle anbudsgivaren kunna uteslutas. På grund härav kan inte en leverantör komma med invändningar innan en upphandling visat sig vara felaktig.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsrättens dom.

Av doktrinen (Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 174 f., Jan-Erik Falk) framgår bl.a. följande. Reglerna för tröskelvärdeberäkning ger information om flera saker. Viktigast i detta sammanhang är att de innehåller regler, som anger att options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjas. Dessa regler implicerar att det är möjligt att tillämpa optioner i upphandlingskontrakt. I detta sammanhang förutsätts att optionen är ensidig till den upphandlande myndighetens förmån.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Den första frågan som kammarrätten har att ta ställning till är om länsrätten grundat sin dom på omständigheter som bolaget inte har åberopat. I mål om offentlig upphandling får officialprincipen tillämpas på ett försiktigt sätt, jfr Regeringsrättens dom den 13 november 2009, mål nr 7287-08. Om centrala handlingar såsom annons och förfrågningsunderlag inte bifogats ansökan om överprövning är det dock rimligt att domstolen med beaktande av det utredningsansvar som domstolen har inhämtat sådana handlingar från upphandlande myndighet. Det finns således inte skäl för att upphäva länsrättens dom på den grunden att länsrätten gått utöver sitt utredningsansvar genom att inhämta annons och förfrågningsunderlag.

Länsrätten har bifallit ansökan om överprövning med hänvisning till att det varken i annonsen eller i förfrågningsunderlaget kan utläsas att optionerna

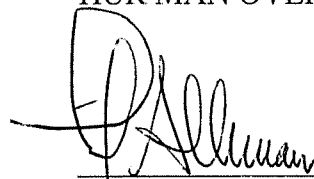
budget/prognos och inköpshantering ska ingå i upphandlingen. Länsrätten har vidare ansett att landstinget därmed på ett väsentligt sätt ändrat föremålet för upphandlingen i strid med 1 kap. 9 § LOU samt att detta medfört att bolaget kan ha lidit skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU.

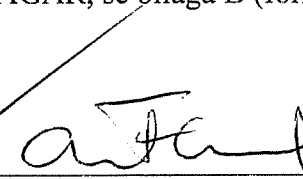
Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. I annonsen finns budget/prognos och inköpshantering med som optioner. I förfrågningsunderlaget anges att i den mån leverantören har vissa funktioner, bl.a. budget/prognos och inköpshantering, inbyggda i systemet ska de ingå som option.


Kammarrätten anser att landstinget har haft rätt att tillämpa optionerna budget/prognos och inköpshantering. Landstinget har vidare haft rätt att välja om det önskat utnyttja optionerna, vilket också skett. Hanteringen har, enligt kammarrättens mening, varit förenlig med regleringen i LOU. Länsrätten har således inte haft fog för att på angiven grund förordna att upphandlingen ska göras om, varför överklagandet bör bifallas.

Bolaget har i länsrätten åberopat ytterligare grunder för sin begäran om överprövning. Länsrätten har i sin dom inte prövat dessa omständigheter varigenom bolaget ifrågasätter upphandlingens förenlighet med LOU. Eftersom nämnda grunder inte har prövats i länsrätten, ska målet återförvisas dit för sådan prövning.

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


Leif Alkman


Anna Flyme Ahlstrand


Elin Kristensson
referent



**LÄNSRÄTTEN I
KALMAR LÄN**

Föredragande Mari Heidenberg

DOM
2010-01-22
Meddelad i
Kalmar

Mål nr
1889-09 E
Rotel 4

SÖKANDE

Agresso AB, 556185-0172
Box 705
169 27 Solna

MOTPART

Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökningen och beslutar att upphandlingen ska göras
om.

Dok.Id 39986

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 614 391 26 Kalmar	Smålandsgatan 28	0480-47 78 00 E-post: lansrattenikalmar@dom.se	0480-851 05	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M. M.

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.

Agresso AB (Agresso) yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska rättas genom att de ursprungliga förutsättningarna i förfrågningsunderlaget tillämpas varvid Agresso ska tilldelas kontraktet eller att upphandlingen ska göras om i sin helhet.

Landstinget bestrider bifall till ansökningen.

Länsrätten beslutade den 10 november 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan rätten slutligen tagit ställning till ansökningen om överprövning eller förordnar på annat sätt.

DOMSKÄL

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 anbudet 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 §.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår 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.

I annonsen där upphandlingen meddelades anges följande under rubriken Kort beskrivning av upphandlingen. Inköp av ett komplett ekonomisystem bestående av: redovisning, kundreskontra inklusive internfakturor, leverantörsreskontra inklusive elektronisk fakturahantering, anläggningsregister och analys och utdata.

I förfrågningsunderlaget anges att upphandlingen avser ett komplett ekonomisystem med följande moduler:

- Avsnitt 1 Allmänna krav
- Avsnitt 2 Redovisning
- Avsnitt 3 Kundreskontra inklusive internfakturor
- Avsnitt 4 Leverantörsreskontra inklusive elektronisk fakturahantering
- Avsnitt 5 Anläggningsregister
- Avsnitt 6 Analys och utdata
- Avsnitt 7 IT: Teknik, införande, drift, förvaltning
- Avsnitt 8 Cosmic- konverteringsmodul

I den mån leverantören har följande funktioner inbyggda i systemet ska de ingå som option:

- *Budget/prognos
- *Förrådshantering
- *Inköpshantering
- *E-fakturahantering
- *Projektredovisning

Utvärderingen av inkomna anbud ska enligt utvärderingsmallen i förfrågningsunderlaget genomföras med hjälp av justerade anbudspriser där följande kriterier ska värderas och viktning ske.

Utvärderingskriterier	Viktning
1. Systemets användbarhet	41,7 %
2. Kapacitet och kompetens	11,1 %
3. Support och uppdatering	11,1 %
4. Börkrav	36,0 %

Utvärderingen av inkomna anbud har skett med hjälp av justerade anbudspriser och följande kriterier har utvärderats.

Kriterier	Viktning	Agresso	Logica
1. Systemets användbarhet	41,7 %	3	4
2. Kapacitet och kompetens	11,1 %	4	5
3. Support och uppdatering	11,1 %	5	5
4. Börkrav	36,1 %	4,84	4,9

För att utvärdera de olika kriterierna har referensgrupper betygsatt offereerade produkter utifrån underkriterier, varpå sammanlagd poäng redovisats enligt ovan. För kriteriet "Systemets användbarhet" har följande värderats.

	Agresso	Logica
Generella/huvudbok	4,5	4,0
Kund	5,0	5,0
Leverantör	2,5	3,5
Anläggning	4,0	3,0
Utdata ej QV	4,0	3,0
IT-teknik	4,0	4,0
Budget	2,0	4,0
Inköp	3,0	5,0

Övrig bedömning	1,0	4,0
Summa	30	35,5

Dividerar man poängen med 9 får Agresso ett snitt på 3,33 och Logica ett snitt på 3,94. Eftersom utvärderingsmodellen bygger på hela tal får Agresso 3 poäng och Logica 4 poäng.

Den ”övriga bedömningen” har tagit sikte på hur referensgruppen uppfattar produkten som helhet. Landstinget eftersträvar ett helintegrerat system med Budget/prognos och inköp, något som landstinget bedömt att Agresso inte kan tillgodose på ett fullgott sätt. Skulle Agresso tilldelas avtalet skulle landstinget inte få möjlighet att införskaffa det heltäckande system som eftertraktas utan nya lösningar skulle behöva efterfrågas. Den samlade bedömningen har därför blivit att Agressos alternativ inte kan tilldelas högre poäng än redovisat ovan.

Agresso anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande.

Förfrågningsunderlagets utformning är inte transparent i förhållande till de förändrade utvärderingsvillkor som landstinget i efterhand lagt till i upphandlingen.

De som en option efterfrågade funktionerna skulle inte utvärderas enligt förfrågningsunderlaget. Landstinget har dock före tilldelningsbeslutet ändrat förutsättningarna i utvärderingen så att även ”Budget/prognos” och ”Inköpshantering” skulle utvärderas. Agresso fick ingen möjlighet att anpassa anbudet efter denna information. Tilldelningsbeslutet visar att Agresso hade högst poäng och bästa priset gällande samtliga moduler som skulle utvärderas. Utvärderingen av optionerna gav Agresso lägre poäng än Logica, som genom invägningen av optionerna fick högre totalpoäng. Underkri-

teriet "övrig bedömning" har inte specificerats överhuvudtaget och finns inte ens med i förfrågningsunderlaget.

Agresso anser att bedömningen av optionerna gjorts på ett mycket bristfälligt sätt. Landstinget gav med två timmars varsel besked till Agresso att det skulle ske en demonstration av systemet för inköpshantering, vilket är alldeles för kort tid för förberedelser. När Agresso genomförde demonstrationen gjordes ingen kvalificerad bedömning av innehållet. Landstinget skickade en representant som inte ställde några frågor eller på annat sätt visade engagemang för frågan. Det är oklart vilken kompetens personen hade för att vara lämplig bedömare av systemet för inköpshantering. Om en upphandlande myndighet vill ha visning av en produkt eller tjänst ska den utföras på ett korrekt och likabehandlande sätt.

Landstinget har infört en timbank som en helt ny förutsättning utan stöd i förfrågningsunderlaget. Vidare har inte landstinget kontaktat Agressos huvudreferenser. Landstinget har inte heller använt den referensblankett som finns med i förfrågningsunderlaget och som skulle användas för referensutvärderingen. Landstinget har ändrat förutsättningarna för ersättning för restid och reskostnad, då det i det ursprungliga kravet inte framgick att det skulle ingå i priset.

Genom att väsentligt förändra förutsättningarna i förfrågningsunderlaget under pågående upphandling har landstinget brutit mot 4 kap. 3 § LOU om förhandlad upphandling. Landstinget har också brutit mot principerna om transparens och likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU. Genom att inte hålla sig till förfrågningsunderlagets krav vid förhandlingen har myndigheten i praktiken skaffat sig fri prövningsrätt av anbudet. Då Agresso hade det bästa anbudet i förhållande till de ursprungliga villkoren borde Agresso ha antagits som leverantör. Eftersom Agresso förlorat upphandlingen på grund av de förändrade förutsättningarna har bolaget lidit skada.

Landstinget yttrar följande.

Landstinget har angivit i såväl annons som förfrågningsunderlag att anbudsgivare även skulle lämna anbud gällande optionerna. Landstinget har senare vid upprepade tillfällen låtit göra gällande att optionerna skulle ligga till grund för utvärdering. Eftersom landstinget angett optionerna i förfrågningsunderlaget har det inte rört sig om någon förändring av detta.

I anbudet har landstinget efterfrågat information kring bland annat funktionerna Budget/prognos samt Inköpshantering. Modulerna uttrycktes som option, vilket indikerar att de skulle kunna komma att avropas. Vid anbudsöppning framkom att samliga anbudsgivare kan erbjuda optionerna och detta i kombination med att landstinget har behov av ett helintegrerat system har legat till grund för att även dessa optioner fick ligga till grund för utvärderingen.

Landstinget bestrider att underkriterier lagts till i utvärderingen. Landstinget har använt sig av "underreferensgrupper", vilka vardera poängsatt olika systems användbarhet som helhet.

Att specificera olika underkriterier som skulle tillmätas betydelse hade enligt landstinget stridit mot likabehandlingsprincipen, då det inte kan utslutas att viktningen hade tagit sikte på en specifik utformning av programvara och därmed verkat missgynnande för övriga leverantörer på marknaden.

Den 16 oktober 2009 kontaktade landstinget Agresso och frågande om anbudsgivaren önskade att senarelägga sin demonstration av optionen Inköpshantering för att få bättre tid till att planera. Agresso ansåg inte detta vara nödvändigt utan önskade att genomföra demonstrationen den 19 oktober 2009.

Timbanken kom till för att systemen skulle kunna jämföras. Agresso hade inte uppgivit samtliga poster för konsulttid och hade uppskattat att åtgången skulle vara 968 timmar medan Logica hade uppskattat åtgången till ca 1 200 timmar.

I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska ha förmåga och kapacitet att klara efterfrågat uppdrag med resultat som kan styrkas genom minst två referenser. När landstinget kontaktade Agressos egna referenslandsting gavs negativa omdömen. Agresso erhöi i utvärderingen 4 poäng, vilket får anses vara ett gott resultat med beaktande av de omdömen som Agressos referenser uppgivit.

Landstinget har begärt att restid och reskostnadsersättningar skulle inkluderas i offererade priser för att visa hur konsultarvodena påverkar anbudens totalkostnad och därmed följa principen om likabehandling. Mot bakgrund av att anbudsgivarna hade möjlighet att justera sina priser och då reskostnader tar sikte på konsultarvoden borde anbudsgivarna kunna kalkylera kostnaderna för att inkludera dem i konsultarvodena.

Landstinget har i sitt förfrågningsunderlag angivit vilka huvudkriterier som skulle utvärderas och även den viktning som förelåg mellan dessa. Viktningen har inte påverkats eller förändrats. Landstinget anser därmed att agerandet skett i linje med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

Avslutningsvis vill landstinget understryka att myndigheten eftersträvat ett komplett ekonomisystem, som för landstinget skulle vara ekonomiskt mest fördelaktigt. Skulle landstinget ha antagit Agressos anbud hade detta inneburit att optionerna aldrig hade kunnat komma att avropas då dessa inte uppfyller de önskemål som landstinget ställer. Situationen hade då blivit att landstinget tvingats göra en ny upphandling av optionerna eller i värsta fall en ny upphandling på ännu ett komplett ekonomisystem i det fall imple-

menteringsmöjligheten hade varit obefintlig för att även få ta del av de önskvärda optionerna. Detta hade inte ekonomiskt varit det mest fördelaktiga alternativet för landstinget. I skenet av det nyss sagda måste utvärderingen anses ha gjorts på ett korrekt sätt. Landstinget måste ha rätt att beakta upphandlingens totalkostnad, vilket gjorts genom att inkludera optionerna i utvärderingen.

Länsrätten gör följande bedömning.

Varken i annonsen där upphandlingen meddelades eller i förfrågningsunderlaget kan utläsas att optionerna Budget/prognos och Inköpshantering ska ingå i upphandlingen. Landstinget har under pågående förhandling valt att upphandla och utvärdera dessa två funktioner. Landstinget har därmed på ett väsentligt sätt ändrat föremålet för upphandlingen i strid med 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att Agresso kan ha lidit skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU. Det faktum att landstinget under förhandlingen klart och tydligt angett att de båda funktionerna ska medtas vid utvärderingen, att Agresso och Logica kunde erbjuda dessa funktioner och att de inkommit med nya prisbilagor medför ingen annan bedömning.

Landstinget uppger att behov finns av "ett helintegrerat system" och att detta var orsaken till att Budget/prognos och Inköpshantering fick ligga till grund för utvärderingen. Om förfrågningsunderlaget och annonsen varit utformade på så sätt att det efterfrågade ekonomisystemet varit beskrivet från början kan det tänkas att andra leverantörer hade anmält intresse för att delta i anbudsgivning. Landstinget kan därmed inte anses ta tagit tillvara möjligheterna till konkurrens. Omständigheterna får därför anses vara sådana att upphandlingen ska göras om.

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

På länsrättens vägnar

Lorentz Bjurgert
rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.