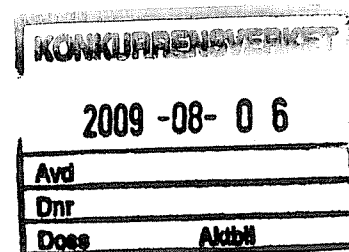


**LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN**
Charlotta Necking

DOM
2009 -08- 0 5
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2111-09 E
Rotel 2

**SÖKANDE**

Nordic Locker HB, 969715-1869
Båsmansvägen 10
181 41 Lidingö

Ombud: Advokat Thomas Lindwall
Advokatbyrån Lindwall & Nordbåge AB
Box 7075
103 87 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Jonas Wimmerstedt
Norra Liden 17
411 18 Göteborg

MOTPART

Kriminalvården
601 80 Norrköping

ÖVERKLAGAT BESLUT

Kriminalvårdens tilldelningsbeslut den 26 juni 2009

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU);
ramavtal för leverans och service av nyckelhanteringssystem

YRKANDEN M.M.

Kriminalvården genomför en upphandling av ramavtal för leverans och service av nyckelhanteringssystem (Dnr 50-2009-004763). Den genomförs som öppen upphandling med förenklat förfarande enligt 15 kap LOU.

Kriminalvården fattade tilldelningsbeslut enligt protokoll daterat den 26 juni 2009. Vid anbudstidens utgång hade totalt fem anbud inkommit. Samtliga anbud, utom det från Mil Sec Sverige AB, förkastades i kvalificeringsfasen, varefter nämnda anbud antogs.

Dok.Id 81777

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00
				13:00 - 15:00

Nordic Locker HB (nedan Bolaget) ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Bolagets anbud prövas materiellt i utvärderingsfasen. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om i sin helhet.

Kriminalvården bestrider bifall till Bolagets samtliga yrkanden.

Länsrätten har på Bolagets begäran, genom beslut den 3 juli 2009, interimistiskt beslutat att upphandlingen inte får avslutas samt att detta gäller tills annat förordnats i målet.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tilldelningsbeslut

Av tilldelningsbeslut den 26 juni 2009 framgår följande. Bolagets anbud har förkastats eftersom Bolaget inte lämnat något fast pris för mjukvaror. I förfrågningsunderlaget står att ett pris ska lämnas inom respektive område. Bolaget har lämnat flera priser än vad Kriminalvården efterfrågat. Priserna som lämnats av Bolaget går inte att använda i den formel som legat grund för Kriminalvårdens utvärdering. Således har Kriminalvården inte kunnat utvärdera Bolagets anbud.

Parternas argumentation

Bolaget anför i huvudsak följande som grund för sin ansökan.

Kriminalvården har brutit mot de grundläggande principerna i LOU genom att inte i förfrågningsunderlaget redovisa ett tillräckligt underlag för anbudsgivningen rörande de prisangivelser som efterfrågats. Kriminalvården borde ha angett att de avsåg få in ett fast pris för programvaran. Således

har Kriminalvården i sin utvärdering tillämpat ett skall-krav som inte framgår av anbudsfrågan.

Bolaget har lämnat vissa alternativa prispåslag, i avsikt att ge Kriminalvården möjlighet att välja det alternativ som bäst passar dem. Samtidigt finns en specifikation i bilaga A som uppfyller kravet i anbudsfrågan. Bolaget har förvisso angivit priset för programvaran som en årlig licens, men detta kan inte anses innebära att Bolaget inte har angivit ett pris för denna.

Under alla omständigheter borde Kriminalvården ha begärt en komplettering av Bolagets anbud i enlighet med 9 kap 8 § andra stycket LOU. En sådan begäran om komplettering skulle inte ha utgjort någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bolaget menar att det är fråga om ett förtydligande och inte ändring av anbudet. En justering av Bolagets anbud, på så sätt att ett fast pris ersätter ett årspris faller inom ramen för sådana klargöranden och kompletteringar som har godtagits i praxis.

Bolaget har, genom att använda Kriminalvårdens utvärderingsformel, kommit fram till att deras anbud ger ett utvärderingspris om cirka 106 000 kr. Detta är att jämföra med drygt 125 000 kr för det antagna anbudet från Mil Sec Sverige AB. Bolaget kan således även visa och konstatera att deras anbud är det mest förmånliga anbudet. Genom att förkasta Bolagets anbud har Kriminalvården brutit mot principerna i 1 kap 9 § LOU.

Bolaget har inte givits möjlighet att delta i utvärderingsfasen och Bolaget kommer att lida skada om Kriminalvårdens tilldelningsbeslut kvarstår.

Kriminalvården anför bl.a. följande.

Kriminalvården anser att Bolaget lämnat ett orent anbud. Det har inte lämnat sådana prisuppgifter som Kriminalvården efterfrågat. Kriminalvården

har angett hur priser ska lämnas och hur dessa sedan kommer att utvärderas. Den utvärderingsmodell som använts har varit transparent och anbudsgivarna har därmed kunnat veta vad deras utvärderingspris kommer att bli. En förutsättning för detta är dock att anbudsgivarna lämnat pris i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Bolaget har angett kostnader för programvara i form av löpande kostnader per år. Detta göra att Kriminalvården kommer att ha en kostnad för programvaran så länge som skåpet används. Hur lång tid Kriminalvården kommer att nyttja skåpen går naturligtvis inte att säga på förhand. Mot bakgrund av att pris för programvara angetts på årsbasis är det enligt Kriminalvårdens uppfattning dessutom omöjligt att tillämpa den utvärderingsformel som anges i förfrågningsunderlaget för att beräkna det totala priset. Bolaget har emellertid lämnat flera olika priser på framförallt programvaran, vilket inneburit att Kriminalvården inte heller av denna anledning har kunnat jämföra Bolagets pris med de övriga anbudsgivarnas priser.

Bolagets anbud är det enda anbudet som förkastats på grund av att det inte uppfyllt kriterierna för prissättning. Detta talar med styrka för att förfrågningsunderlaget och Kriminalvårdens önskemål i detta avseende varit tydligt. Kriminalvården ställer sig frågande till Bolagets påstående om att det skulle vara vedertagen praxis i branschen att ange pris för programvara i form av årslicenser. Det kan i vart fall konstateras att ingen av de övriga anbudsgivarna använt sig av detta sätt att återge pris.

Det framgår tydligt i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren inte ska tveka att kontakta Kriminalvården om förfrågningsunderlaget verkar innehålla oklarheter. Om Bolaget ansåg att de inte kunnat lämna pris i enlighet med förfrågningsunderlaget, borde Bolaget ha tagit kontakt med Kriminalvården och bett om en korrigerig innan anbudstidens utgång.

Av transparens- och likabehandlingsprincipen samt kravet på affärsmässighet följer att en upphandlande enhet inte får efterge eller lägga till krav i förhållande till förfrågningsunderlaget. En upphandlande enhet får normalt inte heller tillåta att anbudsgivare förändrar sitt anbud efter anbudstidens utgång. Möjligheten för den upphandlande enheten att begära rättelser, förtydliganden och eller kompletteringar av en anbudsgivare enligt 9 kap 8 § LOU är begränsade. Det finns inte heller någon skyldighet för den upphandlande enheten att på begäran av en anbudsgivare tillåta sådana. Bestämmelsen har sin grund i en av Rådets och Kommissionens gemensamma förklaringar. I den uttalas att i öppna och selektiva förfaranden får den upphandlande enheten inte föra förhandlingar med anbudsgivare om grundläggande kontraktsförhållanden, särskilt beträffande prisvillkor, om eventuella ändringar skulle komma att snedvrída konkurrensen. Diskussioner får föras, men enbart i syfte att klargöra eller komplettera anbudet eller kraven från den upphandlande enheten och under förutsättning att detta inte medför diskriminering (NOU, Yttrande till Kammarrätten i Sundsvall, diarienummer 2003/0289-29). EG-domstolen har vidare i mål C-87/94 (Kommissionen mot Belgien, REG 1996 s. 2043) funnit att det strider mot principen om likabehandling av anbudsgivare att en öppen upphandling beaktar ändringar i anbud, som gjorts efter anbudstidens utgång. Generaladvokaten Lenz uttalade i målet att termerna klargöra och komplettera har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom att konkretisera dem på ett eller annat sätt. Möjligheten att byta ut vissa uppgifter kan potentiellt missgynna andra anbudsgivare.

För att Bolagets prisuppgifter för programvaran skulle överrensstämma med de krav som framställts i förfrågningsunderlaget hade Kriminalvården behövt begära en helt ny prisuppgift dvs. ett engångspris i stället för ett pris i form av årslicens. En sådan justering av priset torde kunna jämföras med ett nytt anbud, vilket skulle innebära en risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Förfrågningsunderlaget

Kriminalvården avser att teckna ramavtal för leverans och service av nyckelhanteringssystem. Avtalet inkluderar nyckelstyrningsskåp och tillhörande programvara för säkrare och mer effektiv resurshantering av anstalts och häktes nycklar. Kriminalvården avser teckna ett ramavtal med en leverantör som kan tillgodose hela Kriminalvårdens behov gällande såväl leverans som service av nyckelhanteringssystemet.

Under avsnitt 2.19 "*Frågor och svar*" framgår att det är viktigt att anbudsgivare tar kontakt med Kriminalvården om de finner att förfrågningsunderlaget verkar innehålla oklarheter eller felaktigheter. För att undvika missförstånd uppmanas även till kontakt om det är något i underlaget som anbudsgivaren inte förstår. Frågor kan ställas fortlöpande under svarstiden men inkomma senast den 22 maj 2009.

Under avsnitt 2.21 "*Ofullständiga uppgifter*" framgår att ett anbud som innehåller ofullständiga uppgifter kan komma att förkastas som ofullständigt.

Under avsnitt 2.22 "*Förtydligande*" framgår att Kriminalvården kan begära att anbudsgivare förtydligar vissa uppgifter, under förutsättning att det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Anbudsgivare har ingen rätt att begära att få ett förtydligande eller en komplettering till stånd efter att anbudstiden gått ut.

Under huvudrubrik 6: "*Pris och avrop*" avsnitt 6.1, anges de prisuppgifter för varor och tjänster som efterfrågas. I avsnittet anges 15 punkter, varav en punkt avser programvara per nyckelhanteringssystem.

Av avsnitt 7.1 framgår att prövning och utvärdering av inkomna anbud går till så att anbud som inte uppfyller samtliga krav i ett steg inte går vidare till nästa steg. I upphandlingen finns tre steg:

1. *Har anbudet kommit in i rätt tid?*
2. *Uppfyller anbudet samtliga **obligatoriska krav** i handlingarna?*
3. *Av kvarvarande anbud kommer det anbud antas, som uppvisar det **lägsta priset** enligt angiven formel.*

Av 7.2 framgår att de tillämpar en utvärderingsformel där ett utvärderingspris tas fram utifrån de prisuppgifter som efterfrågats av anbudsgivare i anbudsfrågan, avsnittet 6, "*Pris och avrop*".

Bolagets anbud

I Bilaga A som bifogats angående "*Priser och Mjukvara*" framgår bl.a. följande avseende pris för mjukvaran. I anbudet har inget enda pris specificerats för programvara. Detta beror på att det finns ett antal alternativ som kan väljas. De olika varianterna har olika priser. Det som är gemensamt är att de säljs på licensbasis årsvis. Programmet gäller inte "per skåp" utan snarare gäller det per system (databas), dvs en installation som omfattar flera skåp och flera klientdatorer och där allt är sammankopplat till samma databas.

Lagtext m.m.

Av 1 kap 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

Av 9 kap 8 § andra stycket LOU framgår att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas följande. 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 avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalade Regeringsrätten att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Vidare anförde Regeringsrätten i huvudsak följande. LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 § § LOU. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas, vilket också följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

I mål C-532/06, angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, uttalade EG-domstolen den 24 januari 2008 följande i sin prövning av tolkningsfrågan. ”Artikel 36.2 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphand-

ling av tjänster, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 utgör, mot bakgrund av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och skyldigheten att möjliggöra insyn som följer härav, hinder för att den upphandlande myndigheten, under ett anbuds förfarande, i ett senare skede fastställer viktningskoefficienter och underkriterier med avseende på de kriterier för tilldelning som omnämnts i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling.”

I mål C-87/94; Kommissionen mot Belgien, punkt 54, framgår följande. ”Under det förfarande när anbud jämförs måste således i alla stadier både principen om likabehandling av anbudsgivare och principen om insyn iakttas, så att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud.”

Nämnden för offentlig upphandling har i yttrande till Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 2831-03) den 9 december 2003 på sidan 5, citerat följande från en av Rådet och EG-kommissionen gemensam förklaring. ”Emellertid får diskussioner föras med anbudssökandena eller anbudsgivaren, men enbart i syfte att klargöra eller komplettera anbudet eller kraven från de upphandlande myndigheterna och under förutsättning att detta ej medför diskriminering.”

Länsrätten gör följande bedömning

Fråga i målet är om Bolaget har lämnat efterfrågade och tillräckliga uppgifter samt om Kriminalvården borde ha uppmärksammat Bolaget på att deras prisangivelse för mjukvaran inte har kunnats tillämpas i utvärderingsformeln.

Det är ostridigt i målet att Bolaget inte har angivit ett fast engångspris för mjukvaran. Fråga är om Kriminalvården med tillräcklig tydlighet får anses ha angivit hur de har velat få prisangivelsen för mjukvaran.

Det måste vara möjligt för varje anbudsgivare att med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. I avsnitt 6.1 i förfrågningsunderlaget kan det utläsas att det i anbudet skall anges ett pris för mjukvara. Vidare framgår i uträkningsmodellen att programvaran per nyckelhanteringssystem ska läggas till summan av övriga efterfrågade produkter och tjänster. Utifrån utvärderingsformeln torde det stå klart att den inte ger utrymme för alternativa eller löpande prisangivelser. Sammanfattningsvis finner länsrätten att det i förfrågningsunderlaget framgått vilka prisuppgifter som efterfrågats.

Det är ostridigt att Bolaget, inte under anbudstiden eller före den 22 maj 2009, använt sig av möjligheten som återfinns i förfrågningsunderlaget 2.19 "*Frågor och svar*" och tagit kontakt med Kriminalvården för att få klarhet i hur den nu aktuella prisuppgiften skulle lämnas.

Av 9 kap 8 § andra stycket LOU framgår att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Oavsett om en begäran av detta slag, i nu aktuellt mål, kunde anses medföra en sådan risk eller inte, åligger det inte någon absolut skyldighet för den upphandlande enheten att begära in ett sådant förtydligande.

Vad Bolaget har anfört visar inte att det förekommit brister i förfrågningsunderlaget, utvärderingsformeln eller förfarandet i övrigt av sådan art eller omfattning att den genomförda upphandlingen strider mot de krav som uppställs i LOU eller mot gemenskapsrättens rådande principer.

Sammanfattning

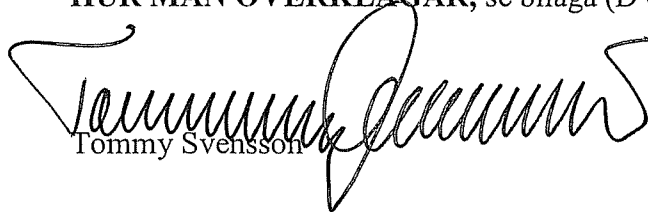
Förutsättningar för att besluta om åtgärder med stöd av 16 kap. 2 § LOU mot den aktuella upphandlingen har inte framkommit i målet. Ansökan ska därför avslås.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan om överprövning.

Länsrättens beslut den 3 juli 2009 upphör därmed att gälla.

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


Tommy Svensson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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