



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

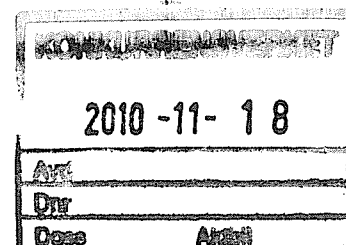
DOM
2010-11-18
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
16923-10E, 16925-10E, 16927-10E,
16928-10E, 16929-10E, 17102-10E,
17107-10E, 17109-10E, 17111-10E,
17113-10E, 17114-10E, 17116-10E,
17153-10E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Atea Sverige AB, 556448-0282
Stora Åvägen 19A
436 34 Askim

Ombud: Christofer Morales
Advokatfirman DLA Nordic KB
Box 7315
103 90 Stockholm



MOTPARTER

1. Hylte kommun, 212000-1207
2. Kungälv kommun, 212000-1371
3. Orust kommun, 212000-1314
4. Stenungsunds kommun, 212000-1298
5. Partille kommun, 212000-1272
6. Ånge kommun, 212000-2387
7. Piteå kommun, 212000-2759
8. Uppsala kommun, 212000-3005
9. Kävlinge kommun, 212000-1058
10. Gislaveds kommun, 212000-0514
11. Staffanstorps kommun, 212000-1017
12. Gnosjö kommun, 212000-0506
13. Vingåkers kommun, 212000-0308

Ombud för samtliga: SKL Kommentus AB
117 99 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att Inmeta Licensing AB:s anbud inte ska utvärderas.

Förvaltningsrätternas interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

Dok.Id 47825

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
09:00-15:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

BAKGRUND

Hylte, Kungälv, Orust, Stenungsund, Partille, Ånge, Piteå, Uppsala, Kävlinge, Gislaved, Staffanstorps, Gnosjö och Vingåker kommuner (kommunerna) har genom SKL Kommentus AB genomfört en samordnad upphandling avseende Microsoft programvaror inom Select och option på Enterprise "Select 2010-2". I tilldelningsbeslut den 8 september 2010 meddelades att avtal skulle tecknas med Inmeta Licensing AB.

YRKANDE MM

Atea Sverige AB (bolaget) yrkar i ansökan om överprövning i att rättelse ska ske på så sätt att Inmeta Licensing AB ("Inmeta") utesluts ur upphandlingen. I andra hand yrkar bolaget att rättelse ska ske på så sätt att utvärderingen av Inmetas anbud görs om utifrån de av Inmetas angivna rabattsatserna i förfrågningsunderlagets svarsbilaga. Bolaget yrkar även att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. – Bolaget framför i huvudsak följande beträffande förstahandsyrkandet. I förfrågningsunderlaget punkten 1.17 framgår att anbudsgivarna ska lämna pris på Select- och Enterprisprodukter utifrån Microsofts lägsta nivå D och för bolagen lägsta nivå A. Prissättningen ska ske med en rabattsats i procent på priserna i nivå D och en rabattsats för nivå A. Dessa rabattsatser ska även anges i bilaga till förfrågningsunderlaget (Svarsblankett Select 2010-2 version 1.0). Detta kan inte förstås på annat sätt än att rabattsatserna ska vara desamma i de båda dokumenten. – I svarsblanketten anger Inmeta att Select-rabatt nivå D uppgår till 15,7 procent och nivå A till 13,7 procent. Enterprisrabatten på nivå D anges uppgå till 15,7 procent och på nivå A till 13,7 procent. I prislistorna (bilaga 4 och 5) har Inmeta angivit flera olika rabattsatser. – Upphandlande myndighet har brutit mot 1 kap. 9 § LOU och i synnerhet mot likabehandlingsprincipen genom att låta Inmetas anbud gå vidare till utvärderingsfasen. Inmeta skulle istället rätteligen ha uteslutits ur upphandlingen. – Beträffande andrahandsyrkandet framför bolaget i huvudsak följande. Utvärderingen av Inmetas anbud har inte skett i enlighet med LOU

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

då man lagt felaktiga rabattsatser till grund för bedömningen. Utvärderingen skulle rätteligen ha skett utifrån de i svarsblanketten angivna rabatterna. I prisbilagorna som utvärderats anges endast typprodukter för upphandlingen. Tanken med att utvärdera en priskorg är att se vad priset på ett visst antal typprodukter blir med den i svarsbilagan angivna rabatten, inte att anbudsgivarna ska tillåtas att lämna en särskild rabatt på dessa produkter. Den rabatt som kommer att gälla på hela det i upphandlingen offererade sortimentet är den som anges i svarsbilagan.

Kommunerna bestrider bolagets yrkanden om rättelse och anför i huvudsak följande. Då förfrågningsunderlaget varit otydligt kan det inte anses att upphandlingen gjorts på ett godtagbart sätt. Kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU är inte uppnått. Alla produkter är viktade lika oavsett hur stor avropsvolymen beräknas bli, det kan inte anses vara konkurrenskraftigt. I och med att bristerna ligger i förfrågningsunderlaget är rättning inte en tillbörlig åtgärd utan upphandlingen ska avbrytas och göras om. – Då förfrågningsunderlaget varit otydligt kan det inte anses att upphandlingen gjorts på ett godtagbart sätt och kravet på transparens inte uppnått. Det räcker med att det föreligger anledning att tro att en anbudsgivare misstolkat ett förfrågningsunderlag för att detta ska vara saklig grund att upphandlingen ska göras om. Det är av yttersta vikt att upphandlingen genomförs på så vis att inte någon missgynnas på grund av otydlighet och att transparens, likabehandling och öppenhet vidmakthålls.

Bolaget bestrider att några faktiska omständigheter som kan läggas till grund för att upphandlingen ska avbrytas och göras föreligger inte. Kommunerna har inte på ett objektivt och konkret sätt redogjort för på vilket sätt eller i vilken del av förfrågningsunderlaget som skulle vara så otydligt att det skulle kunna ge upphov till att anbudsgivaren misstolkat densamma. Eftersom det mot bakgrund av hur förfrågningsunderlaget är utformat i aktuell del är den aktuella formuleringen inte otydligt utformad så som kommunerna gör gällandet. Förfrågningsunderlaget i denna del är därför i över-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

16923-10E, m.fl.

ensstämmelse med kravet på transparens. Att Inmeta valt att utforma sitt anbud i strid med förfrågningsunderlagets lydelse och att kommunerna accepterat att utvärdera Inmetas felaktiga anbud utgör inte omständigheter som ska belasta bolaget. – Kommunerna har låtit alla produkter vara viktade lika oavsett hur stor avropsvolym de produkter som inte ingår i produktgruppen och gör nu gällande att denna viktning inte är konkurrenskraftig. Bolaget bestrider att så är fallet, särskilt om endast korrekt utformade anbud hade utvärderats. – Kommunerna genomför i dagsläget ytterligare en upphandling av licenser, vilken grundar sig på ett förfrågningsunderlag som i relevanta delar är identiskt med det som använts i den i målet aktuella upphandlingen. SKL har inte avbrutit denna pågående upphandling med hänvisning till förfrågningsunderlagets otydlighet. Även ett förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformat får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när. Aktuellt förfrågningsunderlag uppvisar inte några sådana brister saknas det förutsättningar att förordna att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna tillägger att den upphandling som bolaget hänvisar till har avbrutits på grund av tidigare anförda risker för feltolkning av förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten i Göteborg har i beslut den 17 september 2010 beträffande Hylte, Kungälv, Orust, Stenungssund och Partille kommuner förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas innan rätten slutligen prövar upphandlingen eller beslutar något annat.

Förvaltningsrätterna i Skåne, Jönköping, Linköping, Uppsala, Härnösand och Luleå har meddelat interimistiska beslut beträffande de kommuner som omfattas av respektive domkrets. Målen har därefter överlämnats till Förvaltningsrätten i Göteborg.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****DOMSKÄL***Tillämplig bestämmelse m.m.*

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Av 2 § samma lag följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 har lidit eller kan komma att lida skada.

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.

Regeringsrätten har anfört 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref 50).

Enligt praxis bör som huvudprincip vid prövningen av talan i mål om offentlig upphandling krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref 69).

Utredning i målet

I förfrågningsunderlaget har under Upphandlingsföreskrifter punkt 1.17 Pris villkor sagts följande:

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

16923-10E, m.fl.

Anbudsgivaren skall lämna pris på Select- och Enterprise produkterna utifrån Microsofts lägsta nivå D och för bolagen lägsta nivå A i *Bilagorna 2 a Priser och produkter Select 2010-2 och 2 b Priser och produkter Enterprise 2010-2*.

Prissättningen skall ske med en rabattsats, i procent, på priserna i nivå D och en rabattsats för nivå A. Dessa rabattsatser skall även anges i *Bilaga 1, Svarsblankett Select 2010-2 ver 1.0*.

Kompletta prislistor för Select och Enterprise programvaruprodukter, dokumentation och media, avseende maj månad 2010 skall bifogas anbudet. Där skall prisnivå D och nettopris efter rabatt anges och för bolagen skall prisnivå A och nettopris efter rabatt anges. Prislistorna skall omfatta språkversionerna svenska och engelska. Alla priser anges i Svenska kronor (SEK) exklusive mervärdesskatt.

Under punkten 1.18 Anbudsprövning anges att anbudsbedömning kommer att ske i två steg, kvalificering respektive utvärdering av tilldelningskriterier. Beträffande kvalificering (punkten 1.18.1) sägs följande i förfrågningsunderlaget:

Obligatoriska krav s.k. skall-krav, är krav som måste vara uppfyllda för att anbud skall kunna prövas och utvärderas. Dessa krav framgår av *Bilaga 1 Svarsblankett Select 2010-2 ver 1.0*.

Bilaga 1 Svarsblankett Select 2010-2 ver 1.0 kompletterade med Era svar och undertecknande av *Bilaga 6 Underskrift av anbudet och Sanningsförsäkran*, är bekräftelsen på att ställda skall-krav är uppfyllda.

I *Bilaga 1 Svarsblankett Select 2010-2 ver 1.0* sägs bland annat följande:

Pris

Prissättning skall ske med en rabattsats, i procent, på priserna för nivå D och nivå A Selectrabatt:

Enterpriserabatt (100 datorer):

Open value skall erbjudas enligt samma villkor som de i volymavtalen.

Bilaga 2 a "Priser och produkter Select 2010-2" och 2 b "Priser och produkter Enterprise 2010-2" skall ifyllas och bifogas anbudet!

Under punkt 1.18.3 utvärderingsmodell har angetts att prisjämförelsen kommer att ske genom specificerade produktkorgar som framgår i *Bilagorna 2 a Priser och produkter Select 2010-2 och 2 b Priser och produkter Enterprise 2010-2*.

I ovan angivna bilagor har följande kolumnrubriker angivits:

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 7
16923-10E, m.fl.

Bilaga 2 a I Priser och produkter Select 2010-2

Art nr, Benämning, Enhet, Ink period, Version, Språk, Produkttyp, Listpris, Nettopris rabattnivå D, Rabatt (%), Listpris, Nettopris rabattnivå A, Rabatt %.

I bilagan har kolumnerna Benämning, Enhet, Ink period, Språk och Produkttyp varit färdigt ifyllda.

Bilaga 2 b Priser och produkter Enterprise 2010-2

Art nr, Produktnamn, Inköps typ, Inköpsperiod, Version, Språk, Produkttyp, Listpris, Nettopris rabattnivå D, Rabatt (%), Listpris, Nettopris rabattnivå A, Rabatt %.

I bilagan har kolumnerna Produktnamn, Inköps typ, Inköpsperiod, Version, Språk och Produkttyp varit färdigt ifyllda.

Inmetas Bilaga 2 a i två exemplar förekommer med rubrikerna "Pris listor från anbudsgivare" respektive "Kompletterad prislista". Därvid upptar "Pris listor från anbudsgivare" kolumnrubrikerna enligt Bilaga 2 a ovan men där rabattprocenten inte är överensstämmer med det som redovisas under prissättning. Inmetas Bilaga 2 a "Kompletterad prislista" upptar förutom de i "Pris listor från anbudsgivare" redovisade uppgifterna även kolumnerna Rabatt enligt svarsblankett D, Nettopris nivå D, Rabatt enligt svarsblankett A, Nettopris nivå D. Inmetas Bilaga 2 b i två exemplar har liknande uppställningar.

Förvaltningsrättens bedömning

Som huvudprincip inom LOU gäller bland annat att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven enligt förfrågningsunderlaget. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Undantag kan göras för skall-krav som inte uppfyller proportionalitetskravet inom LOU.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Den vinnande leverantören har, såsom bolaget anfört, angivit olika procentsatser i olika delar i anbudet, vilket lett till felaktigt resultat, och detta påstående har inte heller upphandlande myndighet invänt mot. Eftersom den vinnande leverantörens anbud inte följt förfrågningsunderlagets krav i aktuellt hänseende och därmed inte borde ha utvärderats har bolaget riskerat att lida skada. Det finns således skäl att ingripa mot upphandlingen. Att det finns skäl till ingripande mot upphandlingen är också båda parter överens om.

Fråga blir då om bolagets yrkande om rättelse är en tillräcklig åtgärd eller om upphandlingen ska göras om i enlighet med kommunernas yrkande. Då bristen är hänförligt till ett ofullständigt anbud får rättelse anses vara en tillräcklig åtgärd. Vad kommunerna anfört i denna del föranleder inte annan bedömning. Upphandlingen ska därför rättas, i enlighet med bolagets förstahandsyrkande, på så sätt att utvärderingen görs om med uteslutande av anbud från Inmeta Licensing AB.

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


Silja Klint

Rådman

Föredragande i målet har varit Mariette Georgsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättslämningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett intetivistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU