



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-01-21
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
20329-10 E, 20330-10 E, 20331-10 E,
20332-10 E, 20333-10 E, 20339-10 E,
20341-10 E, 20389-10 E, 20390-10 E,
20392-10 E, 20393-10 E, 20395-10 E,
20415-10 E, 20418-10 E, 20487-10 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

Inmeta Licensing AB, 556651-3791
Sveavägen 64
103 63 Stockholm

Ombud: Advokaten Robert Storgårds
Advokatfirman Lexum RS AB
Enhagslingan 5
187 40 Täby

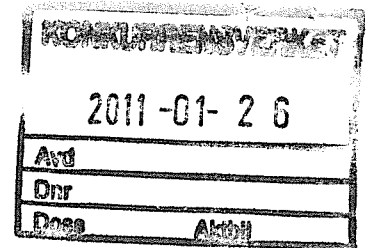
MOTPARTER

1. Hylte kommun
2. Kungälv kommun
3. Orust kommun
4. Stenungsunds kommun
5. Partille kommun
6. Kungsbacka kommun
7. Falkenbergs kommun
8. Kävlinge kommun
9. Staffanstorps kommun
10. Uppsala kommun
11. Gislaveds kommun
12. Gnosjö kommun
13. Piteå kommun
14. Vingåkers kommun
15. Ånge kommun

Ombud för samtliga: SKL Kommentus AB
117 99 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrätternas interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Hylte kommun m.fl. (kommunerna) har genom SKL Kommentus AB genomfört en samordnad upphandling avseende Microsofts programvaror inom Select och option på Enterprise "Select 2010-2". Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling.

I tilldelningsbeslut den 8 september 2010 meddelade kommunerna att avtal skulle tecknas med Inmeta Licensing AB.

Sedan en av anbudsgivarna, Atea Sverige AB, ansökt om överprövning av upphandlingen förordnande Förvaltningsrätten i Göteborg i dom den 18 november 2010 (mål nr 16923-10) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att Inmeta Licensing AB:s anbud inte skulle utvärderas. Skälet var att detta bolag i sitt anbud hade angett olika procent-satser i olika delar i anbudet och därigenom inte följt förfrågningsunderlagets krav i detta hänseende.

Av nytt tilldelningsbeslut den 26 november 2010 framgår att kommunerna avser att teckna avtal med Atea Sverige AB.

YRKANDEN M.M.

Inmeta Licensing AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bland annat följande. Bolagets anbud uppfyller de obligatoriska skallkraven och ska därför utvärderas. I annat fall görs gällande att förfrågningsunderlaget är oklart när det gäller vad som krävs för att kvalificera sig för en utvärdering och att kravet

på transparens därmed inte är uppnått. Bolaget har på grund av bristerna i upphandlingen lidit skada.

Bolaget anför till utvecklande av förstahandsyrkandet bland annat följande. I förfrågningsunderlagets punkt 1.18.1 *Kvalificering* anges att de obligatoriska krav som måste vara uppfyllda framgår av Bilaga 1 Svarsblankett Select 2010-2 ver 1.0. I denna bilaga anges i inledningen de obligatoriska kraven (s.k. skall-krav) under rubriken "Obligatoriska krav på leverantören" och därutöver ytterligare ett antal angivna skall-krav under rubriken "Anbudsgivaren skall vara:". Några ytterligare obligatoriska krav anges inte i denna bilaga. Det är med andra ord samtliga obligatoriska krav. Efter dessa obligatoriska krav anges de tilldelningskriterier som ska gälla och hur dessa ska viktas i förhållande till varandra. Det sker under en ny rubrik benämnd "Tilldelningskriterier". Dessa kriterier anges som Pris och Administrativa rutiner m.m.

Av bilagan framgår således att frågan om priset utgör ett tilldelningskriterium och inte ett obligatoriskt krav (s.k. skall-krav). Angivet priskriterium utgör det ena av två särskilt valda och angivna tilldelningskriterier, priset och administrativa rutiner.

Ett tilldelningskriterium kan aldrig utgöra ett obligatoriskt krav (skallkrav). På samma sätt kan ett obligatoriskt krav inte utgöra någon grund för jämförelse mellan anbud. Utvärderingskriterierna utgör den enda grunden för jämförelse mellan de olika anbuden. Detta är en väsentlig och grundläggande princip inom offentlig upphandling.

Eftersom det som anges beträffande priset inte utgör ett obligatoriskt krav, utan ett tilldelningskriterium, innebär det förhållande att bolagets anbud innehåller olika procentsatser i olika delar i anbudet inte att ett obligatoriskt krav inte är uppfyllt. Bolaget har i stället uppfyllt alla obligatoriska

krav och bolagets anbud ska därför rätteligen ligga till grund för utvärderingen.

Av förvaltningsrättens dom framgår att det i densamma råder en sammanblandning mellan obligatoriska krav och tilldelningskriterier. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att *Pris villkor* utgör obligatoriska krav. Om förvaltningsrätten ändå skulle finna att dessa utgör ett obligatoriskt krav görs gällande att bolagets anbud även i det fallet uppfyller kravet.

I punkten 1.17 i förfrågningsunderlaget anges ett antal ”skall” med s.k. fet stil. Det kan endast vara dessa skall som i förekommande fall avsetts utgöra obligatoriska krav. Bolaget har uppfyllt dessa.

Bolaget har i anbudet lämnat prissättning med en rabattsats. Det har skett i procent i och det har skett för såväl nivå D som nivå A.

Om förvaltningsrätten trots vad som uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget under punkten 1.18.1 *Kvalificering* ändå skulle anse att vad som anges i punkten 1.17 *Pris villkor* även utgör ett obligatoriskt krav görs gällande att bolagets anbud även i det fallet uppfyller dessa krav.

I motsats till vad Förvaltningsrätten i Göteborg har kommit fram till motsätter sig bolaget att lydelsen av punkten 1.17 skulle förhindra en anbudsgivare att lämna ”olika procentsatser i olika delar i anbudet”. En tolkning av lydelsen att med ”en” rabattsats skulle därmed avse ”en och samma” rabattsats, innebär i förekommande fall att anbudsgivarna även varit förhindrade att lämna olika procentsatser inom en och samma nivå. Det innebär att den anbudsgivare som i förekommande fall lämnat två olika rabattsatser gällande nivå D respektive två olika rabattsatser gällande nivå A (vilket Atea Sverige AB bland annat gjort) inte heller kan anses ha uppfyllt kravet om att en och samma rabattsats ska lämnas för nivå D respekti-

ve A. Av bland annat Atea Sverige AB:s anbud framgår att detta bolag gällande nivå D och A har lämnat två olika rabattsatser, vilket även i förekommande fall strider mot den ordalydelse som Atea Sverige AB gjort gällande och som förvaltningsrätten godtagit. Det finns i förekommande fall inget stöd för att mer än totalt två procentsatser kan lämnas. Enligt ordalydelsen är det sålunda fråga om antingen högst två procentsatser eller fler (obegränsat). Bolaget har utgått från att inget hinder förelegat att lämna fler än två procentsatser, vilket även Atea Sverige AB uppenbarligen också utgått ifrån. Det ska noteras särskilt att de upphandlande myndigheterna inte har delat Atea Sverige AB:s uppfattning gällande hur ordalydelsen om procentsatserna ska tolkas och tillämpas. Enligt de upphandlande myndigheterna kan det i efterhand konstateras att formuleringen är olycklig och leder till tolkningsproblem, som enligt de upphandlande myndigheterna medför att upphandlingen därmed inte kan anses ha genomförts på ett godtagbart sätt och att kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU inte är uppfyllt.

I det fall priskriteriet ska anses som ett obligatoriskt krav delar bolaget de upphandlande myndigheternas tidigare uppfattning att kravet på transparens enligt LOU inte är uppfyllt. I synnerhet gäller det med beaktande av vad som uttryckligen har angetts i förfrågningsunderlaget under punkten 1.18.1 *Kvalificering*. Det råder i förekommande fall en oklarhet i förfrågningsunderlaget gällande en sådan väsentlig grundläggande fråga om vad som krävs för att kvalificera sig för en utvärdering. Denna oklarhet medför att uppställt krav på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU inte kan anses vara uppfyllt.

Kommunerna bestrider bolagets yrkanden och anför bland annat följande. Förvaltningsrätten i Göteborg har i den tidigare domen redan prövat nu aktuell fråga i sak. Av domen framgår tydligt hur rätten ser på bedömning-

en av formuleringen i förfrågningsunderlaget avseende hur anbudsgivaren ska redovisa rabatteringen av aktuella produkter. Då det inte kan anses att några nya omständigheter, som förvaltningsrätten inte redan har prövat, ligger till grund för sökandens yrkanden bör förvaltningsrätten lämna ansökningen utan bifall. Förvaltningsrätten har tidigare gjort bedömningen att det inte varit aktuellt att upphandlingen ska göras om. Upphandlingen ska därför avslutas och avtal tecknas med den leverantör som efter rättelsen tilldelades kontraktet.

Bolaget har i yttrande anfört bland annat följande. Bolagets inställning, att vad som anges om *Pris* och *Administrativa rutiner m .m.* i Svarsblankett Select 2010-2 de facto är tilldelningskriterier och inte obligatoriska krav, har inte tidigare varit föremål för förvaltningsrättens prövning. Förvaltningsrätten i Göteborg hade vid sin tidigare prövning inte anledning att ta ställning till annat än att det varit fråga om ett obligatoriskt krav. Inte heller har de omständigheter som bolaget anfört beträffande uppfyllandet av kravet som sådant prövats tidigare av förvaltningsrätten.

Förvaltningsrätten i Göteborg har i beslut den 6 december 2010 beträffande Hylte, Falkenberg, Kungsbacka, Kungälv, Orust, Partille och Stenungsund kommuner beslutat 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.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 2 § LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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. 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 beaktas.

Regeringsrätten har uttalat 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 (numer unionsrätten) inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Handlingarna i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bland annat följande.

Punkten 1.17 Pris villkor

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.

Punkten 18.1 Anbudsprövning

Anbudsbedömningen kommer att ske i två steg, kvalificering respektive utvärdering av tilldelningskriterier.

Punkten 1.18.1 Kvalificering

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 anges bland annat följande:

Pris

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

Selectrabatt:	D	% A	%
Enterpriserabatt (100 datorer):	D	% A	%

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 anges 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 finns bland annat kolumnrubrikerna
Nettopris rabattnivå D, Rabatt (%) samt Nettopris rabattnivå A, Rabatt
(%).

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skallkrav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav eftersom ett sådant förfarande skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om ett öppet förfarande.

Frågan om obligatoriska krav (s.k. skallkrav)

I förfrågningsunderlagets punkt 1.18.1 anges att de obligatoriska krav, s.k. skallkrav, som måste vara uppfyllda för att anbudet ska kunna utvärderas anges i Bilaga 1 Svarsblankett Select 2010-2. De skallkrav som anges under rubriken Tilldelningskriterier i svarsblanketten avser inte tilldelningskriterierna som sådana utan sättet på vilka de ska redovisas. Dessa skallkrav utgör sålunda obligatoriska krav som ska vara uppfyllda för att anbudet ska kunna utvärderas. Det som bolaget anför i denna del medför ingen annan bedömning.

I svarsblanketten anges inte explicit att skallkraven i punkten 1.17 ska vara uppfyllda för att anbud ska kunna utvärderas. Av unionsrättsliga principer följer emellertid att samtliga skallkrav som anges i ett förfrågningsunderlag ska vara uppfyllda för att anbud ska kunna prövas. Därutöver får de skallkrav som anges i punkten 1.17 anses framgå underförstått av svarsblanket-

ten. Detta gäller särskilt med beaktande av skallkravens utformning i såväl förfrågningsunderlaget som svarsblanketten.

Prissättning och rabattsatser

Bolaget gör gällande att lydelsen i punkten 1.17 inte förhindrar en anbudsgivare att lämna ”olika procentsatser i olika delar i anbudet”. Förfrågningsunderlaget får dock anses inte ge stöd för en sådan tolkning. Tvärtom anges i nämnda punkt att de rabattsatser som anges i bilagorna 2a och 2b även ska anges i Svarsblankett Select 2010-2. Rabattsatserna i de båda dokumenten ska sålunda överensstämma. Något hinder mot att lämna olika procentsatser inom en och samma rabattnivå finns inte så länge kravet på överensstämmelse är uppfyllt. De rabattsatser som bolaget angett i svarsblanketten motsvarar inte de rabattsatser som angetts i bilagorna 2a och 2b. Bolagets anbud uppfyller därmed inte ifrågavarande skallkrav, varför det varit riktigt att inte utvärdera bolagets anbud.

På grund av det ovan anförda ska bolagets förstahandyrkande avslås.

Fråga om förfrågningsunderlaget varit tillräckligt tydligt i fråga om vilka skallkrav som ska vara uppfyllda för att anbud ska kunna prövas

Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att varje leverantör ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om vissa brister och oklarheter får godtas.

Visserligen framstår såväl skrivningen som dispositionen i förfrågningsunderlaget i nu ifrågasatta delar som något otydlig. Det får emellertid av för-

frågningsunderlaget anses framgå med tillräcklig tydlighet vilka skallkrav som ska vara uppfyllda för att anbud ska utvärderas. Förfrågningsunderlaget har sålunda varit utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat bilda sig en klar uppfattning om vad som krävts för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det som bolaget anför medför inte någon annan bedömning. Bolagets andrahandsyrkande ska därmed också avslås.

Det som bolaget anför och har visat innebär sammanfattningsvis inte att kommunerna har brutit mot någon bestämmelse i LOU, varför ansökan ska avslås.

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



Urban Karlsson

Föredragande har varit Michaël Koch.



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 rättstillämpningen 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 uppge 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 interimistiskt 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