



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Nickolina Hamrin Lönkvist

DOM
2013-05-07
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1397-13
Domare 1:2

Sida 1 (13)

SÖKANDE

Comparex Sweden AB, 556568-3892

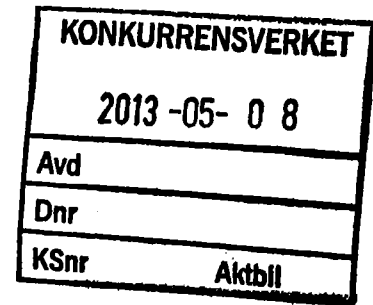
Ombud: Advokaten Stefan Gustavsson och
bitr. juristen Victoria von Uexküll
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Jordbruksverket
551 82 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att utvärderingen ska göras om. Vid utvärderingen ska endast beaktas anbud som uppfyller förfrågningsunderlagets ska-krav.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Jordbruksverket genomför en upphandling i form av förnyad konkurrensut-sättning inom ramen för Jordbruksverkets ramavtal ”Licensförsörjning 2010, Ärendehanteringsprogram”. Enligt tilldelningsbeslut, som fattades den 14 mars 2013, har den upphandlande myndigheten beslutat att anta ett annat anbud än det som lämnats av Comparex Sweden AB (Comparex).

Dok.Id 98746

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post:

forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Comparex har begärt överprövning. Förvaltningsrätten har i interimistiskt beslut den 25 mars 2013 beslutat att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på förvaltningsrättens prövning.

YRKANDEN M.M.

Ansökan om överprövning

Comparex yrkar i första hand att förvaltningsrätten upphäver upphandlaren tilldelningsbeslut och beslutar att rättelse ska ske genom att en ny anbudsvärdering genomförs, varvid anbudet från Fujitsu Sweden AB (Fujitsu) samt Atea Sverige AB (Atea) inte får prövas. Comparex yrkar i andra hand att förvaltningsrätten upphäver upphandlaren tilldelningsbeslut och beslutar att rättelse ska ske genom att en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid anbudet från Atea och Fujitsu utvärderas enligt offererade priser utan villkorade rabatter.

Grunder

I den pågående upphandlingen bryts mot bestämmelserna i LOU och direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling. Särskilt bryts mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som styr offentlig upphandling, dvs. principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och icke-diskriminering såsom dessa har kommit till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Felaktigheterna som har förekommit under upphandlingen är av sådan art och omfattning att förfarandet är oförenligt med gällande upphandlingslagstiftning. Comparex riskerar att lida skada genom de felaktigheter som har förekommit vid upphandlingen.

Bakgrund

Jordbruksverket har genom förnyad konkurrensutsättning genomfört avrop på ramavtalet "Licensförsörjning 2010". I förfrågningsunderlaget anges att

det anbud med lägsta totalpriset kommer att antas. Comparex, Fujitsu och Atea lämnade anbud. Fujitsu och Atea lämnade anbud avseende underleverantören Lemontree. Samtliga anbudsgivare har lämnat anbud genom att ge in avropssvar samt genom att fylla i prismatris i förfrågningsunderlaget. I underrättelse om tilldelningsbeslut daterad den 14 mars 2013 anges att Atea har tilldelats kontraktet i upphandlingen. Fujitsu rangordnades som nummer två i utvärderingen och Comparex som nummer tre.

Reservationer avseende pris

I förfrågningsunderlaget punkt 1.2.2 uppställs av Jordbruksverket efterfrågade produkter och tjänser för vilka anbudsgivare ska ange priser i av Jordbruksverket upprättad prismatris. I punkt 1.2.2 sista stycket anges att ”*alla priser ska involvera kostnader för resor och uppehälle*”. I punkten 1.2.2 d) anges att anbudsgivaren ska lämna pris för helhetsåtagande avseende grundinstallation av modulerna i av Jordbruksverket anvisad IT-driftmiljö i Jönköping, relevant system- och driftsdokumentation, överlämning av miljön till drift- och förvaltningsorganisationerna.

Atea har i sitt anbud angett ett timpris med följande reservation ”*under grundinstallation ingår resa för max ett projektmöte på plats. Pris för övrig resa, restid, kost och logi är inte medräknade i priset för grundinstallation av Public 360. Dessa kostnader tillkommer. Lemontree väljer resor som är så kostnadseffektiva som möjligt.*”

Fujitsu har i sitt anbud angett följande reservation ”*under grundinstallation ingår resa för max ett projektmöte på plats. Pris för övrig resa, restid, kost och logi är inte medräknade i priset för grundinstallation av Public 360. Dessa kostnader tillkommer. Lemontree väljer resor som är så kostnadseffektiva som möjligt.*”

I förfrågningsunderlaget punkt 1.2.2 e) anges att timkostnad för anpassning av systemet till Jordbruksverkets behov, inklusive workshops utförs i Jönköping. Timpris ska uppges, vilket ska inkludera resor och uppehålle.

Atea har i sitt anbud angett ett timpris om 1 250 kr. Atea har vid priset angett följande: *"I timpriset ingår en resa för en person för möte på plats i Jönköping för varje beställning av arbete på minst 50 timmar. Kostnad för begärda resor av Jordbruksverket utöver en resa för en person tillkommer, efter överenskommelse med Jordbruksverket."*

Fujitsu har i sitt anbud angett ett timpris om 1 273 kr. Fujitsu har vid priset angett följande: *"I timpriset ingår en resa för en person för möte på plats i Jönköping för varje beställning av arbete på minst 50 timmar. Kostnad för begärda resor av Jordbruksverket utöver en resa för en person tillkommer, efter överenskommelse med Jordbruksverket."*

Av förfrågningsunderlaget punkt 1.2.2 g) framgår att anbudsgivaren ska lämna pris för konsultstöd, inklusive kringkostnader som resor och uppehålle.

Atea har i sitt anbud angett ett timpris om 1 250 kr samt angett följande: *"I timpriset ingår en resa för en person för möte på plats i Jönköping för varje beställning av arbete på minst 50 timmar. Kostnad för begärda resor av Jordbruksverket utöver en resa för en person tillkommer, efter överenskommelse med Jordbruksverket."*

Fujitsu har i sitt anbud angett ett timpris om 1 273 kr. Fujitsu har vid priset angett följande: *"I timpriset ingår en resa för en person för möte på plats i Jönköping för varje beställning av arbete på minst 50 timmar. Kostnad för begärda resor av Jordbruksverket utöver en resa för en person tillkommer, efter överenskommelse med Jordbruksverket."*

Både Atea och Fujitsu har, i strid med de obligatoriska kraven att totalpriser ska lämnas inklusive resor och uppehålle, uppställt reservationer för hur många resor som omfattas av offertpriset och vilken tid uppdraget måste omfatta för att resor överhuvudtaget ska ingå. Dessutom har båda anbudsgivarna lämnat reservationer för kostnader för uppehålle. Att Jordbruksverket trots detta valt att anta Ateas anbud samt rangordna Fujitsu som nummer två i utvärderingen står i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och då särskilt principerna om likabehandling och transparens. Vid en förnyad anbudsutvärdering ska anbuderna från Atea och Fujitsu rätteligen förkastas.

Villkorade priser

I förfrågningsunderlaget punkt 1.2.2 under punkterna a) – c) anges att anbudsgivaren ska lämna pris på följande.

- a) 350 användarlicenser Public 360 Standard
- b) 270 användarlicenser Public 360 Mötesadministration
- c) Årligt underhåll/support/uppgraderingsrätt av ovanstående licenser

Atea har i sitt anbud avseende a) – c) angett följande: *"Lemontree har förstått att Jordbruksverket önskar komma igång snabbt med sitt nya system. Därför ger Lemontree ett rabatterat pris ifall avtal tecknas innan den 29 mars 2013."* Atea har gett en villkorad total rabatt för a) – c) om 244 446 kr.

Fujitsu har i sitt anbud avseende a) – c) angett följande: *"Lemontree har förstått att Jordbruksverket önskar komma igång snabbt med sitt nya system. Därför ger Lemontree ett rabatterat pris ifall avtal tecknas innan den 29 mars 2013."* Atea har gett en villkorad total rabatt för a) – c) om 235 113 kr.

Både Atea och Fujitsu har under punkten 7.8 i sina anbud återigen angett att ”avropssvarets rabatterade pris är giltigt till och med 2013-03-29”. De offererade priser som har tagits upp till anbudsutvärderingen för Atea och Fujitsu är anbudspriser med avdragen rabatt, trots att rabatten är villkorad till den 29 mars 2013. De villkorade rabatterade priserna som har angetts gäller således inte för det fall upphandlingen överprövas. Atea och Fujitsus anbudspriser skulle således rätteligen ha räknats upp och bedömts utan rabatterade priser vid anbudsutvärderingen. Detta har inte Jordbruksverket gjort. Den utvärdering som har skett har därmed inneburit att anbuden inte har jämförts på ett relevant sätt. Genom att utvärdera Ateas och Fujitsus anbud enligt de villkorade priserna har Jordbruksverket handlat i strid med principerna om likabehandling och transparens. Vid en förnyad anbudsutvärdering ska Ateas och Fujitsus villkorade anbud inte tas upp till prövning. Skulle förvaltningsrätten finna att Ateas och Fujitsus anbud ska utvärderas måste det ske i enlighet med principerna och likabehandling och transparens enligt bolagets offererade priser utan villkorade rabattsatser. Ateas offererade pris är vid sådan uträkning 2 354 525 kr och Fujitsus pris är 2 365 726 kr. Comparex pris är 2 195 618 kr vilket innebär att Comparex har offererat lägst totalpris och ska därmed rätteligen tilldelas kontraktet.

Sammanfattning

Jordbruksverket har i strid med principen om likabehandling och transparens utvärderat anbuden från Atea och Fujitsu, trots att dessa lämnat reservationer i strid med obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. Vidare har Jordbruksverket prövat anbuden från Atea och Fujitsu med rabatterade priser, trots att de två bolagen villkorat sina anbudspriser med att avtal tecknas senast den 29 mars 2013. Vid en förnyad anbudsutvärdering ska anbuden från Atea och Fujitsu rätteligen förkastas.

Motpartens inställning

Reservationer avseende pris

Såsom Comparex mycket riktigt har påtalat råder oklarheter kring Ateas och Fujitsus priser om resor och uppehälle ingår eller inte. Jordbruksverket har begärt in förtydliganden enligt 9 kap. 8 § ifrån dessa båda företag och fick besked om att resor och uppehälle ingick i priset.

Villkorade priser

Andemeningen i det statliga ramavtalet är att leverantörerna ska kunna erbjuda rabatterade priser på de produkter och tjänster som erbjuds. Jordbruksverket finner det därför legitimt att som Atea och Fujitsu erbjuda villkorade priser. Det bör noteras att alla leverantörer hade två veckor på sig att lämna anbud. Under denna tid hade företagen möjlighet att ställa frågor om det rådde oklarheter i avropsfrågan. Inga frågor ställdes till Jordbruksverket under denna tid. Hade det funnits frågeställningar kring anbudets giltighetstid fanns det goda möjligheter att ställa sådana under denna tid. Jordbruksverket medger dock att anbudets giltighetstid inte har framgått. Detta har berott på en teknisk missuppfattning mellan Jordbruksverket och upphandlingsverktyget Tendsign och därför skapat en osäkerhet kring giltighetstiden.

Sammanfattning

För att inte riskera oenighet kring de EG-rättsliga principerna finner Jordbruksverket att det bästa alternativet är att avbryta avropet så att Jordbruksverket får möjlighet att justera underlaget för ett nytt korrekt avrop.

Comparex

Reservationer avseende pris

Comparex bestrider att det skulle föreligga oklarheter om resor och uppehålle ingår i Ateas respektive Fujitsus offererade priser. Det framgår klart av de båda anbudsgivarnas anbud att de har uppställt reservationer för hur många resor som omfattas av offertpriset och vilken tid uppdragen måste omfatta för att resor överhuvudtaget ska ingå. Dessutom har båda anbudsgivarna lämnat reservationer för kostnader avseende uppehålle.

Förtydligande enligt 9 kap. 8 § LOU är endast tillåtet om angivna uppgifter i anbudet beror på en uppenbar felskrivning eller på annat sätt kan anses som ett uppenbart fel. Med anledning av att det inte förelåg några oklarheter avseende anbudsgivarnas reservationer som under några omständigheter kan tolkas som uppenbara felskrivningar eller dylikt, strider det mot principerna som transparens och likabehandling att Jordbruksverket tillät anbudsgivarna att komplettera sin anbud på sätt som påstås ha skett.

En komplettering av anbud får inte heller ske om nya uppgifter tillförs anbudet. Principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som har lämnats av de olika anbudsgivarna.

Att Jordbruksverket, enligt vad som nu har angetts, tillåtit två av anbudsgivarna att ändra sina anbud efter anbudstidens utgång innebär en konkurrenssnedvridning och strider mot principerna om transparens och likabehandling. Anbuden från Fujitsu och Atea ska vid en ny anbudsutvärdering rätteligen förkastas då de är orena.

Villkorade priser

Jordbruksverket anför att det, på grund av att rabatter kan lämnas på produkter och tjänster vid förnyad konkurrensutsättning vid avrop på ramavtalet, skulle vara legitimt att även tillåta villkorade anbud. Bolaget bestrider detta påstående. Det föreligger väsentliga skillnader mellan rabatter som inte villkoras och rabatter som villkoras av att avtal tecknas senast viss dag som anbudsgivaren bestämmer. Comparex vidhåller det som har angetts i ansökan om överprövning. Under alla omständigheter har giltighetstiden för rabatterna nu gått till ända, varför anbuden inte kan antas till utvärderade priser. Utvärderingen ska även av detta skäl göras om.

Avbrytande av avrop

Det framgår inte klart av Jordbruksverkets skrivelse vad Jordbruksverket menar med skrivningen "*det bästa alternativet är att avbryta avropet så att Jordbruksverket får möjlighet att justera underlaget för ett nytt korrekt avrop*". Upphandlingen har inte avbrutits. Vad Jordbruksverket anför synes innebära att Jordbruksverket förordar att upphandlingen ska göras om. Comparex talan avser dock felaktigheter vid anbudsutvärderingen varför grund saknas att förordna annat än att rättelse ska ske genom att anbudsutvärderingen ska göras om. Jordbruksverket anför även att Jordbruksverket "*medger att anbudets giltighetstid inte har framgått*". Bolaget har inte åberopat att något anbuds giltighetstid inte har framgått. Vad Jordbruksverket anger därom ska därför lämnas utan avseende. Bolaget vidhåller att ingripande enligt LOU ska ske genom att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på sätt Comparex anför är i sin helhet hänförliga till upphandlingens utvärderingsfas. Förordnande om rättelse är den minst ingripande åtgärden och ska väljas, då upphandlingen genomförts i strid med LOU.

Jordbruksverket

Reservationer avseende pris

Samtliga anbud lämnades i det svarsformulär Jordbruksverket tillhandahållit i upphandlingsverktyget Tendsign. I svarsformuläret angav både Atea och Fujitsu att kostnaderna för resor och uppehälle ingick i priset. Annan information återfanns för båda dessa bolag i anbudens bilagor. Jordbruksverket fann det angeläget att begära in ett förtydligande enligt 9 kap. 8 §. Båda bolagen bekräftade de lämnade uppgifterna i svarsformuläret varför inga nya uppgifter har tillkommit genom förtydligandet.

Villkorade priser

I det ingångna ramavtalet punkt 7.3 framgår att ”*vid avrop med förnyad konkurrensutsättning kan bättre prisvillkor erbjudas*”. Det poängteras även i Vägledning för Licensförsörjning 210, avsnitt 5.3.1.5 att en eller flera rabatter kan lämnas vid ett avrop. Jordbruksverket erinrar att samtliga nu aktuella bolag inklusive klagandebolaget, har ingått detta ramavtal. Det har således varit möjligt för anbudsgivande bolag att lämna rabatter. Jordbruksverket bedömer vidare att rabatter i samtliga branscher är kopplade till något villkor såsom leverans före eller efter viss dag, inköpsvolymer, kombinationer av inköpta produkter, avtalstider etc. Det rabatterade pris som har accepterats av Jordbruksverket är i linje med det ingångna ramavtalet och uppfyller sedvanliga krav på affärsmässighet.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 16 kap. 6 och 4 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och på talan av en leveran-

tör, som har lidit skada eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har 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 iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll – utifrån de omständigheter som sökanden har anfört – av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU. Comparex gör gällande att Jordbruksverket har handlat i strid med LOU genom att ha utvärderat Ateas och Fujitsus anbud, trots att dessa lämnat reservationer i strid med obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget.

Av Ateas och Fujitsus anbud gällande punkten 1.2.2 e och g framgår att arbete med konfiguration, verksamhetsanpassningar och konsultstöd debiteras på löpande räkning varvid ett timpris finns angivet. Det framgår vidare att det i timpriset ingår en resa för en person för möte på plats i Jönköping för varje beställning av arbete på minst 50 timmar. Kostnad för begärda resor av Jordbruksverket utöver en resa för en person tillkommer, efter överenskommelse med Jordbruksverket.

Jordbruksverket har utvärderat anbuden mot de lämnade obligatoriska skräven. Jordbruksverket har i sitt yttrande under processen i förvaltningsrätten uppgett att både Ateas och Fujitsus anbud var oklara gällande frågan om resor och uppehälle ingick i det lämnade timpriset eller inte. Jordbruksverket begärde i samband med detta in en komplettering från de båda anbudsgivarna.

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Atea och Fujitsu i sina anbud har gjort en otillåten reservation (orent anbud) som bör medföra att anbudet bedöms inte uppfylla ställda krav. I anbudet anges att det i timpriset under vissa förutsättningar ingår en resa samt att kostnader för Jordbruksverket begärda resor tillkommer. Av förfrågningsunderlaget punkt 1.2.2 framgår bl.a. att anbudsgivaren ska ange ett timpris i vilket kostnad för resor och uppehälle ska ingå. Vidare begärs kostnader för konsultstöd för ytterligare insatser, där timkostnad inklusive kringkostnader som resa och uppehälle ska ingå. Comparex anser att uppgifterna om extra ersättning för resor samt uppehälle såsom Atea och Fujitsu har angett i sina anbud ska bedömas vara en otillåten reservation. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudet skulle innehålla ett timpris där kostnad för uppehälle och resor skulle involveras. Ett sådant anbud har varken Atea eller Fujitsu lämnat. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att såväl Ateas som Fujitsus anbud innehåller en otillåten reservation.

Jordbruksverket har före tilldelningsbeslutet valt att kontakta Atea och Fujitsu, eftersom det inte av anbudet framgår om resor och uppehälle ingår i timpriset. Förvaltningsrätten finner att Jordbruksverket genom att låta Atea och Fujitsu komplettera sitt anbud i vart fall har brutit mot likabehandlingsprincipen. Nämnade förfaringssätt har haft betydelse för utvärderingen av de anbud som hade lämnats i upphandlingen. Comparex, som kom på plats nummer tre i tilldelningsbeslutet efter Atea och Fujitsu, har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det finns vissa brister i Jordbruksverkets utvärdering av anbudet från Atea och Fujitsu, vilket har lett till att Comparex har lidit eller riskerat att lida skada samt att det därmed finns grund för att förordna om ingripande enligt LOU. Överprövningen avser inte någon felaktighet i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Med beaktande av det som Comparex har yrkat i målet beslutar förvaltningsrätten att rättelse ska ske genom en ny utvärdering utifrån

de ska-krav som anges i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen får avslutas första sedan sådan har gjorts.

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

Lena Schön-Barkestam
Lena Schön-Barkestam

