



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-03-09
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 80-12
 Enhet 15

SÖKANDE

MacSupport AB, 556216-9267
 Box 47145
 100 74 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Erik Olsson
 Advokatfirman Delphi
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
 117 99 Stockholm

Ombud: Chefsjurist Pia Nylöf

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-03-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen av Pedagogiskt lärande med elevdatorer 2011, dnr 10098, ska göras om.

Dok.Id 210833

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling av ramavtal för Pedagogiskt lärande med elevdatorer 2011, dnr 10098 (upphandlingen). Upphandlingen omfattar tre helhetslösningar för den efterfrågade tjänsten enligt följande.

Helhetslösning 1

- Pedagogiskt lärande, stöd och utbildning
- Införandestöd för pedagoger och elever
- Service och support
- Administration
- Bärbar dator, bildskärm minst 13 tum – max 15,6 tum
- Linux eller likvärdigt
- Mjukvara

Helhetslösning 2

- Pedagogiskt lärande, stöd och utbildning
- Införandestöd för pedagoger och elever
- Service och support
- Administration
- Bärbar dator, bildskärm minst 13 tum – max 15,6 tum
- Win7 eller likvärdigt
- Mjukvara

Helhetslösning 3

- Pedagogiskt lärande, stöd och utbildning
- Införandestöd för pedagoger och elever
- Service och support
- Administration
- Bärbar dator, bildskärm minst 13 tum – max 15,6 tum
- OS X eller likvärdigt
- Mjukvara

Det finns fyra geografiska anbudsområden, ”Zon 1 – 4”. Avsikten är att upphandlingen ska resultera i tolv ramavtal, ett för varje helhetslösning och

anbudsområde. I upphandlingen kan anbud lämnas på en eller flera helhetslösningar och/eller anbudsområden. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande

MacSupport AB (MacSupport) lämnade anbud på Helhetslösning 3 för de geografiska anbudsområdena Zon 1 – 3.

I tilldelningsbeslut den 21 december 2011 beslutades att anta anbud från Atea Sverige AB (Atea) avseende samtliga helhetslösningar och anbudsområden.

YRKANDEN OCH GRUNDER

MacSupport ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska ogiltigförklaras och göras om. Till stöd för sin talan uppger MacSupport i huvudsak följande.

Bedömning och komplettering av vinnande anbud

Det är ett ska-krav i upphandlingen att anbudsgivare ska bekräfta att anbudet är giltigt till och med den 31 mars 2012 samt ange kontaktuppgifter m.m. Ateas anbud innehöll inte nämnda uppgifter och uppfyllde därför inte samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav. Först efter det att SKI tillåtit Atea att kompletterat sitt anbud har det varit möjligt att anse att Ateas anbud varit fullständigt. Det är fråga om en otillåten komplettering och SKI har, vad avser övriga anbudsgivare, inte medgett någon möjlighet till komplettering. Atea har därmed särbehandlats i förhållande till övriga anbudsgivare. Det förhållande att Atea har undertecknat anbudet och därmed bekräftat att samtliga ska-krav är uppfyllda kan inte tillmätas någon betydelse eftersom SKI inte beaktat detta förhållande vid bedömningen av om övriga anbudsgivare uppfyllt samtliga ska-krav.

Vidare är Ateas referensuppdrag pågående och inte avslutade. SKI har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att även vad gäller detta krav ha behandlat anbudsgivare olika.

Om Ateas anbud rätteligen hade förkastats från upphandlingen hade det inte längre inkommit några giltiga anbud i upphandlingen. Detta hade medfört att upphandlingen hade behövts göras om varvid MacSupport getts en möjlighet att återigen lämna in anbud.

Kravet på referensuppdrag och bedömning av MacSupports anbud

I 11 kap. LOU finns särskilda bestämmelser om referensuppdrag vilka SKI inte har följt. MacSupports anbud har förkastats från upphandlingen eftersom SKI:s prövning visat att båda referensuppdragen varit pågående. Det framgår av MacSupports anbud att uppdragen varit uppdelade i delprojekt och att beställaren vid varje avslutat delprojekt valt att gå vidare. Det är inte rimligt att en anbudsgivare ska straffas för att denne har nöjda kunder som väljer att fortsätta med anbudsgivaren. Detta tycks även SKI ha insett nu i efterhand. Ett sådant krav hade inte heller varit ändamålsenligt i förhållande till syftet med det ifrågavarande kravet och hade således stridit mot proportionalitetsprincipen såsom denna kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Detta visar sig inte minst av att inte mindre än fem anbudsgivare förkastats på grund av det relevanta ska-kravet. Man har inte heller definierat hur utvärderingen ska ske, dvs. vad som menas med genomfört uppdrag. Det är tydligt att det relevanta ska-kravet brister i proportionalitet och att SKI dessutom brutit i iakttagande av likabehandlingsprincipen och transparensprincipen vid tillämpningen. MacSupport har lidit skada av detta genom att MacSupport fräntagits möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Val av upphandlingsförfarande

Förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU får endast användas vid upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som understiger tröskelvärdena eller vid upphandling av B-tjänster. Ett kontrakt som avser varor och som även omfattar A- eller B-tjänster ska behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna. En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster ska anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. SKI har således endast haft rätt att genomföra upphandlingen enligt 15 kap. LOU om värdet av de B-tjänster som upphandlingen avser överstiger värdet av de varor som ska levereras. Den vinnande anbudsgivaren, Atea, har för samtliga anbudsområden och lösningar angivit en kostnad per dator som överstiger den månatliga kostnaden x 36 månader, det vill säga den totala kostnaden för dator samt samtliga tillhörande tjänster under hela avtalsperioden. Det är således utifrån det vinnande anbudet tydligt att det övervägande värdet i upphandlingen avser varor, dvs. är hänförligt till datorn och ingenting annat. Även utifrån MacSupports anbudspriser är det så att huvuddelen av värdet är direkt hänförligt till själva datorn och inte till de kringliggande tjänsterna.

Upphandlingen har ersatt en annan, tidigare påbörjad men sedermera avbruten upphandling. Denna tidigare upphandling bar namnet "Elevdatorer 2011" och SKI hade då valt ett öppet förfarande. Även detta visar att det övervägande värdet i upphandlingen är varorna, och inte tjänsterna, i vart fall inte B-tjänsterna.

Det är uppenbart att upphandlingen, som dessutom uppstår ett mycket högt värde och är av tydligt gränsöverskridande intresse, är en varuupphandling och därför inte kan hanteras enligt 15 kap. LOU. Att SKI försökt ge intryck av att det rör sig om en utbildningstjänst har förvirrat anbudsgivningen och

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen**DOM**

skapat en stor osäkerhet kring vad som faktiskt efterfrågas. Genom det felaktiga förfarandet har upphandlingen fått en helt annan karaktär än vad som hade varit fallet om de direktivstyrda reglerna tillämpats. MacSupports och övriga anbudsgivares anbud hade bevisligen tagit sig en helt annan utformning om de korrekta reglerna i LOU hade använts. Det kan således inte uteslutas att MacSupport, med den ökade tydlighet som dessa regler hade medfört, hade kunnat utforma sitt anbud annorlunda och därmed tilldelas kontrakt i upphandlingen. MacSupport har således lidit, eller åtminstone riskerat lida skada av SKI:s överträdelse i detta avseende.

Prisutvärdering

SKI har i förfrågningsunderlaget angivit att lägsta pris ska användas som tilldelningsgrund i upphandlingen. Vid utvärderingen har fyra prisuppgifter tagits upp till utvärdering, avgift per månad och dator, extra strömadapter, extra batteri samt option på utökad support. Angivet pris för vardera kriterium har multiplicerats med 300 och sedan lagts samman till ett utvärderingspris. Atea som har vunnit upphandlingen har endast lämnat ett seriöst pris vad avser avgift per månad och lämnat noll eller en krona på övriga kriterier. Detta har medfört att Atea har kunnat vinna upphandlingen. MacSupport har vad avser den viktigaste posten i utvärderingen, avgift per månad, lämnat ett förmånligare pris än Atea. MacSupport har emellertid vad avser extra strömadapter och extra batteri, vilka i praktiken bara avropas i mycket begränsad omfattning som tillbehör eller ersättning vid skada, lämnat en realistisk prisuppgift om 415 kr för en strömadapter och 1 075 kr för ett batteri. I realiteten kommer denna kostnad vara försvinnande liten för den avropande myndigheten men i utvärderingen har det medfört att MacSupport fått ett prispåslag om 447 000 kr. Detta ska jämföras med det utvärderingspris om 69 000 kr som MacSupport fått för den huvudsakliga månatliga avgiften. MacSupport utgick från att en uppskattning av priset för respektive prispost skulle göras men insåg när tilldelningsbeslutet med-

delades det var omöjligt att tilldelas kontrakt utan att rigga anbudet och utnyttja bristerna i utvärderingsmodellen. MacSupport som avseende den huvudsakliga kostnaden i upphandlingen, dvs. dator med kringliggande tjänster, inkommit med ett lägre pris än den vinnande anbudsgivaren, har lidit skada av att utvärderingsmodellen inte återspeglar verkliga förhållanden.

Inköpscentraler och upphandling av ramavtal

SKI har genomfört ramavtalsupphandlingen i eget namn och det framgår inte av handlingarna att någon av de myndigheter som angetts i bilagan till förfrågningsunderlaget har delegerat någon rätt till SKI att teckna ramavtal för deras räkning. Upphandlingen strider således mot bestämmelserna i 5 kap. LOU om att endast de som är part i ett ramavtal äger ingå kontrakt på grundval av ramavtalet. Vidare framgår det av direktiv 2004/18 att en försättning för att en avropande myndighet ska kunna anskaffa byggtreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral är att inköpscentralen i sin tur följer direktivets bestämmelser. Som kunnat konstateras har SKI felaktigt rubricerat upphandlingen som en B-tjänstupphandling och på detta sätt undandragit sig direktivets tillämpningsområde. Detta får till följd att även om de angivna myndigheterna har delegerat rätt till SKI att som inköpscentral ingå avtal för deras räkning hade de ändå inte kunnat avropa från upphandlingen. Att ramavtalet är utformat på detta sätt innebär även en överträdelse av transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU eftersom den information som SKI lämnat inte stämmer överens med verkliga förhållanden. Den riktiga anbudsvolymen kommer uppenbarligen bli en helt annan än den som SKI angett.

Oavsett hur det förhåller sig med rätten att ingå ramavtal för annans räkning får ingen kommun och inget landsting, utifrån gällande rätt, delegera rätten att fatta själva tilldelningsbeslutet, såsom har skett i upphandlingen.

Det är endast SKI som har fattat tilldelningsbeslut och ingen annan av de i bilagan antecknade myndigheterna. SKI kan således inte lagligen anses ha fattat tilldelningsbeslut för någon av de angivna kommuner och landsting som har tagits med i förteckningen.

Av direktiv 2004/18 följer att ramavtal inte får användas på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. SKI har angett att ramavtalet ska vara möjligt att använda för alla kommuner. Vidare har SKI valt att endast anta en leverantör per anbudsområde och slutligen tilldelat samtliga anbudsområden till en och samma leverantör. Om ramavtalet skulle ha kunnat användas av de avropande myndigheter som SKI anger skulle det vara uppenbart att ramavtalet tillämpats på ett sätt som förhindrar, begränsar och snedvrider konkurrensen på marknaden. Det skulle nämligen utestänga alla leverantörer utom den vinnande leverantören från marknaden för elevdatorer under hela den tid som avtalet löper.

Sammanfattningsvis är upphandlingen genomförd i strid med LOU och det bakomliggande direktivets bestämmelser. Det har gjort det mycket svårt för MacSupport och övriga anbudsgivare att utforma sitt anbud på ett optimalt sätt eftersom det kommer att saknas laglig grund för de angivna avropande myndigheterna att faktiskt avropa från ramavtalet. Om SKI hade varit öppen med hur ramavtalet faktiskt kommer att kunna tillämpas hade MacSupports anbud sett helt annorlunda ut. MacSupport riskerar således lida skada av SKI:s överträdelser på så sätt som krävs för rättens förordnande enligt 16 kap. 5 § LOU.

SKI bestrider bifall till ansökan om överprövning och uppger i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Bedömning och komplettering av vinnande anbud

Atea har till anbudet bifogat Bilaga 2, "Information om anbudsgivare och undertecknande", som har undertecknats av behörig företrädare för Atea. Undertecknandet innebär ett godkännande av samtliga krav som ställts i förefrågningsunderlaget, även kravet avseende anbudets giltighetstid. Emellertid har Atea förbisett att bifoga sidan 1 (av 2) i Bilaga 2, där anbudets giltighetstid framgår. För fullständighetens skull har SKI begärt förtydligande på denna punkt. Den bekräftelse beträffande anbudets giltighetstid som förtydligandet avsåg rörde således ett redan uppfyllt ska-krav och innebar inte att nya sakuppgifter tillfördes anbudet. Om uppgiften skulle anses vara en ny sakuppgift är den i vart fall att betrakta som en marginell sakuppgift. Förtydligandet har genomförts inom ramen för LOU och har inte inneburit vare sig särbehandling eller konkurrensbegränsning i förhållande till övriga anbudsgivare. Den begäran om förtydligande som skickades till Atea har enbart omfattat en bekräftelse av anbudets giltighetstid. De övriga uppgifter som MacSupport anger finns redan i anbudet från Atea. En upphandlande myndighet behöver inte begära förtydligande eller komplettering av uppgifter om uppgifterna redan finns i anbudet, om än på ett annat ställe. Atea har, i samband med bekräftelsen av anbudets giltighetstid, laddat upp ytterligare dokument i Tendsign, men dessa har inte behövts och har inte efterfrågats.

Atea har angett fullständiga datum för båda referensuppdragen. I anbudet står att utvecklingsarbetet på skolan fortgår och att Atea deltar i det arbetet som helhetsleverantör, dvs. Atea har ett pågående avtal med skolan. Det är

naturligt att uppdraget är pågående om leverantören har ett pågående ramavtal. Då levereras de delarna som ingår i ramavtalet successivt under avtalsperioden. Det hindrar dock inte att de momenten som efterfrågats i förfrågningsunderlaget kan ha utförts och levererats.

Kravet på referensuppdrag och bedömning av MacSupports anbud

Kravet på referenser i avsnitt 2.10 i förfrågningsunderlaget innebär att anbudsgivarna ska ha erfarenhet av att utföra och leverera:

- support av datorer,
- leverans av datorer,
- införandestöd i pedagogiskt lärande,
- utbildningsinsatser till pedagoger, lärare och elever och
- kringhörande administration.

Dessa fem moment ska framgå av de två efterfrågade referensuppdragen. Med slutfört avses, som framgår av kravet, att anbudsgivaren ska ha utfört och levererat de efterfrågade momenten. Även om ordet "slutfört" har använts får det anses framgå av kravet att anbudsgivaren ska ha utfört de ovan efterfrågade momenten innebärandes att varje moment ska ha utförts och levererats till skolverksamhet.

MacSupport brister i kravuppfyllelse vad gäller lämnade referensuppdrags slutförande. För båda referensuppdragen har MacSupport angett att de är pågående i fältet för tidsperiod. SKI kan enbart bedöma de uppgifter som angetts i anbudet och av beskrivningarna för referensuppdragen framgår inte att det varit frågan om delprojekt som är slutförda. Det är inte heller SKI:s uppgift att tolka eventuella oklarheter i anbudsgivarnas anbud såsom att likställa projekt/delprojekt med referensuppdrag. Vidare är det oklart i anbudet vilka delar av referensuppdragen som MacSupport faktiskt har utfört.

Likabehandlingsprincipen innebär inte att alla anbudsgivare ska få förtydliga eller komplettera sina anbud bara för att en anbudsgivare bereds denna möjlighet. Bedömningen av huruvida ett anbud kan förtydligas eller kompletteras beror helt på bristen i anbudet och om bristen kan läkas inom ramen för LOU. Den omständigheten att Atea har fått förtydliga uppgiften om anbudets giltighetstid kan således inte, med stöd av likabehandlingsprincipen, innebära att MacSupport måste få komplettera sitt anbud.

Ett krav kan inte betraktas som oproportionerligt enbart av den anledningen att flera anbudsgivare inte uppfyller det. Att döma av anbuden i upphandlingen saknar flera anbudsgivare erfarenhet av att ha levererat den helhetslösning som efterfrågas och har istället enbart erfarenhet av att leverera datorer med kringtjänster. SKI har ställt krav på att anbudsgivarna ska ha erfarenhet av att ha utfört och levererat de delar som ingår i upphandlingsföremålet till skolverksamhet. Att leverera pedagogiskt lärande med elevdatorer är i sig ett komplext uppdrag som innefattar leverans av datorer, utbildning och stöd, föreläsningar, införandestöd, administration, service och support. Alla delar samverkar och leverantören ska organisera och utföra samtliga delar själv eller med hjälp av underleverantör. Således har kravet varit nödvändigt i förhållande till sitt syfte, nämligen att få erfarna leverantörer som kan utföra ett sådant komplext uppdrag.

Val av upphandlingsförfarande

En upphandling med benämning "Elevdator 2011" publicerades i mars 2011. Upphandlingen avbröts då det framkom att paketeringen av upphandlingen enbart avsåg leverans av hård- och mjukvara vilket inte överensstämde med de behov som de avropsberättigade myndigheterna hade. I stället handlade det om en utbildningstjänst där den bärbara datorn fungerar som ett verktyg i syfte att utveckla det pedagogiska lärandet. Det var således av den anledningen, dvs. på grund av att den tidigare upphandling-

en avsåg enbart hård- och mjukvara och inte tjänsten pedagogiskt lärande, som den avbröts.

Upphandlingen omfattar både varor, A- och B-tjänster enligt följande:

- Pedagogiskt lärande, stöd och utbildning
- Införandestöd för pedagoger och elever
- Service och support
- Administration
- Bärbar dator
- Operativsystem (beroende på helhetslösning)
- Mjukvara

De första fyra punkterna är tjänster. Värdet på tjänsterna överstiger värdet på varorna. Ett tjänstekontrakt som innehåller både A- och B-tjänster ska enligt LOU upphandlas som en B-tjänst om detta värde överstiger värdet på A-tjänsterna. Eftersom upphandlingen till största delen omfattar utbildningsinsatser har SKI bedömt att det är fråga om en B-tjänst.

Huvuddelen av de tjänster som ingår i upphandlingen avser pedagogiken och därmed utbildningsinsatser för pedagoger/lärare och elever. När en upphandlande myndighet väljer CPV-kod bör den försöka hitta en kod som stämmer så väl överens med behoven som möjligt. Eftersom behovet i förevarande upphandling består i huvudsak av pedagogik och utbildning och inte av IT-tjänster, konsultverksamhet inom IT eller leverans av datorer, är det i huvudsak fråga om kategori 24, Undervisning och yrkesutbildning, som är en B-tjänst.

Prisutvärdering

Av Svarsformulär 2 "Prisuppgifter" framgår tydligt att position 1 avser avgift per månad innefattande samtliga angivna tjänster i förfrågningsunderlaget inkluderande bärbara datorer. Införandestödet och utbildningsin-

satserna är omfattande och återkommande. Support och administration levereras löpande hela tiden. Särredovisningen, för att priset på datorn ska vara fastställt på förhand, har begärts in för det fall en elev önskar köpa ut datorn efter hyrperiodens avtalstid på 36 månader. Syftet med att låta extra strömadapter och batteri ingå i prisutvärderingen är att undvika att leverantören tar ut oskäligt höga priser för förbrukningsartiklar som kan behövas köpa till under hyresperioden. Atea har inte vunnit upphandlingen på grund av oseriös prissättning. Atea har vunnit upphandlingen eftersom de ensamma hade klarat samtliga krav som ställts i upphandlingen. En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma sin utvärderingsmodell och det går inte att jämföra domstolsavgöranden som avser upphandlingar där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas med den nu aktuella upphandlingen där priset är det enda kriteriet för utvärdering.

Inköpscentraler och upphandling av ramavtal

En inköpscentral får ingå ramavtal i eget namn med leverantörer som valts ut i ett upphandlingsförfarande. Inköpscentralen ansvarar då för hela genomförandet, vilket innebär att inköpscentralen fattar tilldelningsbeslut och tecknar ramavtalet. Det blir då inte aktuellt för de myndigheter som ingår i upphandlingen att delegera någon rätt att teckna tilldelningsbeslut. Upphandlande myndigheter, under förutsättning att dessa anges i förfrågningsunderlaget eller att det på annat sätt görs tydligt vilka som omfattas av ramavtalet, blir avropsberättigade parter och kan åberopa ramavtalet vid anskaffning av varor och tjänster.

Oavsett SKI:s agerande har MacSupport rätteligen förkastats till följd av att ställda ska-krav inte uppfylls. Eventuella brister och felaktigheter i upphandlingen har alltså inte haft någon inverkan på MacSupports chanser att tilldelas ramavtal, varför MacSupport inte lidit skada. MacSupport har inte heller kunnat komma att lida skada.

DOMSKÄL

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Uppställda krav får inte frångås och utvärderingen av inkomna anbud ska ske i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i förvaltningsrätten, som grundas på vad sökanden har framfört i målet, utgör en kontroll av om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna och om det därför finns grund för åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU.

Val av upphandlingsförfarande

Förvaltningsrätten tar inledningsvis ställning till frågan om SKI, genom att tillämpa ett förenklat förfarande, har genomfört upphandlingen i strid med bestämmelserna i LOU. Upphandlingen avser pedagogiskt lärande med elevdatorer. SKI har beskrivit ”pedagogiskt lärande” som ett nytt sätt att arbeta i skolan där pedagogiken anpassas till ett lärande med hjälp av datorer. Upphandlingen avser en helhetslösning där anbudsgivaren ska kunna hantera både leverans av datorer och utbildning av lärare inom den nya pedagogiken. Det som upphandlas är således både varor och tjänster. Ett kontrakt som avser varor och som även omfattar A- eller B-tjänster ska behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna (2 kap. 18 § andra stycket LOU). Även hyra, leasing och hyrköp av varor faller in under begreppet ”varukontrakt” (2 kap. 21 § LOU). Det är därmed värdet av varorna i förhållande till värdet av tjänsterna som blir avgörande för valet av upphandlingsförfarande. Enligt förvaltningsrättens mening är det i det avseendet fråga om en rent ekonomisk beräkning av värdet på de olika delarna och hänsyn kan inte tas till andra faktorer som exempelvis det övergripande syftet med upphandlingen.

MacSupport har uppgett att kostnaden per dator överstiger den månatliga kostnaden per användare under avtalsperioden, dvs. 36 månader, och att upphandlingen därför i huvudsak utgör en varuupphandling. En beräkning av värdet av tjänsterna respektive varorna i en upphandling kan göras på olika sätt utifrån vad det är som upphandlas. I just detta fall, och i avsaknad av andra uppgifter, bedömer förvaltningsrätten att det är lämpligt att utgå från de offererade priserna. Månadsavgiften för "pedagogiskt lärande" inkluderar månadsavgiften, dvs. hyran, för den bärbara datorn med tillhörande mjukvara. Det är därför nödvändigt att göra en bedömning av hur stor del av månadsavgiften som utgörs av kostnader för dator m.m. och hur stor del som utgörs av tjänster. I prisbilagan för vinnande anbudsgivares "helhetslösning 1" har prisuppgiften för datorn, 4 067 kr, uppgått till mer än månadsbeloppet för avtalsperioden, 3 960 kr, motsvarande 110 kr per månad i 36 månader. Huruvida SKI har valt att utvärdera priset för datorn eller ej saknar vid den jämförelsen betydelse. Även om den bärbara datorn kan antas ha ett visst värde efter avtalsperiodens slut, vilket då ska avräknas, talar förhållandet mellan priset för att köpa endast dator och priset för pedagogiskt lärande inklusive hyra av dator i tre år starkt för att värdet av varorna överstiger värdet av tjänsterna i upphandlingen.

Vidare framgår av prisuppgifterna att det är stora prisskillnader mellan de olika helhetslösningarna. Den billigaste lösningen är den som redovisas ovan, vilket kan ställas i relation till den dyraste, där priset för datorn är 8 687 kr och månadsbeloppet för avtalsperioden blir 8 460 kr. Skillnaden mellan de olika lösningarna är, som framgår inledningsvis, att det är frågan om olika operativsystem och olika tillverkare av hård- och mjukvara. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte antas att utbildningsinsatserna, supporten och övriga tjänster som levereras i helhetslösningen skulle kosta så mycket mer i den dyrare lösningen att det motiverar en fördubbling av priset. Prishöjningen måste antas vara en följd av att varorna är dyrare vil-

ket också talar för att varornas värde överstiger värdet av tjänsterna i upphandlingen. SKI har inte närmare redogjort för hur värdet på tjänsterna respektive varorna har beräknats och vilka belopp som har legat till grund för bedömningen att värdet på tjänsterna överstiger värdet på varorna.

Förvaltningsrätten bedömer mot den bakgrunden och mot bakgrund av vad som i övrigt framkommit i målet att värdet på varorna i upphandlingen överstiger värdet av tjänsterna. Det råder ingen tvekan om att värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdena och det är därmed inte möjligt att genomföra upphandlingen enligt 15 kap. LOU. MacSupport måste anses ha lidit skada av det felaktiga upphandlingsförfarandet varför det föreligger grund för ingripande enligt LOU. Ingripande kan inte göras med mindre än att upphandlingen görs om.

Inköpscentraler och upphandling av ramavtal

En inköpscentral är en upphandlande myndighet som ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, eller medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter (2 kap. 9 a § LOU). I den aktuella upphandlingen har SKI agerat i eget namn och avsikten är att det är SKI som ska ingå ramavtalen ifråga. I en bilaga till förfrågningsunderlaget finns en lista över de myndigheter som har möjlighet att avropa från ramavtalet vid ett eventuellt framtida behov. Varje myndighet beslutar då självständigt att avropa från ramavtalet. Eftersom upphandlingen har genomförts av SKI i eget namn och inte i egenskap av ombud bedömer förvaltningsrätten att frågan om delegation av rätten att fatta tilldelningsbeslut inte blir relevant i målet. Vidare finner förvaltningsrätten att det utifrån vad MacSupport har anfört i den delen inte framgår att SKI har agerat i strid med bestämmelserna i LOU.

Av artikel 32.2 i direktiv 2004/18 framgår att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. I förarbetena till reglerna om ramavtal i LOU (prop. 2006/07:128 s. 174) anges bl.a. att det som avses i direktivet inte är den upphandlande myndighetens syfte med att använda ramavtal utan den effekt som kan konstateras. Den upphandlande myndigheten måste således överväga hur ramavtalet ska utformas för att uppnå konkurrens. I nu aktuellt fall har en leverantör antagits för varje helhetslösning och anbudsområde. Detta innebär att det som benämns ”ramavtalet” egentligen utgörs av tolv olika avtal. För anbudsgivarna har det varit möjligt att lämna anbud för endast ett anbudsområde och en helhetslösning. Förvaltningsrätten finner att det sätt som ramavtalet/ramavtalen utformats på inte kan anses medföra att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Att resultatet av upphandlingen blivit att endast en anbudsgivare har kvalificerat sig till utvärdering och därför ska antas som leverantör för samtliga avtal medför ingen annan bedömning då det snarare utgör en brist i själva upphandlingsförfarandet än i utformningen av ramavtalet/ramavtalen. Inte heller i den delen framgår att SKI har agerat i strid med bestämmelserna i LOU.

Prisutvärderingen

I förfrågningsunderlaget anges att den anbudsgivare antas som har offereerat det lägsta priset. Priset för helhetslösningen ”pedagogiskt lärande” ska anges som ett månadspris per användare. Detta multipliceras med 300 användare för att få ett utvärderingspris. I prisbilagan ska även anges pris för laddare, batteri och option på utökad support. Dessa priser kommer att utvärderas på så sätt att även dessa poster multipliceras med antalet 300 och sedan adderas alla posterna för att få det slutliga utvärderingspriset.

Av inkomna handlingar framgår att den använda beräkningsmodellen har fått till följd att priset för extra batteri och laddare fått en stor, och i vissa fall, avgörande betydelse för det sammanlagda utvärderingspriset. Att dessa priser fått så stor betydelse i relation till månadspriset för pedagogiskt lärande överensstämmer, enligt förvaltningsrättens bedömning, inte med vad som mest troligt kommer att avropas. En upphandlande myndighet har dock stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget i det avseendet och därigenom besluta vad som ska ges störst betydelse vid prisutvärderingen, så länge de upphandlingsrättsliga principerna inte träds för när. Det är av grundläggande betydelse att det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget hur beräkningen kommer att göras och att upphandlande myndighet sedan bedömer de inkomna prisuppgifterna i enlighet med vad som angetts.

I nu aktuellt fall ska inte den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas utan den som har lämnat det lägsta priset. Vad som ska läggas till grund för beräkningen av anbudspriset har angetts i förfrågningsunderlaget och enligt förvaltningsrättens bedömning har det varit möjligt för varje anbudsgivare att förutse vilka effekter de lämnade priserna skulle få för utvärderingspriset. Såvitt framgår av utredningen i målet har utvärderingen av prisuppgifterna gått till på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget och anbudsgivarna har även varit bundna av sina anbud och det pris som lämnats för extra batterier och laddare. Förvaltningsrätten finner därför att enbart den omständigheten att dessa prisposter fått en stor betydelse för utvärderingen inte medför att prisutvärderingen har skett i strid med reglerna i LOU eller de för upphandling grundläggande EU-rättsliga principerna.

Kravet på referensuppdrag och bedömning av MacSupports anbud

I upphandlingen har SKI ställt krav på att anbudsgivarna visar på tidigare erfarenhet av att utföra och leverera offererad tjänst. I kravet anges bl.a. följande.

Leverantören ska ha erfarenhet av att utföra och leverera offererad tjänst med tillhörande elevdatorer, omfattande support till minst 300 användare, leverans av minst 300 elevdatorer, införandestöd av pedagogiskt lärande, utbildningsinsatser till pedagoger, lärare och elever samt kringhörande administration till skolverksamhet.

Kravet innebär att Leverantören ska kunna visa att man har utfört minst två uppdrag inom området Pedagogiskt lärande med elevdatorer som uppfyller ovan angivna förutsättningar. [...]

Referensuppdragen ska avse uppdrag som är slutförda 2009-09-30 eller senare, dock senast sista anbudsdag, i skolverksamhet och utförts i enlighet med avtalade villkor och godkänt resultat. [...]

MacSupport har uppgett att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vad som menas med ett ”slutfört uppdrag” och att det därför har en bristande transparens samt att kravet på slutförda uppdrag är oproportionerligt.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att kravet på referensuppdrag har utformats på ett sådant sätt att det kan uppfyllas om hela referensuppdraget är slutfört. SKI ger uttryck för tolkningen att det med ”uppdrag” avses delmoment i ett pågående uppdrag och att det därför räckt med att det framgått av anbudet att de relevanta delmomenten är avslutade. Förvaltningsrätten menar dock att den tolkningen inte kan anses framgå av kravets utformning och sammanhang. Begreppet ”uppdrag” används under den aktuella punkten som innebärandes hela referensuppdraget i fråga och inte i betydelsen delmoment. SKI har tillämpat den senare tolkningen vid bedömningen av anbudet och har godkänt referensuppdrag där det även fort-

sättningsvis sker leveranser av datorer, utbildning, support m.m. Bedömningen av anbuden har därmed inte skett i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget och det har inte varit möjligt för anbudsgivarna att förutse vad som ska läggas till grund för bedömningen i den delen. Kravets utformning och SKI:s tillämpning av det strider därför mot transparensprincipen.

Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Således får endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet för att genomföra kontraktet ställas och det krävs att kravet har ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som ska täckas. Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att bedömningen i det avseendet ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Den nu aktuella upphandlingen görs inom ett område som är under snabb utveckling och den sortens pedagogik med hjälp av elevdatorer som efterfrågas är en relativt ny företeelse. Såvitt framgår är det brukligt att avtalen med leverantörerna löper under ett par år och efter det inledande införandet sker löpande support samt leveranser till nya användare. Eftersom det som efterfrågas är en helhetslösning som innefattar många olika delmoment är det rimligt att kräva att anbudslämnaren kan visa på tidigare erfarenhet från liknande uppdrag. Kravet, i den mening som det måste tolkas utifrån ordalydelsen, får dock till följd att de anbudsgivare som har pågående avtal med sina beställare utesluts från upphandlingen. Förvaltningsrätten bedö-

mer att kravet i den utformningen går utöver vad som är nödvändigt och att det därför står i strid med proportionalitetsprincipen.

Då detta har varit grunden för att utesluta MacSupport från upphandlingen har MacSupport lidit skada av de aktuella överträdelserna. Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att det även på dessa grunder finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

Bedömning och komplettering av vinnande anbud

Förvaltningsrätten finner avslutningsvis att vad MacSupport har anfört avseende Ateas komplettering av anbudet och bedömningen av Ateas referensuppdrag inte utgör skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad MacSupport har anfört ger stöd för att den aktuella upphandlingen har skett i strid med reglerna i LOU och de för upphandling grundläggande EU-rättsliga principerna på ett sådant sätt att MacSupport lidit skada. Det föreligger därmed grund för ingripande från domstolens sida. Eftersom bristerna är hänförliga till valet av upphandlingsförfarande samt i övrigt till förfrågningsunderlaget är inte rättelse en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om.

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


Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit Jenny Kenneberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 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 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 3109/1A LOU