



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Enhet 2
Ann-Louice Jonsson

DOM
2015-10-07
Meddelad i
Falun

Mål nr
2396-15

SÖKANDE

Crayon AB, 556635-9799

Ombud: Advokat Mats Hansson
IT-Advokaterna i Sverige KB
Katarinavägen 20
116 45 Stockholm

MOTPART

Landstinget Dalarna
Box 712
791 29 Falun

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-10-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 147115

Postadress Box 45 S-791 21 Falun	Besöksadress Kullen 4	Telefon 023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se	Telefax 023-383 00 80	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00
---	---------------------------------	---	---------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget Dalarna (i det följande Landstinget) genomför en upphandling i form av förnyad konkurrensutsättning från Kammarkollegiets ramavtal "Licensförsörjning 2010" (dnr LD 15/01750). Tilldelningsbeslut meddelades den 3 juni 2015, varvid anbudet från Atea Sverige AB (Atea) antogs såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Crayon AB (Crayon) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att den inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att Landstinget informerar samtliga anbudsgivare om all relevant information inför en ny anbudsgivning. Crayon anför som grund för sin ansökan i korthet följande. Landstinget har gett Atea information som inte återfinns i avropsförfrågan eller har i vart fall inte säkerställt att det informationsövertag som Atea har i egenskap av befintlig leverantör neutraliseras. Förfarandet strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Avropsförfrågan är otydligt utformad bl.a. då det inte klart anges förutsättningarna för hur varukorgen ska prissättas. Otydligheterna har gjort det omöjligt för anbudsgivarna att tolka avropsförfrågan på lika sätt, vilket resulterat i oförklarliga prisskillnader mellan Crayons och Ateas anbud. Landstinget har, trots att Ateas prisnivåer är onormalt låga och det är uppenbart att Atea inte kommer kunna leverera till offererade priser, valt att inte förkasta anbudet.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför i korthet att upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och att alla anbudsgivare har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Crayon anfört är visat att Landstinget har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Crayon lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Onormalt lågt pris

Crayon gör gällande att Atea har lämnat ett onormalt och orimligt lågt pris och framför i denna del bl.a. följande. Atea har prissatt 17,7 % av licensposterna till noll kronor. Ateas onormala prissättning visar sig också i de stora prisskillnaderna mellan Ateas och Crayons anbud. Atea förefaller ha prissatt endast ett fåtal licenser utifrån Landstingets faktiska behov av licenser och därmed vad kostaden för licenspris kan förväntas bli enligt avropsförfrågan. Som exempel där Ateas pris är anmärkningsvärt lågt kan nämnas Symantec Netbackup, vilket är en produktserie bestående av ett 40-tal enskilda produkter som kostar mellan ca 3 – 40 000 kr/styck. Gemensamt för produktserien är att Landstinget behöver en licens som kostar ca 40 000 kr för att kunna använda de billigare produkterna. Atea har prissatt Symantec Netbackup till 450 kr och synes utgå från att Landstinget inte kommer att köpa produkten eller att den dyrare licensen redan finns hos Landstinget. Prisdifferensen mellan Ateas och Crayons anbud är 687 % för program och 343 % för underhållsavtal. De priser för licenser som

Atea offererade i 2012 års upphandling var i genomsnitt 665 % högre än nu offererade licenspriser. Det är märkligt att Landstinget inte ansett pris-skillnaden vara så anmärkningsvärd att man undersökt detta närmare och begärt en förklaring från Atea i enlighet med 12 kap. 3 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt (12 kap. 3 § LOU). Bestämmelsen är fakultativ och ger den upphandlande myndigheten en möjlighet, men inte en skyldighet, att förkasta ett anbud. LOU innehåller inte heller något förbud mot att anta orimligt låga anbud. En leverantör kan således inte med stöd av denna bestämmelse kräva att den upphandlande myndigheten ska förkasta en konkurrents anbud för att dess anbudspris bedöms vara onormalt lågt (jfr Kammarrätten i Göteborgs mål nr 1641-07 och Kammarrätten i Jönköpings mål nr 1247-09). Förvaltningsrätten finner således inte att Landstingets underlåtenhet att begära in en förklaring till Ateas anbudspris innebär ett brott mot LOU eller någon av de principer som bär upp lagstiftningen. Vad Crayon har fört fram om Ateas prissättning i tidigare genomförda upphandlingar och nu aktuell prisdifferens mellan anbuden, medför ingen annan bedömning.

Otillbörligt informationsövertag

Crayon gör gällande att Atea vid anbudstillfället har haft ett informationsövertag och framför i denna del bl.a. följande. Antingen har Atea fått information om att Landstinget i betydande omfattning även avser att köpa andra licenser under avtalstiden än de som framgår av avropsförfrågan och därför kunnat räkna in dessa i sin kalkyl, eller så känner Atea till att Landstinget inte avser att köpa vissa licenser varvid Atea kraftigt kunnat underprissätta dessa i syfte att få en lägre viktning av varukorgen. Landstinget har efterfrågat Microsoft-konsulter i upphandlingen, trots att några Microsoft-licenser inte tagits med i varukorgen. I avropsförfrågan (punkten 2.3) anges att Landstinget avser att effektivisera sin licenshantering genom att

lägga så många som möjligt av sina licensavrop under en licenspartner som upphandlas. Om detta innebär att Landstinget avser att köpa och förnya underhåll även av Microsoft-licenser under nu aktuell upphandling, borde sådan väsentlig information angetts i avropsförfrågan. Det åligger en upphandlande myndighet att ta fram en varukorg som är representativ för vad som avses köpas in. Om varukorgen inte är representativ ska avropsförfrågan innehålla information om detta och hur det faktiska inköpsmönstret kommer att se ut, i syfte att neutralisera det informationsövertag som den befintlige leverantören annars har.

Landstinget bestrider såväl Crayons påstående om att Atea skulle ha försetts med någon information utöver vad som framgår av förfrågningsunderlaget som påståendet om att Landstinget skulle ha förbundit sig att köpa andra licenser än de som framgår av varukorgen. Landstinget anför vidare bl.a. följande. Upphandlingen omfattas av de licenser och underhållsavtal som framgår av avropsförfrågan. Genom statistik och kunskaper om verksamheten omfattar den publicerade varukorgen Landstingets fullständiga behov under den aktuella avtalstiden. Crayons antagande om vad Landstinget kan komma att anskaffa i framtiden saknar grund.

Förvaltningsrätten konstaterar att det ligger i sakens natur att en tidigare eller befintlig leverantör av en viss vara eller tjänst också besitter viss information om upphandlingsförmålet och hur avrop rent faktiskt har kommit att ske från ett ramavtal. Redan här kan en befintlig leverantör sägas ha ett informationsövertag i förhållande till andra leverantörer på marknaden som inte står eller har stått i avtalsförbindelse med en upphandlande myndighet. Endast den omständigheten att Atea i egenskap av befintlig leverantör kan tänkas ha kännedom om hur avrop tidigare genomförts, medför enligt förvaltningsrättens mening ingen presumtion för att en otillbörlig konkurrensfördel föreligger vid nu aktuell upphandling eller att upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrätten i Stock-

holms dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09). Förvaltningsrätten anser att det åligger Crayon att visa att Atea har fått en otillbörlig fördel i upphandlingen och att principen om likabehandling och transparens har åsidosatts i upphandlingsförfarandet på ett sätt har medfört skada eller risk för skada för bolaget.

Crayons antagande om att Atea har erhållit väsentlig information om Landstingets faktiska och framtida behov som inte gjorts tillgänglig i förfrågningsunderlaget, tar sin huvudsakliga utgångspunkt i Ateas prissättning av de programlicenser och underhåll som ingår i varukorgen. Crayons resonemang bygger således på uppfattningen att den s.k. varukorg som Landstinget använt sig av i upphandlingen överhuvudtaget inte är representativ för Landstingets faktiska behov. Såvitt förvaltningsrätten förstår, består varukorgen av namngivna program med uppgift om volymen nuvarande respektive nya licenser. Landstinget har för sin del uppgett att den publicerade varukorgen har tagits fram med hjälp av statistik och kunskap om verksamheten och att denna omfattar Landstingets fullständiga behov under avtalstiden. Förvaltningsrätten finner inte att Crayon framfört några konkreta omständigheter som visar att den publicerade varukorgen inte skulle vara representativ för Landstingets anskaffningsbehov. Enligt förvaltningsrättens bedömning har Crayon, genom den argumentation som förts, inte visat att Atea i nu aktuellt avrop har haft en fördel i förhållande till Crayon som medfört en snedvridning av konkurrensen. Såväl Crayon som övriga anbudsgivare bör med ledning av den information som Landstinget lämnat i förfrågningsunderlaget ha haft möjlighet att utforma konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen.

Brister i avropsförfrågan

Crayon gör gällande att avropsförfrågan är bristfällig och anför i denna del bl.a. följande. Avropsförfrågan är otydligt utformad vad gäller förutsättningarna för hur varukorgen ska prissättas och vilken omfattning och vo-

lym som ska avropas. Otydligheterna har gjort det omöjligt för anbudsgivarna att tolka denna på samma sätt, vilket resulterat i oförklarliga prisdifferenser mellan Crayons och Ateas anbud. Landstinget uppger i avropsförfrågan (punkten 2.3) att man köper licenser för ca 11 miljoner kr/år och konsultstöd för 4,5 miljoner kr/år. Det finns emellertid inget angivet om vilka licenser och antalet licenser som Landstinget avser köpa under avtalstiden. Istället anges att angivna volymer kan komma att förändras under avtalstiden (punkten 2.2 i avropsförfrågan). Anbudsgivaren har under dessa förutsättningar haft att utgå från att den av Landstinget angivna varukorgen är representativ för Landstingets förväntade behov under avtalstiden. Såvitt Crayon kan förstå beror de lägre priser som Atea offererat bl.a. på att Atea genomgående för Adobes produkter har offererat ett pris som motsvarar månadspriset vid hyra av ifrågavarande produkter under ett år. Crayon har för samma Adobe produkter offererat ett pris motsvarande vad respektive produkt kostar att köpa samt ett års underhållskostnad. Ingenting i avropsförfrågan tyder på att det är annat än köp som efterfrågas och att avtalstiden är 12 månader.

Landstinget uppger att det av förfrågningsunderlaget framgår att det är åpriset för licens som ska anges och menar vidare att förfrågningsunderlaget är inte utformat så, att anbudsgivare varit förhindrade att avge anbud innebärande hyra istället för köp.

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Såsom Crayon pekat på innehåller avropsförfrågan vissa skrivningar som indikerar att det är priset för licensköp som avses. Även om det är traditionella programlicenser som i första hand åsyftas, kan förvaltningsrätten emellertid inte utläsa något uttryckligt förbud mot att anbudsgivare avger anbud utifrån andra licensmodeller med andra bakomliggande licenslösningar gentemot licensgivaren. Utifrån vad Landstinget har uppgett har det inte heller varit avsikten att begränsa anbudsgivarna till att endast avge anbud innebärande köp. Av förfrågningsunderlaget (prisbilaga) kan utläsas att leverantören ska ange å priset för licens respektive underhållspris/st och år. Förvaltningsrätten anser visserligen att denna information i sig är tydlig, men konstaterar att det inte finns angivet något om vilken tidsperiod som angivna a'-priser för licenser ska lämnas för. Detta torde, särskilt mot bakgrund av att även licenspriser för hyra kan lämnas, innebära en risk för att angivna licenspriser inte kan jämföras på ett rättvisande sätt vid utvärderingen. Förvaltningsrätten anser därför att avropsförfrågan brister i transparens. Med hänsyn till att bristen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede föreligger förutsättningar att förordna om att avropet ska göras om.

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



Karin Forslund Johansson
rådman