



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2014-12-16
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 27174-14

KONKURRENSVERKET	
2014-12-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Proact IT Sweden AB, 556328-2754

Ombud: Advokat Johan Linder Säverman
 Wistrand Advokatbyrå
 Box 7543
 103 93 Stockholm

MOTPART

Skatteverket
 171 94 Solna

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Proact IT Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 550107

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDE M.M.

Skatteverket genomför med åberopande av Kammarkollegiets ramavtal *Servrar, lagring samt näraliggande produkter och tjänster 2012* en förnyad konkurrensutsättning avseende utbyggnad av NetApp FAS3240 (dnr 131 563309-14/21). Samtliga leverantörer i ramavtalet fick inbjudan att lämna avropssvar. Det inkom tre avropssvar som samtliga uppfyllde ställda krav. Utvärderingskriterier var pris samt tillgång till svensktalande support och tilldelningsgrund var ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. Genom tilldelningsbeslut den 5 november 2014 erbjöds annan anbudsgivare än Proact IT Sweden AB (bolaget) att teckna leveransavtal avseende uppgradering, utbyggnad och support av befintlig NAS-lösning på NetApp inklusive optioner.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om att rättelse ska ske på så sätt att utvärderingen görs om och även ska omfatta offererat pris vid samtida beställning av option samt att vinnande anbudsgivare inte ska erhålla prisavdrag avseende utvärderingskriterierna "Avdrag svensktalande support" samt "Avdrag minst 2 svensktalande personer på NCIE". Som grund för detta yrkande anger bolaget följande. Upphandlingen har genomförts i strid mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens samt mot bestämmelsen i 3 kap. 3 § LOU om att värdet av optionsklausuler ska beaktas vid beräkning av kontraktsvärdet. Skatteverket har också tillämpat utvärderingskriterierna "Avdrag svensktalande support" och "Avdrag minst 2 svensktalande personer på NCIE" på ett felaktigt sätt. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Som grund för detta yrkande anges att det finns otydligheter i förfrågningsunderlaget som gör att leverantörerna inte kan avgöra vad Skatteverket tillmäter betydelse vid upphandlingen. Bolaget anger sig riskera att lida skada eftersom Skatteverket avser att teckna avtal med annan leverantör.

Skatteverket yrkar att bolagets ansökan ska avslås och anger som grund för sin inställning följande. Skatteverket har utvärderat i enlighet med förfrågningsunderlaget och den tilldelade leverantören uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Skatteverket har inte heller brutit mot principen om likabehandling eftersom Skatteverket inte har särbehandlat någon anbudsgivare vid vare sig fastställande av krav eller utvärdering av anbud. Skatteverket har inte heller brutit mot principen om transparens eftersom det tydligt har framgått av anbudsförfrågan vad som utvärderas och på vilket sätt utvärderingen sker.

Bolagets utvecklande av talan

Frågan om utvärderingen ska omfatta värdet av optionen

Av förfrågningsunderlaget punkt 4.3 framgår att anbudsgivarna ska ange två olika totalpriser, dels ett totalpris vid samtida beställning av två produkter avseende uppgradering och utbyggnad, support och underhåll samt tekniska tjänster, dels ett totalpris för option vid samtida beställning av mjukvara och licenser, CIFS och Snap Vault. Av förfrågningsunderlaget punkt 7.1 och 7.2 framgår att priskorgen motsvarar totalpris vid samtidig beställning enligt punkt 4.3 och att utvärderingsprincipen ekonomiskt mest fördelaktigt anbud tillämpas. Detta innebär att även optionen ska beaktas vid utvärderingen av offererat pris eftersom den ingår i punkt 4.3. Detta är också självklart eftersom det uttryckligen anges i 3 kap. 3 § LOU att värdet av ett kontrakt ska beräknas med beaktande av options- och förlängningsklausuler.

Enligt rättspraxis ska det vid utvärdering av anbud tas hänsyn till eventuell förlängningstid eller optionstid om det föreligger skyldighet för leverantören att tillhandahålla tjänsten. Aktuell option gäller till upphandlande myndighets förmån och leverantörerna är skyldiga att leverera optionen om den påkallas. Skatteverket har dock inte beaktat värdet av options-

klausulen. Om detta värde hade beaktats så hade bolaget haft det lägsta utvärderingspriset och tilldelats kontrakt.

De krav som anges i förfrågningsunderlaget måste vara klara till sin innebörd och det är inte acceptabelt att anbudsgivare ska leta efter vilka krav som ställs på t.ex. pris på olika ställen i förfrågningsunderlaget. Av punkt 7.2 i förfrågningsunderlaget framgår att det är offererat totalpris som ska utvärderas. Anbudsgivarna har således haft anledning att utgå från att hänsyn tas även till optionen vid utvärderingen. Den omständigheten att det står "Svaret utvärderas" i en av textrutorna under punkt 4.4 i förfrågningsunderlaget medför inte att Skatteverket skulle kunna underlåta att utvärdera optionen.

Det skulle dessutom strida mot de grundläggande principerna att inte utvärdera optionen, oavsett hur förfrågningsunderlaget är utformat eftersom det är uppenbart att utvärderingsmodellen kan manipuleras. Om det inte tas hänsyn till optionen vid utvärdering av anbuderna kan anbudsgivarna felaktigt hänföra kostnader till optionen vilka rätteligen är att hänföra till övriga delar av kontraktet.

Frågan om prisavdrag för vinnande anbud avseende två utvärderingskriterier

Av förfrågningsunderlaget punkt 4.2.4 Support och underhåll framgår att Premium Support 24*7 4 timmars inställelse i 36 månader ska offereras för både uppgraderingslösningen och utbyggnadslösningen. Det framgår vidare av punkt 4.2.6 att Skatteverket har som önskan att support för 1:a och 2:a linjen är svensktalande samt att 2:a linjen (svensktalande) support bör vara minst 2 personer på NCIE-nivå. Dessa två senare "bör-krav" utvärderas enligt vad som anges i punkt 7.2 genom att vissa prisavdrag kan erhållas om kraven uppfylls. Första och andra linjens support innebär mer än att det bara finns rätt certifierade konsulter för att kunna utföra felsök-

ning m.m. Det krävs även en organisation för att kunna tillhandahålla support 24*7, vilket förutsätts enligt förfrågningsunderlaget. Även tillgången till reservdelar är viktig, så att dessa finns på plats hos samarbetspartnern för att snabbt kunna åtgärda felen. För att få detta att fungera krävs en viss typ av partnerstatus. I dagsläget är det, av de leverantörer som har lämnat anbud, endast bolaget som har sådan partnerstatus. Vid utvärdering av de nämnda kraven på svensktalande support borde därför endast bolaget ha tillgodoräknats prisavdrag.

Frågan om otydligt förfrågningsunderlag

Innebörden av kraven ställda i förfrågningsunderlagets punkt 4.2.4 och 4.2.6 gällande support och underhåll är så otydliga att leverantörerna på grundval av detta inte kan avgöra vad Skatteverket tillmäter betydelse vid upphandlingen. Den närmare innebörden av första och andra linjens support är inte beskriven i förfrågningsunderlaget. Det framgår inte heller vad Skatteverket tillmäter betydelse med uttrycket att andra linjens support bör vara ”minst” två personer med certifiering. Inom branschen är den sedvanliga innebörden av andra linjens support betydligt mer omfattande än vad ordalydelsen av Skatteverkets förfrågningsunderlag ger vid handen. Detta synes också vara anledningen till att en beskrivning av hur kravet ska säkras måste lämnas i anbudet. Om det endast hade krävts två svensktalande personer med viss certifiering så hade det naturligtvis räckt med att ange detta. Bolaget har givetvis, utifrån sin erfarenhet av hur kravet på andra linjens support normalt uppfattas, utformat sitt anbud i enlighet därmed. Detta innebär att bolaget har offererat betydligt mer omfattande supportorganisation än enbart två svensktalande, certifierade personer.

Skatteverkets utvecklande av talan

Frågan om utvärderingen ska omfatta värdet av optionen

Det lagrum som bolaget åberopar, 3 kap. 3 § LOU, tar sikte på beräkning av kontraktsvärdet vilket inte är samma sak som utvärderingsvärdet. Upphandlande myndighet har rätt att bestämma vad myndigheten vill utvärdera. Skatteverket har på ett tydligt sätt beskrivit vilka värden som ingår i utvärderingen och vilka värden som inte ingår.

I punkt 4.3 **Totalpris och leveranstid** anges följande:

Totalpris vid samtida beställning av:	
Uppgradering av FAS 3240 till FAS 8020	
Utbyggnad med FAS 8040	
Support och underhåll	
Tekniska tjänster	Kronor
	<i>Svaret utvärderas</i>
Totalpris vid samtida beställning av:	
CIFS	
SnapVault	Kronor

Frågan om prisavdrag för vinnande anbud avseende två utvärderingskriterier

Skatteverket har tydligt beskrivit att frågorna ”Avdrag svensktalande support” och ”Minst 2 svensktalande personer på NCIE-nivå” är frågor som kommer att utvärderas och att ett positivt svar innebär en reduktion av anbudspriset. I vinnande anbud har svaret ja angetts på båda frågorna och därför har full utdelning erhållits med en sänkning av utvärderingspriset med 100 000 kr respektive 150 000 kr. Förfrågningsunderlaget är utformat så att anbudsgivare ska svara ja eller nej på detta obligatoriska krav. Det har inte framkommit någon information som föranleder Skatteverket att omvärdera beslutet.

Det partnerskap som bolaget har beskrivit i sin begäran om överprövning är inte ett krav som har kravställts i förfrågningsunderlaget.

Frågan om otydligt förfrågningsunderlag

Bolagets andrahandsyrkande baseras på att förfrågningsunderlaget är så otydligt formulerat att anbudsgivarna inte kunnat avgöra vad Skatteverket tillmäter betydelse vid avropet. Skatteverket anser att det med stor tydlighet framgår att myndigheten tillmäter stort värde vid att supporten är svensktalande.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

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. Vidare anges i 16 kap. 6 § LOU att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Vidare är LOU en procedurlagstiftning. Det innebär att domstolen vid en ansökan om överprövning endast kan bedöma om upphandlande myndighet har följt lagstiftningen vid genomförandet av upphand-

lingen och, i de fall som brott mot LOU har förekommit, ingripa genom att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § denna lag.

Frågan om utvärderingen ska omfatta värdet av optionen

Regelverken om offentlig upphandling innehåller inte några närmare formregler för hur en anbudsutvärdering ska gå till eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. En upphandlande myndighet kan i princip välja vilken metod som helst för att jämföra anbud så länge den kan anses uppfylla de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Bolaget redogör för att det i förfrågningsunderlaget efterfrågas två olika totalpriser varav det ena gäller totalpris för aktuell option. Bolaget anser att totalpriset för optionen ska beaktas vid utvärderingen och har anfört flera olika skäl för detta.

Inledningsvis kan konstateras att 3 kap. 3 § LOU reglerar hur värdet av ett kontrakt ska beräknas inför upphandlande myndighets beslut om vilka bestämmelser som ska vara tillämpliga i dess upphandling, reglerna för det direktivstyrda området eller de svenska reglerna. Vad som stadgas i denna paragraf gällande värdet av optionsklausuler är således inte relevant när det gäller utformningen av utvärderingsmodeller.

Förvaltningsrätten anser inte att vad som anges i förfrågningsunderlagets punkt 7.2, om att priskorgen motsvarar offererat totalpris vid samtidig beställning enligt punkt 4.3, utgör skäl för att offererat totalpris ska anses omfatta totalpriset för optionen. Det anges klart och tydligt i punkt 4.3 att svaret avseende totalpris för uppbyggnad och utbyggnad m.m. utvärderas samtidigt som det inte anges att svaret avseende totalpris för optionen ska utvärderas. Anbudsgivarna har således inte haft anledning att utgå från att det skulle tas hänsyn även till optionen vid utvärderingen. Förfrågnings-

underlaget ger också anbudsgivarna möjlighet att utläsa hur utvärderingen ska gå till utan att behöva leta efter vilka krav som ställs.

Med beaktande av hur efterfrågade produkter och tjänster beskrivs i förfrågningsunderlaget, i t.ex. 4.2.2 och 4.2.3, så kan förvaltningsrätten inte förstå annat än att optionen avser klart definierad mjukvara och licens som inte ingår i upphandlingen i övrigt. Utvärderingsmodellens konstruktion, där priset för optionen inte utvärderas, kan därför inte anses vara manipulerbar på så sätt att anbudsgivarna felaktigt kan hänföra kostnader till optionen som egentligen tillhör övriga delar av kontraktet.

Frågan om prisavdrag för vinnande anbud avseende två utvärderingskriterier

Av tilldelningsbeslutet framgår att både bolaget och vinnande leverantör har fått full utdelning vid utvärderingen med en sänkning av utvärderingspriset med 100 000 kr respektive 150 000 kr gällande "Avdrag svensktalande support" och "Minst 2 svensktalande personer på NCIE-nivå". De aktuella frågorna i förfrågningsunderlaget ska besvaras med ja eller nej. Vinnande leverantör har svarat ja på dessa båda frågor.

Bolaget har anfört att det krävs en partnerstatus för att kunna uppfylla de krav på support och underhåll som ställs i punkt 4.2.4 och 4.2.6. och anger att bolaget är den enda av de anbudsgivande leverantörerna som har ett sådant. I förfrågningsunderlaget har det dock inte ställts något sådant krav på sådant partnerskap varför detta förhållande inte kan medföra att endast bolaget ska tillgodoräknas prisavdrag.

Frågan om otydligt förfrågningsunderlag

Den upphandlande myndigheten har stor frihet att formulera kraven i förfrågningsunderlaget utifrån sina behov så länge kraven är transparenta och

inte strider mot de grundläggande principerna i LOU. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. De ställda kraven ska också vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se EU-domstolens i mål C-19/00 SIAC Construction punkt 42).

I förfrågningsunderlaget **4.2.4 Support och underhåll** anges följande:

Premium Support 24*7 4 timmars inställelse i 36 månader *ska* offereras för både uppgraderingslösningen (punkt 4.2.1) och utbyggnadslösningen (punkt 4.2.2)

Ange totalpris för ovan support och underhåll

Kronor

I förfrågningsunderlaget **4.2.6 Övrigt** anges gällande support följande:

Skatteverket har som önskan att Support för 1:a och 2:a linjen *är* svensktalande

Uppfylls och accepteras kravet? *Svaret utvärderas*

Ja Nej

2:a linjen (svensktalande) support *bör* vara minst 2 personer på NCIE (NetApp Certified Implementation Engineer)-nivå

Uppfylls och accepteras kravet? *Svaret utvärderas*

Ja Nej

Beskriv hur detta säkras

Förvaltningsrätten anser att dessa båda avsnitt i förfrågningsunderlaget är utformade på ett sådant sätt att en leverantör utifrån vad som anges kan avgöra vad Skatteverket tillmäter betydelse vid upphandlingen. För en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan det inte anses finnas utrymme för något tvivel om vad som efterfrågas och hur anbudet ska utformas.

Bolaget hänvisar till vad som anges vara den sedvanliga innebörden av andra linjens support och anger att denna innebörd är betydligt mer omfattande än vad ordalydelsen i Skatteverkets förfrågningsunderlag ger vid handen. Bolaget anger att det, utifrån sin erfarenhet av hur kravet på andra linjens support normalt uppfattas, har offererat en betydligt mer omfattande supportorganisation än enbart två svensktalande, certifierade personer. Att bolaget har valt att tolka skrivningen i förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att kravet uppfattats som högre ställt än vad det enligt ordalydelsen faktiskt har varit utgör dock inte skäl för att anse att förfrågningsunderlaget är otydligt.

Förvaltningsrätten har redan tidigare konstaterat att det inte har ställts något krav på sådan partnerstatus som bolaget har varför avsaknaden av tydligt uttryck för detta krav i förfrågningsunderlaget inte heller utgör en otydlighet.

Slutsats

Sammanfattningsvis har Skatteverket inte handlat i strid mot de principer som bär upp LOU. Det saknas därmed grund för ingripande med stöd av denna lag. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 A LOU).

Kirsi Laakso Utvik, rådman

Föredraganden Anna Cederberg har handlagt målet.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.