



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2013-04-19
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 1005-13

SÖKANDE

Atea Sverige AB, 556448-0282
 Box 18
 164 93 Kista

Ombud: Jur.kand. Annika Blomqvist och jur.kand. Christo
 Advokatfirman DLA Nordic KB
 Box 7315
 103 90 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016
 SLL Upphandling
 Box 22550
 104 22 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-04-23	
Avd	
Dnr	
KSnf	Antbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Stockholms läns landstings förnyade
 konkurrensutsättning avseende licenspartner (LS 1210-1400) ska göras om.

Dok.Id 331881

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

Stockholms läns landsting (landstinget) genomför ett avrop avseende licenspartner genom förnyad konkurrensutsättning från ramavtalet "Licenspartner 2010" (dnr LS 1210-1400). Avropet avser programvara och underhåll av landstingets licenser. Av avropsförfrågan framgår att avtalet ska gälla från och med 2013-02-01 till och med 2016-02-01 med möjlighet till förlängning i maximalt 24 månader. Vidare framgår att vald utvärderingsmodell är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Avropsförfrågan skickades till samtliga ramavtalsleverantörer den 12 november 2012 och anbudstiden löpte ut den 30 november 2012. Enligt tilldelningsbeslut den 28 december 2012 tecknas avtal med Crayon AB som lämnat anbud med lägst utvärderingspris.

YRKANDEN M.M.

Atea Sverige AB (bolaget) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att en ny utvärdering genomförs utifrån de ursprungliga anbuden mot de krav och villkor som framgår av avropsförfrågan. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning.

Bolaget har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra i huvudsak följande.

Av de ursprungliga anbud som kom in framgår att bolaget hade det lägsta jämförpriset och att bolaget hade fått maximalt böravdrag. Bolaget skulle således ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Landstinget har emellertid, efter anbudstidens utgång och efter att ha tagit del av innehållet i anbuden,

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

i flera omgångar justerat den ursprungliga avropsförfrågan och har tillåtit anbudsgivare att komma in med nya prisuppgifter som har ersatt tidigare lämnade uppgifter. Detta har medfört att en annan leverantör än bolaget slutligen tilldelats kontrakt.

Av avropsförfrågan punkt 8.1.1 framgår som obligatoriskt krav att pris för namngivna produkter ska anges i bilaga 2 a samt att angivna priser ska inkludera anbudsgivarens maximala påslag. Samtliga kolumner ska vara ifyllda. Av avropsförfrågan framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas och att utvärderingspriset är lika med jämförpris minus böravdrag. De priser som anges i bilaga 2 a ligger således till grund för utvärderingen av anbuden och utgör tilldelningskriterium i upphandlingen. Då maximalt böravdrag är 1,4 MSEK är angivna priser av avgörande betydelse.

Allmänt

Efter att förfrågningsunderlaget har skickats ut är den upphandlande myndigheten förhindrad att ändra de villkor och förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget, vilket följer av 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Det finns vissa möjligheter att förtydliga förfrågningsunderlaget men myndigheten får under inga omständigheter förändra eller frånfalla några av de krav eller förutsättningar som följer av förfrågningsunderlaget. Alla förtydliganden måste även ske under anbudstiden. Landstinget har inte haft rätt att förtydliga eller komplettera förfrågningsunderlaget med stöd av 9 kap. 8 § LOU, som endast avser justering av anbud.

I och med att landstingets begäran om förtydliganden har inneburit en risk för särbehandling och konkurrensbegränsning har förutsättningarna för att tillåta anbudsgivare att justera sina anbud enligt 9 kap. 8 § LOU inte varit

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

uppfyllda. Genom att tillåta anbudsgivare att förändra sina anbud och komma in med nya prisuppgifter har landstinget agerat i strid med såväl 9 kap. 8 § LOU som de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU, i synnerhet principerna om likabehandling och transparens. Landstinget står risken för att förfrågningsunderlaget inte varit tillräckligt preciserat.

Landstingets första begäran om förtydligande

Bolaget fick en begäran om förtydligande den 10 december 2012 med svarstid den 11 december 2012. Förtydligandet avsåg dels att bolaget skulle bekräfta att offererade priser inkluderade påslag, dels att 27 produkter förtydligades med artikelnummer samt att bolaget skulle kontrollera uppdaterade priser. Övriga anbudsgivare har samma dag fått begäran om förtydliganden som dock har avsett andra produkter och priser. Detta förfarande strider mot principerna om likabehandling och transparens.

Genom att ange artikelnummer har landstinget de facto ändrat i bilaga 2 a genom att snäva in beskrivningen av vad som ska prissättas i förhållande till den ursprungliga prisbilagan. Detta har medfört att produkter som ursprungligen omfattades av beskrivningen och kunde prissättas enligt den ursprungliga avropsförfrågan inte längre omfattades av bilaga 2 a. Landstingets s.k. förtydligande har inneburit en otillåten förändring av de ursprungliga förutsättningarna i upphandlingen.

Vad gäller en av de övriga anbudsgivarna, Fujitsu Sweden AB, framgår av förtydligandet att den anbudsgivaren inte har uppfyllt ett skall-krav i avropsförfrågan och har fått möjlighet att avhjälpa den bristen i anbudet.

Landstingets andra begäran om förtydligande

Den 13 december 2012 fick bolaget en ny begäran om förtydligande avseende prissättningen för tio angivna produkter. Svarstiden sträckte sig till den 14 december 2012. Andra anbudsgivare har fått en andra begäran om förtydliganden först den 14 december 2012 samt längre svarstider, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Landstingets tredje begäran om förtydligande

Den 19 december 2012 fick bolaget ännu en begäran om förtydligande avseende prissättningen för vissa produkter. Svarstiden sträckte sig till den 20 december 2012. I begäran framgår även att landstinget har ändrat förutsättningarna i förfrågningsunderlaget genom att snäva in de produkter som angavs i den ursprungliga prisbilagan så att färre produkter kan prissättas än vad som ursprungligen var fallet. Av begäran framgår att landstinget har för avsikt att ersätta tidigare lämnade prisuppgifter om bolaget skulle lämna nya prisuppgifter, vilket strider mot LOU.

Vidare framgår att landstinget från årsskiftet går in i nya avtal med Microsoft, varför landstinget ersätter 39 av totalt 96 produkter i den ursprungliga prisbilagan med 44 nya produkter som ska prissättas. Detta innebär en mycket stor förändring av de ursprungliga förutsättningarna samt en förändring av tilldelningskriterier, vilket strider mot LOU.

Ytterligare begäran om förtydliganden

Därutöver har andra anbudsgivare, men inte bolaget, fått ytterligare en begäran om förtydligande den 20 december 2012 med angiven svarstid först den 27 december 2012. Dessa anbudsgivare har således fått längre svarstid än vad bolaget fick. Begäran avsåg kontroll av lämnade priser

samt förtydliganden av vissa uppgifter. Mot bakgrund av prisernas stora betydelse för utfallet kan det inte uteslutas att detta har påverkat utfallet och att bolaget har lidit nackdel i förhållande till övriga anbudsgivare.

Sammanfattningsvis borde landstingets begäran om förtydliganden ha avsett samma produkter för att inte åsidosätta likabehandlingsprincipen.

Muntliga kontakter

Utöver landstingets skriftliga begäran om förtydliganden har bolaget kontaktats per telefon av landstingets konsulter. Bolaget har uppmanats att justera sina priser tills det blir rätt och har känt sig tvingat att höja sina priser för att inte riskera att uteslutas ur upphandlingen. Även denna hantering från landstingets sida strider mot LOU.

Brister/ändringar i förfrågningsunderlaget

Oavsett om landstinget anser att det har funnits brister i förfrågningsunderlaget har landstinget varit skyldigt att utvärdera anbuderna i enlighet med de ursprungliga förutsättningarna så länge som de produkter som anbudsgivarna har prissatt ligger inom ramen för vad som omfattas av namngivna produkter. Bolagets prissättning har gjorts i enlighet med anvisningarna i förfrågningsunderlaget och utifrån en rimlig tolkning av upphandlingsunderlaget. Landstinget har inte genomgående efterfrågat nyanskaffningar av produkter utan i stället underhåll för vissa produkter. Den omständigheten att det i avropsförfrågan talas om "framtida behov och successiva anskaffningar" innebär inte en instruktion ifråga om prisangivelse. Det finns ingen instruktion om att prissätta kommande licensår i avropsförfrågan. I och med att avropsförfrågan skickades ut i november 2012 var det naturligt att ange de då gällande priserna. Landstinget bär ansvaret för att förfrågningsunderlaget är transparent och

motsvarar landstingets önskemål. Det är inte fråga om någon manipulering av priser när anbudsgivare prissätter enligt de förutsättningar som myndigheten ställt upp.

Landstingets resonemang om att bolaget skulle ha angett priser för kommande licensår, trots att det är gällande priser som efterfrågas, är obegripligt. Det är ostridigt att det är nu gällande priser som har efterfrågats, dvs. de priser som gäller för licensår 1.

Landstinget har gjort omfattande och väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget efter anbudstidens utgång genom att ange artikelnummer, justera volym och byta ut produkter. Ett förfrågningsunderlag får inte justeras, förändras eller konkretiseras efter anbudstidens utgång. Detta skulle möjliggöra en fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten. Kammarrätten i Stockholm har i mål nr 7405-08 funnit att myndighetens begäran om förtydligande eller komplettering av lämnade anbud i realiteten var en otillåten förändring av förfrågningsunderlaget. Situationen är att likställa med den nu aktuella. De justeringar som skedde efter att landstinget ingått nya avtal med Microsoft kan inte beaktas i upphandlingen, då detta ligger i tiden efter annonsering och anbudstidens utgång. Vid tecknande av avtal med Microsoft skapas en helt ny CPS som är en kundunik prislista som gäller för just det avtalet och innebär nya villkor och nya priser. Detta innebär i praktiken en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Även om endast åtta artiklar tillkom, så skulle de ensamma ha stått för en värdeökning på ca 10 miljoner kr.

I vart fall ska upphandlingen göras om på grund av brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget avseende prisbilaga 2 a. Det torde vara ostridigt att produkterna i bilaga 2 a inte har uppfyllt kraven på transparens, mot bakgrund av att landstinget har behövt förtydliga produkterna i bilagan.

Kontraktets löptid

Vad gäller kontraktstiden konstateras att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl, vilket följer av 5 kap. 3 § LOU. Kontrakt som avropas med stöd av ramavtalet ska ha samma längd. I det nu aktuella fallet har ramavtalet en maximal löptid på fyra år, vilket innebär att kontraktstiden enligt avropsförfrågan strider mot LOU. Oaktat detta finns det inte särskilda skäl för att förlänga avtalstiden (jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 5609–5629-10).

Skada

Bolaget skulle ha tilldelats kontrakt om landstinget hade genomfört prövningen av anbudet i enlighet med avropsförfrågan. De nya anbudet avser andra produkter och priser än de ursprungliga och har även inneburit ett annat upphandlingsresultat. Landstingets agerande har inneburit att bolaget har lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada.

Landstinget har utvecklat grunderna för sin talan genom att i huvudsak anföra följande.

Upphandlingen har genomförts på ett korrekt sätt och landstinget har inte på något sätt brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

I målet är fråga om anskaffning av tredjepartsprodukter, vilket innebär att landstinget är beroende av de licensmodeller, immaterialrättsliga nyttjandevillkor och rabatter som stora programvarutillverkare som t.ex. Microsoft har mot offentlig sektor. För Microsoftprodukter innebär detta att nya avtal, som anger de grundläggande licensvillkoren och

licensmodeller utifrån licenstagarens specifika organisation och förutsättningar – Enterprise Agreement (EA) och Enterprise Subscription Agreement (ESA) – ingås med jämna mellanrum. Först när dessa villkor är bestämda får de ramavtalsanslutna leverantörerna sina inköpspriser direkt från tillverkaren, t.ex. Microsoft, på vilka de bestämmer egna prispåslag.

Föremålet för upphandlingen är ett framåtblickande kontrakt, där licenspartnern ska ansvara för en så stor del som möjligt av landstingets licenser. I avropsförfrågan framgår att leveransavtalet ska omfatta successiva leveranser av programvaror och ge möjlighet att anskaffa även annan och ny programvara än i förtecknad specifikation. Det poängteras att priset ska anges för anskaffningar av produkter (programvarulicenser) samt underhåll (uppgraderingsavtal för licenser). Vidare framgår att anbudsgivarna ska ange maximalt påslag som kommer att adderas till inköpspriserna för respektive produkt. Det framgår tydligt att angivna priser ska omfatta nyanskaffningar och inte enbart uppgraderingsavtal, dvs. förnyelser av redan befintliga licenser. Priset på förnyelser av befintliga licenser är mycket lägre än priset för nyanskaffning. I avropsförfrågan anges även att landstinget under utvärderingen kan komma att begära uppgifter om inköpspriser för de produkter som anbudsgivarna lämnat pris på för att kontrollera att uppgiften om prispåslag används konsekvent i bilaga 2 a.

Förfrågningsunderlaget

Det har inte skett någon väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget eller föremålet för upphandlingen. Smärre justeringar eller konkretiseringar av tidigare lämnade uppgifter i förfrågningsunderlaget bör vara tillåtna, så länge det inte handlar om en ändring av obligatoriska krav, utvärderingsmodell eller utvärderingskriterier.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Av 9 kap. 8 § LOU följer att en myndighet får begära att anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Att en myndighet ställer frågor eller stämmer av att samtliga anbudsgivare har uppfattat avropsförfrågan på rätt sätt kan inte anses strida mot bestämmelsen (jfr prop. 2006/07:128 s. 377).

Landstinget har konkretiserat uppgifter om redan tidigare namngivna produkter i bilaga 2 a genom att ange korrekt artikelnummer och genom att precisera volymen för vissa Microsoftprodukter. Artikelnumret syftar till att ange den exakta versionen/uppdateringen av en viss programvara. Landstinget har även i enstaka fall preciserat vilket licensår som ska gälla. Något omfattande utbyte av vissa Microsoftprodukter har inte skett. Inga tilldelningskriterier har ändrats. Det finns inga särskilda bestämmelser som uttryckligen behandlar förutsättningarna för förändringar av förfrågningsunderlag, vare sig i upphandlingsdirektiven eller i LOU. I många sammanhang hänvisas det slentrianmässigt till EU-domstolens avgörande i mål C-278/01. Den enda slutsatsen som kan dras från det avgörandet är att det inte är tillåtet att göra väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget. Av fast kammarrättspraxis framgår att endast väsentliga ändringar i ett förfrågningsunderlag kan utgöra sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling.

Det kammarrättsavgörande som åberopats av bolaget (Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 7405-08) skiljer sig från det nu aktuella målet. Ändringarna i förfrågningsunderlaget innebar bl.a. att helt nya specifikationer avseende kostnader hade tillförts förfrågningsunderlaget.

Samtliga anbudsgivare har med anledning av de förtydligade uppgifterna fått möjlighet att kontrollera att de har lämnat rätt priser. Samtliga anbudsgivare har behandlats lika genom att de har fått samma underlag och samma förutsättningar att komma in med svar, i princip en arbetsdag från

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

den dag myndigheten skickade begäran om förtydligande. I enlighet med likabehandlingsprincipen har lika fall behandlats lika och olika fall olika, vilket har inneburit att landstinget har skickat olika begäran om förtydliganden till de olika anbudsgivarna. Detta är förenligt med LOU.

Landstingets första begäran om förtydligande

Priserna på samtliga produkter ska inte avse tidigare licensår utan för vissa produkter gäller licensår 2013 och framåt. Detta framgår av förfrågningsunderlaget. Landstinget har inte påstått att endast nyanskaffningar har efterfrågats. Efter att anbudena kommit in upptäcktes oförklarligt stora skillnader i offererade priser på vissa produkter. I enlighet med 9 kap. 8 § LOU skickades en begäran om förtydligande till samtliga anbudsgivare och vissa programvaror konkretiserades med uppgift om artikelnummer, varvid samtliga anbudsgivare fick möjlighet att kontrollera sina priser. Trots svar från bolaget kvarstod fortfarande oförklarligt låga priser på vissa programvaror i bolagets anbud.

Vad gäller anbudet från Fujitsu Sweden AB framgick att två svarsalternativ var ikryssade samtidigt, vilket ofta beror på en uppenbar felskrivning eller felräkning. Fujitsu Sweden AB fick möjlighet att avhjälpa bristen. Detta förfarande har inte inneburit skada eller risk för skada för sökanden.

Landstingets andra begäran om förtydligande

Landstinget ville försäkra sig om att anbudsgivarna hade uppfattat det som efterfrågas i upphandlingens bilaga 2 a på samma sätt, varför bolaget ombads att förtydliga sin prissättning och ange om alternativa priser kan förekomma. Efter att svar från bolaget hade kommit in kunde konstateras att bolaget hade angett priser för förnyelser avseende vissa produkter, trots att landstinget efterfrågar nyanskaffningar för produkterna, samt att

offererat pris på två Microsoftprodukter avsåg fel licensår. För Microsoftprodukter framgår det redan av produktnamnet om det är ny licens eller endast support som efterfrågas. Detta gäller inte BMC-produkter, varför landstinget förtydligade med uppgift om produktnummer/artikelnummer. Det är anmärkningsvärt att endast bolaget missuppfattat innehållet i förfrågningsunderlaget om vilken licenstyp som efterfrågas för vissa produkter.

Det framkom tydligt att bolaget dels grundat sin prissättning på obsoleta uppgifter enligt befintligt kontrakt med landstinget för licensår 1 som inte efterfrågas i upphandlingen, dels att en sådan prissättning antagligen används strategiskt i upphandlingen. Det åligger den upphandlande myndigheten i sådana situationer att genom förtydliganden undanröja risken för missförstånd, ett missvisande utvärderingsunderlag och risken för snedvriden konkurrens.

Landstingets tredje begäran om förtydligande

Bolaget informerades om att det är nya licenser som efterfrågas avseende vissa produkter samt att det är licensår 2, inte ett redan utgången licensår, som avses för vissa Microsoftprodukter. Detta framgår även av frågor-svar nummer 3, dvs. att det är aktuella priser som efterfrågas. Först när bolaget fått samma fråga för tredje gången kunde bolaget ange tydliga prisuppgifter.

Frågan om licensår rör framförallt Microsofts EAP-avtal som löper från april 2012 till och med april 2015 och omfattar tre licensår. CPS:en (Channel Price Sheet) följer detta upplägg och anger priser för licensår 1, 2 och 3. I nu gällande CPS för EAP-avtalet anges att det för licensår 1 gäller en prisnivå, som redan har fakturerats ut av befintlig licenspartner till landstinget, dvs. bolaget. Det anges vidare att för licensår 2 (2013) gäller

ett annat högre pris, vilket är detsamma som för licensår 3. Alltså finns det bara ett prisläge kvar att välja – det för licensår 2 eller 3 – i och med att licensår 1 redan passerat vid avropskontraktets början. Samtliga anbudsgivare förutom bolaget har tolkat avropsförfrågan och EAP-avtalet på detta sätt. Det är självklart att en ny upphandlad licenspartner för 2013 och framåt kommer att utgå från licensår 2013.

I samma begäran om förtydligande kompletterades listan över vissa Microsoftprodukter med uppgift om artikelnummer och aktuella volymer. Anledningen till detta var att först då erhöles en slutgiltig överenskommelse med Microsoft angående EA och ESA, vilket innebar justering av vissa produkter och volymer för 2013, sammanlagt nio produkter.

Vid en jämförelse av de ursprungliga anbuderna med de korrigerade anbuderna framgick att en annan anbudsgivare än bolaget hade offererat det kostnadsmässigt bästa anbudet för licenserna. De förtydliganden som har gjorts i förfrågningsunderlaget och de förtydliganden och kompletteringar av lämnade anbud som har gjorts innebär inte att helt nya anbud lämnades.

Landstingets sista begäran om förtydligande

Landstinget har upprätthållit principerna om likabehandling och transparens. Den sista begäran om förtydligande innebär endast ett förtydligande av vilket licensår som gäller för vissa produkter. Bolaget hade redan fått denna information och fick därför inte samma information på nytt. Syftet var att säkerställa att förutsättningarna inte hade missförståtts.

Muntliga kontakter

Landstinget har inte genom muntliga kontakter förhandlat med eller utövat påtryckningar mot bolaget. Syftet med de samtal som har förekommit har varit att utreda bolagets prissättning för vissa produkter samt att förklara att det är viktigt att utvärderingen görs på lika grunder utan risk för särbehandling.

Kontraktets löptid

Med anledning av att det är fråga om en fortlöpande verksamhet där kontinuitet är av stor betydelse för landstinget, är det befogat att bestämma löptiden så som landstinget har gjort. Det bör också påpekas att ramavtalet är förlängt och sträcker sig fram till 31 juli 2015.

Om förvaltningsrätten anser att landstinget har handlat på ett sätt som strider mot LOU är den enda lämpliga åtgärden att upphandlingen görs om.

SKÄLEN 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.

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

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Under hela upphandlingsprocessen ska principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet iakttas. Likabehandlingsprincipen utgör ett hinder mot att anta ett anbud som inte uppfyller ställda krav. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Föremålet för den förnyade konkurrensutsättningen är programvara och underhåll av landstingets licenser. Bolaget har gjort gällande att landstinget i strid med LOU har gjort väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget, har tillåtit anbudsgivare att justera sina anbud efter anbudstidens utgång samt att avtalstiden strider mot LOU.

Kontraktets löptid

Av avropsförfrågan framgår att avtalet gäller från och med 2013-02-01 till och med 2016-02-01 med möjlighet till förlängning i maximalt 24 månader, dvs. maximalt fem år. Bolaget har uppgett att ramavtalets löptid inklusive förlängning är maximalt fyra år, vilket inte har ifrågasatts av landstinget.

Av 5 kap. 3 § LOU följer att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Av uttalanden i förarbetena framgår att det ska röra sig om undantagsfall och att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl för att tillämpa bestämmelsen samt att skälen ska vara kopplade till föremålet för upphandlingen (jfr prop. 2006/07:128 s. 333 f). Generellt sett är det tillåtet att under ramavtalets löptid avropa kontrakt för en period som överskrider

datumet för ramavtalets upphörande. Det torde dock inte vara tillåtet att ingå kontrakt med längre löptid än den löptid som gäller för ramavtalet. Om ramavtalets löptid är fyra år får enskilda kontrakt således inte ha en löptid på fem år, jfr Kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal (Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive corresponding to document CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005, s. 5).

I målet har inte framkommit annat än att ramavtalets löptid inklusive förlängning är maximalt fyra år. Det innebär att det inte är tillåtet att bestämma det nu aktuella kontraktets löptid till en tid som överstiger ramavtalets fyra år. Kontraktets löptid är i det här fallet bestämd till maximalt fem år och har således bestämts i strid med LOU.

Förändringar i förfrågningsunderlaget

Det saknas regler i LOU och gemenskapsrätten om hur och när förändringar av ett förfrågningsunderlag får göras. Åtgärdernas förenlighet med LOU får därför bedömas mot bakgrund av de grundläggande principerna som följer av 1 kap. 9 § LOU. Principerna ska beaktas under samtliga skeden av upphandlingsprocessen. Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen och möjligheterna att komplettera eller förtydliga ett förfrågningsunderlag är därför begränsade, vilket bl.a. följer av likabehandlings- och transparensprinciperna. Kammarrätten i Jönköping har uttalat att kompletteringar och förtydliganden som handlar om att klargöra tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget är tillåtna. En ändring eller ett tillägg av ett skall-krav ses däremot som en väsentlig förändring (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 14 juni 2012 i mål nr 4342–4357-11). Utgångspunkten är att bedömningen av vilka förändringar av förfrågningsunderlaget som är tillåtna ska vara restriktiv.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Den 10 december 2012 fick anbudsgivarna begäran om förtydliganden av landstinget som bl.a. avsåg att landstinget hade kompletterat förfrågningsunderlaget med artikelnummer för vissa produkter. Anbudsgivarna ombads kontrollera lämnade priser för vissa markerade produkter och fick möjlighet att ändra tidigare lämnade priser. En annan förändring av förfrågningsunderlaget skedde i och med att landstinget slutit nya avtal med Microsoft, vilket föranledde att vissa produkter i bilaga 2a byttes ut och ersattes av nya produkter.

Bolaget och landstinget har olika uppfattningar om betydelsen och omfattningen av de förändringar/kompletteringar/förtydliganden som har gjorts med förfrågningsunderlaget efter anbudstidens utgång. Även om ett förfrågningsunderlag i princip ska utgöra ramen för upphandlingen när det har annonserats, godtas vissa brister och otydligheter i underlaget och det anses även vara tillåtet att avhjälpa dessa brister under upphandlingsprocessen. Förvaltningsätten anser emellertid att bedömningen av vilka förtydliganden och kompletteringar som får göras av förfrågningsunderlaget rimligen måste bli snävare efter anbudstidens utgång, allt för att inte motverka upphandlingslagstiftningens syfte att uppnå konkurrens på lika villkor. Även om kompletteringen med artikelnummer syftat till att förtydliga vad priserna skulle avse och hur prissättningen skulle ske, vilket i och för sig skulle kunna vara tillåtet enligt LOU, har detta påverkat den slutgiltiga anbudsutvärderingen. Vad gäller de av landstinget ingångna avtalen med Microsoft innebär detta att vissa produkter har bytts ut och ersatts med nya produkter. Oavsett vad landstinget har anfört om skälen till denna förändring är detta förfarande i princip inte tillåtet enligt LOU. Förvaltningsrätten bedömer att landstingets förändringar av förfrågningsunderlaget sammantaget har varit så omfattande att de har inneburit väsentliga och därmed otillåtna förändringar.

Ändring/komplettering av anbud

Utöver att genomföra förändringar i förfrågningsunderlaget har landstinget begärt in individuella och delvis olika förtydliganden av anbuderna av anbudsgivarna vid olika tidpunkter efter anbudstidens utgång. En av utgångspunkterna med LOU är likabehandlingsprincipen som innebär att alla potentiella leverantörer ska ges så lika förutsättningar att delta som möjligt.

I 9 kap. 8 § första stycket LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. I bestämmelsens andra stycke anges att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Möjligheten att ersätta tidigare uppgifter förutsätter således att tidigare lämnade uppgifter är uppenbart felaktiga. Komplettering eller förtydligande av ett anbud innebär en rätt att komma in med nya uppgifter, men dessa får inte ersätta tidigare lämnade uppgifter utan endast konkretisera dem på något sätt. Kammarrätten i Stockholm har anfört att ett förtydligande eller en komplettering inte får leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan (jfr mål nr 4214-05 den 13 oktober 2005). En upphandlande myndighet är skyldig att kommunicera inkomna frågor och av myndigheten lämnade svar till alla anbudsgivare som ska finnas tillgänglig för alla anbudsgivare samtidigt (jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 5042-08).

Av utredningen framgår att landstingets första begäran om förtydligande skickades till samtliga anbudsgivare den 10 december 2012. Begäran var

inte likalydande, utan avsåg olika produkter. Samtliga anbudsgivare uppmanades att komma in med svar dagen därpå. Den 13 december 2012 fick bolaget en andra begäran om förtydligande avseende prissättningen för vissa namngivna produkter med svarstid den 14 december 2012. Av utredningen framgår att andra anbudsgivare fick en begäran om förtydliganden först den 14 respektive den 18 december 2012 med svarstid den 17 respektive den 20 december 2012. Bolaget fick en tredje begäran om förtydligande den 18 december 2012 med sista svarsdag den 20 december 2012. Andra anbudsgivare fick en tredje begäran om förtydligande den 20 december 2012 med sista svarsdag den 27 december 2012.

Landstinget har uppgett att samtliga anbudsgivare har fått motsvarande en arbetsdag för att besvara landstingets begäran om förtydliganden. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att vissa anbudsgivare har fått mer än en arbetsdag på sig för att komma in med svar. Anbudsgivarna har även fått oliklydande begäran om förtydliganden. Även om likabehandlingsprincipen inte kan anses åsidosatt enbart genom att olika fall behandlats olika, har landstinget de facto begärt in olika uppgifter av anbudsgivarna vid olika tillfällen och gett anbudsgivarna olika långa svarstider. Detta förfarande kan inte anses förenligt med LOU och särskilt inte likabehandlings- och transparensprinciperna.

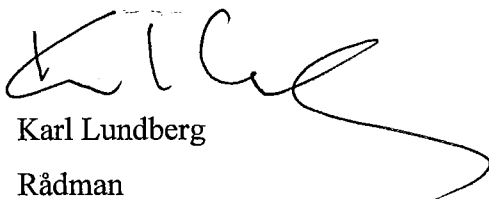
Därutöver har landstinget gett anbudsgivarna möjlighet att komma in med nya prisuppgifter för tidigare namngivna respektive nya produkter som tillförts förfrågningsunderlaget efter anbudstidens utgång. De nya prisuppgifterna har legat till grund för anbudsutvärderingen och har påverkat utgången i upphandlingen. Oavsett landstingets skäl för detta förfarande, anser förvaltningsrätten att landstingets begäran om förtydliganden får anses ha gått utöver vad som kan anses tillåtet, nämligen

att tidigare lämnade uppgifter endast får konkretiseras och att något utbyte av uppgifter inte får ske.

Sammanfattning

De konstaterade felen i upphandlingen har inneburit att bolaget har lidit skada i och med att felen har påverkat bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. De otillåtna förändringar och kompletteringar som har gjorts av förfrågningsunderlaget respektive anbuden, samt den otillåtna kontraktstiden, kan hänföras till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därför göras om.

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



Karl Lundberg
Rådman

Föredragande har varit Catharina Nordler.



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.