



KAMMARRÄTTEN I GÖTEBORG	
2011-02-14	
Art	
Dnr	
Dosa	Antal

KLAGANDE

Alfa Kommun & Landsting AB, 556549-2807
Dockplatsen 1
211 19 Malmö

Ombud: Advokaterna Jerker Alm och Hanna Eklinder
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Malmö kommun
205 80 Malmö

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 7 september 2010 i mål nr
8535-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Alfa Kommun & Landsting AB (Alfa) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Alfa vidhåller vad man tidigare anfört samt tillägger följande.

Bolagets anbud när det gäller licenskostnader för rapportgenerator är transparent, eftersom det direkt korresponderar med förfrågningsunderlagets oprecisa uppgift om antalet användare. Eftersom Malmö kommun efterfrågade ett helhetsåtagande med totalt pris inklusive licenskostnader för rapportgenerator har det ålegat kommunen att se till att de uppgifter som ska ligga till grund för prissättningen är så precisa som möjligt. Även om inte exakt antal licenser kan anges borde kommunen ha redovisat en förväntad övre gräns för att se till att anbudsgivarna har möjlighet att lämna ett välgrundat anbud. Den bristande transparensen i denna del medför att det i vart fall strider mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolagets anbud.

Av förfrågningsunderlaget punkterna 2.3.1 och 2.6.2 framgår tydligt att avtalsvillkoren, dvs. de juridiska och kommersiella villkoren enligt vilka leveransen ska ske, ska accepteras i sin helhet. Detta ska ses mot bakgrund av att begreppet helhetsåtagande är särskilt definierat i punkten 1.1.3 i förfrågningsunderlaget och punkten 1.5 i avtalsvillkoren. Helhetsåtagandet är enligt dessa definitioner endast en redovisning av vad som ska levereras och inte på vilka villkor detta ska ske. IST har inte accepterat avtalsvillkoren i sin helhet. De avtalsvillkor som bifogats IST:s anbud är en del av anbudet och medför att detta innehåller en otillåten reservation. Det har därmed skett en överträdelse av likabehandlingsprincipen. Före förtydligandet innehöll IST:s anbud avtalsvillkor som stred mot villkoren i förfrågningsunderlaget. Efter förtydligandet har IST:s anbud ändrats på så sätt att man har frånfallit sina egna avtalsvillkor och anslutit sig till de avtalsvillkor som framgår av förfrågningsunderlaget. Det har därigenom skett sakliga och materiella ändringar av anbudet. Sammantaget gäller att IST avgivit ett anbud med icke

tillåtna reservationer och att Malmö kommun felaktigt låtit IST rätta sitt anbud. IST:s anbud skulle därför rätteligen ha förkastats.

En leverantör som inte uppfyller samtliga skall-krav får anses lida skada då vinnande leverantör har en brist i kravuppfyllelsen i de fall dessa båda utgör samtliga anbudsgivare i upphandlingen. Vid en annan slutsats skulle följden bli att myndigheten ges en fri prövningsrätt.

Malmö kommun anser att överklagandet ska avslås. Kommunen vidhåller vad man tidigare anfört samt tillägger följande. Alfas anbud uppfyller inte skall-kravet när det gäller licenskostnader. Anbudet är inte jämförbart med de anbud som i denna del innehåller uppgift om totalpris. Kommunen har därför varit skyldig att förkasta anbudet. Det stod bolaget fritt att beräkna behovet av antalet licenser när man kalkylerade anbudspriset. Om man befarade att antalet extra licenser skulle medföra stora kostnader hade man kunnat anpassa sitt anbudspris härefter.

IST har uttryckligen accepterat de avtalsvillkor som framgår av förfrågningsunderlaget. Det är mycket vanligt att anbud innehåller information som inte har efterfrågats. Myndighetens skyldighet att förkasta anbud som inte uppfyller alla skall-krav eller som innehåller uttryckliga reservationer kan inte utsträckas till att förkasta även alla anbud som innehåller sådan extra information. Eftersom det var otydligt om anbudet innehöll en reservation har myndigheten haft rätt att begära ett förtydligande. Förtydligandet har inte medfört att något nytt har tillförts IST:s anbud. IST:s svar innebär endast en bekräftelse av att anbudet innebär en accept av samtliga skall-krav och att det standardavtal som medskickats endast kommer i fråga vad avser punkter som inte regleras i förfrågningsunderlaget. Alfa har mot denna bakgrund inte heller lidit någon skada. Även om påstådda brister skulle föreligga har Alfa inte lidit skada, eftersom bolaget inte uppfyllt samtliga skall-krav.

Kammarrätten beslutade den 17 september 2010 att den i målet aktuella upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten delar förvaltningsrättens bedömning att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt formulerat när det gäller kravet på rapport-generator och därtill hörande licenser samt att Alfa inte har uppfyllt skallkraven i denna del. Det har därigenom förelegat förutsättningar för Malmö kommun att förkasta Alfes anbud.

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även en annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Vid den aktuella upphandlingen fanns det dock endast två anbudsgivare. Vid sådana förhållanden kan Alfa anses ha lidit skada om även IST:s anbud borde ha förkastats på grund av att IST inte uppfyllt alla skallkrav. Kammarrätten har därför att pröva Alfes invändningar om att IST inte uppfyller skallkraven beträffande eventuellt pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid och anbudsutformning.

Kammarrätten delar förvaltningsrättens bedömning att IST:s anbud uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget när det gäller pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid.

När det gäller kravet på anbudsutformning gör kammarrätten följande bedömning.

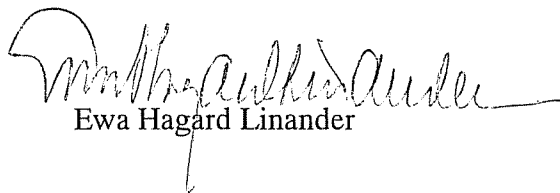
Av förfrågningsunderlaget punkterna 2.3.1 och 2.6.2 framgår att anbudsgivaren ska acceptera samtliga kommersiella villkor för uppdraget. IST:s anbud innehåller inga uppgifter om att man accepterar de kommersiella villkoren. I stället har man bifogat egna avtalsvillkor som delvis strider

mot innehållet i de villkor som följer av förfrågningsunderlaget. Vad IST har uppgett om att man accepterar i avtalsmallen beskrivet helhetsåtagande kan inte, mot bakgrund av den redogörelse för begreppet helhetsåtagande som presenteras i avtalsmallens punkt 1.5 respektive förfrågningsunderlagets punkt 1.1.3 samt de övriga uppgifter som bolaget har bifogat anbudet, anses innebära att man har accepterat de kommersiella villkoren eller att det har förelegat förutsättningar för att begära in förtydligande eller komplettering. IST:s anbud borde således rätteligen ha förkastats. Alfa får anses i vart fall riskera att lida skada av att kommunen inte har förkastat IST:s anbud. Mot bakgrund härav, och eftersom det inte föreligger förutsättningar för rättelse, ska upphandlingen göras om.

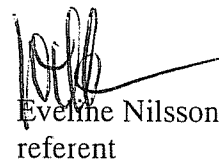
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



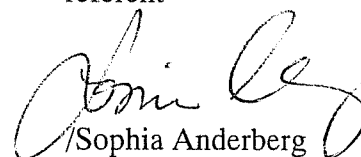
Per Ove Svensson



Ewa Hagård Linander



Eveline Nilsson
referent



Sophia Anderberg



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Christian Härdgård

DOM
2010-09-07
Meddelad i
Malmö

Mål nr
8535-10 E

Sida 1 (18)

Bitaga 17

SÖKANDE

Alfa Kommun & Landsting AB, 556549-2807
Dockplatsen 1
211 19 Malmö

Ombud:

Advokat Jerker Alm
Jur.kand. Rickard Vernet
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Malmö stad, 212000-1124
205 80 Malmö

Ombud:

Advokat Kristian Pedersen
Jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Alfa Kommun & Landsting AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 20654

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se	040-97 24 90	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför upphandlingen ”Skoladministrativt datorstöd”. Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för öppet förfarande. Malmö stad har genom beslut den 20 maj 2010 tilldelat IST Sverige AB (nedan IST) kontraktet. Av tilldelningsbeslutet framgår även att Alfa Kommun & Landsting AB:s anbud har förkastats på grund av att anbudet inte uppfyllde alla skall-krav.

Alfa Kommun & Landsting AB (nedan Alfa) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Malmö stad motsätter sig Alfäs yrkande.

Förvaltningsrätten har den 28 maj 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Relevanta bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Relevanta uppgifter i förfrågningsunderlag

I förfrågningsunderlaget återfinns under **punkten 2.3.1 "Anbudets utformning och innehåll"** följande text:

- A) Anbud ska bekräfta uppfyllelse av ställda krav och i de fall det efterfrågats, innehålla redovisning av:
[...]
7) Accept av avtalsvillkor (bilaga 4)
[...]
- C) Anbudsgivaren ska lämna beskrivning enligt följande:
Priser, exkl. moms, angivna i svenska kronor (SEK), för de efterfrågade tjänsterna i enlighet med kravspecifikationen ska ställas upp enligt följande:
[...]
3. Pris för supporttjänst helgfri måndag – fredag 08.00 – 12.00 samt 13.00 – 16.30
4. Eventuellt pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid enligt ovan.
5. Pris för nödvändiga licenser avs. såväl klientdel som serverdel. (t.ex. databashanterare) ska redovisas separat. Malmö har för närvarande kommunlicens för Oracle, varför kostnader för Oracle-licenser inte behöver anges.
[...]

I **bilaga 11** till förfrågningsunderlaget återfinns bl.a. följande två texter:

"För all prissättning och av anbudsgivaren angivna priser gäller att samtliga följdkostnader ska ingå".

"Pris för avsnitt 1, 2, 3, 6A, 6B och 10 omfattar den del av anbudspriset som utvärderas".

I **bilaga 1** till förfrågningsunderlaget under rubriken **2.14 "Rapportgenerator"** återfinns bl.a. följande texter:

"Eventuella licenskostnader för rapportgeneratorer ska ingå i offererade priser".

"Minst 12 användare ska kunna tilldelas behörighet att skapa och distribuera avancerade rapporter".

I förfrågningsunderlaget, **punkten 2.6.2 "Anbudsutformning"**, återfinns bl.a. följande text:

- [...]
- Samtliga kommersiella villkor ska accepteras (bilaga 4)
- Prissättning ska endast redovisas genom prisformuläret (bilaga 11)
- Alternativa anbud och reservationer accepteras inte
- [...]

I **bilaga 4** till förfrågningsunderlaget, under rubriken **1.5 "Omfattning och syfte"**, återfinns bl.a. följande text:

"Anbudsgivaren ska i anbudet särskilt bekräfta att detta helhetsåtagande accepteras".

I **bilaga 4** till förfrågningsunderlaget under **rubriken 1.7 "Tolkningsföreträde"** återfinns bl.a. följande text:

- "För avtalet gäller nedanstående handlingar och förekommer i dessa mot varandra stridande uppgifter eller föreskrifter gäller de om inte omständigheterna uppenbarligen föranleder annat sinsemellan i följande rangordning
- avtal med eventuella ändringar och tillägg
 - förfrågningsunderlaget
 - anbud
 - AVTAL 90 version 2004"

Alfas anbud i relation till skall-kravet om eventuellt pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid

Frågan är om skall-kravet i 2.3.1 C punkten 4, om eventuellt pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid, uppfyller de grundläggande principerna om transparens och proportionalitet? Och om så är fallet – var det korrekt av Malmö stad att utesluta Alfa med hänvisning till att bolaget inte uppfyller aktuellt skall-krav?

Alfa:

Av förfrågningsunderlaget framgår att supporttjänst ska erbjudas helgfri måndag till fredag kl. 08.00 – 12. 00 samt kl. 13.00 – 16.30. Det saknas däremot i såväl kravspecifikationen som avtalsmallen instruktioner för i vilken mån support ska erbjudas utöver dessa tidsperioder. Vad som avses med ”bemanning av supportfunktionen utöver normal tid” är därmed osäkert. Anbudsgivarna har inte utifrån vad som angivits i förfrågningsunderlaget kunnat bedöma omfattningen av sådan ytterligare supporttjänst och därmed inte heller kunnat bedöma på vilka grunder pristillägget ska beräknas. Följaktligen är det orimligt att uppställa ett krav på prisangivelse på det sätt som gjorts. Sammantaget kan inte det uppställda kravet anses förenligt med de grundläggande principerna om öppenhet och transparens. Kravet måste anses vara alltför oklart för att kunna tillämpas i upphandlingen.

Även syftet med det aktuella kravet är mycket oklart. Av bilaga 11 till förfrågningsunderlaget framgår att det pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid som ska anges inte vägs in i utvärderingen av anbudet. Att i en upphandling begära in prisuppgifter som sedan inte på något sätt ska vägas in vid tilldelningen av kontraktet förefaller högst märkligt. Enligt grundläggande upphandlingsrättsliga principer måste de

krav som ställa i en upphandling ha ett samband med föremålet för upphandlingen. Att ställa krav på anbudsgivarna som går utöver vad som är nödvändigt för upphandlingen strider mot principen om proportionalitet.

Malmö stad:

Anbudsgivaren ska inkomma med uppgift om pris för bemanning av supportfunktion utöver normal tid. Normal tid är i samma bestämmelse tydligt definierat till helgfri måndag till fredag kl. 08.00 – 12.00 samt kl. 13.00 – 16.30. Pris ska således ges för bemanning av supporttjänst som går utöver denna tid. Detta och övriga skall-krav uppfyller de krav på tydlighet som följer av likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Alfa har emellertid inte i sitt anbud angett någon prisuppgift avseende supporttjänst för tid som går utöver normal tid. I stället har Alfa angett att bolaget önskar komma in med denna uppgift i ett senare skede. Malmö stad är dock förhindrad att acceptera att Alfa låter bli att uppfylla skall-krav vid anbudsgivningen för att i stället komma in med dessa uppgifter först i ett senare skede. En sådan komplettering hade inneburit att uppgifter tillförts anbudet efter anbudstidens utgång och på ett sätt som går utöver vad som är tillåtet. Malmö stad har således inte kunnat acceptera Alfas anbud utan varit tvungen att förkasta anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning:

Förvaltningsrätten tolkar bestämmelserna i 2.3.1 "Anbudets utformning och innehåll", C punkt 3 och 4 som att pris för supporttjänst för de i punkten 3 angivna tidsintervallerna ska anges i anbudet. Dessa angivna tidsintervaller utgör "normal" tid. För det fall en anbudsgivare kan erbjuda supporttjänst utöver dessa tidsintervall ska eventuellt pristillägg för denna bemanning anges i anbudet. Så som kravet är utformat är anbudsgivarna så-

ledes fria att, utöver de i punkten 3 angivna tidsintervallerna, erbjuda supporttjänst i den omfattning de finner lämpligt. Enligt rättens mening är de aktuella punkterna tillräckligt tydligt formulerade för att en anbudsgivare ska kunna utforma ett anbud.

Av bilaga 11 till förfrågningsunderlaget kan därefter utläsas att eventuellt pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid inte kommer att utvärderas. Priset för bemanning av supportfunktion utöver normal tid kommer alltså inte att värderas vid tilldelningen av upphandlingskontraktet. Uppgiften som efterfrågas är således helt irrelevant för vem som ska tilldelas det aktuella upphandlingskontraktet. Att i ett förfrågningsunderlag efterfråga en uppgift som saknar betydelse för upphandlingen är, enligt förvaltningsrätten, generellt sett oproportionerligt. Eftersom det enligt förfrågningsunderlaget är frivilligt att lämna uppgiften och då den inte kommer att utvärderas, kan det förhållandet i sig att uppgiften efterfrågas inte anses vara oproportionerlig.

Malmö stad har dock valt att förkasta Alfas anbud på den grunden att bolaget fyllt i den frivilliga uppgiften på ett felaktigt sätt. Att utesluta en anbudsgivare för att de fyllt i en frivillig uppgift, som inte kommer att utvärderas, på ett felaktigt sätt är enligt rättens mening oproportionerligt och kan därför inte anses utgöra grund för uteslutande av Alfa.

Alfas anbud i relation till skall-kraven dels om licenskostnader för rapportgeneratorer, dels att minst tolv användare ska kunna tilldelas behörighet att skapa och distribuera avancerade rapporter

Frågan är om skall-kraven i punkten 2.14 i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, att eventuella licenskostnader för rapportgeneratorer ska ingå i offererade priser samt att minst tolv användare ska kunna tilldelas behörighet att skapa och distribuera avancerade rapporter, uppfyller det grundläggande

kravet på öppenhet och transparens? Om så är fallet – var det korrekt av Malmö stad att utesluta Alfa med hänvisning till att bolaget inte uppfyller skall-kraven?

Alfa:

Alfa har inte ansetts uppfylla skall-kravet eftersom bolaget inte inkluderat licenskostnader för rapportgenerator i det angivna grundpriset. Alfa har angett att man uppfyller samtliga krav avseende rapportgenerator. En ytterligare beskrivning av den av Alfa erbjudna rapportgeneratorfunktionen finns i anbudet vari anges att man rekommenderar att programvaran QlickWiew används, då Malmö stad redan använder denna programvara. Av Alfa offererade priser framgår att licenskostnaden för den relevanta programvaran är 9 150 kr per licens. Det har således varit möjligt för Malmö stad att med hjälp av de uppgifter som lämnats av Alfa bedöma vilka licenskostnader som anbudet medför. Visserligen har Alfa inte angett licenskostnaderna på anvisad plats men detta måste anses utgöra ett rent formfel, utan relevans för utvärderingen av anbudet. Att förkasta ett anbud på denna grund kan svårligen anses förenligt med de grundläggande principerna om proportionalitet och likabehandling.

Huruvida kravet uppfylls ska läsas mot bakgrund av hur förfrågningsunderlaget är utformat. I kravspecifikationen anges att antalet användare av rapportgeneratorm kommer att uppgå till minst tolv stycken. Det är således oklart för anbudsgivarna hur många licenser som kommer att användas. Det är i och för sig möjligt för Malmö stad att efterfråga ett totalt pris vari licenskostnaderna ska ingå, men då måste det också klart och tydligt framgå hur många användare licenserna ska omfatta. Detta kan vara genom angivelse av ett specificerat antal eller ett visst rimligt härad, t.ex. 10–15.

För det fall Alfa inte anses ha uppfyllt kravet gör bolaget gällande att detta är en följd av den brist på transparens som åvilar förfrågningsunderlaget. Genom att underlåta att redovisa en övre gräns för antalet användare som ska ha behörighet till rapportgeneratorm har det inte varit möjligt att avge ett väl underbyggt anbud.

Malmö stad:

Malmö stad har ställt detta krav för att på så sätt kunna få ett totalpris att utvärdera, vilket inte innehåller dolda kostnader eller kostnader som kan komma att förändras beroende på hur Malmö stad använder systemet eller vilken typ av system som offereras. På detta vis får Malmö stad en möjlighet att på ett rättvisande sätt jämföra olika anbud med varandra trots att dessa avser olika system som kan medföra olika licenskostnader. Alfa har emellertid i sitt anbud inte angett något totalpris som inkluderar samtliga licenskostnader. Det framgår således att kostnad för användarlicens inte ingår i Alfas anbud i de delar som överstiger de licenser som Malmö stad redan har, dvs. befintliga 10–20 licenser. Något totalpris inklusive licenser för rapportgenerator framgår inte av anbudet. Tvärtom framgår att det, utöver det pris som anges i anbudet, även kommer att tillkomma ytterligare kostnader för Malmö stad. Detta bekräftas av information som Malmö stad inhämtat från Qlicktech.

Alfa har angett att Malmö stad hade kunnat räkna ut vad den totala licenskostnaden skulle ha blivit på grundval av uppgiften om priset på varje licens. Detta är emellertid inte efterfrågat i förfrågningsunderlaget. En sådan uträkning hade dessutom endast gett svar på vad priset skulle vara vid ett visst givet tillfälle och vid en viss användning. Det hade dock inte gett Malmö stad den ekonomiska trygghet som eftersträvas med skall-kravet, nämligen att priset ska vara ett fast totalpris som är oberoende av antalet användare och sättet för användning så länge detta sker inom ramen för

2010 -09- 07

uppdraget såsom detta har specificerats i förfrågningsunderlaget. Det rör sig således inte om ett formfel som Alfa gör gällande utan om en uppenbar brist som påverkar Malmö stads möjligheter att bedöma kostnaderna för det system som offererats.

Förvaltningsrättens bedömning:

Rätten tolkar det som anges i 2.14 "Rapportgenerator" som att skallkraven uppfylls om anbudsgivarna offererar ett totalpris som innefattar minst tolv användarlicenser. Enligt förvaltningsrätten är skallkraven sålunda tillräckligt tydligt formulerade för att en anbudsgivare ska kunna utforma ett anbud.

Av Alfas anbud framgår följande. "Ev. Licenskostnad: Malmö stad har avtal med Qlicktech för nyttjande av QlickWiew samt servrar installerade. Utbildningsverksamheten har 10–20 QlickWiew användarlicenser. Pris per ev. ytterligare QlickWiew användarlicens är 9 150 kr".

Som det får förstås menar Alfa att Malmö stad ska använda sig av sina befintliga licenser och vid behov köpa till ytterligare licenser till ett pris av 9 150 kr per licens. Alfa kan därför inte anses genom anbudet ha offererat minst tolv användarlicenser till ett totalpris som ska gälla under avtalsperioden, så som det är uttryckt i förfrågningsunderlaget. Enligt rättens mening uppfyller Alfa därför inte de aktuella skallkraven.

Resonemang kring skaderekvisitet

Malmö stad har rätteligen förkastat Alfas anbud vid kvalificeringsfasen i upphandlingen. Normalt sett innebär detta att Alfa inte kan anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada då bolaget omöjligtvis skulle kunna ha tilldelats upphandlingskontraktet. Vid denna upphandling finns det dock endast två anbudsgivare, nämligen Alfa och det vinnande bolaget IST. Alfa

har anfört att IST inte uppfyller vissa skall-krav och att bolagets anbud därför rätteligen skulle ha förkastats. För det fall detta är korrekt anser förvaltningsrätten att Alfa lidit skada genom att Malmö stad tilldelat ett bolag kontraktet trots att det inte finns någon anbudsgivare som uppfyller alla skall-krav och upphandlingen därför inte borde ha slutförts. Rätten har således att pröva huruvida IST uppfyller de av Alfa anförda synpunkterna.

Uppfyller IST:s anbud skall-kraven om ”anbudsutformning”?

Frågan är om IST:s anbud uppfyller dels skall-kraven i punkten 2.6.2 ”Anbudsutformning” i förfrågningsunderlaget, att samtliga kommersiella villkor ska accepteras och att alternativa anbud och reservationer inte accepteras, dels skall-kravet i punkten 2.3.1 ”Anbudets utformning och innehåll”, att avtalsvillkoren i bilaga 4 ska accepteras?

Alfa:

Av förfrågningsunderlaget framgår att bilagda avtalsvillkor och samtliga kommersiella villkor ska accepteras samt att alternativa anbud och reservationer inte accepteras. IST har i sitt anbud angivit att man accepterar i stadens avtalsmall beskrivit helhetsåtagande. Utöver detta har IST till sitt anbud bilagt ett standardavtal. I detta standardavtal stadgas följande:

”Kraven på programvaruprodukterna framgår av följande handlingar:

- Kundens kravspecifikation (anbudsfrågan)
- IST:s anbud

Skulle motstridiga uppgifter förekomma i dessa handlingar och är parterna ej eniga om tolkningen, ska senare upprättad handling äga företräde”.

Effekten av ovanstående är att vid tolkning av avtalet ska vad som anges i IST:s anbud ha företräde framför vad som anges i kravspecifikationen/förfrågningsunderlaget. Detta är ett avsteg från vad som stadgas i den till förfrågningsunderlaget bilagda avtalsmallen om att vad som anges i

förfrågningsunderlaget ska ha tolkningsföreträdare framför vad som anges i anbudet. Vad IST har accepterat är själva åtagandet, en given punkt i avtalsvillkoren, men inte de avtalsvillkor som i övrigt föreskrivs i förfrågningsunderlaget. IST har således inte uppfyllt ställda obligatoriska krav och deras anbud borde jämväl förkastas.

IST har av Malmö stad felaktigt tillåtits komma in med information om standardavtalet och då uppgett att avtalet endast varit avsett som underlag för diskussion. Efter denna förklaring har IST:s anbud accepterats. Av förfrågningsunderlaget framgår att det i anbudet inte får förekomma några reservationer. Standardavtalet utgör tveklöst en del av IST:s anbud och är en avvikelse/reservation i förhållande till för upphandlingen gällande villkor. Malmö stad har felaktigt låtit IST läka brister i sitt anbud, men däremot har Alfa inte fått läka de brister Malmö stad ansett detta anbud varit behäftat med. I enlighet med likabehandlingsprincipen hade det under förvarande omständigheter ålegat Malmö stad att låta Alfa få klarlägga de delar där Malmö stad ansett brister föreligga.

Malmö stad:

IST har accepterat avtalsvillkoren genom följande formulering i sitt anbud:
”Vi accepterar i Stadens avtalsmall beskrivet helhetsåtagande”.

Det är således tydligt att IST uppfyller skall-kravet. Vad Alfa invänder emot är dock att IST även har valt att bilägga en kopia av IST:s standardavtal. Icke efterfrågade dokument som ges in tillsammans med anbud har inte någon betydelse för bedömningen av om anbudet uppfyller skallkraven. I en offentlig upphandling föreskriver den upphandlande myndigheten normalt skall-krav och kommersiella villkor, vilka måste accepteras av anbudsgivaren för att denne ska kunna tilldelas kontraktet. Anbudsgivarens anbud innehåller å sin sida information om anbudsgivarens verksam-

het och den offererade produkten, vilket sammantaget ska visa den upphandlande myndigheten att anbudsgivaren har accepterat samtliga skallkrav i upphandlingen. När kontrakt tecknas blir den upphandlande myndigheten och leverantören bundna i första hand av det som framgår av avtalet och i andra hand av det som framgår av förfrågningsunderlaget. Först om dessa dokument inte ger någon vägledning kan innehåll i leverantörens anbud användas som tolkningsdata.

Malmö stad och IST kommer att teckna kontrakt i enlighet med den avtalsmall som bifogats förfrågningsunderlaget och som IST också i sitt anbud har accepterat i dess helhet. Att IST även har bifogat ett standardavtal som inte kommer att undertecknas av Malmö stad saknar betydelse och innebär inte att IST inte har uppfyllt skallkravet avseende accept av avtalsmallen. Detta standardavtal saknar nämligen helt bindande verkan för Malmö stad. Det framgår inte heller någonstans av IST:s anbud att IST villkorat sitt anbud med att Malmö stad undertecknar detta avtal istället för den avtalsmall som IST har accepterat. Det finns därmed ingenting i handlingarna som tyder på att uppdraget kommer att genomföras på något annat sätt än det som föreskrivits i förfrågningsunderlaget samt i den avtalsmall som Malmö stad bifogat förfrågningsunderlaget.

För att säkerställa att Malmö stad och IST gjort samma tolkning av IST:s anbud begärde Malmö stad ett förtydligande från IST. I förtydligande bekräftade IST att standardavtalet endast var tänkt som diskussionsunderlag för sådana frågor som inte är reglerade i förfrågningsunderlaget och avtalsmallen. IST framhöll även i sitt förtydligande att för det fall Malmö stad skulle välja att komplettera sin avtalsmall med skrivningar ut standardavtalet så skulle dessa ha lägre rangordning än de avtalsvillkor som framgår av avtalsmallen.

Förvaltningsrättens bedömning:

Rätten uppfattar förfrågningsunderlaget, *punkten 2.3.1 "Anbudets utformning och innehåll"*, som att anbudsgivarna ska bekräfta att de accepterar de avtalsvillkor som finns i bilaga 4. Bilagan är dock inte utformad som ett formulär där anbudsgivarna kryssar i rutor för att bekräfta att de accepterar avtalsvillkoren. Det krävs därför att anbudsgivarna i sitt anbud särskilt skriver att de accepterar avtalsvillkoren i bilaga 4. Detsamma gäller det helhetsåtagande som anbudsgivarna ska bekräfta enligt den bilagan. Rätten anser dock att det lätt kan uppfattas som att en bekräftelse av helhetsåtagande av uppdraget även innefattar en bekräftelse av avtalsvillkoren i bilaga 4. En anbudsgivare som åtar sig ett helhetsåtagande av uppdraget borde ju rimligtvis även acceptera de avtalsvillkor som reglerar uppdraget. Förfrågningsunderlaget är på dessa punkter något otydligt. Det kan konstateras att IST inte uttryckligen i sitt anbud accepterat avtalsvillkoren i bilaga 4, däremot har bolaget uttryckligen accepterat helhetsåtagandet enligt samma bilaga.

Malmö stad begärde in ett förtydligande av IST för att få förklarat hur bolagets helhetsåtagande skulle uppfattas. IST svarade att deras helhetsåtagande skulle uppfattas som en accept av avtalsvillkoren i bilaga 4. Frågan är då om denna begäran om förtydligande innebär att Malmö stad har särbehandlat IST. Mot bakgrund av att förfrågningsunderlaget är något otydligt på den aktuella punkten samt att IST:s förtydligande inte har inneburit att något nytt har tillförts bolagets anbud eller på annat sätt förändrat innebörden i anbudet, finner förvaltningsrätten att förtydligandet inte strider mot bestämmelserna i 9 kap. 8 § LOU eller de grundläggande principerna.

IST har vidare till sitt anbud fogat bolagets standardavtal. I detta standardavtal stadgas att om motstridiga uppgifter skulle förekomma i kundens kravspecifikation och IST:s anbud, och är parterna inte eniga om tolkning-

en, ska senare upprättad handling äga företräde. Alfa menar att detta står i strid med punkten 2.6.2, ”Anbudsutformning”, i förfrågningsunderlaget där det bl.a. stadgas att alternativa anbud och reservationer inte accepteras samt bilaga 4 till förfrågningsunderlaget under rubriken 1.7, ”Tolkningsföreträde”, där tolkningsföreträdet för olika handlingar regleras.

Enligt praxis ska den upphandlande myndigheten helt bortse från handlingar som inte efterfrågats, men som ändå bifogats ett anbud. Det standardavtal som IST bifogat sitt anbud saknar således betydelse för upphandlingen. Mot den bakgrunden anser rätten att det av IST bifogade standardavtalet inte står i strid med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget.

Uppfyller IST:s anbud skall-kravet i 2.3.1 C punkten 4, om eventuellt pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid?

Alfa:

IST har i och för sig i relevant ruta i bilaga 11 till förfrågningsunderlaget angett ett pris på 300 000 kr per år. Emellertid framgår det av IST:s anbud att deras pris är villkorat av viss tid. IST:s prisuppgift avser endast tid mellan kl. 08.00 – 17.00 under helgfria vardagar. Det framgår överhuvudtaget inte att med ”supportfunktion utöver normal tid” avses lunchtimmen (12.00 – 13.00) samt den extra halvtimmen (16.30 – 17.00) och att det endast avser helgfria vardagar. Som Alfa anfört ovan är det högst oklart vad som avses med ”supportfunktion utöver normal tid”, men det kan i vart fall inte vara så att ett villkorat pris på det sätt IST angett anses kravuppfyllande. Den tolkning som möjligen kan göras av kravet är att ”utöver normal tid” ska läsas som all övrig tid och då har IST inte uppfyllt kravet. IST har tydligt reserverat sig genom att begränsa sitt pris till att endast avse en viss tid utöver ordinarie tid. Reservationer är icke tillåtna.

I aktuellt fall är det IST genom sitt anbudssvar som definierat ”utöver normal tid” och detta är i sig direkt felaktigt. Bedömningen utgår i sådant fall inte ifrån den upphandlande myndighetens definition av kravet ifråga. Anbudsgivaren styr då över såväl kravets innehåll som svaret på detsamma, vilket är direkt i strid med gällande rätt. Om det likväl ska anses korrekt att en anbudsgivare får definiera innehållet i ett villkor, åligger det den upphandlande myndigheten att låta övriga anbudsgivare ta ställning till kravet enligt den definition som myndigheten utgår ifrån. I annat fall föreligger ett brott mot likabehandlingsprincipen. Malmö har låtit IST få en fördel då man accepterat IST:s definition av ”utöver normal tid”, där Alfa istället lyft upp och påvisat oklarheten i underlaget.

Malmö stad:

Som Malmö stad redogjort för ovan framgår det av förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna ska ange pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid. Normal tid är definierat till helgfri måndag till fredag kl. 08.00 – 12.00 samt kl. 13.00 – 16.30. Av IST:s anbud framgår att bolaget erbjuder en supporttjänst mellan 08.00 och 17.00, dvs. en supporttjänst som överstiger normal tid. För denna tid har IST inkommit med ett pris om 300 000 kr. IST uppfyller således kravet.

Förvaltningsrättens bedömning:

Förvaltningsrätten har ovan redovisat sin syn på hur bestämmelserna i 2.3.1 ”Anbudets utformning och innehåll”, C punkt 3 och 4 bör tolkas, nämligen som att pris för supporttjänst för de i punkten 3 angivna tidsintervallerna ska anges i anbudet och att för det fall en anbudsgivare kan erbjuda supporttjänst utöver dessa tidsintervall ska eventuellt pristillägg för denna bemanning anges i anbudet. Så som kravet är utformat är anbudsgivarna således fria att, utöver de i punkten 3 angivna tidsintervallerna, erbjuda supporttjänst i den omfattning de finner lämpligt. Mot denna bak-

grund anser rätten att IST i detta avseende genom sitt anbud uppfyller förfrågningsunderlagets krav.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att kravet om eventuellt pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid, inte strider mot de grundläggande principerna om transparens och proportionalitet. Rätten anser vidare att det är oproportionerligt att förkasta Alfas anbud med hänvisning till att bolaget inte uppfyller det aktuella kravet.

Förvaltningsrätten finner att skall-kraven att eventuella licenskostnader för rapportgeneratorer ska ingå i offererade priser samt att minst tolv användare ska kunna tilldelas behörighet att skapa och distribuera avancerade rapporter, uppfyller det grundläggande kravet på öppenhet och transparens. Rätten anser dessutom att Alfas anbud inte uppfyller dessa skall-krav.

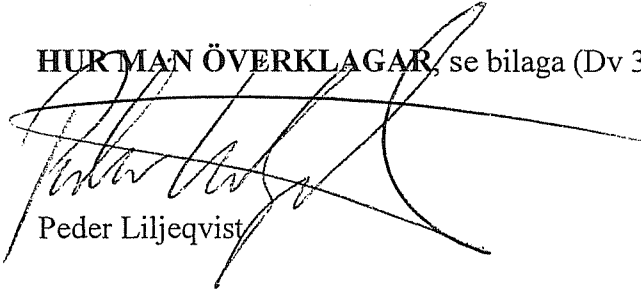
Förvaltningsrätten finner att det förtydligande som Malmö stad begärt från IST, avseende att avtalsvillkoren i bilaga 4 ska accepteras, inte kan anses strida mot LOU eller det grundläggande kravet på likabehandling. Rätten finner även att det faktum att IST bifogat ett standardavtal till sitt anbud inte innebär att bolaget brutit mot förfrågningsunderlagets regler om alternativa anbud och reservationer samt tolkningsföreträde. Förvaltningsrätten anser att IST:s anbud uppfyller skall-kravet om eventuellt pristillägg för bemanning av supportfunktion utöver normal tid.

Med hänsyn till ovanstående ska Alfa Kommun & Landsting AB:s ansökan om ingripande enligt LOU avslås.

Särskild upplysning

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 28 maj 2010 upphör i och med denna dom att gälla. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av denna dom inte prövas efter det att tio dagar gått från domens meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Detta gäller även om domen överklagas inom den anvisade tidsfristen tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Peder Liljeqvist

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.