



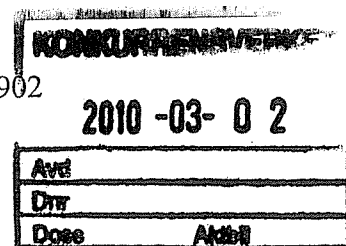
**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-02-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
18622-10
Enhet 12

SÖKANDE

Logica Sverige Infrastructure Management AB, 556601-6902
131 85 Stockholm

**MOTPART**

Nacka Kommun
Ekonomi och Upphandling
Granitvägen 15
131 81 Nacka

Ombud: Advokat Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Logica Sverige Infrastructure Management AB:s
ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 11 december 2009 upphör
därmed att gälla.

Dok.Id 864

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av utveckling "IT drift: Systemdrift och IT-arbetsplatser", dnr. KFKS 2009/9-055. Upphandlingen har genomförts som ett förhandlat förfarande. Av tilldelningsbeslut avsänt den 3 december 2009 framgår att Nacka kommun har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än **Logica Sverige Infrastructure Management (bolaget)**.

Förvaltningsrätten förordnade den 11 december 2009, på bolagets begäran, interimistiskt att kommunen inte fick avsluta upphandlingen. Förvaltningsrätten har den 14 januari 2010, på kommunens begäran, hävt det interimistiska beslutet i den del som avser upphandling av IT-arbetsplatser och som inte är föremål för överprövning i förevarande mål.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen i den del som avser systemdrift och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan utvärderingen gjorts om, varvid vinnande anbud av Tieto Sweden AB (Tieto) ska förkastas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om framförallt transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Till följd av de felaktigheter som har begåtts i upphandlingen kommer bolaget att lida skada. Av dokumentet "Bilaga 2, Kravspecifikation och svarsbilaga systemdrift, utveckling IT-drift", punkt 3.6.10 angående serverlicenser, framgår att kommunens krav var att anbudsgivaren ska äga serverlicenser för bastjänst systemdrift (Verksamhetssystem och Infrastruktur). Av Tietos skriftliga svar

på detta, punkt 3.6.10, framgår att Tieto kryssat i ja-rutan. Tieto påstår sig därmed uppfylla skall-kravet, samtidigt som det under samma punkt lämnat följande kommentarer.

I Förutsättningarna för anbudet ingår att den blivande leverantören ska leverera servertjänster med OS-licenser inkluderade. Detta krav kan vara mycket kostnadsdrivande. Tieto har därför i vårt anbud utgått från en alternativ lösning som ger bättre kostnadseffektivitet för båda parter.

Vi antar att de licenser som kommunen redan införskaffat kan övertas och nyttjas av Tieto. För tillkommande tjänster införskaffar Tieto erforderliga licenser som då ingår i vår tjänst. Om vi i vårt anbud ska utgå från nyan-skaffning av samtliga licenser blir detta mycket kostnadskrävande.

Det framgår tydligt av Tietos kommentarer ovan att Tieto inte uppfyller det av kommunen uppställda skall-kravet.

Av Tietos dokument ”Anbudskomplettering KFKS 2009/9-055 skickat till Nacka kommun 2009-10-16” framgår vidare under punkt 1, ”SPLA-licenser”, tydligt i kommunens fråga till Tieto, att kommunen genom förhandling ändrar sitt krav i förhållande till förfrågningsunderlaget. Vidare framgår av Tietos svar, att dess ursprungliga anbud redan var baserat på förutsättningen att kommunen redan tagit investeringen för befintliga serverlicenser, vilket är tvärtemot aktuellt skall-krav. Det är välkänt i branschen, vilket såväl kommunen som Tieto torde känt till, att i princip inga licenser av detta slag kan övertas av annan. Detta medför att Tietos lösning, utöver att den på ovan beskrivet sätt inte uppfyller aktuellt skall-krav, inte heller skulle kunna genomföras inom ramen för denna upphandling. Kommunens antagande av anbudet i strid med aktuellt skall-krav i förfrågningsunderlaget utgör ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Av punkt 7.2 i kommunens dokument ”Administrativa föreskrifter utveckling IT-drift” framgår att endast de anbudsgivare som besvarat och uppfyllt samtliga skall-krav kommer att tas upp till prövning. Av det som sagts ovan

framgår att Tietos anbud inte uppfyllde aktuellt skall-krav, varför kommunen inte bort ta upp Tietos anbud till prövning och därmed inte heller senare antagit detsamma. Av Tietos ovan nämnda anbudskomplettering och av det som bolaget har anfört ovan framgår att Tieto har tillåtits förhandla med kommunen, trots att Tietos anbud inte uppfyllt nödvändiga skall-krav för att få tas upp till prövning. Förhandlingen har inte i enlighet med 4 kap. 3 § LOU handlat om att anpassa anbudet till kraven i förfrågningsunderlaget, utan om att på ett otillåtet sätt anpassa förfrågningsunderlaget till Tietos anbud. Den omständigheten att kommunen, såsom framgår av anbudskompletteringen och av det bolaget framfört om att Tieto inte uppfyllt skall-krav, under upphandlingsprocessen frånfallit aktuellt skall-krav, utgör en otillåten väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget. Detta har varit till förfång för de anbudsgivare som i sin anbudsoffert ursprungligen uppfyllde det aktuella skall-kravet och även för de potentiella anbudsgivare som eventuellt avhöll sig från att lämna in anbud på grund av skall-kravet. Kommunens agerande strider därmed mot principerna om transparens och likabehandling. Mot bakgrund härav står det också klart att bolaget har lidit skada eller vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Inledande kommentarer

Vinnande anbudsgivare har i sitt anbud godtagit det av bolaget åberopade skall-kravet. Vinnande anbudsgivares anbud följer även vad som anges i punkt 3.1.1 i kravspecifikationen. Samtliga anbudsgivare har godtagit en justering av det åberopade skall-kravet och bolaget har även anpassat sitt anbudspris i anledning av detta.

Bolaget skulle rätteligen inte ha kommit ifråga för tilldelning av kontrakt, eftersom dess anbud i vart fall inte uppfyller skall-kravet att ange samtliga

priser i prisbilagan. Bolaget kan därför inte ha lidit eller komma att lida skada. Om vinnande anbudsgivares anbud förkastas kommer bolaget ändå inte att tilldelas kontrakt i upphandlingen på grund av att bolagets anbud är det ekonomiskt minst fördelaktiga efter vinnande anbudsgivares anbud, Tieto, och anbudsgivaren Nacka Partner. Bolaget kan inte heller av det skälet ha lidit eller komma att lida skada. Kommunen har inte brutit mot några grundläggande principer i LOU.

Upphandlingen i korta drag

Kommunen har genomfört den aktuella upphandlingen som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. LOU, varvid kommunen bjöd in ett antal anbudssökande som fick lämna anbud. Det visade sig att det i den aktuella delen av upphandlingen inkom ett anbud från bolaget, ett annat från Tieto och ett tredje från Nacka Partner. En utvald anbudssökande valde att inte lämna anbud i upphandlingen, vilket inte hade något med utformningen av förfrågningsunderlaget att göra. Kommunen bjöd in samtliga anbudsgivare till en anbudspresentation, varefter förhandlingar ägde rum med alla anbudsgivare. Anbuden utvärderades sedan enligt kriterierna i förfrågningsunderlaget. I anbudsutvärderingen av den aktuella upphandlingen erhöll Tieto högst totalpoäng och bedömdes således ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Därefter följde Nacka Partner som ansågs ha erbjudit den ekonomiskt näst mest fördelaktiga lösningen. Bolagets anbud erhöll lägst totalpoäng av alla anbudsgivare och är därför det för kommunen ekonomiskt minst fördelaktiga alternativet.

Skall-kravet

Vid ett möte mellan kommunen och Microsoft den 2 oktober 2009, som rörde helt andra frågor, framkom att Microsoft hade begärt ut kommunens förfrågningsunderlag i den aktuella upphandlingen. Microsoft hade därvid noterat det aktuella skall-kravet och tog upp frågan om ägandet

av licenser (avtalsformen SPLA). Microsoft rekommenderade kommunen att behålla sina licenser "inhouse" för att behålla kontroll och undvika onödiga licenskostnader.

Såväl bolaget som Tieto påtalade också i sina respektive anbud, under punkt 3.1.1 under rubriken "Kostnadsdrivande krav", att det aktuella skall-kravet skulle innebära en fördyring för kommunen. Kommunen tog därför upp frågan med anbudsgivarna vid anbudspresentationerna varvid samtliga anbudsgivare, inklusive bolaget, godtog en justering av kravet. Bolaget har således hos förvaltningsrätten åberopat ett förhållande som det godtagit under upphandlingsförfarandet.

Anbudspresentationen med bolaget ägde rum den 13 oktober 2009. Av "Protokoll anbudspresentation/förhandlingsomgång" från mötet med bolaget framgår att kommunen klargjorde att den, för undvikande av dubblade klientlicenskostnader, avsåg att själv tillhandahålla service-licenserna, samt att kommunen bad om en revidering av prisuppgifterna med anledning av detta. Av bolagets skriftliga svar efter detta möte framgår att det godtog justeringen av det skall-krav som det i sin ansökan om överprövning ansett att Tieto inte uppfyller. Vid ett påföljande förhandlingsmöte den 22 oktober 2009 konstaterades förändringen av skall-kravet medföra att bolagets anbudspris sjönk med 4 miljoner kronor vilket anges i "Protokoll förhandling Utveckling IT-drift Nacka kommun – systemdrift".

Tieto har genom att kryssa i Ja-rutan vid det aktuella skall-kravet godtagit detsamma. Kommunen tolkade vad Tieto angivit i anbudet som en alternativ lösning men utgick från att Tieto skulle uppfylla skall-kravet för det fall alternativlösningen inte skulle godtas. Kommunen tolkade också Tietos anbud som att Tietos priser även skulle gälla om Tieto skulle vara tvunget att äga licenserna. Tietos anbud har således uppfyllt

alla skall-krav och skulle, i strid med vad bolaget angett i ansökan om överprövning, tas upp till slutlig prövning på det sätt som skett. Förhandlingen avseende det aktuella skall-kravet, som har ägt rum, har handlat om att, på inrådan av bl.a. Microsoft, minska licenskostnaderna för kommunen. De har alltså inte varit fråga om att anpassa förfrågningsunderlaget till Tietos anbud vilket bolaget påstår. Det är inte heller så att det funnits potentiella anbudsgivare som avhöll sig från att lämna anbud på grund av det aktuella skall-kravet. I den information som föregick anbudsinvitan, och som låg till grund för anbudsgivarnas ansökningar om att få lämna anbud, fanns det aktuella kravet nämligen inte med.

Kommunen har således på ett öppet sätt för samtliga anbudsgivare redovisat problematiken med det aktuella skall-kravet och samtliga anbudsgivare har godtagit en justering avseende kravet. Kommunen måste därför anses ha uppfyllt kraven på transparens och likabehandling.

Bolaget har i genmäle vidhållit sin inställning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 4 kap. 3 § LOU anges att en upphandlande myndighet vid förhandlat förfarande med föregående annonsering ska förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 §.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan

bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I "Bilaga 2, Kravspecifikation och svarsbilaga systemdrift, utveckling IT-drift", punkt 3.6.10, anges under rubriken "Servicelicenser" bl.a. att anbudsgivaren **ska** äga serverlicenser för bastjänst systemdrift.

Av samma bilaga och samma punkt, framgår att Tieto i sitt anbud kryssat i Ja-rutan som svar. Vid rubriken "Kommentar" har Tieto angett följande.

I förutsättningarna för anbudet ingår att den blivande leverantören ska leverera servertjänster med OS-licenser inkluderade. Detta krav kan vara mycket kostnadsdrivande. Tieto har därför i vårt anbud utgått från en alternativ lösning som ger bättre kostnadseffektivitet för båda parter.

Vi antar att de licenser som Nacka kommun redan införskaffat kan övertas och nyttjas av Tieto. För tillkommande tjänster införskaffar Tieto erforderliga licenser som då ingår i vår tjänst. Om vi i vårt anbud ska utgå från nyanskaffning av samtliga licenser blir detta mycket kostnadskrävande.

I samma bilaga anges i punkt 3.1.1 under rubriken "Kostnadsdrivande krav" bl.a. följande.

Anbudsgivare **ska** redovisa om det är några krav i denna förfrågan som, ur anbudsgivarens perspektiv, upplevs som speciellt kostnadskrävande eller på annat sätt förhindrar leverantörens förutsättningar för en optimal leverans samt om möjligt föreslå alternativ lösning.

I punkt 3.1.1 i samma bilaga, anger bolaget i sitt anbud, vid rubriken "Kommentar" bl.a. följande.

Att Logica ska äga serverlicenser för operativsystem kan i Widowsfallet verka såväl fördyrande samt även minska flexibiliteten i lösningen.

I "Protokoll Anbudspresentation/förhandlingsomgång" anges under punkt 4, antecknat vid möte mellan bolaget och kommunen den 13 oktober 2009, bl.a. följande.

I förfrågan har Nacka kommun ställt krav avseende tillhandahållande av serverlicens, sk SPLA-licens. För att undvika dubblerade klientlicenskostnader avser Nacka kommun att själv tillhandahålla serverlicenser. Nacka kommun ber om en revidering av prisuppgifterna enligt nedan:

- a) Fyll i prismallen med driftkostnader **utan** serverlicenser
- b) Ange kostnader för införandefasen utan eventuell kostnad för uppköp av hårdvara.

I dokument benämnt "Svar på frågor efter möte med Nacka kommun den 13 oktober 2009" anger bolaget under punkt 2 att det accepterar den föreslagna SLA-modellen.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har vid sin upphandling valt ett s.k. förhandlat förfarande med föregående annonsering. Syftet med ett sådant förfarande är att anpassa anbuden till de krav som angetts i annonsen rörande upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Obligatoriska krav kan dock generellt sett inte bli föremål för förhandling. Obligatoriska krav som nämns först i förfrågningsunderlaget utan att tidigare ha framkommit i annonseringen utgör dock enligt förvaltningsrättens mening ett sådant krav som kan bli föremål för förhandling, eftersom det endast är de anbudssökande leverantörerna som bjudits in till anbudsgivningen som känner till kravet och därmed kan påverkas av det. För att kunna ändra eller ställa ett nytt krav måste likabehandlingsprincipen upprätthållas strikt genom hela processen. Dessutom bör samtliga inbjudna leverantörer acceptera ändringen i förfrågningsunderlaget (jfr mål nr 243/89, Europeiska kommissionen ./ Danmark).

Bolaget har, i den del av upphandlingen som det begärt överprövning av, anfört att Tieto inte uppfyllt ett av skall-kraven i kommunens kravspecifikation och att dess anbud därför i första hand ska förkastas. Kommunen har anfört att den, genom att Tieto kryssat i Ja-rutan vid det aktuella skall-kravet, utgått ifrån att Tieto skulle uppfylla kravet för det fall den av Tieto uppgivna alternativlösningen inte skulle god-

tas. Förvaltningsrätten finner, i brist på tillräckliga skäl som talar för ett motsatt förhållande, inte anledning att göra en annan tolkning än den kommunen har gjort i denna del.

Bolaget har vidare anfört att kommunen genom att frånfalla aktuellt skall-krav, gjort en otillåten och väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget till förfång för dels de anbudsgivare som i sitt anbud ursprungligen uppfyllt detta skall-krav, dels de potentiella anbudsgivarna som eventuellt avhöll sig från att lämna in anbud på grund av skallkravet. Bolaget har i denna del hänvisat till det som Tieto kommenterat i sin svarsbilaga under punkten 3.6.10.

Kommunen har obesträtt uppgett att den information som föregick anbudsinvitan, och som låg till grund för anbudsgivarnas ansökningar om att få lämna anbud, inte omnämde det aktuella skallkravet. Även kommunens påståenden att förändringen kommunicerats med de inbjudna leverantörerna samt att samtliga leverantörer getts möjlighet att justera anbuden med anledning därav har stått oemotsagda. Av utredningen framgår att bolaget har justerat sitt anbud varför det enligt förvaltningsrättens mening får anses ha godtagit det förändrade skallkravet. Bolaget har före justeringen även uppmärksammat och kommenterat olägenheten som det förfallna skallkravet hade resulterat i om det hade kvarstått.

Det har, utifrån vad bolaget anfört, inte heller i övrigt framkommit något förhållande som visar att potentiella leverantörer kan ha avstått från anbudsgivningen på grund av den aktuella justeringen.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan, samt av vad bolaget anfört i övrigt (jfr. Regeringsrättens avgörande den 13 november 2009 i mål nr 7287-08), finner förvaltningsrätten att upphandlingen inte genom-

förts i strid mot någon av de principer som följer av LOU eller EU-rätten på ett sådant sätt att den ska rättas eller göras om. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Genom att förvaltningsrätten nu har avgjort målet slutligt upphör förvaltningsrättens tidigare inhibitionsbeslut att gälla.

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



Eva Zawiska-Önnertson
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Elisabeth Larsson.



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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

