



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 2

DOM
 2011-05-26
 Meddelad i
 Göteborg

Mål nr
 2610-11 E
 Enhet 2:1

Sida 1 (11)

SÖKANDE

Dell AB, 556369-6631
 Box 612
 169 26 Solna

Ombud: Advokaten Kaisa Adlercreutz och jur. kand. Linda
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
 Box 11918
 404 39 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2011-05-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Västra Götalands läns landsting
 Regionens Hus
 462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att upphandlingen (SN 383-2010 "Ramavtal – Lagring") avseende avtalsområde 1 (Datalagring) får avslutas först sedan rättelse gjorts i form av ny utvärdering av "Underhållsarbeten/prestanda" (D18) i kravspecifikationen, varvid Dell AB:s anbud inte får tilldelas 0 poäng.

Dok.Id 84643

Postadress
 Box 53197
 400 15 Göteborg

Besöksadress
 Sten Sturegatan 14

Telefon
 031 - 732 70 00

Telefax
 031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND

Västra Götalands läns landsting genomför en upphandling av ramavtal avseende lagringsprodukter, dnr SN 383-2010. Upphandlingen omfattar fyra delområden och genomförs med ett öppet förfarande.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 28 februari 2011 framgår att Västra Götalands läns landsting valt att teckna avtal med annan leverantör än Dell AB avseende avtalsområde 1, nämligen Hitachi.

YRKANDEN M.M.

Dell AB (Dell) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering ska göras avseende avtalsområde 1 och att Dell ska tilldelas maximalt antal poäng för börkravet D18.

Dell gör gällande att landstinget har genomfört upphandlingen utan att hänsyn har tagits till de grundläggande principer som följer av 1 kap. 9 § LOU och som ska tillämpas vid all offentlig upphandling. Till följd av landstingets förfarande har Dell lidit eller kan komma att lida skada.

I förfrågningsunderlaget, kravspecifikationen punkten D18 avseende avtalsområde 1, har som börkrav ställts krav avseende underhållsarbete av systemets ingående komponenter inklusive mjukvara enligt följande.

”Underhåll av systemets ingående komponenter inklusive mjukvara, såväl uppgradering som patchning, bör kunna utföras utan påverkan på prestandanivåer. Beskriv er lösning för detta samt ange ungefärlig prestanda (i procent) vid underhållsarbete.”

4 poäng: Underhållsarbeten påverkar ej lösningens prestanda, 100 % prestanda

3 poäng: Underhållsarbeten påverkar delvis lösningens prestanda, 90 % prestanda

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
2610-11

2 poäng: Underhållsarbeten påverkar delvis lösningens prestanda, 75 % prestanda

0 poäng: Underhållsarbeten påverkar kraftigt lösningens prestanda <50 % prestanda

Värderingen av fråga D18 är enligt förfrågningsunderlaget punkten 2.11.2 följande:

Vid utvärderingen poängsätts varje kriterium utifrån en skala på 0-4, beroende på hur väl respektive anbud uppfyller det aktuella kriteriet. Poängtalens betydelse framgår av bifogad kravspecifikation. Därefter beräknas ett pålägg för det aktuella kriteriet i förhållande till hur stor del av maximal poäng för kriteriet som inte uppnås enligt nedan

4 poäng = inget pålägg

3 poäng = angivet mervärde för kriteriet multiplicerat med 1/4

2 poäng = Angivet mervärde för kriteriet multiplicerat med 2/4

1 poäng = angivet mervärde för kriteriet multiplicerat med 3/4

0 poäng = fullt pålägg

Pålägget för samtliga kriterier summeras och adderas till respektive anbuds beräknade totalkostnad/pris. Anbudet som får det lägsta jämförelsevärdet är det för landstinget det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Dell har avseende börkravet i punkten D18 angett följande i sitt anbud.

"Dell/EMC system installeras och konfigureras enligt Best Practice så att det alltid finns cpu kapacitet tillgängligt motsvarande en hel SF vilket gör att 100 % prestanda levereras under uppgradering/utbyte av komponenter, detta i kombination med bibehållen skriv-cache gör att prestandan ej påverkas."

Dell har som svar sålunda angett att 100 procent prestanda levereras vid uppgradering/utbyte av komponenter och att prestandan ej påverkas.

Landstinget har ändå begärt ett förtydligande från Dell avseende börkravet D18 enligt följande.

Beskrivning saknas, var i ert anbud finns efterfrågad uppgift?

Dell har som svar lämnat följande förtydligande:

Beskrivningen finns skriven i korthet i Dells svar på D18. För fördjupad beskrivning se nedan. Uppsättning av VNX/Cx4-system skall alltid följa dokumenterade Best Practice (se bifogat dokument). Dessa Best Practice föreskriver att vid konfiguration och uppsättning skall lasten balanseras så att ingen av storageprocessorerna belastas mer än 50 %. Detta för att underhållsarbete som exempelvis uppgradering skall kunna ske helt utan prestandapåverkan. Således kan underhållsarbeten utföras med bibehållen prestanda om 100 %.

Dell har sålunda i sitt svar avseende förtydligande hänvisat till tidigare svar och ytterligare förtydligat hur systemet är uppbyggt samt åter angett att underhållsarbeten kan utföras med bibehållen prestanda om 100 procent. Dell har vidare bifogat EMC CLARION Best Practice for Performance and Availability (Best Practice) för systemet, vilket inte angavs som ett krav i förfrågningsunderlaget att det skulle inges med anbudshandlingarna. Enligt Best Practice anges tydligt att prestandan inte påverkas alls om en storageprocessor skulle sättas ur funktion. Best Practice är en vedertagen term, särskilt inom aktuell bransch, för att installera eller montera en produkt på rätt sätt enligt leverantörens anvisningar.

Det dokument som beskriver Best Practice för installation av Dells offere-rade system VNX beskriver även Best Practice för ett system kallat Cx4. Cx4 kan inte vara obekant då detta system är ett av marknadens mest använda lagringssystem och landstinget själva har flera Cx4 system i drift. Eftersom dessa system i princip fungerar på samma sätt är det därför tillfyllest med en gemensam beskrivning.

Landstinget har vid utvärderingen avseende börkrav D18 tilldelat Dell 0 poäng och ett prispåslag om 7 miljoner kronor. Landstinget har gjort ett uppenbart fel i bedömningen av Dells anbud och inte utvärderat anbudet i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget.

Landstinget har vidare gett olika poäng till anbudsgivarna trots att anbudsgivarnas svar är mycket likartade. Landstinget har därigenom inte behand-

lat alla anbudsgivare lika vid utvärderingen och har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen. Det framkommer inte heller av utvärderingsprotokollet hur landstinget har motiverat aktuell bedömning.

En jämförelse kan göras med den vinnande anbudsgivaren Hitachis svar avseende D18 som av landstinget har tilldelats maximala 4 poäng och 0 i prispåslag. Hitachi har i sitt anbud svarat följande:

"VSP har en arkitektur som är designad för maximal prestanda och tillgänglighet och som del i detta ingår att uppgradering inte har någon nämnvärd skillnad."

Landstinget har vid begäran om förtydligande ställt en fråga till Hitachi enligt följande.

Hur stor påverkan i procent är detta?

Hitachi har därvid svarat följande:

"Om lagringslösningen är designad och dimensionerad enligt Hitachis rekommendationer (vilka kommer att kontinuerligt gås igenom i samband med varje tekniskt affärsutvecklingsmöte och vid varje installationstillfälles uppstartsmöte) kommer prestandapåverkan att bli 0 %."

Hitachis svar är således mycket likartat och likvärdigt det svar som Dell gett avseende D18 i det ursprungliga anbudet. Hitachi har i det ursprungliga anbudet inte svarat på frågan avseende ungefärlig prestanda vid underhållsarbeten. Hitachi har inte heller beskrivit sin lösning mer än att den har en arkitektur som är designad för maximal prestanda.

Dells hänvisning till Best Practice motsvarar Hitachis hänvisning till sina rekommendationer precis som Dells uttryck "konfiguration och uppsättning" motsvarar Hitachis uttryck "designad och dimensionerad". Även Dells uttryck "utan prestandapåverkan" motsvarar Hitachis uttryck "kommer prestandapåverkan att bli 0 %". Anbudsgivarna har således i sina svar uttryckt samma sak men använt något olika formuleringar och ordval. Genom att inte godta Dells beskrivning samtidigt som Hitachis

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 6
2610-11

jämförliga men något annorlunda formulerade beskrivning ansetts fullt tillräcklig och tilldelats 4 poäng, har landstinget behandlat anbudsgivarna olika. Detta är ett tydligt bevis för att landstinget har frångått likabehandlingsprincipen i sin utvärdering.

Med anledning av Dells svar avseende D18 och det faktum att Dells system uppfyller kravet på att underhållsarbete inte påverkar systemets prestanda samt mot bakgrund av hur övriga anbudsgivare har svarat och hur landstinget har bedömt deras anbud är det helt uppenbart felaktigt att Dell endast har tilldelats 0 poäng av 4 möjliga poäng. Landstinget har vid utvärderingen inte gjort en objektiv bedömning av Dells svar och uppfyllande av det aktuella börkravet, vilket framgår vid en jämförelse av utvärderingen av övriga anbud.

Även om landstinget inte ansett att Dells offererade lösning till fullo uppfyllt börkrav D18 ifrågasätter Dell att landstinget har tilldelat Dell 0 poäng. Om landstingets uppfattning varit att Dells system delvis påverkas av underhållsarbeten borde Dell ha erhållit minst en poäng. Även om Dell skulle ha erhållit endast en poäng hade Dell vunnit upphandlingen eftersom anbudet då hade fått det lägsta totala utvärderingspriset.

Landstinget har i sitt yttrande inte anfört några skäl som rättfärdigar att Dell inte behandlats lika i förhållande till andra anbudsgivare. Vid en jämförelse med övriga anbudsgivares svar är det tydligt att Dells svar innehåller motsvarande information och en likvärdig beskrivning avseende aktuellt börkrav. Genom att inte godta Dells svar har landstinget brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Denna brist på likabehandling har lett till stor skada för Dell som skulle ha vunnit upphandlingen om landstinget hade behandlat Dells svar på samma sätt som övriga anbudsgivares svar och tilldelat Dell de poäng Dell rätteligen skulle ha fått.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Dell framhåller att landstinget i detta skede inte kan hävda att det föreligger brister i Dells anbud i förhållande till andra krav i förfrågningsunderlaget efter att i utvärderingen ha tilldelat Dell full poäng för dessa krav.

Landstinget bestrider Dells ansökan om ingripande enligt LOU och anför bland annat följande.

Landstinget begärde med hänsyn till Dells anbudssvar avseende punkten D18 ett förtydligande av Dell eftersom något om Best Practice till den offererade produkten VNX 5700 inte fanns med i anbudet från Dell (dvs. inget som var tillgängligt för landstinget innan anbudstidens utgång). Att landstinget sedan erhåller ett svar från Dell där bolaget hänvisar till en annan produkt benämnd "VNX/Cx4", som enligt vad landstinget känner till inte har funnits eller finns på marknaden, där Dell dessutom uppger att vid en belastning om 50 procent kan en bibehållen prestanda om 100 procent erhållas ändrar således inte tidigare gjord bedömning. Vad landstinget efterfrågar är att vid normal belastning (vilket naturligtvis är mer än 50 procent) ska det kunna ske underhåll utan att systemet påverkas.

Hitachi har, som även Dell anför, beskrivit sin lösning. Hitachi har även angett prestanda i procent och har till anbudet dessutom bifogat en bilaga benämnd VSP overview.

Landstinget kan inte vitsorda att Best Practice är en vedertagen term. Oavsett hur det förhåller sig härmed får landstinget framhålla att någon Best Practice inte fanns med i anbudet från Dell och att Dell därefter, efter anbudstidens utgång, hänvisar till en annan produkt är inte något som kan tillmätas någon betydelse vid poängbedömningen. När det gäller Best Practice kan för övrigt tilläggas att det är något som skiljer sig från varje leverantör och kan ge/få konsekvenser på befintlig drift.

Landstinget framhåller därutöver att Dells anbud vid en förnyad genomgång inte synes kunna offerera efterfrågad typkonfiguration-datalagring och att det kan ifrågasättas om Dell säljer erbjuden lagringsprodukt under eget märke, vilket var ett krav i upphandlingen. Enligt landstingets uppfattning är Dell således inte kvalificerade till anbudsutvärdering.

Dell har inte visat att Landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan av de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget inte skulle vara optimalt utformat gör landstinget gällande att det inte är fråga om brister av den art eller omfattning som gör att kraven som uppställs i LOU eller följer av de unionsrättsliga principerna har åsidosatts.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m. m.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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 beaktas.

Regeringsrätten (numer Högsta förvaltningsdomstolen) har uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utfor-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

made får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten (numer unionsrätten) inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Av Regeringsrättens (Högsta förvaltningsdomstolen) avgörande (RÅ 2009 ref. 69) framgår att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att förvaltningsrätten bara bör pröva de grunder som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Målet gäller om Dell, utifrån det som Dell anför och har visat, gjort sannolikt att landstinget har brutit mot någon bestämmelse i LOU och om detta medfört att Dell lidit eller kan komma att lida skada. Målet avser därmed inte om Dells anbud på av landstinget nu anförda grunder ska diskvalificeras eller rätteligen borde ha diskvalificerats. Landstinget har nämligen tidigare bedömt att Dells anbud uppfyller kvalificeringskraven och gjort den utvärdering som framgår av handlingarna. Landstingens bedömning att Dells anbud uppfyller kvalificeringskraven gäller därför i målet.

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagen eller mot någon av de principer som bär upp lagstiftningen. För att en upphandling enligt LOU ska uppfylla unionsrättens krav på lika-behandling ska leverantörer och de produkter som erbjuds behandlas lika. De förfaranden som används av en upphandlande myndighet ska tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer som deltar i en upphandling.

Utvärderingen av Dells anbud avseende kravspecifikationens punkt D18

Landstinget har vid utvärderingen av punkten D18 tilldelat Dell 0 poäng med följd att Dells anbud fått ett prispåslag. Dell gör gällande att lands-

tinget har felbedömt Dells beskrivning avseende uppfyllandet av punkten D18 och att Dell har särbehandlats i förhållande till andra anbudsgivare som lämnat snarlika beskrivningar men som erhållit maximala poäng för börkravet D18.

Dell har avseende punkten D18 i sitt anbud dels kort beskrivit sin lösning för hur underhåll av systemets ingående komponenter bör kunna utföras utan påverkan på prestandanivåer (t.o.m. ordet "SP"), dels angett att 100 procent prestanda levereras vid underhållsarbete (resten i anbudet avseende punkten D18). Dell har därefter i det av landstinget begärda förtydligandet hänvisat till sin beskrivning i anbudet och till "Best Practice", som bifogats i ett dokument. Dell utvecklar i förtydligandet i korthet vad Best Practice föreskriver. Det som Dell anger avseende punkten D18 i sitt anbud och som förtydligas i det av landstinget begärda förtydligandet får förstås på så sätt att Dells offererade system, om det installerats och konfigurerats enligt "Best Practice", vid normal belastning inte belastas mer än 50 procent, vilket innebär att en storageprocessor kan "ta över" en annans "arbete" utan att systemets prestanda påverkas. Som stöd för att det offererade systemet till fullo uppfyller kravet i punkten D18 har Dell emellertid hänvisat till "Best Practice" för en annan produkt än den som offererats. Det förhållandet att Dell i förtydligandet hänvisar till en annan produkt än den som offererats och att Dell inte gjort sannolikt att dessa produkter "i princip fungerar på samma sätt" medför dock inte att landstinget får anses ha haft sakligt godtagbara skäl för sin poängsättning av Dells anbud avseende punkten D18. Utifrån hur landstinget bedömt anbudsgivaren Hitachis anbud avseende punkten D18 får landstinget vid utvärderingen av punkten D18 anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen. Hitachi, som fått maximala 4 poäng vilket ska jämföras med Dells 0 poäng, beskriver i anbudet sin lösning inte mer utförligt eller "bättre" än Dell och där saknas dessutom uppgift om prestanda i procent. Först i förtydligandet anger Hitachi att prestandapåverkan blir 0 procent, vilket motsvarar att prestandan uppgår till 100

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 11
2610-11

procent. Det förhållandet att Hitachi till sitt anbud bilagt en bilaga benämnd VSP overview eller att "Best Practice" till den av Dell offererade produkten VNX 5700 inte finns med i anbudet från Dell, eller i kompletteringen, medför ingen annan bedömning. Något krav på existensen av sådana handlingar, för att poäng ska erhållas på punkten D18, finns inte utifrån det som åberopas i målet. Skäl för ingripande på denna grund föreligger därför.

Det som Dell AB anfört och har visat innebär sammanfattningsvis dels att landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, dels att detta har medfört att Dell lidit eller kan komma att lida skada. Ingripande enligt LOU ska därför ske och eftersom fråga är om felaktigheter vid utvärderingen av punkten D18 ska rättelse ske på så sätt att utvärderingen av den punkten ska göras om, varvid Dell inte får tilldelas 0 poäng.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michael Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 var till 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 uppge 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.

DV 3109/1B LOU