



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2012-09-04
Meddelad i
Umeå

Mål nr
1292-12 E
Kansli 1

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012-03-05 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

SÖKANDE

Comdate Aktiebolag, 556364-8962
Box 775
941 28 Piteå

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur. kand. Elenore Gustavsson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom ny utvärdering av anbuden.

Dok.Id 25017

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|------------------------|----------------------------|--|--------------|---|
| Box 193 901 05 Umeå | Nygatan 45 (Tingshuset) | 090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se | 090-13 75 88 | måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00 |

BAKGRUND

Umeå kommun (kommunen) har genomfört en öppen upphandling av IT-system för närvaroregistrering i förskolan (diarienumr 11170). I tilldelningsbeslut den 28 juni 2012 och utvärderingsprotokoll anges bl.a. att fyra anbud inkommit samt att Tempus Information Systems AB (Tempus) antagits som leverantör.

PARTERNAS TALAN

Comdate Aktiebolag (Comdate)

Comdate ansöker om överprövning av upphandlingen och som grunder för ansökan anges bl.a. följande.

Kommunens utvärdering är behäftad med avsevärda brister då denna inte har utförts på i förfrågningsunderlaget föreskrivet sätt. I upphandlingsföreskrifterna anges att bedömningen av B – börkrav – görs utifrån avlämnat svar i kolumnerna J/N/D/A. Av instruktionerna i punkten 14.2 följer vidare att anbudsgivare har att besvara börkrav med ett kryss (X) för ett av svarsalternativen. Om anbudsgivarna anger ett X i kolumnen J innebär detta ”att kravet till fullö uppfylls vid leverans”. Därtill anges explicit i punkten 14.2 att ”Samtliga krav besvarade med J förutsätts ingå i offererat system (vid leverans)”.

I punkten 15.1 – bedömning av börkrav – anges emellertid ”vid samtliga B ska även frågan om funktionen finns i offererad version (leveransdagens version) av system besvaras”. Enär det härmed framstår som oklart för anbudsgivare vad kommunen menar och hur svarsformuläret ska besvaras har frågor ställts till kommunen. I svar från kommunen daterat den 26 april 2012 anges bl.a. följande. ”Anges svaret ”A” skall också anges ”J/N” om detta ingår

i den offererade versionen. Ett "A" med ett angivet "N" kan behöva ett förtydligande. Vi vill dock poängtera att vi anger "kommer i nästa version" vilket enligt vår uppfattning är relativt snart och senast inom ett år. Annars borde svaret vara "N" i kolumn 2 vilket innebär att kravet inte kommer att uppfyllas." Att det förhåller sig på det sättet är logiskt då ett X i kolumnen J innebär att kravet till fullo uppfylls vid leverans, vilket naturligtvis också innebär att funktionen finns i offererad version av systemet (leveransdagens version). En markering i kolumnen A innebär å andra sidan att kravet kan uppfyllas om en anpassning av system görs, varför anbudsgivaren då har att ange med ett X huruvida funktionen ingår i den offererade versionen (leveransdagens version) eller inte.

Comdate har vidare på föreskrivet sätt sänt frågor till kommunen på www.e-avrop.com enligt nedan.

Fråga 1: Kan vi få förtydligande på hur man fyller i svarsalternativen för Börkrav (B). Vid anvisningen står först att "B besvaras med ett kryss (X) för ett av följande svarsalternativ". Det står endast att ett av nedanstående svarsalternativ ska besvaras med ett kryss. Är det så?

Fråga 2: Går det att få utförligare förklarat att, om vi uppfyller kravet till fullo, så vilken kolumn ska då markeras med X. Kolumn 1 eller 5 nedan?

Finns i offererad version av system

J/N/D/A/J/N

Fråga 3: Går det att få ett förtydligande. I vilket fall ska kolumn 4 och 5 användas?

I samband därmed kontaktades Comdate per telefon av kommunen varvid information erhöles att endast ett X ska anges om det anges i kolumnen J, då en sådan markering innebär att systemet uppfyller ställda krav vid leverans. Kommunen upplyste därvid om att fler än ett X skulle komma att medföra att anbudet förkastades. Telefonsamtalet mellan Comdate och kommunen bekräftades sedermera med e-postmeddelande, enligt vilket det bekräftades att fråga 1-3 besvarats via telefon till Comdate samma dag, att dessa frågor inte kunde kommenteras ytterligare, utan hänvisning skedde

till den information som gavs i upphandlingsföreskrifterna, samt att svar på fråga 4 lämnas till alla via upphandlingsstödet.

Följaktligen har Comdate i sitt anbud markerat samtliga uppställda krav med ett X i kolumnen J då systemet till fullo uppfyller ställda krav. Det kan vid en granskning av anbudsgivaren Avistas anbud konstateras att också de synes ha uppfattat instruktionerna och kommunens förtydliganden på samma sätt som Comdate. Det kan emellertid konstateras att kommunen vid sin utvärdering, trots att det av Comdate offererade systemet till fullo uppfyller ställda krav vid leverans, endast har tilldelat Comdate 1 poäng. Detsamma synes gälla för Avistas anbud. Vid en korrekt utförd utvärdering skulle Comdate ha erhållit följande 135 poäng (90) för funktionella krav och 259,5 (199,5) för tekniska krav (ursprungliga poäng inom parentes).

Sammantaget medför en korrekt utförd utvärdering att Comdate ska erhålla ett reduceringsvärde om $890\,625 + 585\,023 + 1\,023\,184 = 2\,499\,340$. Genom att felaktigt tilldela Comdate endast 1 poäng, trots att systemet till fullo uppfyller uppställda krav har inte det anbud som varit ekonomiskt mest fördelaktigt antagits. Inte heller har kommunens förfarande varit förutsebart för anbudsgivarna. Vid en korrekt utvärdering hade Comdates anbud erhållit en utvärderingssumma på 2 070 460 kr och hade därmed varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och skulle således ha tilldelats upphandlingen.

Kommunens tolkning av förfrågningsunderlaget, d.v.s. att ett anbud som uppfyller samtliga uppställda krav vid leverans ändock inte ska erhålla 1,5 poäng, är inte rimlig och står i uppenbar strid mot vad som anges i förfrågningsunderlaget avseende utvärdering. För den händelse att kommunens tolkning ska anses vara korrekt kan kravet i denna del inte anses vara proportionerligt med beaktande av att det redan genom ett kryss i J-kolumnen klart framgår att kravet är uppfyllt.

Kommunen

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Comdate påtalar mycket riktigt att bedömningen av B – börkrav – görs utifrån svar i kolumnerna J/N/D/A och att ett X endast kan anges i en av dessa kolumner. Vad Comdate inte anger är att det också framgår av punkten 14.2 att ”För uppgift om börkravet möts i offererad version av systemet (vid leverans) kryssas J eller N alternativet i kolumnen ”Finns i offererat system”. Detta innebär att det framgått hur anbudsgivaren ska fylla i ”Svarsbilaga kravspecifikation”.

Det framgår tydligt att det för samtliga börkrav ska anges huruvida kravet finns på leveransdagen eller om uppgiven funktion kommer i nästa funktion. Av punkten 15.1 framgår att ”Vid samtliga B ska även frågan om funktionen finns i offererad version (leveransdagens version) av system besvaras. Beroende på svar multipliceras erhållen poäng med faktor enligt nedan: 1,5 poäng: Funktionen finns i offererad version av systemet (leveransdagens version). 1 poäng: Funktionen finns inte i offererad version (leveransdagens version) men kommer i nästa version alt. Kan erhållas med en anpassning av systemet. Markera med ”J” i kolumnen ”Finns J/N” i ”Svarsbilaga krav” om funktionen finns, annars med N”.

Det framgår också i svarsbilaga kvalificering och den särskilda rubriken för om funktionen ”Finns i offererad version av systemet” att kommunen efterfrågar ett besked om detta. Fälten för börkraven är också ifyllningsbara, vilket inte skallkraven är. Comdate har i sitt anbud inte ifyllt någon information i avsedda fält och med anledning av detta blev värderingen den lägsta. Kommunen ansåg sig inte heller ha möjlighet till någon förtydligande fråga avseende Comdates anbud eftersom en eventuell justering skulle innebära en risk för att denna senare komplettering skulle innebära ett justerat anbud.

Kommunens modell för utvärdering bygger på en möjlighet att man värderar B-krav som antingen är uppfyllda vid leveransdagen (1,5 p) eller som kommer att levereras i nästa version (1,0 p). Vid marknadsbedömningen före publiceringen av upphandlingen fann kommunen att tillgängliga system på marknaden som motsvarade önskemålen inte var tillräckliga. Modellen öppnar således för fler leverantörer som inte har helt färdiga system.

Comdate ställde helt korrekt frågor den 26 april 2012 och kommunen medger också att det samma dag skedde en muntlig kommunikation med Comdate. Sådan kommunikation sker ofta med syftet att klarlägga frågeställningar så att ett rätt avvägt svar kan lämnas. Så var syftet även denna gång, men för att bekräfta att samtalet inte var bindande så sändes ett svarsmail där kommunen avseende frågorna 1-3 svarar att den information som lämnats i upphandlingsföreskrifterna gäller. Att samtalet berörde att ”fler än ett X skulle komma att medföra att anbudet förkastas” känns dock inte igen, i synnerhet mot bakgrund av den instruktion som finns. Inga muntliga svar på ställda frågor lämnas, utan det finns ett stort behov av skriftlighet för att undvika missförstånd och eliminering av risken för bristande likabehandling. Muntliga svar kan lämnas om det gäller att vägleda en anbudsgivare i att hitta i förfrågningsunderlaget, vilket är en vanlig företeelse. I detta fall avseende frågorna 1-3 ansågs att inga förtydliganden behövde göras, utan hänvisning gavs till förfrågningsunderlaget, vilket också bekräftas via mail för undvikande av misstolkning av samtalet.

En anbudsgivare, Tempus, har besvarat ”Svarsbilaga kvalificering” i enlighet med anvisningarna. Två anbud har utelämnat svar på aktuella fält och tolkas därför till det ”lägsta värdet”. Comdate har inte, med den information som kan tolkas av yrkandet, fyllt i svarsmallen fullständigt/inte

följt anvisningen. Även om ytterligare en anbudsgivare inte fyllt i svarsmallen fullständigt innebär det inte att kommunen agerat felaktigt.

UTREDNINGEN

I förfrågningsunderlagets **upphandlingsföreskrifter** anges bl.a. följande.

14.2 Börkrav

B besvaras med ett kryss (X) för ett av följande svarsalternativ:

J vilket innebär att kravet till fullo uppfylls vid leverans. Frågor besvarade med J kan kompletteras med information om hur kravet uppfylls i fältet "beskrivning".

N vilket innebär att kravet inte kommer att uppfyllas vid leverans.

D vilket innebär att kravet delvis uppfylls vid leverans. Vid detta svarsalternativ ska alltid en redogörelse ges till vad som uppfylls/inte uppfylls.

A innebär att kravet kan uppfyllas om en anpassning av system görs. Vid detta svarsalternativ ska alltid en redogörelse för anpassningen ges samt kostnaden för att genomföra anpassningen redovisas i "Svarsbilaga pris".

För uppgiften om börkravet möts i offererad version av systemet (vid leverans) kryssas J eller N-alternativet i kolumnen "Finns i offererat system".

Samtliga krav besvarade med J förutsätts ingå i offererat system (vid leverans).

Samtliga krav besvarade med D förutsätts ingå i offererat system (vid leverans), till den del som beskrivs i kommentaren till frågan.

Samtliga krav besvarade med A, där pris på den enskilda anpassningen inte framgår i "Svarsbilaga utvärderingsmodell" förutsätts ingå i offererat pris.

15.1 Bedömning av börkrav (B) och redogörelsefrågor (R), Steg 1

Poängsättning av offererad funktionell och teknisk lösning görs utifrån hur Umeå kommun bedömer att B och R möter respektive önskemål. Ju högre poäng desto högre uppfyllandegrad. Nedan följer en uppställning av definitionerna som används vid bedömningen.

Dessa definitioner syftar till att ge riktlinjer för hur bedömning av anbud ska utföras samt tydliggöra resonemang i bedömningen av lämnat anbud.

I steg 1 bedöms och poängsätts B och R i "Svarsbilaga kravspecifikation" utifrån en skala från 0-2 poäng:

0 poäng: Svaret uppfyller inte börkravet överhuvudtaget.

1 poäng: Svaret uppfyller börkravet delvis.

2 poäng: Svaret uppfyller börkravet fullständigt.

Bedömning av B görs utifrån avlämnat svar i kolumnerna J/N/D/A i "Svarsbilaga kravspecifikation". Bedömningen av R görs med utgångspunkt i beskrivningar som lämnats i "Svarsbilaga kravspecifikation".

Varje B har viktats utifrån en skala från 1-3 redovisat i "Svarsbilaga kravspecifikation". Varje R viktas till 1. Vikten multipliceras med erhållen poäng för börkravet.

Vid samtliga B ska även frågan om funktionen finns i offererad version (leveransdagens version) av system besvaras. Beroende på svar multipliceras erhållen poäng med faktor enligt nedan:

1,5 poäng: Funktionen finns i offererad version av systemet (leveransdagens version).

1 poäng: Funktionen finns inte i offererad version (leveransdagens version) men kommer i nästa version alt. Kan erhållas med en anpassning av systemet. Markera med "J" i kolumnen "Finns J/N" i "Svarsbilaga krav" om funktionen finns, annars med "N".

Exempel:

Frågans vikt: 3

Funktionen finns i offererad version: 1,5.

Svaret ges bedömningen "uppfyller delvis": 1.

Total poäng på frågan: $3 * 1,5 * 1 = 4,5$ p (max poäng på frågan är $3 * 1,5 * 2 = 9$ p).

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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

DOMSKÄL

I förfrågningsunderlaget anges under rubriken 14.2 bl.a. att ett börkrav som besvarats med ett Ja (J) innebär att kravet till fullo uppfylls vid leverans, att svaret Nej (N) innebär att kravet inte kommer att uppfyllas vid leverans, att Delvis (D) innebär att kravet delvis uppfylls vid leverans samt att

Anpassning (A) innebär att kravet kan uppfyllas om en anpassning av systemet görs. De två sistnämnda alternativen, D och A, ska vidare åtföljas av redogörelser för vad som uppfylls/inte uppfylls respektive den aktuella anpassningen och dess kostnader. Vidare anges att leverantör ska lämna uppgift om börkravet möts i offererad version av systemet vid leverans genom att kryssa Ja (J) eller Nej (N) i kolumnen "Finns i offererat system".

Under rubriken 15.1 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att bedömningen av börkrav görs utifrån avlämnat svar i kolumnerna "J/N/D/A" och tilldelas då poäng utifrån en skala om 0-2 poäng, beroende på om börkravet inte uppfylls överhuvudtaget, om det uppfylls delvis eller om det uppfylls fullständigt. I nästa steg tilldelas poäng utifrån en skala om 0-1,5 poäng. 1,5 poäng utdelas om funktionen finns i den offererade versionen på leveransdagen, 1 poäng utdelas om funktionen inte finns med i den offererade versionen på leveransdagen men kommer i nästa version, alternativt kan erhållas med en anpassning av systemet och 0 poäng om funktionen inte finns.

I kommunens förfrågningsunderlag används under 14.2 och 15.1 snarlika begrepp som "offererad version av systemet (vid leverans)", "offererat system vid leverans" och "offererad version (leveransdagens version)". Eftersom begreppen inte utvecklas ytterligare blir förfrågningsunderlaget svårtolkat vad gäller frågan när de olika rutorna för "Ja" ska kryssas i. Det är i sammanhanget anmärkningsvärt att två av de tre anbudsgivarna vars anbud utvärderats konsekvent fyllt i endast den första av Ja-rutorna och att Nej-rutan i anslutning till den andra Ja-rutan inte i något fall fyllts i. Detta förhållande ger stöd för att underlaget varit svårtolkat för leverantörerna.

Comdate har i skriftliga frågor till kommunen begärt förtydligande av när de olika rutorna ska användas. Kommunen har inte lämnat Comdate något skriftligt svar och inte heller besvarat frågorna under "Frågor och svar" till

ledning för alla leverantörer. Istället har kommunen lämnat Comdate muntliga svar på frågorna. Comdate har i förvaltningsrätten uppgett att bolaget därvid uppfattat att endast ett kryss ska anges om det anges i kolumnen J. Kommunen har inte visat någon skriftlig dokumentation om vad kommunen uppgav vid samtalet och kommunen har i förvaltningsrätten för övrigt uppgett att "samtalet inte var bindande". Enligt förvaltningsrättens mening får det läggas kommunen till last att kommunen inte skriftligen lämnat ytterligare upplysningar om ifyllandet av aktuella rutor.


Kommunen har i förvaltningsrätten uppgett att kommunens modell för utvärdering bygger på en möjlighet att man värderar B-krav som antingen är uppfyllda vid leveransdagen (1,5 p) eller som kommer att levereras i nästa version (1,0 p).

Enligt vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget innebär ett börkrav som besvarats med ett Ja (J) i kravspecifikationen att kravet till fullo uppfylls vid leverans. Vidare har i förfrågningsunderlaget under 14.2 generellt angetts att "Samtliga krav besvarade med J förutsätts ingå i offererat system (vid leverans)." Detta sammantaget med vad förvaltningsrätten sagt ovan om svårigheter med att tolka förfrågningsunderlaget gör att vid utvärdering får göras den tolkningen att ett kryss i första Ja-rutan innebär att kravet även uppfylls i offererad version av systemet (leveransdagens version). Förvaltningsrätten konstaterar därför att ett jakande svar (J) avseende ett börkrav som en anbudsgivare lämnat i kolumnerna "J/N/D/A" utgör tillräckligt underlag att kommunen ska kunna genomföra en utvärdering med därtill hörande poängtilldelning.

Eftersom poängsättningen av anbuden inte gjorts i enlighet med det ovan anförda har kommunens agerande medfört att Comdate lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU.

Förvaltningsrätten kan i detta sammanhang besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Visserligen är den ifrågavarande bristen att hänföra till förfrågningsunderlagets utformning, men enligt förvaltningsrättens mening är bristen dock inte av den karaktären att leverantörernas möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud påverkats, utan det aktuella kravet synes mer ta sikte på att underlätta för den upphandlande myndigheten vid utvärderingen av inkomna anbud. Förvaltningsrätten finner det därför tillräckligt att anbudsprovningen görs om med beaktande av ovan nämnda omständigheter.

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


Björn Johansson
Rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.

