



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-07-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
29518-13

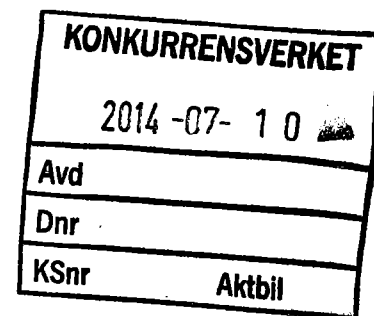
SÖKANDE

EVERY Consulting AB, 556403-0798
171 79 Solna

Ombud: Advokat Catharina Baerselman
Jur.kand. Arvid Bard Bringéus
Bird & Bird Advokat KB
Box 7714
103 95 Stockholm

MOTPART

Kammarkollegiet
Statens Inköpscentral
Box 2218
103 15 Stockholm



SAKEN

Ansökan om överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar om rättelse på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om, varvid EVERY Consulting AB:s anbud ska beaktas.

Dok.Id 484921

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

08:00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (Kammarkollegiet) genomför en upphandling av ramavtal för IT-konsulttjänster Resurskonsulter 2013 – Region Västra (Dnr 96-76-2012). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) med ekonomiskt mest fördelaktiga anbud som utvärderingsmodell.

Upphandlingen syftar till att täcka statliga myndigheters behov av IT-konsulter, resurskonsulter. Avrop från ramavtalen sker genom avrop utifrån en rangordning för uppdrag som vid avropstillfället är upp till 160 timmar, eller genom förnyad konkurrensutsättning för övriga uppdrag som vid avropstillfället överstiger 160 timmar. Upphandlingen är indelad i sju anbudsområden. Varje anbudsområde motsvarar ett kompetensområde och består av ett antal exempelroller för respektive kompetensområde. Var och en av de olika exempelrollerna inom varje anbudsområde kan avropas på kompetensnivåerna 2-5, där 5 är den högsta kompetensnivån. De ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden antas och ramavtal tecknas med högst sex leverantörer per anbudsområde. Vid utvärderingen har poängen för respektive utvärderingskrav (bör-krav) per anbudsområde räknats samman för respektive anbud. Pris har utvärderats genom att det eller de anbud som har lägsta anbudssumman erhöll maxpoäng och övriga anbud tilldelades poäng i förhållande till den lägsta anbudssumman. Vid utvärderingen har en relativ viktningmodell använts. (Lägsta anbudssumma dividerat med egen anbudssumma multiplicerat med maxpoäng (100)). Viktning för utvärderingskriterierna var: - Bör-krav per anbudsområde 60 % och - Pris per anbudsområde 40 %. Efter viktningen av respektive poäng för bör-kraven och poäng för pris har dessa slagits samman och en slutsumma poäng erhållits. Ett anbud kan erhålla högst 100 poäng för alla anbudsområden 1-6 och 86,62 poäng för anbudsområde 7. Priset på konsulter på kompetensnivå 2 utvärderas inte,

men kan få betydelse om anbud behöver särskiljas på grund av att de har samma poäng vid utvärderingen.

Av utvärderingsrapport till tilldelningsbeslut den 26 november 2013 framgår att Kammarkollegiet beslutat att förkasta EVRY Consulting AB:s (bolaget) anbud i anbudsområden 1-6 pga. onormalt låga timpriser för konsulter på kompetensnivå 2.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen avseende anbudsområden 1-6 får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att bolagets anbud beaktas i upphandlingen. Som grund för yrkandet anger bolaget att Kammarkollegiet har brutit mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Kammarkollegiet har inte haft rätt att förkasta bolagets anbud eftersom bolaget har gett ett tillfredsställande svar till det offererade priset om 1 kr per timme för konsulter på konsultnivå 2. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att anbudsgivarens förklaring inte är tillfredsställande. Kammarkollegiet har inte lämnat någon förklaring till slutsatsen att förkasta anbudet.

Kammarkollegiet har inte heller följt förfarandereglerna i 12 kap. 3 § LOU eftersom det inte i samråd med anbudsgivaren har granskats yttrandet med beaktande av förklaringarna. Av utvärderingsrapporten framgår tydligt att bolagets anbud utvärderades innan Kammarkollegiet inledde förfarandet enligt 12 kap. 3 § LOU. Bolaget skulle ha tilldelats kontrakt på samtliga anbudsområden om anbudet inte hade förkastats, varför det är uppenbart att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av att Kammarkollegiet felaktigt har förkastat bolagets anbud.

Kammarkollegiet anser att ansökan om överprövning ska avslås och yrkar att förvaltningsrätten avgör sakfrågan slutligt och fattar beslut att upphandlingen får avslutas i enlighet med meddelat tilldelningsbeslut. Kammarkollegiet har genomfört upphandlingen enligt bestämmelserna i LOU och agerat korrekt i enlighet med de unionsrättsliga grundläggande

principerna. Grund för ingripande saknas. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att ett anbud är onormalt lågt, att det finns grund för att ifrågasätta anbudets seriositet och att anbudsgivaren här beretts tillfälle att avge en förklaring enligt 12 kap. 3 § LOU. Det är däremot anbudsgivaren som har bevisbördan för att ett lågt anbud är seriös menat. Bolaget har inte visat att det offererade priset om 1 kr per timme för konsulter med kompetensnivå 2 är seriöst och att bolaget avser att leverera de efterfrågade konsulterna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. (1 kap. 9 § LOU)

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

Prövningen i förvaltningsrätten begränsas till en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Onormalt lågt anbud

Huvudregeln är att den upphandlande myndigheten ska utvärdera samtliga lämnade anbud. En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte

fått ett tillfredsställande svar. Den upphandlande myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna. (12 kap. 3 § LOU)

Syftet med bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU, att ge upphandlande myndigheter rätt att förkasta onormalt låga anbud, är att skydda upphandlande myndigheter mot oseriösa anbud och osund anbudsgivning. Bestämmelsen innehåller också ett skydd för anbudsgivaren mot godtycke från den upphandlande myndighetens sida, genom att den upphandlande myndigheten inte får förkasta anbudet innan den har begärt en förklaring från anbudsgivaren.

EU-domstolen har uttalat att den upphandlande myndigheten, om den anser att en anbudsgivares anbud uppenbart ligger onormalt lågt i förhållande till den tjänst som ska utföras, före genomgången av anbuderna i detalj och beslut om vem kontraktet ska tilldelas, ska begära att anbudsgivaren avger en förklaring till priserna i anbudet eller informera anbudsgivaren om i vilka delar den finner anbudet onormalt lågt och ge anbudsgivaren en rimlig tidsfrist för att lägga fram kompletterande upplysningar.

Bestämmelsen ger den upphandlande myndigheten uttryckligen rätt att avgöra om dessa förklaringar är godtagbara, men det innebär inte att den därmed har befogenhet att på förhand förkasta anbudet utan att ens begära en förklaring från anbudsgivaren. (EU-domstolens dom i mål 76/81, SA Transporoute, punkterna 16-18) Bestämmelsen har getts en tvingande karaktär, att den upphandlande myndigheten ska undersöka innehållet i anbud som är onormalt låga genom att för detta ändamål ålägga myndigheten en skyldighet att kräva att anbudssökanden ska lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att dessa anbud är allvarligt menade. Förekomsten av ett effektivt kontradiktoriskt förfarande, vid en relevant tidpunkt i förfarandet för granskning av anbuderna, mellan den upphandlande myndigheten och anbudssökanden, för att den sistnämnda ska kunna bevisa att dess anbud är allvarligt menat, utgör ett krav för att

undvika godtycke från den upphandlande myndighetens sida och säkerställa en sund konkurrens mellan företagen. (EU-domstolens dom i mål C-599/10 punkterna 28-29).

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det av allmänna grundläggande rättsprinciper om bevisbördans placering samt av EU-domstolens ovan citerade uttalanden att det är den upphandlande myndigheten som har att visa att anbudspriset är misstänkt lågt i förhållande till den tjänst som upphandlas och att det finns grund att ifrågasätta anbudets seriositet. Det är däremot anbudsgivaren som har att visa att anbudet är seriöst menat. När lagstiftaren inte har preciserat bevisnivån följer det av allmänna förvaltningsrättsliga grundprinciper att beviskravet sannolikt är tillämpligt.

Bolaget gör gällande att Kammarkollegiet saknat skäl att förkasta bolagets anbud pga. onormalt lågt pris eftersom bolaget har lämnat en tillfredsställande förklaring till det offererade priset om 1 kr per timme för konsulter på kompetensnivå 2 för uppdrag upp till 160 timmar som sker genom avrop enligt rangordning. Som förklaring för det låga priset har bolaget anfört att bolaget inte varit ramavtalsleverantör i Kammarkollegiets ramavtal under den senaste kontraktperioden och att det är väsentligt att ta marknadsandelar genom att ta sig in i avtalet. Det är ett affärsmässigt strategiskt och noga övervägt val i syfte att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolagets soliditet om 51,45 % för föregående räkenskapsår, vilket framgår av årsredovisningen, visar att bolaget har ekonomisk förmåga att leverera till offererat pris och inte behöver gå med vinst utan kan gå med förlust under avtalsperioden. Bolagets storlek som Nordens näst största IT-tjänstföretag gör vidare att Kammarkollegiets ramavtal endast utgör ett av oerhört många avtal, och bolaget har inte något annat avtal med så lågt timpris. Avtalstiden är endast 18 månader med möjlighet till förlängning efter tilläggsavtal med 30 månader och det låga timpriset har endast lämnats för konsulter på kompetensnivå 2.

Bolaget anför vidare att det har 421 konsulter anställda med kompetens inom de aktuella kompetensområdena. Teoretiskt har de möjlighet att leverera varje konsult inom ett område på kompetensnivå 2 åtminstone en gång per kalenderår. Det kan göras genom att utnyttja konsulternas utbildningsbudget om 40 000 kr och den budgeterade obeläggning för konsulterna om ca 10-20 % varför bolagets ekonomiska ställning kommer inte att påverkas väsentligt. I praktiken förutsätter det också att bolaget har lediga konsulter inom denna kompetensnivå, vilket styrs av konjunkturen. Det är mer kostnadseffektivt att låta en konsult arbeta hos en kund utan ersättning under kortare perioder än att delta i andra ganska dyra kompetenshöjande aktiviteter och kurser. En konsult på plats hos en kund medför också positiva effekter med möjlighet till nya framtida affärsmöjligheter. De anställda har en fast marknadsmässig månadslön och en rörlig lönedel som är knuten till beläggningsgrad. Den enskilde konsulten gynnas därför av att få ett uppdrag, oavsett arvodesnivå. I ramavtalet finns varken utrymme för att kompensera ett lågt anbudspris med överdebitering eller att strategiskt tacka nej till uppdrag och avvakta avrop med högre prisbild. Enligt punkten 17 i avtalsvillkoren kan en vägran eller oförmåga att lämna avropssvar vid upprepade tillfällen leda till att ramavtalet enligt punkten 25 hävs i förhållande till leverantören. Vid utbyte av konsult utan sakliga skäl kan ett vite utgå enligt punkten 17. Kammarkollegiet har också rätt att göra en revision hos bolaget enligt punkten 22. Avtalet har således mekanismer som motverkar att en leverantör inte håller sig till offererade priser. I förfrågningsunderlaget var ett golvpris satt för övriga konsultnivåer men inte för konsulter med kompetensnivå 2. Det angavs uttryckligen att dessa priser inte skulle ingå i utvärderingen annat än att priset på denna nivå skulle bli avgörande om flera anbud hade samma poäng vid utvärderingen. Kammarkollegiets utformning av förfrågningsunderlaget har gjort det möjligt för anbudsgivare, i den mån företagets ekonomi tillåter, att lämna strategiska anbud med förhållandevis låga priser för nivå 2-konsulter. Bolagets anbud kan inte förkastas för att Kammarkollegiet anser att förfrågningsunderlaget

och avtalsvillkoren är bristfälligt utformade. Genom att använda sig av ett formulär har Kammarkollegiet valt en metod för inhämtande av förklaringar som inte lämnat utrymme för att lämna förklaringar på annat än vad Kammarkollegiet specifikt efterfrågat. Bolaget har lämnat konkreta och trovärdiga svar på alla frågorna och lämnat stöd för förklaringarna i bilagor, t.ex. årsredovisning, utdrag ur budgeten, ekonomisk kalkyl för beläggning av obelagd nivå 2-konsulter 160 timmar, anställningsavtal och villkor för rörlig lön. Detta visar att bolagets anbud är seriöst menat.

Kammarkollegiet har invänt att den ingivna förklaringen angående bolagets ekonomi och ramavtalets utformning inte visar att bolaget kommer att kunna eller vilja leverera enligt villkoren i upphandlingen. Det är enkelt för bolag att visa att de har tillräckligt stark ekonomisk ställning för att gå med förlust, men det visar inte att bolaget faktiskt avser att leverera till det onormalt låga priset. Punkten 17 i ramavtalet reglerar endast en skyldighet för bolaget att besvara en avropsförfrågan, men inte någon absolut leveransskyldighet vid varje avrop. Syftet med bestämmelsen är att få ramavtalsleverantörerna att besvara (ja eller nej) samtliga avrop. Bolaget har uppgett att det teoretiskt har möjlighet att leverera varje konsult på efterfrågad kompetensnivå åtminstone en gång per kalenderår genom att utnyttja konsultens utbildningsbudget och den budgeterade obeläggningen, men att det i praktiken förutsätter att det finns lediga konsulter som motsvarar efterfrågad kompetens. Bolaget har således uppfattat avtalet så att det finns en möjlighet att tacka nej till uppdrag. Själva syftet med ett rangordnat ramavtal med flera leverantörer är att det ska finnas en möjlighet, t.ex. om konsulterna är upptagna i andra uppdrag eller vid sjukskrivning, att tacka nej till ett uppdrag. Det påförs inga sanktioner om det föreligger sakliga skäl. Om Kammarkollegiet hade krävt absolut leveransskyldighet hade eventuellt ramavtalets utformning haft betydelse för bedömningen. Det är mycket svårt för Kammarkollegiet och de avropande myndigheterna att kontrollera att konsulter är otillgängliga. Bolaget kan omöjligt uppskatta omfattningen av avrop upp till 160 timmar

från ramavtalet och saknar möjlighet att kompensera underprissättningen med längre vinstgenererande uppdrag, då inga uppdrag över 160 timmar är garanterade utan kräver att en förnyad konkurrensutsättning genomförs. Bolaget, som endast anger sin ekonomiska ställning som skäl, har inte genom sin förklaring lyckats visa att den låga prissättningen är seriös och att bolaget avser att leverera konsulter med kompetensnivå 2 till 1 kr per timme.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolagets offererade pris om 1 kr per timme för en konsult med kompetensnivå 2 för uppdrag upp till 160 timmar väsentligen understiger vad som kan anses utgöra normalt marknadspris för tjänsten. Det offererade priset är därför att betrakta som onormalt lågt. Kammarkollegiet har således haft fog för att ifrågasätta anbudets seriositet och begära en skriftlig förklaring till det låga anbudet från bolaget.

Bolaget har i sin förklaring till de låga timpriserna anfört i huvudsak att ramavtalet med Kammarkollegiet är viktigt för att ta nya marknadsandelar, att bolagets storlek, finansiella ställning och ekonomiska styrka visar att bolaget utan problem kan och avser att leverera enligt offererade villkor under hela avtalsperioden, även om förlust uppstår, att de låga priserna finansieras genom de anställda konsulternas utbildningsbudget och genom budgeterad obeläggning. Bolaget har stått fast vid de offererade priserna och anfört att det avser att leverera avropade tjänster utifrån ramavtalsvillkoren, som inte ger någon generell rätt att tacka nej till avropsförfrågningar.

Kammarkollegiet har i meddelandet den 11 november 2013 att förkasta bolagets anbud inte närmare angett grunderna för bedömningen att bolaget inte kommer att kunna leverera de tjänster som ramavtalet omfattar till de onormalt låga timpriserna, utan endast angett att bolagets angivna skäl inte är godtagbara för att ha ett onormalt lågt anbudspris för IT-konsulter på

kompetensnivå 2. Den omständigheten att bolaget har lämnat ett lågt anbud för att vinna marknadsandelar och har ekonomiskt kapacitet att gå med förlust under avtalsperioden är enligt förvaltningsrättens mening inte i sig tillräckligt för att visa att bolaget avser att leverera tjänsterna enligt offererat pris. Men det är inte heller i sig tillräckligt för att den upphandlande myndigheten ska kunna förkasta ett lågt anbud när bolaget har gett en rimlig förklaring till hur en eventuell förlust ska finansieras och underbyggt denna med ekonomiska kalkyler och annan utredning. Kammarkollegiets generella invändning att stora bolag enkelt kan visa att de har en stark ekonomisk ställning men att det inte visar att bolaget avser att leverera tjänsterna är således inte tillräckligt för att motbevisa seriositeten i bolagets anbud. Inte heller invändningen att bolaget räknar med att kunna tacka nej till avrop när inga tillgängliga konsulter finns, eller att det är svårt för Kammarkollegiet och avropande myndigheter att kontrollera tillgängligheten av konsulter, är tillräckligt för att anta att bolagets anbud inte är seriöst, eftersom syftet med avrop enligt rangordning i sig medför en möjlighet för en ramavtalsleverantör att tacka nej till vissa avrop när särskilda skäl föreligger. De förklaringar som bolaget har lämnat till sitt låga anbudspris för konsulter på kompetensnivå 2 för uppdrag upp till 160 timmar måste enligt förvaltningsrättens mening sammantaget anses vara objektivt godtagbara. Vid denna bedömning har särskilt beaktat att de låga priserna endast rör en begränsad del av det aktuella ramavtalets hela omfattning och att prissättningen för konsulter med kompetensnivå 2 har varit utslagsgivande för att omfattas av ramavtalet och för bolaget att kunna delta i framtida avrop genom förnyad konkurrensutsättning för övriga konsultuppdrag som överstiger 160 timmar.

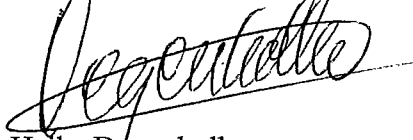
Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att utredningen i målet inte visar att bolagets anbudspriser för konsulter på kompetensnivå 2 är oseriöst eller att det är sannolikt att bolaget inte kommer att kunna eller vilja leverera tjänsterna till de offererade priserna. Kammarkollegiet har således

inte haft fog för sitt beslut att förkasta bolagets anbud och har därmed agerat i strid med likabehandlingsprincipen och 12 kap. 3 § LOU. Bolaget har lidit eller riskerar att lida skada av Kammarkollegiets agerande. Skäl för ingripande enligt LOU finns därför. Eftersom bristerna i första hand inte hänför sig till utformningen av förfrågningsunderlaget är det tillräckligt att förordna om rättelse. Ansökan om överprövning ska därför bifallas och upphandlingen rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid EVRY Consulting AB:s anbud ska beaktas vid utvärderingen.

Vid denna utgång saknas skäl för förvaltningsrätten att ta ställning till om Kammarkollegiet följt förfarandereglerna i 12 kap. 3 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Haïke Degenkolbe
Rådman

Charlotte Wallberg har handlagt målet.