



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

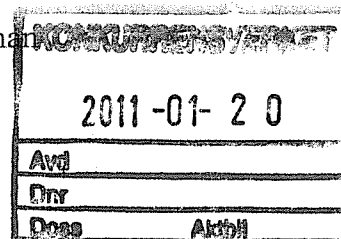
DOM
2011-01-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
49211-10
Enhet 14

SÖKANDE

YM i Norr AB, 556576-8164

Ombud: Pernilla Carlsson Rasiwala och Per Widman
Nord & Co Advokatbyrå KB
Box 1435
111 84 Stockholm



MOTPART

Försäkringskassan
Huvudkontoret, Verksamhetsområdet Processjuridik
103 51 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller YM i Norr AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 30 december 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Försäkringskassan genomför en upphandling av ramavtal av IT-konsulttjänster 2010 (dnr 91104-2009-EISD). Bland de leverantörer som lämnat anbud finns YM i Norr AB. Enligt tilldelningsbeslut den 25 augusti 2010 och den 2 september 2010 har Försäkringskassan beslutat att teckna avtal med andra leverantörer än YM i Norr AB men även, avseende visst kompetensområde, med YM i Norr AB.

Förvaltningsrätten har i beslut den 18 november 2010 (mål nr 39827-10) avvisat YM i Norr AB:s ansökan om överprövning.

Efter överklagande av YM i Norr AB har Kammarrätten i Stockholm i beslut den 29 december 2010 (mål nr 6522-10) funnit att förvaltningsrätten inte haft fog för att avvisa bolagets ansökan samt återförvisat målet till förvaltningsrätten för prövning i sak.

Förvaltningsrätten har den 30 december 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDE M.M.

YM i Norr AB (YNAB) yrkar att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar YNAB att upphandlingen ska rättas på så sätt att CapGemini Sverige AB:s (CapGemini) anbud utesluts från utvärdering i upphandlingen och YNAB tilldelas ett kontrakt inom kompetensområde 5.

Försäkringskassan bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER

YNAB anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Anbudstiden

Anbudstiden i upphandlingen löpte till den 17 januari 2010 och de anbud som gavs in var bindande till den 30 juni 2010. Anbudsgivarna fick en förfrågan om att förlänga sina anbud i upphandlingen i maj 2010. Tre anbudsgivare har inte förlängt sina anbuds giltighetstid. Ett första tilldelningsbeslut fattades av Försäkringskassan den 28 augusti 2010. Den 2 september 2010 rättades tilldelningsbeslutet och det meddelades anbudsgivarna den 3 september 2010. För att ett anbuds bindningstid ska kunna förlängas i en upphandling måste samtliga anbudsgivare gå med på det. I annat fall träds principen om likabehandling för när då en förlängning av bindningstiden innebär en ändring av villkoren i upphandlingen. Då samtliga anbud inte var bindande när tilldelningsbeslut meddelades i upphandlingen, har Försäkringskassan inte ägt åberopa upphandlingsförfarandet för beslut av leverantörer. Försäkringskassan har trots detta inte avbrutit upphandlingen, även fast det stått klart för Försäkringskassan sedan den 4 juni 2010 att samtliga anbudsgivare inte har förlängt sina anbuds bindningstid.

Utvärderingsmodellen

Den utvärderingsmodell av pris som Försäkringskassan använt i upphandlingen strider mot LOU:s syfte och kravet på affärsmässighet i all upphandling. Utvärderingen följer principen om lägsta pris och kommer att göras per kompetensområde på offererade taktimpriser. Taktimpriserna kommer att summeras och sedan divideras med ett värde motsvarande det antal roller och nivåer där leverantören offererat leveranskapacitet. Detta sätt att utvärdera anbuden kommer att innebära att en anbudsgivare kan

lägga ett extremt lågt pris inom en viss roll och högt för ett annat område men ändå få ett ganska lågt jämförelsepris. En anbudsgivare kan med angiven utvärderingsmodell i en ramavtalsupphandling sätta ett förhållandevis högt pris på det han förväntar sig/avser att sälja under avtalstiden men ett extremt lågt pris på det han inte förväntar sig/avser att sälja och på detta sätt pressa ned sitt genomsnittliga pris. Det får till följd att de avrop som den upphandlande enheten gör under avtalsperioden inte alls sker till det lägsta priset, vilket upphandlingen syftat till. Det föreligger ett systemfel i upphandlingen och den har inte genomförts affärsmässigt genom att ta tillvara en sund konkurrens på marknaden.

CapGeminis anbud

CapGemini har offererat mycket låga priser i upphandlingen. I flertalet kategorier har CapGemini offererat tjänster för 1 kr/tim. CapGeminis svar till Försäkringskassan angående det låga priset hade behövt innehålla en förklaring till hur CapGemini klarar av att sälja tjänster för 1 kr/tim utan att samtidigt få sälja andra tjänster med ”normala krav på marginaler”. Då sådan förklaring saknas i svaret skulle CapGeminis anbud ha förkastats.

Försäkringskassan anför bl.a. följande till stöd för sitt bestridande.

Anbudstiden

Som framgår av förfrågningsunderlagets punkt 1.1.15 ska anbudsgivaren vara bunden av sitt anbud till den 30 juni 2010. Med anledning av att utvärderingsprocessen tagit längre tid än beräknat ombads samtliga anbudsgivare i skrivelse av den 31 maj 2010 att förlänga sina anbuds giltighetstid. Tre av anbudsgivarna lämnade inte något besked. Dessa var Adix Management, Hewlett Packard Sverige AB samt X-AP Solutions Limited. Adix Management uppfyllde inte kvalificeringskraven och de andra två bolagen

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

var inte aktuella för kontraktstilldelning då de hade för högt utvärderingspris. Försäkringskassan har behandlat samtliga anbudsgivare lika. Försäkringskassan har i den nu aktuella upphandlingen agerat helt korrekt och i enlighet med LOU då Försäkringskassan har tillfrågat samtliga anbudsgivare om de vill förlänga sina anbuds giltighetstid samt då samtliga antagna anbud var giltiga vid tidpunkten för tilldelningsbeslut. Med YNAB:s inställning skulle en leverantör som inte uppfyller kvalificeringskraven eller för den delen även andra krav, kunna orsaka att en hel upphandling måste göras om genom att inte godkänna att dess anbuds giltighetstid förlängs. Försäkringskassan anser att detta inte kan vara förenligt med 1 kap. 9 § LOU och särskilt inte med proportionalitetsprincipen och syftet bakom LOU. Försäkringskassan har inte förändrat några villkor i upphandlingen och samtliga anbudsgivare har behandlats lika.

Utvärderingsmodellen

Försäkringskassan bestrider att utvärderingsmodellen i upphandlingen på något sätt skulle strida mot LOU. Prismodellen är väl genomtänkt, affärs-
mässig och syftar till att ge Försäkringskassan efterfrågade konsulttjänster till ett förmånligt pris. Liknande utvärderingsmodeller är vanligt förekommande i branschen. Vidare föreligger inte något stöd i LOU för en leverantör att begära överprövning för att denna anser att den upphandlande myndigheten riskerar att göra en dålig affär, vilket YNAB påstår. Försäkringskassan anser att resultatet av upphandlingen tvärt emot vad YNAB påstår utgör en mycket god affär och därmed en mycket god förvaltning av skattemedel. Enligt 12 kap. 1 § LOU är det den upphandlande myndigheten som väljer grunden för tilldelning av kontrakt. Försäkringskassan har i denna upphandling valt tilldelningskriteriet lägsta pris. Visserligen är det, som vid många upphandlingar, möjligt för leverantörer att göra vissa taktiska överväganden vid utformningen av sitt anbud, särskilt om utvärderingsmodellen är transparent, men att den nu aktuella modellen skulle

innehålla ett "systemfel" och vara oförenlig med LOU bestrids. Det timpris som leverantören väljer att offerera för respektive konsulttjänst vid ett avrop kommer i första hand att styras av de villkor och förutsättningar som uppställs för den specifika konsulttjänsten och inte av taktimpriset. En ramavtalsleverantör kan dock inte vid avrop lämna högre priser än det i anbudet angivna taktimpriset för den specifika rollen och nivån. Taktimpriset tjänar således främst till att behålla kontroll över myndighetens budget även under en högkonjunktur eller dylikt. Det finns en stark koppling till den leveranskapacitet leverantören erbjuder och att bristande uppfyllelse av avtalsvillkor utgör grund för hävning. Försäkringskassan har även under anbudstiden flera gånger understrukit vikten av att anbudsgivarna lämnar realistiska priser.

CapGeminis anbud

Inledningsvis vill Försäkringskassan understryka att det är den upphandlande myndigheten som enligt 12 kap. 3 § LOU avgör huruvida en anbudsgivares förklaring till ett lågt anbud är tillfredsställande eller inte. Det är således inte upp till YNAB att avgöra om CapGeminis förklaring är tillfredsställande för Försäkringskassan eller inte. I enlighet med 12 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas sedan myndigheten skriftligen har begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. I sammanhanget kan också nämnas att Försäkringskassan under utvärderingen av anbud har haft anledning att kontakta 29 andra anbudsgivare med anledning av frågor om eventuellt onormalt låga anbudspriser. Det var även anledningen till att tilldelningsbeslut inte kunde fattas innan anbudens giltighetstid löpte ut och att Försäkringskassan var tvungen att begära förlängning av anbudens giltighetstid. Med anledning av att CapGemini lämnade takpriser för konsulter inom vissa roller på 1 kr/h begärde Försäkringskassan den 4 mars 2010 en förklaring till hur CapGemini kunde leverera till så låga timpriser. Försäkringskassan begär-

de den 10 maj 2010 ytterligare en förklaring från CapGemini vilken inkom samma dag. Försäkringskassan ansåg att CapGemini hade lämnat en tillfredsställande förklaring till de låga priserna. Mot bakgrund av den förklaring som Försäkringskassan har erhållit anser Försäkringskassan att det inte föreligger skäl att förkasta CapGeminis anbud enligt 12 kap. 3 § LOU. Försäkringskassan vill framhålla att det inte finns någon grund i LOU som hindrar att en leverantör gör en rent ekonomisk förlust på en affär. Bedömningen måste ske mot bakgrund av om det är möjligt för leverantören att leverera till de offererade priserna, vilket Försäkringskassan anser är fallet.

DOMSKÄL

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 9 kap. 11 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska i förfrågningsunderlaget ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Vid öppet förfarande ska det anges i annonsen om upphandling. En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått underrättelse enligt 9 § första stycket eller upplysningar enligt 10 §.

Av 16 kap. 2 § LOU, i tillämplig lydelse, framgår bl.a. att 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 ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Anbudstiden

I målet är ostridigt att anbudet i upphandlingen skulle vara giltiga till och med den 30 juni 2010. Det är likaså ostridigt att tre av anbudsgivarna inte

har förlängt sina anbuds giltighetstid före den 30 juni 2010. Av praxis framgår att anbudens giltighetstid kan förlängas under förutsättning att principerna i 1 kap. 9 § LOU iakttas (jfr RÅ 2008 not. 26). Hänsynen till likabehandlingsprincipen har ansetts medföra att en förutsättning för förlängning är att samtliga anbudsgivare går med på samma förlängning samt att detta inte påverkar tidplanen för leverans (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 30 november 2009 i mål nr 4488-09 m.fl.). Försäkringskassan har anfört att den har agerat i enlighet med LOU då samtliga antagna anbud var giltiga vid tidpunkten för tilldelningsbeslut. Enligt förvaltningsrättens mening har dock Försäkringskassan varit förhindrad att fatta tilldelningsbeslut i upphandlingen eftersom samtliga anbud i upphandlingen inte längre var giltiga och en förlängning kan inte anses ha skett med iakttagande av principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att den aktuella upphandlingen är en ramavtalsupphandling där något kontrakt i LOU:s mening inte föreligger och att upphandlingen därmed inte är att anse som avslutad. Då YNAB kan antas lida skada av den ovan konstaterade bristen i upphandlingen föreligger grund för ingripande enligt LOU. Bristen är sådan att det finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva YNAB:s övriga invändningar i målet.

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



Annika Falkenborn

rådman

Föredragande har varit Sofie Sandell.



SVERIGES DOMSTOLAR

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
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.