



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2014-07-10
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 7813-14

SÖKANDE

Pulsen AB, 556259-6428
 Box 881
 501 15 Borås

Ombud: Advokaterna Johanna Jonsson och Niklas Sjöblom
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 2235
 403 14 Göteborg

MOTPART

Försäkringskassan, Huvudkontoret, Juridikstaben
 103 51 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-07-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Pulsen AB:s ansökan om ogiltigförklaring av avtalet mellan Försäkringskassan och Fujitsu AB den 17 december 2013.

Det interimistiska beslutet upphör härmed att gälla.

Dok.Id 489218

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

YRKANDEN M.M.

Pulsen AB (Pulsen) ansökte om överprövning av avtals giltighet och yrkade att förvaltningsrätten ska besluta att det avtal som ingåtts mellan Försäkringskassan och Fujitsu Services AB (Fujitsu) den 17 december 2013 är ogiltigt (mål nr 31019-13). Förvaltningsrätten beslutade den 14 januari 2014 att avvisa ansökan. Pulsen överklagade beslutet. Kammarrätten i Stockholm förordnade interimistiskt att Försäkringskassan inte får fullgöra avtalet avseende i målet aktuell tilläggsbeställning innan något annat har bestämts (beslut den 6 februari 2014 i kammarrättens mål nr 710-14). I dom den 4 april 2014 upphävde kammarrätten förvaltningsrättens beslut och visade målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning. Kammarrätten beslutade också att det interimistiska beslutet ska bestå i avvaktan på att förvaltningsrätten avgör målet eller beslutar något annat.

Pulsen yrkar fortfarande att förvaltningsrätten ska besluta att avtalet som ingåtts mellan Försäkringskassan och Fujitsu Services AB den 17 december 2013 är ogiltigt.

Försäkringskassan har bestritt Pulsens yrkande. Vidare har Försäkringskassan yrkat att förvaltningsrätten ska upphäva det interimistiska förordnandet. Förvaltningsrätten beslutade den 25 april 2014 att avslå Försäkringskassans interimistiska yrkande.

Pulsen har hänvisat till sin tidigare argumentation i både förvaltningsrätten och kammarrätten och anfört bl.a. följande. Försäkringskassan har ingått avtal i strid med 16 kap. 13 § första eller andra stycket LOU – vilket av styckena överlämnas till förvaltningsrätten att avgöra – samt de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Eftersom Pulsen inte getts möjlighet att lämna avropssvar i enlighet med gällande ramavtal har bolaget lidit eller kan i vart fall komma att lida skada på det sätt som avses

i 16 kap. 13 § första stycket 2 LOU. Det finns därmed skäl att besluta att avtalet är ogiltigt. Enligt aktuellt ramavtal, Licensförsörjning 2010, ska avrop ske genom en förnyad konkurrensutsättning och föregås av en skriftlig avropsförfrågan. Efter avropsförfrågan, som både Pulsen och Fujitsu besvarat, tilldelades det avropade kontraktet till Fujitsu i december 2012. Den 17 december 2013 erbjöd Fujitsu, genom en offert, leverans av ytterligare programvarulicenser och supportåtaganden ”under perioden 2014 till 2015”, utöver de som redan hade avropats. Offerten synes ha begärts av Försäkringskassan och har inte föregåtts av någon förnyad konkurrensutsättning i enlighet med ramavtalet. Genom offerten erbjuder Fujitsu ett antal nya programvarulicenser som inte omfattas av det ursprungliga avtalet och som därmed inte heller angetts i avropsförfrågan, till ett sammanlagt värde om drygt 2 miljoner kr. Övriga programvarulicenser som erbjuds genom offerten utgör tilläggsbeställningar avseende befintliga programvarulicenser med en utökad volym jämfört med den i avropsförfrågan angivna, antingen genom att antalet av varje programvarulicens ökat jämfört med den ursprungliga eller att den i avropsförfrågan ursprungligen angivna licenstiden har förlängts. Det totala priset för de programvarulicenser som erbjuds genom offerten, och som inte omfattas av avropsförfrågan, uppgår till närmare 10 miljoner kr. Försäkringskassan har accepterat offerten och beställt till angivet pris. Avtalet är att betrakta som ett nytt avrop från ramavtalet, som ingåtts i strid med villkoren i punkt 8.2 i ramavtalet. Det är inte tillåtet för en upphandlande myndighet att i ett upphandlat avtal förbehålla sig en generell framtida rätt att göra förändringar i avtalet genom tilläggsbeställningar, utan att dessa tilläggsbeställningar omfattas av det ursprungliga avtalet. Samtliga omständigheter talar för att en väsentlig förändring av avropsavtalet har genomförts och därmed en otillåten direktupphandling. Försäkringskassan har inte anfört något godtagbart skäl för att genomföra en otillåten direktupphandling. Myndigheten har haft alla möjligheter att genom en förnyad konkurrensutsättning avropa nya produkter enligt ramavtalet utan risk för att dessa skulle vara

tekniskt oförenliga med tidigare anskaffade produkter eller att tekniska svårigheter skulle uppstå avseende drift och underhåll. Den otillåtna tilläggsbeställningen innebär att en högst begränsad extra kapacitet tillförs Försäkringskassans IT-system. Försäkringskassan har inte förmått visa att tvingande hänsyn till ett allmänintresse föreligger. Förutsättningarna för att låta avtalet bestå är inte uppfyllda. Det får antas att övriga ramavtalsleverantörer skulle ha kunnat utforma mer konkurrenskraftiga anbud i samband med avropsförfrågan om den slutliga högre volymen och större omfattningen av programvarulicenser hade angetts i avropsförfrågan.

Försäkringskassan har hänvisat till sin argumentation i kammarrätten och anfört bl.a. följande. Försäkringskassan har ett av Sveriges största IT-system. Under ett kalenderår finns enbart ett fåtal tillfällen, s.k. releaser, då det är möjligt att uppdatera och installera nya applikationer samt infrastrukturmiljöer. Försäkringskassan har i stort sett alltid behov av tilläggsbeställningar. Ett antal nya IT-miljöer i samband med januarireleasen föranledde en tilläggsbeställning avseende programvarusupport samt licenskomplettering avseende produkter från programvarutillverkaren IBM. Det är fråga om en korrekt tilläggsbeställning av befintliga produkter och tjänster och inte fråga om nya sådana. Det är inte, som Pulsen gör gällande, fråga om köp av ny mjukvara men det kan röra sig om någon produkt som bytt namn under tiden. Det är inte heller fråga om någon ny tidsperiod. I leveransavtalet med Fujitsu i 2102 års avrop framgår att ändringar och tillägg kan göras. Tilläggsbeställningen utgör inte en väsentlig ändring. Om rätten anser att tilläggsbeställningen utgör en otillåten direktupphandling finns det i vart fall tvingande hänsyn till ett allmänt intresse som gör att avtalet ska bestå. Som en av de största myndigheterna i Sverige måste Försäkringskassan kunna vara flexibel när det gäller tilläggsbeställningar på redan konkurrensutsatta kontrakt. För att medborgarna inte ska påverkas genom en nedgång i tjänsternas tillgänglighet då det uppstår behov av att införskaffa tillägg till infrastrukturen, tar Försäkringskassan

som regel höjd för tilläggsleveranser i sina avropsavtal. I rättsmedelsdirektivet anges i artikel 2d.3 att ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får beaktas om ogiltighet skulle leda till orimliga eller oproportionerliga följder. Kammarrättens interimistiska beslut har försatt Försäkringskassan i en ohållbar situation och innebär risk för att myndigheten inte kan garantera medborgarna fullt fungerande tjänster och data-system. De tjänster som Försäkringskassan tillhandahåller påverkar även andra myndigheter såsom Pensionsmyndigheten, Statens tjänstepensionsverk och Bolagsverket.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande ska följas vid all offentlig upphandling.

I 16 kap. 13 § första stycket LOU anges att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller
2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 16 kap. 14 § samma lag ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande. I ramavtalet punkt 15.1 anges att ändringar av, samt tillägg till, ramavtalet som ska regleras genom tilläggsavtal ska upprättas skriftligen och vara behörigen undertecknat av parterna för att vara gällande. Under punkt 25.1 i Allmänna villkor anges att ändringar i, och tillägg till, kontraktet ska för att vara gällande göras i form av skriftliga tillägg vilka ska biläggas det ursprungliga kontraktet och ska vara undertecknade av båda parter. I Allmänna villkor definieras

kontrakt som det avtal som upprättas mellan kunden och ramavtalsleverantören i samband med avrop. Ramavtalet och Allmänna villkor utgör bilagor till Anbudsinbjudan.

Fujitsu AB tilldelades kontraktet efter förnyad konkurrensutsättning (avrop) och leveransavtal med dnr 069265-2012 upprättades den 28 december 2012. Leveransavtalets omfattning anges vara bl.a. ramavtalet, Allmänna villkor och kontraktet med tillhörande bilagor där avropsförfrågan och produktlista 2012-12-14 ingår. Det anges att ändringar och tillägg endast kan göras genom skriftlig handling undertecknad av behörig företrädare för kund och leverantör. Avtalet omfattar leverans av programvaruprodukter till ett värde av drygt 60 miljoner kr.

Den skriftliga tilläggsbeställningen, undertecknad av parterna den 17 december 2013, avser licens och support med villkor enligt leveransavtal, 069265-2012, till ett värde av knappt 10 miljoner kr.

Klausulerna i såväl ramavtal och allmänna villkor som avropsförfrågan är generellt formulerade. Förvaltningsrätten bedömer att klausulernas innehåll inte utesluter möjligheten att göra en tilläggsbeställning från kontrakt ingått efter ett avrop. Vidare bedömer förvaltningsrätten att tilläggsavtalet har ingåtts formellt korrekt utifrån vad som anges i klausulerna.

Pulsen har i målet gjort gällande att tilläggsbeställningen avser såväl en utökning av omfattningen av programvarulicenser som redan avropats som en beställning av programvarulicenser som inte omfattas av avropsavtalet, och att detta innebär en så väsentlig förändring av avropsavtalet att den istället ska anses som en otillåten direktupphandling. Försäkringskassan har invänt att tilläggsavtalet inte omfattar något utöver vad som avropats och ingår i gällande kontrakt.

Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning av det som parterna åberopat i målet att tilläggsavtalet har tillkommit formellt korrekt, att det inte uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet samt att det inte visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. Därmed finns det inte grund för att ogiltigförklara avtalet. Pulsens ansökan ska därför avslås. Det interimistiska beslutet ska upphöra att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Per Eskilsson
Rådman

Kerstin Sandin har föredragit målet.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.