



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-07-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
33700-10
Enhet 15

SÖKANDE

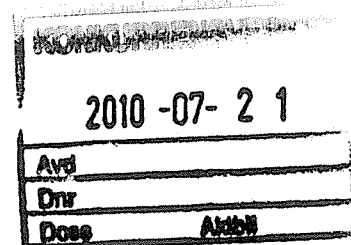
Capgemini Sverige AB, 556092-3053
Box 825
161 24 Bromma

MOTPART

Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling - LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 2 juli 2010 att upphandlingen
tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 42879

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kammarkollegiet har genomfört en ramavtalsupphandling av uppdragskonsulttjänster inom IT-området, Dnr 93-91-09. Upphandlingen har genomförts med selektivt förfarande. I tilldelningsbeslut daterat den 31 maj 2010 beslutade Kammarkollegiet att anta andra anbud än anbudet från Capgemini Sverige AB (Capgemini).

Capgemini ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska rättas på så vis att Capgeminis anbud ska anses uppfylla skallkraven och därmed inte ska förkastas. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om i sin helhet. Till stöd för sina yrkanden anför Capgemini i huvudsak följande. Capgemini anser att Kammarkollegiets beslut att utesluta Capgemini p.g.a. bristande uppfyllelse av skall-krav avseende Fiktivt avrop 3 och 5 i upphandlingen är felaktigt då förfrågningsunderlaget brister i transparens och Capgemini har uteslutits utan sakliga skäl. Kammarkollegiet anför som grund för uteslutning att Capgemini har tillfört nya förutsättningar och krav på myndigheten som inte angivits i de fiktiva avropen. Avseende Fiktivt avrop 3 anges att myndigheten ska svara för att ta fram utbildningsmaterial och avseende Fiktivt avrop 5 anges att endast två releaser per år ingår och att ytterligare releaser avtalas separat samt att felrättning och omhändertagande av s.k. security alerts ingår till ett antal av max fyra stycken per månad. Capgemini anser att detta är en felaktig tolkning av anbudet.

Capgemini har i sitt anbud avseende Fiktivt avrop 3 angivit att myndigheten ska svara för att ta fram utbildningsmaterial. Utbildningsmaterial ingår inte i de efterfrågade tjänsterna avseende utbyte av operativsystem. Däremot ingår som skall-krav ett "mentorskap". Enligt Bilaga 1 "Kravspecifikation", avsnitt 3.4.2 står det under punkten 5 uttryckligen att det

endast ingår utbildning. Capgemini gjorde därför ett förtydligande i sitt anbud att utbildningsmaterial inte ingår. På detta krav svarar således Capgemini att personalen erhåller två timmar utbildning var i Open-Office samt att Capgemini ansvarar för att genomföra denna utbildning. Myndigheten har inte något skall-krav på utbildningsmaterial i övrigt och därför ingår inte detta i åtagandet. Det kan därför inte anses vara ett avsteg från skall-kraven som ska leda till att Capgemini utesluts ur upphandlingen. Informationen utgör endast ett förtydligande och är inte en reservation.

Av kravspecifikationen avseende Fiktivt avrop 5 framgår endast i punkten 13 att ”*Stödfunktion (e-post och telefon) till användarna ska finnas vardagar mellan kl. 08.00 – 17.00*”. Capgemini skriver i anbudet att bolaget kan garantera att en stödfunktion finns tillgänglig på helgfria vardagar mellan kl. 08.00 – 17.00. Denna funktion är en s.k. first line support där ärendet tas emot. Om lösning av ärendet inte kan ske direkt kommer ärendet att överföras till förvaltningsgruppens medarbetare och tas om hand där. Åtgärdstider för ärendet hanteras enligt mellan Capgemini och myndigheten överenskomna servicenivåer. Felrättning och omhändertagande av security alerts ingår, mycket generöst, i erbjudandet om fyra fel/uppdateringar per månad. Detta är en generös tolkning eftersom förfrågningsunderlaget saknar krav avseende detta. Inget företag kan dock ge en obegränsad rätt till uppdateringar per månad och avhjälpande av systemfel per månad. Det vore oproportionerligt att kräva av myndigheten. Det har i det fiktiva avropet inte kvantifierats i vilken utsträckning något sådant behov efterfrågas. Capgemini har därför förtydligat detta med att visa att ett normalt behov mer än väl täcks in av anbudet, men att begränsningar måste finnas för att kunna ge ett realistiskt anbud. Capgemini anser att Kammarkollegiets underlåtelse att kvantifiera en sådan viktig och kostnadsdrivande punkt strider mot principen om transparens. Capgeminis förtydligande är en kvantifiering av normalfallet som det kan se ut i

realiteten. Det är därför inte en reservation och strider inte mot skalkraven.

Av kravspecifikationen avseende Fiktivt avrop 5 framgår också att ”*nya versioner av Open ERP skall realiseras i verifikationsmiljön senast sex månader efter tillgängliggörande om inte annat överenskommes*”. Det framgår vidare att ”*nya versioner av Open ERP skall realiseras i produktionsmiljön senast tolv månader efter tillgängliggörande om inte annat överenskommes*”. Omfattningen av dessa aktiviteter framgår inte av förfrågningsunderlaget. Capgemini kan inte heller gissa hur många sådana aktiviteter som efterfrågas av myndigheten. Därför brister det fiktiva förfrågningsunderlaget i transparens. Capgemini har beräknat det antal som normalt sett bör ingå i åtagandet av ett uppdrag av den art som anges i det fiktiva avropet. Detta ingår således i priset. Därför har Capgemini angett att ”*i priset ingår två releaser per år, som ryms inom Corporate editions 'automatic migration'*”. Ytterligare releasebyten eller releasebyten p.g.a. tillkommande funktionalitet avtalas separat. På grund av att Kammarkollegiet i sitt fiktiva avrop angett ”*om inte annat överenskommes*” har inte Capgemini kunnat tolka situationen på annat sätt än att en normal omfattning av releaser eller releasebyten ska ingå. Utöver detta sker ytterligare överenskommelse, d.v.s. avtalas separat. Detta är inte en reservation eller ändring av förutsättningarna för avropet utan en ren anpassning till detsamma då omfattning inte tydligt angivits i det fiktiva avropet och då det uttryckligen framgår att ytterligare överenskommelser avtalas separat.

Eventuella fel i förfrågningsunderlaget ska tolkas till anbudsgivarens fördel. Detta är en grundprincip inom förvaltningsrätten för att förhindra myndigheters eventuella missbruk av sin ställning. Capgemini anser sig inte ha lagt till förutsättningar och därigenom agerat felaktigt utan Capgemini har enbart gjort förtydliganden inom ramen för vad förfrågningsunderlaget tillåter. För det fall förvaltningsrätten trots allt

anser att Capgemini har gjort fel genom sitt förtydligande kan det inte anses vara i linje med LOU och förvaltningsrättens grundprinciper om proportionalitet och tolkningsregler att p.g.a. ett relativt betydelselöst förtydligande helt utesluta Capgemini från vidare utvärdering.

Kammarkollegiet bestrider Capgeminis yrkanden och yttrar bl.a. följande. Upphandlingsunderlaget anger villkoren för upphandlingen. Upphandlingsunderlaget måste innehålla samtliga villkor som ska gälla för ett avtal. Grunden för allmänna avtalsrättsliga principer är anbud och accept. Alla tillägg, inskränkningar och förbehåll till upphandlingsunderlaget innebär ett orent anbud och kan således inte leda till ett avtal i enlighet med upphandlingsunderlagets villkor. Kammarkollegiet har valt utvärderingsprincipen ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden och har givetvis följt LOU genom att i upphandlingsunderlaget ange samtliga förutsättningar, kriterier och omständigheter som ska avgöra valet av anbud. För att anbudsgivarna skulle kunna lämna lämpliga och ändamålsenliga anbud och för att Kammarkollegiet skulle kunna jämföra anbuden vid utvärderingen i det andra steget har Kammarkollegiet varit extremt tydligt i hur de fiktiva avropen ska besvaras, kravens vikt och hur utvärderingen skulle gå till. Upphandlingsunderlaget är fullständigt och så tydligt att varje rimligt informerad anbudsgivare borde förstå hur de skulle utforma sina respektive anbud gällande de fiktiva avropen. De fiktiva avropen har ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som ska täckas och skulle även tjäna som ett bra underlag för kommande avrop och där användas som riktmärke av avropande myndighet. Kammarkollegiet vill understryka att de fiktiva avropen särskilt framtagits för att de är nödvändiga och viktiga för utvärderingen av upphandlingsföremålet. Det är varken tillåtet enligt Kammarkollegiets förfrågningsunderlag eller förenligt med LOU att anbudsgivare i upphandlingen uppställer egna förutsättningar eller villkorar uppfyllnad av skall-krav då detta skulle bli en oren accept. Capgemini har på ett otillåtet sätt fört in nya förutsättningar, till fördel för

Capgemini, som övriga anbudsgivare inte får. De skall-krav som Capgemini inte uppfyller är följande krav i Bilaga 1 "Kravspecifikation" kapitel 3.1: ”*Anbudsgivaren skall tydligt och utförligt besvara samtliga frågor i de fiktiva avropen. Anbudsgivaren skall tydligt och utförligt besvara samtliga frågor utifrån de förutsättningar som anges i de fiktiva avropen. Anbudsgivarens svar, inklusive pris, skall användas som ett riktmärke av avropande myndigheter varför det är av stor vikt att svaren är så korrekta som möjligt*”. I Kammarkollegiets beslutsunderlag anges tydligt att Capgemini uteslutits p.g.a. att Capgemini inte uppfyller dessa skall-krav. Frågan för förvaltningsrätten är inte huruvida Kammarkollegiets anbudsförutsättningar utgör skäligt avtalsinnehåll utan om upphandlingsunderlaget rymmer de tillägg och förbehåll som Capgemini gjort eller om det kan uteslutas att dessa ändrade förutsättningar helt saknar betydelse för en rättvisande jämförelse och utvärdering av anbudet. Någon grund för att Kammarkollegiets krav inte skulle vara proportionerliga i den mening som förutsätts i 1 kap. 9 § LOU har Capgemini inte anfört.

Kammarkollegiet anser det värt att påpeka att det inte ingår något ”mentorskap” i Bilaga 1 "Kravspecifikation" gällande Fiktivt avrop 3. Däremot hänvisar Bilaga 1 "Kravspecifikation" till att rollen ”Mentor” från kompetensbilagan ska användas för utbildning. Capgemini anger i sitt anbud att myndigheten ansvarar för framtagande av utbildningsmaterial. Med denna skrivning skulle Capgemini erhålla helt andra förutsättningar än andra anbudsgivare och det är inte godtagbart ur likabehandlings-synpunkt. Detta kan inte heller anses som något annat än ett påfört krav och kostnad på myndigheten som inte ingår i de av Kammarkollegiet angivna förutsättningarna. Att den som ansvarar för utbildningen inte ska ansvara för utbildningsmaterialet faller på sin egen orimlighet då den utbildningsansvarige rimligtvis besitter bäst kunskap om innehållet i utbildningsmaterialet. Det framgår inte heller av Capgeminis anbud eller

ytrande hur Capgemini utbildare ska utbilda i ett material denne aldrig tidigare sett.

Gällande Fiktivt avrop 5 anger Capgemini att felrättning och omhändertagande av security alerts ingår om max fyra fel/uppdateringar per månad. Capgemini anger vidare flera nya förutsättningar och begränsningar gällande vad som ingår i priset i sitt anbudssvar gällande Fiktivt avrop 5. Capgemini anger att det i anbudet endast ingår två releaser per år och att ytterligare releaser avtalas separat. Capgemini nya förutsättningar finns inte med i de av Kammarkollegiet angivna förutsättningarna. Detta kan inte heller anses som något annat än ett påfört krav på myndigheten som inte ingår i de av Kammarkollegiet angivna förutsättningarna. En anbudsgivare kan inte anpassa en upphandlande myndighets upphandlingsunderlag. Capgemini gör en egen tolkning av kravet ”*Nya versioner av Open ERP skall realiseras i verifikationsmiljön senast sex månader efter tillgängliggörande om inte annat överenskommes.*” genom att påstå att detta ”avtalas separat”. Ingenting i förfrågningsunderlaget säger något om avtal i detta fall och en överenskommelse kan ske på en mängd olika sätt. Det framgår även med önskvärd tydlighet att Kammarkollegiets text härrör till när en ny version senast ska realiseras och inte till hur många versioner som ska realiseras. Huruvida Capgemini erbjudanden är generösa eller inte är irrelevant. Att som Capgemini gör påstå att Kammarkollegiets underlåtenhet att ange vissa värden ger anbudsgivaren fria tyglar att tolka och villkora sitt anbud är självklart helt orimligt. Capgemini har endast två val: antingen ta till en riskmarginal i sitt pris eller sin tidsplan, alternativt ställa en fråga till Kammarkollegiet under anbudstiden.

Capgemini har yttrat bl.a. följande. Capgemini anser i motsats till Kammarkollegiet att alla krav besvarats, men att förutsättningarna i förfrågningsunderlaget med bilagor varit bristfälliga i transparens och att Kammarkollegiet felbedömt anbudet. Ärendet är av mycket stor principiell

vikt för hela IT-konsultsektorn varför Capgemini ber förvaltningsrätten att noga bedöma de två principiella frågor som presenteras nedan.

Den första principiellt viktiga frågan är huruvida Capgemini har svarat ja på skall-kraven eller inte. Om ett företag i sitt anbud skrivit ”*JA – ni ska få utbildning. Vårt erbjudande grundas på följande ANTAGANDEN...*” eller ”*under följande förutsättningar...*” så anser Capgemini att det rimligen inte ska kunna tolkas till företagets nackdel, och åtminstone inte få så stora konsekvenser att företagets anbud förkastas. Otydligheten måste tolkas till myndighetens nackdel. Så länge tjänsten erbjuds i sig ska det inte vara möjligt att förkasta anbudet. En upphandlande myndighet får självklart inte anta ett orent anbud. I den förevarande upphandlingen har det inte framgått av Kammarkollegiets förfrågningsunderlag att anbudsgivarna ska bära den ekonomiska risken för ändringar av kvantiteterna. Av Kammarkollegiets resonemang framgår att konkurrenskraftiga anbud ska kunna lämnas grundade enbart på förfrågningsunderlagets villkor. Capgemini menar att detta inte är möjligt med de brister som föreligger. Kammarkollegiet kan inte åberopa ett krav för uteslutning av en leverantör som inte direkt kan utläsas ur anbudet enligt principen om transparens. Bristen kan inte läggas anbudsgivaren till last. Enligt EG-domstolen kräver principerna om transparens och likabehandling att en leverantör redan vid tidpunkten för utformningen av sitt anbud känner till vad den upphandlande enheten begär och mot vilka kriterier hans anbud kommer att utvärderas och vilken viktning som kommer att ske. Den andra principiellt viktiga frågan i upphandlingen är om en myndighet verkligen kan ha en fri tolkningsrätt av vad som ska ingå i anbudet. Kan Kammarkollegiet kräva en obegränsad mängd utbildningar, support, mat, dryck, lokaler, utbildningsmaterial, övernattning m.m. i det pris som en leverantör angivit. Så som Capgemini kan utläsa ur Kammarkollegiets svar anser myndigheten att det finns en obegränsad rätt att efterfråga resurser från företagen och helt fri tolkningsrätt av vad som avtalats. Capgemini anser att det enligt gällande avtalsrätt, sedvana och praxis inte är möjligt att kräva obegränsade

rättigheter som beställare. Förvaltningsrätten ombeds därför bedöma om det är förenligt med LOUs krav på transparens och proportionalitet att kräva obegränsad rätt för myndigheten och obegränsad skyldighet för leverantören.

Capgemini har valt att tydliggöra och kvantifiera omfattningen i uppdragen där information saknats för att över huvud taget kunna ange ett fast pris på de tjänster som kan tolkas ingå i de fiktiva avropen. Anbudet är generöst och just av det skälet faller det med god marginal inom ramarna för vad som kan förväntas av förutsättningarna i det fiktiva uppdraget. Capgemini som regelbundet deltar i upphandlingar som den förevarande vet att det inte går att ta höjd för allt för stora ekonomisk osäkerheter eftersom anbudet då inte kan bli konkurrenskraftigt. Kammarkollegiets invändning att ta höjd för osäkerheten ger därför uttryck för en orealistisk bild av förutsättningarna för att lämna anbud och strider mot själva kärnan i upphandlingslagstiftningen som bl.a. är att öppna upp marknaden för konkurrens. Det kan inte åläggas anbudsgivarna att behöva begära förtydliganden av förfrågningsunderlag som brister i transparens. Alla som har svarat utan att kvantifiera vad man tagit betalt för har tagit en betydande ekonomisk risk. Att denna inte redovisats i anbuden medför inte att anbuden är bättre anpassade till kraven i förfrågningsunderlaget eller mer jämförbara. Det innebär tvärtom endast att anbuden saknar relevant information.

Kammarkollegiet har i förfrågningsunderlaget angivit att de fiktiva avropen ska gälla som utvärderingsmodell. Det är ett skall-krav i upphandlingen att lämna de fiktiva anbuden. Samtidigt utgör de fiktiva anbuden utvärderingskriterierna för uppdraget. Dessa bör således inte kunna ligga till grund för uteslutning av en anbudsgivare så länge som fiktiva anbud har lämnats. En fråga som förvaltningsrätten bör ta ställning till är därför om det är i enlighet med upphandlingsreglerna att Kammarkollegiet från-

gått sin egen upphandlingsmodell. Om modellen frångås helt är det Capgeminis inställning att den i så fall rimligtvis inte heller kan leda till uteslutning av en anbudsgivare. Att utesluta en anbudsgivare på fiktiva grunder med hjälp av fiktiva krav i en utvärdering som inte ens använts måste anses strida mot principerna om transparens och likabehandling och ändrar väsentligt förutsättningarna för upphandlingen. Capgemini menar att Kammarkollegiet har sammanblandat utvärderingsfasen, de obligatoriska kraven på tjänsten, och kvalificeringsfasen på ett sätt som kan strida mot upphandlingsreglerna. Att frångå utvärderingsmodellen är att anse som en väsentlig förändring av förutsättningarna för upphandlingen då anbudsgivarna grundat sina erbjudanden på att dessa ska utvärderas, även prismässigt. Hade Capgemini kunnat förutse att en utvärdering utan prisuppgifter skulle ske hade helt andra ”fiktiva” och högre priser i så fall kunnat lämnas. Då hade inte någon kvantifiering av oklarheterna varit nödvändig. Men eftersom Kammarkollegiet angivit att modellen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” skulle användas vid utvärderingen var bolaget tvunget att göra de ovan nämnda antagandena för att kunna lämna ett seriöst anbud.

Kammarkollegiet har yttrat bl.a. följande. Det går inte att göra om Kammarkollegiets förfrågningsunderlag för att det ska passa Capgeminis önskan att göra förevarande mål viktigare än andra mål eller av principiell betydelse. Förfrågningsunderlaget är inte konstruerat på så sätt att anbudsgivarna bara ska svara ja eller nej på skall-kravs-frågor. Kammarkollegiet bestrider inte att Capgemini har svarat ja på skall-kraven. Capgemini har inte följts skall-kravet avseende hur de fiktiva avropen ska besvaras genom att Capgemini inte har hållit sig till de fasta förutsättningar som gäller för de fiktiva avropen. Det är detta som är skall-kravet. Att anbudsförutsättningarna skulle ha varit oklara håller Kammarkollegiet inte med om. Förfrågningsunderlaget anger klart och tydligt att anbudsgivarna ska besvara sex fiktiva avrop utifrån de förutsättningar som anges. Kammar-

kollegiet varnar till och med anbudsgivarna för att inte ändra förutsättningarna i upphandlingsunderlaget. Samtliga anbudsgivare kan inte annat än ha varit helt medvetna om att utvärderingen avser pris (i samtliga fiktiva avrop) och leveranstider (i avrop 3, 4 och 5). För att dessa parametrar ska vara möjliga att utvärdera måste de baseras på samma förutsättningar. Kammarkollegiets upphandlingsunderlag är, som tidigare framförts, varken motsägelsefullt, otydligt, oproportionerligt eller icke-transparent. Kammarkollegiet har inte begärt obegränsade resurser från anbudsgivarna. Kammarkollegiet har ställt höga krav på leverantörer av en kostsam tjänst och anbudsgivarna har varit fria att ta betalt för allt som erbjuds. Huruvida ett visst avtalsvillkor kan anses oskäligt eller inte faller utanför en överprövning enligt LOU. Kammarkollegiet anser att ett skall-krav som anger att de fiktiva avropen ska besvaras enligt givna förutsättningar är förenligt med proportionalitetsprincipen. Ett indirekt krav på att den leverantör som ska svara för viss utbildning också ska svara för utbildningsmaterialet är också proportionerligt. Capgemini sammanblandar alltfjämt oskäliga avtalsvillkor med LOUs krav på upphandlande myndigheter att inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. De skall-krav som är relevanta i sammanhanget är skall-kraven i avsnitt 3.1 i Bilaga 1 "Kravspecifikation", närmast (i) att de sex fiktiva avropen ska besvaras tydligt och utförligt utifrån förutsättningarna i de fiktiva avropen, (ii) att priset ska vara ett totalpris som är fast per månad eller per uppdrag samt (iii) att anbuden på de fiktiva avropen och priserna ska användas som riktmärke vid avrop. Ändamålet med dessa tre skall-krav är att Kammarkollegiet ska få jämförbara anbud att utvärdera samtidigt som det säkerställs att anbudsgivarnas svar och priser inte är gripna ur luften i syfte att få bra poäng utan är representativa för vad anbudsgivaren kan och kommer att prestera vid faktiska avrop. Det Capgemini anför röjer att Capgemini inte förstått hur upphandlingen är konstruerad. Att anbudsgivarna ska besvara de fiktiva avropen enligt givna förutsättningar är inget kvalificeringskrav

för leverantörer. Det är däremot ett skall-krav vilket därför kan leda till att anbudet inte kan gå vidare till utvärdering om skall-kravet inte uppfylls. Det innebär inte att Capgemini inte anses vara en kvalificerad leverantör.

UTREDNINGEN I MÅLET

I Bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, "Kravspecifikation", kapitel 3.1 anges följande: *Anbudsgivaren skall tydligt och utförligt besvara samtliga frågor utifrån de förutsättningar som anges i de fiktiva avropen. Anbudsgivarens svar, inklusive pris, skall användas som ett riktmärke av avropande myndigheter varför det är av stor vikt att svaren är så korrekta som möjligt.*

I Bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, "Kravspecifikation", kapitel 3.4 Fiktivt avrop 3 – Byte av Office-paket anges bl.a. följande under rubriken 3.4.2 Uppdragets innehåll: *5. Utbildning av användarna under två timmar, tio användare per pass och upp till fyra pass per dag. En utbildningslokal med tio datorer finns att tillgå.*

I Bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, "Kravspecifikation", kapitel 3.4 Fiktivt avrop 5 – Införande och förvaltning av applikation anges bl.a. följande under rubriken 3.6.2 Uppdragets innehåll: *15. Nya versioner av OpenERP skall realiseras i verifikationsmiljön senast sex månader efter tillgängliggörande om inte annat överenskommes. 16. Nya versioner av OpenERP skall realiseras i produktionsmiljön senast tolv månader efter tillgängliggörande om inte annat överenskommes.*

I Capgeminis svar på Fiktivt avrop 3 – Byte av Officepaket anges under punkt 3.2.2 Genomförande bl.a. följande: *Myndigheten ansvarar för framtagande av utbildningsmaterial.*

I Capgeminis svar på Fiktivt avrop 5 – Införande och förvaltning av applikation anges under punkt 1 Sammanfattning samt under punkt 3.6 Pris bl.a. följande: *I Priset ingår två releaser per år, som ryms inom Corporate editions 'automatic migration'. Ytterligare releasebyten eller releasebyten p.g.a. tillkommande funktionalitet avtalas separat. Felrättning och omhändertagande av 'security alerts' ingår, om max fyra fel/uppdateringar per månad.*

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 5 kap. 6 § LOU gäller följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

Kontrakt skall tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

Enligt 5 kap. 7 § första stycket LOU gäller följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, skall parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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.

Förvaltningsrättens bedömning

De krav som den upphandlande myndigheten ställer i förfrågningsunderlaget kan uttryckas i s.k. skall-krav vilka är ovillkorliga för att anbudet ska kunna komma i fråga för antagande. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda skall-krav får inte antas och den upphandlande myndigheten får inte ändra eller bortse ifrån i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav på ett sätt som strider mot principerna om lika-behandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Kammarkollegiet har bl.a. ställt upp ett antal fiktiva avrop och har ställt upp som skall-krav att anbudsgivaren tydligt och utförligt ska besvara samtliga frågor som ges i anslutning till de fiktiva avropen utifrån de däri angivna förutsättningarna. Kammarkollegiet gör gällande att Capgemini inte har uppfyllt alla skall-krav genom att de i sina svar på de fiktiva avropen 3 resp. 5 har avvikit från de givna förutsättningarna, dels genom att kräva åtaganden från myndigheten i form av tillhandahållande av utbildningsmaterial dels genom att villkora de angivna fastpriserna med ett högsta antal inkluderade releaser och åtgärdanden av fel och/eller security alerts.

Capgemini gör gällande att svaren på de fiktiva avropen är förenliga med skall-kraven och att alla skall-krav således är uppfyllda. Capgemini gör vidare gällande att Kammarkollegiet har förfarit i strid med transparensprincipen genom att utelämna viktiga omständigheter i förfrågningsunderlaget och genom att underlåta att genomföra utvärderingsfasen av upphandlingen i enlighet med förfrågningsunderlaget. Slutligen gör Capgemini gällande att skall-kraven är oproportionerliga.

Vad avser frågan om Capgeminis anbudssvar på de fiktiva avropen avviker från de angivna förutsättningarna på så sätt att skall-kraven

inte har uppfyllts gör förvaltningsrätten följande bedömning. Så som det generella skall-kravet om att anbudsgivaren tydligt och utförligt ska besvara samtliga frågor som ges i anslutning till de fiktiva avropen utifrån de däri angivna förutsättningarna är formulerat får förutsättningarna anses ingå i skall-kravet på så vis att förutsättningarna måste vara uppfyllda i anbudsgivarens svar för att skall-kravet ska vara uppfyllt. Det är upphandlande myndighet som med beaktande av gällande bestämmelser och grundläggande principer har att ställa och utforma de krav som anses behövliga rörande efterfrågat upphandlingsobjekt. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan det utifrån vad som anges i det aktuella förfrågningsunderlaget inte läsas in att Kammarkollegiet ska tillhandahålla utbildningsmaterial eller att kravet på att leverantören ska tillhandahålla utbildning är begränsat till att inte omfatta utbildningsmaterial på det sätt som Capgemini har förutsatt. Inte heller är förfrågningsunderlaget i detta avseende så otydligt att en rimligt insatt anbudsgivare inte har kunnat förutse vad som har efterfrågats eller hur detta ska visas. Förfrågningsunderlaget anses därför inte stå i strid med transparensprincipen vad gäller denna del. Vid sådant förhållande har Kammarkollegiet haft fog för sin bedömning att Capgemini lagt till uppgifter till sitt anbud som lett till att anbudet har kommit att villkoras på ett sätt som inte har stöd av upphandlingsunderlaget.

På vart och ett av de fiktiva avropen ställs som skall-krav upp att anbudsgivaren ska ange sitt pris som ett fast pris, antingen per månad eller för hela uppdraget. Avseende Fiktivt avrop 5 är två av förutsättningarna att nya versioner av OpenERP ska realiseras i senast sex resp. tolv månader efter tillgängliggörande om inte annat överenskommes. Capgemini har i sitt svar angett att priset omfattar två releaser per år och att ytterligare releaser avtalas separat. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan det utifrån vad som anges i det

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

aktuella förfrågningsunderlaget inte läsas in någon begränsning av antalet releaser per år eller möjlighet att avtala om denna fråga separat. Även i detta fall finner förvaltningsrätten att Kammarkollegiet har haft fog för sin bedömning att Capgemini lagt till uppgifter till sitt anbud som lett till att anbudet har kommit att villkoras på ett sätt som inte har stöd av upphandlingsunderlaget.

Vad gäller frågan om Kammarkollegiet förfarit felaktigt genom att inte utvärdera och rangordna de sju godkända anbuden gör förvaltningsrätten följande bedömning. Kammarkollegiet har angivit i upphandlingsunderlaget att ramavtal kommer att tecknas med sju leverantörer och att avrop från ramavtalet kommer att ske efter förnyad konkurrensutsättning. Förvaltningsrätten finner att under sådana förhållanden är det obehövligt att rangordna de leverantörer som kommer att erbjudas att teckna ramavtal om de är lika med eller färre än sju.

Vad gäller invändningen om att skall-kraven är oproportionerliga gör förvaltningsrätten följande bedömning. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas. Vidare ska, i enlighet med principen, vid valet mellan alternativa krav väljas det som är minst ingripande. Vid en prövning av om en upphandling genomförts i strid med proportionalitetsprincipen bedöms för det första om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, på det viset att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje bedöms om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den

upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en ifrågasatt åtgärd är i enlighet med proportionalitetsprincipen. Capgeminis anbud har förkastats eftersom det enligt Kammarkollegiets bedömning inte har uppfyllt kraven på att tydligt och utförligt besvara samtliga frågor utifrån de förutsättningar som anges i de fiktiva avropen och på att priset ska vara ett totalpris som är fast per månad eller per uppdrag. Kammarkollegiet har anfört att syftet med skall-kraven är att Kammarkollegiet ska få jämförbara anbud att utvärdera samtidigt som det säkerställs att anbudsgivarnas svar och priser inte är gripna ur luften i syfte att få bra poäng utan är representativa för vad anbudsgivaren kan och kommer att prestera vid faktiska avrop. Förvaltningsrätten finner med hänsyn till vad Kammarkollegiet anfört att skall-kraven är en lämplig, effektiv och nödvändig åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet med upphandlingen.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Capgeminis anbud rätteligen förkastats och att utredningen i målet inte ger stöd för att Kammarkollegiet i samband med anbudskvalificeringen eller annars under upphandlingen agerat i strid med LOU. Det är därmed inte visat att det finns grund för ingripande med stöd av LOU och ansökan ska avslås.

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


Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Elin Rosén.



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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.

