



SÖKANDE

HiQ Stockholm AB, 556506-5819

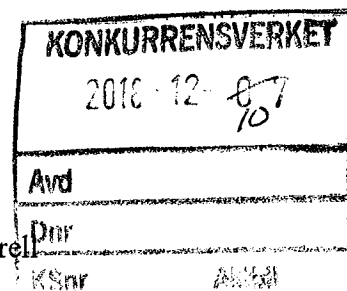
Ombud: Advokat Ulf Djurberg och biträdande jurist Rebecka Norell
Setterwalls Advokatbyrå AB
Sturegatan 10
114 36 Stockholm

MOTPART

Skatteverket
171 94 Solna

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Skatteverkets upphandling av ramavtal för uppdragstjänster inom IT (dnr 204 425598-17/21) ska göras om avseende anbudsområde 2, Applikation.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Skatteverket genomför, genom selektivt förfarande, en upphandling av ramavtal för uppdragstjänster inom IT (dnr 204 425598-17/21) enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen består av två anbudsområden, anbudsområde 1 och 2. Alla leverantörer fick i ett första steg ansöka om att lämna anbud i upphandlingen. I steg två bjöds de selekterade anbudssökandena in att lämna anbud. HiQ Stockholm AB (HiQ) var en av de åtta leverantörer som bjöds in att lämna anbud i anbudsområde 2, Applikation. Av inkomna anbud skulle ramavtal tecknas med maximalt fyra leverantörer per anbudsområde, utifrån de fyra anbud som ansågs vara ekonomiskt mest fördelaktiga. Ansökan om överprövning avser anbudsområde 2, Applikation, där HiQ:s anbud hamnade på femte plats vid anbudsutvärderingen. Ramavtal tecknades därför inte med HiQ.

HiQ yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Som grund för förstahandsyrkandet anförs att Tieto Sweden AB:s ansökan om att lämna anbud inte uppfyller ett obligatoriskt krav. Vidare anförs att eftersom denna brist inte hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen rättas på så sätt att Tieto Sweden AB:s anbud förkastas och att HiQ istället tilldelas ramavtal. I andra hand yrkar HiQ att upphandlingen ska göras om. Som grund för andrahandsyrkandet anförs dels att avsaknad av pris i utvärderingsmodellen strider mot LOU, dels att kvalificeringskrav och utvärderingskriterier har sammanblandats på ett sätt som strider mot LOU, dels att utvärderingsmodellen strider mot principerna om likabehandling och transparens.

Skatteverket bestrider att HiQ:s ansökan om överprövning ska vinna bifall.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I 20 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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. I 4 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare anges i samma paragraf att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Prövningen i förvaltningsrätten tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat, utan förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad sökanden har anfört är visat att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU, och att detta medfört att sökanden lidit eller kan komma att lida skada. Förvaltningsrättens utredningsansvar är begränsat och för att ett ingripande mot en upphandling ska ske krävs det i princip att den som gör gällande att upphandlingen är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter som denne grundar sin talan på.

Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på EU-direktiv om offentlig upphandling. Förvaltningsrätten är därför skyldig att tolka den svenska upphandlingslagstiftningen mot bakgrund av direktivens ordalydelse och syfte. Möjligheten för den svenska lagstiftaren att göra auktoritativa uttalanden om sådant som regleras i direktiven är vidare

begränsade (jfr bl.a. EU-domstolens domar i mål 14/83, von Colson, p. 26, och i mål C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier, p. 13 samt prop. 2015/16:195 s. 313).

Om det finns skäl för ingripande enligt LOU har förvaltningsrätten att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur bolagets yrkanden har utformats. En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not. 26). Förvaltningsrätten är därmed förhindrad att förordna om rättelse i de fall det föreligger brister i det konkurrensuppsökande skedet i den upphandling som är föremål för domstolens prövning (jfr Kammarrättens i Stockholm beslut den 13 september 2013, mål nr 4385-13).

Eftersom den brist som HiQ anför som grund för sitt förstahandsyrkande inte hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede prövar förvaltningsrätten i första hand yrkandet om att upphandlingen ska göras om.

Frågan om avsaknad av pris i utvärderingsmodellen

HiQ anför bl.a. följande. Vid anbudsutvärderingen tilldelades anbudet poäng utifrån följande fyra utvärderingskriterier: (i) Uppdragsorganisation, (ii) Analys och utredning, (iii) Agilt team samt (iv) Utvecklingsuppdrag. Utvärderingskriterium (ii) - (iv) poängsattes utifrån utvärdering av ett antal delkriterier. För att kunna erhålla poäng baserat på dessa delkriterier krävdes att leverantörerna för vart och ett av kriterium (ii) - (iv) redovisade ett referensuppdrag. Bedömningen av hur väl delkriterierna uppfylldes gjordes utifrån leverantörernas beskrivning av hur de hade arbetat i uppdragen.

De fyra leverantörer vars anbud erhöll den högsta poängen tilldelades ramavtal avseende anbudsområde 2, Applikation. Av upphandlingsdokumentet för upphandlingens andra steg, punkten 2.1.2.3, framgår att ramavtal tilldelas enligt grunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Av tilldelningsbeslutet, punkten 1.3.5.1, framgår att de fyra anbud som erhåller högst poäng vid anbudsutvärderingen anses ekonomiskt mest fördelaktiga. Leverantörernas prissättning utvärderas således inte överhuvudtaget och leverantörerna har inte under upphandlingens gång fått tillfälle att offerera priser. Skatteverket har inte heller angett något fast pris eller fast kostnad för de tjänster som efterfrågas.

Av 16 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet ska utvärdera vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga på någon av grunderna bästa förhållande mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris. Skatteverket har inte närmare specificerat vilken av de tre grunderna som ligger till grund för bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Mot bakgrund av utvärderingsmodellens utformning får dock antas att tilldelningsgrund är bästa förhållande mellan pris och kvalitet. I skäl 92 till LOU-direktivet¹ framgår uttryckligen att beslut om tilldelning av kontrakt inte uteslutande bör grunda sig på andra kriterier än kostnader. I förarbetena till LOU framgår vidare att detta innebär att en utvärdering på grundval av bästa förhållande mellan pris och kvalitet alltid måste innefatta även priset. Begreppet ”tilldelning av kontrakt” i 16 kap. 1 § LOU kan inte rimligtvis anses omfatta endast tilldelning av ett kontrakt som sluts i samband med den slutliga anskaffningen vid avrop, utan bestämmelsen måste även tillämpas vid tilldelning av ramavtal. Att så är fallet följer uttryckligen av förarbetena till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU, där det i kommentaren till 5 kap. 1 § anges att ”de bestämmelser som gäller för upphandlingskontrakt skall äga

¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

motsvarande tillämpning på upphandling som syftar till att ett ramavtal ingås. Detta innebär vidare bl.a. att valet av parter i ramavtalet skall ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i 12 kap. 1 och 2 §§". Bestämmelsen i 5 kap. 1 § ÄLOU motsvaras i huvudsak av bestämmelsen i 7 kap 1 § LOU. 12 kap. 1 och 2 §§ ÄLOU som hänvisas till i ovan förarbetsuttalande motsvaras vidare av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Det framgår varken av LOU-direktivet, förarbetsuttalanden eller av praxis att förhållandet mellan ramavtal och tilldelningsgrunderna i LOU skulle ha förändrats i och med revideringen av det upphandlingsrättsliga regelverket. Vidare framkommer det tydligt av förarbetena till LOU att begreppet "tilldelning av kontrakt" i såväl LOU som bakomliggande direktiv används med delvis olika innebörd beroende på sammanhang. En genomgående strikt tillämpning av begreppet "tilldelning av kontrakt" leder vidare till att ett flertal bestämmelser i LOU inte skulle vara tillämpliga på upphandling av ramavtal. Vidare görs i LOU systematiskt skillnad på begreppen "tilldelning av kontrakt" och "tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal". Att det i 7 kap. LOU exempelvis närmare föreskrivs hur tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal (avropsavtal) ska göras talar med tydlighet för att 16 kap. 1 § LOU omfattar tilldelning av själva ramavtalet, då bestämmelserna i 7 kap. i annat fall hade varit överflödiga.

Skatteverket har som stöd för sin uppfattning hänvisat till två förvaltningsrättsavgöranden från 2012. Ingen av dessa avgöranden ger dock stöd för Skatteverkets resonemang att tilldelningsgrunderna i 16 kap. 1 § inte ska tillämpas vid tilldelning av ramavtal. I målen bedömer förvaltningsrätterna, i brist på vägledande uttalanden i frågan, att det vid tiden för avgörandena inte fanns något uttryckligt stöd för att det skulle strida mot de upphandlingsrättsliga principerna att utesluta pris som kriterium när ramavtal tilldelas de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Rättsläget har kommit att förtydligas sedan ovan nämnda avgöranden. Av uttalandena i skäl 92 till LOU-direktivet, samt uttalandena i förarbetena att en utvärdering på grund-

val av bästa förhållande mellan pris och kvalitet alltid innefattar även priset, bör det numera stå klart att upphandlande myndigheter inte kan genomföra ramavtalsupphandlingar där priser lämnas till avropsprocessen. Detta bör vidare ha stått klart för Skatteverket vid annonseringen av upphandlingen. Det kan tilläggas att det såväl i förarbetena till LOU som i artikel 33.1 i LOU-direktivet uttryckligen stadgas att pris är just ett sådant villkor som ett ramavtal syftar till att fastställa. Av ovan följer att en upphandlande myndighet, när den utvärderar inkomna anbud i en ramavtalsupphandling, enligt 16 kap. 1 § LOU har att utvärdera anbud enligt de grunder som anges i bestämmelsen - nämligen bästa förhållande mellan pris och kvalitet, kostnad, eller pris. Avsaknad av pris i utvärderingsmodellen strider mot LOU, oaktat att upphandlingen avser ett ramavtal där avrop uteslutande sker genom förnyad konkurrensutsättning. Genom att utforma upphandlingen på detta sätt har HiQ inte haft möjlighet att konkurrera med konkurrenskraftiga priser i upphandlingen och har därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Genom att inte ställa upp några villkor för prissättning i upphandlingen har det vidare inte varit möjligt för större aktörer att avgöra huruvida de kommer att kunna använda sig av stordriftsfördelar och därigenom konkurrera med ett lågt pris, vilket rimligtvis har avskräckt sådana leverantörer från att delta i upphandlingen.

Skatteverket anför bl.a. följande. Skatteverket bestrider bolagets påstående att avsaknaden av pris i upphandlingens utvärderingsmodell strider mot LOU. Upphandlingen avser en upphandling av ett ramavtal av uppdrags-tjänster inom IT. Lagens definition av ett *ramavtal* är ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod. Definition av ett *kontrakt* är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av en byggentreprenader. Av

definitionerna samt förarbetet till LOU framgår det tydligt att man skiljer på begreppen ramavtal och kontrakt och att ett ramavtal används för att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt (avrop). I förarbetena till LOU framkommer det vidare att de upphandlingsrättsliga bestämmelserna om ramavtal anger hur en upphandlande myndighet ska förfara när ramavtalet ingås och hur kontrakt som ska grundas på det ska tilldelas. Ramavtalet är inte ett självständigt upphandlingsförfarande, utan sluts genom tillämpning av något av de förfaranden som regleras i det underliggande direktivet. Ett ramavtal fastlägger helt eller delvis villkoren för flera, eventuella framtida anskaffningar medan ett kontrakt avser en faktisk anskaffning.

Om kontrakt ska tilldelas leverantör efter en förnyad konkurrensutsättning ska leverantörer, som är part i ramavtalet, inbjudas att inkomma med nya anbud i enlighet med villkor i ramavtalet. Dessa villkor får preciseras och kompletteras med andra villkor som har angetts i upphandlingsdokumentet för ramavtalet. I samband med ett sådant förfarande ska den upphandlande myndigheten tilldela den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet. Då den aktuella upphandlingen har upphandlats som ett ramavtal där avrop uteslutande sker via en förnyad konkurrensutsättning sker tilldelning av ett kontrakt först vid den faktiska anskaffningen i samband med ett avrop och ska tilldelas utifrån någon av grunderna i 16 kap 1 § LOU. Att begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten” har använts i upphandlingen av ramavtalet förändrar inte uppfattningen att det är kontraktet som ska tilldelas enligt några av de fastslagna grunderna i 16 kap. 1 § LOU. Begreppet utgör i föreliggande lag (till skillnad från ÄLOU) ett samlingsbegrepp för tilldelning och en tilldelning ska alltid baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ingenstans i upphandlingen framkommer det att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden i ramavtalsupphandlingen ska utvärderas enligt grunden ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”. Det

framkommer dock tydligt i avtalsvillkoren under avsnitt 10.3 i upphandlingsdokumentet att avropen från ramavtalet (dvs. tilldelningen av kontrakt) kommer att utvärderas utifrån förhållandet kvalitet och pris. Ovan resonemang avseende det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet i förhållande till ramavtal styrks av två domar från 2012, meddelade av Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 18124-12 och mål nr 18987-12.

Att det uttryckligen i förarbetena till ÄLOU, med avseende på 5 kap. 1 §, anges att de bestämmelser som gäller för upphandlingskontrakt ska äga motsvarande tillämpning på upphandling som syftar till att ramavtal ingås, ändrar inte Skatteverket uppfattning om att avsaknaden av pris i upphandlingens utvärderingsmodell inte strider mot LOU. Att val av parter i ramavtalet ska ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i 12 kap. 1 och 2 §§ ÄLOU innebär inte annat än att något av de tilldelningskriterier som finns uppräknade i paragrafen ska tillämpas, så som pris, kvalitet etc. Ur detta kan man inte utläsa något krav på att pris är ett obligatoriskt tilldelningskriterium vid samtliga ramavtalsupphandlingar. Vidare har bolaget inte i något avseende, i samband med anbudsinlämnandet eller vid annan tidpunkt, uppmärksammat Skatteverket på svårigheten att inkomma med ett konkurrenskraftigt anbud på grund av avsaknaden av utvärdering av pris.

Förvaltningsrättens prövning avseende frågan om avsaknad av pris i utvärderingsmodellen

Definitionen av ramavtal

Avseende definitionen av ramavtal framgår bl.a. följande.

Med ramavtal avses enligt 1 kap. 20 § LOU ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte

att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod. Bestämmelsen genomför artikel 33.1 andra stycket LOU-direktivet (se prop. 2015/16:195 s. 943). Av artikel 33.1 andra stycket LOU-direktivet framgår bl.a. att ett ramavtal avser ett avtal som ingås i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris (jfr även prop. 2015/16:195 s. 513).

Avseende ramavtal där tilldelning av kontrakt sker efter en förnyad konkurrensutsättning framgår bl.a. följande.

När ett ramavtal som har ingåtts med flera leverantörer inte har samtliga villkor fastställda, ska tilldelning ske efter en förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet. Vid en förnyad konkurrensutsättning ska de leverantörer som är parter i ramavtalet 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 har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Detta framgår av 7 kap. 5, 8 och 9 §§ LOU.

7 kap. 8 och 9 §§ LOU motsvarar 5 kap. 7 § ÄLOU (jfr prop. 2015/16:195 s. 1014 f.). Av förarbetena till 5 kap. 7 § ÄLOU framgår bland annat följande. Det får antas att i vart fall priset på det som är föremål för ramavtalet ska vara bestämt i avtalet (jfr direktivets formulering i ramavtalsdefinitionen "särskilt i fråga om tänkt pris"). När det gäller t.ex. konsulttjänster torde ramavtalet sällan kunna innehålla ett totalpris, eftersom tjänsternas omfattning bestäms i varje enskilt fall. Det pris som kan fastställas är exempelvis ett pris per timme eller någon annan enhet. Det bör också vara möjligt att t.ex. bestämma ett pris grundat på en prislista med angivande av de rabatter som användningen av ramavtalet berättigar till (jfr prop. 2006/07:128 s. 173).

De ovan nämnda svenska bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning har utformats i överensstämmelse med de bakomliggande LOU-direktiven (jfr prop. 2015/16:195 s. 1014 f. och prop. 2006/07:128 s. 338).

Bestämmelserna i LOU-direktivet om förnyad konkurrensutsättning och om tillvägagångssättet vid en sådan överensstämmelse i sak med 2004 års LOU-direktiv² (jfr prop. 2015/16:195 s. 521 f.).

Förvaltningsrätten konstaterar att det av definitionen av ramavtal i artikel 33.1 andra stycket LOU-direktivet framgår att ett ramavtal avser ett avtal som ingås i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av ett kontrakt under en given tidsperiod, och att detta gäller särskilt i fråga om tänkt pris. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att LOU-direktivet i denna del inte gör någon skillnad mellan ramavtal där tilldelning av kontrakt sker efter en förnyad konkurrensutsättning och ramavtal där tilldelning av kontrakt sker utan en sådan. Av förarbetena till de svenska bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning framgår att även den svenska lagstiftaren bedömer att pris ska fastställas i ramavtalet, även om ramavtalet sällan kan innehålla ett totalpris när det gäller t.ex. konsulttjänster.

Tilldelning av ramavtal

HiQ anför bl.a. att bestämmelsen om ”tilldelning av kontrakt” i 16 kap. 1 § LOU måste tillämpas vid tilldelning av ramavtal. Skatteverket anför bl.a. att eftersom den aktuella upphandlingen har upphandlats som ett ramavtal där avrop uteslutande sker via en förnyad konkurrensutsättning, sker tilldelning av ett kontrakt först i samband med ett avrop och att det är kontraktet som ska tilldelas enligt några av de fastslagna grunderna i 16 kap. 1 § LOU.

² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster

När det gäller begreppen ”ramavtal” och ”kontrakt” görs det, som Skatteverket anför, en systematisk skillnad mellan begreppen i LOU-direktivet och LOU (jfr även prop. 2015/16:195 s. 514 f.) Av de svenska förarbetena framgår dock att Lagrådet har riktat kritik mot att begreppet ”kontrakt” används i flera olika betydelser, i vissa fall för att beteckna upphandlingsprocessen som sådan, i andra fall för att beteckna vilken typ av anskaffning som avses och i ytterligare andra fall för att beteckna det avtal som ingås mellan å ena sidan en upphandlande myndighet och å andra sidan en leverantör (jfr bl.a. prop. 2015/16:195 s. 303 och s. 322). När det gäller direktivets reglering om ändring av kontrakt och ramavtal har Lagrådet vidare konstaterat att artiklarna är synnerligen inkonsekvent utformade vad gäller hänvisningar till kontrakt respektive ramavtal (jfr prop. 2015/16:195 s. 846 f.).

Vidare framgår bl.a. följande avseende tilldelning av ramavtal.

En upphandlande myndighet får enligt 7 kap. 1 § LOU ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i lagen. Bestämmelsen genomför artikel 33.1 första stycket LOU-direktivet (se prop. 2015/16:195 s. 1008). Av artikel 33.1 första stycket LOU-direktivet framgår att upphandlande myndigheter får sluta ramavtal under förutsättning att de tillämpar de förfaranden som anges i direktivet.

7 kap. 1 § LOU motsvarar vidare 5 kap. 1 § ÄLOU (se prop. 2015/16:195 s. 1008). I 5 kap. 1 § ÄLOU anges att en upphandlande myndighet får ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster i lagen. Av förarbetena till den äldre bestämmelsen framgår att de bestämmelser som gäller för upphandlingskontrakt ska äga motsvarande tillämpning på upphandling som syftar till att ett ramavtal ingås. Detta innebär bl.a. att valet av parter i ramavtalet ska ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i 12 kap. 1 och 2 §§

ÄLOU, det vill säga det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset (jfr prop. 2006/07:128 s. 332 f.).

5 kap. 1 § ÄLOU motsvarar artikel 32.1 och 32.2 första stycket i 2004 års LOU-direktiv (jfr prop. 2006/07:128 s. 332). I artikel 32.2 första stycket i 2004 års LOU-direktiv anges att en upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal ska följa de förfarandebestämmelser som anges i direktivet i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som grundar sig på detta ramavtal. Valet av parter i ramavtalet ska ske med tillämpning av de tilldelningskriterier som anges i artikel 53, det vill säga det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Förvaltningsrätten konstaterar att skrivningen i artikel 32.2 första stycket i 2004 års LOU-direktiv, om att valet av parter i ramavtalet ska ske med tillämpning av de tilldelningskriterier som anges i artikel 53, inte har någon motsvarande skrivning i det nya LOU-direktivet. I det nya LOU-direktivet anges dock att instrumentet ramavtal i stort sett bör behållas som det är, men att vissa aspekter behöver klargöras (jfr skäl 60 LOU-direktivet).

Av de svenska förarbetena framgår bl.a. följande. Instrumentet ramavtal behålls i stort sett som det är genom det nya LOU-direktivet. I direktivets artiklar har dock vissa förtydliganden gjorts. Skältexterna har utökats i omfång och innehåller flera uttalanden i förtydligande syfte. Bestämmelserna om ramavtal i den nya lagen om offentlig upphandling ska, med vissa förtydliganden och klargöranden, i huvudsak motsvara bestämmelserna i ÄLOU (jfr prop. 2015/16:195 s. 511 f.).

Vidare anges att bestämmelsen i artikel 33.1 första stycket LOU-direktivet får förstås så att bestämmelserna om upphandlingsförfarandena och därtill

knutna bestämmelser om t.ex. tidsfrister, kvalificering och val av anbud ska användas i tillämpliga delar när ramavtalet ingås. Enkelt uttryckt ska ramavtalet ”upphandlas” på samma sätt som ett kontrakt. Det kan i vissa fall vara svårt att avgöra vilka av de bestämmelser i direktivet som uteslutande nämner kontrakt som också är tillämpliga beträffande ramavtal. Detta måste emellertid ytterst klarläggas i tillämpningen (jfr prop. 2015/16:195 s. 515).

Förvaltningsrätten bedömer att det inte går att utläsa av vare sig LOU-direktivet eller av LOU med förarbeten, att någon ändring i sak har varit avsedd med avseende på valet av parter i ett ramavtal. Förvaltningsrätten bedömer istället att skrivningarna i artikel 33.1 första stycket LOU-direktivet, om att upphandlande myndigheter får sluta ramavtal under förutsättning att de tillämpar de förfaranden som anges i direktivet, samt i 7 kap. 1 § LOU, om att en upphandlande myndighet får ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i lagen, även omfattar att valet av parter i ett ramavtal ska ske med tillämpning av de tilldelningskriterier som anges i direktivet och i LOU. Förvaltningsrätten bedömer därför att de tilldelningsgrunder som anges i 16 kap. 1 § LOU avseende tilldelning av kontrakt, ska tillämpas även vid tilldelning av ramavtal.

Tilldelningskriterier

Avseende tilldelningskriterier framgår bl.a. följande.

En upphandlande myndighet ska enligt 16 kap. 1 § LOU tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder: 1) bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, 2) kostnad, eller 3) pris. Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Avseende begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” har terminologin i LOU-direktivet ändrats jämfört med 2004 års LOU-direktiv. Begreppet ska användas som ett överordnat begrepp, och ska inte förväxlas med tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i den betydelse det har enligt 2004 års LOU-direktiv. Begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” enligt 2004 års LOU-direktiv har i det nya LOU-direktivet och LOU ersatts med ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” (jfr prop. 2015/16:195 s. 783 f. och skäl 89 i LOU-direktivet).

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att när en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas. Bestämmelsen motsvarar delvis 12 kap. 1 § andra stycket ÅLOU och saknar motsvarighet till den exemplifierande uppräknings av tänkbara tilldelningskriterier som finns 12 kap. 1 § andra stycket ÅLOU (se prop. 2015/16:195 s. 1110).

16 kap. 1 och 2 §§ LOU genomför delar av artikel 67 i LOU-direktivet, som avser tilldelningskriterier (jfr prop. 2015/16:195 s. 1109 ff.). Av skälen till LOU-direktivet framgår bl.a. följande avseende kontraktstilldelning.

Det bör uttryckligen anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör bedömas utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, som alltid bör inbegripa ett pris- eller kostnadselement. Det bör likaså klargöras att en sådan bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet också kan göras på grundval av antingen enbart pris eller enbart kostnadseffektivitet (skäl 90).

För att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska kunna fastställas bör beslut om tilldelning av kontrakt inte uteslutande grunda sig på andra kriterier än kostnaderna. Kvalitetskriterier bör därför åtföljas av ett

kostnadskriterium som, beroende på vad den upphandlande myndigheten väljer, antingen kan avse priset eller kostnadseffektiviteten (skäl 92). Den svenska lagstiftaren anger att detta innebär att en utvärdering utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet alltid ska innefatta en bedömning av priset eller kostnaden i form av t.ex. livscykelkostnader. Eftersom priset i sin tur är en del i det utvidgade kostnadsbegreppet medför detta att en utvärdering på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet alltid innefattar även priset (se prop. 2015/16:195 s. 785).

Förvaltningsrätten konstaterar att Skatteverket som tilldelningsgrund för ramavtalet enbart har angett det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan att specificera om anbuden ska utvärderas utifrån grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad, eller pris (jfr upphandlingsdokumentet för upphandlingens andra steg p. 2.1.2.3). Vid utvärderingen tilldelades anbuden poäng utifrån utvärderingskriterierna uppdragsorganisation, analys och utredning, agilt team samt utvecklingsuppdrag. De fyra anbud som vid utvärderingen erhöll högst jämförelsepoäng ansågs vara det ekonomiskt mest fördelaktiga (jfr tilldelningsbeslutet p. 1.3.5.1).

HiQ anför att mot bakgrund av utvärderingsmodellens utformning får det antas att tilldelningsgrunden för ramavtalet är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Skatteverket anför att ingenstans i upphandlingen framkommer det att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden i ramavtalsupphandlingen ska utvärderas enligt grunden ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”, men att det framkommer i avtalsvillkoren i upphandlingsdokumentet att avropen från ramavtalet (dvs. tilldelningen av kontrakt) kommer att utvärderas utifrån förhållandet kvalitet och pris.

Förvaltningsrätten konstaterar att oavsett om anbuden ska utvärderas utifrån grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris, framgår det av skälen till LOU-direktivet att bedömningen av det ekonomiskt

mest fördelaktiga anbudet alltid bör inbegripa antingen ett pris- eller ett kostnadselement, samt att kvalitetskriterier bör åtföljas av ett kostnads-kriterium som antingen kan avse priset eller kostnadseffektiviteten. Vidare framgår det av de svenska förarbetena att den svenska lagstiftaren bedömer att en utvärdering på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet alltid ska innefatta även priset.

Avseende de två förvaltningsrättsdomar som Skatteverket hänvisar till konstaterar förvaltningsrätten att domarna inte är överklagade och således inte har prövats i högre instans. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att domarna gäller tillämpningen av de äldre bestämmelserna om offentlig upphandling. I artikel 53 i 2004 års LOU-direktiv och i 12 kap. 1 § andra stycket ÄLOU anges pris som exempel på vad som kunde beaktas vid bedömningen av vad som ansågs vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, det vill säga det som nu benämns som det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

I enlighet med vad som anförs ovan konstaterar förvaltningsrätten att LOU saknar motsvarighet till den exemplifierande uppräkningslista som finns i 12 kap. 1 § andra stycket ÄLOU och att det av skälen i det nya LOU-direktivet framgår att bedömningen av vad som utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet alltid bör inbegripa ett pris- eller kostnadselement.

Sammanfattande bedömning

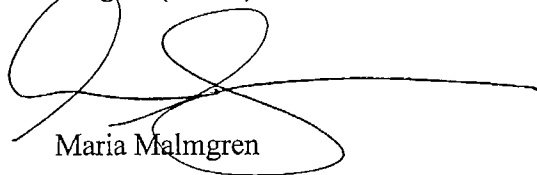
Mot bakgrund av vad som anförs ovan bedömer förvaltningsrätten sammantaget att Skatteverket, genom att inte ha utvärderat pris vid tilldelningen av ramavtal i den aktuella upphandlingen, har brutit mot LOU. HiQ har inte haft möjlighet att konkurrera med konkurrenskraftiga priser i upphandlingen och har därmed i vart fall riskerat att lida skada. Vad

Skatteverket anför om att HiQ inte har uppmärksammat Skatteverket på svårigheten att inkomma med ett konkurrenskraftigt anbud på grund av avsaknaden av utvärdering av pris medför ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det redan av denna anledning finns skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Ansökan om överprövning avser enbart anbudsområde 2, Applikation. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen för anbudsområde 2, Applikation, ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).



Maria Malmgren

Rådman

Maria Freij har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.