



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-08-02
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
13252-13

SÖKANDE

XLENT Management Consulting AB, 556852-1289
Regeringsgatan 67
111 56 Stockholm

MOTPART

Försäkringskassan, 202100-5521
103 51 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår XLENT Management Consulting AB:s ansökan.

Dok.Id 370289

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

BAKGRUND

Försäkringskassan (FK) har tidigare genomfört upphandlingen Organisationskonsulter 76615-2009 i syfte att teckna ramavtal.

FK genomför nu avrop från ramavtalet genom förnyad konkurrensutsättning avseende kundoptimala digitala sjukpenningprocessen i ett framtidsläge, 013912-2013. I tilldelningsbeslut den 22 maj 2013 antogs Acando Consulting AB som leverantör för det aktuella avropet. Enligt upphandlingsprotokoll den 22 maj 2013 har XLENT Management Consulting AB (XLENT) inte kvalificerats för att gå vidare till utvärderingen med motiveringen att XLENT gjort ändringar i prismatrisen genom att ange pris för 960 timmar när FK, i enlighet med punkt 1.6.5 i förfrågningsunderlaget, efterfrågat pris för 1 000 timmar. Priskravet uppfylls därför inte. I avropsprotokoll den 5 juni 2013 anges att XLENT inte heller kvalificerats med anledning av att det av anbud eller förtydligande inte framgår att kravet, enligt punkt 1.6.4, på erfarenhet från tjänsteorganisationer med minst 5 000 anställda inte har uppfyllts.

YRKANDEN M.M.

XLENT yrkar att upphandlingsförfarandet ska göras om.

Till stöd för sin talan anför XLENT bl.a. följande. Prisutvärderingen i förfrågningsunderlaget bryter mot principen om likabehandling i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Anbudet som bolaget lämnade in följer de regler som var specificerade i förfrågningsunderlaget. FK har inte följt förfrågningsunderlaget vid prövningen av bolagets anbud, vilket har lett till att anbudet på orätta grunder har blivit diskvalificerat och att konkurrens på lika villkor har satts ur spel. Då bolaget felaktigt inte fått möjligheten att kunna bli tilldelad uppdraget kommer bolaget att lida av en

möjlig förlorad intäkt i nivå med uppdragets prisförslag. Enligt punkt 1.6.5 i förfrågningsunderlaget finns inget specifikt krav som säger att den föreslagna tidsomfattningen på 1 000 timmar är fastlagd. Bolaget anser att definitionen av "prisuppgifter" gäller pris per timme och projektets totalpris, vilket tydligt angetts i det skriftliga anbudet under punkt 9. Det antal timmar som bolaget föreslagit som projektets omfattning är erfarenhetsbaserat och anses i det här fallet rimligen vara 960 timmar. Bolaget finner det anmärkningsvärt att projektets verkliga omfattning inte tas hänsyn till i FK:s utvärdering, utan endast ett fiktivt pris om 1 000 timmar. – Förklaringen av tidsomfattningen under punkt 1.6.5 innehåller begreppet "fiktiv" som visar på att antalet timmar inte är en kravspecifikation, utan kan och bör definieras av varje leverantör efter de erfarenheter leverantören har av liknande projekt. Därför bör det fasta priset i relation till projektförslaget ligga till grund för anbudsprövningen. Detta leder till att FK får en mer realistisk projektkostnad, som sedan kan ligga till grund för utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. – I upphandlingsverktyget Tendsigns prismatris har de även kompletterat med ett förtydligande avseende tidomfattningen och slutpriset. Detta gjordes för att tydligt förklara för FK vad ett pris, baserat på det fiktiva antalet timmar skulle bli avseende de 1 000 timmar som prismatrisen visade. Under prövningstiden, tiden mellan anbudens inlämnande och FK:s tilldelning, blev de kontaktade av FK gällande ett par förtydliganden i anbudet. Vid tillfället nämnde inte FK något om att det skulle ha funnits andra oklarheter i anbudet som inkluderade tidsomfattning eller pris. FK:s prisutvärdering i förfrågningsunderlaget följer inte LOU då leverantörerna enbart utvärderas efter pris per timme. I förfrågningsunderlaget ska sedan leverantörerna själva uppskatta projektets tidsomfattning utifrån det innehåll som tydligt specificeras i förfrågningsunderlaget. Det innebär att en leverantör hypotetiskt kan sänka sitt pris per timme och sedan förlänga uppdraget så att totalpriset ändå uppnår en tillfredställande nivå. Angående vad FK anfört i punkt 3.1 och 3.3 i yttrande den 7 juni 2013 så är det anmärkningsvärt att

tilldelningen i detta fall baseras på en utvärdering med ett fiktivt antal timmar och fast antal timmar samt att leverantörerna sedan ska specificera en faktisk tidomfattning av projektet. Tidomfattningen relaterar då enbart till anbudets innehåll och är inte en del av prisutvärderingen. Resultatet blir att den leverantör med det billigaste timpriset tilldelas upphandlingen och inte den leverantör som presenterar ett projekt med det ekonomiskt mest fördelaktiga priset för FK. Detta leder till att leverantörerna inte utvärderas på lika villkor. Prisutvärderingen kan alltså inte baseras på ett fiktivt antal timmar utan att bryta mot LOU. Istället bör priset baseras på det faktiska antalet timmar som leverantören presenterar tillsammans med projektinnehållet i anbudet. Enbart då kan leverantörerna utvärderas på det ekonomiskt mest fördelaktiga priset. Anledningen, dvs. avsaknad av CV:n, till FK:s diskvalificering är inte relevant i målet då det är förfrågningsunderlaget som bryter mot LOU.

FK bestrider bifall till ansökan.

FK anför bl.a. följande. Det avrop som är föremål för överprövningen är en förnyad konkurrensutsättning enligt ramavtal avseende organisationskonsulter. Förvaltningsrätten bör ta ställning till om dåvarande lydelse av LOU ska tillämpas i målet. – I avsnitt 1.6.5 i avropsförfrågan ställdes kravet att leverantörerna skulle ange ett pris baserat på att uppdraget skulle utföras på 1 000 timmar, fördelade med hälften vardera på konsulturnivåerna. Antalet timmar som anbudet skulle beräknas på angavs som fiktivt, men pris i kr per timme skulle leverantören ange med verkligt värde. Det angavs också att prisuppgifterna skulle lämnas utan reservationer, ändringar eller tillägg. Kravet utformades på detta sätt för att Försäkringskassan på ett transparent och likabehandlande sätt skulle kunna jämföra och utvärdera anbudet. – I sitt anbud har XLENT inte uppfyllt kravet avseende hur pris ska anges. XLENT har avvikit på två punkter. Dels har XLENT förändrat den fiktiva tidsomfattningen och i stället angett ett totalpris för

960 timmar, dels har XLENT lämnat ett fiktivt timpris. XLENT hade möjlighet att i en beskrivning av föreslaget upplägg av uppdraget ange en beräknad faktisk tidsåtgång och ändå följa kraven för hur pris skulle anges. Men genom att på detta sätt avvika från det föreskrivna sättet att lämna pris i anbudet, har XLENT brustit i uppfyllande av kravet. Det ligger på leverantörens ansvar att omsorgsfullt ta del av avropsförfrågan och de förklaringar XLENT har lämnat till sitt agerande gör inte att kravet ska anses uppfyllt. – I avsnitt 1.6.3 i avropsförfrågan ställdes vidare kravet att de erbjudna konsulterna skulle ha viss angiven erfarenhet från organisationer med minst 5 000 anställda, vilket skulle verifieras i de CV:n som skulle bifogas enligt avsnitt 1.6.4. I sitt anbud har XLENT inte bifogat CV:n som utvisar att konsulterna har de efterfrågade erfarenheterna från organisationer med minst 5 000 anställda, eller på annat sätt styrkt att kravet uppfyllts. Därmed har XLENT inte heller uppfyllt detta krav, vilket också är grund för diskvalificering av anbudet. – Det är leverantörens ansvar att omsorgsfullt ta del av avropsförfrågan och XLENT har haft möjlighet att ställa frågor under avropsförfarandet. En upphandlande myndighet har viss möjlighet, men ingen skyldighet, att begära förtydliganden från leverantörerna. Vad XLENT anför om att FK inte har efterfrågat uppgifter eller förtydliganden, gör alltså inte att det finns grund för ingripande enligt LOU. – FK har sammanfattningsvis iakttagit de grundläggande principerna för offentlig upphandling och på korrekta grunder förkastat XLENT:s anbud. Såväl XLENT timpris som det angivna totalpriset överstiger väsentligt det antagna anbudets priser. XLENT har mot den bakgrunden inte kunnat komma i fråga för tilldelning av kontrakt och därmed har XLENT inte heller riskerat att lida skada av att anbudet diskvalificerats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den förnyade konkurrensutsättningen bör ses som en ny upphandling och därmed ska LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010 tillämpas i målet.

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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 5 kap. 7 § första stycket LOU anges följande. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska 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.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges 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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Ramavtal med förnyad konkurrensutsättning innebär att ett ramavtal har ingåtts med flera leverantörer utan att alla villkor är angivna i ramavtalet.

Eftersom alla villkor och ska-krav inte behöver vara preciserade i en upphandling avseende ramavtal finns det möjlighet för den upphandlande myndigheten att vid en förnyad konkurrensutsättning precisera och vid behov komplettera med ytterligare villkor eller ska-krav.

Frågan i målet är om det var riktigt av FK att utesluta XLENT från utvärderingsfasen med anledning av att XLENT inte uppfyllt de i förfrågningsunderlaget uppställda ska-kraven.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

1.6. Krav på uppdraget

1.6.3 Bemanning

Leverantören ska erbjuda konsulter med relevant erfarenhet enligt nedan definition per del för uppdraget. I syfte att **verifiera detta ska CV bifogas anbudet för respektive konsult**. Konsulter kan offereras för både del A och del B alternativt för endera del A eller del B. Samtliga offererade konsulter ska ha den erfarenhet som krävs för den del de offereras för alternativt helheten.

För del A – Definition av den kundoptimala resan och dess förutsättningar – ska följande erfarenheter från tjänsteorganisationer med minst 5 000 anställda redovisas.

[...]

För del B – Utveckling och detaljering av lösningar samt framtagande av underlag för beslut om realisering – ska följande erfarenheter från tjänsteorganisationer med minst 5 000 anställda redovisas.

[...]

1.6.5. Pris

Pris ska anges i SEK exklusive mervärdesskatt.

För att utvärdering av lämnade priser ska kunna genomföras ska de prisuppgifter som begärts lämnas utan reservationer, ändringar eller tillägg.
(Antal timmar i prisutvärderingsmatrisen är fiktiv).

Ange timpris per konsult för ev. option. (Fritextsvar)

Ange timpris enligt specifikation nedan.(Prismatris)

Specifikation

Pris/tim för seniorkonsult. (Om flera seniorkonsulter offereras och med olika prissättning, ange det dyraste)

Kvantitet **Enhet**
500,00 tim

Pris/tim för konsult. (Om flera konsulter offereras och med olika prissättning, ange det dyraste)

500,00 tim

Förvaltningsrätten konstaterar att det framgår att de krav som uppställs i punkterna 1.6.3 och 1.6.5. i förfrågningsunderlaget utgör sådana ska-krav som är hänförliga till den förnyade konkurrensutsättningens kvalificeringsfas.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Det är anbudsgivaren som har att visa i sitt anbud att denne faktiskt uppfyller de uppställda ska-kraven.

En upphandlande myndighet har stor frihet att uppställa krav i förfrågningsunderlaget gällande hur de önskar få olika uppgifter presenterade i anbudet. XLENT uppger att den prisangivningsmodell som FK använder sig av under punkten 1.6.5. inte är lämplig eller får som följd att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att utvärderas. Enligt förvaltningsrättens mening står det emellertid FK fritt att besluta på vilket sätt prisangivelser och övrig information ska anges.

Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att pris ska anges för sammantaget 1 000 timmar samt att de prisuppgifter som begärts ska lämnas utan reservationer, ändringar eller tillägg. Det är i målet ostridigt att XLENT i sitt anbud har baserat priset utifrån att uppdraget skulle omfatta 960 timmar istället för de 1 000 timmar som FK efterfrågat prisuppgift för. XLENT anför att FK borde ha gett dem möjlighet att justera eller komplettera sitt anbud. Förvaltningsrätten delar emellertid FK:s inställning att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att aktivt begära in kompletteringar till redan ingivna anbud. Med anledning av att XLENT inte kan anses uppfylla de uppställda ska-kraven gällande prisangivelsen

var det enligt förvaltningsrättens mening således riktigt av FK att utesluta XLENT från kvalificeringsfasen.

Förvaltningsrätten anser även att förfrågningsunderlaget får anses vara tydligt utformat gällande att CV:n, med dokumentation av de aktuella konsulternas erfarenhet från tjänsteorganisationer med minst 5 000 anställda, ska bifogas anbudet. FK uppger att XLENT inte har bifogat efterfrågade CV:n eller på annat sätt visat att konsulterna har motsvarande erfarenhet och detta har inte motsagts av XLENT. Det är därmed klarlagt att XLENT inte har visat att de uppfyller de aktuella ska-kravet och därmed förelåg skäl för FK att utesluta XLENT från utvärderingsfasen även på denna grund.

Förvaltningsrätten anser således utifrån det ovan anförda att XLENT inte förmått visa att FK:s förfarande lett till överträdelser av LOU eller de principer som lagen bygger på. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Eva Bäckström

Rådman

Föredragande har varit Katharina Samuelsson.



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.