



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-10-27
Meddelad i
Stockholm

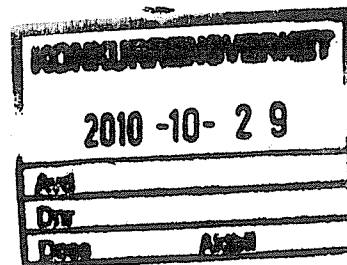
Mål nr
34636-10
Enhet 12

SÖKANDE

Combitech AB, 556218-6790
351 80 Växjö

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Combitech AB:s 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 55477

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

09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) har genomfört en upphandling av ramavtal för tjänsteprodukter inom telekommunikationsområdet, dnr 323168-AI741755. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU. I tilldelningsbeslut avsänt den 28 juni 2010 beslöt FMV att anta andra anbud än anbudet från Combitech AB (Combitech).

Combitech ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Combitechs anbud inte förkastas och att en ny anbudsutvärdering genomförs. Till stöd för sin talan anför Combitech i huvudsak följande. Upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om affärsmässighet och likabehandling genom att upphandlingens upplägg har fått som konsekvens en exceptionellt stor spridning i priser och leveranstider. Combitech har erfarenhet av flera uppdrag och det är fullt möjligt att leverera de efterfrågade tjänsteprodukterna till det pris och den leveranstid som offererats, om man har all nödvändig information tillgänglig och erfarenhet av liknande uppdrag. Det framgår inte någonsans i anbudsinfordran om priset ska räknas på det lägsta priset i intervallet, ett snittpris eller det högsta priset, t.ex. en sida, fem sidor eller tio sidor i första intervallet och det framgår inte heller någon begränsande faktor i det sammanhanget. Combitech valde att prissätta till det lägsta priset i intervallet då det bedömdes som mest lämpligt med tanke på upphandlingens upplägg, FMV:s behov av tjänsteprodukter samt det kompletterande tillägget till punkten 3.4 Avropsförfarande - ”Rättelser i FMV anbudsinfordran 323168-AI741755”. Av den förklaring Combitech lämnade den 10 maj 2010 framgår det att Combitech mot bakgrund av sin yrkesskicklighet och erfarenhet kan leverera till det erbjudna priset. FMV har felaktigt bedömt denna förklaring som otillfredsställande. Combitechs bedömning av det fasta pris och leveranstid som gjorts för varje intervall är gjorda utifrån Combitechs tidigare erfarenhet av FMV som kompetent beställare. Com-

bitech har två befintliga åtaganden (ramavtal) med FMV i samma prisläge. Om FMV:s syfte med upphandlingen är att erhålla bl.a. kvalificerade rapporter och utredningar så är det fullständigt orealistiskt att använda en metod med staffling och intervall då det innebär stor skillnad på om leverantören ska leverera det minsta eller det högsta antalet sidor i varje intervall. Combitech har tolkat anbudsinfordran på så sätt att bedömningen av komplexitet kommer att påverka stafflingen för den tjänsteprodukt som avropas. Då det rör sig om fastprisåtaganden har Combitech bedömt att det troligtvis blir en rättvis fördelning över tiden mellan FMV och Combitech vad gäller kostnader.

Förfrågningsunderlaget har varit så oklart att det krav på affärsmässighet och gemenskapsrättens principer som ligger till grund för LOU har åsidosatts. Det är inte förenligt med kravet på affärsmässighet och gemenskapsrättens principer om likabehandling, förutsebarhet och transparens att förfrågningsunderlaget är utformat på så sätt att det blir en enormt stor spridning på pris och leveranstider anbudsgivarna emellan.

Combitech åberopar ett flertal bilagor i form av olika referensuppdrag.

FMV bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. De omständigheter som Combitech anför ger inte stöd för att upphandlingen skett i strid med reglerna i LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principer som ligger till grund för LOU. Förutsättningarna för att förkasta ett onormalt lågt anbud framgår av 15 kap. 17 § LOU och i enlighet med denna bestämmelse har FMV berett Combitech att förklara sitt anbud. Combitech har inte förmått dels ge en tillfredsställande förklaring till offererade villkor, dels presentera tillfredsställande förklaringar till vilka resurser som finns tillgängliga för att kunna uppfylla dessa. Combitech har i sitt anbud offererat priser och leveranstider som väsentligen avviker från marknadsvillkoren på motsva-

rande tjänster. Combitech har genomgående lämnat pris och leveranstid på det lägsta antalet sidor i respektive intervall och i synnerhet gällande leveranstid finner FMV detta sätt att offerera orealistiskt. Combitech har i särskilt yttrande till FMV uppgett att Combitech valt att i anbudet enbart ta hänsyn till den tid det tar att producera och kvalitetssäkra själva tjänsteprodukten som sådan. Ingen hänsyn har tagits till tiden för förberedande analysarbete, möten med FMV, nödvändiga resor eller övrigt arbete som är förknippat med uppdraget. Det saknas stöd för en sådan tolkning av ”arbetstid” i förfrågningsunderlaget och det är endast Combitech som har gjort denna tolkning. Combitech andas vidare en förhoppning om att vid varje avropstillfälle komma överens med FMV om att arbetet ska utföras enligt ett högre intervall som innebär ett högre pris och en längre leveranstid och på detta sätt undgå de ursprungligen offererade priserna och leveranstiderna. Vidare uppger Combitech i ansökan om överprövning att det är fullt möjligt att leverera de efterfrågade tjänsteprodukterna till det pris och den leveranstid som offererats, om de har all nödvändig information tillgänglig och erfarenhet av liknande uppdrag. Detta innebär att Combitech villkorar sitt åtagande till att endast gälla under vissa förutsättningar och det blir tydligt att Combitech inser att de priser och framförallt leveranstider som offererats är orealistiska. Hela syftet med upphandlingen är att erhålla bl.a. kvalificerade rapporter och utredningar som innefattar analys och nyutveckling. FMV befarar att ett antagande av Combitechs anbud får till följd att Combitech vid varje avropstillfälle kommer att eftersträva att minimera sin arbetsinsats med risk för bristande kvalitet i uppdragen. Combitechs anbud har förkastats såsom olämpligt mot bakgrund av att anbudet utformats på ett icke affärsmässigt sätt. Det saknas enligt FMV realistiska förutsättningar att genomföra uppdragen i enlighet med de villkor som Combitech offererar varvid särskild vikt har fästs vid offererade priser och leveranstider. De befintliga ramavtal som FMV och Combitech

har är inte relevanta för en jämförelse då de bygger på förbrukning av timmar och nu aktuell upphandling avser fastprisåtaganden för utpekade tjänsteprodukter.

De referensuppdrag som Combitech anger till stöd för sin uppfattning kan inte läggas till grund för en jämförelse då de i allt väsentligt omfattar annan verksamhet än den som nu kan bli aktuell.

Combitech har inte preciserat och än mindre visat på vilket sätt uppbygget och genomförandet av upphandlingen strider mot LOU och dess grundläggande principer. Bortsett från anbudet från Combitech så föreligger det ingen exceptionell spridning i priser och leveranstider. Att det föreligger en viss spridning i offererade priser – plus/minus 35 procent och leveranstider – plus/minus 25 procent är naturligt i en konkurrensupphandling och innebär i sig inte något brott mot LOU. Samtliga anbudsgivare har under hela upphandlingsprocessen getts lika förutsättningar.

FMV har under punkt 2 i förfrågningsunderlaget uppmanat anbudsgivare att ställa frågor till FMV om förfrågningsunderlaget anses ottydligt och några frågor har inte inkommit. Förfrågningsunderlaget är tydligt utformat och anger vad upphandlingen avser, vad FMV tillmäter betydelse i upphandlingen samt hur utvärdering av anbud och tilldelning av upphandlingskontrakt kommer att ske.

Förvaltningsrätten har den 2 juli 2010 interimistiskt förordnat att FMV inte får avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 15 kap. 17 § LOU föreskrivs följande. Den upphandlande myndigheten får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

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 skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredning i målet

I FMV:s förfrågningsunderlag för upphandling av ramavtal tjänsteprodukter inom telekom anges under punkten 2 ”Inledning” på sidan 2 bl.a. följande.

Av FMV utfärdade förtydliganden och kompletteringar utgör också en del av förfrågningsunderlaget. Det är viktigt att noga läsa hela förfrågningsunderlaget. Om förfrågningsunderlaget upplevs som otydligt på någon punkt rekommenderas att frågor ställs i god tid innan anbudet inlämnas.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.4 ”Avropsförfarande” på sidorna 3 och 4 bl.a. följande.

Beställning av tjänsteprodukter görs till ett fast pris. Prisets storlek beror av teknikområde/typ av tjänsteprodukt och antal beställda sidor i tjänsteprodukten, i enlighet med staffing. Vid avrop kommer FMV att använda sig av staffing av tjänsteprodukterna enligt följande modell:

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

- upp till 10 sidor
- 11-25 sidor
- 26-50 sidor
- 51-75 sidor, samt
- 76-100 sidor.

Stafflingen avser att återspegla den bedömda komplexiteten i respektive tjänsteprodukt och det därmed förknippade fastprisåtagandet för den tjänsteprodukt som avropas. Bedömningen av komplexitet kommer att utgå från teknisk svårighetsgrad, andel nyutveckling och behov av analys.

I ”Rättelser i FMV anbudsinfördran 323168-AI741755” anges bl.a. följande.

FMV har funnit behov av att korrigera anbudsfrågan enligt bl.a. punkt 3.4 ”Avropsförfarande” FMV vill tillföra följande text efter det avslutande stycket på sid. 4:

Före avrop av enskild tjänsteprodukt kommer en dialog mellan FMV handläggare och aktuell leverantör att genomföras för definition och överenskommelse om innehåll, omfattning och storlek (sidantal och pris) på tjänsteprodukten.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 4.1 ”Omfattning” på sidan 5 bl.a. följande.

Priser ska inkludera: av anbudsgivaren bedömd arbetstid samt kostnader för logi, resor, restid och eventuella traktamenten för resor inom uppdraget till och från FMV, som inte utgör av FMV särskilt beordrade resor.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 7.1 ”Leveranstid enligt FMV önskemål” på sidan 7 bl.a. följande.

För tjänsteprodukter inom respektive teknikområde ska i anbudet anges den leveranstid, uttryckt i termer av antal veckor efter utläggande av beställning (=avrop) som anbudsgivaren erbjuder. Observera att leveranstider ska erbjudas för samtliga tjänsteprodukter med hänsyn också tagen till antalet sidor i respektive produkttyp, enligt staffling under punkt 3.4.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 9.1 "Tilldelning av kontrakt" bl.a. att FMV kommer att anta det anbud som uppfyller villkoren i detta förfrågningsunderlag samt är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till sektion 12 "Prövning av anbud".

I FMV:s anbudsutvärdering daterad den 24 juni 2010 anges under rubriken (Särskild bedömning av inkommet anbud från Combitech AB speciellt avseende pris och leveranstid) på sidan 5 bl.a. följande.

Combitech har, enligt FMV:s uppfattning, i sitt anbud lämnat onormalt låga priser och orealistiskt korta leveranstider. Av Combitechs särskilt förtydligande svar framgår att företaget har valt att enbart offerera den tid det tar att producera och kvalitets säkra själva tjänsteprodukten som sådan. Vidare framgår att Combitech har prisat det lägsta antalet sidor per intervall trots att samma pris gäller för hela intervallet, ex i intervallet 1-10 sidor baseras det offererade priset på produktion av en sida, i intervallet 11-25 sidor på producerande av 11 sidor etc. Av FMV:s förfrågningsunderlag framgår att arbetets omfattning inte bara gäller produktionen och kvalitets säkrandet av produkten som sådan utan även

- förberedande möte med FMV i syfte att definiera och tidssätta arbetet samt också
- för uppdraget nödvändiga resor mellan arbetsplatsen och FMV.

Combitechs svar bekräftar att anbudet är baserat på premisser som inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget. FMV finner att Combitechs anbud är orealistiskt och det avviker väsentligt från motsvarande villkor på marknaden vilket även bekräftas av innehållet i övriga anbud. FMV har erhållit ett otillfredsställande svar på frågorna varför Combitech offererat onormalt låga priser och orealistiskt korta leveranstider. Combitechs anbud är att betrakta som olämpligt i LOU:s mening varför FMV tvingas förkasta anbudet från Combitech i sin helhet.

I Combitechs svar till FMV ”Förklaring till anbudspriser FMV anbudsfordran 323168-AI741755” den 10 maj 2010 anges bl.a. följande.

Att koppla tekniskt innehåll till antal sidor i ett dokument är svårt, då arbetet att producera en sida kan variera kraftigt beroende på typ av uppdrag. T.ex. kan det inom området ”Elmiljö” krävas åtskilliga veckors mätningar för att producera en rapport på fem sidor. Det blev då tydligt för oss att inrikta anbudsgivningen på tiden det tar att producera och kvalitetssäkra själva dokumentet, med klara förutsättningar och befintlig kunskap. Deras tolkning av punkt 3.4 ”Avropsförfarande” i förfrågningsunderlaget är att ett högre intervall kan offereras, för att ta hand om mätningarna i exemplet ovan, även om rapporten i sig kan innehålla färre sidor. Deras tolkning av punkten 4.1. ”Omfattning” stödjer också att det är tiden för att producera och kvalitetssäkra själva dokumentet som avses då det inte sägs något om förberedelser.

Då avropen rör sig om fastprisåtaganden blir det troligen en rättvis fördelning över tiden mellan leverantör och kund avseende kostnader. I värsta fall, dvs. att i avgivna priser inkludera exempelvis mätningar, innebär det att kunden förlorar i alla fall där det inte krävs mätningar och rimligen kommer inte fastpriset kunden tillgodo över lång tid. Med fokus på kundnytta har de valt att göra tvärtom, dvs. att prissätta det lägsta antalet sidor per intervall och i deras riskbedömning värderat att de i FMV har en kompetent beställare som gör att de tillsammans med kunden hittar rätt intervall för avropet.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad Combitech har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt

krävs också att Combitech kan visa att de lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Onormalt lågt anbud

Combitech har i sin ansökan om överprövning anfört att FMV har gjort en felaktig bedömning av Combitechs anbud då FMV funnit deras anbud onormalt lågt vad gäller prissättning och leveranstider. Combitech har anfört att de anser det vara fullt möjligt att leverera de efterfrågade tjänst-produkterna till det pris och den leveranstid som offererats, om man har all nödvändig information tillgänglig och erfarenhet av liknande uppdrag. Combitech framhåller att de genom sin förklaring till FMV den 10 maj 2010 har visat att de kan leverera till det erbjudna priset. Combitech uppger att det är fullständigt orealistiskt att använda en metod med staffing och intervall för att erhålla bl.a. kvalificerade rapporter.

Allmänt gäller att det inte är en uppgift för förvaltningsrätten att vid en överprövning av en upphandling pröva de subjektiva kriterier som ligger till grund för en upphandlande myndighets slutsatser beträffande enskilda anbudsgivares kvalificering för uppdraget. Av 15 kap. 17 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först efter att myndigheten begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Vad som menas med orimligt lågt anbud måste avgöras från fall till fall i förhållande till föremålet för upphandlingen. Bedömningen måste ske mot bakgrund av om det är sannolikt att anbudsgivaren kan leverera till de offererade priserna eller inte (se Kammarrätten i Stockholms dom den 5 april 2007 i mål nr 235- 07).

Av handlingarna i målet framgår att FMV begärt ett förtydligande från Combitech avseende Combitechs i sitt anbud offererade priser och leve-

ranstider. Combitech har den 10 maj 2010 inkommit med en förklaring som enligt FMV inte är tillfredsställande. Combitech har i sin förklaring vidgått att den leveranstid de uppgett är beräknad på den tid det tar att producera och kvalitetssäkra själva dokumentet, med klara förutsättningar och befintlig kunskap. Vidare uppger Combitech i samma skrivelse att deras tolkning av punkten 4.1. i förfrågningsunderlaget innebär att det endast är tiden för att producera och kvalitetssäkra själva dokumentet som avses. Av punkten 4.1 i förfrågningsunderlaget anges att priser i lämnat anbud ska inkludera bedömd arbetstid samt kostnader för logi, resor, restid och eventuella traktamenten för resor inom uppdraget till och från FMV. Förvaltningsrätten instämmer i FMV:s bedömning att Combitech inte kan anses ha lämnat ett tillfredsställande svar till sin offererade prissättning och leveranstid då dessa endast baseras på tidsåtgången för att upprätta och kvalitetssäkra själva dokumentet, vilket inte står i överensstämmelse med de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget gällande vilka kostnader som ska beaktas vid prissättningen i offererade anbud. Med hänsyn till det anförda finner förvaltningsrätten att FMV rätteligen förkastat Combitech:s anbud som onormalt lågt.

Otydligt förfrågningsunderlag

Combitech har vidare anförts att förfrågningsunderlaget, till följd av att det blivit en så stor spridning på pris och leveranstider anbudsgivarna emellan, har varit oklart och att kravet på affärsmässighet och de gemenskapsrättsliga principerna har åsidosatts.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Brister i utformningen av förfrågningsunderlag och utvärde-

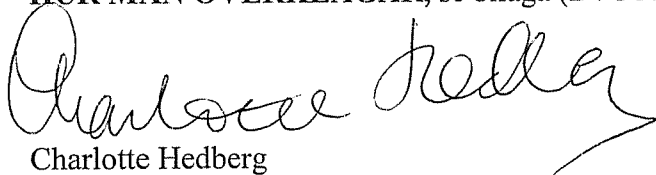
ringsmodeller kan således endast godtas under förutsättning att någon av de i LOU grundläggande principerna inte åsidosätts.

Förvaltningsrätten kan inte finna att aktuellt förfrågningsunderlag, till följd av att anbudsgivare lämnat anbud som innehåller en spridning i priser och leveranstider, är otydligt eller strider mot gemenskapsrättens grundläggande principer, att skäl för ingripande endast på denna grund med stöd av LOU föreligger. Denna bedömning förstärks dels av Regeringsrättens uttalande ovan dels av att Combitech inte tidigare trots punkt 2 i förfrågningsunderlaget, än först vid sin ansökan om överprövning, funnit anledning att angripa förfrågningsunderlaget såsom otydligt.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad Combitech anfört och åberopat inte visar att upp handlingen genomförts i strid med LOU och gemenskapsrätten. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därmed inte. Combitechs ansökan om överprövning ska därför avslås.

Genom att förvaltningsrätten nu har avgjort målet slutligt upphör förvaltningsrättens tidigare inhibitionsbeslut att gälla.

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



Charlotte Hedberg

Rådman

Föredragande har varit Åsa Backholm.



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.