



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2015-04-30
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 5771-15

KONKURRENSVERKET	
2015-04-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

imCode Partner AB, 556543-1185

MOTPART

Arkitektur- och designcentrum, 202100-3427
 Skeppsholmen
 111 49 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om att beslutet att diskvalificera imCodes partner AB:s anbud ska undanröjas.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

Dok.Id 598064

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegehuddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Arkitektur - och designcentrum (ArkDes) genomför upphandling Webbutveckling, UH-2015-1. imCode Partner AB:s (imCode eller bolaget) anbud har bedömts inte kvalificera sig till utvärdering.

imCode ansöker om överprövning och yrkar att diskvalificeringen av bolagets anbud undanröjs, att en ny utvärdering görs alternativt att upphandlingen görs om så att underlagen, arbetsmetodiken och upphandlingsmodellen kan beskrivas på ett rimligt sätt.

ArkDes bestrider bolagets yrkanden.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, är en procedurlagstiftning och prövningen i förvaltningsrätten utgör därför en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att besluta om att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot LOU.

Sakprövning

Unionsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU får inte överträdas i något skede av upphandlingen. Obligatoriska krav som upphandlande myndighet själv ställt upp i förfrågningsunderlaget måste upprätthållas och får inte frångås.

Enbart de anbud som uppfyller ska-kraven får utvärderas och antas.

Förvaltningsrätten kan i en ansökan om överprövning enbart besluta om att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts, inte undanröja en upphandlande myndighet/enhets beslut att diskvalificera en anbudsgivare. imCodes yrkande om att ArkDes beslut att diskvalificera bolaget ska undanröjas ska därför avvisas.

Utvärderingsmodellen

imCode anför bl.a. följande. Utvärderingsmodellen, där man först ser till lägsta pris och först därefter utvärderar om kvaliteten är tillräcklig, medför naturligtvis att det blir ett fokus på prissättningen för leverantörerna och att det därför är viktigt för en leverantör att inte räkna högre än på det som konkret efterfrågas. Anbudshandlingarna, avtalet, är så otydliga att det inte går att göra enhetliga tolkningar, och de och upphandlingen borde därför underkännas. imCode har lidit eller kan komma att lida skada.

ArkDes anför bl.a. följande. Det framgår tydligt av utvärderingsmodellen hur utvärderingen ska genomföras och den har även förtydligats i frågor och svar under anbudstiden. Utvärderingen går ut på att hitta det anbud som är tillräckligt bra. För att veta var man ska börja prövningen av de anbud som gått vidare till anbudsprövningen, är det självklart att man börjar utvärdera det anbud som har lägst pris. Ingen anbudsgivare har ifrågasatt prismodellen. Det framgår i Administrativa föreskrifter att upphandlingen genomförs i enlighet med LOU och ArkDes har gjort precis som man stipulerat i förfrågningsunderlaget.

Enligt förfrågningsunderlaget är utvärderingsmodellen ekonomiskt mest fördelaktigt och viktningen av kriterierna i fallande ordning angivna som 1. Utförande (kravuppfylland i enlighet med bilaga avtal och bedömning av typuppdrag) och 2. Pris. Förvaltningsrätten kan inte finna att utvärde-

ringsmodellen i sig är otydligt utformad eller utformad på ett sätt som strider mot LOU.

Onormalt lågt pris och begäran om förtydligande

imCode anför bl.a. följande. Den avsevärda diskrepansen i priser mellan 150 000 kr till 1 334 500 kr visar att anbudsunderlaget är otydligt och att tillfredsställande och jämförbara beräkningar inte har kunnat grundas på detta. Om man genomför ett uppdrag i enlighet med underlaget och tar hänsyn till de faktorer som inte går att beräkna, som bolaget tydligt lämnat utanför kostnaden i anbudet, är bolagets anbud ett rimligt pris. ArkDes har efterfrågat ett agilt förhållningssätt och det medför per definition att kostnaderna kommer att förändras under arbetsprocessen. Ur avtalssynvinkel använder ArkDes begreppet "agilt" på ett felaktigt sätt, vilket gör upphandlingen orimlig. imCode gör vidare gällande att ArkDes felaktigt diskvalificerat bolagets anbud eftersom ingenting i bolagets anbud är oseriöst lågt. imCode framhåller bl.a. följande till stöd för detta. Upphandlingen är så löst skriven att den inte går att räkna på utan en hög grad av rena gissningar. Kravspecifikationen är ofullständig och går inte att använda som beräkningsunderlag. Omfattningen av kraven och de tänkta arbetena går inte att beräkna utan kommentarer och förtydliganden. Eftersom imCode såg så många problem med upphandlingens avgränsningar valde bolaget att göra tydliga beskrivningar av vad bolaget anser vara rimligt i det fasta priset. Timpriserna är beräknade utifrån de faktorer bolaget känner till.

ArkDes anför bl.a. följande. imCodes anbudspris är i sig så lågt att det finns grund för att ifrågasätta dess seriositet. imCodes anbud är ca 289 760 kr lägre än vad ArkDes utifrån egna erfarenheter och tidigare genomfört uppdrag vet. imCode har bekräftat att det agila förhållningssätt som det har lämnat anbud på gör att kostnaderna kommer att förändras under arbetsprocessen. Detta uppfattar ArkDes som en reservation mot det fasta pris som ArkDes har begärt in och stärker ArkDes uppfattning om att bolaget

lämnat ett onormalt lågt anbudspris och dessutom ägnat sig åt osund strategisk anbudsgivning.

Av handlingarna i målet framgår att ArkDes har begärt förtydliganden från sju av anbudsgivarna där prisbilden låg mellan 150 000 kr – 295 000 kr för uppdraget. Vinnande anbud har lämnat ett totalpris på 465 000 kr. Från imCode har förtydligande begärts avseende lämnat totalpris på uppdraget, som var 225 000 kr, och timpris för originalare om 1 kr.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 18 oktober 2013 i målen nr 2598-2601-13 ansett att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att omständigheterna är sådana att anbudspriset i sig är så lågt att det därmed finns grund för att ifrågasätta dess seriositet. ArkDes har utifrån egen erfarenhet och omfattningen av upphandlingsföremålet med hänsyn till imCodes totalpris och bolagets pris, 1 krona, för originalare, som får sägas sticka ut i sammanhanget, haft anledning att ifrågasätta om imCodes anbud är allvarligt menat och om bolaget kan antas ha förutsättningar att uppfylla uppdraget på efterfrågat sätt. Förvaltningsrätten kan inte finna att ArkDes beslut att begära förtydligande från imCode, som en flera anbudsgivare, kan ifrågasättas eller anses vara grundlöst.

Förkastandet av imCodes anbud

imCode uppger i förtydligandet att bolaget där har redovisat sin kostnadsnivå, vad bolaget anser behöver göras och de stora frågetecken som finns i upphandlingen. imCode anför bl.a. följande. Det största problemet är motsättningen mellan Agil-utveckling, metodik och fast pris. ArkDes anför ingenting konkret som argument för diskvalificeringen utan hänvisar till egen, tidigare erfarenhet, av andra upphandlingar. Det finns ingen grund för att säga att det framstår som osannolikt att imCode kommer att leverera. imCode har schablonmässigt avfärdats som oskäligt och beslutet grundas uteslutande på ArkDes subjektiva uppfattning om vad ett rimligt

pris för arbetet kan vara. Bedömningen har inte gjorts utifrån beskrivningen i förfrågningsunderlaget utan utifrån osynliga krav som inte är definierade i underlaget. imCode, som hela tiden varit klara över utvärderingsmodellen, har lämnat tillräckligt med fakta i sitt svar för att myndigheten på ett mycket enkelt sätt hade kunnat göra en seriös bedömning av om priset skäligen motsvarar det arbete som anges i anbudet. imCode har reserverat sig mot vissa krav i avtalet av det enkla skälet att de är orimliga eftersom de inte är specificerade i tillräckligt hög grad.

ArkDes anför bl.a. följande. Av imCodes förtydligande framgår att bolaget missuppfattat upphandlingens utvärderingsgrund, att bolaget känt sig pressat att lämna ett lågt anbudspris med anledning av att det är en lägsta-prisupphandling, vilket är en missuppfattning. Detta styrker också ArkDes beslut att diskvalificera anbudet på grund av ett onormalt lågt anbudspris. imCode har också i förtydligandet reserverat sig mot krav som tydligt framgår i förfrågningsunderlaget, som en del av förklaringen till det låga anbudspriset. imCode har därmed inte lyckats bevisa att bolagets låga anbudspris är seriöst menat. Det saknas en definition i såväl LOU som EU-direktiv om vad som utgör ett onormalt lågt anbud och inte heller i rättspraxis har begreppet definierats närmare. ArkDes har stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska förkastas. Om ArkDes anser sig ha behov av en originalare är det upp till ArkDes att bestämma det liksom ett fast pris på uppdragsutförandet om det bedöms lämpligt. ArkDes beslut grundar sig på tidigare erfarenheter av likande projekt som har genomförts på myndigheten, myndighetens egna erfarenheter från branschen, den egna personalens erfarenhet, uppdragets omfattning och komplexitet, bolagets anbud och bolagets svar på begäran om förtydligande. På begäran har ArkDes lämnat imCode ytterligare information om beslutet att diskvalificera bolagets anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att ArkDes motivering till att förkasta imCodes anbud är att anbudspriset är mycket lågt och kan därmed inte anses som seriöst med hänsyn till omfattningen av de tjänster som upphandlingen avser. ArkDes bedömer att uppdraget inte kommer att kunna utföras i enlighet med överenskomna villkor och att ArkDes kommer att drabbas av kompensationskostnader eller ofullständig leverans som en effekt av det olönsamma anbudspriset.

imCode har i sitt förtydligande, förutom att svara på ställda frågor, inledningsvis gett sin "syn på problematiken i just denna upphandlingsprocedur" och bl.a. angett följande. Anbudsförfrågan värderar anbuderna först utifrån pris, sedan utifrån kvalitet. Modellen innebär att leverantörer motiveras att presentera ett lågt pris för att överhuvudtaget få en möjlighet att presentera sin kvalitet. imCode vill inte hamna i rena gissningar om vad projektet egentligen innebär med rena antaganden om t.ex. hur beställaren hanterar iterationsproblematiken, eller i en sits där bolaget måste gardera sig för eventualiteter som *kanske* kan komma att ske. imCode har valt att reducera riskerna och sänka kostnaderna genom att flytta ut riskerna utanför offerten och redovisa detta öppet. imCode har gjort en bedömning av vad som är rimligt om man bygger en offentlig webbplats med god kvalitet av denna omfattning. Priset är baserat på underlaget och på vissa antaganden baserade på tidigare erfarenhet. imCode har under 15 år byggt hundratal webbplats och prisnivån i en offentlig medelstor webbplats brukar ligga mellan 200 000 – 300 000 kr. imCode ser inget skäl till att den här webbplatsen skulle gå utöver den prisgränsen. imCodes pris ger en fullt fungerande, estetisk webbplats med samtliga efterfrågade funktioner i drift men det är okänt hur beställaren kan komma att presentera faktorer bolaget inte känner till.

Förvaltningsrätten anser att ArkDes har haft fog för att förkasta imCodes anbud som onormalt lågt. Rätten har lagt följande skäl till grund för den bedömningen.

Enligt 15 kap. 17 § LOU får en upphandlande myndighet 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.

I förarbetena anges att bestämmelsen syftar till att skydda anbudsgivaren mot godtycke från den upphandlande myndighetens sida (prop. 2006/07:128, del 1 s. 407). Syftet med bestämmelsen är också att skydda upphandlande myndigheter så att de kan förkasta anbud som inte är seriösa. Anbudsgivarna ska inte riskera att få sina anbud förkastade utan att först ha fått tillfälle att förklara relevanta delar av anbudet. (EU-domstolens dom i mål C-599/10 punkt 29 och KKV 2013:6 s. 59).

Om upphandlande myndighets bevisbörda när det gäller anbudets ifrågasatta seriositet fullgjorts ankommer det på anbudsgivaren att visa att anbudet, trots att det är lågt, är seriöst. Även EU-domstolen har fastslagit att det är anbudsgivaren som ska bevisa att anbudet är allvarligt menat (se EU-domstolens dom i mål C-599/10 punkt 29).

Förvaltningsrätten finner att imCodes förtydligande avseende det låga anbudspriset har skett utifrån erfarenhet och en angiven professionell ståndpunkt i syfte att försvara ett lämnat pris som bolaget anser vara realistiskt utifrån förfrågningsunderlagets utformning. I den meningen får imCodes anbud anses vara seriöst menat. Det får ändå konstateras att anbudet – och också förtydligandet - bygger på många antaganden och imCodes egna uppfattningar om hur uppdraget kan och borde utföras, som inte efterfrågas i förfrågningsunderlaget. imCodes har i förtydligandet uppgett att originarens uppgifter i projektet utförs i en kombination av AD och klientutveck-

lare eftersom originalare inte finns i webbvärlden, men inte kommenterat prisbilden. Det är ostridigt att imCodes anbud också innehåller reservationer som det finns skäl att uppmärksamma vid en bedömning av hur allvarligt menat anbudet kan vara. Det finns fog för att ArkDes ifrågasätter i vilken utsträckning ArkDes kan utgå från att uppdraget kan utföras fullt tillfredsställande till det lämnade låga totala priset när imCode i sitt förtydligande bl.a. uppger att det finns funktioner i projektet som inte finns med i upphandlingsunderlaget och dessa måste diskuteras och prissättas inom projektets ram, när funktionskraven uppstår. ArkDes efterfrågar konkreta uppgifter som kan jämföras och utvärderas i konkurrens, bl.a. totalpris för uppdraget. imCode ifrågasätter förfrågningsunderlaget och däri beskriven arbetsmetodik och upphandlingsmodell och har lämnat sitt totalpris för uppdraget utifrån egna redovisade antaganden i en utsträckning som får anses visa att bolagets anbud inte kan betraktas som seriöst. Det kan inte vid den bedömningen bortses från ArkDes berättigade krav på att utifrån sitt formulerade behov i upphandlingen vara övertygade om att uppdraget kan utföras inom ramen för ett lämnat anbudspris. Förvaltningsrätten finner därför ArkDes motivering till att diskvalificera imCodes anbud som onormalt lågt i LOU:s mening godtagbar. Det finns därmed inte grund för ingripande med stöd av LOU och ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Maria Dahlberg

Rådman

Kerstin Sandin har handlagt målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

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

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.