



SÖKANDE

Know IT AB, 556391-0354

Ombud: Advokat Henrik Wetzenstein
Advokatfirman NORDIA KB
Box 70389
107 24 Stockholm

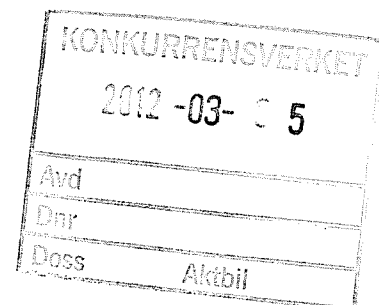
MOTPART

Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forsell och jur.kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att upphandlingen som Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket genomför gällande utveckling av nytt verksamhetssystem (dnr 2455/2011) i form av avrop från ramavtalet "IT-konsulttjänster 2009, uppdragskonsulter" ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras vid vilken Cybercom AB:s anbud inte ska beaktas.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 23 januari 2012 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 211561

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, YRKANDE M.M.

Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket genomför en upphandling av uppdragskonsulter gällande utveckling av nytt verksamhetssystem (dnr 2455/2011) i form av avrop från ramavtalet "IT-konsulttjänster 2009, uppdragskonsulter". Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket har i tilldelningsmeddelande daterat den 10 januari 2012 beslutat att anta annan leverantör än Know IT AB.

Know IT AB (Know IT) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen (avropet) ska rättas på så sätt att Cybercom Group AB:s anbud bortses ifrån, varefter ny anbudsutvärdering ska ske. Know IT yrkar alternativt att aktuell upphandling, i sin helhet ska göras om.

Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket bestrider bifall till ansökan.

Cybercom Group AB (Cybercom), som beretts tillfälle att yttra sig, har bl.a. anfört att bolaget anser att förvaltningsrätten ska avslå ansökan om överprövning och att bolaget delar den inställning som förts fram av TLV.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Know IT AB anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Kammarkollegiet har, efter ansökningsinbjudan, under början av år 2010 inbjudit utvalda leverantörer att lämna anbud avseende Kammarkollegiets ramavtalsupphandling gällande uppdragskonsulttjänster inom IT-området för statliga myndigheter i Sverige (IT-konsulttjänster 2009, uppdragskonsulter). Ramavtalsleverantörer till ovan nämnda avtal kom att bli bl.a. Cybercom och Know IT. Genom avropsförfrågan har TLV inbjudit ramavtals-

leverantörerna att inkomma med avropssvar (anbud). Anbuden skulle vara TLV till handa senast den 5 december 2011. Av meddelat tilldelningsbeslutet framgår att TLV funnit att avtal ska tecknas med Cybercom. Know IT anser att Cybercoms anbud inte borde ha gått vidare till utvärdering och att TLV agerat felaktigt i avropssituationen enligt följande.

Underleverantör

De i upphandlingen aktuella ramavtalsleverantörerna har i en särskild bilaga "Bilaga C", vilken utgör avtalsinnehåll, angivit ett antal underleverantörer. Cybercom har genom sitt nu aktuella avropssvar offererat en uppdragskonsulttjänst vilken delvis avses att genomföras genom anlitande av underleverantörer, nämligen FormPipe Software AB (FormPipe).

Av "Bilaga C" framgår vilka underleverantörer Cybercom äger rätt att anlita. Vid kontroll av vilka underleverantörer Cybercom äger rätt att anlita har framkommit att FormPipe inte är en av dem. Cybercom har således avgivit ett avropssvar avseende tillhandahållandet av en tjänst vars genomförande är beroende av en underleverantör som bolaget, enligt det underliggande ramavtalet, inte äger rätt att anlita. Det har sålunda varit felaktigt av TLV att tilldela Cybercom den avropade tjänsten.

Att en ramavtalsleverantör inte har rätt att i ett avropssvar offerera en ny underleverantör, som inte är godkänd av Kammarkollegiet, har bekräftats av den ramavtalsansvarige för aktuellt ramavtal hos Kammarkollegiet. Det anförda innebär att TLV inte heller har rätt att beakta en sådan ny underleverantör vid utvärdering av ett avropssvar och således hade bort förkasta Cybercoms avropssvar.

TLV synes inte heller ha kontrollerat bl.a. huruvida Cybercom, enligt ramavtalet, haft rätt att åberopa en ny underleverantör eller huruvida samtliga dessa möjligheter utnyttjats.

Den offererade tjänstens innehåll

Den tjänst som Cybercom offererat innebär att bolaget ”licensierar Form-Pipe Platina under år 1 (utvecklingsåret) och år 2 (garantiåret) som en del av det fasta priset för helhetslösningen” samt att fr.o.m. år 2 erbjuds support och underhåll på licensen till ett visst angivet pris. Följden härav är att Cybercom licensierar den aktuella programvaran fram till år två, dvs. även efter överlämnandetidpunkten (den 14 december 2012) till TLV.

Upphandling av sådan licens får dock inte ske under det nu aktuella ramavtalet. Sådan licens ska i stället upphandlas särskilt under ramavtalet Licensförsörjning 2010. Det har sålunda även av detta skäl varit felaktigt av TLV att tilldela Cybercom den avropade tjänsten.

Den offererade tjänstens pris

Det har ankommit på anbudsgivarna att avge ett fast pris för samtliga skalkrav. I Know IT:s anbud är samtliga kostnader inkluderade. Vid genomgång av Cybercoms anbud har framkommit att dess pris beräknats på så sätt att det inkluderar en licenskostnad fram till garantiperiodens utgång, det vill säga år två. Härefter måste TVL, till skillnad från vad som hade varit fallet för det fall Know IT:s avropssvar (som avser egenbyggd lösning) hade antagits, erlagga en licensavgift per år. Skälet härtill är att Cybercom offererat en tjänst vilken inkluderar programvara tillhörande annat bolag. Detta får till följd att det pris som Cybercom offererat inte utgör ett fast pris för hela den efterfrågade tjänsten. Den prisuppgift som Cybercom lämnat är därmed inte jämförlig med det av Know IT offererade priset. Det är därför inte möjligt att konstatera att Cybercoms avropssvar varit det mest ekonomiska fördelaktiga.

Cybercoms har dessutom i sitt avropssvar på ett flertal ställen svarat ”ja” på frågan om ansvarområdet ingår i det fasta priset, trots att det samtidigt angivits ett tidsestimat överstigande noll. Det sätt på vilket Cybercom svarat medför att det av avropssvaret inte entydigt kan avgöras om tidsestima-

tet ingår i det fasta priset eller inte. Det är därför inte möjligt att korrekt utvärdera det fasta priset för Cybercom avropssvar heller av detta skäl och följaktligen inte heller att rättvist jämföra det med andra anbudsgivares avropssvar. Cybercom har, enligt uppgift till TLV, i år (2012) anmält byte eller tillägg av tre underleverantörer, varför utrymme tveklöst finns åtminstone för ytterligare en. TLV:s tilldelningsbeslut är sålunda felaktigt även på denna grund.

Oklar och otydlig avropsförfrågan

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att TLV:s agerande, trots vad som anförts ovan, skulle vara förenligt med regleringen i LOU har den av TLV upprättade avropsförfrågan i vart fall varit så oklar och otydlig att det föreligger skäl för att förordna om att aktuellt avrop i sin helhet ska göras om. Know IT och Cybercom har till följd härav kommit att offerera två helt skilda lösningar. För det fall Know IT hade erhållit vetskap om att även en sådan lösning som Cybercom offererat varit godtagbar skulle Know IT ha kunnat utforma sitt avropssvar på ett annorlunda sätt, med bl.a. ett annat pris som följd. Den aktuella avropsförfrågan och däri upptagna utvärderingskriterier (utvärderingsmodellen) gör det alltså inte möjligt att jämföra avropssvaren på sätt som bort ske. Det kan således konstateras att avropsförfrågan och utvärderingsmodellen inte är utformad på ett sådant sätt att det leder till ett rättvisande resultat, dvs. att det avropssvar som är det ekonomiskt mest fördelaktiga antas.

Skada

För det fall TLV skulle ha agerat korrekt i den förevarande avropssituationen skulle Know IT, i och med att bolagets avropssvar av TLV bedömts som näst bäst, ha kommit att bli den anbudsgivare som TLV skulle komma att teckna avtal med. Genom att så inte blev fallet har Know IT lidit skada, eller kommer i vart fall att lida skada.

TLV anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

TLV har genomfört avropet i enlighet med såväl det bakomliggande ramavtalet som LOU. TLV har korrekt bedömt avropssvaren och fattat ett tilldelningsbeslut som är riktigt och ska få bestå. TLV har genom hela avropet följt alla grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU samt även övriga bestämmelser i LOU.

Underleverantör

Cybercom har i sitt avropssvar åberopat FormPipe som underleverantör. Det stämmer att FormPipe inte fanns med i förteckningen över av Kammarkollegiet godkända underleverantörer vid tidpunkten då tilldelningsbeslutet meddelades. Den av Cybercom åberopade underleverantören är dock numera anmäld till och godkänd av Kammarkollegiet för det bakomliggande ramavtalet.

Av det bakomliggande ramavtalet kan följande utläsas rörande rätten att använda sig av underleverantörer.

- Det är tillåtet att använda sig av underleverantörer.
- Dessa ska godkännas av Kammarkollegiet och som huvudregel får tillägg eller byte av underleverantör ske högst fyra gånger per år.
- På Kammarkollegiets begäran ska giltigt samarbetsavtal kunna företes.
- Det kan dock inte utläsas när ett sådant godkännande ska ske, inte heller när en anmälan ska ske.

Som Know IT, såsom ramavtalsleverantör, mycket väl känner till uppkommer i de olika avrop som de statliga myndigheterna genomför baserade på det bakomliggande ramavtalet. Exakt hur dessa krav skulle komma att se ut kände varken Kammarkollegiet eller ramavtalsleverantörerna till vid tidpunkten för upphandlingen av det bakomliggande ramavtalet. När ett

avrop sker kan därför behovet av anlitan­de av ny underleverantör upp­komma. För den enskilde ramavtalsleverantören kan uppgiften om vilken underleverantör som han avser att använda i ett konkret avrop vara kanske det viktigaste konkurrensmedlet i avropet. Innehållet i avropssvaren omfattas, precis som vanliga anbud, av sekretess och får inte röjas, i synnerhet inte för någon annan ramavtalsleverantör som också avser lämna avrops­ svar. Att avropssvarens innehåll inte får röjas framgår vidare av bestämmelsen i 5 kap. 7 § andra stycket tredje punkten LOU.

Mot bakgrund av att uppgiften om eventuell ny underleverantör är av mycket känslig karaktär och med hänsyn till TLV:s strävan att uppnå största möjliga konkurrens i avropet är det TLV:s bestämda uppfattning att såväl anmälan och godkännande av ny underleverantör kan ske efter det att giltigt upphandlingskontrakt tecknats i ett avrop. Godkännande av ny under­ leverantör måste i vart fall ske senast när underleverantörens tjänster tas i anspråk inom ramen för uppdraget. Ingen av dessa tidpunkter har för Cybercoms del ännu inträffat.

Om det skulle föreligga ett krav på anmäld och godkänd underleverantör redan vid avropssvarstidens utgång, skulle en mängd ”onödiga” underle­ verantörer, som sedan kanske inte skulle behöva komma till användning ef­ tersom ramavtalsleverantören i fråga inte vann avropet och därmed inte hade något behov av den tänkta underleverantören, läggas till ramavtalet. Detta vore beklagligt dels eftersom antalet nya underleverantörer är be­ gränsat till normalt fyra per år dels eftersom själva uppgiften i sig om un­ derleverantören är ett viktigt konkurrensmedel och en sådan uppgift, som, om den skulle röjas, kan skada ramavtalsleverantören.

TLV har varit i kontakt med Kammarkollegiet, som är den ansvariga statli­ ga myndigheten för det aktuella ramavtalet. Kammarkollegiet instämmer i att en anmälan och ett godkännande av ny underleverantör kan ske även

efter det att ett avropssvar har lämnats in. Ett byte av eller tillägg av underleverantör inom ramen för det aktuella avtalet är ingen komplicerad procedur utan går till på så vis att en anmälan görs, varvid skälen till bytet eller tillägget utvecklas, blanketten SKV4820 lämnas in för underleverantören så att Kammarkollegiet kan kontrollera att företaget är registrerat och att det har betalt sina skatter. Vidare ska samarbetsavtal med underleverantören bifogas. Därefter fattar Kammarkollegiet beslut i ärendet och om formkraven är uppfyllda så godkänns den nya underleverantören. När godkännande har skett uppdateras listan över godkända underleverantörer på Kammarkollegiets webbplats. Ett godkännande kan ske på en dag efter det att anmälan gjorts.

Det finns således ingen bestämmelse, varken i TLV:s avropsförfrågan eller i det bakomliggande ramavtalet, som innebär att en leverantör endast får offerera en för uppdragets fullgörande nödvändig underleverantör om denna på förhand är godkänd av Kammarkollegiet. Ramavtalets bestämmelser avseende godkännande av byte eller tillägg av underleverantör har således ingen inverkan på ett avropssvars giltighet. Tvärtom har Cybercom uppfyllt alla skallkrav i såväl avropsförfrågan som ramavtalet. Cybercom har, enligt uppgift till TLV, i år (2012) anmält byte eller tillägg av tre underleverantörer, varför utrymme tveklöst finns åtminstone för ytterligare en.

Den offererade tjänstens innehåll

Know IT påstår att det är fel av TLV att tilldela Cybercom den avropade tjänsten eftersom, som TLV uppfattar Know IT:s talan, Cybercom har erbjudit licens för år 2013 trots att så inte får ske enligt det bakomliggande ramavtalet. TLV bestrider att fel föreligger. TLV vill inledningsvis klargöra att TLV inte har för avsikt att köpa licenser på det sätt som Know IT anför, utan avser att avropa ett fastprisåtagande avseende utveckling av verksamhetssystem. Det står TLV fritt att köpa licensen för år 2013 med

stöd av ramavtal för sådana licenser eller inom ramen för en separat upphandling. Alldeles oavsett vilket vill TLV påpeka att vad TLV gör efter det att uppdraget inom ramen för avropet är slutfört helt saknar betydelse för detta mål.

Vad gäller priset har Know IT missuppfattat angivelserna i Cybercoms avropssvar i denna del. Angivandet i Cybercoms avropssvar om att support och underhåll erbjuds fr.o.m. år två, avser inte avgift för licenser utan tar sikte på kostnad för erbjuden support och underhåll vilket har utformats som en option. Denna offert avseende support och underhåll omfattas således inte av leveransen av utvecklingen av själva systemet, utan är en tillkommande tjänst som eventuellt kan komma att köpas i senare skede.

Den offererade tjänstens pris

Vad avser det Know IT anför om att Cybercoms offererade pris inte utgör ett fast pris på hela efterfrågade tjänsten, hänvisar TLV till det som anförts under föregående rubrik. Avseende påståendet att Cybercom i sitt avropssvar angett ett tidsestimat för vissa av sina svar som TLV felaktigt inte tagit med i beräkningen av det totala priset bestrider TLV att fel har förekommit.

Enligt utvärderingsmodellen i avropet ska s.k. "Prio 1-krav" inkluderas i fastprisåtagandet. S.k. "Prio 2- och Prio 3-krav", dvs. mervärden, har varit börkrav som kan komma att köpas av TLV under avtalsperioden på löpande räkning, utöver fastprisåtagandet. Leverantörerna har därför ombetts ange ett tidsestimat för uppfyllelsen av respektive "Prio 2- och Prio 3-krav" för att TLV ska få en uppfattning om vad eventuella tillkommande köp kan uppgå till. "Prio 2- och Prio 3-krav" har inte ingått i prisutvärderingen och har inte heller gett något mervärde eftersom TLV inte har förbundet sig att köpa eventuella tillkommande utveckling utöver den nödvändiga grundutvecklingen av systemet. Dock har leverantörer, som en

frivillig bonus, kunnat tidsestimera vissa "Prio 2-och Prio 3-krav" med 0 timmar vilket då har inneburit att bör-kravet ifråga har inkluderats i leverantörens fastprisåtagande. Endast bör-krav som estimerats till 0 timmar att uppfylla av leverantören har inkluderats i det fasta priset.

De "Prio-2 och Prio-3-krav" i Cybercoms avropssvar som har angetts kunna uppfyllas med visst tidsestimat, har således inte tagits med i Cybercoms offererade fastprisåtagande. Att Cybercom i sitt avropssvar angett "Ja" och ändå lagt till ett tidsestimat avseende timmar har TLV betraktat som en uppenbar felskrivning. Något tillägg på priset har därmed inte heller skett. Know IT:s avropssvar avseende dessa "Prio-2 och Prio-3-krav" har behandlats på samma sätt, även om Know IT:s avropssvar angav "Nej" på de ställen där tidsestimat lämnades. Eftersom både Cybercom och Know IT har offererat ett fast pris för alla skall-krav, har avropssvaren varit jämförbara. Vid utvärderingen har stått klart att Know IT:s avropssvar, p.g.a. det höga priset, inte var det ekonomiskt mest fördelaktiga avropssvaret. Beräkningen av priser, och utvärderingen av avropssvaren, har således skett i enlighet med avropsförfrågan och har varit rättvisande och likabehandlande. Den av TLV gjorda prisberäkningen är således även den korrekt och skäl för ingripande saknas.

Avropsförfrågan är klar och tydlig

Anledningen till att Know IT har förlorat avropet är inte att avropsförfrågan skulle vara oklar eller otydlig, vilket bestrids, utan att Know IT har lämnat ett alltför högt pris.

Skada

För det fall rätten, mot förmodan, skulle komma fram till att TLV brutit mot LOU gör TLV gällande att Know IT inte har lidit, eller ens riskerat att lida, skada, varför skäl för ingripande enligt LOU saknas. Det stämmer att Know IT:s avropssvar hamnade på andraplats. Dock hade TLV ändå inte

kunnat anta anbudet från Know IT eftersom det vida överstiger TLV:s budget för avropet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Eftersom det ramavtal som ligger till grund för i målet aktuellt avrop påbörjades att upphandlas före den 15 juli 2010 finner förvaltningsrätten att LOU ska tillämpas i sin lydelse före detta datum.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

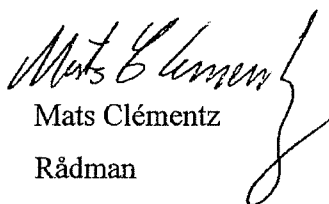
Av 16 kap. 2 § LOU, i tillämplig lydelse, framgår bl.a. att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

I det ramavtal, som ligger till grund för det i målet aktuella avropet, anges att tillägg eller byte av underleverantör endast får ske efter godkännande av Kammarkollegiet. Förvaltningsrätten anser att det uppställda kravet avseende godkännande från Kammarkollegiet av ny underleverantör är ett sådant krav som måste vara uppfyllt vid kvalificeringsfasen för att anbudet ska ha rätt att gå vidare till utvärdering. Det skulle i annat fall råda osäkerhet om huruvida de förutsättningar som angetts i anbudet avseende underleverantörer verkligen kommer att kunna uppfyllas. I målet är ostridigt att en av de underleverantörer som vinnande bolag (Cybercom) avser att använda sig av inte var godkänd av Kammarkollegiet då utvärderingen av anbudet gjordes. Förvaltningsrätten anser att TLV därmed har agerat felaktigt och i strid med 1 kap. 9 § LOU som inte uteslutit anbudet. Det för-

hållandet att den aktuella underleverantören numera godkänts av Kammarkollegiet förändrar inte denna bedömning. Förvaltningsrätten anser vidare att Know IT får anses ha lidit eller i vart fall riskerat att lida skada på grund av TLV:s agerande och att det därför finns skäl för ingripande enligt LOU. Mot bakgrund av att bristen ligger i att vinnande anbud inte borde ha gått vidare till utvärdering finner förvaltningsrätten att ett ingripande i form av rättelse, på så sätt att detta anbud inte ska beaktas vid en ny utvärdering, är en tillräcklig åtgärd. Vid denna utgång saknas skäl att pröva Know IT:s övriga invändningar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1A LOU).


Mats Clémentz
Rådman

Föredragande har varit Carina Westin.



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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU