



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2015-10-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
15091-15

Sida 1 (10)

SÖKANDE

Sogeti Sverige AB, 556631-4687
Box 1399
171 27 Solna

MOTPART

Finansinspektionen
Box 7821
103 97 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-10-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 643328

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

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Finansinspektionen genomför en upphandling av förvaltning och utveckling av applikationen NTRS, dnr 15-573. Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut meddelades den 3 juli 2015. Finansinspektionen beslutade att tilldela European Dynamics Luxembourg S.A. (ED) kontrakt.

Sogeti Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att vinnande anbudsgivares anbud ska diskvalificeras och att utvärderingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Finansinspektionen har brustit vid anbudsutvärderingen utifrån krav och bedömningsgrund i underlaget. ED har i sitt anbud avvikit från skall-krav i anbudsunderlaget vad gäller antal CV som leverantören ska inkomma med. Vidare har ED i svar på kompletterande frågor från Finansinspektionen gjort en reservation av priset för en programvarukomponent, vilket inte är förenligt med anbudsunderlaget punkt 5.3.1. Genom den felaktiga tilldelningen har bolaget lidit skada utifrån en betydande framtida affärsvolym.

I anbudsunderlaget punkt 2.2 anges skall-kraven avseende leverantörens anbudssvar. Beträffande krav på antal CV är för rollerna Project Leader och Requirement Analyst antalet definierat till ett (1) per roll. ED har till sitt anbud bifogat två (2) CV för rollen Project Leader och två (2) CV för rollen Requirement Analyst, vilket innebär att ED inkommit med tolv (12) CV mot efterfrågade tio (10). Leverantören ska förhålla sig till underlaget och de krav som finns i underlaget. Om en (1) resurs ska anges är det en, allt enligt principen om öppenhet (förutsägbarhet och transparens), som också säger att de ställda kraven inte får frångås. Anbudssvaret måste ses som en helgardering då underlaget inte handlar om att visa upp exempel på kompetens och leverantörens totala leveranskapacitet, utan vilka resurser

som faktiskt ska leverera lösningen. ED har inte tillräckligt tydligt preciserat leveransens projektledare och kravanalytiker utifrån underlaget.

I anbudsupplägget anges under punkt 3.1 bland annat följande. "Candidate companies must fulfill the following qualification criteria regarding competence and availability in order to be qualified.

- "...the supplier should be able to offer the following minimum and maximum level of resources:-Project manager, minimum 0,2 FTE, **maximum 1.0 FTE** (Full Time Employee)
- "...Requirement analyst/test leader, minimum 0,5 FTE, **maximum 1,0 FTE**".
- Availability: "Project manager, requirement analyst, test leader and database administrator should be seen as **permanent positions**, but with changing work load".

Finansinspektionen har beskrivit en felaktig tolkning av kravet på CV. En person kan inneha flera roller, vilket leder till slutsatsen att färre än tio unika, namngivna personer kan offereras och inte, som Finansinspektionen påstår, fler än tio. Även om förfrågningsunderlaget är otydligt vad gäller att punkt 2.2 anger tio CV medan skall-kravet i punkt 3.1 vid en summering öppnar upp för elva CV anges åtminstone inte tolv CV, som har offererats av vinnande anbudsgivare.

Vidare finns i punkt 5.3.1 i anbudsupplägget definierat vilka komponenter som ska ingå i leverantörens offererade priser. Under upphandlingen har Finansinspektionen ställt kompletterande frågor och respektive anbudsgivare har fått tillfälle att svara och även justera offererade priser. ED har i sitt svar avseende ingående programvaror gjort en reservation av priset för en programvarukomponent, vilket inte är förenligt med punkt 5.3.1. i anbudsupplägget.

I en förhandlad upphandling finns möjligheten att förtydliga underlaget och ge respektive anbudsgivare möjlighet att korrigera sitt anbud, till exempel beträffande priser. Samarbetsverktyget var ett sådant förtydligande, där respektive anbudsgivares svar avseende prisjustering utgör ytterligare

svarsunderlag. Dessa svar omfattas av alla redan givna förutsättningar i upphandlingsunderlaget, till exempel den lydelse som återfinns i "Assignment description" avseende leverantörens ansvar för kostnader vad gäller den totala utvecklingsmiljön. Det är inte relevant i bedömningen om kostnaden för den kommande programvaran är hög eller låg. Programvaran ska tillsammans med alla andra ej kända programvaror inkluderas i respektive leverantörs angivna anbudspriser. ED:s anbud har en reservation av angivet anbudspris och avviker därför från förfrågningsunderlagets skallkrav.

Finansinspektionen bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning huvudsakligen följande. Det föreligger inga brister vid upphandlingen gentemot bestämmelserna i LOU eller de grundläggande principerna.

Det finns inte något krav på att exakt tio personer skulle offereras och det utgör inte någon brist i anbudet att ED bifogat CV för tolv personer. Enligt punkt 2.2. ska anbudsgivarna bifoga CV för de konsulter som offereras. I en tabell under samma punkt anges att CV för sex (6) olika roller och totalt tio (10) personer ska bifogas. Direkt under tabellen sägs dock att en person kan ha flera roller, så länge de kompetens- och tillgänglighetskrav som anges i punkt 3.1 är uppfyllda. Det offererade teamet skulle alltså kunna bestå av färre än tio personer. Vidare sägs under punkt 3.1. att resursbehovet kan variera mellan minimum 2,2 och 11 FTE (ung heltidsanställda). Det är missvisande när bolaget hävdar att just tio personer/CV skulle utgöra ett absolut och exakt krav. När hela punkterna och de olika delarna av förfrågningsunderlaget läses tillsammans framgår att kravet handlar om att anbudsgivare ska redovisa vilken kompetens och kapacitet man offererar. I anbudet från ED anges en bemanning omfattande tolv (12) namngivna konsulter, genom att det för rollerna Project Manager respektive Requirement Analyst angivits två alternativa namn. Finansinspektionen har bedömt att ED:s svar innehöll det som efterfrågats. Det borde snarare typiskt

sett vara bättre för Finansinspektionen med fler än med färre konsulter, även om det givetvis endast är tio konsulter som har utvärderats. Det har inte medfört någon lättnad eller fördel för ED vid anbudsutvärderingen att bolaget angett tolv konsulter. Om domstolen ändå skulle anse att det finns ett självständigt krav på att offerera tio konsulter måste det i sådana fall ses som en form av minimikrav, det vill säga att man inte rimligen kan bortse från de första tio erbjudna konsulterna enbart på den grunden att ED därutöver angivit ytterligare två namn. Det är inte rimligt att straffa en anbudsgivare som frivilligt anger fler konsulter än vad som krävs. I stycket Availability försöker Finansinspektionen ge anbudsgivarna en uppfattning om förväntad storlek på uppdraget (i form av heltidstjänster, FTE). Därför anges en miniminivå och en maximinivå för den förväntade insatsen. Att Finansinspektionen anger "maximum 1.0 FTE" beträffande uppdragets framtida omfattning/storlek kan därför inte ges någon självständig betydelse kring antalet offererade konsulter. Rent faktiskt gick utvärderingen till så att Finansinspektionen utvärderade den först angivna konsulten för respektive roll. Finansinspektionen konstaterade dock att samtliga konsulter uppfyllde de krav som ställs på respektive roll.

Vad gäller den av bolaget påstådda reservationen beträffande i anbudet angivet pris anser Finansinspektionen att ED inte framställt någon sådan. Det förefaller som att bolaget blandat ihop olika typer av priser. I punkt 5.3.1. i Assignment description anges att leverantören ska bekosta och ansvara för all utrustning och programvara som krävs för att utveckla och leverera den avtalade lösningen. Där regleras således ansvarsfördelningen för hela det kommande projektet. Assignment description utgör en avtalshandling i det kommande avtalet och genom att skriva under sitt anbud har ED accepterat alla krav och villkor i denna.

Under utvärderingen framkom att det kunde vara lämpligt med ett så kallat samarbetsverktyg ("Collaboration tool") för att de berörda myndigheterna i respektive land tillsammans med leverantören ska kunna utbyta informat-

ion om projektet i samband med utvecklingen av det nya transaktionsrapporteringsystemet. Ett sådant verktyg bör ses som en detaljfråga kring det praktiska genomförandet. Verktygen förekommer i många olika former och format. Kostnaden är normalt mycket begränsad. Frågan om ett samarbetsverktyg berördes inte i förfrågningsunderlaget, men i en förhandlad upphandling är det tillåtet och ganska vanligt förekommande att underlaget successivt preciseras och kompletteras på detta sätt. Finansinspektionen tog därför upp frågan som ett förtydligande, tillsammans med en del andra frågor, efter att förhandlingarna ägt rum genom att skicka ut vissa kompletterande frågor till anbudsgivarna. Syftet var att få ytterligare information runt några specifika frågor som kunde påverka utvärderingskriteriet "Capacity and ability", vilket också framgick av det utskickade materialet.

Fråga 4 i "Additional questions" handlar alltså om en option kring att den tilldelade avtalsparten *eventuellt*, beroende på val av system och avtalspartens förutsättningar, ska drifva ett sådant samarbetsverktyg. Det rör sig alltså om något helt annat än det grundläggande ansvar för uppdraget som efterfrågas i Assignment description punkt 5.3.1. ED har som svar på fråga 4 i "Additional questions" uttryckt att man accepterar att använda ett samarbetsverktyg, men att man svårligen kan prissätta ett system som ännu inte preciserats, varför man utgår från att Finansinspektionen istället tillhandahåller licenserna. Finansinspektionen anser inte att detta utgör en reservation över huvud taget. Det är åtminstone inte en reservation mot något ovillkorligt krav och definitivt inte en reservation mot hela det grundläggande ansvaret för uppdraget. Finansinspektionen har istället vägt in svaret från ED i bedömningen av kriteriet "Capacity and ability", precis som angivits i "Additional questions". För övrigt är den kostnad som kan uppstå för licenser till ett "Collaboration tool" närmast obetydlig vid en helhetsbedömning av projektet. Kostnaden skulle aldrig ha kunnat leda till någon förändring av utvärderingsresultatet. Samarbetsverktyget är inte en del av den utvecklingsplattform och de utvecklingsverktyg som utgör själva föremålet för upphandlingen. Om förvaltningsrätten ändå skulle anse att sva-

ret från vinnande anbudsgivare utgör en reservation kring samarbetsmodulen ska anbudet ändå inte förkastas. Det vore fullkomligt oproportionerligt om ett i sig rimligt påpekande om en marginell kostnad under slutskedet av en förhandling skulle leda till att ett affärsmässigt synnerligen intressant anbud skulle behöva förkastas.

Finansinspektionen har i upphandlingen valt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, baserat på en så kallad mervärdesmodell. Vid utvärderingen konstaterade Finansinspektionen att prisskillnaderna mellan anbuderna var förhållandevis stora. Finansinspektionen valde därför att inleda bedömningen av mervärden avseende anbudet med lägst pris, det vill säga anbudet från ED. Efter att ha bedömt detta anbud och konstaterat att det erbjöd mervärden motsvarande 640 000 kr kunde Finansinspektionen konstatera att de övriga anbuderna inte längre hade ens en teoretisk möjlighet att uppnå ett bättre så kallat "Comparative amount".

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I anbudsinbjudan punkt 2.2 (Contents of the Tender) anges bland annat följande.

"The tender must contain the following documents:

[...]

2. CV:s for requested personnel according to table below:

Competence	Number of persons/CV
Project leader	1
Requirement analyst	1
IT architect	1
System developer	5
Database administrator	1
Test leader	1

One person can meet more than one competence as long as availability requirements are met (see below section 3.1).

[...]"

Under punkt 3.1 (Qualification criteria) i anbudsinbjudan anges bland annat följande.

“Candidate companies must fulfill the following qualification criteria regarding competence and availability in order to be qualified.

CV for the following competences must be submitted with the tender.

- Project manager, at least level 4 (see Role description document), with solid experience from complex system development projects in the financial sector with large databases using .NET and SQL Server or equivalent (one CV). Experience from MiFID reporting is positive but not mandated. (one CV).
- Requirement analyst, at least level 4, with solid experience from the financial sector including MiFID reporting. Knowledge about EMIR, MiFID II and MiFIR positive, but not mandated. (one CV). [...]

I punkt 5.3.1. (Equipment and premises for execution) i Assignment description anges bland annat följande.

“The Supplier cannot count on being given access to premises or equipment at Finansinspektionen. The assignment will thus primarily be conducted at the premises of the Supplier using the latter’s own technical environment, including but not limited to requisite communication equipment and any software needed for executing the assignment. The Supplier is itself responsible for purchasing and keeping this technical environment up to date over time.”

I kompletterande frågor från Finansinspektionen anges bland annat följande.

“As part of the evaluation of tenders we have formulated questions according to below. Since the procurement is a negotiated procedure we also have the possibility to give tenderers the possibility to change prices. Answers to the first 6 questions might affect the evaluation criteria “Capacity and ability”.

[...]

4. In this project we will choose collaboration tool that we want the developers and other provider personnel to use as well. This tool might be different than you have used until now. Depending on the tool we choose we might require the chosen provider to host this tool as well. Do you see any risks in this approach and how would you handle them?”

Vinnande anbudsgivare ED har i svar på fråga 4 enligt ovan angett följande.

“We do not see any risks or problems with the selection and hosting any collaboration tool that will be proposed by FI. The Tenderer is experienced in the use of several of the most common collaboration tools. We are flexible to adopt new tools and comply with new technologies/practices, delivering the agreed services with the same high quality. In the unlikely case that FI suggests the adaptation of tools that are not present in our IT infrastructure, we expect that FI will provide the necessary licenses for the Tenderer’s personnel that will make use of it.”

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har anfört att vinnande anbudsgivares (ED) anbud ska förkastas och utvärderingen göras om på den grunden att ED till sitt anbud har bifogat två och inte en CV för vardera av de i anbudsinbjudan efterfrågade rollerna Project Leader respektive Requirement Analyst. Finansinspektionen medger att ED inkommit med två CV för respektive roll, men bestrider att det skulle utgöra grund för att diskvalificera ED:s anbud från utvärdering.

I målet har inte ifrågasatts att offererade konsulter uppfyller i upphandlingen ställda krav på kompetens och tillgänglighet. Vidare har Finansinspektionen endast utvärderat en konsult för respektive roll. Förvaltningsrätten anser att det inte har framkommit att ED till följd av att fler CV än vad som efterfrågats har bifogats dess anbud har erhållit någon fördel vid Finansinspektionens utvärdering av anbudet. Mot den bakgrunden finner förvalt-

ningsrätten inte att det är visat att det föreligger något skäl för ingripande enligt LOU.

Bolaget har vidare anfört att vinnande anbudsgivare genom sitt svar på den av Finansinspektionen ställda kompletterande frågan angående samarbetsverktyg har gjort en otillåten reservation. Finansinspektionen har anfört att vad ED angett inte är att anse som en reservation eller åtminstone att det inte är att se som en reservation mot något ovillkorligt krav eller mot hela det grundläggande ansvaret för uppdraget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte i anbudsinbjudan ställts upp något krav vad avser samarbetsverktyg, utan att frågan om samarbetsverktyg uppkommit i samband med kompletterande frågor från Finansinspektionen till ED inom ramen för det förhandlade förfarandet. Frågan som ställts har varit vilka eventuella risker leverantören ser med användandet av ett samarbetsverktyg som leverantören möjligen inte använt tidigare och hur det i sådana fall skulle hanteras. Förvaltningsrätten finner inte att det svar som ED därvid har givit kan anses utgöra en sådan otillåten reservation som medför att dess anbud borde ha förkastats. Med hänsyn härtill utgör enligt förvaltningsrätten inte heller denna omständighet skäl för ingripande enligt LOU.

Mot bakgrund av ovan anförda finner förvaltningsrätten inte att bolaget har visat att Finansinspektionen har agerat i strid med bestämmelserna i LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Anneli Berglund Creutz

Rådman

Sara Thelin har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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 kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

