



DOM

2016-10-25
Meddelad i Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2016-10-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Visma Collectors AB, 556439-5670

Ombud: Advokat Martin Dell och jur.kand. Kristofer Öberg
RosholmDell Advokatbyrå AB
Drottninggatan 13
252 21 Helsingborg

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 mars 2016 i
mål nr 27617-15, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Visma Collectors AB yrkar i första hand att SKL Kommentus Inköpscentral AB:s (SKI:s) upphandling Inkassotjänster 2014, projektnr 10242, ska göras om. I andra hand yrkar Visma att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten för prövning i de delar som förvaltningsrätten inte har beaktat.

Till stöd för sin talan hänvisar Visma till vad som anförts tidigare samt tillägger bl.a. följande.

Förkastandet av Vismas anbud samt prismodellen

Det är felaktigt av SKI att förkasta Vismas anbud eftersom anbudet är lämnat i enlighet med förfrågningsunderlaget. Om det skulle konstateras att så inte är fallet beror detta på att förfrågningsunderlaget brister i transparens och förutsebarhet på ett sätt som medfört att anbudsgivarna har uppfattat förutsättningarna på olika vis. En följd av dessa brister i transparens och förutsebarhet är att de inkomna anbuden i upphandlingen är baserade på vitt skilda antaganden. De tre anbuden går därför inte att jämföra och genom att SKI trots detta har valt att utvärdera anbuden har SKI även brutit mot principen om likabehandling.

Det har blivit ostridigt mellan parterna att utvärderingen i upphandlingen inte har gjorts utifrån någon fiktiv utvärderingsvolym, utan att den skett genom en enkel jämförelse avseende ersättning per inkassoärende. Trots detta har förvaltningsrätten angett Vismas påstådda avvikelse från denna fiktiva utvärderingsvolym som skäl för att Vismas anbud borde förkastas samt angett att Vismas anbud inte varit jämförbart med övriga anbud. Förvaltningsrätten synes därmed ha tolkat förfrågningsunderlaget på ett annat sätt än vad SKI menat vara det korrekta, vilket än mer talar för att förfrågningsunderlaget är behäftat med allvarliga brister och att

förvaltningsrättens slut inte är riktigt. Den ersättning (kick-back) som anbudsgivaren skulle lämna till avropande myndigheter/enheter skulle anges som kronor per inkassoärende utifrån en fiktiv utvärderingsvolym av inkassoärenden som förflöt till olika stadier. Visma angav i sitt anbud vilken ersättning avropande myndigheter/enheter skulle få utifrån den fiktiva utvärderingsvolymen och därmed lämnade bolaget ett anbud helt i enlighet med vad som efterfrågats. Vismas anbud borde därmed inte ha förkastats. En anbudsgivare bör kunna utgå från att den information som anges i förfrågningsunderlaget och i beskrivningen av hur utvärderingen ska gå till, faktiskt också har någon relevans för själva utvärderingen. SKI har tvärtom fyllt förfrågningsunderlaget med totalt ovidkommande information om olika inkassoärendens stadier, och dessutom angett en så kallad fiktiv utvärderingsvolym som SKI har bekräftat inte har någon som helst relevans för utvärderingen eftersom utvärderingen de facto visat sig vara kronor för varje enstaka ärende och inget annat.

Övriga brister i förfrågningsunderlaget

Upphandlingen inkluderar även tilläggstjänster som vare sig har specificerats eller utvärderats. Inkluderandet av dessa tjänster kan dels ha påverkat hur anbudsgivarna har utformat sina anbud, dels medfört att anbudsgivare som inte rangordnats som etta i upphandlingen inte kan leverera dessa tjänster till avropsberättigade myndigheter och enheter. Förvaltningsrätten anser inte att Visma har visat att bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada med anledning av dessa tilläggstjänster. Visma har med önskvärd tydlighet redogjort för detta genom att uppge hur dessa otydligheter bidragit till att påverka utformningen av de anbud som givits in. Enligt Vismas uppfattning är det en, inom offentlig upphandling sedan länge fastslagen princip, att en anbudsgivare utifrån förfrågningsunderlaget ska kunna förutse omfattningen av vad som upphandlas för att utifrån detta kunna beräkna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. När detta inte går riskerar anbudsgivaren att lida skada. Det är dessutom i målet ostridigt att

tilläggstjänsterna kan ha påverkat hur anbudsgivarna utformat sina anbud. Hade tilläggstjänsterna upphandlats separat hade Visma haft möjlighet att lämna anbud på dessa.

Ett flertal ytterligare fel har begåtts i upphandlingen. Upphandlingen brister i klarhet avseende vilka myndigheter och enheter som är avropsberättigade och avseende vilka volymer som kan förväntas. Vidare sker tilldelningen av avropsavtal på ett felaktigt vis, otillåtna justeringar av priser medges, leverantörer kan på ett otillåtet vis avstå från att leverera tjänsterna samt ramavtalet kan överlåtas på otillåtet vis. Förvaltningsrätten har underlåtit att beakta dessa brister.

De felaktigheter som begåtts i upphandlingen är särskilt allvarliga eftersom upphandlingen avser ett ramavtal vilket innebär att den s.k. generalklausulen i artikel 32.3 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ska tillämpas. Enligt denna artikel får inte en upphandlande myndighet använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Artikeln innebär att det, utöver de principer som följer av 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), också ställs andra och mer långtgående krav på den upphandlande myndighetens agerande vid upphandlingar av ramavtal. Det finns alltså anledning för domstolen att se hårdare på de felaktigheter som Visma påpekat i upphandlingen än vad domstolen skulle ha gjort om det inte varit fråga om upphandling av ett ramavtal.

Skaderekvisitet

De fel som upphandlingen är behäftad med har fått till följd att Visma dels felaktigt förkastats som anbudsgivare, dels utformat sitt anbud utifrån andra antaganden än vad bolaget annars skulle ha gjort. Om dessa felaktigheter

inte funnits hade bolaget kunnat utforma sitt anbud på det vis som SKI önskat och lagt sig på en prisnivå som gjort att bolaget blivit rangordnat som etta i upphandlingen. Därmed lider eller riskerar Visma att lida skada. Eftersom felet påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen bör domstolen förordna att upphandlingen görs om.

SKI anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.

Förvaltningsrätten har gjort rätt då man i sak endast prövade de grunder som skulle kunna leda till ett bifall av talan, när anbudet ansågs ha förkastats på korrekt grund. Även kammarrätten bör inleda med att pröva frågan om Vismas anbud har förkastats korrekt. Om så är fallet bör kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, fortsätta med att pröva om förutsättningarna för prissättningen var otydliga på ett sätt som kan ha orsakat att Visma lämnade ett felaktigt anbud. Om så inte är fallet kan Visma inte lida skada av de övriga brister bolaget gör gällande, då dessa inte påverkar anbudets utformning i den del som förorsakade anbudets förkastande. SKI:s uppfattning är att en leverantör som uppfattar, eller borde uppfattat, en brist i ett förfrågningsunderlag redan under annonseringen har en skyldighet att påtala bristen för den upphandlande myndigheten för att söka begränsa sin skada. En leverantör som inte gör så är inte normalt omsorgsfull.

Förkastandet av Vismas anbud samt prismodellen

SKI vill särskilt betona att prisbilagan innehöll en detaljerad matematisk beskrivning för hur beloppet i svarsrutan för kick-back skulle beräknas. Av denna framgick med all tydlighet att de enda faktorer som skulle beaktas var den erbjudna ersättningen och antalet inkassoärenden. Vidare har det endast funnits en ruta för att ange den kick-back som sedermera ska utgöra avtalsinnehåll. Det belopp som Visma angett i rutan för ersättning är inte en ersättning. Det är ett genomsnittligt belopp utifrån de faktiska priser som istället angetts i rutan för eventuella kommentarer. Ersättningen i prisrutan

är av Visma inte avsedd att bli avtalsinnehåll. SKI har alltså efterfrågat en ersättning (kick-back) per inkassoärende där medel inkasseras. Ersättningen är densamma oavsett hur långt ett inkassoärende fortskrider innan medel inkasseras. Det är i målet ostridigt att Vismas anbud innehåller en differentierad kick-back beroende på hur långt inkassoärendena drivs. Det är uppenbart att Vismas anbud avviker från hur SKI avsett att kravet skulle tillämpas och hur SKI tillämpat kravet. Vismas anbud har därför rätteligen förkastats.

Det har varit tydligt i prisbilagan att vad som efterfrågades var ett belopp för kick-back, inte flera. Ingen normalt omsorgsfull anbudsgivare kan ha trott att vad som skulle anges var flera olika belopp i kommentarsrutan. Vismas bristande omsorg i anbudslämnandet ska inte läggas SKI till last. Det stämmer att SKI har angivit volymer till stöd för leverantörernas beräkningar. Det är emellertid uppenbart att en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare inte har kunnat ta dessa till intäkt att det som efterfrågades var priser i strid med såväl prisbilagens utformning som angiven matematisk beräkningsmodell. Volymerna var endast stöd för leverantörernas beräkningar. SKI vill nämna att Visma antogs som leverantör med bästa rangordning i motsvarande ramavtalsupphandling år 2011. Prismatris och utvärderingsmodell var i stort sett identiska med denna upphandling. Visma erbjöd där en kick-back om 160 kronor. Denna har, såvitt SKI känner till, erlagts vid alla inkassoärenden där medel inkasseras, oavsett hur långt ärendena har fortskridit. Som förvaltningsrätten har noterat har de förändringar av prisbilagan som skett sedan upphandlingen år 2011 endast förtydligat att det är SKI:s tolkning av prismodellen som är riktig.

Även om alla tre anbudsgivare i någon utsträckning har gjort olika tolkningar av prisbilagan är det viktigt att betona att endast Visma tolkat den på sitt sätt. Huruvida prisbilagan kunnat tolkas på något annat vis kan inte innebära skada för Visma. Upphandlingen har inte genomförts i strid med transparensprincipen på ett sätt som medfört risk för att Visma lidit

skada. Visma har genom sin egen försumlighet orsakat sitt anbuds förkastande.

Övriga brister i förfrågningsunderlaget

Det finns ingen koppling mellan vad Visma anfört om tilläggstjänsterna och att bolagets anbud förkastades. Att tilläggstjänsterna eventuellt påverkat hur anbudet var utformat i någon annan del (såsom att förekomsten av tilläggstjänsterna har påverkat prisnivåerna) är således helt irrelevant. SKI:s inställning är att köp av tilläggstjänsterna inte utgör direktupphandlingar, tvärtom omfattas de av ramavtalet. Att acceptera tilläggstjänster med nära anknytning till ett upphandlingsföremål i ramavtalsupphandlingar är en allmänt accepterad och väl fungerande praxis. Om kammarrätten trots detta skulle komma fram till att ramavtal inte får omfatta tilläggstjänster med nära anknytning till upphandlingsföremålet innebär detta inte något upphandlingsfel i ramavtalsupphandlingen. Om kammarrätten skulle anse att köp av tilläggstjänsterna utgör direktupphandlingar, och någon upphandlande myndighet skulle köpa tilläggstjänster för belopp överstigande direktupphandlingsgränsen, ges Visma samma möjlighet att konkurrera om dessa kontrakt under samma förutsättningar som vilka kontrakt som helst. Visma kan alltså inte heller lida skada på det vis bolaget gör gällande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att en ansökan om överprövning av en upphandling ska bifallas krävs att två kriterier är uppfyllda. Dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, dels att det har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Båda kriterierna måste vara uppfyllda. Det är följaktligen inte tillräckligt att en överträdelse av de grundläggande

principerna eller någon annan bestämmelse i LOU har skett om inte den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd av överträdelsen. Det finns således ett krav på orsakssamband mellan överträdelsen och skaderekvisitet.

Den fråga som kammarrätten först har att pröva är om Vismas anbud rätteligen har förkastats. Av förfrågningsunderlaget framgår att det inte är tillåtet att lämna sidoanbud eller alternativa anbud. Om anbudsgivare lämnar förbehåll eller reserverar sig mot villkor i förfrågningsunderlaget kan anbudet sålunda komma att förkastas.

Förvaltningsrätten har ansett att Visma lämnat anbud utifrån en egen beräkningsmodell istället för att ta utgångspunkt i den fiktiva utvärderingsvolym som anges i förfrågningsunderlaget. Visma har i kammarrätten anfört att bolaget har använt sig av de fiktiva utvärderingsvolymerna som anges i förfrågningsunderlaget och prismodellen och att man därmed har lämnat anbud i enlighet med vad som efterfrågats.

Det är ostridigt att den ersättning som Visma angett i rutan för kick-back utgör en genomsnittsansättning. Visma har i kommentarsfältet förklarat att bolaget lämnar olika ersättningar beroende på hur långt inkassoärendet fortskrider. Ersättningen i rutan är sålunda inte avsedd att lämnas i varje inkassoärende där medel inkasseras, vilket är det som efterfrågats enligt prisbilagan. Mot denna bakgrund får Vismas anbud anses vara ett sådant alternativt anbud eller sidoanbud som inte tillåts enligt förfrågningsunderlaget. Kammarrätten anser därmed, i likhet med förvaltningsrätten, att det inte framgår annat än att det funnits grund för SKI att förkasta Vismas anbud.

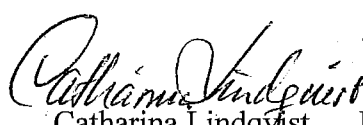
Fråga är då om Visma, trots att bolagets anbud rätteligen förkastats, kan anses ha visat att de lidit eller kan komma att lida skada till följd av brister i förfrågningsunderlaget.


Den anbudsgivare vars anbud rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen kan i normalfallet inte längre betraktas som en presumtiv leverantör och kan därför inte anses lida skada i den mening som avses i LOU. I likhet med förvaltningsrätten anser dock kammarrätten att det kan finnas situationer där en diskvalificerad anbudsgivare bör kunna göra gällande att en brist i förfrågningsunderlaget medfört att bolaget inte har kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. En ny upphandling medför en ny möjlighet att lämna anbud och tilldelas kontrakt. Anbudsgivaren kan i sådana fall anses ha lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Det är Visma som har att visa att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada av de brister som påtalas (jfr HFD 2013 ref. 53).

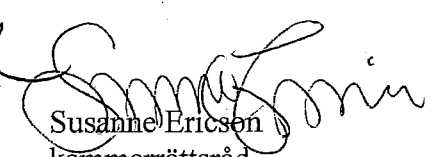
Vad gäller prismodellen gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget och prisbilagan hur ersättningen ska anges och vilken matematisk beräkning som ligger till grund för utvärderingen. Enligt kammarrätten framstår det som uppenbart att de fiktiva utvärderingsvolymerna endast är ett stöd för anbudsgivarna i deras beräkningar att få fram vilken kick-back man kan erbjuda. Kammarrätten konstaterar att de andra anbudsgivarna lämnat anbud i enlighet med vad som efterfrågats och det får antas att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat tolka kriterierna på samma sätt. Den omständigheten att även en annan anbudsgivare gjort en egen tolkning av prismodellen föranleder ingen annan bedömning. Skäl för ingripande på grund av att förfrågningsunderlaget, vad gäller prismodellen, inte är tillräckligt transparent eller förutsebart finns därmed inte.

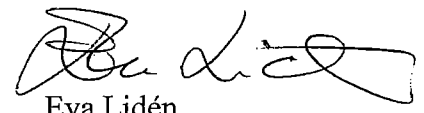
Inte heller i övrigt finns det anledning att göra någon annan bedömning än den som förvaltningsrätten har gjort. Överklagandet ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Catharina Lindqvist
kammarrättsråd
ordförande


Björn Berselius
kammarrättsråd
referent


Susanne Ericson
kammarrättsråd


Eva Lidén
föredragande