



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-09-08
Meddelad i Linköping

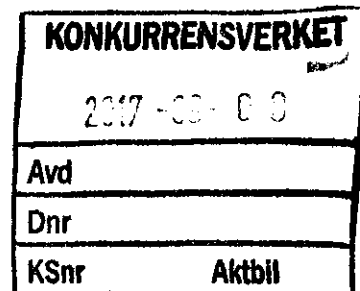
Mål nr
3877-17

SÖKANDE

Global Dunite AB, 556766-1839
Olof Palmes gata 29, 5 tr
111 22 Stockholm

MOTPART

AB Stångåstaden, 556041-6850
Box 3300
580 03 Linköping



Ombud: Upphandlingskonsult Julianna Olofsson
Ecenea Väst AB
Stampgatan 2
441 39 Alingsås

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar om rättelse med innebörden att en ny anbudsprövning ska genomföras varvid anbudet från Global Dunite AB inte ska förkastas på de i målet prövade grunderna.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

AB Stångåstaden (Stångåstaden) genomför upphandling avseende *IT-konsulttjänster för utveckling och support*, dnr UH-2017-1. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud med värderingsgrunden pris. Vid

Dok.Id 298343

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

anbudstidens slut hade åtta anbud inkommit i upphandlingen, bl.a. från Global Dunite AB (Bolaget). Stångåstaden skickade en begäran om förklaring av Bolagets prissättning med stöd av 19 kap. 27 § LOU. Bolaget lämnade begärd förklaring. Den 12 maj 2017 meddelade Stångåstaden ett tilldelningsbeslut enligt vilket en annan leverantör tilldelades kontraktet. Av utvärderingsprotokoll till beslut framgår att Bolagets anbud förkastades med motiveringen att Bolaget (i) har reserverat sig mot ett grundläggande obligatoriskt krav i upphandlingen då Bolaget offererat till stor del färdigutvecklade produktdelar i strid mot det som anges i punkterna 2.0 och 6.1 i bilagan Avtal samt framgår av Stångåstadens svar på fråga ställd under anbudstiden den 13 mars 2017 och (ii) har offererat ett onormalt lågt pris då Bolaget har inte kunnat förklara sin prissättning på ett tillfredställande sätt och anbudet därmed inte kan anses som seriöst med hänsyn till omfattningen av de tjänster som upphandlingen avser.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse med innebörden att Bolagets anbud beaktas vid en ny förnyad anbudsprövning.

Stångåstaden begär att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Bolaget har byggt systemlösningar för plattformen sedan 2008 och har under den tiden samlat koncept, idéer, programkod för hundratals olika problemställningar. Bolaget har i sitt svar tydligt redovisat att det kan återanvända dessa lösningar men att det avser att genomföra nyutveckling av en lösning på SharePoint-plattformen. Termen nyutveckling innebär att man tar fram kod som inte är beroende av eller styrs av tidigare projekt eller

produkter. I ett nyutvecklingsprojekt finns full frihet att skriva helt ny kod, återanvända och anpassa befintlig kod för nytt syfte. Stångåstaden har i upphandlingen tydligt beskrivit att de inte önskar använda en färdig produkt som är byggd ovanpå SharePoint. Det nyutvecklingsprojekt Bolaget avser att genomföra kommer inte att bygga på en färdig produkt. Däremot står det Bolaget fritt att använda tekniska och funktionella lösningar från tidigare projekt. Den lösning Bolaget tar fram för Stångåstaden i detta fall kommer att vara helt fristående från tidigare lösning, sakna beroenden och kopplingar till tidigare lösning samt vara helt fri att ändra i framtiden för att uppfylla Stångåstadens eventuella nya krav. Den lösning som Stångåstaden erhåller på detta problem är alltså att betrakta som nyutveckling och inte anpassning av befintlig produkt. Nyutveckling skiljer sig från produktanpassning i och med vilka frihetsgrader det finns att i framtiden anpassa lösningen. Stångåstaden kommer att ha full frihet att anpassa och ändra lösningen efter eget godtycke. Det finns ingen licens eller annan juridisk skyldighet knuten till Bolaget som leverantör.

I sin bedömning av tidsåtgång har Bolaget bedömt varje krav enligt följande:

- Uppfylls av plattformen och kräver ingen eller lite konfiguration.
- Kan hanteras i sin helhet av en tidigare lösning vi redan tagit fram.
- Kan hanteras delvis av en tidigare lösning vi redan tagit fram men kräver anpassning.
- Kräver nyutveckling.

Bolaget har gått igenom kundens alla krav och dess exakta formulering och bedömt i vilken kategori de faller. Bolaget har redovisat alla krav, vilken kategori samt vilken tidsåtgång som krävs för att uppfylla kravet i sin förklaring till prissättningen.

Den totala tidsåtgången för genomförandet är 271 timmar. Bolaget anser att det har gjort en realistisk bedömning av tidsåtgången grundad i många års erfarenhet av att leverera exakt den här typen av projekt. Om Bolaget skulle behöva leverera ytterligare 50 procent tid, dvs. 135 timmar, kommer Bolaget fortfarande att tjäna pengar på upphandlingen.

Stångåstaden har valt att göra en fastprisupphandling för att genomföra ett antal på förhand uppställda krav. Bolaget kan och ska som leverantör bara offerera en lösning som hanterar de krav som Stångåstaden angivit i sin upphandling. I underlaget finns beskrivet ytterligare visioner och tankar om hur det slutliga målet ska bli. Dessa visioner finns inte beskrivna som krav i upphandlingen, vilket innebär att Bolaget inte kan tidsätta visionerna utan ytterligare arbete med Stångåstaden, där visionerna konkretiseras till tydliga krav som sedan kan tidsuppskattas. Visioner och tankar beskrivna i projektet kommer säkert över en treårsperiod innebära 600 utvecklingstimmar eller mer. Bolaget bedömer också att Stångåstaden behöver köpa in ytterligare 800 timmar för framtida behov som ännu inte ingår i visionsbeskrivningen. Det totala värdet för den leverantör som får avtalet är ca 1 671 timmar, varav 271 timmar är beskrivna som obligatoriska krav i upphandlingen.

En fastprisupphandling med uppställda obligatoriska krav kommer alltid innebära att leverantörer tidsuppskattar och prissätter kraven, det ingår inte i uppgiften att prissätta visioner eller framtida behov. Stångåstaden bedömer att projektets storlek är ca 690 timmar och Bolaget kan instämma i att om alla visioner i upphandlingen ska genomföras så kommer tidsåtgången bli ca 690 timmar, eller t.o.m. ca 871 timmar enligt Bolagets bedömning.

Stångåstaden menar att Bolaget inte avser leverera ett helhetsåtagande vilket är helt felaktigt. Uppdragets utförande innebär att leverera på de obligatoriska krav som finns listade i bilagan Avtal och tillkommande möten. Bolaget har i sitt svar angivit ett fast pris och en tydlig förklaring hur

det har uppskattat kostnaden för varje enskilt krav och tillkommande möten. Bolaget avser fakturera det pris det angivit som svar i upphandlingsdokumentet och för den kostnaden kommer Bolaget leverera funktionalitet som uppfyller de obligatoriska krav som Stångåstaden angivit i bilagan Avtal.

Bolaget bedömer att den totala tidsåtgången av det projekt som upphandlingen initierar på sikt kommer att innebära cirka 1 671 konsulttimmar. Om Stångåstaden felaktigt förkastar Bolaget anbud är skadan Bolaget lider vinsten från projektet, vilket skulle motsvara cirka 800 000 kr när alla kostnader utom resor är inräknade.

Stångåstaden

Stångåstaden har efterlevt LOU och dess allmänna principer vid genomförandet av upphandlingen. Upphandlingen omfattar utveckling av nytt intranät med en responsiv design, som ger tillgång till funktioner och verksamhets specifika stöd som hjälper Stångåstadens medarbetare att utföra sitt uppdrag. Det nya intranätet ska ersätta Stångåstadens befintliga intranät samt ligga på samma plattform som Stångåstadens nya dokumenthanteringssystem. Upphandlingens värde är beräknat till ca 800 000 kr.

Stångåstaden har efterfrågat ett fast pris på uppdraget. Av Bolagets anbud framgår att Bolaget har lämnat ett totalpris om 280 000 kr samt att den totala tidsåtgången för genomförandet är 271 timmar. I förhållande till Stångåstadens förväntade kostnad samt vid jämförelse med övriga inkomna anbud föreföll anbudet vara onormalt lågt. Det näst billigaste anbudet var t.ex. 164 000 kr dyrare (444 000 kr) medan övriga anbud låg mellan 630 000 kr och 4 000 000 kr. Mot bakgrund av ovanstående ombads Bolaget inkomma med en förklaring till sitt anbud.

Stångåstaden anser att Bolaget i sitt förtydligande inte har konkretiserat skälen till sin låga prissättning i tillräckligt hög grad. Bolagets förklaringar är alltför allmänt hållna och Stångåstaden kan därför inte se något direkt samband mellan dem och det fasta pris som Bolaget lämnat i sitt anbud. Stångåstaden anser att anbudspriset är så lågt att det finns grund för att ifrågasätta anbudets seriositet. Stångåstaden finner det osannolikt att leverantören kommer att kunna leverera kontraktsföremålet till det offererade priset eller över huvud taget. Bolaget har med sitt förtydligande inte lyckats bevisa att det offererade fasta priset är seriöst menat.

Stångåstaden har erfarenhet av ett liknande utvecklingsprojekt och då har tidsåtgången varit ca 690 timmar à ca 900 kr. Stångåstaden gör bedömningen att uppdraget som omfattas av aktuell upphandling är betydligt mer omfattande än det projekt som refereras till. Om man ändå räknar projekten som identiska och räknar om det fasta priset i enlighet med det Bolaget har anfört skulle det innebära att det fasta priset borde ha varit 712 770 kr i Bolagets anbud (690 timmar x 1 033 kr = 712 770 kr).

I sin ansökan om överprövning anger Bolaget att det har räknat med att kunna leverera ytterligare 135 timmar inom uppdragets ram utan att ändra priset. Om man räknar om det med samma grunder som i ovanstående beräkning skulle det innebära att det fasta priset borde ha varit 476 100 kr i Bolagets anbud $((280\ 000 / (271 + 135)) \times 690 = 476\ 100)$. Det innebär att Bolagets fasta pris, enligt Stångåstadens erfarenhet, borde ha varit ca 70–250 procent högre än det offererade priset.

I upphandlingen kräver Stångåstaden att i det angivna fasta priset ska ingå mötestid med 60 timmar fördelat på maximalt tio tillfällen. Då detta krav innebär en betydande kostnad för en leverantör framstår Bolagets offererade låga fasta pris som oseriöst. Om man tar tiden för möten i beaktande är det osannolikt att leverantören kommer att kunna leverera kontraktsföremålet

till det offererade priset eller över huvud taget. Bara timkostnaden för mötestid uppgår till ca 66 000 kr (1 033 kr x 60 timmar). Då är inte restid och reskostnad medräknat. Kostnaden för möten är således minst 23 procent av Bolagets offererade pris på 280 000 kr. Stångåstaden anser det därmed vara osannolikt att Bolaget kan leverera kontraktsföremålet med den nyutveckling som uppdraget omfattar till det offererade priset och det antal timmar som Bolaget räknat med i sitt anbud. Av de 271 timmarna som Bolaget räknat med kommer det bara vara 211 timmar kvar då tiden för möten är avdragen. Med Stångåstadens tidigare erfarenhet av liknande projekt så krävdes det 690 timmar för ett mindre omfattande uppdrag. Även om Bolaget lägger till de extra 135 timmarna som man enligt egen utsago räknat med kommer Bolagets anbud inte i närhet av uppdragets omfattning. Bolaget har således offererat minst 284 timmar för lite $((271 + 135) - 690 = 284)$.

Av Bolagets yttrande i målet framgår tydligt att Bolaget inte har för avsikt att leverera ett helhetsåtagande för 280 timmar utan att antalet nedlagda timmar i själva verket kommer uppgå till ca 1 671. Av prisfråga 1.1 framgår att anbudsgivare ska lämna ett pris för uppdragets totala omfattning inkluderat samtliga kostnader som kan uppkomma i samband med uppdragets utförande. Omfattningen följer av vad som framgår av bilaga Avtal. Utöver denna prisfråga efterfrågar Stångåstaden under prisfrågorna 2.1–2.3 i bilaga Utvärderingsmodell enskilda timpriser som ska gälla för tillkommande tjänster som inte är specificerade i bilaga Avtal. En beställning av en tillkommande tjänst kräver att parterna nått en överenskommelse. Föremålet för upphandlingen är vidare tydligt definierat under punkt 6.1 Kravspecifikation i bilaga Avtal och har därmed varit möjligt att prissätta. Stångåstaden måste mot bakgrund av det anförda anses haft goda skäl att ifrågasätta anbudets seriositet.

I sitt förtydligande gör Bolaget reservationer mot i upphandlingen ställt krav på nytutveckling genom att ange att Bolaget kan återanvända färdiga komponenter/redan existerande lösningar för intranät och dokumenthantering och att Bolaget har genomfört många projekt som det kan återanvända, helt eller delvis.

Stångåstaden har både i upphandlingsdokumenten och genom ett kompletterande förtydligande via Frågor och svar beskrivit att det är nytutveckling av intranät som upphandlas. Färdiga komponenter eller redan existerande lösningar ingår inte i uppdraget. Anledningen till att en nytutveckling upphandlas är att Stångåstaden inte vill ha kod som är utvecklad för någon annan och som i samband med vidareutveckling av produkten kan ställa till problem i framtiden. Stångåstadens hållning är att en nytutveckling som är helt anpassad till Stångåstadens behov och system är både ett krav och det mest kostnadseffektiva köpet i ett långsiktigt perspektiv. Det eliminerar problem vid en eventuell framtida utveckling och anpassning av produkten.

Bolagets reservationer har en direkt koppling till det låga anbudspriset och stärker Stångåstaden ytterligare avseende beslutet att förkasta Bolagets anbud på grund av orimligt lågt anbudspris. Eftersom anbud som innehåller reservationer mot obligatoriska krav i upphandlingsdokumenten ska diskvalificeras kan Stångåstaden här konstatera att detta skulle ske i det fall Stångåstaden hade prövat Bolagets anbud.

Bolagets ansökan om överprövning lider genomgående av den bristen att Bolaget inte kunnat konkretisera hur Bolaget skulle kunna lida skada av de påstådda överträdelserna. Skäl föreligger därmed att avslå Bolagets ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att parterna i målet är eniga om att föremål för aktuell upphandling är det uppdrag som framgår genom punkten 6.1 Kravspecifikation i bilagan Avtal och att det är det uppdrag som skulle prissättas av anbudgivarna.

Bolaget har i målet gjort gällande att det genom sitt anbud har åtagit sig att genomföra projektet som är föremål för upphandlingen och därmed att leverera funktionalitet som uppfyller de obligatoriska krav som Stångåstaden angivit i punkten 6.1 till de offererade fasta priset om 280 000 kr. Bolaget vidhåller vidare att det nyutvecklingsprojekt Bolaget avser att genomföra inte kommer att bygga på en färdig produkt även om Bolaget använder tekniska och funktionella lösningar från tidigare projekt eftersom Stångåstaden kommer att ha full frihet att anpassa och ändra lösningen efter eget godtycke och det inte finns någon licens eller annan juridisk skyldighet knuten till Bolaget som leverantör.

Stångåstaden hävdar i sin tur att Bolagets anbud innehåller reservationer mot ett obligatoriskt krav i upphandlingen och att offererat anbudspris är så lågt att det finns grund för att ifrågasätta anbudets seriositet och det är osannolikt att Bolaget kommer att kunna leverera kontraktsföremålet till det offererade priset eller över huvud taget.

Vad först beträffar frågan huruvida Bolagets anbud innehåller reservationer mot obligatoriska krav genom det som Bolaget angett i sin förklaring angående återanvändande av tekniska lösningar från tidigare projekt kan följande sägas.

Stångåstaden har i upphandlingsdokumenten beskrivit föremålet för upphandlingen som utveckling av ett nytt intranät där vissa i punkten 6.1 i bilagan Avtal uppräknade funktioner ska uppfyllas och ingå i det fasta priset som anbudsgivaren ska offerera. Under Frågor och svar har Stångåstaden på en fråga från en leverantör den 13 mars 2017 uppgett följande. ”*I upphandlingen efterfrågas ingen standardprodukt. Utvecklingen ska ske i samråd mellan parterna och i enlighet med den upphandlande myndighetens krav som framgår av upphandlingsdokumenten.*”

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av den beskrivning av upphandlingsföremålet som framgår av upphandlingsdokumenten, inklusive Stångåstadens svar den 13 mars 2017, att det i upphandlingen inte har stipulerats något hinder för en anbudsgivare att använda sig av sina erfarenheter och tekniska lösningar från tidigare liknande projekt så länge den produkt, dvs. det intranät som ska byggas för Stångåstaden, som anbudsgivaren åtar sig att leverera i upphandlingen som sådan inte är en standardprodukt, dvs. en produkt som flera än Stångåstaden har erhållit eller kan erhålla och som för sin utveckling är avhängig åtgärder från leverantörens sida. Mot bakgrund av denna bedömning finns inte heller något obligatoriskt krav i upphandlingen av vilket ett sådant hinder framgår. Bolagets anbud så som det är utformat innehåller således ingen reservation mot ett obligatoriskt krav och det saknas därför anledning att på denna grund förkasta det.

Vad sedan beträffar frågan huruvida Bolaget har offererat ett anbudspris som är onormalt lågt kan följande sägas.

Den generella utgångspunkten vid bedömning av anbudspriser är att leverantören, baserat på företagsinterna överväganden, själv har att avgöra vilka priser den kan och vill offerera i en specifik upphandling. Att en leverantör erbjuder mycket låga priser leder inte alltid till att anbudet ska anses vara onormalt lågt. Dock måste anbudet kunna bära sig självt ekonomiskt. Någon definition av begreppet onormalt lågt anbud finns varken i LOU eller i det bakomliggande direktivet och Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger (se HFD 2016 ref. 3 I).

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av sin bedömning avseende möjligheten för Bolaget att vid utförandet av uppdraget som är föremål för upphandlingen använda sig av sina erfarenheter och tekniska lösningar från tidigare projekt, att Bolaget på ett tillfredställande sätt har förklarat sitt, i förhållande till övriga offererade priser, låga pris. Bolagets förklaring bedöms som både detaljerad och trovärdig. Stångåstadens bedömning att Bolagets anbud är så lågt att det inte ska anses vara allvarligt menat saknar mot denna bakgrund fog och strider därmed mot LOU.

I målet är annat inte visat än att Stångåstadens agerande har medfört att Bolaget lider skada. Det finns därmed grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Stångåstadens överträdelse är inte hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd. Upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering görs vid vilken Bolagets anbud inte ska förkastas på de i målet prövade grunderna.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Magnus Wickström
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.