



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Ann-Louise Jonsson

DOM
2019-04-10
Meddelad i Falun

Mål nr
408-19

SÖKANDE

Capgemini Sverige AB, 556092-3053

Ombud:

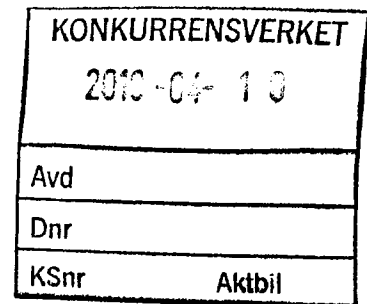
Advokaten Catharina Baerselman
Catharina Baerselman Advokat AB
Ravinvägen 16
133 36 Saltsjöbaden

MOTPART

Havs- och vattenmyndigheten
Box 11930
404 39 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 246442

Postadress Box 45 S-791 21 Falun	Besöksadress Kullen 4	Telefon 023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se	Telefax 023-383 00 80	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00
---	---------------------------------	--	---------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Havs- och vattenmyndigheten (HaV) genomför förnyade konkurrensutsättningar från Kammarkollegiets ramavtal "IT-konsulttjänster Resurskonsulter, region Södra – NYA" (dnr 3747-18). Av tilldelningsbeslut den 15 januari 2019 framgår bl.a. att Consid AB tilldelades kontrakt avseende Område 1 ("Resurskonsulter inom användbarhet och tillgänglighet"), Område 2 ("Resurskonsulter inom verksamhetsanalys, modelleringsledning, kravanalys och systemanalys") och Område 6 ("Resurskonsulter inom projektledning, teknisk projektledning och Scrum Master") samt att Ework Scandinavia AB tilldelades kontrakt avseende Område 3 ("Resurskonsulter inom IT-arkitekt, lösningsarkitekt och mjukvaruarkitekt").

Capgemini Sverige AB (Capgemini) ansöker om överprövning såvitt gäller de förnyade konkurrensutsättningarna i Område 1, 2, 3 och 6 samt HaV:s förnyade konkurrensutsättning inom Område 5 ("Resurskonsulter inom test & testledning"), där tilldelningsbeslut ännu inte fattats. Capgemini yrkar att de förnyade konkurrensutsättningarna ska göras om och anför bl.a. följande. Capgemini är antagen som ramavtalsleverantör på de områden som ansökan om överprövning gäller. De nu aktuella avropen syftar inte till att tilldela kontrakt med alla villkor fastställda för bestämda projekt. Syftet med, eller i varje fall resultatet av, avropen är i stället att träffa nya ramavtal med endast en leverantör. Avropen har gjorts vid ett och samma tillfälle av i princip alla tänkbara typer av konsulter och inom alla kompetensområden utom ett för resten av ramavtalets löptid. Det syfte och den målsättning som beskrivs i respektive avropsförfrågan är densamma för varje kompetensområde och beskriver inte ett specifikt behov för ett specifikt uppdrag, utan endast ett tänkbart generellt behov av antingen det som anges eller något annat som kan behöva täcka ett eventuellt behov framöver. Den uppskattade volym i form av antal timmar som anges i underlaget avser hela kompetensområdet, utan uppdelning på de olika typer av roller/kompetenser som efterfrågas. HaV lämnar inte heller några garantier gällande volymen. I avropsförfrågningarna anges vidare att "beställningar" av resurskonsultuppdrag kommer att ske enligt det avtal som nu upprättas, vilket måste betyda att HaV ska

kunna göra beställningar med de avropade avtalen som grund. Kontrakt kommer således att träffas först efter ytterligare avrop/beställning från de nu upphandlade avtalen, vilket innebär att HaV:s avrop i själva verket utgör ”ramavtal i ramavtalet”. Detta strider mot det underliggande ramavtalet och mot LOU och det som leverantörerna haft att förvänta sig såväl i förhållande till LOU som utifrån vad som framgått av upphandlingen av ramavtalet och den vägledning och andra stöddokument som Statens inköpscentral tillämpar för ramavtalet. HaV:s agerande strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och Capgemini har förtagits möjligheten att som ramavtalsleverantör få avrop och leverera enligt det underliggande ramavtalet under hela dess resterande löptid. Capgemini har således lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

HaV bestrider bifall till ansökan och framför bl.a. följande till stöd för sin inställning. HaV har genomfört åtta förnyade konkurrensutsättningar på sex av de sju anbudsområden som ingår i Kammarkollegiets ramavtal för IT-resurskonsulter. Fem av dessa förnyade konkurrensutsättningar är föremål för denna överprövning. Uppdragen är tydligt specificerade och beskrivna i avropsförfrågningarna, liksom hur dessa ska levereras, dess omfattning och under hur lång tid uppdragen löper. Uppdelningen i åtta avrop har skett för att avropen är specifika och avser olika skilda tjänster. Uppdelningen innebär också att många potentiella leverantörer getts möjlighet att lämna anbud. Det innebär att IT-konsulttjänsterna vid HaV specificerats och bestämts för de olika anbudsområdena som finns inom ramavtalet. Den omständigheten att avropen görs vid ett och samma tillfälle innebär inte att de tjänster som ska utföras inom varje enskilt anbudsområde inte är specificerade var för sig. Den förnyade konkurrensutsättningen inom ramavtalsområde ”systemintegration och systemutveckling” (område 4) är vidare villkorad på så vis att kontrakt ska tilldelas tre olika leverantörer. Avropen som gjorts är endast en del av HaV:s samlade behov och avrop av IT-relaterade tjänster. HaV efterfrågar konsulter på kompetensnivå 4 för samtliga de förnyade konkurrensutsättningar som ansökan om överprövning avser. HaV kommer att genomföra nya avrop genom förnyade konkurrensutsättningar för konsulter av nivå 3 eller nivå 5 när behov av dessa IT-resurskonsulter uppstår. Nya avrop

kommer vidare att genomföras om behov uppstår av konsulter för andra projekt inom myndigheten, oavsett konsultnivå. Capgemini har således inte fråntagits möjligheten att delta i framtida förnyade konkurrensutsättningar inom dessa områden. HaV har avropat s.k. ”timbanker” för de olika avropsområdena, för att senare komma överens med leverantören om exakt när dessa timmar ska levereras. I de avrop som avses i ansökan är det fråga om att utföra uppdrag på löpande räkning för HaV. De IT-konsulttjänster som avropas avser utvecklingsarbete inom IT. För att hushålla med myndighetens medel och få effektiva konsultuppdrag, sker HaV:s IT-utveckling agilt på löpande räkning. Det ligger i sakens natur att IT-utvecklingsarbete inom det konsultramavtal som avropen avser vanligtvis sker på löpande räkning. Det finns inte några hinder mot att, såsom skett, avropa löpande tjänsteuppdrag. HaV har i avropsförfrågningarna specificerat och angett det högsta belopp som kan komma att utbetalas, för att alla potentiella anbudsgivare ska ges möjlighet att lämna väl avvägda anbud. Capgemini har tagit del av dessa uppgifter och gett in anbud och har således erhållit all tillgänglig information och fått en god och rättvis chans. Omfattningen av de olika avropen är klart och tydligt specificerad för varje anbudsområde var för sig. Omfattningarna är angivna var för sig på de olika områdena, med delvis stora variationer. HaV har ett löpande behov av IT-konsulter inom de väl specificerade områden som anges och har tydligt exemplifierat konsulternas roller. HaV har ett behov av konsulter som utför de löpande uppdragen på plats hos HaV över längre tid och det är av yttersta vikt att säkerställa att kompetens finns kontinuerligt över en längre tidsperiod. Det vore därför inte ekonomiskt försvarbart att genomföra årsvisa avrop av konsulter. Den angivna omfattningen återspeglar HaV:s specificerade behov och HaV:s inriktning är att alla angivna timmar ska levereras. Det ligger vidare i sakens natur att agil IT-utveckling inte är möjlig att fullt ut definiera på förhand då det avser ett utvecklingsarbete som förändras under arbetets gång. Vid det som i avropsförfrågningarna anges som ”beställningar” kommer HaV att kontrollera att av leverantören offererad kandidat uppfyller de krav som ställs i avropsförfrågan. Det syftar således inte till att fastställa villkor vid ett senare tillfälle, utan alla villkor är fastställda i och med genomförda avrop. Underlaget är

transparent och alla anbudsgivare har behandlats på ett likvärdigt sätt. Capgemini kan inte heller anses ha lidit någon skada eftersom Capgemini, liksom övriga ramavtalsleverantörer, har getts tillfälle att lämna anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

Upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Det här framgår av 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

Av 7 kap. 9 § LOU framgår följande. Vid en förnyad konkurrensutsättning ska de leverantörer som är parter i ramavtalet inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får, om det är nödvändigt, preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Vid tillämpning sådan tillämpning ska

1. den upphandlande myndigheten för varje kontrakt som ska tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,
2. den upphandlande myndigheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,
3. anbuden lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten inte ta del av innehållet i anbuden innan den angivna svarstiden har löpt ut, och
4. den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet.

Bedömning

Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod (1 kap. 20 § LOU). Med tjänstekontrakt avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än byggtreprenadkontrakt (1 kap. 21 § LOU). Ett ramavtal fastlägger helt eller delvis villkoren för flera, eventuella framtida anskaffningar under en given tidsperiod (genom kontrakt), medan ett kontrakt avser en faktisk anskaffning (se prop. 2015/16:195 s. 514 f.). Om ett kontrakt utgör ett ramavtal eller inte i LOU:s mening är beroende av de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet och bedömningen måste därför utgå från de villkor som ställs upp i de upphandlade kontrakten och den information som anbudsgivarna fått del av genom upphandlingsdokumenten.

I de avropsförfrågningar som ligger till grund för de förnyade konkurrensutsättningar som är föremål för Capgeminis ansökan finns angivet vilken typ av konsulter och vilken kompetensnivå på konsulterna som HaV efterfrågar under den kommande avtalstiden. De konsulter som efterfrågas är resurskonsulter inom användbarhet och tillgänglighet (Område 1), resurskonsulter inom verksamhetsanalys, modelleringsledning, kravanalys och systemanalys (Område 2), resurskonsulter inom IT-arkitekt, lösningsarkitekt och mjukvaruarkitekt (Område 3), resurskonsulter inom test & testledning (Område 5), samt resurskonsulter inom projektledning, teknisk projektledning och scrum master (Område 6). De tjänster som HaV efterfrågar får enligt förvaltningsrättens mening sägas vara tydligt definierade i avropsförfrågningarna. HaV har vidare, för respektive anbudsområde, angett en uppskattad volym i antal timmar. Det konstateras dock att HaV i samtliga avropsförfrågningar angett att volymen både kan understiga och överstiga de uppskattade volymuppgifterna samt att HaV inte lämnar några garantier gällande volym för kommande avtalstid (avsnitt 2.1 i avropsförfrågningarna).

Mot bakgrund av det här står det enligt förvaltningsrättens mening klart att HaV i det här fallet inte åtagit sig att anskaffa en viss bestämd prestation

mot en viss ersättning. Den prestation som HaV efterfrågar styrs av det behov som faktiskt uppstår under avtalstiden och även om det framstår som troligt att HaV kommer att beställa ett stort antal konsulttimmar från respektive leverantör garanteras inte några volymer. HaV är inte heller förpliktigt att i viss utsträckning efterfråga de upphandlade tjänsterna. Med hänsyn till det som kommit fram anser förvaltningsrätten att de avrop som gjorts med stöd av ramavtalet huvudsakligen har karaktären av egna ramavtal. Avrop från ett ramavtal som inte resulterar i tilldelning av ett kontrakt utan i ett nytt ramavtal, strider enligt förvaltningsrättens mening mot bestämmelserna i 7 kap. LOU (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3713-17).

Frågan blir då om Capgemini, som är en av leverantörerna på ramavtalet och som lämnat anbud i de nu ifrågasatta förnyade konkurrensutsättningarna, har visat att man lidit eller kan komma att lida skada med anledning av att avtalen inte resulterat i tilldelning av kontrakt utan i nya ramavtal. Capgemini har härvid påtalat att man nu uteslutits från möjligheten att leverera enligt det underliggande ramavtalet under hela dess löptid och menat att situationen i skadehänseende är att jämföra med den då ramavtal sluts för längre tid än fyra år, med följden att en leverantör utestängs från marknaden under otillbörligt lång tid och går miste om att konkurrera om ytterligare uppdrag, trots att denne deltagit i upphandlingen av ramavtalet.

Avtalstiden för vart och ett av de nu aktuella avropen uppgår till maximalt 48 månader. Det innebär att avtalen senast löper ut samtidigt som det underliggande ramavtalet. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan Capgemini, till följd av att de upphandlade avtalen har karaktären av ramavtal och inte tjänstekontrakt, inte sägas ha lidit eller riskerat att lida skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU. Det saknas därför grund för ingripande enligt LOU. Ansökan ska följaktligen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Elin Ruthström
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

