



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2017-11-02

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12261-17

SÖKANDE

Cygate AB, 556549-8952

Box 6084

171 06 Solna

Ombud: Advokat Pernilla Norman

Lindskog Malmström Advokatbyrå KB

Box 27707

115 91 Stockholm

MOTPART

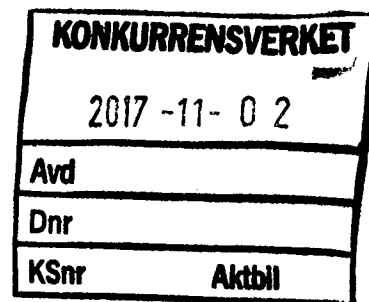
Försäkringskassan

Rättsavdelningen

103 51 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Försäkringskassans upphandling

(dnr 047982-2016) ska göras om.

Dok.Id 901092

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Försäkringskassan genomför en upphandling av datacenterinfrastruktur (dnr 047982-2016) baserad på Kammarkollegiets ramavtal ”Datacenter Rikstäckande”. Upphandlingen sker i form av förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). I tilldelningsbeslut daterat den 11 maj 2017 meddelade Försäkringskassan att man avser att sluta kontrakt med Atea Sverige AB (Atea).

Cygate AB (Cygate) yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund anges att avropsförfrågan strider mot principerna om transparens, förutsebarhet, öppenhet och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU samt strider mot 5 kap. 7 § LOU.

Försäkringskassan bestrider ingripande enligt LOU.

VAD PARTENA ANFÖR

Cygate

I avropet anger Försäkringskassan i grunden ett helt annat upphandlingsföremål än föremålet för ramavtalet. Ramavtalets föremål är de produkter och tjänster som fordras för att tillhandahålla en datacenterlösning. Avropet avser rådgivnings-, design- och installationstjänster för framtida inköp där Försäkringskassan avser att fritt välja fabrikat, modeller etc. på ett helt ospecificerat sätt. Rådgivningen är en väsentlig del av avropets föremål. Avropet avser inte någon specificering eller konkretisering i förhållande till ramavtalet, vilket fordras enligt 5 kap. 7 § LOU. Någon datacenterinfrastruktur, vilket utgör föremålet för ramavtalet, avropas inte utan avses bli föremål för senare upphandling/beställning. Cygate hänvisar till ramavtalets förfrågningsunderlag och dess kravkatalog, särskilt punkterna 4.1.5 och

4.1.9 och att listan är uttömmande i punkt 4.2 över de konsulttjänster som ingår i ramavtalet. Cygate hänvisar här också, avseende rådgivningsreferenser, till talan från InfrontIT Partner AB (Infrontit) (förvaltningsrättens mål nr 12166-16). Avropsupphandlingen utgör en ramavtalsupphandling med en enda leverantör enligt 5 kap. 4 § LOU och även en otillåten direktupphandling. Grund finns för att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Försäkringskassan frångår ramavtalet också genom att avropa utifrån konsultbolaget Gartners modell Magic Quadrant (MQ) med listor över produkter kategoriserade inom olika områden som Gartner bedömer intressanta över tid. Försäkringskassan kräver så omfattande produktbredd som möjligt. Mervärde ges för bredd i utbud och erfarenhet av produkterna och produktkategorierna i MQ-modellerna. Modellerna används i kravställningen så att fabrikat- och produktbredd premieras hos leverantörerna. Det är inte förenligt med ordalydelsen och syftet med 5 kap. 7 § LOU. Endast funktionellkravställning används får användas vid avrop. MQ-modellerna är så omfattande och, i förhållande till en enskild leverans, så abstrakta att de inte utgör sådan precisering eller komplettering som under vissa förutsättningar tillåts vid avrop enligt 5 kap. 7 § LOU. Vad som medges i ramavtalets kravkatalog är möjligheten att ställa krav på den hårdvara som upphandlas, vilket MQ-modellerna inte gör. Försäkringskassans förfarande strider mot LOU genom att MQ-modellerna inte ingår i ramavtalet, Försäkringskassan avviker därmed från Kammarkollegiets ramavtalsupphandling på sätt som går utöver utrymmet för justeringar, förtydligande och konkretisering i 5 kap. 7 § LOU. Den befintliga datahallen i nuläget har cirka 15 fabrikat, varav det största antalet inte finns med bland de sammanlagt 85 fabrikaten i MQ:s sex kvadranter. Kvadranterna är avsedda för hela IT-branschen inte för en enskild myndighet. Vissa fabrikat säljs inte längre på den svenska marknaden eller i övriga Europa. Några av fabrikaten finns inte längre kvar och andra har förvärvats av andra leverantörer och saluförs numera som andra fabrikat.

Detta gör att Försäkringskassans sätt att använda MQ-modellerna strider mot proportionalitetsprincipen. Genom att anbud värderas och premieras i förhållande till bredd av produkter och kategorier som delvis saknar relevans i förhållande till avtalsföremålet, gynnas större leverantörer i strid med likabehandlingsprincipen. Härvid tilläggs att ett antal av de fabrikat/produkter som bl.a. Atea har tilldelats värde för är oriktigt åberopade inom anbuden genom att utgöra fabrikat/produkter som inte finns kvar på marknaden eller är ytterst sällsynta. Försäkringskassan borde ha misstänkt detta och kontrollerat uppgifterna. Genom att inte vidta de åtgärder som Försäkringskassan haft rätt till genom ordalydelsen i förfrågningsunderlaget, har Försäkringskassan otillbörligt gynnat dessa anbudsgivare. Försäkringskassan har i dessa delar handlat i strid med principerna om transparens, öppenhet och likabehandling.

Upphandlingen strider mot upphandlingsrätten även på det sätt som priser efterfrågas. Ramavtalen innehåller inte några prisuppgifter. Däremot framgår i ramavtalsupphandlingen de prismodeller som omfattas och kan användas vid avrop. Försäkringskassans ska-krav om prissättningsmodell innebär bl.a. långtgående krav på information om anbudsgivarnas affärshemligheter i form av deras marginaler gentemot produktleverantörerna. Denna uppgift är inte del av ramavtalsupphandlingen och det är inte förenligt med LOU att uppställa sådana krav. Prismodellens ”marginal” i procent för påslag på försäljning av hårdvara, support och service (inklusive rådgivning) avviker från gängse betydelse av ”marginal” och modellen har getts ett innehåll som inte är förenligt med ramavtalets alternativ för prissättningsmodeller. Detta strider mot 5 kap. 7 § LOU. Att avgöra vilka marginaler som tas ut är en ingripande del av leverantörens affärsverksamhet och kan inte omvandlas till en post i ett anbud. Att efterfråga detta i en offentlig upphandling strider uppenbart och flagrant mot proportionalitetsprincipen. Upphandlade myndighet ska bedöma hur ekonomiskt fördelaktiga anbuden är, vilket inte låter sig göras genom marginal i procent. Att lägga

till rådgivning utgör också en otillåten utvidgning av upphandlingsföremålet och en väsentlig förändring i förhållande till ramavtalsföremålet. Inte bara upphandlar Försäkringskassan rådgivningstjänster, utan fäster därtill mycket stor vikt vid just dessa konsulttjänster. Det kan därmed inte vara något som ingår i vanlig införsäljning. Att ställa krav på referenser på ett så omfattande och avgörande sätt för vanlig införsäljning som ska ingå i priset skulle på ett påtagligt sätt strida mot proportionalitetsprincipen.

Avropets prismodell står vidare i strid mot LOU genom att leverantören saknar möjlighet att prissätta den konsulttjänst för rådgivning som efterfrågas. Rådgivning är enligt avropsförfrågan kopplad till ett behov där leverantören hjälpt kunden att välja lämplig lösning, inte designat en lösning. Dessa konsulttjänster ingår inte i leverantörens allmänna kundåtagande och måste rimligen prissättas separat. Modellen brister i proportionalitet och transparens genom att det inte är möjligt att förutse rådgivningens omfattning och göra en affärsmässig beräkning och inkludera kostnaderna i den (enda) marginal som ska anges i prismatrisen. Avropet har dessutom utformats så att endast en enda marginalnivå får anges, dvs. samma nivå oavsett vilka produkter Försäkringskassan beställer. Detta avviker från vad som är sedvanligt i branschen.

Det är också oproportionerligt i sig att Försäkringskassan går in och styr hur anbudsgivarna ska bedriva sina affärer, så långtgående som på nivån om hur och på vilken typ av enheter anbudsgivaren ska beräkna kostnader och marginaler. Förfrågningsunderlaget innehåller dessutom det ännu mer ingripande kravet att leverantören på begäran ska uppvisa ”styrkt verifikation på inpriser från hårdvaruleverantören” (krav 3.3.2 i Bilaga 1 - svarsbilaga). Detta strider mot sedvanliga sekretessklausuler i avtalen med hårdvaruleverantörerna och är inget som upphandlande myndighet har med att göra. I punkterna 1.2 och 1.3 kräver Försäkringskassan rätt att förhandla med anbudsgivarens hårdvarutillverkare. Det är långt ifrån säkert att alla hårdvaru-

leverantörer godtar en sådan förhandlingsordning. Det är ganska osannolikt att detta ger anbudsgivaren en starkare förhandlingsposition. Någon möjlighet att delge sådana prisuppgifter till Försäkringskassan finns inte utan att göra sig skyldig till avtalsbrott. Den upphandlande myndigheten ska inte fatta leverantörens affärsmässiga beslut. Kravet saknar grund i hur affärslivet fungerar, det är en kommersiell orimlighet och strider mot proportionalitetsprincipen.

Upphandlingen är utformad som ett ramavtal med successiva leveranser där leverantören ska agera rådgivare till Försäkringskassan vid val och leveranser av datacentraler och kommunikationsinfrastruktur. Omfattningen av arbetet beror på hur lösningar designas, vilka produkter som slutligen väljs ut och andra, vid tiden för anbudet okända faktorer. Ändå uppställs ska-krav att den marginal som ska offereras ska innefatta allt leverantörens arbete med att t.ex. ta fram underlag för enskilda offertförfrågningar inför beställningar under avtalstiden. Att prissätta framtida arbete kan lösas med en mängd för leverantören mindre ingripande åtgärder. Även på denna punkt strider upphandlingen mot proportionalitetsprincipen.

Ett förfarande med Request for Information (RFI) ingår inte som del av en upphandling utan är en sondering av marknaden som en del av förarbetet inför denna. Ingen av parterna är bundna av frågor respektive svar. Svaren måste beaktas och tolkas i sammanhanget av både frågan och övriga förutsättningar som anges i svaret. Försäkringskassan bör inte se RFI som ett smörgåsbord och t.ex. ta någon del av en föreslagen prissättningsmodell medan man inte tar med andra delar av samma modell. Cygates förslag på prismodell med påslag på inköpspriset, enligt en av modellerna i Kammarkollegiets kravkatalog, kan t.ex. inte förenas med att endast ett enda procenttal för påslag tillåts oavsett produkt/tjänst som offereras, att konsulttjänster för rådgivning ska ingå i påslaget, eller att Försäkringskassan ska ges rätt att förhandla direkt med tillverkarna. Dessa parametrar finns inte heller med i

den modell som Kammarkollegiet föreslår. Att leverantören är transparent och visar beställaren sina inköspriser, vartill kommer kostnader för frakt, tull m.m. är inte samma sak som att leverantören skulle visa det pris man betalar tillverkaren och som är sekretessbelagt enligt avtal.

Försäkringskassan uppställer i avropsupphandlingen också ska-krav på hur Försäkringskassan och ramavtalsleverantören ska arbeta tillsammans under avtalstiden, se appendix 2 (Processbeskrivning) i avropsförfrågan. Detta omfattas inte av ramavtalsupphandlingen och strider därmed mot 5 kap. 7 § LOU.

Försäkringskassan har slutligen tagit ovidkommande hänsyn. Detta har gjorts genom att anbudsgivaren Atea fått otillbörlig förmån. Chefen för Försäkringskassans datacenter var ledamot av upphandlingens styrgrupp. Under tiden då upphandlingen pågick, efter det att anbud lämnats in, avslutade han sin anställning och började som försäljningschef vid Atea i Sundsvall. Att en chef gått över till en av anbudsgivarna har påverkat upphandlingen. Upphandlingen kan ha utformats på sätt som gynnar Atea. Även om personen inte själv deltagit i utvärderingen har hans underställda (och sedermera f.d. underställda) personal deltagit. Eftersom det inte har förflutit någon tid, utan övergången blev känd under upphandlingen, föreligger risk för jäv och otillbörligt gynnande på ett konkret och påtagligt sätt. Detta utgör en självständig grund för att upphandlingen ska göras om.

Försäkringskassans handlande i strid med LOU och upphandlingsrätten i övrigt har lett till att Cygate riskerar att lida skada. Cygate är ramavtalsleverantör och har omfattande erfarenhet och kunskap inom det område upphandlingen avser. Genom att Försäkringskassan utformat avtalet så att Cygate inte till fullo kan svara mot förfrågan utan att röja för Cygate synnerligen känsliga affärshemligheter och bryta mot sekretessbestämmelser i av-

tal med dess leverantörer har Cygate inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen.

Försäkringskassan

Försäkringskassan har följt ramavtalets bestämmelser och tillämplig lag vid avropet. Cygates svar visar på hög kvalitet och kompetens, vilket dock inte räckte för att vinna avropet. Avropsföremålet avviker inte från vad ramavtalet ger möjlighet till. Avropet omfattar de tjänster och produkter som ingår i ramavtalet, nämligen att tillgodose Försäkringskassans behov av datacenter- och kommunikationslösningar i form av produkter samt tillhörande konsult- och supporttjänster. Försäkringskassan har tagit fasta på möjligheten till konkurrens med en stor bredd av produkter och avser att få till stånd ett kontrakt som med hjälp av leverantörens expertis ger rätt produkter och rätt lösning vid rätt tillfälle snarare än att löpande byta ut komponenter mot nya av samma märke. Att använda MQ-modellen på det sätt som utförligt beskrivs i avropsförfrågan ger transparens och är proportionerligt i förhållande till ändamålet vad gäller hårdvara. Ramavtalet ställer inte upp något hinder mot att en avropande myndighet använder sig av MQ-modellen. Tvärtom anges i ramavtalets kravkatalog att det vid avrop kan komma att ställas krav på hårdvara, vilket ger avropande myndighet möjlighet att utforma krav som tillgodoser behovet. Det är svårt att se relevansen i Cygates påstående att en del av Försäkringskassans befintliga hårdvarukomponenter inte omfattas av modellen, eftersom avropet är framåt-syftande och avser att åstadkomma en bättre situation, se punkt 1.3.3 i avropsförfrågan. Det kan inte vitsordas att ramavtalet skulle förhindra avropande myndigheter att ställa krav på hårdvara på sätt som gjorts i avropet.

Att ställa krav på en prismodell som avviker från vad som kan vara sedvana i en bransch innebär inte att kravet per automatik skulle strida mot någon av de grundläggande principerna inom upphandlingsrätten. Under rubriken

”Pris och prismodell” i ramavtalets kravkatalog anges att det i avrop kan komma att ställas krav på pris. Där lämnas exempel på prismodeller. Som framgår av ordalydelsen är uppräkningskatalogen inte uttömmande och Försäkringskassan har utformat kravet bl.a. med hänsyn till leverantörernas svar på RFI.

Samtliga ramavtalsleverantörer svarade att de kunde vara transparenta angående prissättningen. Några passade på att framföra råd i sammanhanget men ingen framförde att detta skulle avslöja affärshemligheter, förutsätta avtalsbrott, inkräkta på hur de bedriver sin affärsverksamhet eller vara oproportionerligt på något sätt. Tvärtom andas svaren förståelse för Försäkringskassans önskan att kunna förstå hur och varför priset sätts i varje läge. Försäkringskassan hänvisar till Cygates eget RFI-svar i vilket det framgår att Cygate är inställt på att frångå vanliga rabattmetoder och offerera en marginal som ska läggas på faktiska och redovisade inköpspriser. Cygate, liksom övriga som svarat i avropet, har godtagit kravet som det är ställt.

I ramavtalets allmänna villkor definieras konsulttjänst som ”Resurstjänst eller Uppdragstjänst”. Samarbetsformen med rådgivning är en integrerad del av processen att välja hård- och mjukvara för Försäkringskassans datacenters infrastruktur. Även ramavtalets särskilda villkor för konsulttjänster indikerar att en sådan samarbetsform inte ska behandlas som en konsulttjänst, se punkt 1.1. Enligt ramavtalets kravkatalog får krav på olika typer av samarbetsformer ställas i avrop. Att Försäkringskassan och leverantören tillsammans ska kunna diskutera pris med hårdvaruleverantörerna hindras inte av ramavtalet. Det upplägget ger vidare leverantören en starkare position än man annars skulle ha haft gentemot hårdvaruleverantörerna. Alla ramavtalsleverantörer har svarat att de kan uppfylla kravet.

Cygates påstående avseende att rådgivningen är en konsulttjänst som inte tillåts i ramavtalet är felaktigt. I sitt svar enligt RFI har Cygate accepterat kravet och inte uppfattat rådgivningen som en konsulttjänst och det är inte

heller så den har behandlats i avropet. Rådgivning kring hårdvara utifrån kundens behov av lösning är en nödvändig del redan av varje leverantörs produktinförsäljning såväl som av kundens val. I ramavtalets kravkatalog anges att det vid avrop kan ställas krav på olika typer av samarbetsformer och det är som en sådan den avsedda rådgivningen ska ses. Det är inte en separat tjänst som leverantören kan debitera för särskilt, utan en integrerad del av samarbete som leverantören avses få ekonomisk täckning för inom den marginal som fastställs i avropet.

Det saknas fog för Cygates påstående om otillbörlig förmån. Försäkringskassan har säkerställt att utvärderingen gjorts utifrån de uppställda kriterier som finns angivna i avropsförfrågan och att utvärderingen inte har påverkats av vilken ramavtalsleverantör som har svarat. Den person som Cygate anser ha medfört risk för otillbörlig påverkan kopplades bort från avropet så snart det blev känt att han skulle lämna Försäkringskassan. När utvärderingen därefter skedde hade personen inte längre behörighet för åtkomst till någon information kring avropet. Cygate har inte visat att något fel har begåtts som gör att domstolen ska ingripa mot avropet.

Försäkringskassan tillbakavisar också Cygates påstående om att avropet utgör en otillåten direktupphandling, eller en ny ramavtalsupphandling med en enda leverantör. Avropet har ett tydligt angivet föremål inom vad ramavtalet medger, och som ska resultera i ett kontrakt med tydliga ekonomiska villkor, förpliktelser och krav som parterna ska uppfylla. Försäkringskassan tillbakavisar också påståendena om felaktigheter vid utvärdering av referenser. En aviserad möjlighet för myndigheten att begära in uppgifter eller bevis innebär ingen skyldighet att göra det. Det har inte skett något otillbörligt gynnande. Det är Cygate som har att visa en adekvat kausalitet mellan styrkta förfarandebriter i avropet och en styrkt skada för bolaget.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Av lagens övergångsbestämmelser följer att den upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämpas för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet. Vid förnyad konkurrensutsättning enligt ramavtal vars förfarande påbörjades före ikraftträdandet av den nya lagen ska de äldre bestämmelserna tillämpas, prop. 2015/16:195 s. 918 f.. Kammarkollegiet ingick ramavtalet före den 1 januari 2017, tillämplig lag är därför 2007 års lag, som i denna dom förkortas LOU.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt och iaktta bl.a. principen om proportionalitet.

Av 5 kap. 2 § andra stycket LOU får parterna, vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal, inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

Av 5 kap. 7 § första stycket LOU följer att vid förnyad konkurrensutsättning får ramavtalets villkor, om det är nödvändigt, preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan

komma att lida skada, rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas, prop. 2006/07:128 s. 132.

Aktuella krav i avropsunderlag m.m.

1.6.2 Svarsbilaga-Kravspecifikation

Samtliga krav i Svarsbilaga 1 ska besvaras.

Leverantören förväntas ge så utförliga svar på hur kraven uppfylls att de ger tillräcklig information i utvärderingsarbetet.

1.7.3.1 Erfarenhet av rådgivning

Försäkringskassan efterfrågar en partner med erfarenhet av att agera rådgivare och i syfte att utvärdera det ges ramavtalsleverantören möjlighet att redogöra för maximalt 10 stycken namngivna referenser där ramavtalsleverantören eller underleverantör varit rådgivare i lösningsval inom områden som ingår i detta avrop.

Affären ska vara genomförd 2014 eller senare och rådgivning ska ha varit en vital del av lösningsvalet för kunden. Med vital del avser Försäkringskassan att kund ska ha efterfrågat råd kopplat till ett behov och där leverantören hjälpt kunden att välja en lämplig lösning. Till rådgivning ingår inte att leverantören svarat på ett anbud med ett lösningsförslag.

Lösningförslaget som ingår i referensen ska vara fullt driftsatt och accepterat av kund.

Angivna referenser ska vara vidtalade och Försäkringskassan ska ha möjlighet att själva inhämta synpunkter från dessa för verifiering. Om kontaktad kund inte styrker referensens innehåll så ges leverantören möjlighet att klargöra om ett missförstånd föreligger, om ingen acceptabel förklaring kan ges stryks referensen. Som ett led i att leverantören lämnat felaktig referens kommer samtliga av leverantörens referenser att kontrolleras.

Referenserna dokumenteras i Bilaga 5 Referensformulär lösningsrådgivning krav 1.1.6. Endast fullständigt ifyllda referenser kan tillgodoräknas.

Poäng sätts enligt följande:

1p per referens (max 10 poäng)

0p: Inga referenser

Förvaltningsrättens bedömning

Prövningen

Cygate har anfört ett antal olika invändningar mot Försäkringskassans avrop. Invändningarna kommer att prövas var för sig.

Användandet av Gartners Magic Quadrant-modell

Inledningsvis har Cygate invänt att det var felaktigt att använda Gartners Magic Quadrant-modell. Modellen anses sakna stöd i 5 kap. 7 § LOU eftersom bestämmelsen anger att ett avrop måste vara en precisering i förhållande till ramavtalet. Det finns enligt Cygate även en stor diskrepans mellan den hårdvara som finns i Försäkringskassans befintliga datahall och den hårdvara som efterfrågas i upphandlingen. Vissa fabrikat säljs inte i Europa längre och modellen är inte heller avsedd för en enskild myndighet.

Detta gör att användandet av modellen står i strid med proportionalitetsprincipen eftersom modellen saknar koppling till upphandlingsföremålet. Vidare anger Cygate att modellen inte är tillåten att avropa eftersom den inte finns specificerad i Kammarkollegiets underlag.

Cygate har angivit att ett antal poster som ingår i Magic Quadrant-modellen inte ingår i Försäkringskassans befintliga datahall och att kraven därmed saknar koppling till upphandlingsföremålet. Av åberopat material i målet framgår emellertid att upphandlingen avser att täcka Försäkringskassans framtida behov av produkter. Förvaltningsrätten anser därför att de produkter som finns i Försäkringskassans befintliga datahall inte är ett relevant jämförelseunderlag för rättens bedömning. Det är inte heller relevant för förvaltningsrättens bedömning att modellen inte är avsedd specifikt för en enskild myndighet. Det står Försäkringskassan fritt att välja vilka produkter som anses vara nödvändiga för utvärderingen, förutsatt att de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU inte träds för när. I detta fall har Försäkringskassan bedömt att de produkter som ingår i MQ-modellen kan komma att bli relevanta vid framtida beställningar. Det har inte framkommit något i målet som ger förvaltningsrätten skäl att misstro Försäkringskassan i detta avseende. Det har därmed inte framkommit att modellen är vald för att gynna eller missgynna någon leverantör eller att modellen skulle vara olämplig i något annat avseende. Förvaltningsrätten anser inte heller att den omständigheten att modellen uttryckligen inte finns angiven i ramavtalet medför att förfarande står i strid med ramavtalets utformning mot bakgrund av ramavtalets mycket vida tillämpningsområde.

Urvalet av produkter har inte heller namngivits i strid med bestämmelsen i kravkatalogen 4.1.5 i bilaga Kravkatalog till Kammarkollegiets förfrågningsunderlag eftersom namngivandet har skett i syfte att genom utvärdering kunna tilldela kontrakt. Förvaltningsrätten uppfattar inte att dessa produkter per automatik kommer att beställas i ett senare skede och att det

skulle vara i detta syfte namngivandet har skett. Det har därför varit tillåtet att ange ett urval av produkter för att kunna utvärdera anbuderna och välja leverantör. Förfarandet har således av ovan angivna skäl inte skett i strid med 5 kap. 7 § LOU. Försäkringskassans val av produktkategorisering kan inte heller i övrigt anses stå i strid med de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU. Försäkringskassans förfarande i detta avseende har därmed haft stöd i ramavtalet och kan således inte heller anses vara en otillåten direktupphandling. Dessa invändningar utgör inte skäl för åtgärd.

Prismodellen

Cygate har även angivit att Försäkringskassan har valt en prismodell som saknar stöd i ramavtalet och att den avviker från gängse bruk på marknaden.

I denna del noterar förvaltningsrätten att uppräkningsav de möjliga utvärderingssätten avseende pris i ramavtalets bilaga kravkatalog Datacenter inte är uttömmande. Detta innebär att vald prismodell inte behöver vara identisk med i ramavtalet angivna prismodeller. Förvaltningsrätten noterar vidare att påslag på inköpspris och rabattsats mot allmänt gällande publik prislista finns medtagna som exempel. Den valda prismodellen kan således inte i något väsentligt avseende anses avvika från uppräkningsavdelningen under rubriken Pris och prismodell, vilket medför att prismodellen är tillåten enligt ramavtalet. De omständigheterna att leverantörer på marknaden ofta har olika marginal på olika produkter och att prismodellen av vissa kan uppfattas vara ovanlig medför inte att prismodellen står i strid med 1 kap. 9 § LOU. Inte heller denna invändning utgör skäl för åtgärd.

I fråga om prismodellen har Cygate även anfört att den framtvingar att leverantörer avslöjar information som är affärshemligheter, till exempel marginaler och vilka priser som har förhandlats fram med underleverantörer. Förvaltningsrätten anser inte att en anbudsgivare är bunden av sådan kommunikation och sådana uttalanden som lämnas vid RFI-förfaranden. Det

som förvaltningsrätten ska bedöma är således kravet såsom det är utformat i avropsförfrågan, nämligen om det är tillåtet enligt LOU att kräva in detaljerade uppgift om leverantörers inköspriser i en upphandling. Av utredningen i målet har framkommit att en leverantör förväntas redovisa alla beståndsdelar i de inköspriser som leverantören har förhandlat fram med sina underleverantörer, prissättningen ska således vara helt transparent. Försäkringskassan har angivit att syftet med kravet är att säkerställa låga priser. Förvaltningsrätten anser att ett sådant krav i och för sig kan vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå detta syfte. Det finns emellertid mindre ingripande metoder för att säkerställa Försäkringskassans kontroll av leverantörens prissättning och avtalsuppfyllnad i detta hänseende, jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom den 4 juni 2014 i mål nr 5586--5593-13. Kravet är därmed utformat i strid med proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten instämmer i Cygates bedömning att en leverantör riskerar att ta skada i konkurrenshänseende av att dessa uppgifter blir allmänt kända. Det ställda kravet kan därför försvåra deltagandet i upphandlingen. Cygate hade även sannolikt kunnat utforma sitt anbud på ett mer konkurrenskraftigt sätt om kravet inte hade varit utformat på nu aktuellt sätt. Förvaltningsrätten anser således att det är sannolikt att Cygate åtminstone kan komma att lidit skada av nu aktuellt krav.

Deltagande i möten

Cygate har anfört att Försäkringskassans krav att få delta i leverantörens möten med underleverantörer står i strid med LOU och ramavtalet. I ramavtalet framgår emellertid att krav kan komma att ställas på parternas samarbete. Försäkringskassans krav på samarbetsformerna i detta avseende kan inte anses vara en alltför långtgående tolkning av ramavtalets bestämmelser och kan inte heller anses stå i strid med LOU. Vad avser rövande av principer om prissättning m.m. hänvisas till förvaltningsrättens bedömning ovan.

Krav avseende rådgivning

I avropsförfrågan har Försäkringskassan även angivit att erfarenhet av rådgivning är en viktig faktor i upphandlingen som tillmäts stor betydelse vid tilldelning av kontraktet. Cygate har uppfattat denna omständighet som att Försäkringskassan avser att avropa konsulttjänster som stöd för val av hårdvaruinköp. Försäkringskassan har anfört att rådgivningen är en del av leverantörens produktinförsäljning och att leverantören ska få täckning för kostnader i denna del genom den marginal som läggs på inköpspriset och att rådgivningen därmed inte är en konsulttjänst som ska avropas särskilt. Förvaltningsrätten kan konstatera att det finns vissa otydligheter i avropsunderlaget i denna del, men rätten anser ändå att det framgår av materialet i målet att rådgivningen endast avser stöd vid produktval och att någon beställning av konsulttjänster i det avseende som Cygate gör gällande inte kommer att äga rum. Förvaltningsrätten anser således att Försäkringskassans avrop inte utgör en otillåten direktupphandling. Det framgår även i kravkatalogen att krav får ställas på samarbetsformerna vid utvärderingen, i vilket mötena mellan Försäkringskassan och eventuell leverantör får anses ingå. Vad Cygate har angivit i övrigt om rådgivningserfarenhet i utvärderingsmodellen, även avseende frågan om att referenser har används på ett felaktigt sätt, föranleder ingen annan bedömning. Denna invändning utgör inte skäl för åtgärd.

Cygate har även hänvisat till de invändningar Infrontit har anfört angående Försäkringskassans krav om att tio referenser avseende rådgivning ska anges. Det anförs att kravet är oproportionellt i förhållande till det prisavdrag som angivandet av referenser medger i upphandlingen samt att ett sådant krav missgynnar små och medelstora företag. Förvaltningsrätten noterar i denna del att kravet avser upphandlingens utvärderingsfas och att konsekvensen av att referenser inte lämnas eller underkänns är att anbudsgivarens anbudspris inte reduceras enligt angiven utvärderingsmodell. Konse-

kvensen blir således inte att en leverantör utesluts från vidare utvärdering. Försäkringskassan har vidare angivit i upphandlingsunderlaget att rådgivning är en central del vid val av leverantör samt att avropets värde beräknas vara stort. Förvaltningsrätten uppfattar att kravet avser att belöna leverantörer som besitter stor erfarenhet av sådan rådgivning som är relevant för Försäkringskassan. Att belöna sådan erfarenhet med ett prisavdrag framstår därmed som en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Mot bakgrund av att kravet är ett utvärderingskrav och att det i detta avseende är frivilligt att lämna upp till tio referenser bedömer förvaltningsrätten att åtgärden är nödvändig och att den negativa effekten som åtgärden får kan inte heller kan anses vara oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Samma bedömning görs avseende vilket prisavdrag som är kopplat till varje godkänt referensuppdrag. Förvaltningsrätten anser således att kravets utformning inte strider mot principen om proportionalitet enligt 1 kap. 9 § LOU. Infrontit har även angivit, vilket Cygate får uppfattas ha anslutit sig till, att kravet missgynnar små och medelstora företag, men har inte närmare angivit på vilket sätt detta förhållande skulle ha medfört att Cygate skulle ha lidit skada. Cygates påstående i detta avseende utgör inte skäl för åtgärd.

Förvaltningsrätten anser även att kravet avseende beskrivning av referensernas uppdrag i avsnitt 1.7.3.1 i avropsförfrågan till innehåll är tillräckligt tydligt utformat för att leverantörer ska kunna bilda sig en uppfattning om vad som är viktigt i fråga om referensuppdragets innehåll. Vidare har Försäkringskassan angivit att leverantören förväntas ge så utförliga svar på hur kraven uppfylls att de ger tillräcklig information i utvärderingsarbetet. Det har således framgått att leverantören har varit skyldig att beskriva på vilket sätt kravet har uppfyllts. Denna invändning utgör inte skäl för åtgärd.

Otillräcklig precisering i förhållande till ramavtalet

Vidare har Cygate anfört att det inte är tillåtet att det efter en förnyad konkurrensutsättning återstår villkor som ska bestämmas i ett senare skede, att det inte är tillåtet att ”avropa ett ramavtal från ett ramavtal”. Det finns emellertid inget i ordalydelsen i 5 kap. 7 § LOU som hindrar ett sådant förfarande. Det torde enligt förvaltningsrättens mening inte heller vara ovanligt att det finns situationer vid vilka det inte är möjligt att vid avropsögonblicket med fullständig visshet kunna fastställa samtliga villkor i ett avtal. Svårighet att förutse framtida leveranstider, varierande råvarupriser och liknande kan innebära att det helt enkelt inte är möjligt att bestämma samtliga villkor vid ett avrop. Försäkringskassans avrop avser att välja en leverantör som kan åta sig framtida leveranser av datacenter. Vidare fastställs prisnivåer genom avropet. Förvaltningsrätten anser därmed inte att förfarandet står i strid med 5 kap. 7 § LOU. Cygate har inte heller specificerat vilken skada bolaget kan komma att lida av Försäkringskassans förfarande i detta avseende. Denna invändning utgör inte skäl för åtgärd.

Skyldighet att kontrollera kravuppfyllnad

Cygate har även anfört att Försäkringskassan har varit skyldig att kontrollera kravuppfyllnaden i fråga om de produkter som offererats i enlighet med kravet på Gartner Magic Quadrant-modellen. Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som själv avgör vilka bevis som ska krävas och hur ställda krav ska kontrolleras. Om myndigheten inte har begärt in något bevis i visst hänseende finns heller inget krav på att myndigheten ska genomföra någon kontroll av kravuppfyllnaden. Försäkringskassan har inte ställt några särskilda krav på bevis i fråga om Magic Quadrant-modellen, det har således inte funnits skyldighet för Försäkringskassan att undersöka kravuppfyllnad i detta avseende. Att Försäkringskassan har skrivit att de har rätt att infordra bevis medför inte någon skyldighet att genomföra kontroller. Cygates invändning utgör således inte skäl för åtgärd.

Fråga om otillbörlig påverkan

Slutligen har anförts att en chef på Försäkringskassan som var inblandad i utformandet av upphandlingen har anställts av den vinnande leverantören, samt att upphandlingen av detta skäl kan ha utformats för att gynna den vinnande leverantören. Cygate har i denna den enbart fört allmänna resonemang om vilken eventuell påverkan som kan ha funnits, utan att ha pekat på någon särskild omständighet som faktiskt tyder på otillbörlig påverkan. Cygate kan därmed inte ha gjort sannolikt att Försäkringskassan har agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten har sammanfattningsvis funnit att Försäkringskassan har agerat i strid med LOU och att detta har medfört att Cygate kan komma att lida skada. Felet har begåtts i det konkurrenssökande skedet av upphandlingen. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Olof Holm

Förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 nå 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.