



SÖKANDE

e-Avrop AB, 556533-8133
Danderydsgatan 18
114 26 Stockholm

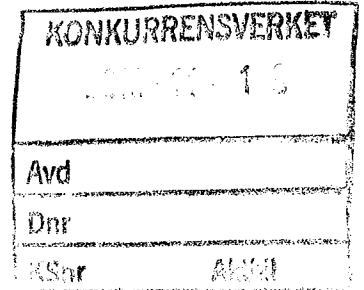
MOTPART

Stockholms stad, Stadsledningskontoret
Allmänjuridiska avdelningen
105 35 Stockholm

Ombud: Stadsadvokat Oscar Jacobsson
c/o Stockholms stad, Juridiska avdelningen
Allmänjuridiska enheten
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Stockholms stads upphandling av ett koncerngemensamt systemstöd för upphandling och avtal ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms stad genomför en upphandling av ett koncerngemensamt systemstöd för upphandling och avtal (220-1523/2017). Upphandlingen genomförs genom ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

e-Avrop AB (e-avrop) ansöker om överprövning och yrkar att Stockholms stad åläggs att avbryta och göra om upphandlingen.

Stockholms stad bestrider bifall till ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA ANFÖR

e-Avrop anför bl.a. följande. Upphandlingen avser rätteligen ett ramavtal. I upphandlingsdokumenten förekommer inslag av både ramavtal och vanligt kontrakt. Det är emellertid tjänsterna vars villkor är av ramavtalskaraktär som frambringar det högsta värdet och därmed utgör upphandlingens huvudsakliga föremål. Av upphandlingsdokumentet punkt 2.12.4 framgår att Stockholms stad medger en långtgående möjlighet för leverantören att ändra avtalad kostnad vid förändring och anpassning av funktioner i Systemstödet. Av upphandlingsdokumentet p. 3.3.1 samt ansökningsinbjudan punkt 1.1.4.2 framgår vidare att Stockholms stad inte lämnar några bindande utfästelser avseende kvantitet. Även de tjänster vars villkor är hänförliga till ett vanligt tjänstekontrakt enligt LOU verkar således vara av ramavtalskaraktär. Avtalstiden i upphandlingen löper med optioner inräknat i tolv år. Ett ramavtal får endast löpa under längre tid än fyra år om det finns särskilda skäl. Eftersom det inte föreligger särskilda skäl är den aktuella avtalstiden otillåten.

Stockholms stad accepterar ESPD (European Single Procurement Document) som preliminär egenförsäkran. Trots detta begär Stockholms stad, enligt ansökningsinbjudan punkt 1.4.8.–1.4.9.12 samt 1.4.10–1.4.12, att leverantören redan i sitt anbud ska inkomma med intyg eller bevis vilket inte är tillåtet.

Stockholms stad ställer upp en rad kvalificeringskrav i ansökningsinbjudan som strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. I punkt 1.4.9.3 uppställer Stockholms stad ett kvalificeringskrav på att leverantören ska ha en projektledarresurs med minst fem års erfarenhet av införande av webbaserade tjänster. Detta krav är för ingripande och står i strid med proportionalitetsprincipen. Kvalificeringskravet i punkt 1.4.9.4 är inte tillräckligt tydligt utformat för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör ska kunna förstå förutsättningarna för kravet. Kravet bryter således mot reglerna avseende öppenhet. I punkt 1.4.10 uppställs ett språkrav. Vilka kvalificeringskrav avseende en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet en upphandlande myndighet får ställa framgår av 15 kap. 11 § LOU. Listan är uttömmande och medger inte någon möjlighet att ställa språkrav. I punkt 1.4.11 uppställer Stockholms stad upp ett kvalitetskrav som ett kvalificeringskrav. Såsom kravet är formulerat lever det inte upp till bestämmelserna om kvalitetsledning som kvalificeringskrav som återfinns i 15 kap. 14 § LOU. I punkt 1.4.8 3 uppställs ett krav på att ett pågående referensuppdrag ska ha pågått under minst ett år räknat från publiceringsdatum. I enlighet med ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm finns det inte utrymme för en upphandlande myndighet att kräva att uppdragen ska ha pågått under viss tid.

Bolaget har haft för avsikt att delta i upphandlingen och har ett stort intresse av att tilldelas ett kontrakt. Av ovan anförda skäl har e-Avrop inte deltagit i

upphandlingen men omfattas likväl av rätten att ansöka om överprövning. Bolaget har lidit skada.

Stockholms stad bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Stockholms stad har inte brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1–2 §§ LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Upphandlingen avser ett tjänstekontrakt. Begränsningen avseende avtalslängd är därför inte tillämplig. Av ansökningsinbjudan framgår att upphandlingen avser köp av systemstödet såsom tjänst. Anbudsgivarna ska ange samtliga priser för införande, användning av systemet samt övriga tjänster för erbjuden lösning. Även för de positioner som är märkta med *Option*, innebärande att dessa är möjliga att beställa under avtalsperioden, ska priser anges. Av upphandlingsdokumentet framgår således att staden köper systemstöd som en tjänst för ett visst antal användare. Optionerna är starkt knutna till grundleveransen av tjänsten och innebär inte att karaktären på kontraktet ändras. Dessa optioner kan inte heller anses vara av karaktären att de avser ett framtida återkommande behov av löpande anskaffningar för staden. Att ersättning för användningen av Systemstödet till viss del kopplas till antalet användare är inte heller ovanligt när det gäller anskaffning av IT-system och IT-systemtjänster. Att staden har en option att under avtalsperioden utöka antalet användare kan inte heller ses som ett avrop av återkommande behov av löpande anskaffningar, utan utgör en form av tilläggsbeställning till den befintliga leveransen. Att det finns en möjlighet att göra kompletterande beställningar framgår av 17 kap. 11 § LOU. För det fallet att förvaltningsrätten skulle finna att optionerna är av ramavtalskaraktär bestrider staden att värdet av optionerna är högre än värdet av grundleveransen. Grundleveransen motsvarar ett väsentligt högre värde än värdet av optionerna och får därmed anses utgöra upphandlingens huvudsakliga föremål.

Stockholms stad har begärt att anbudsgivarna ska lämna en beskrivning av sina referensuppdrag. Stockholms stad har emellertid inte ställt krav på att leverantören ska inkomma med intyg eller bevis avseende dessa. Staden har ställt krav på att pågående referensuppdrag ska ha pågått i minst ett år räknat från publiceringsdatum för ansökan. Upphandlingen avser en komplex och omfattande tjänst. För att referenserna ska fylla sitt syfte, att visa att leverantören har tillräcklig erfarenhet och därmed vara lämpliga i upphandlingsdirektivets mening, räcker det inte att leverantören nyligen har fått ett motsvarande uppdrag utan att denne åtminstone har påbörjat att utföra uppdraget. Kravet har direkt koppling till upphandlingsföremålet och får mot bakgrund av upphandlingens omfattning även anses vara proportionerligt.

Kravet på en projektledarresurs med fem års erfarenhet i punkt 1.4.9.3 ansökningsinbjudan är, mot bakgrund av omfattningen av föremålet för upphandlingen, proportionerligt. Kvalificeringskravet i punkt 1.4.9.4 ansökningsinbjudan avseende adekvat utbildning är tydligt rimligt och proportionerligt. Kravet i punkt 1.4.10 ansökningsinbjudan om att all kontakt mellan Stockholms stad och anbudssökandens personal, inklusive underleverantörer, ska vara på svenska strider inte mot LOU. Även om kravet finns med i kvalificeringskraven är det inte fråga om krav avseende sökandens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det är fråga om ett krav avseende utförande av tjänsten. Inte heller kravet i punkt 1.4.11 ansökningsinbjudan avseende skriftligt dokumenterade kvalitetsfrämjande rutiner är ett kvalificeringskrav som är oförenligt med LOU. Villkoret att leverantören på egen bekostnad ska teckna och under avtalstiden vidmakthålla sedvanlig ansvarsförsäkring är inte ett kvalificeringskrav avseende ekonomisk och finansiell ställning. Däremot är det ett åtagande i avtalsvillkoren. Sökanden har inte i något fall konkretiserat hur de påstådda bristerna har medfört skada för sökanden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska 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 upphandlade kontraktets karaktär

Med ramavtal avses enligt 1 kap. 20 § LOU 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.

Ett ramavtal kan vara av två slag – ramavtal som har samtliga villkor för tillhandahållandet fastställda, respektive ramavtal som inte har det. Frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser regleras i det enskilda ramavtalet. Sådana villkor kan t.ex. avse en skyldighet att använda ramavtalet vid framtida behov. De kan också tänkas gå längre och garantera en viss avropsmängd. Villkor av nämnda slag kan givetvis innebära skyldigheter på avtalsrättslig grund. Det är dock svårt att närmare ange var gränsen i dessa fall går mellan vad som är att beteckna som ramavtal respektive kontrakt i

direktivets mening. Det får ytterst bero på omständigheterna i det enskilda fallet hur ett dokument som betecknats som ramavtal ska kategoriseras upphandlingsrättsligt (se prop. 2015/16:195 s. 512 ff.).

Frågan om gränsdragningen mellan ramavtal och tjänstekontrakt har varit föremål för Kammarrättens prövning. I Kammarrätten i Stockholms avgörande den 24 mars 2016 (mål nr 7754-15) anges att om ett kontrakt utgör ett ramavtal eller inte i LOU:s mening är beroende av de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet. Domstolen ansåg att den upphandlande myndigheten inte avsett att åta sig att anskaffa en viss prestation mot viss ersättning, utan att den efterfrågade prestationen var styrd av myndighetens behov och att det därför var fråga om ramavtal. I Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 22 juli 2013 (mål nr 3124–3127-13) konstaterade domstolen att vissa avtal inte utgjorde ramavtal då avropen i huvudsak reglerades i respektive avtal. Omständigheten att det i viss utsträckning fanns möjlighet till kompletterande beställningar medförde inte någon annan bedömning. Däremot utgjorde ett avtal ett ramavtal när avrop lämnades oreglerat mellan parterna och skedde löpande under avtalsperioden.

Av ansökningsinbjudan framgår att den aktuella upphandlingen avser ett koncerngemensamt systemstöd för upphandling och avtal med tillhörande tjänster. Kontraktet omfattar två delar. En del avser en grunduppsättning och införande av systemstödet samt löpande årlig användning av systemstödet för 1 500 användare. Denna s.k. grundleverans ska införas efter avtalets ikraftträdande. Den andra delen avser tjänster som Stockholms stad ska ha möjlighet att separat beställa från leverantören under avtalsperioden, s.k. optionstjänster. Stockholms stad ska som optionstjänst bl.a. ha möjlighet att utöka antalet utbildningsplatser och användare av systemstödet. Därtill ska Stockholms stad kunna beställa tilläggstjänster knutna till leverans, drift, migrering, integrations- och vidareutveckling samt avveckling av

systemstödet. Av upphandlingsdokumentet 3.3.1 framgår att Stockholms stad inte garanterar någon volym för optionstjänsterna.

Mot bakgrund av det ovan redovisade står det enligt förvaltningsrättens mening klart att Stockholms stad inte har åtagit sig att anskaffa någon av optionstjänsterna. Istället framstår det som att den efterfrågade volymen är styrd av Stockholms stads behov. Förvaltningsrätten anser att de villkor som enligt förfrågningsunderlaget gäller leverantörens tillhandahållande av optionstjänster således är av ramavtalskaraktär. Den omständigheten att vissa av tilläggstjänsterna eventuellt inte kommer att anskaffas vid återkommande tillfällen förändrar inte denna bedömning. Inte heller den omständigheten att det enligt 17 kap. 11 § LOU finns möjlighet för en upphandlande myndighet att göra en kompletterande beställning från en leverantör som har tilldelats ett kontrakt förändrar bedömningen.

Bestämmelsen är avsedd att tillämpas när kompletterande beställningar behöver göras inom ramen för ett befintligt avtal, vilket inte är för handen. Vidare innehåller bestämmelsen en rad krav som ska vara uppfyllda för att bestämmelsen överhuvudtaget ska vara tillämplig. Förvaltningsrätten anser inte att det på förhand går att avgöra om dessa krav är uppfyllda eller inte.

e-Avrop har gjort gällande att även övriga villkor är av ramavtalskaraktär. Därvid har e-avrop anfört att staden överhuvudtaget inte lämnar några bindande utfästelser avseende kvantitet. Förvaltningsrätten anser emellertid inte att de aktuella upphandlingsdokumenten ger stöd för annat än att Stockholms stad har åtagit sig att anskaffa de tjänster som är hänförliga till grundleveransen, däribland möjligheten för 1 500 personer att använda upphandlings- och avtalssystemet. Förvaltningsrätten kan därmed konstatera att det avtal som ska ingås har inslag av både ett tjänstekontrakt och ett ramavtal.

LOU innehåller inte någon bestämmelse om vilka regler som ska tillämpas i ett fall som det förevarande. Kammarrätten i Jönköping har i dom den 5 juni 2014 (mål nr 1871-13) och i dom den 17 oktober 2016 (mål nr 1054-16) ansett att den s.k. överviktsprincipen ska tillämpas för att avgöra om reglerna om ramavtal är tillämpliga på en upphandling eller inte. Av avgörande betydelse blir därför om det är de tjänster vars villkor är hänförliga till ett vanligt kontrakt enligt LOU eller de tjänster som har villkor av ramavtalskaraktär som utgör upphandlingens huvudsakliga föremål. Av förarbetena till de äldre bestämmelserna om upphandling framgår bl.a. att kontraktets huvudsakliga del ska beräknas med utgångspunkt från dess ekonomiska värde (se prop. 2006/07:128 s. 464).

e-Avrop har gjort gällande att optionstjänsterna tveklöst utgör det högsta värdet medan Stockholms stad har gjort gällande att grundleveransen utgör ca 80 % av grundvärdet av kontraktets värde och optionerna 20 % av kontraktets värde. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan vid tillämpningen av överviktsprincipen. I förevarande mål har Stockholms stad endast påstått att grundleveransen utgör det högsta kontraktets värde. Stockholms stad har emellertid inte hänvisat till konkreta beräkningar eller dokumentation som ger stöd för att deras uppskattning är korrekt. Förvaltningsrätten anser således inte att det går att dra någon slutsats om kontraktets värdes fördelning utifrån Stockholms stads uppgifter. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att det aktuella kontraktet inte kan betraktas som annat än ett ramavtal i den mening som avses i LOU.

Ramavtalets löptid

Ett ramavtal får enligt 7 kap. 2 § LOU löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl är hänförliga till föremålet för upphandlingen (se prop. 2006/07:128 s. 334 och prop. 2015/16:195 s. 515).

Av ansökningsinbjudan samt avtalsvillkoren framgår att upphandlingen avser en avtalstid på fyra år med möjlighet för Stockholms stad att förlänga avtalstiden upp till tolv år fr.o.m. avtalets ikraftträdande. Vid bedömningen av om ramavtalets löptid är förenlig med LOU ska även löptid som endast kan komma ifråga efter utnyttjande av option tas i beaktande (se Kammarrätten i Stockholms dom den 24 mars 2016 i mål nr 7754- 15). Den löptid som förvaltningsrätten har att förhålla sig till är därför 12 år. Stockholms stad har inte anfört att det skulle föreligga särskilda skäl att tillämpa en löptid överskridande fyra år. Ramavtalets kan således inte anses vara förenligt med 7 kap. 2 § LOU.

Mot bakgrund av att ramavtal med långa löptider anses förhindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen får samtliga potentiella leverantörer som har ett intresse av att ingå kontrakt, däribland e-avrop, anses lida skada genom att inte ha möjlighet att konkurrera om kontrakt under den löptid som överskrider fyra år. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Med hänsyn till att felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten att det på denna grund finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om. Vid denna bedömning saknas skäl att pröva övriga invändningar mot upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Ulrika Kullman

Rådman

Miriam Röstberg Omari har handlagt målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en 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.

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

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 rätts-tillämpningen.
- 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.

