



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2017-11-02

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12166-17

SÖKANDE

Infrontit Partner AB, 556691-3942
Hammarby Allé 93
120 63 Stockholm

Ombud: Advokat Erik Lindtorp och jur.kand. Tobias Hedlin
Skarp Stockholm Advokatbyrå AB
Box 5216
102 45 Stockholm

MOTPART

Försäkringskassan
Rättsavdelningen
103 51 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017 -11- 0 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten lämnar Infrontit Partner AB:s ansökan utan åtgärd.

Dok.Id 900520

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00–16:30
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

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).

Infrontit Partner AB (Infrontit) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom att Infrontits underkända rådgivningsreferenser ska godkännas och ge poäng medan Ateas godkända rådgivningsreferenser ska underkännas och inte ge poäng. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Försäkringskassan bestrider ingripande enligt LOU.

VAD PARTENA ANFÖR

Infrontit

Det är inte rimligt att behöva ange tio referenser för att visa efterfrågad kompetens. Kravet står inte i rimlig proportion till det avdrag som uppfyllnad av kravet medger, kravet strider därför mot principen om proportionalitet. Enligt kravet på referenser ska leverantören redogöra för namngivna referenser där ramavtalsleverantören varit rådgivare i lösningsval inom områden som ingår i det aktuella avropet. Infrontit har redogjort för namngivna referenser och svarat ja på fråga om kravet är uppfyllt. Det framgår inte i kravspecifikationen, utvärderingskraven eller i bilaga Frågor och svar att redogörelsen för namngivna referenser bokstavligen ska ange att ”kunden har efterfrågat rådgivning kopplat till ett behov och där det framgår att leverantören har hjälpt kund att välja lösning”, eller att ”leverantörens

råd har varit vital för kundens val av lösning och att lösningen har koppling till områden som ingår i detta avrop”. Infrontit anser att det inte är tillräckligt tydligt att det är ett absolut krav att detta ska anges bokstavligen i anbudet. Alla efterfrågade uppgifter framgår av inlämnat anbud.

I de delar där Infrontit beskrivit design av olika nätverk och lösningar, är designen en del av lösningen. Två av Infrontits rådgivningsreferenser har delvis avsett råd kopplade till lagringslösningar. Rådgivningen har även avsett andra områden som berörs av avropet, såsom att ta fram en lösning för en virtuell plattform, inklusive nytt nätverk och rådgivning, design och implementation av server-, lagrings- och nätverksinfrastruktur. Att ett uppdrag har omfattat rådgivning rörande bl.a. lagringslösningar kan inte medföra att det underkänns, det är inte proportionerligt. Det är inte heller transparent att Försäkringskassan tillämpar en utvärderingsmodell i vilken rådgivning som bara delvis rör lagerlösningar per automatik underkänns.

Försäkringskassan har enligt punkt 1.7.3.1 i avropsförfrågan själv kunnat inhämta synpunkter från rådgivningsreferenserna. I vart fall har Infrontit inte getts möjlighet att klargöra i enlighet med vad som anges i punkten. Försäkringskassan har brutit mot principerna om transparens och proportionalitet genom att felaktigt underkänna fem av Infrontits lämnade referenser.

Utvärderingskravets syfte är uppfyllt redan vid lämnandet av fem referenser och leverantören har därmed visat sig besitta den efterfrågade kompetensen. Det är inte proportionerligt att kräva fem ytterligare referenser som påverkar utvärderingspriset med 2,4 miljoner kronor. Det missgynnar små och medelstora företag som inte har tillräckligt med referenser, vilket strider mot principen om likabehandling. Det blir i praktiken omöjligt eller i alla fall mycket svårt för någon som inte kan eller får tillgodoräkna sig tio referenskunder att vinna avropet. Leverantörens totalpris får begränsad betydelse eftersom de

möjliga avdragens storlek vida överstiger varje leverantörs totalpris. Tio godkända rådgivningsreferenser motsvarar cirka 106 procent av det offererade priset. Avdraget får en oproportionerligt stor inverkan på resultatet av upphandlingen. Infrontit ifrågasätter inte att rådgivningskompetens är en viktig del av det framtida kontraktet, däremot ifrågasätts att rådgivningsreferenserna medger så höga avdrag. Kontraktsvärdet är inte det relevanta jämförelsetalet, detta värde består huvudsakligen av självkostnadspris för produkter. Det är därför inte lämpligt som jämförelsetal. Enligt Infrontits mening är istället det offererade priset det relevanta jämförelsetalet.

Infrontit har inte fått ta del av Ateas beskrivningar av referensuppdrag men gör gällande att dessa inte uppfyller utvärderingskravet och inte borde ha godkänts.

Försäkringskassan

Försäkringskassan har redovisat varför vissa av Infrontits referenser har underkänts. Dessa referenser visar inte att rådgivning varit en vital del av referenskundens val av lösning. Kravet är tydligt beskrivet i förfrågningsunderlaget och Försäkringskassan har dessutom förtydligat innebörden av ”vital del” i punkt 1.7.3.1. I punkten anges också att det i ”rådgivning” inte ingår att leverantören svarat på ett anbud med ett lösningsförslag. Referenser där Infrontit svarat på en offertförfrågan har inte godtagits. Som svar på Försäkringskassans fråga innan upphandlingen startade, en s.k. RFI, har Infrontit föreslagit att det kunde vara intressant för Försäkringskassan att inkludera lagring i avropet. Så blev dock inte fallet. Försäkringskassan har redan avtal avseende lagring och kunde inte ta med lagring i avropet. För att tydliggöra vikten av rådgivning har Försäkringskassan genomfört RFI med klar koppling till rådgivning och hållit en leverantörsträff där alla ramavtalsleverantörer deltagit och fått information kring avropets innehåll och syfte. I utvärderingsmodellen framgår tydligt att rådgivningsreferenserna är viktiga

för Försäkringskassan med en hög reduktion på offererad totalsumma för varje godkänd referens. Utvärderingskravet i 1.7.3.1 är proportionerligt och strider inte mot principen om likabehandling. Eftersom det beräknade kontraktsvärdet ligger på cirka 112 miljoner kronor anser Försäkringskassan att det inte är oproportionerligt att fem rådgivningar kan medföra reduceringar med 2,4 miljoner kronor, cirka 4 procent. Det totala möjliga avdraget motsvarar cirka 10 procent av kontraktets beräknade värde. Försäkringskassan har avropat på mest ekonomiskt fördelaktiga avropssvar och inte på lägsta pris. Referenser avseende såväl ramavtalsleverantörer som dennes underleverantörer är möjliga att återropa, varför det inte finns fog för Infrontits påstående att små och medelstora företag missgynnas i avropet. Det finns inte heller fog för påståendet om Ateas referenser.

SKÄLEN 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 ska 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.

Lösningsförslaget 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

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Infrontit anser att Försäkringskassans upphandling har utformats och genomförts i strid mot LOU i ett antal olika avseenden. Förvaltningsrätten behandlar varje invändning var för sig.

Inledningsvis har Infrontit anfört att Försäkringskassans krav att tio referenser angående rådgivning ska anges 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. Konsekvensen 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 inte heller kan anses vara oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Samma bedömning görs avseende storleken på det 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 att kravet missgynnar små och medelstora företag, men har inte närmare angivit på vilket sätt detta förhållande skulle ha medfört att Infrontit skulle ha lidit

skada. Infrontits påstående i detta avseende kan därför inte utgöra skäl för åtgärd.

Förvaltningsrätten anser vidare att kravet avseende beskrivning av referensernas uppdrag i avsnitt 1.7.3.1 i avropsförfrågan till sitt innehåll är tillräckligt tydligt utformat att leverantörer ska kunna bilda sig en uppfattning om vad som är viktigt i fråga om referensuppdragets innehåll. Försäkringskassan har även angivit att leverantören förväntas ge så utförliga svar på hur kraven uppfylls att de ger tillräcklig information i utvärderingsarbetet. Det har således framgått i upphandlingsunderlaget att leverantören har varit skyldig att beskriva på vilket sätt kravet har uppfyllts. Därmed saknas skäl för ingripande på denna grund. Förvaltningsrätten anser även att det inte har framkommit annat än att Försäkringskassan har tillämpat de i avropsförfrågan angivna kriterierna vid bedömningarna av referensernas innehåll. Infrontit har i detta sammanhang angivit att referenser har förkastats eftersom dessa har avsett uppdrag innehållande lagring. Av Försäkringskassans bedömning av referensuppdragen framgår emellertid att referens A–D inte innehöll någon beskrivning avseende att Infrontits rådgivning har varit en vital del av referenskundens val av lösning. Avseende referens E framgick att beskrivningen enbart hade koppling till lagringslösning. I denna del hade emellertid Försäkringskassan i bilaga Frågor och Svar klargjort att referenser som i huvudsak avser lagringslösningar inte kommer att accepteras. Försäkringskassan har således tillämpat kravet i enlighet med avropsunderlaget. Förvaltningsrätten anser således att kravets utformning och tillämpning inte strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Infrontit har även anfört att Försäkringskassan har varit skyldig att kontakta referenspersonerna vid oklarheter. I avsnitt 1.7.3.1 i avropsförfrågan anges emellertid att om en kontaktad kund inte styrker referensens innehåll så ges leverantören möjlighet att klargöra om ett missförstånd föreligger, om ingen acceptabel förklaring kan ges stryks referensen. Det framgår således att För-

säkringskassa enbart vid situationen att referenten inte bekräftar referensuppdraget kan komma att kontakta leverantören. I den situation som nu är aktuell har Försäkringskassan ansett att själva referensuppdraget inte kan godkännas. Därmed anser förvaltningsrätten att eventuell skyldighet att kontakta leverantören har bortfallit.

Slutligen har Infrontit anfört att Ateas referenser är felaktiga och att de inte borde ha godkänts. Grunden för denna inställning är att Infrontit inte har fått ta del av uppgifterna om Ateas referenser p.g.a. sekretess och att Infrontit därför inte har möjlighet att ha någon annan inställning. Förvaltningsrätten anser emellertid att dessa allmänt hållna synpunkter inte ger anledning att begära in nu aktuella uppgifter från Försäkringskassan för att kunna garantera Infrontit en effektiv prövning, HFD 2015 ref. 55. Infrontit har inte heller gjort sannolikt att Försäkringskassan har agerat i strid med LOU i detta avseende.

Sammanfattningsvis har Infrontit inte gjort sannolikt att Försäkringskassan 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. Ansökan ska därför lämnas utan åtgärd.

Upplyningsvis har förvaltningsrätten denna dag i mål 12261-17 som gäller samma upphandling förordnat att upphandlingen ska 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 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 rättens 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 rättens 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.

