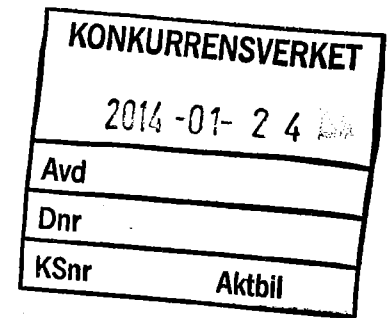




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 12

DOM
 2014-01-24
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 26283-13

**SÖKANDE**

Stretch Public AB, 556867-9053
 Gamla Brogatan 26
 103 02 Stockholm

MOTPART

Ekonomistyrningsverket, 202100-5026
 Box 45316
 104 30 Stockholm

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och jur. kand. Mikael Engström
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1065
 101 39 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Stretch Public AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 428154

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Ekonomistyrningsverket (ESV) genomför en upphandling av ramavtal för Oberoende konsulttjänster för administrativa IT-system (dnr 18-1262/2012), omfattande områdena ekonomi och personal. Upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna för öppet förfarande enligt LOU. Av tilldelningsbeslut som skickades ut till leverantörerna den 25 oktober 2013, framgår att ESV beslutat att teckna ramavtal med andra leverantörer än Stretch Public AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas, och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Bolaget är ett nytt och relativt litet företag som skapats för att tillgodose den offentliga sektorns behov av kvalificerade oberoende konsulttjänster inom utveckling av affärssystem. Att bolaget skulle ha samarbete med systemleverantörer strider mot syftet med verksamheten. Bolaget har inte, och har inte haft, strategiskt partnerskap med SAP eller Microsoft. Bolaget har ett avtal om partnerservice med SAP Svenska AB. Samarbetet omfattar inte försäljning av systemlicenser. SAP Svenska AB är inte en befintlig systemleverantör till ESV. Bolaget är en självständig juridisk person. Uppgifterna ESV baserar sin kontroll på är inte korrekta.

I förfrågningsunderlaget finns det inte angivet utifrån vilka kriterier en bedömning av oberoende ska göras eller verifieras. Kravet på oberoende öppnar upp för tolkningar och skönsmässiga bedömningar. Kravet såsom det är formulerat innebär att ESV gett sig frihet att bestämma inom ramen för att ha "ekonomiska eller andra intressen" vad som kan anses utgöra förtroendeskadlig verksamhet vid anbudskvalificeringen. Kravet är i inte förenligt med principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling enligt LOU. Definitionen av oberoende som ESV använder är oproportion-

erligt vid. Det finns partnerskap med systemleverantörer som inte omfattar försäljning av system och som därmed inte kan anses vara förtroendeskadliga.

ESV har tecknat ramavtal med KMD Sverige HB. KMD äger och säljer ett eget system kallat Opus, som i grunden bygger på teknik från SAP, men som vidareutvecklats och förädlats av KMD. Avtalet mellan ESV och KMD omfattar ekonomisystem med tillhörande konsulttjänster för implementation, drift, support etc. av Opus. Bolaget kan inte på något sätt anses få fördel av att en myndighet skulle välja Opus eftersom dessa tjänster redan är upphandlade och tillhandahålls av systemleverantören.

ESV bestrider bolagets ansökan och yrkar att det ska avslås. ESV anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Upphandlingen har genomförts i förenlighet med 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen avser stöd till myndigheter i samband med avrop avseende administrativa IT-system, samt för sådana anpassningar och systembyten som behövs till följd av förändringar av myndigheternas verksamheter. Konsulttjänsteleverantör som antas ska bistå myndigheterna i ett stort antal processer med anknytning till de administrativa systemen, däribland förberedelser inför avrop respektive beslut avseende systemleverantör. De konsulter som antas i upphandlingen kommer utöva ett betydande inflytande över systemleverantörernas möjligheter att erhålla uppdrag. Att ett sådant betydande inflytande utövas under påverkan av ett eget intresse i sak är oacceptabelt. För att konsultstödet ska kunna ges på ett ändamålsenligt sätt och utan risk för ovidkommande hänsyn är det angeläget att konsulttjänsteleverantören inte har någon intressegemenskap med den systemleverantör som kan komma att tilldelas uppdrag. ESV har därför uppställt ett krav på leverantörens oberoende i förfrågningsunderlaget. Kravet på oberoende syftar till att hindra förekomsten av ekonomiska och andra intressen, såsom

partnerskap och strategiska allianser, mellan konsulttjänsteleverantörer och systemleverantörer inom de angivna upphandlingsområdena. För att uppnå syftet finns inte något mindre ingripande alternativ som i tillräcklig utsträckning motsvarar ESV:s och de avropande myndigheternas behov. Kravet drabbar samtliga leverantörer, såväl inhemska som utländska, på samma sätt.

Av anbudsunderlaget framgår klart och tydligt att leverantör inte får ha ekonomiska eller andra intressen i eller tillsammans med systemleverantör inom upphandlingsområdena. Till ytterligare klargörande av vilken slags intressegemenskap som inte tillåts har ESV uttryckligen angivit partnerskap mellan systemleverantör och konsulttjänsteleverantör inklusive koncernbolag. Det är förekomsten av just ett sådant partnerskap som föranlett diskvalificering av bolagets anbud.

ESV har varit oförhindrad att bestämma om, och i förekommande fall hur, en kontroll av lämnade uppgifter kan komma att ske. ESV har funnit anledning att kontrollera riktigheten av leverantörernas lämnade uppgifter och har valt att göra så genom bl.a. en sökning på leverantörernas hemsidor. Beträffande bolaget framgick vid en kontroll av bolagskoncernens hemsida att ett partnerskap och samarbetsavtal har ingåtts med SAP, en befintlig systemleverantör i ESV:s ramavtal. I det ramavtal som ESV har med KMD Sverige HB inom upphandlingsområdet ekonomisystem utgör SAP underleverantör. Det är således inte fråga om att KMD Sverige HB levererar egna system som "bygger på teknik" från SAP. Tvärtom är SAP en uttrycklig underleverantör i ramavtalet som har att följa de villkor som ramavtalet anger och vars löpande arbete under varje avrop är avgörande för ekonomisystemets genomförande. SAP ska därvid bl.a. säkerställa att systemet underhålls och utvecklas på sätt som offererats samt ställa namngivna uppdragsledare, applikationskonsulter och systemexperter till myndigheternas förfogande vid genomförande av avrop. Då SAP således är en

av de befintliga systemleverantörer som kan bli vald för avrop är det av yttersta vikt att den som kommer att utöva inflytande över sådant avropsavtal står absolut oberoende i förhållande till SAP.

Det är moderbolaget som innehar partnerskapet. Partnerskapet avser koncernen i dess helhet, inbegripet bolaget. Av bolagskoncernens egen hemsida www.stretch.se framgår att partnerskapet avser konsulttjänster och att dessa konsulttjänster utförs av dotterbolagen i nära samverkan med varandra, inte av moderbolaget. Bolaget har inte närmare preciserat på vilket sätt bolaget inte skulle träffas av dessa partnerskap. Även om det skulle förhålla sig så att partnerskapet avser moderbolaget i koncernen gäller likväl att bolaget inte kan anses som oberoende. Att bolaget inte verkar självständigt i förhållande till övriga dotterbolag bekräftas av att bolaget angivit flera av dessa bolag som underleverantörer i upphandlingen samt hänvisat till koncernen i dess helhet med direkt åberopande av SAP till styrkande av bolagets resursbas, erfarenhet och kompetens. Partnerskapet träffar bolaget i lika hög grad som övriga koncernbolag och det omfattas av kravställningen i förfrågningsunderlaget. Bolaget kunde därför inte anses som oberoende på sätt som föreskrivits i förfrågningsunderlaget och diskvalificerades från vidare utvärdering.

Konsulttjänsteleverantörer som önskar teckna ramavtal ska få klart för sig att de har att förhålla sig oberoende till systemleverantörerna under hela ramavtalets löptid. Konsulttjänsteleverantörer ges därmed möjlighet att överväga de affärsmässiga följderna av ramavtalsuppdraget inför ett beslut om anbudsgivning i upphandlingen. ESV har emellertid inte diskvalificerat bolaget pga. en intressegemenskap med en förväntad systemleverantör.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att denna lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller på sätt som den bedömer lämpligt. Förfrågningsunderlaget ska dock vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara utformad på så sätt att den leder till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får endast godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och LUF samt unionsrätten inte träds för när (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RA 2002 ref. 50).

Av förfrågningsunderlaget punkten 1.1.4 framgår bl.a. att tjänsterna som ramavtalet kommer omfatta inte får knyta an till specifika, på marknaden befintliga lösningar eller system. Av punkten 3.7 framgår att leverantören ska vara oberoende. Med begreppet oberoende avses att leverantör och underleverantör samt av dessa anlitade personer inte får utöva verksamhet som kan rubba förtroendet för leverantören i något som gäller ramavtalet. Under ramavtalets och de tecknade avropsavtalens giltighetstid får leverantören och eventuella underleverantörer, samt av dessa anlitade personer,

inte ha ekonomiska eller andra intressen i eller tillsammans med juridisk eller fysisk person som erbjuder eller kan förväntas erbjuda IT-system inom upphandlingsområdena. Av Frågor och svar framgår bl.a. att för att en leverantör ska anses oberoende får den inte ha en tydlig koppling till en systemleverantör. Leverantören själv och andra bolag i samma koncern får inte ha formellt partnerskap eller strategisk allians med en systemleverantör. En leverantör vars systembolag erbjuder eller kan förväntas erbjuda IT-system inom upphandlingsområdena kan exempelvis inte anses som oberoende.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det med tillräcklig tydlighet av förfrågningsunderlaget, där även Frågor och svar ingår, vad kravet på oberoende innebär. Avsaknaden av information i förfrågningsunderlaget om exakt utifrån vilka kriterier en bedömning av oberoende ska göras eller verifieras kan inte anses innebära att tolkningsutrymmet är så stort att anbudsgivarna inte kan avgöra vad som krävs för att kravet ska vara uppfyllt. Förvaltningsrätten finner således att bolaget inte har visat att kravet på oberoende strider mot den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om transparens.

Det är ostridigt att moderbolaget Stretch AB har ett partnerskap med SAP Svenska AB. Av Stretchgruppens webbplats framgår att partnerskapet avser konsulttjänster. Av webbplatsen framgår vidare att alla Stretchbolagen har nära samverkan och att den operativa konsultverksamheten bedrivs, inte i moderbolaget, utan i de övriga bolagen. I bolagets anbud har systembolag angetts som underleverantörer. ESV har anfört att SAP Svenska AB är befintlig underleverantör i ESV:s ramavtal avseende ekonomisystem med KMD Sverige HB, innebärande att SAP Svenska AB ska säkerställa att systemet underhålls och utvecklas på sätt som offererats samt ställa namngivna uppdragsledare, applikationskonsulter och systemexperter till myndigheternas förfogande. Förvaltningsrätten finner att ESV haft fog för

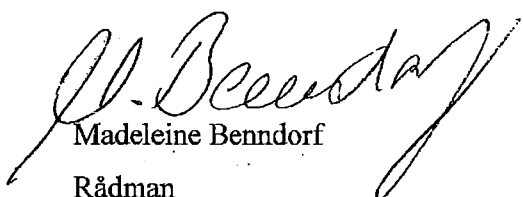
sin bedömning att bolaget inte uppfyller kravet på oberoende i förfrågningsunderlaget punkten 3.7, och sitt beslut att diskvalificera anbudet.

Syftet med kravet på oberoende har angetts vara att hindra förekomsten av ekonomiska och andra intressen mellan konsulttjänsteleverantörer och systemleverantörer, så att stödet kan ges utan risk för ovidkommande hänsyn och otillbörliga konkurrensfördelar. Förvaltningsrätten finner att det inte är visat att ESV ställt andra eller högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet med upphandlingen. Det uppställda kravet kan inte bedömas som oproportionerligt.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte finns skäl för ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda grunderna. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Madeleine Benndorf
Rådman

My Lorenius har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.