



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2015-11-30
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
18287-15

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Vergenta AB, 556701-8139

Ombud:

1. Jur.kand. Anton Johansson
 2. Advokat Joakim Lavér
- Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

MOTPART

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet, 202100-0829
Box 2218
103 15 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-12-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 655157

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet har genomfört en upphandling avseende managementtjänster 2015, utredning, ledning och verksamhetsstyrning (dnr 96-27-2014). Upphandlingen har genomförts med ett selektivt förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet har den 13 maj 2015 beslutat vilka anbudssökande som har inbjudits att lämna anbud. Den 14 augusti 2015 har Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet i tilldelningsbeslut beslutat att erbjuda ett antal anbudsgivare att teckna ramavtal. Vergenta AB har inte lämnat in något anbud i upphandlingen.

Vergenta AB (Vergenta eller bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (Statens inköpscentral) har ställt upp ett krav i upphandlingens förfrågningsunderlag som är oproportionerligt. Härigenom har Statens inköpscentral brutit mot den grundläggande principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU.

Eftersom Statens inköpscentral har ställt ett krav på att anbudssökande (eller dennes underleverantör) ska ha varit både avtalspart (gentemot kund) i referensuppdragen och varit utförare av referensuppdragen har Vergenta, som har utfört uppdrag under Statens inköpscentrals tidigare ramavtal Managementkonsulttjänster 2010 i egenskap av underleverantör, förhindrats att återropa dessa uppdrag i den nu aktuella upphandlingen. Utöver kraven i punkterna 3.3.6.2-3.3.6.5 i ansökningsinbjudan uppfyller Vergentas uppdrag samtliga övriga allmänna krav på referensuppdragen som framgår i punkten 3.3.6.1 i ansökningsinbjudan.

Syftet med kravet att redovisa referensuppdrag torde vara att anbudssökande ska styrka sin förmåga att utföra de tjänster som upphandlingen omfattar

och som kommer att avropas under ramavtalet. Mot bakgrund av det syftet framstår kravet på att anbudssökande ska ha varit både utförare av referensuppdrag och avtalspart som helt irrelevant och oproportionerligt. Det är vare sig en lämplig eller effektiv åtgärd för att uppnå syftet. Det hade varit tillräckligt att uppställa ett krav på att anbudssökande ska ha varit utförare av åberopade referensuppdrag för att säkerställa den efterfrågade yrkesmässiga kapaciteten. Det finns inget sakligt skäl som motiverar att uppställa ett krav med innebörden att referensuppdrag ska ha utförts av samma enhet som har varit avtalspart gentemot kund. Inte heller det syfte som Statens inköpscentral har anfört gällande att säkerställa att anbudssökande har erfarenhet att fullfölja ett avropat kontrakt från avrop till fakturering kan anses proportionerligt. Den erfarenhet en anbudssökande skulle få av att vara avtalspart är i princip av rent administrativ karaktär och av betydligt mer begränsad art och omfattning än de managementkonsulttjänster som ska utföras under aktuellt ramavtal.

Kravet har också en starkt konkurrensbegränsande effekt. Det uppställda kravet får bl.a. effekten att ett stort antal potentiella leverantörer, som verkar som underleverantörer, däribland Vergenta, utestängs från att lämna en egen anbudsansökan i upphandlingen. Denna negativa effekt på konkurrensen på marknaden och leverantörer av managementkonsulttjänster kan inte anses stå i proportion till syftet att säkerställa en anbudssökandes erfarenhet att fullfölja ett avropat kontrakt från avrop till fakturering. Kravet hade kunnat justeras på så sätt att de konkurrensbegränsande effekterna eliminerades samtidigt som justeringarna inte på något sätt skulle komma att innebära försämringar för Statens inköpscentral. Statens inköpscentral hade t.ex. kunnat uppställa krav på att anbudssökande ska redovisa dels ett eller flera referensuppdrag där sökanden varit avtalspart (eller avtalspart och utförare) i uppdraget för att säkerställa erfarenhet att fullfölja ett avropat kontrakt från avrop till fakturering, dels ett eller flera referensuppdrag där sökanden varit

utförare av uppdraget för att säkerställa erfarenhet och förmåga att utföra uppdrag som kommer att utföras under ramavtalet.

En proportionalitetsbedömning av det aktuella kravet ska göras med hänsyn till förutsättningarna i upphandlingen, situationen på den aktuella marknaden och de effekter som kravet för med sig för Vergenta och andra leverantörer i det här fallet. Om kravet inte hade funnits hade Vergenta kunnat lämna in en egen anbudsansökan och med stor sannolikhet kvalificerat sig i upphandlingen. Det råder därför ingen tvekan om att Vergenta har lidit, eller riskerar att lida skada på grund av det brott mot LOU som har förekommit.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen rör sig om högst kvalificerade tjänster som kan hantera omfattande och komplexa uppdrag i offentlig förvaltning, inklusive samhällskritisk verksamhet. Mot denna bakgrund har Statens inköpscentral ställt höga krav för att få anbudssökande med adekvat erfarenhet för att kunna utföra de kvalificerade tjänsterna.

Av anbudsinbjudan följer det att leverantörskvalificeringen bl.a. syftar till att verifiera att anbudssökande har nödvändig yrkesmässig kapacitet för att fullgöra de åtaganden som följer av ramavtalet. Anbudssökande har möjlighet att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla kravet om yrkesmässig kapacitet och det finns möjlighet för en grupp av leverantörer att lämna in en gemensam anbudsansökan (punkt 3.1 och 3.3.2 i anbudsinbjudan).

Syftet med det aktuella kravet på referensuppdragen är att säkerställa att anbudssökande har erfarenhet av att som avtalspart ha haft det ansvar som krävs av en ramavtalsleverantör för att fullgöra ett uppdrag inom ramavtalet. Ramavtalsleverantören ansvarar vid avrop från ramavtalet för att ta emot

avrop, lämna avropssvar (anbud), teckna kontrakt, genomföra kontrakt, föra dialog och fakturera avropsberättigad. Ramavtalsleverantören äger inte rätt att delegera detta ansvar till en underleverantör. Statens inköpscentral anser således att kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet med att säkerställa att anbudssökande har den erfarenhet som krävs för att fullfölja ett avropat kontakt från avrop till fakturering. Bolaget hänvisar till sin erfarenhet att utföra uppdrag i egenskap av underleverantör under det tidigare ramavtalet Managementkonsulttjänster 2010. Som underleverantör har bolaget dock aldrig svarat fullt ut för samtliga åtaganden inom ramavtalet eller avropade kontrakt då det är ramavtalsleverantören som ansvarar för utförandet av uppdrag avropade från ramavtalet. Syftet med kravet uppnås inte genom att endast ställa krav på att anbudssökande ska ha varit utförare.

Bolaget gör även gällande att kravet har en starkt konkurrensbegränsande effekt. I upphandlingen har totalt 17 anbudssökande inkommit med anbudsansökningar, nio av dessa bjöds in att lämna anbud och sju tilldelades ramavtal. Vidare var endast två av fyra referensuppdrag obligatoriska och det fanns möjlighet för anbudssökande att åberopa annat företags kapacitet och möjlighet för en grupp av anbudssökande att lämna in en gemensam anbudsansökan. Bolaget har inte inkommit med en egen anbudsansökan i upphandlingen men har åberopats som underleverantör till en annan leverantör i upphandlingen. Leverantören har åberopat bolaget som underleverantör och dess referensuppdrag för en statlig myndighet för uppfyllande av det obligatoriska referensuppdrag 1, vari bolaget har varit både avtalspart och utförare. Leverantören bjöds in att lämna anbud och lämnade anbud men tilldelades inte ramavtal då de inte erhöll tillräckligt med poäng i utvärderingen. Bolaget verkar uppenbarligen kunna redovisa referensuppdrag vari bolaget är både avtalspart och utförare. Kravet kan inte anses ha haft en sådan negativ effekt på konkurrensen i upphandlingen som

bolaget påstår. Vad bolaget anför om att andra potentiella leverantörer utestängs från marknaden saknar betydelse för denna prövning.

Ett krav på att en leverantör ska ha varit avtalspart i ett referensuppdrag har vidare godkänts av Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr. 20385-12.

Förvaltningsrätten fann i målet att ett sådant krav var kopplat till upphandlingsföremålet och en lämplig och effektiv åtgärd för att säkerställa att leverantören hade den kunskap och erfarenhet som krävdes för upphandlingen. Kravet ansågs vidare inte så ingripande att det hade funnits skäl för den upphandlande myndigheten att välja en mindre ingripande åtgärd eller ha en sådan negativ effekt på konkurrensen att det var oproportionerligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och om proportionalitet iakttas. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU.

Bolaget har invänt att kraven i upphandlingens anbudsinvitan avseende att anbudssökande i lämnade referensuppdrag ska vara både avtalspart och utförare av referensuppdragen strider mot proportionalitetsprincipen. Detta genom att kraven utestänger underleverantörer från att lämna egna anbud i upphandlingen.

Förvaltningsrätten har således att ta ställning till om ovan angivna obligatoriska krav strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta har myndigheten stor frihet att utforma sitt förfrågningsunderlag inför upphandlingen (jfr. RÅ 2010 ref. 78). Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Av praxis följer att proportionalitetsbedömningen ska göras i tre steg. För det första ska prövas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska prövas om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska prövas om den negativa effekt som kravet får, på det intresse eller den rättighet som kravet inskränker, är oproportionerligt eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns.

Statens inköpscentral har anfört att upphandlingen rör sig om högst kvalificerade tjänster som kan hantera omfattande och komplexa uppdrag i offentlig förvaltning, inklusive samhällskritisk verksamhet. Mot denna bakgrund har Statens inköpscentral ställt höga krav för att få anbudssökande med adekvat erfarenhet för att kunna utföra de kvalificerade tjänsterna som det rör sig om. För att verifiera att anbudssökande har yrkesmässig kapacitet

har Statens inköpscentral ställt krav på de anbudssökandes yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet vid utförandet av tjänsterna.

Enligt Statens inköpscentral är syftet bakom det aktuella kravet på referensuppdrag att säkerställa att anbudssökande har erfarenhet av att som avtalspart ha haft det ansvar som krävs av en ramavtalsleverantör för att fullgöra ett uppdrag inom ramavtalet. Ramavtalsleverantören ansvarar vid avrop från ramavtalet för att ta emot avrop, lämna avropssvar, teckna kontrakt, genomföra kontrakt, föra dialog och fakturera avropsberättigad. Ramavtalsleverantören äger inte rätt att delegera detta ansvar till en underleverantör.


Mot bakgrund av den nu aktuella upphandlingens karaktär och omfattning anser förvaltningsrätten att krav på att uppge referensuppdrag där anbudssökande ska ha varit både avtalspart och utförare kan vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet att säkerställa att avtalsparten kan svara fullt ut för samtliga åtaganden inom ramavtalet eller avropade kontrakt i den nu aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att Statens inköpscentral har visat att kravet har varit nödvändigt för att kunna säkerställa att anbudssökande har den erfarenhet som krävs. Ett bolag som inte har varit avtalspart har aldrig svarat fullt ut för samtliga åtaganden inom ramavtalet eller avropade kontrakt. Kravet kan inte anses vara så ingripande för en anbudsgivare att det funnits skäl för Statens inköpscentral att välja en mindre ingripande åtgärd.

Den negativa effekten som åtgärden kan få, i detta fall på möjligheten för vissa anbudsgivare att lämna anbud, är inte oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten beaktar i denna del bl.a. att Statens inköpscentral i anbudsinvitan har möjliggjort för anbudsgivare att återropa annat företags kapacitet och möjlighet för en grupp av anbudssökande att lämna in en gemensam anbudsansökan. Statens

inköpscentral har därför haft grund för sitt krav gällande referensuppdrag. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Lena Aronsson
Rådman

Linda Lundqvist 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.