



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2011-06-03
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1163-11 E

Sida 1 (10)

KONKURRENSVERKET	
2011-06-08	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB, 556029-6740
113 97 Stockholm

Ombud: Advokat Olof Alffram och advokat Christel Rockström
Wistrand Advokatbyrå, Stockholm
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

SAKEN

Överprövning enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller överklagandet och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 20559

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00
E-post:

forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Sundsvalls kommun genomför en upphandling av revisorstjänster 2010, dnr UH-10-35. Upphandlingen påbörjades före den 15 juli 2010. Den 26 november 2010 meddelade kommunen att Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (PwC) utsetts till bl. a. sakkunniga biträden för kommunens revisorer. Upphandlingen överprövades och den 8 mars 2011 beslutade förvaltningsrätten (mål nr 4653-10) att upphandlingen skulle rättas på så sätt att ny utvärdering skulle göras först sedan anbuden från PwC och Ernst & Young förkastats. Kommunen har nu meddelat att avtal kommer att tecknas med KPMG AB. Som skäl för beslutet anges att förvaltningsrätten fastställt att anbuden från Ernst & Young och PwC ska förkastas. Eftersom det därefter endast kvarstod ett anbud vid den ekonomiska utvärderingen antogs detta anbud som kom från KPMG AB.

PwC ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse av upphandlingen på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om. I andra hand yrkas att hela upphandlingen ska göras om. Som grund för sina yrkanden anför PwC i huvudsak följande. Kommunen har i tilldelningsbeslutet inte gjort någon prövning av inkomna anbud utan lagt förvaltningsrättens uttalanden i ett tidigare avgörande till grund för sin bedömning. Detta strider mot likabehandlingsprincipen och mot det grundläggande kravet på affärsmässighet. Vid den aktuella utredningen kvarstod, vid den ekonomiska utvärderingen, endast ett anbud. Det har ålegat kommunen att göra en ny, förutsättningslös prövning av anbuden sedan ärendet återförvisats dit efter förvaltningsrättens prövning. Förvaltningsrättens uttalanden har gjorts i ett mål där varken PwC eller Ernst & Young AB varit part. Den som antagits som leverantör har inte rätt att överklaga en därefter meddelad dom av innebörden att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett. Förvaltningsrättens uttalanden, som varit till nackdel för bl. a. PwC, har inte varit bindande vid kommunens förnyade prövning av anbuden. I annat fall saknar PwC möjlighet att ta till vara

sin rätt vilket strider mot den grundläggande EU-rättsliga principen om rätt till effektivt rättsmedel. Kommunens åtgärd att utesluta PwC:s anbud får antas ha sin grund i de skäl förvaltningsrätten angav i sin dom den 8 mars 2011. Förvaltningsrätten gjorde då bedömningen att ”kompetensen hos de personer som i anbuden avses representera den erbjudna specialistkompetensen ska styrkas genom ingivande av personliga meritförteckningar.” PwC bestrider att ett sådant krav uppställts i förfrågningsunderlaget. Av vad kommunen anfört i förfrågningsunderlaget under rubriken ”Krav på kompetens för sakkunnigt biträde till kommunens revisorer samt till lekmanarevisorer i kommunens företag” framgår av de tre första styckena vilka krav kommunen har på ”erbjuden bemanning”. I det fjärde stycket anger kommunen att den ”Utöver erbjuden bemanning” också ställer vissa krav på specialistkompetens. Av förfrågningsunderlagets ordalydelse framgår att det i denna del är fråga om särskilda krav som ställs på dem med specialistkompetens. I det avslutande stycket anges att ”Samtliga uppgifter om erbjuden bemanning i enlighet med angivna krav **skall** styrkas med personliga meritförteckningar (CV)”. Av ordalydelsen framgår inte annat än att kravet på CV avser den erbjudna bemanningen, vilket måste uppfattas vara något annat än specialistkompetensen. PwC har styrkt erbjuden bemanning med CV och därmed uppfyllt kraven i kvalificeringsfasen. Kommunens påstående till förvaltningsrätten i det tidigare målet, att CV saknats för en av PwC:s huvudkonsulter, är felaktigt. Det har därmed saknats grund för att förkasta PwC:s anbud på sätt som skett. Om det varit kommunens avsikt att kravet på CV skulle omfatta även specialistkompetens hade detta tydligt bort framgå av förfrågningsunderlaget. Genom denna otydlighet har den grundläggande principen om transparens inte iakttagits. Vidare har kommunen godtagit KPMG AB:s anbud trots att KPMG AB utelämnat CV för en av sina specialister. Kommunen har således inte beaktat likabehandlingsprincipen. Det kan även nämnas att den offererade konsulten är ordförande i Sveriges Kommunala Yrkesrevisorers certifieringsnämnd och som sådan på grund av jävsproblematik förhindrad att

arbeta åt en revisionsbyrå. PwC har lidit skada genom att dess anbud förkastats och annat anbud antagits.

Sundsvalls kommun bestrider PwC:s ansökan och anför i huvudsak följande. Förvaltningsrättens dom den 8 mars 2011 innebar att ny utvärdering skulle göras först sedan anbudet från PwC och Ernst & Young AB förkastats. Kommunen har följt domen och angett att det enda anbud som kvalificerar till utvärderingsfasen är anbudet från KPMG AB varför detta anbud ska antas. Kommunen anser att reglerna om rättskraft innebär att domslutet ska läggas till grund för det nya tilldelningsbeslutet. Grunden för att förkasta anbudet från bl.a. PwC byggde på att bolaget inte uppfyllt skullkravet att uppgifter om erbjuden bemanning ska styrkas med personliga meritförteckningar (CV). Sådan meritförteckning saknades för en av de huvudkonsulter som PwC föreslagit. Detta var skälet till att kommunen medgav KPMG AB:s talan. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen efterfrågar en bemanning inom vilken det ska finnas en bred och djup kompetens. Vidare anges att, utöver erbjuden bemanning ska också finnas tillgång till viss särskilt angiven specialistkompetens. Kommunen har således i förfrågningsunderlaget skilt mellan ”bemanning” och ”specialistkompetens”. Slutligen har angetts att samtliga uppgifter om erbjuden bemanning ska styrkas med CV. Enligt kommunens uppfattning kan detta inte tolkas på annat sätt än att krav på CV endast uppställts beträffande den operativa bemanningen, men inte på den specialistkompetens som kan behöva inhämtas vid behov i särskilda situationer. PwC har nu påstått att bolaget styrkt erbjuden bemanning med CV och därmed uppfyllt kraven i kvalificeringsfasen. Vid genomgång av PwC:s anbud har det visat sig att CV saknas för en av de huvudkonsulter (Micaela Hedin) som ska ingå i bemanningen. PwC har vidare anført att kommunen godtagit KPMG AB:s trots att detta bolag saknat CV för en av sina specialister. Kommunen har inte angett något skullkrav i förfrågningsunderlaget beträffande specialistkompetensen och någon särbehandling av KPMG AB har därför inte skett.

PwC har i kompletterande yttrande anfört i huvudsak följande. Kommunens ståndpunkt, som synes innebära att förvaltningsrätten genom den tidigare domen skulle ha ”fastställt” att anbudet från PwC skulle förkastas är inte korrekt. En doms rättskraft sträcker sig inte längre än till dem som varit parter i den aktuella processen. PwC hade inte ställning som part i det föregående målet. Förvaltningsrättens dom avsåg endast frågan om det fanns skäl för ingripande i upphandlingen på grund av att KPMG AB kunde antas komma att lida skada. Det nu aktuella målet avser frågan om ingripande i upphandlingen på grund av att PwC kan antas komma att lida skada. Någon bundenhet vid vad förvaltningsrätten uttalade i det tidigare målet finns därför inte. Kommunen använder i sin inlaga begreppen ”operativ bemanning” och ”huvudkonsulter”. Dessa begrepp återfinns inte i anbudsbegäran och det är oklart för PwC vad kommunen avser med dessa begrepp. Den av kommunen omnämnda konsulten Micaela Hedin utgör ”erbjuden bemanning”. CV för henne framgår av sidan 21 i PwC:s anbud och anbudet borde därför inte ha förkastats. Upphandlingen bör därför rättas på så sätt att tilldelningsbeslutet undanröjs och det förordnas att ny utvärdering bör ske. För det fall rätten inte finner skäl för att förordna om rättelse på denna grund anförs följande. När det gäller anbudet från KPMG AB anför kommunen att något skallkrav inte uppställts i förfrågningsunderlaget avseende CV för specialistkompetens. Med det av kommunen tillämpade synsättet på domen från förvaltningsrätten är det emellertid genom domen fastställt att ”kompetensen hos de personer som i anbudet avses representera den erbjudna specialistkompetensen ska styrkas genom ingivande av personliga meritförteckningar”. Domen har inte överklagats. KPMG AB har inte lämnat något CV för advokaten Adelcreutz. I enlighet med domen borde därför kommunen ha förkastat även anbudet från KPMG AB. Kommunens agerande i detta avseende strider mot likabehandlingsprincipen. Med hänsyn till detta bör förvaltningsrätten förordna att upphandlingen ska göras om.

Sundsvalls kommun har i ett kompletterande yttrande anfört i huvudsak följande. När det gäller rättskraften för domen från den 8 mars 2011 anser kommunen att det finns stöd för att analogt tillämpa reglerna om rättskraft i 17 kap.11 § rättegångsbalken. PwC uppger i sitt yttrande att kommunen använt sig av begrepp (huvudkonsulter och operativ bemanning) som inte återfinns i anbudsbegäran. Begreppet huvudkonsult syftar på bemanningen vilket blir uppenbart om man ser i vilket sammanhang ordet använts. På motsvarande sätt har i vidareutvecklingen använts ordet operativ bemanning. Genom sammanhanget är det helt uppenbart att begreppet operativ bemanning sätts i förhållande till specialistkompetens och därför avser det samma som det i förfrågningsunderlaget använda ordet bemanning. För samtliga medarbetare i bemanningen har PwC i anbudet lämnat en kortfattad information. Här finns även information om Micaela Hedin. Däremot finns inget CV för henne. Detta finns däremot för övrig erbjuden bemanning. Kommunen har godtagit förvaltningsrättens domslut i domen den 8 mars 2011. Detta innebär att kommunen accepterat att upphandlingen ska rättas på sätt som anges. Kommunen vidhåller sin uppfattning att förfrågningsunderlaget handlar om två olika saker. Först anges vad som gäller för den erbjudna bemanningen, innebärande att det ska finnas bred och djup kompetens inom kommunens större verksamheter. Sedan anges att det utöver erbjuden bemanning ska finnas specialistkompetens inom juridik och beskattning. Slutligen anges att uppgifter om erbjuden bemanning ska styrkas med personliga meritförteckningar CV. Kommunen delar inte förvaltningsrättens bedömning när det gäller frågan om specialistkompetensen ska styrkas med CV. Detta är dock inte något som fastslagits i domen utan endast angetts i domskälen. Kommunen anser därför att PwC:s uppfattning att förvaltningsrätten i domen fastställt krav på CV för specialistkompetens inte är korrekt. KPMG AB har, när det gäller den erbjudna bemanningen gett in CV för hela personalstyrkan. Däremot saknas CV för en specialist inom området juridik. Mot bakgrund av kommunens uppfattning i något

krav på CV för specialister inte föreligger finns inte skäl att på denna grund förkasta KPMG AB:s anbud.

Förvaltningsrätten har den 8 april 2011 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den upphandling som är aktuell i målet påbörjades före den 15 juli 2010 och därför ska LOU i dess lydelse före detta datum tillämpas.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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 proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Under förfrågningsunderlagets punkt **3.2 KVALIFICERINGSFAS** anges bl.a. följande:

”I detta delmoment görs en bedömning av anbudsgivarens allmänna lämplighet i termerna av ekonomi, kompetens och resurser och förmåga att leverera erbjudna tjänster; kontroll av att samtliga skallkrav är uppfyllda och att alla uppgifter och dokument som efterfrågats har lämnats.

Krav på kompetens för sakkunnigt biträde till kommunens revisorer samt till lekmanrevisorer i kommunens företag

De sakkunniga skall ha insikt i och erfarenhet av kommuners förutsättningar, verksamhet och ekonomi. ---

Uppdragsledaren **skall** ha högskoleexamen i offentlig förvaltning och/eller ekonomi eller annan likvärdig/lämplig utbildning ---.

Av erbjuden bemanning **skall** minst uppdragsledaren uppfylla de kompetenskrav som krävs för certifiering eller ha likvärdig kompetens.

Inom den bemanning som erbjuds **skall** det finnas en bred och djup kompetens inom kommunens större verksamheter.

Utöver erbjuden bemanning **skall** också finnas tillgång till följande specialistkompetenser: juridisk kompetens och beskattningskompetens.

För stöd till revisorernas administration krävs god administrativ förmåga noggrannhet och erfarenhet av liknande uppgifter.

Samtliga uppgifter om erbjuden bemanning i enlighet med angivna krav **skall** styrkas med personliga meritförteckningar (CV).

Krav på kompetens för lagstadgad revision av de kommunala företagen

Ansvarig revisor samt suppleant för ansvarig revisor **skall** vara godkänd eller auktoriserad revisor.

Granskningsledare och granskare **skall** inneha akademisk examen samt både erfarenhet och kompetens som bedöms lämplig för uppdraget.

Inom den bemanning som erbjuds **skall** finnas erfarenhet av revisionsuppdrag i den/de branscher som svarar mot företagets verksamhet samt erfarenhet från granskningar i kommunala företag under den senaste 5-årsperioden.

Samtliga uppgifter om erbjuden bemanning i enlighet med angivna krav **skall** styrkas med personliga meritförteckningar (CV).

Följande handlingar bifogas anbudet:

- CV – personlig meritförteckning på föreslagna konsulter.

Om anbudslämnare glömmer bort eller avstår från att svara på ett skallkrav kommer anbudet att diskvalificeras. ---”

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det finns anledning att ingripa med åtgärder enligt LOU i den aktuella upphandlingen.

Domen från den 8 mars 2011

PwC menar att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet genom att endast lägga förvaltningsrättens uttalanden i domen från den 8 mars 2011 till grund för tilldelningsbeslutet utan att göra en ny prövning av anbudet. I domslutet sägs att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny utvärdering ska göras först sedan anbudet från PwC och Ernst & Young AB förkastats. Kommunen medgav i det aktuella målet yrkandet om rättelse efter ny genomgång av PwC:s och Ernest & Young:s anbud där kommunen konstaterade att anbudet inte uppfyllde samtliga skalkrav. Kommunen har följt domslutet och förvaltningsrätten finner att inget framkommit i det nu aktuella målet som bort föranleda kommunen att frångå förvaltningsrättens domslut. Vad PwC anfört i denna del föranleder ingen annan bedömning.

I domen från den 8 mars 2011 sägs under förvaltningsrättens bedömning tolkat 3.2 i förfrågningsunderlaget och anfört att "Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att även kompetensen hos de personer som i anbudet avses representera den erbjudna specialistkompetensen ska styrkas genom ingivande av personliga meritförteckningar." PwC och Kommunen har i den nu aktuella upphandlingen tolkat 3.2 och anfört att kravet på CV endast omfattar personer som tillhör erbjuden bemanning och inte de personer som utöver detta har specialistkompetens. Förvaltningsrätten finner att formuleringen – "Samtliga uppgifter om erbjuden bemanning i enlighet med angivna krav **skall** styrkas med personliga meritförteckningar (CV)." i kombination med styckets placering sist under rubriken "Krav på kompetens för sakkunnigt biträde till kommunens revisorer samt till lekmannarevisorer i kommunens företag" kan ge utrymme för olika tolkningar beträffande vilkas behörighet som ska styrkas med CV. Det är ostridigt i målet att CV saknas för en av KPMG AB:s specialister. Förvaltningsrätten finner – mot bakgrund av den tolkning av 3.2 i förfrågningsunderlaget som gjorts i domen den 8 mars

2011 – att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen genom att utvärdera KPMG AB:s trots att CV saknades för en av representanterna med specialistkompetens. Då grunden för de olika tolkningarna av kravet på CV finns i förfrågningsunderlaget kan bristen inte åtgärdas genom rättelse och förvaltningsrätten förordnar därför att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga, DV 3109/1C.



Anita Enocksson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

