



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-06-19
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 8012-12
 Enhet 17

SÖKANDE

KPMG AB, 556043-4465

Ombud: Jur.kand. Christoffer Stavenow
 Juristfirman Stavenow & Partners AB
 Artellerigatan 81
 114 45 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokat Cristian Söderlund
 Stadsledningskontoret, Juridiska avdelningen
 105 35 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2012-06-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning enligt LOU.

Det interimistiska beslutet från den 17 april 2012 upphör därmed.

Dok.Id 244671

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholm stad har genomfört avrop (konsultuppdrag till projekt Sune område A) genom förnyad konkurrensutsättning på Stockholms stads ramavtal för organisationskonsulter för organisationsutveckling och finansiella tjänster. Anbud lämnades av Governo AB (Governo) och KPMG AB (KPMG) och av tilldelningsbeslut den 5 april 2012 framgår att Stockholms stad antagit det anbud som lämnats av Governo.

KPMG har ansökt om överprövning av den förnyade konkurrensutsättningen och yrkar att den inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att Governos anbud förkastats. Stockholms stad har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att anta Governos anbud vid den förnyade konkurrensutsättningen. KPMG och Governo är de enda som har lämnat anbud i denna och KPMG skulle därför rätteligen tilldelas kontraktet och har därför lidit eller riskerar att lida skada. Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligen avvika från villkoren i ramavtalet enligt 5 kap. 2 § LOU. En upphandlande myndighet får varken ändra kraven i förfrågningsunderlaget under upphandlingens genomförande eller efter avtalets tecknande så att de är att anse som väsentliga förändringar. Det är den förnyade konkurrensutsättningen som prövas och inte ramavtalet, men konkurrensutsättningen vilar på villkoren i ramavtalet. Governo avviker väsentligen från villkoren i ramavtalets förfrågningsunderlag genom att inte bilda en juridisk person tillsammans med sina samarbetspartners, genom att använda annan underleverantör än de i anbudet angivna och genom att inte uppfylla kravet på omsättning. För att samarbetsparterna ska nå upp till omsättningskravet om 20 miljoner kr måste dessa gå ihop i en koncern om de ska kunna utgöra en juridisk person. För att delta i förnyad konkurrensutsättning krävdes i förfrågningsunderlaget i punkt 3.5.1.1 att mindre företag som bildar konsortier måste bilda en juridisk person senast

vid avtalstecknandet. Svar på frågor från myndigheten får inte väsentligen ändra villkoren i ett förfrågningsunderlag. Stockholm stad har i svar på fråga angett att samarbetsavtal mellan juridiska personer godtas. Detta är en väsentlig skillnad från kravet i ramavtalsupphandlingens förfrågningsunderlag och Stockholms stad har därmed frångått ett tydligt skall-krav i strid med principen om transparens. Kravet på att bilda juridisk person har inte eftergivits genom svaren. Det avtal som betecknas som samarbetsavtal innehåller inga bindande överenskommelser om att bilda ett gemensamt bolag och kan högst konstituera ett enkelt bolag som inte är en juridisk person. Eftersom avtalsvillkoren har ändrats väsentligt borde ett avtalstecknande med Governo likställas med en otillåten direktupphandling. I ramavtalet står vidare Governo, Cepro AB och Abou AB som anbudsgivare. Däremot står Governo ensamma i den förnyade konkurrensutsättningen och Governo har lämnat anbudet ensamt. Anbudet är undertecknat av Governo och det är endast konsulter från Governo som är uppräknade som de som kommer att utföra uppdraget. Det är ingen gemensam juridisk person som lämnat anbudet och intentionerna att samarbeta enligt samarbetsavtalet kan ifrågasättas. EU-domstolen fastställde i mål C-454/06 att det inte är tillåtet att byta leverantör i ett upphandlingskontrakt. En sådan väsentlig förändring innebär att en ny upphandling ska ske och att ett nytt kontrakt ska tecknas. Hade Governo varit ensam anbudsgivare vid ramavtalsupphandlingen så hade bolaget inte kvalificerat sig för deltagande i upphandlingen. Det föreligger inte identitet mellan Governo och samarbetspartners och det Governo som blev tilldelat kontrakt vilket innebär ett otillåtet partsbyte. Att tillåta Governo att som enskild juridisk person lämna anbud i den förnyade konkurrensutsättningen, trots att bolaget inte uppfyller kraven i den bakomliggande ramavtalsupphandlingen strider mot upphandlingsreglerna. Resources global professionals kan vidare inte godkännas som underkonsult till Governo i efterhand eftersom de skulle ha angivits redan

vid anbudslämmandet enligt ramavtalsupphandlingens
förfrågningsunderlag.

Stockholm stad bestrider bifall till ansökan. Till stöd för denna inställning anføres bl.a. följande. Stockholm stad har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. För det fall brister skulle anses föreligga såvitt avser förfrågningsunderlaget eller förfarandet i övrigt är bristerna inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts. Av förfrågningsunderlaget för ramavtalsupphandlingen framgår att Stockholms stad accepterar att en grupp av anbudsgivare lämnar anbud om dessa senast inför avtalstecknande avser att bilda en juridisk person som uppfyller samtliga krav på anbudsgivaren. I svar daterade den 26 april 2011 har Stockholm stad svarat att samarbetsavtal godtas och att den juridiska personen kan ha funnits sedan tidigare. Med detta svar har avsetts att ramavtal även kan komma att tecknas med en grupp av leverantörer som lämnat anbud gemensamt och att staden inte kräver att leverantörerna bildar en ny juridisk person. Den företagna ändringen/förtydligandet kan under inga omständigheter bedömas som väsentlig. Den grupp av anbudsgivare som Governon ingick i bedömdes vid kvalificeringen i ramavtalsupphandlingen uppfylla samtliga kvalificeringskrav. Tiden för överprövning av den genomförda ramavtalsupphandlingen har passerats och det är inte längre möjligt att överpröva denna. Förvaltningsrätten ska därför lämna de delar av sökandens inlägga som hänför sig till ramavtalsupphandlingen utan avseende. Om en leverantör skulle ges möjlighet att ifrågasätta kvalificeringen varje gång en förnyad konkurrensutsättning genomförs skulle i praktiken en mycket lång överprövningsfrist uppstå som lagstiftaren uppenbarligen avsett inte ska finnas. Ramen för förvaltningsrättens prövning är således vad som förekommit i den förnyade konkurrensutsättningen och där är utgångspunkten att anbudsgivarna är kvalificerade. Några kvalificeringskrav avseende anbudsgivarna har inte ställts och kan inte heller ställas i den förnyade konkurrensutsättningen.

Den förnyade konkurrensutsättningen har genomförts i enlighet med ramavtal och förfrågningsunderlag. Det bestrids att tecknande av avtal med vinnande anbudsgivare skulle vara att betrakta som en direktupphandling. Stockholms stad har inte medgivit partsbyte. I det ursprungliga anbudet från Governo framgår tydligt att gruppen kommer att företrädas av Governo och dess VD Caroline Andersson. Det framgår vidare att avropsförfrågningar kommer att hanteras via en kontakt och att kontaktperson och ytterst avtalsansvarig kommer att vara Caroline Andersson. Ramavtalet är undertecknat av Caroline Andersson för alla tre bolags räkning. I ramavtalet är Caroline Andersson också upptagen som gruppens kontaktperson gentemot Stockholms stad och avropsförfrågan har endast skickats till den person som enligt handlingarna företräder gruppen, d.v.s. Governos VD Caroline Andersson. Stockholms stads inställning är att det är Governo, Cepro AB och Abou AB som lämnat anbud och tilldelats kontrakt i den förnyade konkurrensutsättningen samt att det är dessa som staden har för avsikt att teckna avtal med. Det bestrids att gruppens samarbete inte skulle vara reellt eller att det faktum att anbudsgivare bildat en grupp innebär att samtliga i gruppen ingående företag måste bidra med konsulter i varje förnyad konkurrensutsättning. Stöd för att anbudsgivare tillåts återropa ny underleverantör finns i punkt 8.3 i gällande ramavtal och i punkt 3.5.5. i ramavtalsupphandlingens förfrågningsunderlag och hinder föreligger inte så länge godkännande lämnas av Stockholms stad.

Governo har yttrat sig i målet och bl.a. anfört följande. Det pågår och har långt innan ramavtalets tecknande funnits ett samarbete mellan de tre bolagen. I den förnyade konkurrensutsättningen är det företagsgruppen som lämnat anbud. Abou AB och Governo delade också kontor fram till januari 2011. Cepro AB och Governo delar lokal och administrativ personal. Governos VD Caroline Andersson är ansvarig för det aktuella ramavtalet och samordnar alla förfrågningar som inkommer och de avrop som Governo bestämmer sig för att offerera. I dessa situationer är det alltid konsulternas kompetens och tillgänglighet som avgör hur det exakta teamet

kommer att se ut. Vad gäller avropet kring aktuellt projekt så var det senior kompetens avseende liknande projekt som var avgörande. Detta ledde till bedömningen att det var konsulter från Governo som var bäst lämpade. Då anbudet omfattade hela tolv roller så beslutade Governo att offerera några av Resources Globals konsulter som underkonsulter. Stockholms stad godkände anlitaandet i linje med vad ramavtalet stadgar.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar öppet och förutsebart. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Av 16 kap. 6 § LOU första stycket framgår att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

KPMG har anfört att Stockholm stad har brutit mot LOU eftersom Governos anbud väsentligen avviker från villkoren i ramavtalets förfrågningsunderlag vad gäller bildandet av en juridisk person, kravet på omsättning samt användandet av ny underleverantör. KPMG har vidare anfört att brott mot LOU har skett på den grunden att det inte föreligger lika identitet mellan Governos anbud i den förnyade konkurrensutsättningen och det anbud som antogs i ramavtalsupphandlingen, innebärande att det skett ett otillåtet partsbyte.

Förvaltningsrättens bedömning

Av praxis följer att ett tilldelat kontrakt, i syfte att säkerställa insyn i förfarandena och med hänsyn till likabehandlingsprincipen av anbudsgivare, ska överensstämma med det ursprungliga kontraktet och förfrågningsunderlaget och att villkor inte kan omförhandlas eller ändras på ett betydande sätt under ett avtals löptid. En ändring måste bedömas från fall till fall men EU-domstolen har i mål C-454/06 uttalat följande för att avgöra huruvida en ändring av ett avtalsvillkor i ett befintligt kontrakt är att anse som betydande. En ändring av ett kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det förekommit villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs. En ändring av det ursprungliga kontraktet kan även anses vara en betydande ändring om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det omfattar tjänster som inte först avsågs. En ändring kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.

Att parterna vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal inte väsentligen får avvika från villkoren i ramaavtalet framgår av 5 kap. 2 § LOU. Enligt förvaltningsrättens mening torde de principer som EU-domstolen har uttalat i mål C-454/06 för att avgöra huruvida en ändring är att anse som betydande vara tillämpliga också för att bestämma huruvida avvikelser från villkoren i ramavtalsupphandlingar kan betraktas som väsentliga.

Bildandet av en juridisk person

Av punkt 3.5.1.1 i ramavtalsupphandlingens förfrågningsunderlag framgår att Stockholms stad accepterar att en grupp av anbudsgivare lämnar anbud om dessa senast inför avtalstecknandet avser att bilda en juridisk person som uppfyller samtliga krav på anbudsgivaren. Av frågor och svar framgår att Stockholms stad den 26 april 2011 svarade att ett samarbetsavtal godtas för att uppfylla den juridiska relation som leverantörerna måste ha för att uppfylla punkt 3.5.1 i förfrågningsunderlaget. I målet är ostridigt att Governo tillsammans med sina samarbetspartners inte har bildat en gemensam juridisk person.

Enligt förvaltningsrättens bedömning är det i detta mål inte möjligt att pröva om den bakomliggande ramavtalsupphandlingen och Stockholms stads agerande i samband med den strider mot reglerna för offentlig upphandling. Huruvida Stockholms stad genom sina svar på frågor i ramavtalsupphandlingen brutit mot LOU kan således inte bli föremål för prövning i detta mål. Att kontrakt ska överensstämma med förfrågningsunderlag och ursprungliga villkor torde emellertid bl.a. innebära att de krav som uppställts i ramavtalsupphandlingen alltjämt gäller och att avvikelser härifrån endast får ske om dessa inte är väsentliga. Enligt förvaltningsrättens mening är det mot denna bakgrund av vikt att utröna hur det aktuella kravet i den ursprungliga ramavtalsupphandlingen ska uppfattas.

Förvaltningsrätten gör i denna del bedömningen att Stockholm stads svar på aktuell fråga inte kan tolkas på annat sätt än att kravet på bildandet av en juridisk person i punkt 3.5.1.1 i ramavtalsupphandlingens förfrågningsunderlag har eftergetts. Det aktuella skall-kravet innebär därmed i detta avseende att det är tillräckligt att leverantörerna har ett samarbetsavtal. Förvaltningsrätten, som alltså i detta mål inte tar ställning

till huruvida ändringen av skall-kravet är förenligt med bestämmelserna i LOU, finner därmed inga skäl för att förordna om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU på den grunden att Governo med samarbetsparternas i nu aktuell konkurrensutsättning inte har bildat en juridisk person.

Omsättningskravet

KPMG har gjort gällande att omsättningskravets uppfyllande kräver en starkare juridisk relation än ett samarbetsavtal och att kravet därmed inte är uppfyllt av Governo i den förnyade konkurrensutsättningen. Enligt förvaltningsrätten har det emellertid inte framkommit att omsättningskravet fordrar en särskilt rättslig beskaffenhet på de band som föreligger mellan samarbetsleverantörerna så länge kravet är säkerställt genom samarbetet (jfr EU-domstolens dom i mål C-176/98). Något stöd för att det i den förnyade konkurrensutsättningen har skett ett åsidosättande av ramavtalsupphandlingens krav på minsta omsättning finns därmed inte.

Användandet av ny underleverantör

Av punkt 3.5.5. i ramavtalsupphandlingens förfrågningsunderlag framgår att anbudsgivaren ska ange om underleverantör redan vid anbudslämnandet avses användas för uppdraget. Av punkt 8.3 i ramavtalet framgår att leverantören inte får anlita underkonsult utan uppdragsgivarens skriftliga medgivande.

Enligt förvaltningsrätten öppnar villkoret i ramavtalet för möjligheten att få en underleverantör godkänd i efterhand. Innebörden av formuleringen i förfrågningsunderlaget ter sig däremot något oklar. Att det var obligatoriskt att ange underleverantör redan vid anbudslämnandet kan emellertid endast utläsas i fall då sådan var tänkt att användas redan vid denna tidpunkt. Eftersom det stod vem som helst fritt att åberopa

underleverantör redan vid anbudslämnandet finner förvaltningsrätten under alla omständigheter att Governos åberopande av ny underleverantör inte kan ha påverkat andra eller potentiella anbudsgivares möjligheter att lämna anbud eller antas i ramavtalsupphandlingen. Det har inte heller i övrigt framkommit att aktuellt angivande av ny underleverantör i den förnyade konkurrensutsättning skulle utgöra en väsentlig eller betydande förändring av ett villkor i ramavtalsupphandlingen. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att den omständigheten att Governo åberopat ny underleverantör i den förnyade konkurrensutsättningen inte innebär att bestämmelserna i LOU har åsidosatts.

Otillåtet partsbyte

KPMG har vidare anfört att det inte föreligger identitet mellan det Governo med samarbetspartners som antogs i samband med ramavtalsupphandlingen och det Governo som tilldelats rätten att teckna avtal i samband med den nu aktuella förnyade konkurrensutsättningen.

Byte av part medför i regel en ändring av ett väsentligt villkor i ett kontrakt, vilket medför krav på att genomföra en ny upphandling. Detta gäller såvida bytet inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet eller om byte av medkontrahent är att anse som en intern omorganisation såsom en verksamhetsövergång (EU-domstolen i mål C-454/06). Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i yttrande uttalat att avgörande för om ändringen är tillåten inte är att det rör sig om exakt samma rättssubjekt utan att det finns fortsatt identitet mellan den som lämnat anbud, kvalificerat sig i upphandlingen samt tecknat avtal och den som kommer att genomföra uppdraget (NOU i yttrande med dnr 2003/0328-26 och 2005/0197-26). Eftersom förhållandena i samband med ett eventuellt partsbyte varierar från fall till fall, vilket påverkar bedömningen av om en

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

ändring är förenlig med upphandlingslagstiftningen eller inte, måste enligt förvaltningsrättens mening också en bedömning göras i varje enskilt fall.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av tilldelningsbeslutet avseende den bakomliggande ramavtalsupphandlingen framgår att en grupp av anbudsgivare bestående av Governo, Cepro AB och Abou AB har tilldelats kontrakt. Av utredningen framkommer att dessa tre bolag lämnade ett gemensamt anbud i ramavtalsupphandlingen. Av bilaga 4 till det gemensamma anbudet framgår att avrop kommer att hanteras via en kontakt och att kontaktperson och ytterst avtalsansvarig kommer att vara VD:n för Governo, Caroline Andersson. Det framgår vidare att de tre företag som utgör anbudsgivaren kommer att fullgöra skyldigheter enligt upphandlingskontraktet. Stockholms stad har därtill anfört att det gemensamma anbudet och aktuell bilaga är undertecknade av företrädare för var och en av de tre bolagen och att ramavtalet är undertecknat av Caroline Andersson för alla tre bolags räkning. Vid en sammantagen bedömning av vad som har framkommit i målet får de tre bolagens samarbete enligt förvaltningsrättens mening anses innebära att Governo med Caroline Andersson företräder den grupp av anbudsgivare som tilldelats kontrakt i ramavtalsupphandlingen. Med stöd av intygande om kontraktsfullgörande och de befogenheter som tilldelats representanten för gruppen svarar de därför i aktuellt hänseende gemensamt för att det anbud som lämnats av Governo genomförs. Att endast Governo står angiven som anbudsgivare i avropet innebär därför inte att det i detta avseende saknas identitet mellan den som tilldelats kontrakt i ramavtalsupphandlingen och den som lämnat anbud i den förnyade konkurrensutsättningen. Förvaltningsrätten finner därför inget stöd för att det förekommit ett otillåtet partsbyte i strid med bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrätten finner därmed sammantaget att det mot bakgrund av vad bolaget har anfört i målet inte föreligger skäl för ett ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Bolagets ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (3109/1a LOU)



Lotta Wendelsson

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Philip Thor.



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. 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU

