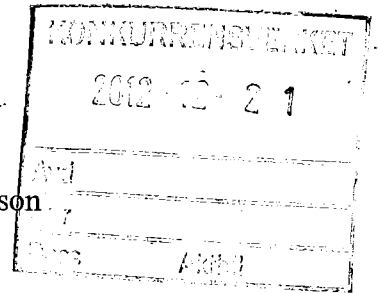




SÖKANDE

Capgemini Nederland B.V.
Postbus 2575, 3500GN Utrecht
Nederländerna

Ombud: Advokaterna Catharina Baerselman och David Nilsson
Bird & Bird Advokat KB
Box 7714
103 95 Stockholm



MOTPART

Stockholms stad
Stadshuset
105 35 Stockholm

Ombud: Stadsadvokaterna Oscar Jacobsson och Cristian Söderlund
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFS

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Capgemini Nederland B.V:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Stockholm stad (staden) samt staden tillhöriga bolag och stiftelser genomför en upphandling omfattande systemdrift och systemförvaltning av stadens centrala verksamhetssystem samt Service Desk (Dnr 125-220/2012). Upphandlingen har genomförts enligt bestämmelserna för förhandlat förfarande vid upphandling av tjänstekontrakt enligt LUF5. Det förhandlade förfarandet innebär att upphandlingen genomförs i två faser. I den inledande kvalificeringsfasen inbjuds intresserade leverantörer att lämna en ansökan om att få delta i upphandlingen. I fas två erbjuds de leverantörer som kvalificerat sig i fas ett möjlighet att lämna anbud.

Efter genomförd prövning av inkomna anbudsansökningar beslutade staden att inbjuda Tieto Stockholm (Tieto), EVRY och Capgemini Nederland B.V (bolaget) att lämna anbud i upphandlingen. Av tilldelningsbeslut den 24 oktober 2012 framgår att staden har beslutat att anta anbud från Tieto. Tieto Stockholm består av en grupp av leverantörer: Tieto Corporation, Tieto Sweden AB och Tieto Sweden Healthcare and Welfare AB. Av utvärderingsprotokollet framgår att staden förkastat anbudet från bolaget, eftersom det enligt staden inte uppfyller samtliga ställda krav.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas, alternativt att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Tieto har ansökt om att lämna anbud som en grupp av leverantörer. Staden har krävt att minst en av leverantörerna i en grupp av leverantörer ska uppfylla kravet på två referensuppdrag i punkt 4.6.1 i

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

ansökningsunderlaget. Tietos angivna referensuppdrag har utförts av två olika leverantörer i gruppen och uppfyller därför inte ställt krav. Staden skulle därför rätteligen ha diskvalificerat Tieto och inte bjudit in Tieto att lämna anbud. Stadens tolkning av kravet i punkt 4.6.1 står helt i strid med vad staden uttryckligen angett i ansökningsunderlaget och strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. I den mån det skulle anses strida mot 1 kap. 13 § LUFS, 12 kap. 15 § LUFS eller någon annan bestämmelse i LUFS att ställa kraven, eller att tolka kraven i enlighet med vad som uttryckligen anges i upphandlingen måste upphandlingen göras om redan av detta skäl.

Vidare ifrågasätter bolaget om kravet i punkt 4.6.1 är proportionerligt och om det strider mot bestämmelsen i 12 kap. 15 § LUFS om återopade av kapacitet hos annan.

Staden bjöd in endast tre leverantörer att lämna anbud i upphandlingen, däribland Tieto. Eftersom övriga två anbud förkastats, skulle staden vid en korrekt tillämpning av LUFS inte ha några giltiga anbud i upphandlingen utan skulle ha varit tvungen att göra om upphandlingen. På grund av att upphandlingen således bort göras om, lider bolaget skada, eller riskerara att lida skada av stadens överträdelse av LUFS. Eftersom en rättelse genom diskvalificering av Tieto endast kan leda till att upphandlingen ska göras om, bör förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om.

Staden bestider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Staden har ställt som krav att leverantören ska styrka sin erfarenhet genom redovisning av två referensuppdrag som till innehåll och omfattning uppfyller angivna förutsättningar. För grupp av leverantörer som gemensamt lämnar anbud gäller enligt förutsättningarna att kraven ska uppfyllas av minst en av leverantörerna i gruppen, dvs. antingen ska en leverantör i gruppen ha utfört båda efterfrågade referensuppdragen eller så

kan två av de i gruppen ingående leverantörerna ha utfört varsitt referensuppdrag. Tieto har i sin anbudsansökan åberopat ett godtagbart referensuppdrag för Tieto Corporation (referensuppdrag nr 1) och ett för Tieto Sweden Healthcare & Welfare AB (referensuppdrag nr 2). Tieto uppfyllde därmed samtliga ställda krav på leverantören. Anbudssökande har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, anbudsansökningarna har prövats i enlighet med förutsättningarna i ansökningsunderlaget och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. Kraven i punkt 4.6.1 strider inte mot proportionalitetsprincipen eller mot 12 kap. 15 § LUFSS om åberopande av annans kapacitet. Någon grund för ingripande mot upphandlingen föreligger inte, varför ansökan ska avslås.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter eller enheter ska enligt 1 kap. 11 § LUFSS 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 iakttagas.

Av 1 kap. 13 § LUFSS framgår följande. Grupper av leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna ett anbud och att lämna ett anbud. Den upphandlande myndigheten eller enheten får inte ställa upp som villkor om att sådana grupper ska ha en bestämd juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten eller enheten får dock begära att en grupp ska ha viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

Av 12 kap. 15 § LUFSS framgår följande. En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFSS eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten, enligt 16 kap. 6 § samma lag,

besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

1. Uppfyllande av referensuppdrag

Staden har i förfrågningsunderlaget punkt 4.6.1 uppställt vissa skall-krav som avser leverantörens erfarenhet av systemdrift och systemförvaltning. Bl.a. anges följande krav.

Leverantören ska inneha för åtagandet erforderlig erfarenhet.

Leverantören ska under de tre senaste åren ha genomfört minst två uppdrag för olika externa uppdragsgivare som till sin art motsvarar i denna upphandling beskrivet uppdrag. [...]

I sjätte stycket i samma punkt anges följande.

För grupp av leverantörer som gemensamt lämnar anbud gäller att kraven ovan ska uppfyllas av minst en av leverantörerna i gruppen. Krav får dock inte delas upp mellan flera leverantörer på ett sätt som förändrar avsikten med krav. Exempelvis genom att en leverantör uppfyllet kravet på erfarenhet av systemdrift och förvaltning innefattande hantering av olika juridiska personer inom samma system medan en annan leverantör har erfarenhet av systemdrift av system med minst 5 000 användare. [...]

Bolaget har anfört att kravet i punkt 4.6.1 innebär att *en* av leverantörerna inom gruppen ska ha utfört *två* referensuppdrag av det slag och omfattning som staden anger. Då Tietos angivna referensuppdrag har utförts av två olika leverantörer i gruppen anser bolaget att Tietos anbud därmed inte uppfyller ställt krav och därmed inte bort kvalificerats.

Staden har anfört att för grupp av leverantörer som gemensamt lämnar anbud gäller enligt förutsättningarna att kraven ska uppfyllas av minst en av leverantörerna i gruppen, dvs. antingen ska en leverantör i gruppen ha utfört båda efterfrågade referensuppdragen eller så kan två av de i gruppen ingående leverantörerna ha utfört varsitt referensuppdrag.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I punkt 4.6.1 i förfrågningsunderlaget framställs ett krav på att leverantören ska ha genomfört minst två uppdrag för olika externa uppdragsgivare som till sin art motsvarar i upphandlingen beskrivet uppdrag. Vidare uppställer staden ett antal ytterligare krav på omfattningen och arten på dessa två uppdrag i efterföljande stycken i ovan nämnda punkt. Staden har i sjätte stycket i punkt 4.6.1 angett att för en grupp av leverantörer gäller att kraven ska uppfyllas av minst en av leverantörerna i gruppen. Staden har vidare i samma stycke tydliggjort att innehållet i respektive referensuppdrag inte går att dela upp mellan de olika leverantörerna i gruppen. Däremot står ingenstans angivet att båda referensuppdragen ska ha utförts av samma leverantör i gruppen. Att tolka in ett sådant krav i formuleringen i sjätte stycket i punkt 4.6.1 framstår som orimligt med hänsyn till syftet med de efterfrågade referensuppdragen, dvs. att staden vill säkerställa att anbudsgivaren har den erfarenhet som krävs för att genomföra uppdraget, och då det är gruppen av leverantörer som är anbudsgivare och enligt 1 kap. 13 § LUFS har rätt att återropa hela gruppens samlade resurser. Förvaltningsrätten finner således att skrivningen i punkt 4.6.1 inte innebär att staden framställt ett krav på att *samma* leverantör i en grupp av leverantörer ska ha utfört *båda* referensuppdragen. Kvalificeringen av Tieto strider därmed i detta avseende inte mot LUFS eller de unionsrättsliga principerna.

2. Åberopande av annans kapacitet

Bolaget har ifrågasatt om kravet att anbudssökande ska inneha referensuppdrag i punkt 4.6.1 strider mot 12 kap. 15 § LUFSS om åberopande av kapacitet hos annan. Vidare har bolaget ifrågasatt om den nivå som staden satt i och med kraven enligt punkt 4.6.1, som innebär att anbudssökande ska inneha två referensuppdrag, är proportionerlig.

Staden har anfört att varken LUFSS eller rättspraxis ger stöd för att möjligheten att åberopa annans kapacitet enligt 12 kap. 15 § LUFSS är absolut ovillkorlig. Staden har haft rätt att kräva att leverantören också varit avtalspart i åberopade referensuppdrag. Vidare har staden anfört att syftet med kravet har varit att säkerställa att anbudssökande har den erfarenhet som krävs för att genomföra ett uppdrag av sådan komplexitet och omfattning som nu är i fråga. Skadeverkningarna för staden, såväl ekonomiska som verksamhetsmässiga, skulle kunna bli betydande om staden fick en anbudssökande/anbudsgivare som saknar relevant erfarenhet av denna typ av tjänst. Den eventuella negativa effekt kravet kan ha fått på konkurrensen är inte på något sätt oproportionerligt eller överdriven jämfört med det eftersträfvade syftet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. En anbudsgivare kan normalt sett åberopa extern kapacitet för att uppfylla alla typer av krav på kapacitet, yrkeskunnande eller finansiella resurser. En upphandlande myndighet har emellertid möjlighet att begränsa rätten att åberopa andra företags kapacitet (se t.ex. Kammarrätten i Stockholm dom i mål nr 4460-12), en möjlighet som staden i förevarande upphandling använt sig av i och med det uppställda kravet i punkt 4.6.1 om att leverantören också varit avtalspart i åberopade referensuppdrag.

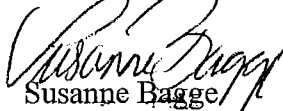
Vidare står det enligt förvaltningsrättens mening klart att upphandlingen i fråga är komplex och uppgår till betydande ekonomiska värden. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att det får anses i linje med proportionalitetsprincipen att staden som upphandlande myndighet i en upphandling av detta slag får anses ha stort utrymme för att ställa krav på leverantörerna så länge de allmänna principerna inom EU-rätten och bestämmelserna i LUFSS inte överträds. Förvaltningsrätten finner att vad bolaget anfört och vad som i övrigt framkommit i målet om kravet på två referensuppdrag i vilka leverantören ska ha varit avtalspart, med hänsyn till upphandlingens komplexitet och höga värde, inte är mer långtgående än vad som är nödvändigt i förhållande till det som ska upphandlas.

3. Sammanfattning

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte framkommit omständigheter som visar att staden utfört upphandlingen i strid med LUFSS eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LUFSS föreligger således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten har denna dag meddelat dom i mål nr 22999-12.

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


Susanne Bagge

rådman

Föredragande har varit Julia Nyberg



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