



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-11-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21070-12
Enhet 17

SÖKANDE

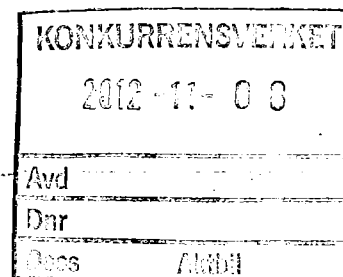
Aktiebolaget Ecenea, 556794-9895
Skogsövägen 50
133 33 Saltsjöbaden

MOTPART

Tullverket
Box 12854
112 98 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Aktiebolaget Eceneas ansökan om överprövning.

Dok.Id 292564

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
09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Tullverket genomför en upphandling av upphandlingskonsulter med inriktning mot IT-tjänster, med diarienum UPP 2012-83. Vid upphandlingen används förenklat förfarande. Aktiebolaget Ecenea har lämnat in anbud. Enligt tilldelningsbeslut den 8 oktober 2012 har en annan leverantör antagits. Av beslutet samt det bifogade utvärderingsprotokollet framgår att Aktiebolaget Ecenea inte uppfyllt kraven på formalia eftersom cv för en underkonsult inte bifogats.

Aktiebolaget Ecenea yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anförs bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ha underkonsulter. Bolaget har offererat tre olika egna konsulter för att säkerställa personal vid sjukdom eller motsvarande. Någon underkonsult har dock inte använts. Det är i strid med LOU att kräva att ett företag måste tillhandahålla underkonsulter då personalförsörjningen är möjlig att lösa inom företaget. Det utgör en allvarlig konkurrensbegränsning att inte tillåta att ett företag tillhandahåller personal inom företaget. Det kan inte vara syftet med upphandlingslagstiftningen att ett företag som tilldelas ett kontrakt är tvingad att lämna uppdraget till en konkurrent vid sjukdom hos en ordinarie konsult. Upphandlingen brister i proportionalitet.

Tullverket bestrider yrkandet att upphandlingen ska göras om och anförs bl.a. följande. Handläggningen av upphandlingen har varit förenlig med gällande rätt. Enligt kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren ha konsulter och underkonsulter. Separata cv:n för samtliga konsulter skulle bifogas anbudet. Aktiebolaget Ecenea har gjort gällande att kravet är uppfyllt, men har bifogat cv:n för endast tre konsulter och inte fyra. Syftet med ställda kapacitetskrav är att säkerställa leverans av tjänsterna under avtalstiden. Underkonsulterna ska kunna ersätta huvudkonsul-

terna då de av olika anledningar inte kan slutföra ett påbörjat uppdrag. Uteblivna leveranser skulle kunna få omfattande negativa konsekvenser för myndigheten. Leverantörer har alltid möjlighet att välja om de vill hänvisa till andra juridiska personers ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU. Det finns inte något skäl till att förstå begreppet underkonsulter som konsulter anställda av en annan juridisk person än den som huvudkonsulterna har anställts av. Begreppet gäller även konsulter som är anställda av samma juridiska person som huvudkonsulterna.

Aktiebolaget Ecenea har därefter i yttrande angett bl.a. följande. Begreppen underkonsult och underentreprenör är vanligt förekommande i upphandlingssammanhang. Av information på internetsidan Wikipedia framgår att underentreprenör tecknar avtal med huvudentreprenör och således utgör en självständig juridisk person. Även i AB-U (Allmänna bestämmelser för underentreprenader i utförandeentreprenader) regleras det juridiska förhållandet mellan huvudentreprenör och underentreprenör, dvs. två olika juridiska personer. Det är vedertaget att begreppet underkonsult har motsvarande juridiska betydelse som begreppet underentreprenör i detta avseende. Tullverket har nu presenterat en egen definition av begreppet underkonsult. Om förfrågningsunderlaget ska tolkas på detta sätt så brister det i transparens eftersom ska-kravet på underkonsult uppenbarligen är en fel-skrivning som skapar stor otydlighet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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 har gjorts.

Förfrågningsunderlaget

Avsnitt 1.2, upphandlingens omfattning och förutsättningar, har följande lydelse.

”Tullverket har för avsikt att träffa ramavtal med en leverantör för totalt två upphandlingskonsulter, vilka vid behov ska kunna arbeta samtidigt åt Tullverket.

Upphandlingens värde beräknas till ca 1.000 000 SEK per år under avtalsperioden. Tullverket garanterar dock ingen volym. Volymen kan både understiga alternativt överstiga angiven beräknad volym.

Om offererade anbudspriser överstiger ramen för budgeterade medel kan upphandlingen komma att avbrytas.”

Avsnitt 5, kravspecifikation, stycke 4-6, har följande lydelse.

”Anbudsgivaren ska ha underkonsulter med motsvarande kompetens, utbildning och erfarenhet som konsulter, som vid sjukdom eller motsvarande för konsulter, ersätter dessa inom högst tio arbetsdagar, se punkt 3.2.

Till anbudet ska fogas separata cv:n för konsulter respektive underkonsulter som på ett tydligt sätt redovisar kompetens, utbildning och erfarenhet.

Av bifogade cv:n ska på ett tydligt sätt framgå utbildning, roller, uppdrag och år inom yrket för respektive konsult.”

Förvaltningsrättens bedömning

Aktiebolaget Ecenea gör i första hand gällande att upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen genom att Tullverket uppställt ett krav på externt anställda underkonsulter. I andra hand anförs att upphandlingen, vid det fall begreppet underkonsulter inte ska förstås som ett krav på externt anställda underkonsulter, brister i transparens till följd av att kravet på underkonsulter skapar stor otydlighet.

LOU innehåller inte någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantörernas förmåga eller tjänsten. En begränsning är emellertid att den upphandlande myndigheten ska iaktta proportionalitetsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU. Ett förfrågningsunderlag ska vidare vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer att göras. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. ska-krav. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att något ska-krav på att underkonsulterna ska vara anställda av en annan juridisk person än den som de ordinarie konsulterna är anställda av inte kan utläsas av vare sig kravspecifikationen eller övriga delar av förfrågningsunderlaget. Några andra skäl som ger anledning att ifrågasätta om upphandlingen varit förenlig med proportionalitetsprincipen har inte framförts.

Förvaltningsrätten anser även att det som framgår av förfrågningsunderlaget vad gäller kravet på underkonsulter inte kan betraktas som otydligt eller oklart formulerat. Det finns i förfrågningsunderlaget inga uppgifter som vare sig direkt eller indirekt visar att begreppet underkonsulter ska förstås som externt anställda konsulter. Det har enligt förvaltningsrättens bedömning inte visats att den vedertagna tolkningen av begreppet underkonsult är sådan att upphandlingen av detta skäl inte kan anses ha genomförts på ett öppet sätt.

Av kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska bifoga separata cv:n för de två konsulterna samt underkonsulterna, dvs. totalt fyra konsulter. Aktiebolaget Ecenea har bifogat cv:n för endast tre konsulter och därmed inte uppfyllt det nyssnämnda ska-kravet. Tullverket har därmed haft fog för att utesluta Aktiebolaget Eceneas anbud från utvärdering.

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

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



Magnus Åhammar

rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Mia Hemmestad.