



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2016-05-02
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
6744-15 E

SÖKANDE

Frontwalker AB, 556511-6125
Kungsgatan 64
111 22 Stockholm

MOTPART

Östhammars kommun
Box 66
742 21 Östhammar

KONKURRENSVERKET	
2016 05 02 / <i>Rog</i>	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 178028

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Östhammars kommun (kommunen) har gjort en upphandling av PM3-konsulter, dnr KS 2015-800. Kommunen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från På i Stockholm AB.

YRKANDEN M.M.

Frontwalker AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Skälet till ansökan om överprövning är kravet på att redovisa fem referensuppdrag som ska vara genomförda och avslutade inom tre år och vara av samma slag som upphandlingen avser.

Då ett införande av pm3 vanligen löper under en längre tid, ofta 18-36 månader, blir kravet på relativt många referensuppdrag inom en i sammanhanget kort tid starkt begränsande. Detta krav lägger mer fokus på hur många konsulter med efterfrågad erfarenhet leverantören har tillgång till snarare än den faktiska förmågan hos leverantören relaterat till kundens behov.

Kravbilden i denna upphandling gynnar en stor aktör med många konsulter med pm3-erfarenhet mer än den möter det aktuella behovet hos kunden. Det aktuella uppdraget kan mycket väl genomföras utan risk för bristande kvalitet med en mer behovsanpassad kravbild när det gäller referensuppdragen. Detta innebär att flertalet leverantörer exkluderas från denna upphandling p.g.a. en oproportionerligt omfattande kravbild. Denna begränsande konkurrenssituation kan medföra en monopolsituation när det gäller marknaden för pm3-konsulter. På i Stockholm AB äger förvaltningsmodellen pm3 och är på marknaden den aktör som har flest konsulter med pm3-kompetens. Det har under de senaste åren förekommit ett antal upphandlingar inom offentlig sektor, med snarlik kravbild som i denna upp-

handling, där möjligheten för bolaget och andra liknande aktörer att lämna anbud varit starkt begränsad p.g.a. en oproportionerlig kravbild.

Bolagets avsikt har varit att lämna anbud tillsammans med en annan aktör. Men trots att bolagets samlade kunskap och erfarenhet är fullt tillräcklig för kundens behov är det inte möjligt att uppfylla skall-kravet gällande referensuppdrag.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen har inte ställt för höga krav i upphandlingen på sätt som bolaget påstår och som enligt bolaget skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Den kravbild som ställts i upphandlingen är behovsanpassad för det uppdrag som kommunen önskar få utfört.

Kommunen har fattat beslut om att upphandla pm3-konsulter för att få stöd och hjälp med ett införande av förvaltningsstyrningsmodellen PM3 i organisationen. IT-organisationen i kommunen genomgår för närvarande stora förändringar, dels infrastrukturella uppgraderingar men även verksamhetsorienterade förändringar i form av omorganisation och införande av nya arbetssätt. Inom kommunens förvaltningar pågår parallellt ett flertal olika digitala projekt, vilka är resurskrävande och för många förvaltningar är det svårt att avsätta resurser som kan driva/medverka i de olika projekten. Detta gäller även IT-enheten som kan komma att få svårt att fullt ut bemanna pågående och planerade framtida projekt.

Kommunen vill säkerställa att den leverantör som upphandlas har erfarenhet och kunskap från offentlig verksamhet och resurser att ställa till förfogande om det skulle bli så att kommunen behöver mer resurser för att stödja de olika verksamheterna vid ett införande.

Kravet på fem referensuppdrag baseras på att få anbudsgivaren att påvisa att denne har bredd avseende både kompetens och erfarenhet. Kravet på 36 månader baseras på att anbudsgivaren ska kunna visa att detta är en produkt som man arbetar med kontinuerligt över tid. Då modeller hela tiden vidareutvecklas är det relevant att kunna visa att man som leverantör följer den utveckling som löpande sker av modellen.

Kommunen anser inte att kravet på fem referensuppdrag under en period av tre år är ett krav som på något sätt är oproportionerligt utifrån det uppdrag som kommunen önskar få utfört.

De krav som ställts på konsulternas kapacitet och erfarenhet är att leverantören ska ha minst fem konsulter som är certifierade inom pm3 eller har erfarenhet av att arbeta i en organisation eller inom organisationer med stöd av pm3 under minst tolv månader. Av de fem konsulterna ska minst två ha erfarenhet av att leda minst fem tidigare pm3-objektetableringar i olika organisationer. Här ställs inget krav på antal månader eller år som objektetableringar ska ha utförts inom.

Kommunen har räknat med att objektkartläggning (FOA, Förvaltnings Objekts Arkitektur) och etablering av samtliga objekt tar ca 18 månader, men det som upphandlas är primärt FOA och en pilotetablering vilket enligt kommunens bedömning bör ta ca 3-4 månader. Etablering av resterande objekt, som tas fram genom FOA, kan bli aktuellt att avropa i form av stöd av leverantören, men kommunens ambition är att genomföra så mycket som möjligt i egen regi. Kommunen vill dock säkerställa möjligheten att avropa resurser som interimslösning som t.ex. förvaltningsledare om detta skulle behövas och anser att det är mycket viktigt att anbudsgivaren har projektledarkompetens, erfarenhet och kapacitet att övergripande hålla i ett kommunövergripande införande av pm3.

Utifrån tidigare genomförda upphandlingar bland kommuner som infört liknande modeller kan man se att liknande krav har ställts utan att det på något sätt har begränsat antalet anbudsgivare.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av vad bolaget anfört.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare bl.a. principen om proportionalitet iakttagas.

Av EU-domstolens praxis angående proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (se även bl.a. NOU:s yttrande den 11 maj 2005, dnr 2005/0088-29, Konkurrensverkets yttrande den 15 juli 2008 i Kammarrätten i Stockholms dom den 30 december 2008 i mål nr 4283-08 och Kammarrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2009 i mål nr 3477-09).

Bolaget har i målet anfört att kraven i kommunens förfrågningsunderlag brister i proportionalitet genom att det ställs krav på att kunna redovisa fem referensuppdrag inom tre år. Kravet resulterar i att leverantörer med få konsulter utestängs trots god förmåga att tillgodose beställarens behov och är konkurrensbegränsande.

Kommunen har anfört att kravet svarar mot ett verkligt behov hos kommunen och att antalet anbudsgivare erfarenhetsmässigt inte begränsats när liknande krav ställts.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen pekat på att det för närvarande föreligger stora organisatoriska förändringar inom kommunen och att kommunen har behov av en leverantör med god erfarenhet som samtidigt kan ställa stora resurser till kommunens förfogande om det skulle krävas. Kommunen har vidare anfört att antalet anbudsgivare erfarenhetsmässigt inte begränsats när liknande krav ställts. Uppgiften har inte motsagts av bolaget. Enligt förvaltningsrättens bedömning får kommunens förklaring till det relativt omfattande kravet på referensuppdrag godtas och kravet får därmed anses vara lämpligt och nödvändigt med hänsyn till kommunens behov. De negativa effekterna av kravet framstår inte heller som oproportionerliga med hänsyn till det eftersträlvade syftet. Bolagets ansökan om överprövning ska mot denna bakgrund avslås.

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

Klas Innerstedt
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



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.