



SÖKANDE

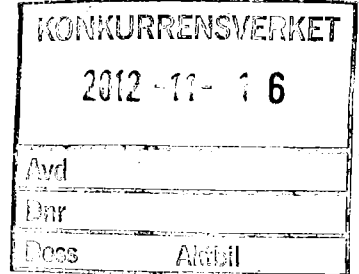
Knowledge Evolution Solutions Sweden AB, 556787-6320
c/o Chatarina Holmsten
Björkvägen 79
147 33 Tumba

MOTPART

Riksgälden
103 74 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Riksgäldens yrkande om att ansökan om ingripande enligt LOU ska avvisas.

Förvaltningsrätten avslår Knowledge Evolution Solutions Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 288706

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

Riksgälden genomför en offentlig upphandling av IT-konsulttjänst 2012, dnr 2012/1079. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande med avsikt att ingå ramavtal inom fyra olika kompetensområden. Sista dag för leverantörerna att lämna anbud var den 19 september 2012.

Tilldelningsbeslut har inte fattats i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Knowledge Evolution Solutions Sweden AB (hädanefter bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om utan skall-krav 4.8.1. i förfrågningsunderlaget.

Riksgälden bestrider bifall till ansökan och yrkar att ansökan ska avvisas då bolaget inte har lidit skada.

GRUNDER OCH PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har utvecklat grunderna för sin ansökan genom att anföra i huvudsak följande. Skall-krav 4.8.1. i förfrågningsunderlaget är oriktigt, saknar stöd i lag och motsäger lagen. Kravet påvisar inte på något sätt leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. "Leverantören skall i båda uppdragen ha varit avtalspart mot kunden. Uppdraget får ha genomförts med stöd av underleverantör anlitad av Leverantören. Om så är fallet kan referensuppdrag från underleverantör enbart åberopas om aktuell underleverantör ingår i Leverantörens anbud." Syftet med kapitlet avser enligt Riksgälden att utröna Leverantörens förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet mot bakgrund av dennes yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. I enlighet med 11 kap. 2 § LOU ger lagen myndigheter rätt att ställa lägsta krav på leverantörers ekonomiska samt tekniska och

yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överrensstämma med bestämmelserna i 7-13 §§. Den svenska IT-konsultmarknaden är till stor del baserad på ramavtal vilket gör det extremt svårt för mindre bolag att direkt vara avtalspart mot slutkunden. Även då slutkunden direkt pekar ut en leverantör så kvarstår kravet att använda sig av en ramavtalsleverantör. Om det oskrivna syftet med kravet är att klara av och fullfölja ett avtal så borde det inte spela någon roll om leverantören gjort detta via en mellanliggande ramavtalspart eller direkt mot slutkunden. Alternativt borde det räcka att inom ett annat kompetensområde bevisa detta då det torde uppfylla det generella kravet om att klara av att fullfölja ett kontrakt. Då den tekniska kapaciteten eller förmågan att fullfölja ett kontrakt inte bevisas av att ha varit direkt avtalspart mot slutkund så kan bolaget endast se att syftet med kravet är att begränsa möjligheten för mindre bolag att kunna offerera mot Riksgälden. Detta går i sådant fall mot syftet att ge alla företag en konkurrensmässig och jämlik möjlighet i offentliga upphandlingar. Aktuellt delkrav diskriminerar nystartade samt mindre företag. Delkravet försvårar dessutom för små aktörer att ta sig in på marknaden. Avtalsdelen under ett uppdrag är vanligtvis den mindre delen och kommunikationen och uppdraget i sig den stora. Leverantörer som använder sig av en konsultmäklare har samma erfarenhet som en leverantör som har avtal direkt med kunden. Kravet får därför oproportionerliga konsekvenser då fokus bör ligga på referensernas återkoppling. Då bolaget inte getts möjlighet att delta i upphandlingen på grund av det aktuella skall-kravet kan bolaget komma att lida ekonomisk skada då det går miste om potentiella avrop under de kommande tre åren.

Riksgälden har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att anföra i huvudsak följande. Ansökan ska avvisas då bolaget inte har preciserat på vilket sätt det lider skada eller kommer att lida skada. En upphandlande myndighet har betydande utrymme för bedömningar i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för sitt

beslut att tilldela kontrakt. Förutsättningen är att kraven har anknytning till upphandlingsföremålet samt att de inte är diskriminerande. Riksgälden bestrider att skall-kravet avseende att leverantören skall ha varit avtalspart mot kunden i krav 4.8.1 "generella krav inom samtliga kompetensområden" skulle vara oriktigt. Av avsnitt 4.8.1 i förfrågningsunderlaget framgår de generella skall-krav som gäller för samtliga kompetensområden avseende leverantörens yrkeskunnande. Referenserna avser att utröna leverantörernas förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet mot bakgrund av dennes yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet samt tillse att samtliga efterfrågade moment/krav inom aktuellt område har utförts och levererats till kund. Kravet syftar till att utröna leverantörens yrkeskunnande, vilket regleras i 11 kap. 13 § LOU. Detta är inte samma sak som teknisk och yrkesmässig kapacitet som regleras i 11 kap. 10-12 §§ LOU. Kravet att leverantören skall ha varit avtalspart mot slutkund baseras på 11 kap. 13 § LOU. Syftet med kravet är att tillförsäkra att leverantören har erfarenhet av att hantera avtalsförhållanden, administrativt och i avtalsrelationer. Att leverantören har varit avtalspart betyder att den har kunskap och erfarenhet av aktuellt kompetensområde, haft huvudansvaret gentemot kunden och erfarenhet av att hantera uppdragsbeställningar samt frågor som kan uppkomma under avtalstiden, både avseende avtalet och de utförda tjänsterna. Det är av vikt att Riksgäldens avtalspart har denna erfarenhet, dvs. detta yrkeskunnande. Riksgälden har inte begränsat kravet till att endast avse en viss typ av kund, en viss typ av eller längd på uppdrag eller någon annan begränsning. Det har stått leverantörerna fritt att ange två valfria avtalsparter. Det finns heller inga krav på att avtalsförhållandet särskilt skulle avse ramavtal som bolaget tycks vilja hävda. Riskgäldens krav hindrar inte på något sätt en leverantör att i sitt anbud åberopa ett annat företags kapacitet. Leverantörerna var fria att ange underleverantörer i sitt anbud för att kunna uppfylla skall-kraven inom respektive kompetensområde. Aktuellt krav

syftar som ovan nämnts till att tillförsäkra leverantörens förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet.

DOMSKÄL

Bolaget, som getts tillfälle att yttra sig över Riksgäldens yrkande om att avvisa bolagets ansökan, har därefter anfört att det kan komma att lida skada. Riksgäldens yrkande om att avvisa bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. 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 § LOU stadgas 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 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.

I 11 kap. 13 § LOU anges följande. Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggentreprenad, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta

sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Enligt praxis (RÅ 2009 ref. 69) är huvudregeln att det är den part som gör gällande att en upphandling är belagd med fel, som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på samt visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Bolaget har anfört att ett skall-krav som återfinns under punkten 4.8.1., Generella krav inom samtliga kompetensområden, i förfrågningsunderlaget är diskriminerande mot mindre eller nystartade bolag samt oproportionerligt.

Det i målet aktuella skall-kravet lyder enligt följande:

”Leverantören skall kunna visa att man har utfört minst två (2) uppdrag som uppfyller nedan angivna förutsättningar inom aktuellt kompetensområde (...). Leverantören skall i båda uppdragen ha varit avtalspart mot kunden. Uppdraget får ha genomförts med stöd av underleverantör anlitad av Leverantören (...).”

Frågan i målet är om bolaget visat att aktuellt krav strider mot proportionalitets- eller icke-diskrimineringsprincipen.

Icke-diskrimineringsprincipen förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet. Bolaget har anfört att det aktuella skall-kravet diskriminerar nystartade eller mindre bolag. Förvaltningsrätten konstaterar att bolagets invändning därmed inte kan innebära att Riksgälden brutit mot principen om icke-diskriminering. Frågan prövas istället nedan under kravet på proportionalitet.

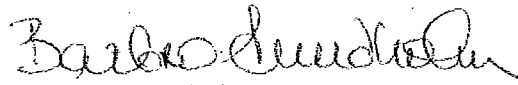
Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten

väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer (RÅ 2002 ref. 50).

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd 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. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en ifrågasatt åtgärd är i enlighet med proportionalitetsprincipen.

Riksgälden har anfört att syftet med delkravet är att tillförsäkra att leverantörer har erfarenhet av att hantera avtalsförhållanden, administrativt och i avtalsrelationer. Förvaltningsrätten finner att kravet på att de referenser som lämnas är att leverantören ska ha varit avtalspart är kopplat till det som upphandlas och att åtgärden är lämplig och effektiv för att säkerställa att leverantören har den kunskap och erfarenhet av de aktuella kompetensområden som kan krävas för upphandlingen. Kravet kan inte anses vara så ingripande för anbudsgivare att det funnits skäl för Riksgälden att välja en mindre ingripande åtgärd. Kravet bedöms slutligen heller inte ha haft sådan negativ effekt på konkurrensen eller något annat intresse att det skulle anses vara oproportionerligt. Förvaltningsrätten finner således att det inte är oproportionerligt. Ansökan ska därför avslås.

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



Barbro Lundholm

Rådman

Föredragande har varit Maja Löfgren.



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 uppge 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