



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-09-30
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
34032-10
Enhet 14

SÖKANDE

1. Capgemini Sverige AB, 556092-3053
2. Capgemini UK Plc, 0094395

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren och jur.kand. Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Ekonomistyrningsverket, 202100-5026
Box 45316
104 30 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

2010-10-04	
Ansökan	
Dnr	
Dags	Ansökan

BAKGRUND

Ekonomistyrningsverket (ESV) genomför en upphandling av statligt ramavtal för E-handelstjänst, dnr 18-1043/2009. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande.

I tilldelningsbeslut meddelat anbudsgivarna den 17 juni 2010 har ESV angett att myndigheten beslutat att anta andra anbud än anbudet från Capgemini Sverige AB och Capgemini UK Plc (gemensamt benämnt Konsortiet). Konsortiets anbud har uteslutits från utvärdering.

Förvaltningsrätten har den 24 juni 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas till dess annat förordnas i målet.

YRKANDEN M.M.

Konsortiet yrkar att förvaltningsrätten ska förordna upphandlingen ska rättas alternativt göras om. Såvitt avser yrkandet om rättelse begärs att sådan ska ske genom att förvaltningsrätten, vid sin slutliga prövning, förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan Konsortiets anbud slutligt utvärderas i upphandlingen.

ESV har, vid genomförandet av upphandlingen, brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om proportionalitet, likabehandling samt transparens och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd av detta har Konsortiet lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas ramavtal i upphandlingen.

ESV bestrider bifall till ansökan. ESV har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Om förvaltningsrätten skulle finna att ESV borde ha utvärderat sökandens an-

bud är det möjligt att endast vidta rättelse genom att ESV gör om utvärderingen av inkomna anbud.

UTVECKLING AV TALAN

Konsortiet anför bl.a. följande.

Utnyttjande av annans kapacitet

Av 11 kap 12 § LOU följer att ett bolag vid behov och när det gäller visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Denna reglering innebär att exempelvis bolag inom en koncern alltid är fria att nyttja varandras finansiella och/eller tekniska resurser för att uppfylla de specifika krav som kan uppställas i en offentlig upphandling. I praktiken har därmed ett koncernbolag rätt att enligt LOU inge ett anbud under åberopande av att ett annat koncernbolag, som exempelvis ska utgöra underleverantör, under kontraktstiden ställer nödvändiga resurser till anbudsgivarens förfogande för det rätta fullgörandet av det upphandlade kontraktet. 11 kap. 12 § LOU implementerar artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18/EG som ger leverantörer som bedömer att det finns behov av att åberopa andra leverantörers förmåga en absolut rätt att göra detta. LOU utgör en tvingande skyddslagstiftning till förmån för leverantörer, vilket gör att en upphandlande myndighet inte kan begränsa rätten enligt 11 kap. 12 § LOU. Det följer vidare av etablerad EU-praxis att det är tillåtet för en tjänsteleverantör som inte själv uppfyller de minimivillkor som krävs för att delta i ett förfarande för offentlig upphandling att hos den upphandlande myndigheten åberopa kapacitet hos utomstående som han avser att utnyttja om kontrakt tilldelas honom.

ESV har i förevarande upphandling valt att i strid med nämnd reglering införa en striktare ordning i de fall en anbudsgivare önskar nyttja underleverantörs kapacitet i upphandlingen.

Under upphandlingsförfarandet har leverantörer ställt flera frågor rörande möjligheten att åberopa underleverantörs kapacitet för att uppfylla uppställda kvalificeringskrav.

Fråga. Kan anbud lämnas av en Leverantör som saknar erfarenhet av att leverera e-handelssystem men som kan erbjuda ett sådant system via underleverantör?

Svar: Nej. Av avsnitt 3.4, Leverantörens erfarenhet av e-handelssystem framgår att Leverantör ska inneha erfarenhet av att leverera e-handelstjänster enligt de förutsättningar som kravet anger.

Endast under förutsättning att ett konsortium bildas medger ESV enligt punkten 3.1 B i förfrågningsunderlaget att deltagande konsortiemedlemmar gemensamt får uppfylla de resurskrav som uppställts punkterna 3.4 - 3.9, d.v.s. i denna unika situation är det tillräckligt att en av konsortiemedlemmarna uppfyller visst kvalificeringskrav.

Varken Capgemini Sverige AB eller Capgemini UK Plc har ensamt haft tillräckliga resurser att på egen hand uppfylla uppställda kvalificeringskrav i upphandlingen. På grund härav har bolagen, i enlighet med förfrågningsunderlagets krav, varit nödgade att inge anbud i upphandlingen i form av ett konsortium genom vilket bolagen gemensamt uppfyller de kvalificeringskrav som uppställs i upphandlingen. Om ESV, i enlighet med vad som följer av LOU, givit leverantörer sedvanlig möjlighet att åberopa underleverantörs kapacitet hade istället antingen Capgemini Sverige AB eller Capgemini UK Plc ingivit ett anbud i upphandlingen ensamt med åberopade av det andra bolagets kapacitet i relevanta delar.

ESV:s förbud för anbudsgivarna att avseende vissa kvalificeringskrav åberopa underleverantörs kapacitet har uppenbarligen inneburit skada för Konsortiet i den mening som avses enligt LOU eftersom ESV sedermera valt att diskvalificera Konsortiets anbud men hänvisning till de krav i punkten 3.1 som gäller särskilt för just konsortier. Om inte förfrågningsunderlaget getts nu beskrivna otillåtna utformning hade inte Capgemini Sverige AB eller Capgemini UK Plc inkommit med sådant nu förkastat konsortieanbud.

Om kvalificeringskraven inte ska förstås på det sätt som Konsortiet gör gällande, har kvalificeringskravens utformning varit alltför otydliga för att en anbudsgivare ska ha kunnat förstå vad som avses med dem.

Konsortiesamverkan

Även om förvaltningsrätten av någon anledning skulle finna att ESV haft möjlighet att i upphandlingen inskränka tillämpningen av 11 kap. 12 § LOU har ändå inte ESV varit berättigad att på sätt som skett utesluta Konsortiet ur upphandlingen.

ESV har, såvitt Konsortiets uppfattat det, valt att inte slutligt utvärdera Konsortiets anbud på den grunden att det anbudet inte innehållit ett bindande avtal mellan Konsortiets parter om att bilda ett gemensamt aktiebolag samt delta i och solidariskt ansvara för genomförandet av det åtagande, som följer av det ramavtal som omfattas av upphandlingen.

Alldeles oavsett huruvida det kan anses att Konsortiet genom ingivet Heads of Agreement uppfyller kraven i punkt 3.1 B har ESV inte haft rätt att förkasta Konsortiets anbud. Anledningen härtill är att aktuellt krav avseende konsortier i upphandlingen inte är proportionerligt och därför står i strid med LOU. Innebörden av kravet är att konsortieparterna, dvs. i detta

fall Capgemini Sverige AB eller Capgemini UK Plc, sinsemellan ska komma överens om att bilda ett gemensamt aktiebolag och ansvara för det rätta fullgörandet av upphandlat ramavtal. Denna överenskommelse mellan de två bolagen i konsortiet ska således, enligt förfrågningsunderlagets förutsättningar, inte innebära någon som helst avtalsmässig bindning mellan Konsortiet och ESV eller mellan Konsortiet och det aktiebolag som ska vara ESV:s kontraktspart under avtalsperioden. Avtalet ifråga ska, enligt förfrågningsunderlaget, endast vara gällande mellan konsortieparterna. Eftersom skall-kravet ifråga, enligt det ovan angivna, ålägger Konsortiet långtgående krav som inte resulterar i att vare sig ESV eller dess kontraktspart i upphandlat ramavtal kan ställa några som helst avtalsmässiga krav på Konsortiet måste kravet anses gå utöver vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Härtill ska läggas att ESV genom aktuellt krav tvingar leverantörerna att välja viss associationsform utan att, såvitt Konsortiet kan förstå, särskild anledning härför förelegat.

Det oproportionerliga kravet rörande konsortieanbud har angetts i upphandlingens konkurrensuppsökande skede i en öppen upphandling varför inte annan åtgärd bör kunna vidtas för förvaltningsrätten än att förordna att upphandlingen ska göras om.

Även kravet på att ett konsortium bildar ett aktiebolag (eller i hemlandet till just denna associationsform motsvarande juridisk form) är oproportionerligt. Eftersom samverkan mellan leverantörerna lika väl kan ske i form av t.ex. ett handelsbolag, saknas skäl att kräva att just ett aktiebolag bildas. Av förfrågningsunderlaget framgår inte heller någon motivering till varför samverkan absolut måste ske i efterfrågad associationsform.

Skall-krav

Det är också Konsortiets uppfattning att man även för det fall att förvaltningsrätten skulle finna att punkten 3.1. B i förfrågningsunderlaget kan tillämpas, genom ingivet Heads of Agreement, rimligen har uppfyllt de krav som uppställs i nämnd punkt. Konsortiet har för det första genom avtalet klargjort att man avser att etablera ett aktiebolag eller motsvarande bolag som ska teckna det upphandlande kontraktet med ESV. För det andra har parterna i Konsortiet sinsemellan också klargjort att man genom aktiebolaget avser att utföra uppdraget med nyttjande av varandras resurser. Med anledning av det ovanstående har inte anledning funnit för ESV att förkasta Konsortiets anbud även vid tillämpning av aktuellt skall-krav. Förvaltningsrätten bör vid en sådan bedömning förordna att Upphandlingen rättas på så sätt att Konsortiets anbud upptas till slutlig anbudsprövning.

ESV anför bl.a. följande.

Utnyttjande av annans kapacitet

Enligt förfrågningsunderlaget får leverantör ha utfört uppdraget med stöd av underleverantör men ska själv ha svarat för de uppgifter som ankommer på leverantören som avtalspart, dvs. lett det löpande arbetet och varit kundens kontaktyta i alla avtalsrelaterade frågor. Ett referensuppdrag kan avse en eller flera funktioner, men varje funktion måste ingå i minst tre uppdrag. Detta krav på leverantörs erfarenhet av e-handelstjänst, liksom övriga krav i förfrågningsunderlaget, har utformats så att det svarar mot det behov som behöver tillgodoses av en leverantör av ramavtal omfattande e-handelstjänst. Kravet återspeglar därmed de miniresurser och den lägsta erfarenhet som leverantören behöver inneha för att vara ansvarig för att leverera e-handelstjänst enligt de förutsättningar som förfrågningsunderlaget anger. Kravet är således inte utformat utifrån ett leverantörsperspektiv och tar inte

hänsyn till om anbudsgivaren är en enskild leverantör eller består av en grupp av leverantörer.

Som framgår av kravet ska den leverantör som anser sig uppfylla kravet i anbudet verifiera detta genom att leverantören visar att man faktiskt har levererat de tjänster som anges i kravet.

Det är inte korrekt som Konsortiet anger att i förfrågningsunderlaget angivna krav skulle förhindra att en leverantör kan använda underleverantörer för utförande av uppgifter som ingår i E-handelstjänst.

Under förutsättning att leverantör uppfyller kravet i förfrågningsunderlagets avsnitt 3.4, dvs. i förekommande fall med stöd av underleverantörer, har alltså leverantören alternativt Konsortiet möjlighet att uppfylla ställda krav på resurser genom att i anbudet ange att dessa uppgifter kommer att utföras av underleverantör samt lämna efterfrågade redovisningar avseende dessa företag. Oavsett om anbud har lämnats av en leverantör eller en grupp av leverantörer finns således i båda alternativen samma möjligheter att använda underleverantörer. Denna möjlighet har också använts av Konsortiet, vars anbud innehåller redovisning som anger att anbudsgivaren avser att använda tre underleverantörer.

Konsortiet har refererat till ett svar som ESV lämnat avseende kravet på leverantörs erfarenhet av e-handelstjänst. Frågan avser en situation, där leverantören helt saknar erfarenhet av att leverera e-handelstjänst men kan erbjuda ett sådant system via underleverantör. ESV har i sitt svar naturligtvis utgått från denna frågeställning, d.v.s. att leverantören inte alls har erfarenhet, samt tydliggjort att leverantören ska inneha den erfarenhet som kravet anger. ESV:s svar innebär därmed inte någon förändring av det krav som anges i förfrågningsunderlaget. ESV ser därmed frågan och svaret

som ett exempel på vanligt förekommande frågor, där frågeställaren vill försäkra sig om att man uppfattat kravet korrekt.

De krav på leverantör som ställs ska enligt LOU:s bestämmelser vara proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen. E-handelstjänsten kommer att hantera transaktioner av stor verksamhetsmässig betydelse och med stort ekonomiskt värde. ESV:s bedömning är att det samlade ekonomiska värdet av inköp som kommer att hanteras elektroniskt är betydande. Enbart inköp knutna till statlig inköpssamordning bedöms uppgå till ungefär 100 miljarder kronor årligen. Det är därmed nödvändigt att ställa höga krav på att de tjänster som används har hög driftsäkerhet, är utformade så att fel inte uppstår vid överföring av information och inte är möjliga att manipulera på ett sådant sätt att köpare och säljare drabbas av ekonomisk skada. Att som ESV ha angivit ett krav som innebär att det ur tekniskt och resursmässig utgångspunkt är godtagbart att anbudsgivare enbart behöver visa att man har innehaft ett avtals- och samordningsförhållande med kund under tre månader och under denna tid kan ha låtit tjänster utföras av underleverantörer är enligt ESV en mycket lågt ställd kravnivå i förhållande till föremålet för upphandlingen. ESV ser det som orealistiskt, att en leverantör som helt saknar egna erfarenheter från e-handelsområdet skulle kunna klara av erforderliga åtaganden i sina roller som ramavtalspart till ESV och avropsavtalspart till alla de statliga myndigheter som avropar ramavtalet. Att teckna statligt ramavtal avseende E-handelstjänst, vilket ska kunna avropas av Sveriges samtliga statliga myndigheter, med ett företag som verkar i en annan bransch, t.ex. ett bryggeriföretag, ett IT-företag som saknar erfarenhet av e-handelstjänst eller ett nybildat företag utan några som helst erfarenheter av e-handelstjänsteområdet, skulle allvarligt äventyra den upphandlade verksamheten. Mot bakgrund av detta och vad som ovan anförs om möjligheten att uppfylla kravet i avsnitt 3.4 med hjälp av underleverantör eller inom ramen för ett konsortium samt att referensuppdragen inte behöver ha samma beståndsdelar som den E-handelstjänst

upphandlingen avser, tillbakavisar ESV sökandes påstående att kravet skulle stå i strid med LOU:s princip om proportionalitet.

Konsortiet refererar till 11 kap. 12 § LOU med den slutsatsen att bestämmelsen skulle göra det möjligt för bolag inom en koncern att fritt nyttja varandras resurser. Bestämmelsen ålägger dock uttryckligen den berörda leverantören att visa (d.v.s. bevisa) att man genom ett åtagande förfogar över de aktuella resurserna vid den tidpunkt när kontraktet (i ESV:s förfrågningsunderlaget benämnt avropsavtal) ska fullgöras. ESV tillbakavisar därmed Konsortiets påstående att det skulle råda en frihet för leverantören att fritt utnyttja resurser som tillhandahålls av annan part inom en koncern, oavsett vilken part som tillhandahåller dessa. ESV konstaterar också att för att kunna lämna en bindande utfästelse om att använda resurser, som tillhandahålls av annan, krävs att någon form av överenskommelse upprättas mellan de berörda parterna, t.ex. ett civilrättsligt bindande avtal med detta innehåll. Någon inskränkning av bestämmelserna i LOU har således inte gjorts.

Konsortiesamverkan

Anbud kan enligt 2 kap. 11 § LOU lämnas av en leverantör. Med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Med leverantör avses också grupper av leverantörer. Bestämmelserna i 1 kap. 11 § LOU medger möjlighet för grupper av leverantörer att lämna anbud, även om leverantörerna inte antagit en bestämd juridisk form vid tidpunkten för lämnandet av anbud. ESV har i förfrågningsunderlaget angett vissa krav på anbud som lämnas av en grupp av leverantörer.

Konsortiet har valt att lämna anbud baserat på bestämmelsen i 1 kap. 11 § LOU. Ett sådant anbud ska innehålla kopior på civilrättsligt bindande avtal

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

mellan konsortiets parter, som visar att parterna är beredda att bilda ett gemensamt aktiebolag samt som klargör att parterna förbinder sig att delta i och solidariskt ansvara för genomförandet av det åtagande, som följer av det ramavtal som sluts till följd av upphandlingen. Konsortiet har också till anbudet bifogat ett dokument benämnt Heads of Agreement som beskriver parternas överenskommelse när det gäller upprättande av gemensam juridisk person och utfästelser knutna till fullgörande av det åtagande som innefattas i E-handelstjänst. Den till anbudet bifogade överenskommelsen är undertecknad av de parter som ingår i konsortiet. Villkoren i dokumentet utgör en förbindelse för parterna att verka för att man tecknar ett avtal om samverkan i ett framtida åtagande, som blir följden av om ESV antar anbudet. Dokumentets innehåll och omfattning är därmed att jämföra med en avsiktsförklaring. Överenskommelsen är tidsbegränsad att gälla till den 31 december 2010 och av avsnitt 3.2 framgår att parterna inte förbinder sig att solidariskt svara för åtagandet. Anbudet innehåller inte ett av parterna slutet civilrättsligt bindande avtal mellan de två leverantörerna, som klargör att dessa förbundit sig uppfylla samtliga de förpliktelser som följer av ett med ESV tecknat ramavtal för den tidsperiod som ramavtalet avser. Betydelsen av att anbudet saknar de efterfrågade förbindelserna förstärks av att endast den ena parten, Capgemini Sverige AB, har undertecknat anbudet. ESV tillbakavisar Konsortiets påstående att kravet i förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1, punkt B skulle stå i strid med bestämmelserna i LOU. Kravet är formulerat helt i överensstämmelse med 1 kap 11 § LOU, som tillåter en upphandlande myndighet att ställa krav på att en grupp av leverantörer ska anta en viss form när den tilldelats kontrakt. Det kan således inte vara fråga om ett oproportionerligt krav.

Som framgår av förfrågningsunderlaget ska bildandet av bolaget vara avslutat vid den tidpunkt upphandlingen är avslutad, d.v.s. när ramavtal tecknas. ESV har utifrån tidigare erfarenhet i motsvarande fall kunnat konstatera, att det praktiskt sett inte har varit några svårigheter för leverantörer att

verkställa bildandet av bolaget under den period som löper från den dag beslut i upphandlingen meddelas fram till dess att upphandlingen avslutas genom tecknande av avtal.

ESV har med utgångspunkt från föremålet för upphandlingen valt att kräva associationsformen aktiebolag eller i hemlandet motsvarande juridisk form, vilket ligger helt inom ramen för vad det aktuella lagrummet tillåter. ESV tillbakavisar därmed påståendet att kravet skulle strida mot bestämmelserna i LOU. Upphandlingen avser en verksamhet som omsluter stora ekonomiska värden. Sådan verksamhet bedrivs sedvanligtvis i aktiebolagsform. ESV anser därmed att aktiebolagsformen är erforderlig för att ramavtal med tillhörande avropsavtal ska kunna fullgöras i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivna villkor. Valet av associationsform kan således inte anses oproportionerligt.

Skall-krav

Anbudet lämnat av Konsortiet har inte uppvisat ett civilrättsligt bindande avtal med konsortiedeltagarna, som säkerställer att dessa förbundit sig att uppfylla de förpliktelser som följer av ett med ESV tecknat ramavtal enligt de krav som anges i förfrågningsunderlaget.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

1 kap. 11 § LOU har följande lydelse. Grupper av leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna ett anbud och att lämna ett anbud. Den upphand-

lande myndigheten får inte ställa upp villkor om att sådana grupper skall ha en bestämd juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten får dock begära att en grupp skall ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

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

16 kap. 2 § första stycket LOU har – i tillämplig lydelse – följande lydelse. 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av artikel 47 i direktiv 2004/18/EG kan utläsas bl.a. följande.

Ekonomisk och finansiell ställning

[...]

2. En ekonomisk aktör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt återropa andra enheters kapacitet oberoende av den rättsliga arten av förbindelsen mellan leverantören och dessa enheter. I detta fall ska han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de resurserna, t.ex. genom att lägga fram ett åtagande från enheterna.

Av artikel 48 i direktiv 2004/18/EG kan utläsas bl.a. följande.

Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet

3. En ekonomisk aktör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt återropa andra enheters kapacitet oberoende av den rättsliga arten av förbindelsen mellan leverantören och dessa enheter. I detta fall ska han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de resurserna, t.ex. genom att lägga fram ett åtagande från enheterna.

Handlingarna i målet

Av förfrågningsunderlaget kan bl.a. följande utläsas

3.1 B Leverantören är ett konsortium

Anbud kan enligt bestämmelserna i 1 kap. 11 § LOU lämnas av en grupp juridiska personer som avser utföra uppdraget inom ramen för en gemensam organisation. Om anbud från en sådan grupp ska kunna antas i denna

upphandling, ska gruppen formalisera samarbetet inom ramen för ett aktiebolag eller i hemlandet motsvarande juridiska form. Ramavtal och Avropsavtal som sluts till följd av denna upphandling ska tecknas med detta aktiebolag. Konsortiet ska planera bolagsbildningen så att denna kan vara avslutad vid den tidpunkt då upphandlingen är avslutad. Leverantören som lämnar anbudet utifrån denna förutsättning ska i anbudet bifoga kopior på civilrättsligt bindande avtal mellan konsortiets parter om att bilda ett gemensamt aktiebolag samt att delta i och solidariskt ansvara för genomförandet av det åtagande om av det ramavtal som sluts till följd av denna upphandling.

3.4. Leverantörs erfarenhet av e-handelstjänster

Leverantör ska inneha erfarenhet av att tillhandahålla e-handelstjänst avsedda för offentlig sektor, publika aktiebolag eller motsvarande. Tillhandahållen e-handelstjänst ska minst ha inkluderat funktioner för hantering av

- produktkataloger
- ordrar
- fakturahantering och
- elektronisk fakturahantering

Leverantör ska under de senaste tre åren ha ansvarat för minst tre stycken av extern kund godkända uppdrag avseende e-handelstjänst enligt föregående stycke.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Utnyttjande av annans kapacitet

Konsortiet har gjort gällande att ESV avseende vissa kvalificeringskrav förbjudit anbudsgivarna att åberopa underleverantörs kapacitet samt bl.a. anfört att anbudsgivare enligt LOU har en absolut rätt att åberopa underleverantörs kapacitet vid anbudslämmandet. Konsortiet har även gjort gällande att förbudet att åberopa underleverantörs kapacitet är oproportionerligt. Om kraven ska tolkas på annat sätt än Konsortiet har gjort anser Konsortiet att kraven är alltför otydliga för att en anbudsgivare ska ha kunnat förstå vad som avses med dem.

I upphandlingen ingår ett skall-krav att leverantören ska ha erfarenhet av att tillhandahålla e-handelstjänster. Som svar på fråga från anbudsgivare har ESV uppgett att det inte är möjligt för en leverantör som inte har egen erfarenhet av e-handelstjänster att tillgodräkna sig underleverantörs erfarenhet vid anbudslämnande.

Förvaltningsrätten finner att detta krav, särskilt med beaktande av ESV:s förtydligande i *frågor och svar*, är tillräckligt tydligt formulerat för att vara förenligt med principen om transparens och förutsebarhet.

En anbudsgivare kan normalt sett åberopa extern kapacitet för att uppfylla alla typer av krav på kapacitet, yrkeskunnande eller finansiella resurser. Förvaltningsrätten finner dock att varken LOU eller direktivets ordalydelse ger stöd för att denna rätt är absolut och ovillkorlig, vilket innebär att den kan inskränkas.

Ett krav som i sig självt innebär att det inte får uppfyllas genom åberopande av annans kapacitet innebär en inskränkning mot huvudregeln och fråga är då om denna inskränkning är proportionerlig.

Proportionalitetsprincipen hör till gemenskapsrättens allmänna principer. När nationella myndigheter tillämpar gemenskapsrätten måste de följa proportionalitetsprincipen, även i fall då de har en vidsträckt bedömningsfrihet. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder ska en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade syftet och de vidtagna åtgärderna. Åtgärderna måste vara rimligen ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det men som drabbar den

som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna.

En proportionalitetsbedömning kan och bör genomföras i form av en strukturerad avvägning mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för samtliga dessa frågor och står även risken för det fall någon av dem inte kan besvaras.

ESV har anfört att ett företag som inte har tillräcklig erfarenhet inte skulle kunna klara av att leverera i enlighet med kontraktet och att de ekonomiska skadeverkningarna skulle vara betydande vid ett dåligt utförande av kontraktet. Förvaltningsrätten gör mot denna bakgrund bedömningen ett krav på tidigare erfarenhet är en lämplig och effektiv åtgärd för att säkerställa att kontraktet utförs på ett tillräckligt bra sätt. ESV har vidare anfört att det är orealistiskt att en anbudsgivare utan tidigare egen erfarenhet kan utföra tjänsten. Förvaltningsrätten finner att ESV därmed gjort sannolikt att det inte finns någon mindre ingripande åtgärd. ESV har även anfört att skadeverkningarna av ett dåligt utfört uppdrag kan bli betydande. Förvaltningsrätten finner därmed att de negativa effekterna av kravet inte överväger nyttan med det. ESV har därmed gjort sannolikt att kravet i denna utformning är proportionerligt.

Skall-krav

Konsortiet har vidare anfört att det uppfyller kravet avseende bolagsform och bolags bildande. Förvaltningsrätten finner att det ingivna "Heads of agreement" inte uppfyller de av ESV ställda kraven.

Konsortiesamverkan

Konsortiet har därutöver även ifrågasatt proportionaliteten av kraven på att det ska föreligga ett bindande avtal redan vid anbudsinlämnande samt att deltagarna i konsortiet måste bilda ett aktiebolag.

ESV har anfört att kravet har formulerats helt i överensstämmelse med 1 kap. 11 § LOU, som tillåter en upphandlande myndighet att ställa krav på att en grupp av leverantörer ska anta en viss form när den tilldelats kontrakt och att det således inte kan vara fråga om ett oproportionerligt krav. ESV har vidare anfört att upphandlingen avser en verksamhet som omsluter stora ekonomiska värden. Enligt ESV bedrivs sådan verksamhet vanligen i aktiebolagsform. Till följd därav anser ESV att associationsformen är erforderlig och därmed proportionerlig.

Förvaltningsrätten konstaterar att bestämmelsen ifråga ger stöd för att kräva att en grupp av leverantörer antar en viss juridisk form. Detta gäller dock enbart när det krävs för fullgörandet av kontraktet. Ett krav på viss juridisk form kan således bli föremål för en proportionalitetsbedömning. Då ESV inte argumenterat vidare, utöver konstaterandet att kravet får ställas och att verksamhet som omsluter stora ekonomiska intressen vanligtvis drivs i aktiebolagsform, saknas tillräckligt underlag för förvaltningsrätten att konstatera att kravet är proportionerligt. Kravet måste därför anses oproportionerligt.

Ingripande enligt LOU

Därmed konstaterar förvaltningsrätten att det förekommit en överträdelse av LOU. Denna överträdelse har inverkat på Konsortiets möjligheter att tilldelas kontraktet och Konsortiet har därmed lidit skada av dem. Förutsättningar för ett ingripande enligt LOU föreligger därmed. Eftersom ett oproportionerligt krav till sin natur påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande fas kan en mindre ingripande åtgärd än att upphandlingen görs om inte komma i fråga. Förvaltningsrätten förordnar därför att upphandlingen ska göras om.

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


Ulrika Melin

Rådman

Föredragande har varit Mathias L. Jansson



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