

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-12-23
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24799-08
Rotel 555

SÖKANDE

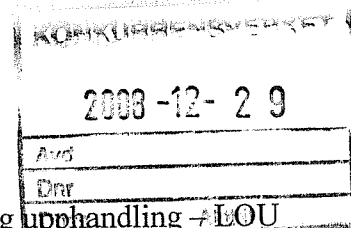
Green Light AB, 556477-9683
Nautilusvägen 10
181 66 Lidingö

MOTPART

Ekonomistyrningsverket
Box 45316
104 30 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND OCH YRKANDEN, M. M.

Ekonomistyrningsverket (ESV) genomför en upphandling av ramavtal avseende leverantörsoberoende konsulttjänster för ekonomiadministrativt IT-stöd, dnr 45-644/2008. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling och anbud ska lämnas senast den 7 januari 2009.

Green Light AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att frågningsunderlaget ska utformats på ett sådant sätt att nystartade och mindre företag inte diskrimineras. Bolaget har vidare yrkat att länsrätten interimistiskt ska förordna att upphandlingen inte ska avslutas förrän bolagets ansökan har prövats i sak. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Kvalificeringskraven på att leverantören ska ha haft minst tre miljoner kronor i omsättning inom ekonomi- administrativa området år 2007, samt att leverantören ska kunna tillhandahålla minst sex konsulter, bör tas bort från förfrågningsunderlaget eftersom det medför att nya och mindre företag utesluts från utvärderingsprocessen utan saklig grund. Ekonomisk stabilitet kan uppnås hos en leverantör även utan att tjänster inom området uppnått en viss omsättning eller att ett visst antal konsulter finns anställda inom området. Bolaget har varit verksamt i tio år och har totalt 18 anställda, dock bara två inom det område ESV upphandlar. Bolaget har en stabil ekonomi, högsta kreditvärdighet enligt UC, och har haft "trippel A" i fyra år. Bolaget har under år 2008 rekryterat en mycket kvalificerad management- och ekonomiadministrativ konsult som skulle kunna arbeta med sådana uppdrag som ESV nu upphandlar. Eftersom bolagets konsult har en så lång och bred erfarenhet inom området, täcker denna konsult hela det upphandlade området. Det kan också finnas andra leverantörer som besitter denna kompetens men som inte heller uppnår kvalificeringskraven och därmed går staten miste om kvalificerade konsulter. Det är självklart att det måste vara fördelaktigare med sex företag som erbjuder varsin konsult med 20 års erfarenhet istället för ett företag som erbjuder sex konsulter med vardera två års erfarenhet. Det saknas således sakliga skäl till att utesluta före-

tag från att delta i upphandlingen enbart av det skälet att det är nytt och/eller litet. Ur upphandlande enhetens synpunkt kan det inte vara viktigt om fem eller femton leverantörer antas. Det viktigaste borde vara att få tillgång till den bästa kompetensen till lägsta pris. Det är den enskilda konsulten och dennas kompetens som är avgörande, inte leverantörens storlek eller hur länge leverantören har funnits. I förfrågningsunderlaget anges också att mindre uppdrag kan bli aktuella.

ESV bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Det föreligger inga brott mot de grundläggande principerna eller några andra regler i LOU. Det saknas därför skäl för att rätta eller göra om upphandlingen. Upphandlingen omfattar konsulttjänster knutna till processer för styrning, planering och uppföljning av verksamheten, ekonomiadministrativa processer samt processer för ekonomisk fakturahantering och elektronisk beställning. De tjänster inom det ekonomiadministrativa området som upphandlingen är avsedd för berör ett verksamhetsområde som kringgärdas av ett i många avseenden detaljerat regelverk. De i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningarna och kraven påverkas också av att svenska staten har ett starkt intresse av att uppfattas som ett föredöme inom området. Upphandlingen genomförs inom ramen för den statliga inköpssamordningen enligt förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning. Detta innebär att myndigheternas varierande verksamhet, behov och storlek ska tillgodoses i största möjliga utsträckning. ESV har för avsikt att teckna ramavtal med högst fem leverantörer. Upphandlingen avser ett stort antal statliga myndigheter och ett antal andra organisationer med statlig anknytning som enligt LOU definieras som upphandlande myndigheter. Det totala antalet beställare som kommer att ha möjlighet att använda avtalet uppgår till ungefär 490 med sammanlagt cirka 206 000 anställda. Det stora antalet presumtiva beställare av avtalade tjänster ställer krav på att avtalade leverantörer har förmåga att kunna tillhandahålla resurser för flera parallella uppdrag. Vidare erfordras resurser för att administrativt och organisatoriskt hantera de uppgifter som ingår som en del i ett statligt ramavtal. Kravet på att företaget ska inneha en

viss minimistorlek, angivet i form av en årsomsättning, utgår från att företaget behöver ha en dokumenterad förmåga att ikläda sig den typ av uppgifter som krävs av en professionell ramavtalsleverantör för ett statligt ramavtal av den omfattning som här är fallet. I uppgifterna ingår även ett antal administrativa uppgifter. Upphandlingen omfattar kvalificerade managementkonsulttjänster och avser inte s.k. resurskonsulter där beställaren fungerar som arbetsledare vid utförande av arbetet och innehar ansvaret för att arbetsresultatet är korrekt. De av anbudsgivaren föreslagna personerna behöver inte vara anställda hos leverantören. Kravet på kompetens baseras på de tjänster som ramavtalet omfattar. När det gäller antalet personer som leverantören ska tillhandahålla baseras detta på en kombination av antalet tjänster som avtalet omfattar (nio tjänster inom totalt två områden), det antal uppdrag leverantören samtidigt ska kunna utföra (minst tre uppdrag) och antalet ramavtal (maximalt fem ramavtal) ställt i relation till stora antalet möjliga avropare som ett statligt ramavtal erbjuder. För det fall ramavtalens samtliga resurser används innebär detta att 15 uppdrag ska kunna utföras samtidigt. De uppställda kraven avseende personal uppnår därmed en välavvägd balans mellan det behov avropande myndigheter kommer att ha och ramavtalsleverantörernas berättigade intresse av att erhålla ett rimligt antal avrop. Myndigheten ser mycket positivt på att även små och mindre företag lämnar anbud. De uppställda kraven på leverantören understiger väl de storleksnivåer som EU anger som rekommenderade definitioner för denna typ av företag. De krav som förfrågningsunderlaget anger gör det därmed möjligt för mycket små företag att delta i upphandlingen. Bolagets uppfattning att kravet på ekonomisk resursbas inte är proportionerligt mot i förhållande till de behov som upphandlingen ska tillgodose tillbakavisas.

Bolaget har i genmäle vidhållit att förfrågningsunderlaget medför att nya och mindre företag eller företag med ett alldeles nyplanerat affärsområde utesluts från utvärderingsprocessen utan saklig grund.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlagets punkt 1.1.3 anges följande.

Leverantörer av aktuella tjänster

ESV:s upphandling syftar till att tillgodose behoven för ett antal myndigheter med, i vart fall periodvis, omfattande behov av aktuella tjänster. Upphandlingen avser kvalificerade tjänster där de personliga kvalifikationerna hos den enskilde konsulten har stor betydelse för att det resultat som levereras motsvarar beställarens behov och förväntningar.

ESV har vid framtagningen av förfrågningsunderlaget beaktat den omständigheten att de företag som kan lämna anbud på de efterfrågade tjänsterna kan vara av varierande typ. ESV har i de krav som ställs på Leverantören därför fokuserat på att personerna ska ha erforderliga kunskaper. För att uppnå den resursbas som är nödvändig för att genomföra uppdragen ges anbudsgivaren också möjlighet att samverka med andra aktörer för att kunna erbjuda ett heltäckande anbud.

De krav som ställs skapar därmed möjligheter för små företag att t.ex. genom samverkan med andra leverantörer delta i upphandlingen. ESV anger inga förutsättningar för hur anbudsgivaren utformar samarbetet med aktuella leverantörer. Anbud ska dock lämnas av en part, Leverantören, vilken senare också är den som sluter ett eventuellt avtal med ESV. Ramavtalet ska därmed tecknas av en juridisk person, som också ska bära ansvaret för att de avtalade tjänsterna utförs i enlighet med avtalade villkor.

I förfrågningsunderlagets punkt 3.3 anges följande.

Leverantörens resursbas

Det företag (juridisk person) som avger anbud ska under det senast avslutade räkenskapsåret ha bedrivit en verksamhet som omfattat Ekonomiadministrativa tjänster av komplex och icke-standardiserad natur med väsentliga inslag av kreativitet inom minst tre av de i punkt 4.2 i detta förfrågningsunderlag angivna uppdragsområden. De utförda tjänsterna ska ha uppnått en årsomsättning om lägst 3 000 000 SEK.

I förfrågningsunderlagets punkt 3.4 anges följande.

Personella resurser

Leverantören ska tillhandahålla personer med erforderliga kunskaper för att utföra kvalificerade Leverantörsberoende tjänster enligt punkt 4.1 och 4.2 i detta förfrågningsunderlag.

De erbjudna personerna ska sammantaget inneha kompetens att utföra samtliga tjänster inom uppdragsområdena specificerade i punkt 4.2 i detta förfrågningsunderlag. Leverantören har möjlighet att använda personer anställda hos Underleverantör.

Erforderligt antal personer, dock minst sex, ska tillhandahållas. Personerna ska ha adekvat högskolekompetens eller motsvarande på annat sätt förvärvade kunskaper, som är relevanta vid genomförande av de efterfrågade Leverantörsberoende konsulttjänsterna för Ekonomiadministrativt IT-stöd knutna till följande processer.

- Processer för styrning, planering och uppföljning av verksamheten
- Ekonomiadministrativa processer
- Processer för elektronisk fakturahantering och e-beställning

Samtliga personer ska, i den omfattning det krävs för de tjänster de ska kunna utföra, inneha kunskap om

- de bestämmelser och avtal som reglerar berörda Ekonomiadministrativa processer inom det statliga området.
- det offentliga upphandlingssystemet (lagen 2007:1091 om offentlig upphandling) som krävs för att levererat uppdragsresultat ska svara mot gällande bestämmelser.

Samtliga av Leverantören föreslagna personer ska kunna kommunicera på svenska muntligen och i skrift.

De av Leverantören föreslagna personerna ska vardera efter 1 januari 2006 ha utfört minst två uppdrag omfattande tjänster inom det Ekonomi- administrativa området specificerade i punkt 4.2 i detta förfrågningsunderlag. Minst ett uppdrag ska avse offentligt bedriven verksamhet.

I förfrågningsunderlagets punkt 4.1 anges följande.

Uppdragets omfattning

Uppdraget omfattar utförande av konsulttjänster knutna till Avroparens IT- stöd för hantering av följande Ekonomiadministrativa processer.

Ekonomiadministrativa tjänster knutna till

- Processer för styrning, planering och uppföljning av verksamheten,
- Ekonomiadministrativa processer
- Processer för elektronisk fakturahantering och e-beställning

Uppdrag kan avse framtagning av faktaunderlag, genomförande av utredningar och analyser, framtagning av skriftliga rapporter samt kvalificerad rådgivning.

Uppdragen är till sin art komplexa och av icke-standardiserad natur med väsentliga inslag av kreativitet. Uppdragen omfattar i flertalet fall en kortare tidsperiod (mindre än sex månader).

De tjänster som utförs ska vara Leverantörsberoende. Den rådgivning Leverantör lämnar enligt punkt 4.2 nedan utgör ett stöd för Avroparen. Den rådgivning som lämnas ska därmed i normalfallet inte knyta an till specifika, på marknaden befintliga lösningar eller system.

I förfrågningsunderlagets punkt 4.2 anges följande.

Uppdragsområden och tjänster

Anskaffning av IT-stöd inom området Ekonomiadministrativt IT-stöd:

1. Framtagande och dokumentation av verksamhetens behov och processer inklusive förslag till IT-stödmässiga förändringar
2. Framtagande av beslutsunderlag (nulägesanalyser, kostnadsanalyser m.m.)
3. Framtagande av funktionella kravspecifikationer
4. Deltagande vid avrop av IT-stöd
5. Deltagande i utvärdering av anbud, leveranskontroller och motsvarande
6. Uppföljning av ingångna Kontrakt, förändringar över tiden m.m.
7. Upplägg och ledning av uppdrag inom aktuella uppdragsområden

Vidareutveckling av IT-stöd inom området Ekonomiadministrativt IT-stöd:

8. Framtagande av utvecklingsförslag (förslag till processförändringar, förslag till vidareutveckling av systemrutiner)
9. Framtagande av underlag för systemförändringar (systemanpassningar, nya systemfunktioner)

Av förfrågningsunderlaget framgår att berättigade avropar är samtliga statliga myndigheter under regeringen, staten närstående myndigheter (4), ett antal andra organisationer med statlig anknytning (16) och tre statliga bolag.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m. m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 11 kap. 2 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7-15 §§. Omfattningen av den information som avses i 6-15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

I 16 kap 1 § LOU anges följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller

2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Det som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte vid tilldelning av kontrakt som

1. avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 eller 4 om det har gjorts ett undantag från bestämmelsen med stöd av 15 kap. 22 §, eller
2. det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.

I 16 kap. 2 § LOU anges 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

I EG-domstolens dom i mål nr C-230/02 (Grossmann) anges följande under punkterna 28-30. För det fall att ett företag inte har avgivit något anbud, eftersom handlingarna avseende anbudsförfarandet eller kontraktshandlingarna innehåller specifikationer som påstås vara diskriminerande, vilket innebär att företaget inte haft möjlighet att tillhandahålla alla de tjänster som avses, kan företaget söka prövning av dessa specifikationer direkt, även innan det berörda offentliga upphandlingsförfarandet avslutas. Det vore nämligen överdrivet att kräva att ett företag som påstås ha lidit skada genom diskriminerande klausuler i handlingarna avseende anbudsförfarandet ska avge ett anbud avseende det berörda upphandlingsförfarandet innan det kan utnyttja det prövningsförfarande av sådana specifikationer som föreskrivs i direktiv 89/665, trots att företagets möjligheter att tilldelas avtal skulle vara försumliga på grund av de ovan nämnda specifikationerna. Det framgår å andra sidan tydligt av lydelsen i artikel 2.1 b i direktiv 89/665 att det prövningsförfarande som medlemsstaterna ska införa enligt det ovan nämnda direktivet ska göra det möjligt att ”åsidosätta ... olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer”. Det ska därför vara möjligt för ett företag att söka prövning av sådana diskriminerande specifikationer direkt utan att upphandlingsförfarandet först ska slutföras.

Länsrättens bedömning

Det finns ingen regel i LOU som uttryckligen förbjuder en anbudsgivare att begära överprövning av ett upphandlingsförfarande innan ett tilldelningsbeslut fattats. Av EG-domstolens ovan refererade dom i mål nr C-230/02 (Grossmann) framgår att det ska vara möjligt för ett företag att direkt söka prövning av sådana diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer som återfinns i handlingarna avseende anbudsörfarandet utan att det offentliga upphandlingsförfarandet först ska slutföras. Hinder föreligger därför inte för att ta upp bolagets ansökan till prövning. Eftersom länsrätten nu prövar målet i sak föranleder bolagets interimistiska yrkande ingen ytterligare åtgärd.

I ett upphandlingsförfarande enligt LOU ingår en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. Syftet med kvalificeringsfasen är att säkerställa leverantörernas förmåga att leverera det som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i detta skede tar således sikte på leverantörerna. En upphandlande myndighet får enligt 11 kap. 2 § LOU ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. En sådant s.k. *skall-krav* ska godtas om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet med upphandlingen (NOU:s yttrande dnr 2005/0088-29). Upphandlande myndigheter ska dock enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om en sökande kan anses ha visat att upphandlande myndighet åsidosatt kraven i 1 kap. 9 § LOU och att sökanden därigenom kan ha lidit eller kan komma att lida skada på grund av detta.

Bolaget har i länsrätten anfört att kvalificeringskraven innebärande att anbudsgivande företag ska haft minst tre miljoner kronor i omsättning inom det ekonomiadministrativa området för år 2007, samt ska kunna tillhandahålla minst sex konsulter inom det område som upphandlas, är diskriminerande eftersom det medför att nya och mindre företag utesluts från utvärderingsprocessen utan saklig grund. Frågan i målet är således om något av dessa *skall-krav*, såsom de är utformade i förfrågningsunderlaget, står i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Den aktuella upphandlingen avser att tillgodose ett behov av kvalificerade tjänster hos ett stort antal myndigheter inom den allmänna förvaltningen, statliga och till staten närstående myndigheter, organisationer med statlig anknytning samt statliga aktiebolag. Tjänsterna avser anskaffning och vidareutveckling av IT-stöd inom området ekonomiadministrativt IT-stöd. Uppdragen i sig är av icke-standardiserad natur vilket innebär att den rådgivning som lämnas i normalfallet inte ska knyta an till specifika, på marknaden befintliga lösningar eller system.


För att uppnå kravet på resursbas i förfrågningsunderlagets punkt 3.3 ska anbudsgivare ha bedrivit en verksamhet som omfattat minst tre av de i punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget angivna uppdragsområden samt inom dessa områden uppnått en årsomsättning om lägst tre miljoner kronor. Mot bakgrund av uppdragets omfattning, de uppdragsområden och tjänster som efterfrågas, samt det stora antalet avropare som har rätt att använda sig av ramavtalet, får det i målet aktuella *skall-kravet* avseende resursbas anses vara lämpligt och proportionerligt. Vad bolaget anfört i denna fråga föranleder ingen annan bedömning.

Leverantören ska enligt förfrågningsunderlagets punkt 3.4 tillhandahålla minst sex personer för utförandet av de i målet aktuella tjänsterna. Anbudsgivaren har enligt förfrågningsunderlaget möjlighet att anlita personer anställda hos underleverantörer samt att i övrigt samverka med andra aktörer

för att kunna erbjuda ett heltäckande anbud. Det anges inte några förutsättningar för hur anbudsgivaren utformar samarbetet. Ett krav är dock att anbud ska lämnas av *en* part vilken senare också är den som sluter ett eventuellt avtal med ESV. Mot bakgrund av uppdragets omfattning, de uppdragsområden och tjänster som efterfrågas, samt det stora antalet avropare som har rätt att använda sig av ramavtalet kan inte heller kravet på personella resurser anses vara oproportionerligt i förhållande till det syfte som eftersträvas med upphandlingen. Särskilt mot bakgrund av möjligheten till samverkan med andra aktörer för att kunna erbjuda ett heltäckande anbud.

Sammantaget kan inte de nu aktuella kvalificeringskraven på leverantören i förfrågningsunderlaget anses vara oproportionerliga i förhållande till det syfte som eftersträvas med upphandlingen. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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


Ann-Jeanette Eriksson
Rådman

Föredragande har varit Carl Braunerhielm



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

