



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-04-04
 Meddelad i
 Stockholm

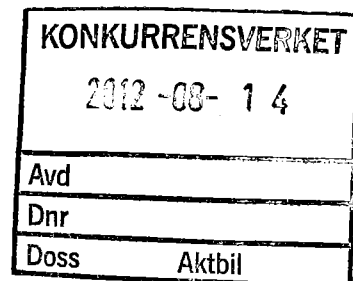
Mål nr
 4595-12
 Enhet 12

SÖKANDE

Aktiebolaget Ecenea, 556794-9895
 Skogsövägen 50
 133 33 Saltsjöbaden

MOTPART

Ekonomistyrningsverket
 Box 45316
 104 30 Stockholm



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 221924

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 YRKANDEN M.M.

Ekonomistyrningsverket (ESV) genomför en upphandling av ramavtal avseende upphandlingskonsulttjänster, dnr 45-899/2011. ESV har i tilldelningsbeslut den 24 februari 2012 meddelat att anbud från Aktiebolaget Ecenea (Ecenea) inte har prövats vidare då anbudet inte uppfyllde samtliga ställda krav i förfrågningsunderlaget (ffu). ESV angav att det inte framgick tydligt av i anbudet bifogade CV (2.4.8 i ffu) att krav på konsult nr 2, 4 och 5 avseende roll och kompetensnivå (2.4.1-2.4.2 i ffu) var uppfyllda. Därmed var ställda krav på leveranskapacitet i 2.4.7 ffu inte uppfyllda.

Ecenea ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sitt yrkande anför Ecenea bl.a. följande.

Eceneas anbud har förkastats på grund av att tre av fyra konsulter inte uppfyller ställda krav. Punkt 2.4.1 i ffu beskriver i allmänna ordalag rollen som upphandlare och ger exempel på arbetsuppgifter som ska utföras. Punkt 2.4.2 i ffu beskriver kompetensnivå i termer av antal år i branschen. I ffu har krav markerats med **ska** i fetstil och understruket. Ingenstans i punkterna 2.4.1 och 2.4.2 förekommer ordet **ska**, vilket det däremot gör i t.ex. punkt 2.4.3. Däremot anges i 2.4.7 att ”vid redovisning av leveranskapacitet **ska** i ffu (avsnitt 2.4.1-2.4.2) redovisade definitioner och roller för kompetensnivåer tillämpas”. Utifrån denna något vaga formulering har ESV därefter valt att underkänna samtliga konsulter där det av CV:n inte tydligt framgår att erfarenhet finns från vart och ett av de i 2.4.1 allmänt beskrivna delarna som rollen innefattar. Utifrån skrivningen av 2.4.7 är det något långsökt att sluta sig till att *alla krav* i den generella beskrivningen som förekommer i avsnitt 2.4.1-2.4.2 *i sin helhet* är att anse som skallkrav.

Ecenea anser att ESV brister i transparens när ESV inte uttryckt kraven i 2.4.1 i termer av ska. Det är inte bara Ecenea som missat detta. Samtliga anbudsgivare har fått minst två konsulter underkända av samma skäl. Den enda kvarvarande anbudsgivaren hade offererat så pass många konsulter att det ändå fanns kvar fyra godkända konsulter sedan tre underkänts. Det är sannolikt mera tur än skicklighet att något anbud över huvud taget blev godkänt.

Utöver den bristande transparensen kan det ifrågasättas om kraven i förfrågningsunderlaget är proportionerliga. ESV har i sin upphandling ställt krav på att anbudsgivare ska tillhandahålla minst fyra konsulter. Vidare har ESV haft för avsikt att teckna avtal med tre företag. Det skulle betyda att ESV behöver minst tolv konsulter, om konsulterna skulle arbeta enbart åt ESV. En kompetent upphandlingskonsult genomför drygt 30 upphandlingar per år och ESV genomför endast fyra upphandlingar per år. Att kräva att var och en av anbudsgivarna ska ha en kapacitet som överskrider myndighetens behov 25 gånger kan knappast vara proportionerligt.

ESV anser att Eceneas yrkande om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

I avsnitt 2.4 redogörs för de krav som ställs på leveranskapacitet och på redovisning av leveranskapacitet i anbud. Avsnitt 2.4.1 beskriver den efterfrågade rollen: "Rollen innebär att ha mycket god kunskap om offentlig upphandling inklusive tillämpning av LOU och av att praktiskt genomföra offentliga upphandlingar avseende tjänster och varor inklusive IT-baserade informationssystem." Detta utvecklas med typiska exempel på vanligt förekommande arbetsuppgifter som en konsult med efterfrågad roll kommer att utföra inom ramen för upphandlat ramavtal.

Av avsnitt 2.4.2 framgår efterfrågade kompetensnivåer med beskrivning av vad respektive kompetensnivå innebär ur ett kunskapsmässigt, erfarenhetsmässigt, lednings- och självständighetsperspektiv. Båda avsnitten beskriver därigenom efterfrågad leveranskapacitet på ett tydligt sätt.

Rättspraxis har visat att förfrågningsunderlag kan utformas på olika sätt. Grundläggande är att ställda krav är formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka dem på samma sätt (C-19/00). Av förfrågningsunderlaget framgår vilka krav som ställs och hur kraven ska redovisas. ESV:s bedömning har genomförts utifrån förfrågningsunderlagets ställda krav.

Det förtjänar att i särskild ordning påpekas att det har varit viktigt för ESV att säkerställa att upphandlande konsulter har praktisk erfarenhet av offentlig upphandling av bl.a. IT-baserade informationssystem (se ovan). Det motiveras av ESV:s uppdrag och att denna typ av arbete är totalt sett en mycket stor del av ESV:s totala behov avseende specialistkompetens inom området offentlig upphandling. Att arbeta fram ett underlag till en upphandling av statliga ramavtal avseende IT-baserade informationssystem är ett mycket avancerat, omfattande och komplext uppdrag där flera olika specialistkompetenser samverkar för att leverera en slutprodukt som ska användas av ett stort antal olika statliga myndigheter under en lång tid. I ESV:s åtagande avseende statliga ramavtal ingår även kontinuerlig LOU-relaterad problemlösning under hela ramavtalsperioden.

Ecenea ifrågasätter om kraven i förfrågningsunderlaget är proportionerliga. ESV uppfattar att ifrågasatt krav är kravet på antalet konsulter i avsnitt 2.4.7.

ESV genomför årligen ett antal offentliga upphandlingar och avrop från statliga ramavtal. Vissa upphandlingar är till sin art mycket komplexa och

omfattande, andra upphandlingar är av enklare sort. Behovet av konsultinsatser varierar över tid beroende på ett antal olika faktorer. ESV har gjort en bedömning av uppskattat behov över den tänkta ramavtalstiden som redovisas under avsnitt 1.1.4. Som grund för ESV:s bedömning ligger en analys av kommande behov av statliga ramavtalsupphandlingar avseende IT-baserade informationssystem m.m., stöd i förvaltning av desamma samt övrigt upphandlingsstöd. Upphandling av IT-baserade informationssystem bedrivs normalt i projektform och styrs delvis av förhållanden utanför ESV:s direkta kontroll. ESV behöver tillgång till ett kontinuerligt stöd som periodvis intensifieras och där inte alltid förutsebara belastningstoppar uppstår.

Det är därför viktigt att den eller de leverantörer som ESV tecknar ramavtal med har tillgång till rätt kompetens med kort varsel. Att ställa krav på att en leverantör ska ha tillgång till flera konsulter är därför väl motiverat och nödvändigt för att behovet ska kunna tillgodoses.

UTREDNING I MÅLET

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

2.4 Krav på leveranskapacitet

I denna upphandling ställs krav på anbudsgivarens, inklusive eventuella underleverantörers, leveranskapacitet. Nedan redogörs för de krav som ställs på leveranskapacitet och på redovisning av leveranskapacitet i anbud. Inledningsvis redogörs för den i upphandlingen använda modellen för klassning av kompetens vilken används vid redovisning av leveranskapacitet.

2.4.1 Beskrivning av efterfrågad roll

Den efterfrågade leveranskapaciteten avser namngivna personer som kan ta rollen "upphandlare/upphandlingsspecialist".

Rollen innebär att ha mycket god kunskap om offentlig upphandling inklusive tillämpning av LOU (Lag 2007:1091 om offentlig upphandling) och av att praktiskt genomföra offentliga upphandlingar avseende tjänster och varor inklusive IT-baserade informationssystem.

Typiska exempel på vanligt förekommande arbetsuppgifter som kommer att utföras av konsult med denna roll inom ramen för tecknade ramavtal:

- Delta i förstudie- och upphandlingsprojekt med fokus på att självständigt arbeta med, vara drivande och utgöra stöd vad gäller bl.a. konstruktion av förfrågningsunderlag enligt LOU inklusive t.ex. hela eller delar av kravspecifikationer, utvärderingskriterier, utvärderingsmodeller, avtal och avtalsvillkor samt planering och genomförande av anbudsprövning och anbudsutvärdering.
- Genomföra rådgivning och kvalificerad problemlösning mm i frågor enligt f g punkt, såväl inför och under upphandlingsprojekt som under efterföljande avtalsperiod.
- Kvalitetssäkra upphandlingsdokument som t.ex. förfrågningsunderlag (hela eller delar av) samt planeringsdokument för upphandlingsrelaterade projekt ur ett upphandlings- och LOU-perspektiv med syfte att minimera risker för problem för ESV i senare skeden av arbetet (ur tex. ett överprövningsperspektiv och eller under efterföljande avtalsperiod).

Med "upphandling" enligt ovan ska förstås upphandling enligt samtliga förekommande förfaranden enligt LOU samt även avrop från ramavtal, t.ex. från statliga ramavtal.

2.4.2 Efterfrågad kompetensnivå

Med "kompetensnivå" avses kompetensens "höjd" i termer av total erfarenhet och kunskap avseende den aktuella rollen. Även ledningskapacitet och förmåga till självständighet ingår i bedömningen. I denna upphandling har nedanstående kompetensnivåer definierats, nivå 1 är lägst och nivå 5 är högst.

- Nivå 1 -2** Inte aktuella för denna upphandling.
- Nivå 3** **Kunskap:** Hög kompetens inom området.
Erfarenhet: 5-7 år som konsult eller motsvarande kvalificerad specialistbefattning inom området, är förebild för andra konsulter (motsv.) på lägre nivå.
Ledning: Kan ta ansvar för delområde, kan leda en mindre grupp.
Självständighet: Kan arbeta självständigt
- Nivå 4** **Kunskap:** Mycket hög kompetens inom aktuellt område,
Erfarenhet: Mer än 7 års erfarenhet som konsult eller motsvarande kvalificerad specialistbefattning inom området. Har deltagit i stora uppdrag inom aktuellt område och genomfört uppdrag med mycket hög kvalitet.
Ledning: Kan ta huvudansvar för ledning av större grupp eller större projekt.
Självständighet: Mycket stor.
- Nivå 5** Inte aktuell för denna upphandling

2.4.3 Övriga krav på offererade konsulter

Samtliga av anbudsgivaren offererade personer ska ha mycket goda kunskaper i svenska språket, både i tal och i skrift.

Samtliga av anbudsgivaren offererade personer ska ha adekvat högskolekompetens eller motsvarande på annat sätt förvärvade kunskaper, som är relevanta vid genomförande av de efterfrågade konsulttjänsterna inom området offentlig upphandling.

Anbudsgivarens redovisning:

Ovanstående obligatoriska krav ("ska") accepteras/uppfylls: Ja/Nej

[...]

2.4.7 Krav på antal offererade konsulter

Vid redovisning av leveranskapacitet ska i förfrågningsunderlaget (avsnitt 2.4.1-2.4.2) redovisade definitioner för roller och kompetensnivåer tillämpas. [...]

2.4.8 Redovisning av offererade konsulter

[...]

För att möjliggöra för ESV att kunna verifiera att offererade konsulter uppfyller ställda krav ska anbudsgivare bifoga CV för samtliga offererade konsulter. Av respektive CV ska tydligt framgå att krav vad gäller roll och kompetensnivå (ovan) är uppfyllda.

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 den i målet tillämpliga lydelsen av 16 kap. 5 § 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 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.

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av det sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i aktuell lydelse av 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Transparens

Frågan i målet i denna del är ifall de ovillkorliga kvalificeringskrav, s.k. skall-krav, som följer av förfrågningsunderlagets avsnitt 2.4.1 och 2.4.2 samt avsnitt 2.4.7 och 2.4.8 uppfyller LOU:s krav på transparens. För att anses tillräckligt transparenta ska kraven vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Ecenea har i första hand ifrågasatt avsnittet 2.4.1 i ffu. Formuleringen av det andra stycket i 2.4.1 är något otydlig, men stycket torde kunna delas upp i följande krav/påståenden.

1. Den efterfrågade rollen innebär att ha mycket god kunskap om offentlig upphandling inklusive tillämpning av LOU.
2. Den efterfrågade rollen innebär att ha mycket god kunskap av att praktiskt genomföra offentliga upphandlingar avseende tjänster och varor, inklusive IT-baserade informationssystem.

Det krav på ”mycket god kunskap” som följer av punkt 1 ovan kan inte anses ha någon betydelse för upphandlingen utöver de krav på kunskap som framgår av 2.4.2 i ffu.

ESV har framhållit att det var viktigt för dem att säkerställa att upphandlande konsulter har praktisk erfarenhet av upphandling av IT-baserade informationssystem. Detta får förstås som att punkten 2 ovan är avsedd att vara ett skall-krav. Det anges emellertid inte något uttryckligt krav på erfarenhet i 2.4.1 i ffu. Det framgår inte heller tydligt om de erbjudna konsulterna redan vid anbudslämnandet ska ha ”kunskap av att praktiskt genomföra” upphandlingar av den aktuella typen eller om det är en kunskap de kommer att få inom ramen för det aktuella uppdraget. ESV har inte använt sig av ordet **ska** för att markera att beskrivningen av rollen i denna del innehöll ett obligatoriskt krav. Förvaltningsrätten anser därför att det funnits

ett betydande utrymme, även för en normalt omsorgsfull anbudsgivare, att inte uppfatta detta stycke som innehållande något sådant krav. De hänvisningar till 2.4.1 och 2.4.2 som görs i skall-kraven i avsnitt 2.4.7 och 2.4.8 är för generellt uttryckta för att avhjälpa detta fel. Kravet på transparens kan därmed inte anses uppfyllt.

I det tredje stycket av avsnitt 2.4.1 i ffu anges ett antal ”typiska exempel på vanligt förekommande arbetsuppgifter som kommer att utföras av konsult med denna roll inom ramen för tecknade ramavtal”. Med denna formulering kan detta stycke och följande exempel inte förstås som krav på tidigare erfarenhet. I den utsträckning som ESV skulle anse att även de uppräknade exemplen utgjorde skall-krav strider även den utformning som dessa fått mot transparensprincipen.

Proportionalitet

Frågan i målet är i denna del om det krav som ESV ställt på leveranskapacitet är oproportionerligt i förhållande till den tjänst som ska upphandlas. De krav på viss kapacitet som ställs på anbudsgivare i en upphandling får inte gå utöver vad som krävs för att leverera den aktuella tjänsten. ESV har angett att anbudsgivare ska erbjuda minst två ”nivå 3-konsulter” och minst två ”nivå 4-konsulter”. ESV har även angett att de avser att teckna ramavtal med tre anbudsgivare enligt reglerna i 5 kap. 5-7 §§ LOU.

I den aktuella upphandlingen torde det vara självklart att ESV har rätt att ställa krav på hur många och hur kompetenta konsulter som anbudsgivarna ska erbjuda. Frågan blir då om ESV har gjort sannolikt att syftet med upphandlingen inte hade kunnat uppnås med ett mindre långtgående krav.

I ffu avsnitt 1.1.4 anges att ESV uppskattar den inköpsvolym som upphandlingen omfattar till 3 500 – 4 000 timmar under en fyraårig ramavtalsperiod. ESV har även i yttrande angett att de har behov av att kunna få rätt

kompetens med kort varsel då arbetet periodvis intensifieras. Ecenea har invänt att ESV hittills endast genomfört ca fyra upphandlingar per år och att deras upphandlingsverksamhet är ytterst begränsad.

Vid en proportionalitetsbedömning är det väsentligt hur konkurrensbegränsande det ifrågasatta kravet är. ESV:s avsikt att teckna avtal med tre anbudsgivare har endast en mindre betydelse för en anbudsgivares möjlighet att kvalificera sig för upphandlingen. Att myndigheten anger att de avser att teckna avtal med flera anbudsgivare, om dessa uppfyller kvalificeringskraven, hindrar inte heller att myndigheten får ställa krav som innebär att samtliga anbudsgivare ska ha tillräcklig kapacitet för att utföra tjänsten.

Förvaltningsrätten anser inte att det som Ecenea har anfört ger anledning att betvivla ESV:s uppskattning av hur många timmars upphandlingstjänster myndigheten kommer att ha behov av. Vid dessa förhållanden kan kravet att en anbudsgivare ska erbjuda minst fyra kvalificerade konsulter inte anses oproportionerligt.

Förvaltningsrättens slutsats

De skall-krav som ställts angående den efterfrågade rollen har bedömts brista i transparens. Då Ecenea har uteslutits ur upphandlingen med stöd av de aktuella skall-kraven har bolaget lidit skada. Därmed finns det skäl för ingripande enligt LOU. Då bristerna i upphandlingen avser förfrågningsunderlagets utformning är det inte tillräckligt att upphandlingen rättas. Ansökan om överprövning ska således bifallas på sådant sätt att upphandlingen ska göras om.

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

Jonatan Wahlberg
rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Fredrik Forsberg.



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 uppgive 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