

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

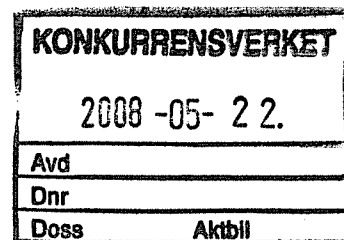
DOM
2008-05-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3059-08
Rotel 551

SÖKANDE

Fenix Management AB, 556574-1997
Box 22564
104 22 Stockholm

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

**MOTPART**

Verket för Förvaltningsutveckling, VERVA, 202100-5596
Box 214
101 24 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår Fenix Management AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 322501

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Verket för förvaltningsutveckling (VERVA) har genomfört en samordnad regional upphandling för myndigheter inom Stockholms län avseende "IT-konsulttjänster 2007". Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling. Upphandlingen omfattar åtta olika anbudsområden. Fenix Management AB (Fenix) har lämnat anbud avseende område 8. I tilldelningsbeslut avsänt från VERVA den 30 januari 2008 beslutade den upphandlande enheten att anta annat anbud än anbud från Fenix.

Fenix ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten förordnar att upphandlingen avseende anbudsområde 8 ska rättas på så sätt att Fenix anbud accepteras och utvärderas i enlighet med de i förfrågningsunderlaget angivna kriterierna och om så inte kan ske att den ska göras om.

Som grund för sin talan anför Fenix i huvudsak följande.

VERVA har inte genomfört utvärderingen i kvalificeringsfasen av upphandlingen på ett sätt som är förenligt med förfrågningsunderlaget och i vart fall inte på ett sätt som kunnat förutses av anbudsgivarna. De brister som förekommer i upphandlingen står i strid med det krav på affärsmässighet som framgår av 1 kap. 4 § LOU.

VERVA:s motivering till att utesluta Fenix från vidare utvärdering i upphandlingen är att Fenix samtliga underleverantörer deltar både i anbudsområde 1-7 och 8 och att därför punkten 2.1 i Bilaga A, 8 i förfrågningsunderlaget inte är uppfyllt. I punkten 2.1 anges bl.a. att anbudsgivare inte ska delta som underleverantör hos annan anbudsgivare inom upphandlingen. Av punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget följer att ställda krav i förfrågningsunderlaget avser såväl anbudsgivare som eventuella underleverantörer om inte annat uttryckligen anges. I punkt 3.1.7 i förfrågningsunderlaget

stipuleras kraven för när en anbudsgivare avser att åberopa en underleverantörs kapacitet. Häri anges att anbudsgivaren i dessa fall ska faktiskt förfoga över de resurser hos underleverantör som åberopas som leveranskapacitet. Vidare framhålls att i de fall underleverantör ingår i anbudet skall åberopad leveranskapacitet hos underleverantör inte ingå i annat anbud. Punkt 3.1.7 i förfrågningsunderlaget synes ge utrymme för två anbudsgivare att åberopa samma underleverantör så länge det säkerställs att den kapacitet som ska nyttjas, dvs. de enskilda konsulterna, inte är anlidade av båda anbudsgivarna. Eftersom en sådan tolkning av ordalydelsen i punkt 3.1.7 riskerade att komma i konflikt med punkt 2.1 i förfrågningsunderlaget erhöll VERVA under upphandlingsprocessen en fråga (fråga 33) i syfte att klarlägga möjligheten för flera anbudsgivare att anlita samma underleverantör. Innebörden av VERVA:s svar är att en underleverantör vars kapacitet en anbudsgivare nyttjar kan åberopas av två anbudsgivare parallellt så länge som de konsulter som anbudsgivarna hänvisar till inte är desamma, oavsett anbudsområde 1-8. Detta får anses innebära att VERVA, i enlighet med vad som föranstaltas i punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget rörande avsteg från däri angiven princip, under upphandlingsprocessen har gett punkt 2.1 innebörden att flera anbudsgivare kan åberopa samma underleverantörs kapacitet så länge som de enskilda konsulterna hos underleverantören inte är uppbundna hos två anbudsgivare. En annan tolkning av förfrågningsunderlaget kan rimligen inte ske eftersom en sådan tolkning skulle medföra att punkt 3.1.7 med tillhörande förklaring skulle stå i direkt konflikt med punkterna 1.3 och 2.1 i förfrågningsunderlaget. VERVA har inte presenterat någon tolkning av punkt 3.1.7 i förfrågningsunderlaget med tillhörande fråga som motsäger en sådan uppfattning.

Fenix har i sitt anbud noga angivit de konsulter som Fenix avser att nyttja om bolaget skulle tilldelas kontrakt i upphandlingen. Inte i något fall åberopas angivna konsulter av någon annan anbudsgivare i upphandlingen. VERVA har inte heller påstått att Fenix till någon del åberopat samma leve-

ranskapacitet som en annan anbudsgivare i upphandlingen. Fenix har utformat sitt anbud efter förutsättningen att bolaget haft möjlighet att åberopa samma underleverantör som ContactorArete Gruppen AB så länge de båda bolagen säkerställt och i sina anbud redovisat att de enskilda konsulterna inte är desamma i de båda anbuden.

Förfrågningsunderlaget i detta hänseende är så otydligt att det strider mot den EG-rättsliga transparensprincipen. Det kan inte anses vara korrekt att på sätt som skett uppställa två krav avseende nyttjande av underleverantörer som talar i motsatt riktning. Att förfrågningsunderlaget i denna del varit otydligt visas inte minst av det faktum att ytterligare tre anbudsgivare i ifrågavarande upphandling inte ansetts uppfylla skall-kravet i punkt 2.1 av samma anledning.

Fenix har lidit skada till följd av VERVA:s agerande under upphandlingsförfarandet eftersom Fenix, om bolaget hade blivit föremål för utvärdering hade kunnat tilldelas ramavtal för anbudsområde 8. Om Fenix hade haft kännedom om hur VERVA faktiskt avsett att genomföra utvärderingen under kvalificeringsfasen hade Fenix utformat sitt anbud på ett annat sätt.

VERVA bestrider Fenix yrkanden och anför i huvudsak följande.

VERVA har inte brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Upphandlingen har genomförts i enlighet med det grundläggande kravet på affärsmässighet och de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ska gälla för all upphandling. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna medfört att Fenix lidit eller kan komma att lida skada. Någon grund för be-

slut att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts föreligger därför inte.

VERVA har genomfört en samordnad regional upphandling för myndigheter i Stockholms län avseende IT-konsulttjänster. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt 5 kap. LOU med åtta anbudsområden; användbarhet, verksamhetsutveckling och strategi, ledning och styrning, systemutveckling och systemförvaltning, infrastruktur, informationssäkerhet, GIS-kompetens samt uppdragskonsulttjänster. Anbud fick avges avseende ett eller flera av anbudsområdena 1-7 eller enbart anbudsområde 8.

Fenix lämnade anbud inom anbudsområde 8. Ett annat bolag i samma koncern lämnade anbud inom anbudsområde 1-7. Båda bolagen åberopade samma underleverantörer i sina anbud. De åberopade underleverantörerna förekom således i båda delarna av upphandlingen. Eftersom Fenix underleverantörer förekommer hos anbudsgivare i anbudsområde 1-7 och 8 uppfyller Fenix anbud inte uppställda skall-krav i upphandlingen och har därför förkastats. Samma bedömning har gjorts avseende det andra anbudet som åberopade samma underleverantörer. Det skulle stå i uppenbar strid med förutsättningarna för upphandlingen och förfrågningsunderlaget att under dessa förhållanden acceptera Fenix anbud.

Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att anbud får avges antingen inom ett eller flera av anbudsområdena 1-7 eller enbart avseende anbudsområde 8, se exempelvis 3.1 i Inledande dokument. Det framgår också tydligt i förfrågningsunderlaget att samtliga krav i upphandlingen avser, såvitt annat inte uttryckligen angetts, såväl anbudsgivaren som eventuella underleverantörer, se 1.3 i Bilaga A, 8. Vidare utgör det ett skall-krav i upphand-

lingen att anbudsgivare ska ange det anbudsområde anbudet avser. Det uttrycks också tydligt i anslutning till detta att deltagande i anbudsområde 8 utesluter deltagande i anbudsområde 1-7 och vice versa, se 2.1 i Bilaga A, 8. Detta tar sikte på såväl anbudsgivares som underleverantörers deltagande. Det följer också av att ett anbud består av helheten av anbudsgivaren och anbudsgivarens åberopade underleverantörer. Varken anbudsgivare eller underleverantörer kan således delta i både anbudsområde 1-7 och 8. Eftersom annat inte uttryckligen anges i detta sammanhang är det helt klart att detta gäller både anbudsgivares och underleverantörers deltagande. Detta har även berörts i svar på fråga 12 i Förtydligande, rättelser samt redovisning av ställda frågor och lämnade svar - Förfrågningsunderlag F:197.

Anbudsgivare ansvarar för sitt anbud i dess helhet och således även för att i anbudet åberopade underleverantörer uppfyller ställda krav, däribland kravet att inte förekomma i båda delarna av upphandlingen. Det åligger därför anbudsgivarna att tillse att de upprättar erforderliga och ändamålsenliga avtal med sina underleverantörer. Till säkerställande av att anbudsgivare verkligen tillser att de förfogar över sina åberopade underleverantörer samt för att ytterligare uppmärksamma anbudsgivarna på sitt ansvar för att underleverantörerna uppfyller ställda krav, har VERVA uppställt krav på samarbetsavtal mellan anbudsgivarna och deras åberopade underleverantörer. Enligt 2.3 i Bilaga A, 8 utgör det därför skall-krav i upphandlingen att anbudsgivare som åberopar underleverantör har giltigt samarbetsavtal med underleverantören senast på anbudsdagen.

Fenix gör gällande att svaret på fråga 33 i Frågor och Svar skulle innebära att en underleverantör kan åberopas i båda delarna av upphandlingen. VERVA bestrider detta. I fråga 33 i Frågor och Svar hänvisar frågeställaren till skall-krav 3.1.7 i Bilagorna A i förfrågningsunderlaget. VERVA anger uttryckligen att svaret avser skall-krav 3.1.7 i Bilagorna A. Svaret kan na-

turligtvis inte tolkas som ett avsteg från den i 1.3 i Bilaga A, 8 angivna huvudprincipen i upphandlingen att samtliga krav avser såväl anbudsgivaren som eventuella underleverantörer såvitt annat inte uttryckligen angetts.

VERVA bestrider att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt. Av 103 anbudsgivare i upphandlingen är det endast fem anbudsgivare som inte uppfyller skall-krav 2.1 i Bilagorna A. Två av dessa är Fenix och ett annat bolag i samma koncern. De övriga tre har förstått förutsättningarna men inte lyckats utforma samarbetsavtal på rätt sätt.

Även om länsrätten skulle finna att det förekommer brister i förfrågningsunderlaget innefattande kvalificeringen av anbuderna till utvärdering är dessa i vart fall inte av den art eller omfattning att kravet på affärsmässighet eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ska gälla för all upphandling har åsidosatts.

Länsrätten beslutade den 8 februari 2008 om inhibition i mål nr 2840-08 avseende område 8.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 4 § LOU anges följande. Upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 22 § samma lag anges följande. En upphandlande enhet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten ska i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

I 7 kap. 1 § första stycket samma lag anges att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 7 kap. 2 § samma lag anges bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § 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.

I punkt 3.1, Upphandlingsföremålet, i förfrågningsunderlagets Inledande dokument anges att anbudsgivare får avge anbud inom ett eller flera av anbudsområdena 1-7 eller enbart på anbudsområde 8.

I punkt 1.3, Krav, i Bilaga A, 8 i förfrågningsunderlaget anges följande. Ställda krav avser såväl anbudsgivaren som eventuella underleverantörer. Således ska anbudsgivarens svar avse helheten, anbudsgivare inklusive eventuella underleverantörer. Detta gäller utom i de fall där kravtexten uttryckligen medger att svaret endast ska omfatta endera anbudsgivaren eller underleverantörer.

I punkt 2.1, Deltagande, Anbudsområde 8 Uppdragskonsulttjänster i Bilaga A, 8 i förfrågningsunderlaget anges följande. Observera att deltagande i anbudsområde 8 utesluter deltagande i anbudsområde 1-7 samt att deltagande i anbudsområde 1-7 utesluter deltagande i anbudsområde 8. Anbudsgivare skall ange det anbudsområde som anbudet avser.

Av Utvärderingsrapport U:159 IT-Konsulttjänster 2008 framgår att Fenix inte kvalificerat sig vidare till utvärderingen då ”Anbudsgivarens samtliga underleverantörer deltar i både anbudsområde 1-7 och 8. Krav 2.1 uppfylls ej.”

Länsrättens bedömning

Grund för att ingripa mot upphandlingen kan föreligga om det visas att den upphandlande enheten åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsynstaganden i 1 kap. 4 § LOU, t.ex. genom att påtagligt avvika från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Prövningen kan också avse huruvida andra gemenskapsrättsliga principer som ska beaktas vid all offentlig upphandling har trätts för när. Detta förutsätter emellertid att sökanden för fram sådant som kan utgöra brister i dessa avseenden.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så ut-


formad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. (RÅ 2002 ref. 50).

Det är i målet otvistigt att Fenix har åberopat underleverantörer som också åberopats inom anbudsområdena 1-7 av annan anbudsgivare.

Fenix gör gällande att förfrågningsunderlaget är motstridigt och inte transparent.

Länsrätten finner att vad som sägs i punkt 3.1 i förfrågningsunderlagets Inledande dokument tydligt och klart anger att anbudsgivare inte får avge anbud inom både anbudsområdena 1-7 och anbudsområde 8. Länsrätten finner vidare att formuleringen i punkt 1.3 i Bilaga A, 8 ger tydligt besked om att ställda krav gäller såväl anbudsgivare som eventuella underleverantörer utom i de fall där kravtexten uttryckligen medger något annat. Under punkt 2.1 i Bilaga A, 8 i förfrågningsunderlaget skall anbudsgivaren ange det anbudsområde som anbudet avser. Att med anbudsgivare inte skulle avses även eventuella underleverantörer anges inte här. Fenix har angett att anbudet avser anbudsområde 8. VERVA har således haft fog för att förkasta Fenix anbud och Fenix ansökan om överprövning skall därför avslås.

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


Marie-Louise Diurson

chefsrådman

Föredragande har varit Maya Abdullah.



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 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 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.

