


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2015-10-29
Meddelad i
Stockholm
Mål nr
546-15**SÖKANDE**

Vergenta AB, 556701-8139

 Ombud: Advokaten Joakim Lavér och jur.kand. Anton Johansson
 Hannes Snellman Advokatbyrå AB
 Box 7801
 103 96 Stockholm
MOTPART
 Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet, 202100-0829
 Box 2218
 103 15 Stockholm
SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-10-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

 Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 13 januari 2015 upphör
 därmed att gälla.

Dok.Id 644326

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

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (Statens inköpscentral) genomför en ramavtalsupphandling benämnd "Managementtjänster 2014 – Verksamhets- och organisationsutveckling, dnr 96-28-2014". Upphandlingen genomförs som ett selektivt förfarande enligt 4 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Vid anbudsansökningstidens utgång den 8 september 2014 hade anbudsansökningar kommit in från 38 företag. Beslut om urval, selektering, fattades den 12 november 2014. Genom beslutet inbjöds tio andra anbudssökande än Vergenta AB (Vergenta) att komma in med anbud. Enligt tilldelningsbeslut den 13 januari 2015 erbjöds åtta anbudssökande att teckna avtal.

Vergenta yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att Vergenta ska anses vara kvalificerad och således får möjlighet att delta i fortsatt process. Om rättelse inte är möjlig yrkar Vergenta i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför **Vergenta** huvudsakligen följande.

Statens inköpscentral påstår att det inte går att utläsa ur bolagets anbudsansökan att "någon annan...angiven underleverantör än ESAM AB i själva verket utfört angivet referensuppdrag" och att bolaget därmed inte har visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser för uppdrag inom området för ledningssystem. Påståendet är riktigt såtillvida att det är ESAM AB som har varit "utförare" av uppdraget i egenskap av avtalspart gentemot kund. Det är däremot felaktigt och bestrids att bolaget inte skulle ha visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser i anbudsansökan.

Bolagets samarbetspartner ESAM AB, med organisationsnummer 556502-0293, är ett så kallat paraplybolag där ESAM AB utåt agerar som en firma, ett varumärke och en avtalspart mot sina kunder. De personella resurserna agerar som om de skulle vara anställda i ESAM AB men har valt en organisationsform som innebär att de är anställda i egna bolag som är direkt associerade till paraplybolaget via långsiktiga samarbetsavtal. De associerade bolagen verkar i detta fall exklusivt genom ESAM AB avseende dess verksamhetsområden.

Bolaget tecknade med ESAM AB och de associerade bolagen erforderligt åtagande om tillgång till relevanta resurser, i syfte att etablera ett samarbete inom relevant delområde vid ett eventuellt tecknande av ramavtal.

Bolaget har således uppfyllt de krav på tillgång till erforderliga resurser såväl som visat dokumentation på detta, varför det inte fanns några betänkligheter angående kvalificering.

Bolaget har i sin anbudsansökan bifogat intyg (se dokumentet "Intyg underleverantörer") om att bolaget förfogar över de underleverantörer som är anknutna till ESAM AB. Bland annat har man ingett intyg avseende bolagen EcoLogical i Umeå AB (556701-8139), HQKM Consult AB (556885-2502) och Zanza i Umeå AB (556701-8139). Dessa underleverantörer har utfört det aktuella referensuppdraget.

Att bolaget har angett ESAM AB som underleverantör avseende referensuppdrag 5 i anbudsansökan beror på att Statens inköpscentral självt angett under frågor och svarperioden i upphandlingen att det endast är det bolag som varit avtalspart gentemot kund som kan åberopas som underleverantör för uppfyllelse av ställda kvalificeringskrav (i detta fall referensuppdrag).

Som svar på frågorna 27 och 61 har Statens inköpscentral angett följande. "Det är endast den anbudssökande eller den angivna åberopade underleverantören, som varit avtalspart gentemot referenskunden, som kan användas för referensuppdraget".

Rent parentetiskt kan bolaget framhålla i sammanhanget att Statens inköpscentral i förhållande till svaren på frågorna 27 och 61 har lämnat direkt motstridig information i andra delar av frågor och svar. Som svar på fråga 23 har Statens inköpscentral angett att det är "[d]e underliggande bolagen" som ska anges som underleverantör, även om det är ett holdingbolag som sköter fakturering gentemot kund. Som svar på fråga 43 har Statens inköpscentral angett att "de organisationsnummer där aktuella konsulter är anställda [ska] anges som underleverantörer".

För det aktuella referensuppdraget har ESAM AB varit avtalspart gentemot kund. Med hänsyn till Statens inköpscentrals svar på frågorna 27 och 61 har bolaget således uppfattat att det är ESAM AB som ska anges som underleverantör för referensuppdrag 5. Referensuppdraget har utförts av till ESAM AB anslutna bolag, vilka också har åberopats i bolagets anbudsansökan. De konsulter som är anställda i de anslutna bolagen agerar på samma sätt som om de hade varit anställda i ESAM AB. Oaktat vilken part som de facto utfört det aktuella referensuppdraget eller vilken part som stått som avtalspart gentemot kunden framgår det otvivelaktigt av bolagets anbudsansökan att bolaget förfogar, och kommer under avtalstiden att förfoga, över samtliga angivna underleverantörer. Bolaget förfogar således över nödvändiga resurser för uppdrag inom området ledningssystem. Det

kan för övrigt noteras att bolaget har levererat tjänster under befintligt ramavtal till ett stort antal myndigheter i egenskap av samarbetspartner med företaget Connecta.

Det kan även tilläggas att utrymmet i anbudsansökan för att beskriva vart och ett av referensuppdragen är begränsat av ett automatiserat formulär till 200 tecken. I denna del ska anbudssökande ge en benämning och beskriva uppdragets omfattning m.m. Det har således inte funnits något utrymme att beskriva organisationen under ESAM AB i förfrågningsunderlaget.

I motsats till Statens inköpscentrals inställning uppfyller således bolaget kravet avseende referensuppdrag 5. Att Statens inköpscentral har förkastat bolagets anbudsansökan innebär således en överträdelse av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Överträdelsen förutom skulle ha lett till att bolaget bjudits in att lämna anbud i upphandlingen och således haft möjlighet att tilldelas ramavtal. Det råder således inget tvivel om att bolaget har lidit, eller riskerar ett lida, skada på grund av Statens inköpscentrals agerande. Upphandlingen ska därför rättas i enlighet med bolagets förstahandsyrkande härom.

För det fallet att domstolen inte bifaller bolagets förstahandsyrkande ska upphandlingen i vart fall göras om i enlighet med bolagets andrahandsyrkande. Skälen för att upphandlingen ska göras om är två. Som kommer att utvecklas nedan har Statens inköpscentral underlåtit att besvara ställda frågor under den fråge- och svarsprocess som förevarit i upphandlingen. Som vidare kommer att utvecklas strider förfrågningsunderlaget mot proportionalitetsprincipen. Vergenta har lidit, eller riskerar att lida, skada av var och en av dessa brister.

Som framhållits har upphandlingens förfrågningsunderlag innehållit otydligheter avseende om det är möjligt att åberopa kapacitet hos underleverantörer som är organiserade under t.ex. ett "paraplybolag" eller liknande, i upphandlingen. Statens inköpscentral har dels uppgett att det endast är ett företag som varit avtalspart gentemot kund som kan anges som underleverantör för referensuppdrag, dels uppgett att det är det företag där själva utföraren av referensuppdraget (konsulten) är anställd som ska anges som underleverantör. Ett "paraplybolag" av det slag som ESAM AB är, som har samarbetsbolag knutna till sig, kan inte samtidigt vara både avtalspart och faktisk utförare av uppdrag. ESAM AB är avtalspart och svarar för att uppdraget blir korrekt utfört. Själva uppdragen utförs dock de facto av samarbetsbolagen, i vilka konsulterna är anställda. En sådan konstruktion är vanligt förekommande i branschen. Det har således inte gått att veta för anbudssökande om det är möjligt att uppfylla kraven genom att åberopa underleverantörer vars bolag ingår i en "paraplyorganisation" eller liknande organisationsform. I syfte att klargöra denna otydlighet i förfrågningsun-

derlaget har det uttryckligen ställts flera frågor härom av anbudssökande i upphandlingen.

Av fråga 55 framgår följande.

"En fråga ang definition av anställning: Vi är ett Konsultbolag där alla konsulter arbetar exklusivt under bolaget men formen för "anställning" är eget företagande där varje konsult har ett samverkansavtal. Alla konsulter har egna bolag men agerar endast via Konsultbolaget. Alla avtal och uppdrag som utförs sker via Konsultbolaget som även fakturerar slutkund och är avtalspart i alla affärer. Vi har arbetat på detta vis i många år och tecknat många ramavtal på detta sätt. Frågan är i detta fall om Konsultbolaget kan agera som underkonsult till annan anbudssökande med Konsultbolaget som underkonsultpart? "

Som svar på frågan angav Statens inköpscentral följande.

"Frågeställningen är oklar och kan inte besvaras. Som upplysning, notera att anbudssökande inte kan vara underleverantör till annan anbudssökande, enligt 3.3.7.1, "En anbudssökande inklusive konsortiemedlem ska inte ingå som underleverantör till en annan anbudssökande."

Av fråga 63 framgår följande:

"Gällande referensuppdrag och underleverantörer

I svar till fråga 25 A framgår att om underleverantör som verkar i en bolagskonstruktion med ett eget bolag som är ett holdingbolag utan anställda och konsulterna i stället agerar i egna bolag, så ska de underliggande bolagen anges som underleverantörer. Det är dock alltid holdingbolaget som är avtalspart och som fakturerar kunden. Kan man använda ett uppdrag där holdingbolaget har varit avtalspart som referensuppdrag? Detta bolag har inga anställda och kan därför svårligen ses som en underleverantör (det finns ingen kapacitet i bolaget att återopa)."

Som svar på frågan angav Statens inköpscentral följande.

"Frågeställningen är oklar och kan inte besvaras. Om det är anbudssökandens organisationsnummer som varit avtalspart ska underleverantör anges i skrivfältet "Ange eventuell underleverantör som utfört referensuppdraget." på referensblankettens sida 1."

Som framgår har Statens inköpscentral vid två tillfällen underlåtit att besvara i nu aktuellt hänseende relevanta frågor från anbudssökande, enbart med hänvisning att frågorna skulle vara oklara. Detta är inte acceptabelt. Bolaget får framhålla att det inte är frågorna utan förfrågningsunderlaget som har varit oklart, vilket har påkallat frågorna. Det åligger härvid Statens

inköpscentral i egenskap av upphandlande myndighet att besvara samtliga ställda frågor och klargöra otydligheter i förfrågningsunderlaget som anbudssökande uppmärksammar. Detta är av särskild vikt när informationen dels har en påverkan på hur en anbudssökande utformar sin anbudsansökan, dels är av avgörande betydelse för att en anbudssökande över huvud taget ska kunna veta vad som krävs för att lämna en kravuppfyllande anbudsansökan. Att Statens inköpscentral underlåtit att besvara frågan utgör en överträdelse av de grundläggande principerna om transparens och likabehandling.

Denna princip har nyligen bekräftats i Kammarrättens i Göteborg dom den 15 september 2014 i mål nr 311-14. I den bakomliggande upphandlingen hade den upphandlande enheten underlåtit att besvara en anbudsgivares frågor om upphandlingsföremålet. Kammarrätten konstaterade att den information som anbudsgivaren efterfrågat var av karaktären att den kunde påverka utformningen av dennes anbud. Den upphandlande enhetens underlåtenhet att besvara anbudsgivarens frågor utgjorde enligt kammarrätten ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen och domstolen förordnade därför om att upphandlingen skulle göras om.

Statens inköpscentral påstår att kravet på referensuppdrag vare sig är konkurrensbegränsande eller strider mot proportionalitetsprincipen. Som stöd för detta kommer Statens inköpscentral med rent allmänna påståenden om att anbudssökande i upphandlingen har haft möjlighet att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla ställda kvalificeringskrav. Statens inköpscentrals tolkning av kravet innebär dock en begränsning i en anbudssökandes möjligheter att åberopa andra företags kapacitet.

Effekten av kravet, med den tolkning som Statens inköpscentral förfäktar, är att bolag med anställda konsulter som är organiserade under ett "paraplybolag" (som har kontraktuellt ansvar gentemot kund m.m.) inte kan åberopas som underleverantörer i upphandlingen. Samtidigt skulle en leverantör – med Statens inköpscentrals inställning – bedömas kunna tillhandahålla "nödvändig kapacitet" om konsulterna hade varit anställda i "paraplybolaget" (det bolag som tecknar avtal med kund). Bortsett från organisationsformerna finns det inga skillnader i dessa verksamheter avseende tillhandahållandet av yrkesmässig kapacitet. En anbudssökande kan utnyttja kapaciteten på samma sätt i båda fallen. Att begränsa möjligheterna att åberopa annans kapacitet baserat på underleverantörens organisationsform är inte relevant för att uppnå syftet att – med Statens inköpscentrals egna ord – "säkerställa att anbudssökanden har den erfarenhet, kompetens och kapacitet som krävs för den typ av tjänster som upphandlingen omfattar". Kravet utestänger leverantörer som t.ex. bolaget på ett konkurrensbegränsande sätt och kan inte objektivt motiveras. Kravet utgör därför en uppenbar överträdelse mot proportionalitetsprincipen.

Med anledning av Statens inköpscentrals påståenden kring bolagets bristande kravuppfyllelse i denna del får det för god ordnings skull framhållas att bolaget vidhåller att man uppfyller kravet på angivande av referensuppdrag 5.

Bolaget har lidit, eller riskerar att lida, skada. Statens inköpscentrals underlåtenhet att besvara ställda frågor i frågor och svar har inneburit att bolaget inte har kunnat lämna en kravuppfyllande anbudsansökan. Om Statens inköpscentral rätteligen hade utrett och besvarat frågorna och klargjort otydligheterna i förfrågningsunderlaget hade bolaget kunnat uppfylla samtliga ställda krav. Statens inköpscentrals agerande har således påverkat bolagets möjligheter att delta och lämna en kravuppfyllande anbudsansökan i upphandlingen och det står därmed klart att bolaget har lidit, eller riskerar att lida, skada i detta hänseende.

Vidare innebär förfrågningsunderlaget ett hinder mot att åberopa kapacitet hos underleverantörer som är organiserade under ett "paraplybolag" eller liknande organisationsformer. Kravet är oproportionerligt och har inneburit att bolaget inte har kunnat delta i upphandlingen. Det råder således inget tvivel om att bolaget har lidit, eller riskerar ett lida, skada även i detta hänseende.

Vart och ett av dessa skäl innebär att upphandlingen ska göras om, i enlighet med bolagets andrahandsyrkande härom.

Statens inköpscentral bestrider bifall till ansökan.

Till stöd för sin talan anför **Statens inköpscentral** bland annat följande.

Vergenta gör gällande att ansökningsinbjudan brister i transparens vad avser angivande av referensuppdrag och underleverantörer till styrkande av att kraven på yrkesmässig kapacitet uppfylls. Statens inköpscentral hänvisar här till ansökningsinbjudan där det tydligt framgår hur anbudssökande ska visa att kraven uppfylls. Av ansökningsinbjudan framgår också tydligt att samtliga referensuppdrag ska ha utförts av anbudssökande eller underleverantör som anbudssökande åberopat för uppfyllande av kravet på yrkesmässig kapacitet. Anbudssökanden har haft möjlighet att åberopa andra företags kapacitet till styrkande av att kravet uppfylls.

Nedan redovisas relevanta avsnitt i ansökningsinbjudan:

3.3.6 Yrkesmässig kapacitet

Statens inköpscentral ställer krav på yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet vid utförandet av tjänsterna. För att kunna bedöma för-

mågan att fullgöra ett tjänstekontrakt ska anbudssökande därför styrka sin förmåga att utföra tjänster inom upphandlingens omfattning genom en redovisning av referensuppdrag. Referensuppdragen representerar tjänster som efterfrågats av myndigheter. Behoven har bland annat framkommit i arbetet med förstudieprojektet. Genom referensuppdragen framgår den anbudssökandes bredd. Anbudssökande ska redovisa 5 stycken referensuppdrag (Referens 1 till 5) enligt nedan.

3.3.6.1 Referenser

Varje referensuppdrag är inriktat mot ett specifikt behov som beskrivs under rubriken "Krav på uppdraget" i respektive blankett. Det är detta behov som respektive referensuppdrag ska avse. Det faktiska uppdraget, som anbudssökande verkligen genomfört, kan ha varit mer omfattande än vad som beskrivs i respektive referensuppdrag. Referensuppdragen ska ha utförts av anbudssökande eller underleverantör som anbudssökande åberopat för uppfyllande av kravet på yrkesmässig kapacitet. I dessa fall ska blankett/bilaga Intyg underleverantör vara ifylld med åberopande av yrkesmässig kapacitet. Det finns ingen skyldighet för Statens inköpscentral att kontakta anbudssökande eller referenskunden för att förtydliga eller komplettera lämnade uppgifter. Om ett referensuppdrag saknar uppgifter eller innehåller otydliga uppgifter kan Statens Inköpscentral komma att stryka uppgifter eller bedöma uppgiften på minst förmånliga sätt för anbudssökande utan att begära förtydliganden eller kompletteringar. Det kommer således inte att vara en fördel att medvetet utelämna vissa uppgifter.

3.3.7.1 Åberopande av andra företags kapacitet

Anbudssökande har möjlighet att åberopa andra företags kapacitet, till exempel moderbolag, systerbolag, dotterbolag eller fristående bolag. Dessa benämns i upphandlingen som underleverantörer och är juridiska personer. Anbudssökande är ansvarig för underleverantörer såsom för egen del.

3.3.7.3 Intyg om förfogande över underleverantörs resurser

Anbudssökande ska genom att tillhandahålla ett skriftligt åtagande från eventuella underleverantörer visa att anbudssökande kommer att förfoga över åberopade underleverantörers resurser. Om underleverantör åberopas i anbudsansökan ska anbudssökande fylla i och underteckna blanketten, Intyg underleverantör, för varje underleverantör. I intyget ska anbudssökande redovisa vilket åtagande som respektive underleverantör har samt vilka resurser underleverantören ger anbudssökande förfogande över. Ett intyg ska fyllas i för varje underleverantör. Intyget ska vara undertecknat av behörig företrädare från anbudssökanden och underleverantören.

Vergenta anför att den stora mängden frågor som inkommit till Statens inköpscentral rörande ansökningsinbjudan visar hur otydlig inbjudan var. Statens inköpscentral vill här påpeka att de ramavtal som inköpscentralen upphandlar kan användas av en stor del av den offentliga förvaltningen varför intresset från leverantörshåll att delta i anbudsgivning ofta är stort. I

den aktuella upphandlingen hade upphandlingsunderlaget hämtats ut av 361 intressenter och anbudsansökningar inkom från 38 olika företag. Det är snarare regel än undantag att leverantörerna ställer många frågor till Statens inköpscentral under ansökningstiden och det antal frågor (63 stycken) som ställdes gällande ansökningsinbjudan är inte större än vad Statens inköpscentral förväntar sig i en upphandling av denna omfattning. Samtliga frågor har besvarats skyndsamt och i den ordning de inkommit. Ett stort antal frågor kan inte tas som intäkt för att underlaget skulle brista i transparens. Som anförts ovan framgår tydligt av ansökningsinbjudan hur anbuds sökanden ska visa att kraven på yrkesmässig kapacitet uppfylls. Att ansökningsinbjudan skulle brista i transparens i denna del motsägs också av det faktum att samtliga övriga anbudssökanden redovisat referensuppdrag samt åberopade underleverantörer i enlighet med kraven i ansökningsinbjudan.

Referensuppdrag nr 5 avser ledningssystem. Uppdraget ska ha omfattat stöd till referenskunden vid genomförande av utvecklingsarbete avseende ledningssystem. Som framgått ovan behöver referensuppdragen inte ha utförts av anbudssökanden utan kan istället ha utförts av den underleverantör som åberopas för de aktuella tjänsterna. Vergenta har, som utförare av referensuppdrag 5, angett en underleverantör, ESAM AB, Av den till anbudsansökan bifogade blanketten Intyg underleverantör framgår dock att ESAM AB saknar anställda. Varken av intyget eller av beskrivningen av referensuppdraget framgår att det skulle vara någon annan än ESAM AB som utfört uppdraget. Det obligatoriska kravet på yrkesmässig kapacitet uppfylls därmed inte och anbudsansökan prövades inte vidare, Vergenta gör gällande att Vergenta ändå uppfyller ställda krav på yrkesmässig kapacitet vad avser referensuppdrag 5 då angiven underleverantör ESAM AB tecknat samarbetsavtal med "associerade juridiska personer". Dessa "associerade juridiska personer" uppfyller enligt Vergenta ställda krav på yrkesmässig kapacitet för aktuellt område och har i anbudsansökan redovisats som separata underleverantörer till Vergenta.

Som framgår av ansökningsinbjudan avsnitt 3.3.6 ska referensuppdragen ha utförts av anbudssökande eller underleverantör som anbudssökande åberopat för uppfyllande av kravet på yrkesmässig kapacitet.

Statens inköpscentral har vid kvalificeringen av anbudsansökningarna granskat huruvida kraven på yrkesmässig kapacitet uppfylls för respektive referensuppdrag. Prövningen har skett i enlighet med ansökningsinbjudan och som framgått under punkten 3.3.6.1 ovan finns ingen skyldighet för Statens inköpscentral att kontakta anbudssökande eller referenskunden för att förtydliga eller komplettera lämnade uppgifter. Det har alltså ankommit på anbudsgivaren att visa att denne för respektive referensuppdrag förfogar över erforderlig yrkesmässig kapacitet. Eftersom den underleverantör som angetts som utförare av referensuppdrag 5 saknar anställda och det inte heller i övrigt av anbudsansökan gått att utläsa att någon annan i anbudsansökan angiven underleverantör än ESAM AB i själva verket utfört angivet

referensuppdrag, har Vergenta inte visat att Vergenta förfogar över nödvändiga resurser för uppdrag inom området ledningssystem.

Vergenta anför att Statens inköpscentral brutit mot principen om likabehandling då man behandlar anbudssökanden olika beroende på underleverantörernas organisationsform. Statens inköpscentral vill tvärtom hävda att samtliga anbudssökanden behandlats lika och helt i enlighet med ansökningsinbjudan. Den anbudsansökan som inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav har uteslutits. Kravet på yrkesmässig kapacitet är ett obligatoriskt krav som måste vara uppfyllt för att anbudsansökan ska prövas vidare, Vergenta har, som anförts ovan, inte visat att Vergenta förfogar över åberopade resurser inom området ledningssystem eftersom angiven underleverantör saknar anställda. Varken av intyget eller av beskrivningen av referensuppdraget framgår att det skulle vara någon annan än underleverantören som utfört uppdraget. Likabehandlingsprincipen innebär ju bland annat att en upphandlande myndighet inte får efterge eller bortse från obligatoriska krav i upphandlingen. Att anta en anbudsansökan som inte uppfyller ett obligatoriskt krav om yrkesmässig kapacitet skulle strida mot denna princip.

Vergenta gör gällande att kravet i ansökningsinbjudan att referensuppdrag ska ha utförts av anbudssökande eller underleverantör som anbudssökande åberopat för uppfyllande av kravet på yrkesmässig kapacitet är konkurrensbegränsande och strider mot proportionalitetsprincipen eftersom det stänger ute s.k. paraplyorganisationer. Vad som avses med en paraplyorganisation får enligt Vergentas inlaga förstås som ett bolag som utåt agerar som avtalspart mot sina kunder men som saknar egna anställda. Personella resurser är anställda i egna bolag som är associerade till paraplybolaget via samarbetsavtal.

Statens inköpscentral menar att kravet varken kan anses vara konkurrensbegränsande eller strida mot proportionalitetsprincipen. Som framgår av anbudsansökan avsnitt 3.3.7.1 har en anbudssökande som själv inte uppfyller kapacitetskraven möjlighet att åberopa andra företags kapacitet till styrkande av att kraven uppfylls. Av Vergentas anbudsansökan framgår inte att Vergenta förfogar över för uppdraget nödvändiga resurser.

Krav på yrkesmässig kapacitet syftar till att säkerställa att anbudssökanden har den erfarenhet, kompetens och kapacitet som krävs för den typ av tjänster som upphandlingen omfattar. Statens inköpscentral behöver således säkerställa att anbudssökanden uppfyller ställda krav på yrkesmässig kapacitet för managementtjänster såsom nu enligt kravet inom området ledningssystem.

Oavsett om anbudssökanden uppfyller kravet med egen anställd personal eller via underleverantör krävs, för att kravet ska vara relevant och uppfylla sitt syfte, att det tydligt framgår av anbudsansökan att den underleverantör

som anges ha utfört ett referensuppdrag till styrkande av att anbudssökanden förfogar över viss yrkesmässig kapacitet också står till bolagets förfogande för motsvarande uppdrag under avtalstiden. Något annat skulle motverka ändamålet med kravet, dvs. att bedöma om anbudssökanden har nödvändig kompetens och kapacitet för uppdraget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är, enligt 1 kap. 9 § LOU, principerna om likabehandling, ickediskriminering, öppenhet (transparens), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Det är således Vergenta som har att visa att Statens inköpscentral har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU samt att Vergenta har lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

Har Statens inköpscentral agerat i strid mot LOU när Vergentas anbud förkastats?

Vergenta har anfört att de i sin anbudsansökan bifogat intyg om att ESAM AB förfogar över de underleverantörer som är anknutna till ESAM AB.

Bland annat har Vergenta gett in intyg avseende ett par bolag vilka är anknutna till ESAM AB. Dessa underleverantörer har utfört det aktuella referensuppdraget. Vergenta anser därför att de uppfyllt krav på tillgång till erforderliga resurser och kommer under avtalstiden att förfoga över samtliga angivna underleverantörer. Statens inköpscentral har anfört att Vergenta angav en underleverantör, ESAM AB, som utförare av referensuppdrag 5. Dock saknar ESAM AB anställda. Varken av intyget eller av beskrivningen av referensuppdraget framgår att det skulle vara någon annan än ESAM AB som utfört uppdraget. Det obligatoriska kravet på yrkesmässig kapacitet uppfylls därmed inte och anbudsansökan prövades inte. – Förvaltningsrätten har med anledning av vad Vergenta anfört att pröva om anbudsansökan uppfyller kravet avseende referensuppdrag 5.

Av ansökningsinbjudan avsnitt 3.3.6 och 3.3.6.1 samt av svaren som Vergenta ställt under upphandlingen framgår att referensuppdragen ska ha utförts av anbudssökande eller underleverantör som anbudssökande åberopat för uppfyllande av kravet på yrkesmässig kapacitet. Det finns ingen skyldighet för Statens inköpscentral att kontakta anbudssökande eller referenskunden för att förtydliga eller komplettera lämnade uppgifter. Det är endast den anbudssökande eller den angivna åberopade underleverantören som varit avtalspart gentemot referenskunden som kan användas för referensuppdraget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av ansökningsinbjudan samt svaren framgår klart och tydligt att det ankommer på anbudsgivaren att visa att denne för respektive referensuppdrag förfogar över erforderlig yrkesmässig kapacitet. Eftersom Vergenta angett ESAM AB som utförare av referensuppdrag 5 och detta bolag saknar anställda samt det inte heller av anbudsansökan i övrigt gått att utläsa att något annat bolag vars kapacitet har åberopats, har ställts till detta bolag, anser förvaltningsrätten att Vergenta inte visat att de förfogar över nödvändiga resurser för det aktuella upp-

draget. Det har därför inte framkommit att Statens inköpscentral agerat i strid med likabehandlings- eller proportionalitetsprincipen.

Vad gäller om det aktuella kravet i ansökningsinbjudan begränsar konkurrensen har kravet på konkurrens mönstrats ut från lagtexten i LOU. Tanken tycks vara att konkurrensen ska uppnås genom att de rättsliga principerna om icke diskriminering iakttas i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten anser inte att kravet i ansökningsinbjudan vad gäller att referensuppdrag ska ha utförts av anbudssökande eller underleverantör som anbudssökande åberopat för uppfyllande av kravet på yrkesmässig kapacitet är konkurrensbegränsande eftersom det klart och tydligt framgår att det ankommer på anbudsgivaren att visa att denne för respektive referensuppdrag förfogar över erforderlig yrkesmässig kapacitet. Statens inköpscentral har därför inte agerat felaktigt som förkastat Vergentas anbud.

Är förfrågningsunderlaget otydligt och har Statens inköpscentral besvarat de frågor som Vergenta ställt till myndigheten?

I ansökningsinbjudan ställdes ett antal obligatoriska krav som skulle uppfyllas för att anbudssökande ska ha möjlighet att kvalificera sig som anbudsgivare. Av kraven i punkten 3.3.6.1 i anbudsansökan framgår att referensuppdragen ska ha utförts av anbudssökande eller underleverantör som anbudssökande åberopat för uppfyllande av kravet på yrkesmässig kapacitet. Av de svar som Statens inköpscentral lämnat avseende dessa krav samt av punkten 3.3.7.1 framgår att anbudssökande inte kan vara underleverantör till annan anbudssökande. Statens inköpscentral har inte underlåtit att besvara några frågor gällande detta. Det är endast den anbudssökande eller den angivna åberopade underleverantören som varit avtalspart gentemot referenskunden som kan användas för referensuppdraget. Om det är anbudssökandens organisationsnummer som varit avtalspart ska under

underleverantör anges i skrivfältet "Ange eventuell underleverantör som utfört referensuppdraget" på referensblankettens sida 1".

Förvaltningsrätten anser att det av ansökningsinbjudan samt svaren i förfrågningsunderlaget från Statens inköpscentral framgår klart och tydligt hur anbudssökanden ska visa att kraven uppfylls. Det framgår också att samtliga referensuppdrag ska ha utförts av anbudssökande eller underleverantör som anbudssökande åberopat för uppfyllande av kravet på yrkesmässig kapacitet och att det också är dessa som ska ha utfört referensuppdragen. Det framgår även vilka krav som ställs om man vill åberopa andra företags kapacitet samt förfogande av underleverantörs resurser. Krav på yrkesmässig kapacitet syftar enligt Statens inköpscentral till att säkerställa att anbudssökanden har den erfarenhet, kompetens och kapacitet som krävs för den typ av tjänster som upphandlingen omfattar. Enligt förvaltningsrättens mening har därför inte Statens inköpscentral agerat i strid med proportionalitets-, transparensprincipen eller likabehandlingsprincipen i detta avseende vad gäller förfrågningsunderlagets utformning. Grund för ingripande på denna grund finns inte. Vergentas ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV3109/1A LOU).


Eva Bäckström

Rådman

Susanna Ewerlöf har föredragit målet.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transportet och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.