

KONKURRENSVERKET	
2011-04-08	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Ekonomistyrningsverket, 202100-5026

Ombud:

Advokat Eva-Maj Mühlenbock och jur.kand. Mikael Engström
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPARTER

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

Ombud för 1 och 2:

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

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 september 2010
i mål nr 34032-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och avslår, med ändring av
förvaltningsrättens dom, Capgemini Sverige AB:s och Capgemini UK Plc:s
ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Ekonomistyrningsverket (ESV) yrkar i första hand att förvaltningsrättens dom upphävs och i andra hand att målet återförvisas till förvaltningsrätten för ny prövning.

Capgemini Sverige AB och **Capgemini UK Plc** (konsortiet) bestrider bifall till överklagandet samt yrkar att kammarrätten ska avskryva målet från vidare handläggning. Konsortiet åberopar i målet ingivet utlåtande från professor Tom Madell och jur.dr. Tobias Indén samt EU-domstolens dom den 17 mars 2011 i mål C-95/10.

ESV anför bl.a. följande till stöd för sin talan. För närvarande genomför ESV en upphandling av statligt ramavtal för E-handelstjänst. Upphandlingen sker mot bakgrund av att regeringen beslutat att statliga myndigheter senast vid utgången av 2013 ska hantera sina beställningar elektroniskt. ESV leder och samordnar detta arbete på regeringens uppdrag. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling och omfattar en helhetslösning varigenom valda leverantörer tillhandahåller e-handelstjänst och säkerställer statliga myndigheters åtkomst till densamma. I åtagandet ingår upprättande, drift och underhåll av teknisk plattform samt leverans av samtliga för tjänsten erforderliga systemkomponenter. E-handelstjänsten kommer att hantera transaktioner av stor verksamhetsmässig betydelse och stort ekonomiskt värde. Enbart inköp knutna till statlig inköpsamordning bedöms uppgå till ca 100 miljarder kr årligen.

I enlighet med 1 kap. 11 § LOU kan anbud lämnas av en grupp av leverantörer. För sådana anbud har ESV i förfrågningsunderlagets avsnitt 3.1 "Anbudsgivande leverantör" uppställt krav bl.a. på att i de fall konsortium lämnar anbud ska gruppen formalisera samarbetet inom ramen för aktiebolag eller i hemlandet motsvarande juridiska form. Ramavtal och

avropsavtal som sluts till följd av upphandlingen ska tecknas med detta aktiebolag.

Av tilldelningsbeslut framgår att ESV antagit anbud från annan anbudsgivare än Cap Gemini Sverige AB och Cap Gemini UK Plc samt att anbudet från sistnämnda bolag inte bedöms uppfylla nu nämnda krav i punkt 3.1 B om uppvisande av civilrättsligt bindande avtal mellan konsortiets parter varigenom parterna förbinder sig att solidariskt ansvara för genomförandet av åtagandet. Först och främst kan konstateras att det inlämnade anbudet är undertecknat av endast en av de påstådda konsortiedeltagarna, Capgemini Sverige AB. I anbudet finns således inte, oaktat nedan redovisade fråga om viss juridisk form för kontraktets utförande, vare sig underskrift, dokumentation, fullmakt eller motsvarande som styrker parternas ovillkorliga bundenhet till inlämnat anbud. Någon redovisning som intygar att Capgemini UK Plc deltar i upphandlingen som anbudsgivare och står bakom det av Capgemini Sverige AB undertecknade anbudet har ESV inte tagit del av. ESV har således under alla omständigheter varit förhindrat att utvärdera och anta bolagens anbud i upphandlingen.

Förvaltningsrätten har funnit att ESV inte tillräckligt utförligt har argumenterat i frågan varför kravet på viss juridisk form är proportionerligt. I affärsmässiga mellanhavanden som, liksom nu aktuell upphandling, omsluter synnerligen stora värden anses ett aktiebolag i regel utgöra en väsentligt säkrare associationsform för avtalsparterna att bedriva sina verksamheter i än t.ex. ett handelsbolag. För aktiebolag finns en omfattande reglering till skydd för borgenärer och minoritetsaktieägare samt tydliga regler om förbud mot vissa typer av lån, vilket utgör en säkerhet mot att kapital försvinner från aktiebolaget. Vidare har aktiebolag ett aktiekapital och annat bundet kapital som är skyddat av aktiebolagslagen och ska vara intakt i bolaget. Kapital som uppgår till större belopp innebär en säkerhet för bolagets borgenärer eftersom borgenärerna vid krav kan begära utmätning och få betalning ur bolagets kapital. Bolagets ställning kan också

på ett mycket enkelt och säkert sätt kontrolleras löpande av dess kontraktspart. Den upphandlande respektive den avropande myndigheten kan gentemot ett aktiebolag på väsentligt annat sätt vara förvissad om den rättsliga, ekonomiska och finansiella ställning hos den leverantör som utför tjänsten. Aktiebolag omfattas vidare av krav på revisor, bokförings- skyldighet och upprättande av årsredovisning. Aktiebolags årsredovisning är alltid offentlig och registreras hos Bolagsverket. Ett aktiebolags firma är skyddad i hela landet till skillnad från handelsbolags firma som endast åtnjuter skydd i det egna länet. Om den kontrakterade parten är ett aktiebolag kan den upphandlande myndigheten förvissa sig om att det är detta bolag och inget annat som förknippas med leveranser till den offentliga sektorn. Kravet i upphandlingen på att ett konsortium ska bilda aktiebolag är såväl lämpligt och effektivt som nödvändigt. Att låta ett handelsbolag eller andra associationsformer svara för leverans av en så pass omfattande tjänst varom nu är i fråga är förknippat med oacceptabla risker och osäkerhet och framstår därför som klart orealistiskt. Det skulle dessutom medföra orimligt betungande arbete för såväl ESV som för samtliga avropande myndigheter att behöva utreda och följa upp betalningsduglighet m.m. hos enskilda personer i olika bolag och firmor. Något mindre ingripande alternativ finns således inte. Inte heller kan den eventuella negativa effekt som kravet medför på något sätt anses överdriven jämfört med det eftersträlvade syftet. Vidare kan konstateras att det anbud som lämnats är extremt dyrt i förhållande till övriga anbud i upphandlingen.

Konsortiet vidhåller vad som har anförts i förvaltningsrätten och tillägger därutöver bl.a. följande. Med anledning av ett brev som konsortiet mottagit från ESV i mars 2011 anser konsortiet att målet bör skrivas av. I nämnda brev framgår att ESV begär att de kvarvarande anbudsgivarna förlänger giltighetstiden för sina anbud. Konsortiet har inte funnit anledning att förlänga giltighetstiden för sitt anbud inom ramen för ifrågavarande upphandling. Redan på denna grund och med hänvisning till 1 kap. 9 § LOU, uttalanden från NOU och rättspraxis kan upphandlingen inte fortgå

utan måste avslutas. ESV måste därför göra om upphandlingen. Konsortiet anför vidare bl.a. att upphandlingsdirektivet är antaget i enlighet med Fördraget om Europeiska unionen och är således förenligt med proportionalitetsprincipen i artikel 5.4 i Fördraget. Proportionalitetsbedömningen av vilka krav som ska och får ställas av en upphandlande myndighet är därmed redan gjord av unionens institutioner. Enligt 11 kap. 12 § LOU, som implementerar artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18/EG, har leverantörer en ovillkorlig rätt att åberopa andra leverantörers förmåga att fullgöra ett kontrakt. Någon undantagsregel som medger avsteg från denna rättighet finns inte. Det enda kravet som uppställs är att leverantören kan uppvisa ett åtagande från underleverantörerna i fråga eller på annat sätt visa att man kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. ESV har i punkterna 3.4, 3.6 och 3.7 i förfrågningsunderlaget i strid med ovan nämnda reglering valt att införa en striktare ordning i de fall en anbudsgivare önskar utnyttja underleverantörers kapacitet. Förfrågningsunderlaget medger endast, under förutsättning att ett konsortium bildas, att deltagande konsortiemedlemmar gemensamt får uppfylla de resurskrav som uppställs i bl.a. nämnda punkter i förfrågningsunderlaget. I detta fall har kravet inneburit att Capgemini Sverige AB och Capgemini UK Plc nödgats ge in anbud i form av ett konsortium. Om inte den aktuella begränsningen av rätten att anlita underleverantör hade funnits i förfrågningsunderlaget, hade det varit möjligt för något av bolagen att ensamt inge anbud under åberopande av det andra bolagets kapacitet i relevanta delar. Eftersom upphandlingen redan på denna grund strider mot bestämmelserna i LOU saknas skäl att pröva vad som anförts i övrigt i målet.

Beträffande kvalificeringskraven i 3.1 B förfrågningsunderlaget är dessa inte en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet som, enligt ESV, är att skapa trygghet och vissa garantier. Kravet på konsortieparterna att sinsemellan komma överens om att bilda ett gemensamt aktiebolag och ansvara för det rätta fullgörandet av det upphandlade ramavtalet är nämligen en avtalskonstruktion som inte innebär någon

avtalsmässig bindning, varken mellan det nybildade aktiebolaget och ESV eller mellan konsortiemedlemmarna och det nybildade aktiebolag som ska vara ESV:s avtalspart under avtalsperioden. Avtalet ska enligt förfrågningsunderlaget endast vara gällande mellan konsortieparterna varför ESV inte kan ställa några som helst avtalsgrundande krav på konsortiemedlemmarna. Eftersom samverkan mellan leverantörerna i detta fall lika gärna kan ske i form av t.ex. ett av Capgemini föredraget handelsbolag finns det vidare ett mindre ingripande alternativ. Alldeles oavsett vilken betydelse man tillmäter ESV:s skäl för varför aktiebolag är att föredra har ESV av okänd anledning valt att helt bortse från det enkla faktum att konsortiemedlemmarna i detta fall, om de tog formen av ett handelsbolag, skulle bestå av just aktiebolag. I frågor kring reglering, ansvar, aktiekapital och bokföringskyldighet skulle det i detta fall inte föreligga någon risk med att det är ett handelsbolag som driver verksamheten. Vidare kommer kravet på revisor i mindre aktiebolag att avskaffas från och med den 1 november 2010 varför påståendet att det föreligger ett revisorskrav i aktiebolag är direkt felaktigt. Dessutom omfattas större handelsbolag, där en eller flera juridiska personer är delägare, av en skyldighet att upprätta årsredovisning samt ett krav på revision. Från och med den 1 april 2010 har kapitalkravet i aktiebolag sänkts till 50 000 kr. Eftersom den aktuella upphandlingen enligt ESV är värd miljardbelopp är det svårt att se att ett aktiekapital om 50 000 kr skulle vara mer trygghetsskapande än en möjlighet att vid eventuellt kontraktsbrott kräva de solidariskt ansvariga delägarna i ett handelsbolag på ersättning. Risken för att handelsbolagets firma skulle kunna komma att användas i andra län får vidare betraktas som försumbar. Eftersom Capgemini uteslutits ur upphandlingen är den negativa effekten som kravet får oproportionerlig och överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

För det fall kammarrätten skulle finna att kvalificeringskraven i punkten 3.1. B i förfrågningsunderlaget inte strider mot LOU har konsortiet genom ingivet Heads of Agreement ändå uppfyllt nämnda kvalificeringskrav. Genom avtalet har konsortiet både klargjort att man avser att etablera ett

aktiebolag eller motsvarande bolag som ska teckna det aktuella kontraktet med ESV och klargjort att konsortiemedlemmarna också genom aktiebolaget avser att utföra uppdraget med utnyttjande av varandras resurser.

I det av konsortiet ingivna utlåtandet av Tom Madell och Tobias Indén anføres bl.a. följande. Det saknas stöd för att, som förvaltningsrätten gjort, göra en proportionalitetsbedömning av leverantörs ovillkorliga rätt att enligt 11 kap. 12 § LOU hänvisa till andra företags kapacitet. Det som kan bli föremål för en proportionalitetsbedömning är vilken typ av dokumentation som kan krävas för att det ska anses visat att leverantören har tillgång till den aktuella kapaciteten.

ESV gemälar bl.a. följande. Redan i den inledande texten i förfrågningsunderlaget punkt 3 med rubriken "Krav på Leverantör" framgår att leverantörer har möjlighet att anlita underleverantörer för utförande av uppgifter som ingår i åtagandet enligt förfrågningsunderlaget. De kvalificeringskrav som därefter följer i avsnittet innebär ingen otillåten begränsning av nu nämnda möjlighet. Vad avser kvalificeringskravet i punkten 3.7, "Personella resurser", anges uttryckligen att kravet i fråga uppfylls genom såväl egna som eventuella underleverantörers resurser. Bolagen har således inte varit förhindrade att åberopa varandras kapacitet för att uppfylla detta krav. Eftersom bolagen, enligt egen utsago i förvaltningsrätten, tillsammans har uppfyllt kraven i punkten 3.4 och punkten 3.7 har de varit oförhindrade att lämna in anbud. Någon skada av den påstådda överträdelsen har således inte uppstått och bolagens talan kan redan av detta skäl inte vinna bifall. Vad avser kravet i punkten 3.6 har inte framkommit annat än att båda bolagen på egen hand uppfyller kravet och någon skada har därför inte heller i denna del påvisats.

Konsortiets resonemang i förhållande till bestämmelserna i 11 kap. 12 § LOU bygger vidare på en felaktig föreställning om upphandlingsrättens systematik. Proportionalitetsprincipen är en grundläggande unionsrättslig

princip som framgår direkt av artikel 5.4 i fördraget. Den är därför tillämplig på varje åtgärd som omfattas av EU-rätten och kan inte, då den är normhierarkiskt överordnad både artikel 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18/EG och 11 kap. 12 § LOU, inskränkas av nämnda bestämmelser. ESV vill understryka att den risk och potentiella skada som är förenad med att nu aktuellt uppdrag utförs på ett undermåligt sätt. En anbudsgivare som helt saknar erfarenhet från det relevanta tjänsteområdet riskerar att äventyra den upphandlade verksamheten på sätt som kan få genomgripande och kostsamma konsekvenser för det mycket stora antal statliga myndigheter som ska avropa från ramavtalet. I förhållande till upphandlingens omfattning, tekniska beskaffenhet och ekonomiska värde måste kravet i punkten 3.4 på att anbudsgivaren ska ha haft ett avtals- och samordningsförhållande med kund under minst tre månader och under denna tid kan ha låtit tjänsterna utföras av underleverantör, anses som ett mycket lågt ställt krav. Konsortiet anför att de fördelar aktiebolagsformen kan ha beträffande bl.a. borgenärsskydd, utredningsbörd och ansvarsutkrävande likaväl infrias för det fall bolagen i konsortiet skulle bilda handelsbolag. Denna invändning är emellertid egenomlig. Även om två aktiebolag bildar handelsbolag skulle reglerings- och ansvarsfrågor m.m. fortfarande styras av från aktiebolagslagen skilda regelverk. Upphandlingens samtliga avropande myndigheter skulle alltså vara kontraktsparter till en annan juridisk person än aktiebolag. Det faktum att konsortiebolagen, i egenskap av aktiebolag, skulle uppträda som delägare i ett handelsbolag är inte på något sätt avgörande för huruvida kravets positiva effekt för upphandlingen som helhet överväger dess negativa effekt. Såsom fallet är vid prövning huruvida en överträdelse ska anses ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet, ska vid prövning av en åtgärds proportionalitet på motsvarande sätt hänsyn tas till påverkan på samtliga faktiska och potentiella leverantörer i en upphandling. Det kan nämligen inte antas att samtliga anbudsgivande handelsbolag i upphandlingen skulle vara av konsortiets hypotetiska slag. Det är utifrån det sistnämnda som ESV har att utforma sin kravställning respektive att kammarrätten att genomföra sin proportionalitetsbedömning. De

förändringar av reglerna om revision och kapital som skedde i april respektive november 2010 har av ofrånkomliga skäl inte tagits hänsyn till vid förfrågningsunderlagets annonsering i november 2009.

Vidare synes konsortiet göra gällande att kravet på dokumentation eller liknande som en leverantör ska frambringa för att visa att denne råder över annans kapacitet för genomförandet av ett visst kontrakt är oproportionerligt. Bolagen har emellertid inte lämnat anbud på detta sätt. Trots att förfrågningsunderlaget medgivit för bolagen att lämna anbud varigenom åberopande sker av annans kapacitet, har bolagen valt att lämna anbud som konsortium. Detta innebär att de juridiska personerna i konsortiet lämnar ett gemensamt anbud för ett gemensamt åtagande. ESV ställer sig frågande till hur ett krav på att anbudet ska vara juridiskt bindande skulle kunna betraktas som oproportionerligt. Även för det fall bolagen skulle ha lämnat anbud på annat sätt än genom konsortium kan den i målet aktuella avsiktsförklaringen bolagen emellan inte tjäna som tillräckligt intyg för åberopande av varandras kapacitet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Processramen i kammarrätten

Den av ESV anförda invändningen mot konsortiet om att anbudet inte är undertecknat av företrädare för Capgemini UK plc, har framförts först under domstolsprövningen och föranleder inte någon prövning.

Krav i förfrågningsunderlaget

ESV har i p. 3.1 B i förfrågningsunderlaget under rubriken "Leverantören är ett konsortium" angett bl.a. följande;

"Anbud kan enligt bestämmelserna i 1 kapitlet 11 § LOU lämnas av en grupp juridiska personer som avser att genomföra uppdraget inom ramen för en gemensam organisation. Om anbud från sådan grupp ska kunna antas i denna upphandling, ska gruppen formalisera samarbetet inom ramen för ett aktiebolag eller i hemlandet motsvarande juridiska form.

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

Enligt 1 kap. 11 § LOU har grupper av leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud och att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten får inte ställa upp villkor om att sådana grupper ska ha en bestämd juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten får dock begära att en grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

Förvaltningsrätten har ansett att bestämmelsen i 1 kap. 11 § LOU ger stöd för att kräva att en grupp av leverantörer antar en viss juridisk form vid fullgörandet av kontraktet, men att ett sådant krav kan bli föremål för en proportionalitetsbedömning. Vidare har förvaltningsrätten ansett att det av konsortiet ingivna ”Heads of agreement” inte uppfyller det krav på bolagsform och bolagsbildning som ESV uppställt i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten fann dock att vad ESV anfört rörande denna fråga inte gav tillräckligt underlag för att konstatera att kravet var proportionerligt och fastslog därför att det förekommit en överträdelse av LOU.

När det gäller det uppställda kravet på bildande av aktiebolag kan konstateras att konsortiet vid lämnandet av anbud gett in ett ”Heads of agreement” som beskriver parternas (Capgemini AB och Capgemini UK plc) överenskommelse när det gäller upprättandet av en gemensam juridisk person och utfästelser knutna till fullgörande av åtagande som innefattas i e-handelstjänst. Villkoren i dokumentet utgör en förbindelse för parterna att verka för att man tecknar avtal om samverkan i ett framtida åtagande, som blir följderna om ESV antar anbudet. Kammarrätten finner att avtalet är att se som en avsiktsförklaring och anser därför

i likhet med förvaltningsrätten att "Heads of agreement" inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven på bolagsform och på bindande avtal om bildande av bolag. Med hänsyn till att konsortiet inte kan anses ha uppfyllt det av ESV uppställda kravet, måste bedömas huruvida kravet är förenligt med bestämmelserna i LOU.

Kammarrätten gör i denna del följande bedömning. Syftet med bestämmelsen i 1 kap. 11 § LOU är bl.a. att säkerställa att konkurrensen fullt ut ska kunna utnyttjas genom att grupper av leverantörer kan ansöka om att få lämna anbud och få lämna anbud. Om så inte vore fallet skulle i många fall konkurrensen på ett avgörande sätt äventyras eftersom små och medelstora företag inte skulle ha möjlighet att lämna anbud. Den upphandlade myndigheten har dock enligt nämnda bestämmelse rätt att under vissa omständigheter begära att en grupp av leverantörer ska anta viss juridisk form när den tilldelats kontrakt. Denna rätt är emellertid villkorad av att det *krävs* en viss juridisk person för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt. Härmed förstås att den upphandlande myndighetens krav ska vara proportionellt, vilket innebär att den inte ska ställa andra eller högre krav på leverantörerna än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven. En generell effekt av proportionalitetsprincipen är att krav ska anpassas efter sina syften. Om det finns ett annat och mindre ingripande sätt att uppnå syftet med kravet, ska detta mindre ingripande sätt användas. Den upphandlande myndigheten har dock, enligt kammarrättens mening, alldeles klart ett utrymme inom vilken den kan agera i förhållande till proportionalitetsprincipen.

Bakgrunden till nu aktuell upphandling är att ESV erhållit regeringens uppdrag att leda och samordna arbetet med att få statliga myndigheter att senast vid utgången av år 2013 hantera såväl kund- och leverantörsfakturor som beställningar elektroniskt. ESV har med anledning av detta bjudit in till en statlig ramavtalsupphandling avseende e-handelstjänst. Upphandlingen omfattar en helhetslösning, varigenom valda leverantörer

ska tillhandahålla e-handelstjänst och säkerställa statliga myndigheters åtkomst till densamma. I åtagandet ingår upprättande, drift och underhåll av teknisk plattform samt leverans av samtliga systemkomponenter som krävs för denna tjänst. Ramavtalet upphandlas för samtliga statliga myndigheter liksom ett stort antal statliga organisationer. Enligt förfrågningsunderlaget finns ca 240 statliga myndigheter i den statliga redovisningsorganisationen och myndigheterna har ca 240 000 personer anställda. ESV har obestritt uppgett att upphandlad e-handelstjänst kommer att hantera transaktioner av stor verksamhetsmässig betydelse och med stort ekonomiskt värde. Enbart inköp knutna till statlig inköpsordning bedöms enligt ESV uppgå till ca 100 miljarder kronor årligen.

Det står enligt kammarrättens mening klart att upphandlingen i fråga, som berör hela den statliga sektorn, är komplex och uppgår till betydande ekonomiska värden. Med hänsyn härtill finner kammarrätten att det får anses i linje med proportionalitetsprincipen att ESV som upphandlande myndighet i en upphandling av detta slag får anses ha stort utrymme för att ställa krav på leverantörerna så länge de allmänna principerna inom EU-rätten och bestämmelserna i LOU inte överträds. Kammarrätten anser att vad ESV anfört och vad som i övrigt framkommit i målet om krav på viss bolagsform och bolagsbildning med hänsyn till upphandlingens komplexitet och höga värde, inte är mer långtgående än vad som är nödvändigt i förhållande till det som ska upphandlas. Med beaktande av de negativa konsekvenser som eventuella brister i tillhandahållandet av tjänsten skulle kunna få för de avropande myndigheterna får kravet snarare anses naturligt. Inte heller kan någon mindre ingripande åtgärd komma i fråga för att tillgodose de höga krav på kvalitet, stabilitet och säkerhet i tillhandahållandet av tjänsten som rimligtvis måste ställas på leverantörerna i en så pass omfattande och komplex upphandling som denna. Kammarrätten anser därför att kraven i punkten 3.1 B i sin helhet är proportionerliga. Det som konsortiet har anfört i denna del om bl.a.

förändringar i aktiebolagslagen medför ingen annan bedömning.

Konsortiet har beträffande kravet i punkt 3.1 B i förfrågningsunderlaget anfört att endast under förutsättning att konsortium bildas medges deltagande konsortiemedlemmar gemensamt få uppfylla de resurskrav som uppställts i punkterna 3.4 – 3.9. Således är det enligt konsortiet enbart om ett konsortium bildas tillräckligt att en av konsortiemedlemmarna uppfyller visst kvalificeringskrav. Det kan enligt konsortiet konstateras att Capgemini, genom att vara förhindrat att inge anbud med åberopande av annat företags kapacitet, för deltagandet i upphandlingen varit tvingat att bilda ett konsortium. Om denna begränsning av att anlita underentreprenörer inte hade funnits, hade det varit möjligt för endera av bolagen att själv ge in anbud och åberopa det andra bolagets kapacitet i relevanta delar.

Kammarrätten gör i denna del följande bedömning. Vad gäller möjligheten att åberopa underentreprenörers kapacitet framgår av förfrågningsunderlaget p. 3 att leverantör har möjlighet att anlita underleverantör för utförande av uppgifter som ingår i åtagandet enligt förfrågningsunderlaget. I de fall leverantören är ett konsortium ska beträffande de i målet aktuella kraven i p. 3.4 – 3.9 uppfyllas i sin helhet av minst en av de juridiska personerna. Beträffande kravet i p. 3.4 om ”Leverantörs erfarenhet av e-handelstjänster” anges att leverantören ska ha viss minsta erfarenhet av tidigare uppdrag och som svar på fråga från leverantör har ESV angett att en leverantör i denna del inte kan tillgodoräkna sig underleverantörs erfarenhet. Kammarrätten instämmer i denna del i förvaltningsrättens bedömning dels i fråga om att kravet får prövas i förhållande till de principer som anges i 1 kap. 9 § LOU, dels att det som framkommit i målet ger stöd för bedömningen att det uppställda kravet är förenligt med dessa principer. Beträffande kravet i punkt 3.6 avseende ”Leverantörens resursbas” har konsortiet inte visat på vilket sätt kravet i punkten inneburit skada för bolagen i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU. När det gäller punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

”För genomförande av de åtaganden som framgår av ramavtal och Avropsavtal ska Leverantören tillhandahålla minst följande personella resurser.

Personella resurser, vilka kan tillhandahållas genom egna resurser och av eventuella Underleverantörer, ska utöver de krav som anges i punkt 3.5 och 3.8 ha de kunskaper och erfarenheter som krävs för att tillhandahålla för Myndighet väl fungerande E-handelstjänst enligt de förutsättningar och villkor som anges i detta förfrågningsunderlag. (...)

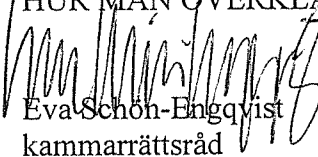
Leverantören ska tillhandahålla de personella resurser som krävs för att samtidigt kunna genomföra minst tre uppdrag avseende leverans av E-handelstjänsten.”

Konsortiet har anfört att kravet i punkten 3.7 begränsar leverantörens rätt att åberopa underleverantörers kapacitet. Denna tolkning av nämnda krav kan emellertid inte anses rimlig. Kammarrätten anser tvärtom att innehållet i punkten 3.7 på ett tydligt och förutsebart sätt klargör att leverantören har möjlighet att åberopa underleverantörers kapacitet i fråga om personella resurser.


Sammanfattningsvis anser kammarrätten således att ESV inte har brutit mot grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag genom de i 3.1 B uppställda kraven eller i övrigt på någon av de anförda grunderna. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU och förvaltningsrättens dom ska således upphävas.

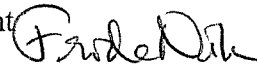
Vid denna utgång föranleder konsortiets yrkande om avskrivning av målet inte någon kammarrättens åtgärd.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Eva Schön-Engqvist
kammarrättsråd
ordförande


Anders Jonsson
kammarrättsråd


Maria Ringvall
kammarrättsråd
referent


Frida Niklasson
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-09-30
Meddelad i
Stockholm

Bilaga A

Sida 1 (18)

Mål nr
34032-10
Enhet 14

SÖKANDE

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

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

MOTPART

Ekonomistyrningsverket, 202100-5026
Box 45316
104 30 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 46640

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

BAKGRUND

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

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

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

YRKANDEN M.M.

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

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

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

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

UTVECKLING AV TALAN

Konsortiet anför bl.a. följande.

Utnyttjande av annans kapacitet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Konsortiesamverkan

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

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

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

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

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

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

Skall-krav

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

ESV anför bl.a. följande.

Utnyttjande av annans kapacitet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Konsortiesamverkan

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

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

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

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

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

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

Skall-krav

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

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

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

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

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

16 kap. 2 § första stycket LOU har – i tillämplig lydelse – följande lydelse. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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

Ekonomisk och finansiell ställning

[...]

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

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

Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet

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

Handlingarna i målet

Av förfrågningsunderlaget kan bl.a. följande utläsas

3.1 B Leverantören är ett konsortium

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

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

3.4. Leverantörs erfarenhet av e-handelstjänster

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

- produktkataloger
- ordrar
- fakturahantering och
- elektronisk fakturahantering

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

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Utnyttjande av annans kapacitet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Skall-krav

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

Konsortiesamverkan

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

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

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

Ingripande enligt LOU

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

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


Ulrika Melin

Rådman

Föredragande har varit Mathias L. Jansson

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

