



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-01-10
Meddelad i
Stockholm

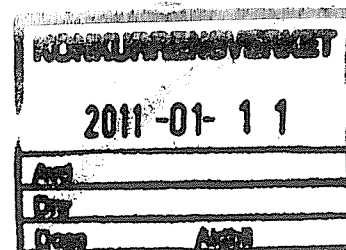
Mål nr
42574-10
Enhet 13

SÖKANDE

KPMG AB, 556043-4465
Box 16106
103 23 Stockholm

MOTPART

Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår KPMG AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 15 oktober 2010 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 74626

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kammarkollegiet genomför en selektiv ramavtalsupphandling av managementkonsulttjänster där inlämnandet av en anbudsansökan är upphandlingens första steg och inlämnandet av anbud dess andra steg. Upphandlingen har delats in i tre olika anbudsområden A, B och C. Tilldelningsbeslut fattades den 5 oktober 2010 och distribuerades till samtliga ansökande leverantörer samma dag. KPMG AB (KPMG) har lämnat in anbudsansökan om deltagande i anbudsgivning avseende anbudsområde A, Verksamhets- och organisationsutveckling. Kammarkollegiet har uteslutit KPMG från vidare anbudsgivning.

KPMG ansöker om överprövning enligt LOU. KPMG yrkar i första hand att rättelse ska ske på så sätt att bolaget inbjuds till anbudsgivning. I andra hand yrkar KPMG att upphandlingen ska göras om i sin helhet, i vart fall gällande anbudsområde A.

Kammarkollegiet bestrider bifall till KPMG:s ansökan.

Förvaltningsrätten har den 15 oktober 2010 förordnat att upphandlingen avseende anbudsområde A inte får avslutas innan rätten beslutar annat.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

KPMG har till stöd för sin talan anfört bl.a. följande. KPMG har noggrant utformat och lämnat anbud på de tjänster som efterfrågats. Kammarkollegiet har förkastat bolagets anbud på felaktiga grunder när de skriver att KPMG inte besvarat frågorna korrekt. Kammarkollegiet har inte kunnat utläsa av anbudet att de tjänster som efterfrågats har erbjudits i upphandlingen. Som KPMG uppfattar det är det område 3 (ekonomistyrning) och 4 (Human Resources) som bolaget inte anses uppfyllt. Detta är en felaktig

tolkning av KPMG:s anbud. Referens 1, 3 och 6 ska kunna kvalificera sig för område 3 och referens 2 och 5 (sista styckena) för område 4.

Bolaget har erbjudit rätt tjänster, men har använt andra begrepp än vad Kammarkollegiet anger som tjänstebenenämningar. I bilaga 2 punkten 2 står det att ”tjänsterna som beskrivs under respektive tjänsteområde är tjänster som omfattas av upphandlingen och ligger som underlag för anbudsansökans utformning. Tjänsteområdena och de tillhörande tjänsterna kan ha andra/flera benämningar än vad som framgår nedan.” KPMG har inte kunnat tolka detta på annat sätt än att alternativa benämningar varit tillåtna. Eftersom många av benämningarna har alternativa namn i branschen, har KPMG tolkat det som att dessa varit tillåtna att använda parallellt med Kammarkollegiets egna. Punkten 4.1.1.3 måste tolkas i ljuset av den formuleringen, nämligen att benämningarna under punkten 2.1 ska användas, men att alternativa benämningar med samma innebörd är tillåtna. EG-domstolen poängterade i mål C-19/OO SIAC Construction att ett visst kriterium är förenligt med principen om transparens så länge det har angivits i meddelandet eller i kontraktshandlingarna och att det är så utformat att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriteriet på samma sätt.

EG-domstolen har vidare i mål C-448/01 Wienstorm uttalat att principen om insyn (transparens) kan anses ha åsidosatts om det är svårt eller omöjligt för anbudsgivare att förstå den exakta innebörden av ett visst kriterium. Det har visserligen inte varit svårt för KPMG att förstå vad Kammarkollegiet avsåg i praktiken. Däremot har det varit svårt att utläsa att Kammarkollegiet var ute efter exakta formuleringar. Detta framgick inte och KPMG anser sig således ha lämnat fullgott anbud på de efterfrågade tjänsterna. Eftersom Kammarkollegiet uppenbarligen självt inte förstått anbudets innebörd och på grund av den frihet att kunna formulera tjänsterna, som förfrågningsunderlaget gett anbudsgivarna, kan denna brist på transpa-

rens inte läggas anbudsgivaren till last. Kammarkollegiet borde i vart fall ha bett om ett förtydligande, när förfrågningsunderlaget ger utrymme att beskriva tjänsterna med andra begrepp än de av Kammarkollegiet föreslagna.

Bland de frågor & svar, som föregått anbudsansökans inlämnande, är det endast fråga 43 och delvis fråga 29 som uttryckligen anger att benämningarna för respektive anbudsområde ska användas. Kammarkollegiet har infört nya krav i en upphandling genom frågor och svar. Har en upphandlande myndighet språkligt uttryckt en möjlighet att använda synonym terminologi, även om det inte var meningen, bör man inte kunna utesluta ett bolag enbart på den grunden att man i frågor och svar i efterhand inför eller förtydligar att man velat ha en sådan begränsning. I vart fall måste ett sådant förfarande anses brista i transparens i den mening som avses i 1 kap. 9 § LOU.

KPMG har noggrant utformat och lämnat anbud på de tjänster som efterfrågats. Kammarkollegiet kan därför inte förkasta bolagets anbud enbart på språklig och terminologisk grund, när det framgår att de aktuella tjänsterna erbjuds. Kammarkollegiet borde ha utformat förfrågningsunderlagen tydligt. Det stora antalet frågor, 98 stycken i upphandlingen, indikerar att underlaget inte är helt tydligt för alla. Oklarheter i förfrågningsunderlaget måste i enlighet med principen om transparens tolkas till anbudsgivarens fördel.

Under de krav som ställs på Ekonomistyrning anger Kammarkollegiet:
- "Modeller för fördelning av ekonomiska resurser inom myndigheter".
KPMG har i referens nr. 1 angett dels "stöd vid etablering av nya ekonomiska administrativa processer i ny systemlösning" och dels "stöd vid införandet av ny ekonomistyrningsmodell". Detta stämmer med angiven strecksats. Ekonomistyrningsmodeller är också per definition modeller för fördelning av ekonomiska resurser. I referens nr 1 finns också angivet: "ett

nytt resurs- och ekonomiledningssystem”. Detta stämmer också med angivna strecksats.

- “Översyn/utveckling av myndigheters rutiner för intern kontroll”.

Det är precis detta som anges i referens 3. COSO5 internationella ramverk är ramverket för intern kontroll (Internal Control-Integrated Framework) som används av Riksrevisionen och som gäller för de ca 60 största myndigheterna i Sverige samt det som ska användas enligt förordning och allmänna råd från ESV (se exempelvis ESV:s “Handledning – Intern styrning och kontroll”). Institute of Internal Auditors Swden/Internrevisorernas Förening har som nr. 1 i sin skriftserie “Intern styrning och kontroll – sammanhållet ramverk” angett såväl definition som innehåll i begreppet som stämmer exakt med vad KPMG anger i referens nr 3. KPMG har dessutom specificerat vad som gjorts vid genomgången av intern kontroll med dess delmoment för Kontrollmiljö, Riskbedömning, Kontrollåtgärder, Uppföljning respektive Information/kommunikation. Referensen uppfyller således mer än väl efterfrågad tjänst. Det måste föreligga en missuppfattning från Kammarkollegiets sida om hur intern kontroll definieras i gällande statliga förordningar och allmänna råd samt vad intern kontroll innebär. I referens nr 2 anges att “processkartläggning” (jämför kravet på rutiner för intern kontroll) skett i ett antal workshops som mynnade ut i förslag till förbättringsområden för intern styrning/kontroll. Kammarkollegiets uttalande om att det inte har kännedom om huruvida bolaget kan erbjuda de aktuella tjänsterna stämmer således inte.

KPMG har lidit eller riskerar att lida skada i den mening som avses i LOU, då bolaget har uteslutits ur den vidare utvärderingen av anbudet.

Kammarkollegiet har till stöd för sin inställning anfört bl.a. följande.

Kammarkollegiet har inte brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Upphandlingen sker i enlighet med de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, öm-

sesidigt erkännande och proportionalitet. Någon grund för att upphandlingen ska göras om föreligger därför inte.

Det framgår av ansökningsinbudans bilaga 2 punkten 2 att tjänsterna som beskrivs under respektive tjänsteområde är tjänster som omfattas av upphandlingen och "ligger som underlag för anbudsansökans utformning". Tjänsterna som åsyftas finns återgivna i bilaga 2 punkten 2.1. Utöver denna tydliga formulering finns ett skall-krav i bilaga 2 punkten 4.1.1.3 där det framgår att de benämningar på de olika tjänsterna som återfinns i punkten 2.1 skall användas i uppdragsbeskrivningarna.

I de frågor & svar, som föregått anbudsansökans inlämnande och som också är en del av ansökningsinjudan, har frågan om tjänsternas benämningar och dess tillämpning adresserats ett flertal gånger. Som exempel på ett svar som avgivits av Kammarkollegiet är frågor & svar nr 43, där det framgår att anbudssökande inte kan "lägga till egna benämningar i något av anbudsområdena. De benämningar som står under p. 2.1 för respektive anbudsområde ska användas." Även övriga frågor och svar har berört användningen av de olika tjänsterna i punkten 2.1 i bilaga 2 och tydliggjort användningen av dessa. Att Kammarkollegiet i samtliga av de anförda frågorna inte uttryckligen har angett att andra benämningar inte ska användas betyder inte att andra benämningar får användas, utan endast att detta inte varit det direkta föremålet för förfrågan.

Att det inkommit 98 frågor på Injudan är inte anmärkningsvärt utan antalet ligger i linje med Kammarkollegiets erfarenhet av antalet frågor i andra konsulttjänstupphandlingar. Antalet frågor beror vanligtvis på antalet intresserade leverantörer, om ramavtalsområdet är etablerat eller nytt, om upphandlingen delats upp i flera anbudsområden osv. Intresset för upphandlingen har varit mycket stort, utöver de 101 ansökningar som inkom har även flera andra leverantörer ställt frågor.

Kammarkollegiet har inte infört nya krav i upphandlingen genom de frågor och svar som föregått inlämningen av anbudsansökan. Det aktuella kravet framgår uttryckligen i kravet 4.1.1.3 i bilaga 2 till Inbjudan samt i övriga krav/punkter som tidigare åberopats. I ett tidigare avdömt mål gällande samma frågeställning har en strikt tolkning av motsvarande skall-krav i upphandlingens anbudsområde C godkänts av förvaltningsrätten (mål nr 28502-10). Förvaltningsrätten ansåg inte att leverantören i fråga hade uppfyllt skall-kravet hänförligt till användandet av tjänstebenämninga, då leverantören inte använt tjänstebenämningen i sin exakta lydelse.

Kammarkollegiet har inte vilselett KPMG att använda egna ord för att beskriva tjänsten genom formuleringen i bilaga 2 punkten 2 "att tjänsteområdena och de tillhörande tjänsterna kan ha andra/fler benämningar än vad som framgår av punkten 2.1 i samma bilaga". Denna mening kan inte tas ur sitt sammanhang på det sätt som KPMG har gjort. Denna utgör allmän information i upphandlingen som tydliggör att Kammarkollegiet är medvetet om att andra benämningar finns och används utanför den aktuella upphandlingen. Kammarkollegiet har svårt att förstå varför KPMG har utformat hela sin ansökan med denna mening som grund när en annan mening i samma informationsstycke är fetmarkerad och anger att tjänstebenämningarna i p. 2.1 bilaga 2 ligger som underlag för anbudsansökans utformning och när det finns ett skall-krav som uttryckligen anger att angivna tjänstebenämningarna ska användas.

KPMG anför att skälet för att Kammarkollegiet uteslutit KPMG inte är att bolaget inte erbjuder de aktuella tjänsterna, utan att Kammarkollegiet inte anser sig kunna utläsa att dessa tjänster har erbjudits i upphandlingen på grund av terminologin. Kammarkollegiet vill framhålla att skälet för att diskvalificera KPMG vidare till anbudsgivning är det skäl som angetts i utvärderingsrapporten för anbudsområde A. Kammarkollegiet kan inte utläsa ur KPMG:s uppdragsbeskrivningar att efterfrågade tjänster inom anbudsområde A har utförts av den anbudssökande. Kammarkollegiet har

således ingen kännedom om huruvida bolaget kan erbjuda de aktuella tjänsterna som omfattas av anbudsområde A.

KPMG hänvisar till referensuppdrag nr 1 som bevis för att de uppfyllt tjänsten inom tjänsteområde 3 "modeller för fördelning av ekonomiska resurser inom myndigheten" genom att i referensuppdraget angivit "stöd vid etablering av nya ekonomiska administrativa processer i ny systemlösning" och "stöd vid införandet av ny ekonomistyrningsmodell". Kammarkollegiet kan inte göra en sådan tolkning som KPMG vill göra gällande. Det skulle strida mot 1 kap. 9 § LOU och likabehandlingsprincipen att göra sådana avsteg från ansökningsinbudans skall-krav 4.1.1.3, bilaga 2. Detta skall-krav har utformats för kontroll av tjänsterna så att inga skönsmässiga tolkningar och bedömningar, likt den som KPMG vill göra gällande, ska göras i upphandlingen.

KMPG hänvisar till referensuppdrag nr 3 som bevis för att de uppfyllt tjänsten "översyn/utveckling av myndigheters rutiner för intern kontroll" inom tjänsteområde 3. KPMG menar att referensuppdraget mer än väl uppfyller efterfrågad tjänst och att det förelegat en missuppfattning från Kammarkollegiets sida om hur intern kontroll definieras. Kammarkollegiet vill med hänvisning till KPMG:s påstådda missuppfattning anföra att det är precis sådana tolkningsutrymmen som Kammarkollegiet har velat utesluta i upphandlingen genom att ställa skall-krav på att Kammarkollegiets tjänstebestämmelser ska användas i referensuppdragen och ligga till grund för anbudsansökans utformning.

En komplettering avseende anbudsansökan som KPMG hänvisar till är inte möjlig att göra enligt LOU utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Kammarkollegiet har behandlat samtliga anbudssökanden lika, varför KPMG inte har gått vidare till anbudsgivning.

DOMSKÄL

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

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

KPMG har gjort gällande att bolaget har uppfyllt skall-kravet avseende tjänstebestämmelser i ansökningsinbjudan, trots att KPMG har använt alternativa tjänstebestämmelser i beskrivning av sina referensuppdrag, vilket enligt KPMG var tillåtet i ansökningsinbjudan. KPMG har vidare gjort gällande att Kammarkollegiet har brutit mot principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU genom att brista i tydlig formulering av skall-kravet avseende tjänstebestämmelser. Kammarkollegiet har därför felaktigt diskvalificerat bolagets anbudsansökan på den grunden att bolaget inte använt tjänstebestämmelserna i p. 2.1 i bilaga 2 och därigenom inte uppfyllt alla i ansökningsinbjudan uppställda skall-krav.

Den fråga som förvaltningsrätten först ska ta ställning till är om ansökningsinbjudan, bilaga 2, är tillräckligt transparent i den del den avser skall-kravet på användandet av tjänstebestämmelser som uppräknas i p. 2.1. Finns förvaltningsrätten att så är fallet har förvaltningsrätten därefter att pröva huruvida KPMG har uppfyllt det aktuella skall-kravet.

I p. 2 i Ansökningsinbjudan, bilaga 2, anges följande:

Nedan beskrivs tjänsteområdena 1-4 som omfattas av anbudsområde A. Tjänsterna som beskrivs under respektive tjänsteområde är tjänster som omfattas av upphandlingen och ligger som underlag för anbudsansökans

utformning. Tjänsteområdena och de tillhörande tjänsterna kan ha andra/flera benämningar än vad som framgår nedan. Tjänstelistan har framtagits genom kontakter med olika myndigheter och har som syfte att ange vad ramavtalet inom området kommer att avse.

I p. 2.1 "Tjänster" uppräknas relevanta tjänster inom respektive tjänsteområde.

I p. 4.1.1.3. "Benämning i referensuppdragen" i Ansökningsinbjudan, bilaga 2, anges följande:

*För att kraven ovan ska kunna kontrolleras **skall** de benämningar på de olika tjänsterna som återfinns i punkten 2.1 ovan användas i uppdragsbeskrivningarna.*

I p. 5 "Prövning av anbudssökande och urval" anges följande:

Som ett första steg prövas anbudssökande mot kvalificeringskraven, vilket innebär att ansökan prövas mot samtliga skall-krav. Anbudssökande som inte uppfyller samtliga skall-krav utesluts.

Förvaltningsrätten anser att skall-kravet i p. 4.1.1.3 är tillräckligt klart och tydligt formulerat och innebär att anbudssökande i sina uppdragsbeskrivningar endast ska använda de i p. 2.1 uppräknade tjänstebenämningarna. Att det är detta som avses i Ansökningsinbjudan framgår även av själva formuleringen av skall-kravet genom att skall-kravets syfte uttryckligen anges, nämligen att möjliggöra kontroll av kvalificeringskrav på efterfrågade tjänster. Utformningen av skall-kravet ger således inte stöd för tolkningen att även alternativa benämningar är tillåtna i uppdragsbeskrivningar så som KPMG gjort gällande. Förvaltningsrätten anser vidare att det faktum att KPMG inte ställt några frågor till Kammarkollegiet beträffande detta skall-krav, trots att en sådan möjlighet erbjudits alla anbudssökande, och att det av 98 frågor, som inkommit till Kammarkollegiet före anbuds-

givning, enbart varit två frågor som har gällt det aktuella skall-kravet innebär att det inte har varit svårt eller omöjligt för anbudssökandena att förstå det ifrågasatt skall-kravets exakta innebörd (jfr mål C-19/00 SIAC Construction, punkt 41 och 42 samt mål C-448/01 EVN och Wienstorm, punkt 58). Någon skyldighet för upphandlingsmyndigheten att begära förtydligande eller komplettering från leverantörer avseende deras anbud föreligger inte enligt LOU.

Frågan blir därefter om KPMG visat att aktuella skall-kravet har uppfyllts. Då det är ostridigt i målet att KPMG använt andra begrepp än vad Kammarkollegiet angett som tjänstebestämmelser, har KPMG inte uppfyllt skall-kravet på användandet av tjänstebestämmelser som uppräknas i p. 2.1. KPMG har således inte förmått visa att samtliga skall-krav uppfyllts.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det i målet inte visat att Kammarkollegiet brutit mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna eller bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten finner följaktligen att skäl för ingripande enligt LOU inte kan anses föreligga på de av KPMG anförda grunderna. Bolagets ansökan ska därför avslås och det interimistiska beslutet upphävas.

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



Anna Lönnestav

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Maria Carnestedt.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.