



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-05-15
 Meddelad i
 Stockholm

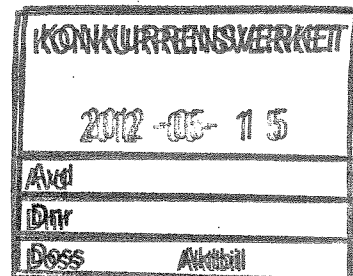
Mål nr
 6878-12
 Enhet 13

SÖKANDE

CMA Research AB, 556525-4256
 Ågatan 31
 582 22 Linköping

MOTPART

Konkurrensverket
 103 85 Stockholm

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår CMA Research AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 238812

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegelhuddsvägen 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

Konkurrensverket genomför en upphandling av ramavtal för enkätundersökning och intervjuer, dnr 693/2011. I tilldelningsbeslut den 20 mars 2012 beslutade Konkurrensverket att som ramavtalsleverantörer anta Sweco Eurofutures AB, Markör Marknad och Kommunikation AB samt Epinion A/S inför förnyad konkurrensutsättning för varje enskilt uppdrag. En av de anbudsgivare vars anbud inte antogs var CMA Research AB (CMA).

CMA ansöker om överprövning och yrkar i första hand att Konkurrensverket upphandlingen ska rättas så att CMA ges möjlighet att förtydliga att deras referenser uppfyller upphandlingens skall-krav. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Konkurrensverket bestrider ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

CMA anför till stöd för sina yrkanden bl.a. följande. Konkurrensverket har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att låta några anbudsgivare förtydliga eller komplettera sina anbud medan CMA inte fått göra det. Två av anbudena hade brister avseende angivande av tidpunkt för genomförande av referensuppdrag och tilläts i efterhand att förtydliga att uppdragen genomförts inom den tidsram som fordrades. CMA:s referenser hade brister avseende vilka referensuppdrag som den offererade metodansvarige hade ansvarat för, men fick inte förtydliga detta utan istället förkastades deras anbud. Enligt förfrågningsunderlaget krävdes det minst fem referenser för varje konsult. Konkurrensverket krävde att referenserna skulle gälla "ansvarig konsult" vilket CMA tolkade som att kunderna i referensblanketterna skulle ange namnet på den ansvarige konsulten eller projektledaren, inte på den metodansvarige. Detta antagande från CMA:s sida förstärks av att

referensblanketten innehåller exakt samma frågor oavsett om referensen gäller konsult/projektledare eller metodansvarig, trots att dessas ansvarsområden är så vitt skilda. Det framgår därför inte av CMA:s referensblanketter klart vilka uppdrag CMA:s erbjudna metodansvarige ansvarat för. CMA:s referenser uppfyller dock i själva verket skall-kraven eftersom de har lämnat in två referenser för uppdrag som erbjuden metodansvarig ansvarat för. På CMA bedrivs alla projekt i team, där det alltid finns en konsult eller projektledare som har det yttersta kundansvaret och sköter de flesta kundkontakter. I teamet finns också en statistiker som ansvarar för metodfrågor. För deras kunder kommer en utvärdering av ett uppdrag att göras utifrån utförandet som helhet vilket gör det svårt att särskilja konsultens/projekt-ledarens respektive den metodansvariges prestation. CMA skulle på begäran av Konkurrensverket enkelt ha kunnat bekräfta att utvärderingen omfattar såväl projektledarens/konsultens som den metodansvariges insats. En sådan rättelse skulle inte innebära att en helt ny uppgift tillfördes, utan vore jämförbar med det förtydligande avseende tidpunkt för uppdraget som deras konkurrenter fått komma in med.

Konkurrensverket anför till stöd för sin inställning följande. Ramavtalet omfattar framtagande av frågeformulär, genomförande av enkätinsamling samt sammanställning och analys av data. Det insamlade materialet kan bl.a. komma att användas i domstolsprocesser. Därför ställs krav på hög kvalitet vad gäller använda arbetsmetoder. För att säkerställa en hög nivå har Konkurrensverket efterfrågat att anbudsgivaren ska namnge minst två ansvariga konsulter, varav den ena ska vara projektledare och den andra metodansvarig. De kommer att arbeta tillsammans i avropade uppdrag men ansvara för olika aspekter av uppdraget. Till anbudena ska bifogas CV för namngiven projektledare och metodansvarig där den sistnämnda måste ha minst två års erfarenhet som metodansvarig och minst 60 högskolepoäng i statistik. Vidare ska totalt minst fem referenser inges, fördelade på minst två referenser för varje namngiven konsult. Eftersom det rör sig om kvali-

ficerade uppdrag, där personliga egenskaper hos de aktuella konsulterna har stor betydelse, är referensblanketterna utformade för att gälla konsulten personligen. Bristen i CMA:s anbud är att det saknades referenser avseende den metodansvarige konsulten, vilket är ett skall-krav enligt punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget. CMA:s angivna metodansvarige är Åsa Näsman, men inga referenser anges för henne. Istället avser två referenser projektledaren Henrik Brandes och de tre andra avser två andra medarbetare som inte nämns någon annanstans i anbudet. CMA har efter tilldelningsbeslutet kontaktat Konkurrensverket med en begäran om att få komplettera sitt anbud genom att byta referenserna, för en av de andra medarbetarna, mot referenser för Åsa Näsman. Då det ingenstans i CMA:s anbud framgår att Åsa Näsman arbetat med de aktuella referensuppdragen skulle ett byte av namn till henne tillföra helt nya uppgifter i strid med likabehandlingsprincipen. Det torde över huvud taget inte vara möjligt att godta komplettering av ett skall-krav efter att tilldelningsbeslutet meddelats. De förtydliganden som två av CMA:s konkurrenter tilläts göra innebar bara ett preciserande av tiden. Bristen på ursprunglig precisering i detta avseende torde ha berott på referensgivarna när de fyllt i blanketterna, inte på anbudsgivarna. Deras preciseringar skedde före tilldelningsbeslutet medan CMA begärde att få komplettera sitt anbud efter tilldelningsbeslutet. I förfrågningsunderlaget framgår att Konkurrensverket, med begreppet *ansvariga konsulter*, avser både projektledare och metodansvarig. Av punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget framgår att minst en konsult inom vart och ett av "respektive område", alltså projektledare respektive metodansvarig, ska namnges. De två efterfrågade konsulterna beskrivs även i det till upphandlingen bifogade avtalsutkastet, där det har specificerats att ansvariga konsulter vid genomförande av uppdrag kommer att vara projektledare och metodansvarig. Vidare beskrivs i punkten 4.3 andra stycket i förfrågningsunderlaget hur de efterfrågade referenserna ska fördelas med avseende på de namngivna konsulterna under 4.2. Alla anbudsgivare utom CMA har förstått att med "konsulter" avses både projektledare och metodansvarig. Även om CMA:s

projektorganisation innebär att företagets uppdrag utförs av en projektgrupp är det högst sannolikt att referenten har den namngivna personen i åtanke när referensblanketten fylls i.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande:

4.2 Ansvariga för avropade uppdrag

För att säkerställa kvaliteten på avropade uppdrag ska anbudsgivaren namnge *minst en* konsult inom respektive område. Anbudsgivaren ska garantera att en namngiven konsult inom respektive område ansvarar för varje avropat uppdrag gentemot Konkurrensverket. Väljer anbudsgivaren att namnge mer än en konsult inom något område ska samtliga namngivna konsulter uppfylla samtliga ställda krav. För vidare information om byte av ansvarig konsult m.m. se under kapitel 8 *Ansvariga konsulter* i Bilaga 3 *Avtalsutkast*.

4.2.1 Konsult / projektledare

Anbudsgivaren ska kunna erbjuda minst en huvudkonsult/projektledare med minst tre (3) års erfarenhet som projektledare för uppdrag hos kund. Projektledaren/konsulten ska ha erfarenhet inom statistik, statskunskap eller nationalekonomi. Till anbudet ska bifogas CV för namngiven konsult, där efterfrågad kompetens tydligt framgår.

4.2.2 Metodansvarig

Anbudsgivaren ska kunna erbjuda minst en metodansvarig med minst två (2) års erfarenhet som metodansvarig för uppdrag hos kund. Metodansvarige ska besitta god kunskap inom området statistisk och ha minst 60 högskolepoäng eller motsvarande erfarenhet som Konkurrensverket finner likvärdig inom detta område. Till anbudet ska bifogas CV för namngiven metodansvarig, där efterfrågad kompetens tydligt framgår.

4.3 Tidigare genomföra uppdrag

Referenser för tidigare genomförda uppdrag ska lämnas genom att bilaga 7 *Referenser* fylls i och undertecknas av referenten. Anbudsgivaren ska ange minst fem (5) referenser som avser liknande tjänster, påbörjade efter den första januari 2010. Med liknande tjänster avses här uppdrag som omfattar definition av målgrupp och variabler, frågeformulering samt genomförande av enkätundersökning. Vidare krävs det att uppdraget omfattades minst 200 respondenter. För att en referens ska godtas ska den ha ett genomsnittligt resultat på minst tre komma nio (3,9) samt minst tre (3) på varje fråga.

Referenserna ska vara fördelade så att det för varje namngiven konsult enligt kapitel 4.2 *Ansvariga för avropade uppdrag* ovan bifogas minst två (2) referenser där konsulten har varit huvudansvarig för uppdraget. Detta innebär att det i vissa fall

kan vara nödvändigt att bifoga fler än fem (5) referenser för att anbudet ska kunna godtas.

I bilaga 3 till förfrågningsunderlaget, *Avtalsutkast*, anges bl.a. följande:

8. Ansvariga konsulter

8.1 Huvudkonsult/Projektledare

Ansvarig huvudkonsult vid utförande av Uppdrag är i första hand de i Anbudet angivna konsulterna.

8.2 Metodansvarig

Metodansvarig vid utförande av Uppdrag gentemot är i första hand de i Anbudet angivna konsulterna.

I referensblanketten anges att referensuppdragsgivaren ska svara på följande sex frågor genom att sätta betyg på skalan 1 –5:

Hur nöjda är ni med uppdragets utförande överlag?

Hur väl följde arbetet förutbestämd tidsplan?

Hur väl disponerades antalet timmar på uppdraget?

Hur upplevdes konsultens samarbetsförmåga?

Hur upplevdes förståelsen för uppdraget?

Överensstämde redovisat resultat med det ni förväntat er?

CMA har gett in förtydligande daterat den 27 april 2012 av Håkan Burlin, VD hos deras referensuppdragsgivare Stjärnagg AB. I detta intygas att utvärderingen gällde uppdraget som helhet, inklusive den metodansvariga statistikern Åsa Näsmans insats.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 9 § LOU följer att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Likabehandling och icke-

diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Av 16 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I målet är ostridigt att CMA:s anbud saknat referenser för den föreslagna metodansvariga Åsa Näsman. Det tvistiga är istället 1) om detta kan förklaras med otydlig information i förfrågningsunderlaget och 2) om CMA borde ha fått komplettera sitt anbud genom att ange referenser för henne på motsvarande sätt som två andra anbudsgivare fick komplettera med precisering av tiden då referensuppdragen utfördes.

Otydlig information i förfrågningsunderlaget?

Under förfrågningsunderlagets rubrik "4.2 Ansvariga för avropade uppdrag" anges att anbudsgivare ska "namnge *minst* en konsult inom respektive område". Detta indikerar enligt förvaltningsrättens mening att konsulter i minst två olika funktioner ska namnges och att båda/alla dessa ska ses som just konsulter.

Vad som menas med "respektive område" framgår inte omedelbart i samma stycke. De två underavsnitten har rubrikerna "4.2.1 Konsult / projektledare" och "4.2.2 Metodansvarig". Här ligger den främsta källan till missförstånd eftersom det faktum, att den första underrubriken innehåller ordet "konsult" medan den andra underrubriken inte gör det, kan förleda läsaren att tro att bara den förstnämnda ska ses som konsult. Om Konkursverket redan i underrubriken 4.2.1 hade använt begreppet "huvudkonsult" istället för bara "konsult" skulle man ha uteslutit att detta kunde leda till något missförstånd.

Under underrubriken 4.2.1 anges emellertid att anbudsgivaren ska kunna erbjuda "minst en huvudkonsult/projektledare med minst tre (3) års erfarenhet som projektledare för uppdrag hos kund", och under 4.2.2 att "anbudsgivaren ska kunna erbjuda minst en metodansvarig med minst två (2) års erfarenhet som metodansvarig för uppdrag hos kund". Användandet av begreppet "huvudkonsult" här indikerar att det också finns en annan konsult än huvudkonsulten. Symmetrin i rubriknivån och kravens formulering indikerar vidare att huvudkonsulten och projektledaren å ena sidan, och den metodansvarige å andra sidan, är funktionärer av likartad dignitet och vikt samt att lika god dokumentation kommer att krävas för båda funktionärernas referenser. När det därefter, under rubrik 4.3 i förfrågningsunderlaget anges att referenserna "ska vara fördelade så att det för varje namngiven konsult enligt kapitel 4.2 *Ansvariga för avropade uppdrag* ovan bifogas minst två referenser där konsulten har varit huvudansvarig för uppdraget" får det anses framgå att Konkurrensverket åsyftar båda de funktionärer som efterfrågas under avsnitt 4.2. Om Konkurrensverket här bara syftade på huvudkonsulten/ projektledaren skulle man rimligen ha hänvisat till 4.2.1 och inte till hela 4.2.

Att frågorna, på vilka referensuppdragsgivarna ska svara med betyg på en skala mellan 1 och 5, är desamma för båda konsulterna kan enligt förvaltningsrättens mening inte tas som indikation att det bara skulle gälla en typ av konsult, eftersom frågorna är mycket allmänt hållna. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det med tillräcklig klarhet framgår att Konkurrensverket med begreppet "konsult" åsyftar både huvudkonsulten/ projektledaren och den metodansvarige och att båda ska dokumenteras med referenser på likartat sätt. Som Högsta förvaltningsdomstolen framhåller i sitt avgörande RÅ 2002 ref. 50 gör de förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen

om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Förvaltningsrätten anser inte att Konkurrensverkets förfrågningsunderlag är så bristfälligt att Konkurrensverket genom dess utformade har brutit mot transparensprincipen.

Rätt för CMA att rätta/komplettera?

Det framgår av förarbeten till LOU (prop. 2006/07:128 s. 377) att möjligheten till förtydligande eller komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU ska tillämpas restriktivt. Ordalydelsen av nämnda paragraf säger att den upphandlande myndigheten "får" tillåta rättelse av felskrivning (första stycket) eller begära förtydligande/komplettering från anbudsgivaren (andra stycket), inte att den måste göra det; i andra stycket anges dessutom särskilt att förtydligande eller komplettering få begäras endast om det kan ske utan risk för särbehandling. Om den rättelse, förtydligande eller komplettering som CMA anser att man borde fått göra framstår som lika bagatellartad som den som två av deras konkurrenter fick göra angående tidsprecisering av referensuppgiften, kan Konkurrensverket ha brutit mot likabehandlingsprincipen.

Den rättelse eller det förtydligande som CMA anser att de borde ha fått göra har stora likheter med omständigheterna som förelåg vid Kammarrättens i Stockholm beslut den 24 maj 2011, mål 7138-10. Kammarrätten anförde att en möjlighet till rättelse eller förtydligande i denna situation skulle vara att tänja paragrafen för långt.

Att helt utelämna en uppgift om viss referens kan inte anses som en uppenbar felskrivning eller som annan sådan uppgift som kan rättas med stöd av 15 kap. 12 första stycket LOU. Det kan inte heller vara fråga om att tidigare uppgifter enbart har konkretiserats med stöd av 15 kap. 12 § andra stycket LOU, eftersom ett förtydligande eller en komplettering inte får leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs.

Till detta kommer att CMA:s begäran om att få rätta eller komplettera sitt anbud inkom till Konkurrensverket efter att tilldelningsbeslutet meddelas. På ett så sent stadium måste möjligheten att få rätta eller komplettera sitt anbud vara ännu mer restriktiv, om den alls finns, (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 20 mars 2009 i mål 7714-08).

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Konkurrensverket inte heller har brutit mot likabehandlingsprincipen när man inte tillåtit CMA att rätta eller komplettera sitt anbud. Upphandlingen har således genomförts i enlighet med LOU och de gemenskapliga principer som lagen bygger på. CMA:s ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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

Kaija Hultquist

Kaija Hultquist

Rådman

Föredragande har varit David Munck.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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 kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kamrarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU

