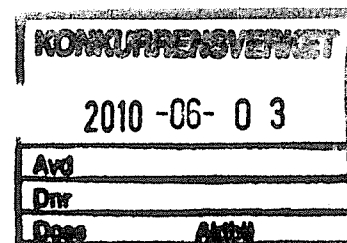




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2010-06-02  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 30332-10  
 Enhet 15

**SÖKANDE**

IBM Svenska AB, 556026-6883  
 Wallinsgatan 2  
 164 92 Stockholm

Ombud: Advokat Sofia Mårtensson och Advokat Johan Kennemyr  
 Advokatfirman Lindahl KB  
 Box 1065  
 101 39 Stockholm

**MOTPART**

Kammarkollegiet  
 Box 2218  
 103 15 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 30696

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

## BAKGRUND

Kammarkollegiet (Kollegiet) genomför en ramavtalsupphandling avseende uppdragskonsulttjänster inom IT-området (Dnr 93-91-09). Upphandlingen genomförs genom selektivt förfarande. Kollegiet beslutade den 28 januari 2010 att utse fjorton anbudssökande leverantörer till anbudsgivare i upphandlingen. IBM Svenska AB kvalificerade sig inte och gick inte vidare till eventuellt urval och anbuds förfarande eftersom det hade bedömts inte ha uppfyllt samtliga skall-krav.

## YRKANDE M.M.

IBM Svenska AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Till stöd för sitt yrkande anför bolaget bl.a. följande. I Ansökningsinbjudan anges hur prövning av anbudssökande och urval ska gå till i upphandlingen. Bl.a. anges att anbudssökande skall styrka sin förmåga att utföra uppdraget inom området genom en redovisning av referensuppdrag. Anbudssökanden skall inkomma med totalt åtta (8) referensuppdrag. Referensuppdrag skall gälla levererade uppdragskonsulttjänster och uppfylla följande.

- Minst fem (5) referensuppdrag skall avse uppdrag som omfattat minst tre (3) av sju (7) kompetensområden.
- Minst tre (3) referensuppdrag skall avse uppdrag som omfattat minst fyra (4) av sju (7) kompetensområden.
- Minst tre (3) referensuppdrag skall sysselsatt team om minst fyra (4) konsulter varav minst en (1) av dessa konsulter skall varit på nivå 4 eller 5.

Med ledning av vad Kollegiet angivit i förfrågningsunderlaget lämnade bolaget i sin ansökan in åtta referenser som täckte mellan två och sex kompetensområden enligt följande.

Referens 1	3 kompetensområden
Referens 2	6 kompetensområden
Referens 3	5 kompetensområden
Referens 4	4 kompetensområden
Referens 5	4 kompetensområden
Referens 6	2 kompetensområden
Referens 7	2 kompetensområden
Referens 8	2 kompetensområden

De första fem av dessa referenser omfattar således tre eller fler kompetensområden. Av dessa referenser omfattar ”minst tre” (närmare bestämt fyra) uppdrag minst fyra kompetensområden. Att minst tre referenser sysselsatt team om minst fyra konsulter, varav minst en av dessa konsulter varit på nivå 4 eller 5, är ostridigt. Bolaget uppfyller således kravet såsom det har formulerats i förfrågningsunderlaget. Kollegiet har emellertid ansett att bolaget inte uppfyller kravet då endast fem av bolagets inlämnade åtta referenser avsåg fler än två kompetensområden. Kollegiet har i kontakter med bolaget efter uteslutningen förklarat att kravet ska tolkas som att ansökandena, för att uppfylla det aktuella kravet, ska lämna in fem referenser med minst tre kompetensområden och minst tre referenser med minst fyra kompetensområden. Kollegiets tolkning av kravet framgår inte klart och tydligt av förfrågningsunderlaget på sådant sätt som förutsätts enligt LOU och för att upphandlingen ska kunna anses vara i överensstämmelse med den unionsrättsliga principen om transparens. Kravet är under alla omständigheter inte tillräckligt entydigt formulerat för att en rimligt informerad leverantör *endast* ska kunna tolka det på det vis Kollegiet gjort gällande. Någon skyldighet för anbudssökande att ställa frågor under upphandlingsförfarandet föreligger inte – inte heller någon preklusionsfrist. Anbudssökande har således rätt att i ett sent skede påtala fel i upphandlingar. I här förevarande fall förhåller det sig dock också så att bolaget inte hade någon anledning att ställa frågor eller att ifrågasätta anbudsintjudan under ansökningstiden.

Bolaget uppfattade underlaget som klart och tydligt. Enligt Kollegiet får inte samma referensuppdrag räknas flera gånger. Även vid Kollegiets tolkning av kravet måste samma referensuppdrag räknas flera gånger för att kravet ska kunna uppnås. Max åtta referensuppdrag fick lämnas in. Minst fem av dessa ska avse uppdrag med minst tre kompetensområden och minst tre ska avse uppdrag med minst fyra kompetensområden. Härutöver ska dock minst tre av dem avse team med minst fyra konsulter. Anbudsgivarna fick således enbart lämna in åtta referensuppdrag och referensuppdragen skulle uppfylla de tre olika kraven, varvid totalt elva referensuppdrag skulle ha krävts för att referensuppdragen enbart skulle få användas en gång. Tvärtom måste samma referensuppdrag räknas flera gånger för att uppnå kravet. De av bolagets tre referensuppdrag som enbart omfattar två kompetensområden uppfyller det senaste kravet. Bolagets tolkning är därför inte bara möjlig – utan rimlig – att göra utifrån de förutsättningar som har kommunicerats till leverantörerna. För det fall Kollegiet istället hade formulerat det aktuella kravet på ett korrekt och entydigt sätt hade det lett till att bolaget hade utformat sin ansökan annorlunda. Bolaget skulle under sådana förhållanden ha gett in andra och i sammanhanget mer relevanta referenser än just de åtta som nu kom att lämnas in. Bolaget har, till följd av det stora antal referenser som bolaget har möjlighet att använda, inte bara den efterfrågade förmågan att uppfylla det aktuella kravet, utan hade även med stor sannolikhet kunnat uppnå ett mycket högt och konkurrenskraftigt mervärde gällande referenserna om kravet hade varit klart och tydligt formulerat. Under alla omständigheter kan slutsatsen dras att bolaget skulle ha kunnat uppfylla detsamma och hade kvalificerat sig till att i nästa steg få lämna anbud i upphandlingen. Kollegiets upphandling strider mot LOU och den gemenskapsrättsliga principen om transparens. Följden av detta är att upphandlingen måste göras om.

Kollegiet bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kollegiets inbjudan är i överensstämmelse med den unionsrättsliga principen om

transparens. Kollegiet har inte heller brutit mot någon bestämmelse i LOU. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande principerna medfört att bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada. Någon grund för att upphandlingen ska avbrytas och göras om föreligger därför inte. Det är den upphandlande myndigheten som inom ramen för LOU och gemenskapsrätten bestämmer föremålet för upphandlingen och vilka krav som ska ställas på föremålet för upphandlingen. Kollegiet vill också betona att gemenskapsrätten, LOU och rättspraxis ställer många krav på anbudssökandena/givarna. En anbudssökande/givare ska bland annat säkerställa att denna har en ändamålsenlig organisation för sitt anbudsförfarande vilket innebär att denna noggrant läser, granskar och analyserar inbjudan, vid frågor begär förtydliganden från den upphandlande myndigheten samt läser, granskar och analyserar de förtydliganden som den upphandlande myndigheten publicerar i frågor & svar. Kollegiet har tydligt i inbjudan angett att anbudssökande skall inkomma med åtta referensuppdrag samt att fem av referensuppdragen skall ha omfattat minst tre av sju kompetensområden och att tre av referensuppdragen skall ha omfattat minst fyra av sju kompetensområden. Det framgår vidare av inbjudan att "Referensuppdraget skall bara användas en gång i anbudsansökan". Det är tydligt och transparent att ett referensuppdrag endast kan användas en gång och inte på det sätt som bolaget har framfört, vilket skulle innebära att samma referensuppdrag räknas flera gånger för att uppnå kravet. Kollegiet har även kommunicerat med anbudssökandena genom att i frågor & svar under ansökningstiden svara på hur mervärdet beräknas. Även här framgår det att referensuppdragen beräknas var för sig och mervärdet räknas mot skallkravet i kravspecifikationen. Det kan inte tolkas som att ett referensuppdrag med endast två kompetensområden skulle vara ett godkänt uppdrag. Kollegiet skriver genomgående minst tre eller fyra kompetensområden. Härtill kommer att det är tydligt och transparent beskrivet i inbjudan hur urval kommer att göras om fler än 14 anbudssökande kvalificerar sig. Mervärdet i steg 1 gäller antal kompetensområden i referensuppdragen och ett

ytterligare kompetensområde, än *minimikravet* för godkänd referens, ger sålunda ett mervärdepoäng. För att kunna beräkna mervärdet behövs alltså ett minimikrav mot vilket mervärdet bedöms. Detta omöjliggör bolagets tolkning. Bolaget har anfört att det med stor sannolikhet hade kunnat uppnå mycket högt mervärde. Kollegiet ställer sig frågande till varför bolaget inte skickade in andra referensuppdrag som omfattande fler än två kompetensområden som de omtvistade referenserna avsåg. Det framgår med önskvärd tydlighet att det inte är tillräckligt att inkomma med åtta referensuppdrag och klara kvalificeringen, utan att det finns ytterligare steg för att komma fram till det slutliga urvalet, där antalet kompetensområden är utslagsgivande i mervärdesberäkningen. Utöver att det framgår att ett referensuppdrag bara kan användas en gång framgår det tydligt för envar omsorgsfull anbudssökande hur urvalet kommer att genomföras och att det är förenat med ett betydande risktagande att inkomma med referenser som omöjliga kan ge mervärde. Även om bolaget skulle ha kvalificerat sig hade det inte gått vidare på grund av bristande mervärde. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit skada. Det är endast bolaget som åberopat samma referensuppdrag flera gånger och referensuppdrag med färre än tre kompetensområden.

I skrivelse, som kom in till förvaltningsrätten den 1 juni 2010, yrkar bolaget att förvaltningsrätten fattar beslut om ett interimistiskt förbud för kollegiet att avsluta upphandlingen innan förvaltningsrätten tagit ställning till bolagets yrkanden i sak.

### DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Detta innebär

att en upphandlande myndighet inte får anta anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av vad som framförts av sökanden i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs även att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Ett förfrågningsunderlag (eller en ansökningsinbjudan) ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta innebär inte enligt förvaltningsrättens bedömning att en upphandling måste göras om på den grunden att ett enskilt krav skulle kunna tolkas på mer än ett sätt om det läses utanför sitt sammanhang. Varje krav måste istället läsas mot bakgrund av hela förfrågningsunderlaget och kravens förhållande till varandra.

I ansökningsinbjudans bilaga 1 anges att anbudssökanden skall inkomma med totalt åtta referensuppdrag. Referensuppdrag skall gälla levererade uppdragskonsulttjänster och uppfylla följande. Minst fem (5) referensuppdrag skall avse uppdrag som omfattat minst tre (3) av sju (7) kompetensområden, minst tre (3) referensuppdrag skall avse uppdrag som omfattat minst fyra (4) av sju (7) kompetensområden samt minst tre (3) referensuppdrag skall ha sysselsatt team om minst fyra (4) konsulter varav minst en (1) av dessa konsulter skall ha varit på nivå 4 eller 5 (avsnitt 5).

Eftersom Kollegiet har valt att dela upp kraven på fem referensuppdrag med minst tre kompetensområden och tre referensuppdrag med minst fyra

kompetensområden är det enligt förvaltningsrättens bedömning inte rimligt att tolka detta som att de uppdrag med fyra kompetensområden kan vara de samma som de med tre kompetensområden. Kravet på tre kompetensområden blir då överflödigt.

I ansökningsinbjudan anges vidare att Kollegiet kommer att bjuda in högst 14 anbudssökande att lämna anbud (avsnitt 1.6.1). Vid urvalet kommer som ett första steg anbudssökande prövas mot kvalificeringskraven. Om fler anbudssökande kvalificerar sig än det högsta antalet kommer ett urval ske där de åtta inkomna referensuppdragen granskas i fyra steg. I det första steget granskas kompetensområden i referensuppdragen och de uppdrag som omfattar fler kompetensområden än minimikravet för godkänd referens kommer att ha ett mervärde. Ett (1) ytterligare kompetensområde i ett referensuppdrag är ett (1) mervärde. Högsta möjliga mervärde är 29. De 14 anbudssökande med högst mervärde kommer att bjudas in att lämna anbud (avsnitt 3).

I en publik fråga har Kollegiet vidare förklarat vad högsta möjliga mervärde 29 baseras på. Kollegiet har sammanfattningsvis svarat följande. Mervärde räknas på de uppdrag som omfattar fler kompetensområden än minimikravet för godkänd referens. Minimikravet är att minst fem referensuppdrag skall avse uppdrag som omfattat minst tre av sju kompetensområden vilket gör att dessa uppdrag som mest kan erhålla fyra mervärdespoäng/styck, dvs. 20 totalt för fem referensuppdrag. Vidare är kravet att minst tre referensuppdrag skall avse uppdrag som omfattat minst fyra av sju kompetensområden vilket gör att dessa kan erhålla tre mervärdespoäng/styck, dvs. totalt nio för tre referensuppdrag.

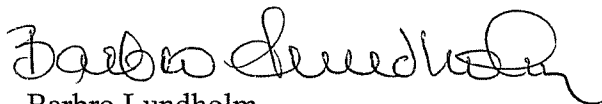
Av Kollegiets svar framgår med all önskvärd tydlighet att de uppdrag med fyra kompetensområden avser andra uppdrag än de med tre kompetensområden. Vid en sammantagen bedömning mot bakgrund av ansökningsin-



bjudan i sin helhet samt det publika svar som Kollegiet har lämnat finner förvaltningsrätten att de uppställda kraven inte kan tolkas på annat sätt än så som Kollegiet har anført. Kraven kan därmed inte anses strida mot principen om transparens och skäl att besluta att aktuell upphandling ska avbrytas och göras om föreligger inte. Ansökan ska således avslås.

Eftersom förvaltningsrätten nu tagit ställning till bolagets ansökan om överprövning har yrkandet om interimistiskt beslut förfallit.

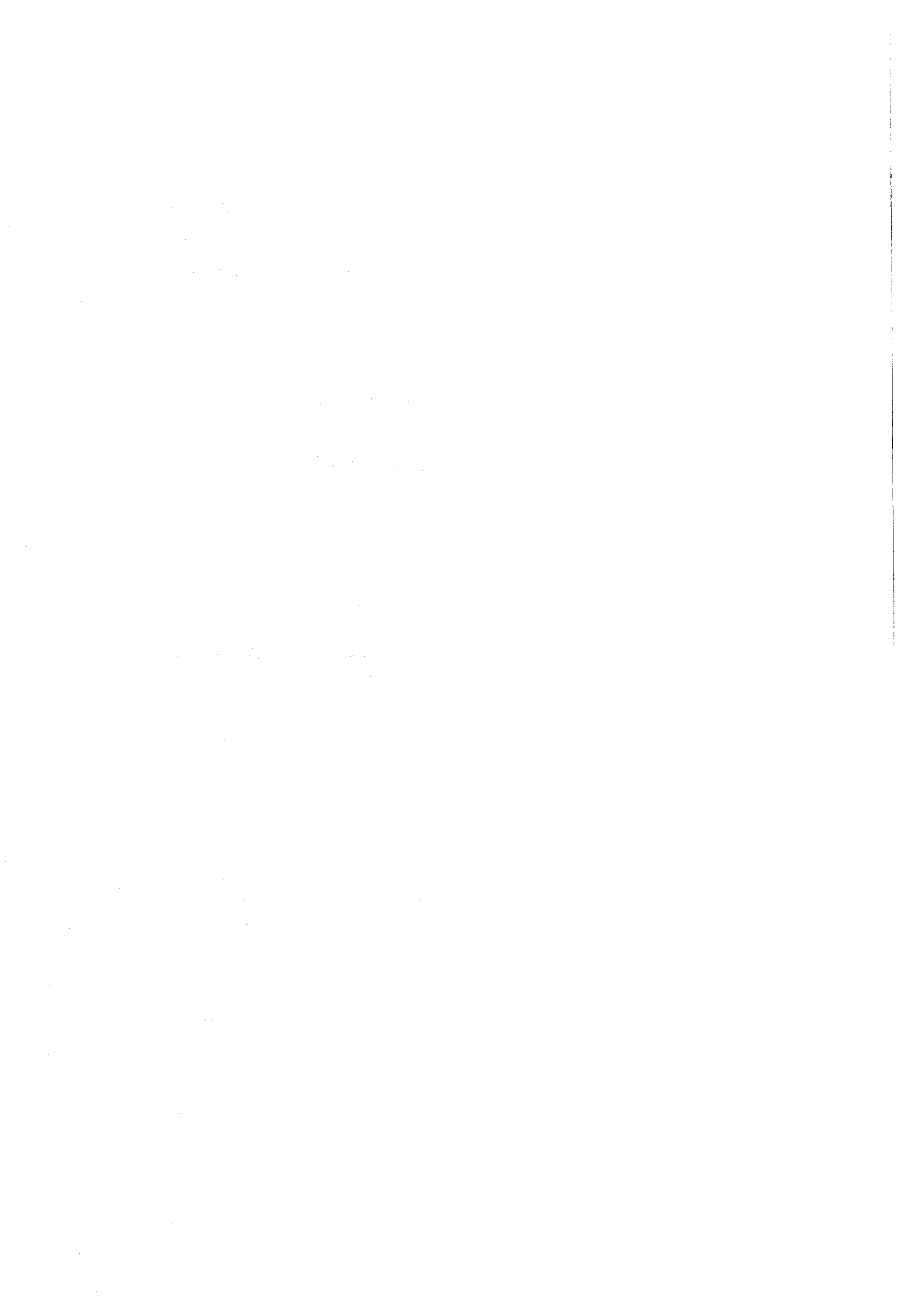
**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1a)



Barbro Lundholm

Rådman

Föredragande var Anna Malmström.





## 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 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 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 nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om 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.

