



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2013-01-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26973-12

SÖKANDE

Direktstöd i Stockholm AB, 556757-6276
Kanalvägen 17
183 30 Täby

MOTPART

Täby kommun
183 80 Täby

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen (2007:1091)
om offentlig upphandling.

KONKURRENSVERKET	
2013-01-31	
Avd	
Dnr	
Dass	Alahil

Dok.Id 318731

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 OCH YRKANDEN M.M.

Täby kommun utför en upphandling av lokalvård. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Direktstöd i Stockholm AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förorda att upphandlingen ska rättas eller göras om på så sätt att det ställda omsättningskravet ändras alternativt att upphandlingen annonseras på nytt. Till stöd för sin talan anför bolaget följande.

Täby kommun har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och 11 kap. 2 § samma lag. I förfrågningsunderlagets avsnitt 1.3 anges följande.

1.3. Upphandlingens omfattning – volymer och avtalstid

Denna upphandling omfattar tre delar, där varje del innehåller flera objekt (byggnader/skolor).

Anbud måste avse hela delen – man kan alltså inte offerera enskilda objekt (byggnader/skolor).

Varje del ska offereras separat, dvs. utan kopplingsförbehåll, reservationer eller liknande. Utvärdering kommer att ske per del.

Del 1. Östra Täby (ca 13 500 kvm)

Del 2. Södra Täby – centrum (ca 20 000 kvm)

Del 3. Norra Täby – Kyrkbyn (ca 13 000 kvm)

2.3 Omfattning – tre delar – volymvillkorade anbud

Upphandlingen är som framgått indelad i tre delområden:

- Östra Täby

- Södra Täby – Centrum
- Norra Täby Kyrkbyn

Ett anbud måste omfatta ett helt delområde – vi accepterar inte anbud på enstaka objekt inom ett delområde.

För att underlätta för mindre företag kommer vi i denna upphandling att acceptera s.k. volymvillkorade anbud; med detta avses att ett företag kan lämna anbud på flera delar, men med villkoret att om man fått kontrakt avseende en eller två delar, så dras anbudet tillbaka avseende resterande delområden.

Kommunen kommer att utvärdera delområdena i den turordning som de angivits ovan.

3.2 Ekonomisk och finansiell ställning

Omsättning

Anbudsgivare ska ha en omsättning avseende liknande verksamhet (lokalvård) om minst 10 Mkr per år under de senaste 2 åren.

I de redovisade delarna av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser tre delområden. Kontraktet avseende varje delområde ska tilldelas en enstaka leverantör som bedöms ekonomiskt mest fördelaktig. Enligt 11 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–13 §§ i samma kapitel.

Kommunen har ställt omsättningskrav på en nivå som inte är jämförbart med ett av delområdenas årliga kontraktsvärde. Förutom omsättningskraven uppfyller bolaget alla de andra kraven. De vill delta på ett område varifrån de har en lång erfarenhet. Statistik visar att de behåller den nivån på

marknaden genom att leverera de tjänster och uppfylla den standard som krävs i branschen. De har den kapacitet och de resurser som krävs för att utföra uppdraget. De bifogar årsredovisning avseende år 2011 och nuvarande resultatrapport för år 2012 för att redovisa sin ekonomiska utveckling i branschen. På de grunder som angivits vill de att ansökan om överprövning ska bifallas och att upphandlingen ska göras om på nytt, eller med ändrade omsättningskrav på så sätt att de minskas till en sådan nivå att de kan lämna anbud i upphandlingen.

Täby kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Täby kommun genomför en upphandling avseende städtjänster till ett antal objekt (byggnader/lokaler) inom kommunen. Upphandlingens värde överstiger tröskelvärdet och den genomförs som en öppen upphandling. Upphandlingen annonserades den 9 november 2012, sista dag för lämnande av anbud var den 20 december 2012.

Kommunen upphandlar varje år städning av relativt stora ytor, uppskattningsvis ca 40–50 000 kvm per år. För att möjliggöra för mindre och mellanstora företag att lämna anbud delar kommunen in den aktuella volymen för en upphandling i flera delområden. Varje delområde består oftast av ca 4–8 objekt (byggnader/lokaler) och motsvarar 10–20 000 kvm, baserat på det geografiska läget för objekten i upphandlingen. I den aktuella upphandlingen har det totala behovet delats in i tre delområden om vardera 13–20 000 kvm. Anbud måste avser ett helt delområde, det går inte att offerera enstaka objekt. Varje delområde kan offereras separat och kommer att utvärderas separat. För att underlätta anbudslämnande och utvärdering har kommunen så långt det är möjligt ett gemensamt förfrågningsunderlag. Det är därmed i princip endast vissa objektsbeskrivningar och ritningar som är specifika för respektive delområde.

Kommunen har i underlaget, punkten 3.2, som ett s.k. kvalificeringskrav avseende ekonomisk och finansiell ställning krävt att anbudsgivarna ska ha en omsättning avseende liknande tjänster (lokalvård) om minst 10 Mkr per år under de senaste två åren.

Kommunen uppfattar det som att bolagets yrkanden om rättelse eller att upphandlingen ska göras om i sin helhet, baseras på den enda grunden att det av kommunen ställda kravet på viss omsättning skulle vara oproportionerligt och därmed i strid med LOU.

Varför omsättningskrav?

Detta krav har kommunen ställt enbart för att säkerställa uppdragets genomförande, vilket utvecklas och exemplifieras nedan. Kraven är nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet.

Kommunen har ställt krav på viss omsättning för att säkerställa att de presumtiva leverantörerna ska kunna klara av att under en relativt begränsad tid starta upp flera nya städomjekt med allt vad det innebär – anskaffning av material, rekrytering av personal, upprättande av städinstruktioner, diverse uppstartsmöten med representanter för verksamheten i respektive lokal, m.m. Kommunen kan inte riskera att den avtalade kvaliteten på städningen blir lidande under en uppstartsperiod på grund av att leverantören har ”växtvärk”.

Kommunen har vidare, från såväl städområdet som från andra områden, övervägande negativa erfarenheter av att vara leverantörens enda eller kraftigt dominerande kund. Erfarenheterna handlar om att eventuella brister och därtill hörande sanktioner, i yttersta fall hävning, får en så avgörande effekt på företaget i dessa situationer att det är svårt för företagets representanter att upprätthålla en strikt affärsmässig relation med kommunens företrädare.

Som ytterligare ett exempel kan nämnas att alla leverantörer, enligt förutsättningarna i underlaget för upphandlingen punkten 1.2, ska ha viss beredskap att kunna ta över ytterligare objekt, i den händelse att kvalitetsbrister leder till hel eller delvis hävning av annan leverantörs delområde. Även detta gör att leverantören behöver ha större kapacitet, vilket visas genom omsättningen, än precis det som ingår i delområdena.

Möjlighet till underleverantör/samarbete för att uppfylla kravet

I punkten 3.1 betonar kommunen möjligheten för (mindre) företag att samverka för att leva upp till kraven. Detta gör att mindre företag tillsammans kan uppnå den av kommunen önskade omsättningen och kapaciteten. Det är således visat att åtgärden är rimlig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att kravet har utformats för att inte vara ett mer ingripande alternativ än omständigheterna kräver. Den negativa effekten som åtgärden medför kan mot bakgrund av detta inte heller anses vara oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Är kravet oproportionerligt?

Vid utformandet av det aktuella kravet har bedömningen gjorts att den önskade omsättningen bör sättas till minst 2 ggr värdet på respektive delområde. Av kommunikering under upphandlingen framgår att även bolaget bedömt att kravnivån motsvarar ca 2,5 ggr det uppskattade kontraktsvärdet. Enligt etablerad rättspraxis och uttalanden från EU-kommissionen bör upphandlande myndigheter inte få kräva omsättning högre än 3 ggr det uppskattade kontraktsvärdet.

Som visats är kravet på viss omsättning nödvändigt för att säkerställa ett fullgott genomförande av uppdraget, med beaktande av uppdragets komplexitet och omfattning. Kravet är också utformat på ett lämpligt och effektivt sätt, utan att vara mer ingripande än vad som krävs.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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.

I 16 kap. 6 § samma lag anges följande. 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.

Utredning i målet

Täby kommun har bl.a. ställt följande krav på ekonomisk stabilitet i förfrågningsunderlaget, avsnitt 3.2, under rubriken *Ekonomisk och finansiell ställning*.

Omsättning

Anbudsgivare ska ha en omsättning avseende liknande verksamhet (lokalvård) om minst 10 Mkr per år under de senaste 2 åren.

Anbudsgivare ska ange antalet anställda och personalkostnader för dessa under de senaste 2 åren.

Antalet anställda ska stå i rimlig proportion till omsättningen; ett vanligt riktmärke inom städbranschen är att ca 70 % av omsättningen bör bestå av personalkostnader.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en anbudsgivares ekonomiska kapacitet (jfr 11 kap. 2 och 7 §§ LOU). Den upphandlande myndigheten har också stor frihet att själv välja hur ett sådant krav ska utformas. Myndigheten måste dock iaktta proportionalitetsprincipen.

Nämnda princip innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas. Vidare ska upphandlingens art och värde beaktas när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. (Se prop. 2006/07:128 s. 132 och 155.)


Täby kommun har ställt upp ett krav på att anbudsgivaren ska ha en omsättning avseende liknande verksamhet om minst 10 Mkr per år under de senaste två åren. Kravet motiveras med att kommunen vill säkerställa uppdragets genomförande, att presumtiva leverantörerna ska kunna klara av att under en relativt begränsad tid starta upp flera nya städobjekt och att alla leverantörer ska ha viss beredskap att kunna ta över ytterligare objekt. För att underlätta för mindre företag är det möjligt för företag att samverka för att leva upp till kraven. Täby kommuns yttrande får också förstås som så att kravnivån om 10 Mkr motsvarar ca 2,5 ggr det uppskattade kontraktsvärdet.

En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en leverantörs ekonomiska kapacitet och det finns därvid inte något hinder mot att myndigheten ställer krav på viss omsättning. Mot bakgrund av vad Täby kommun har anfört, varvid särskild hänsyn tas till uppdragets omfattning och till att mindre leverantörer ges möjlighet att samverka för att kunna uppnå den av kommunen önskade omsättningen och kapaciteten, bedömer förvaltningsrätten att det uppställda omsättningskravet står i rimlig proportion till det

syfte som kravet avser att säkerställa. Det kan således inte anses visat att upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen. Inte heller kan bolaget anses ha visat att upphandlingen strider mot någon av de andra EU-rättsliga principerna eller mot annan bestämmelse i LOU. Bolagets ansökan om ingripande med stöd av LOU ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Annika Palmvik Fransson
Förvaltningsrättsfiskal

Handläggare har varit föredraganden Helena Lindh.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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
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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

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

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