



Dok.Id 1111237

SÖKANDE

IP-Only Networks AB, 556597-6122
753 81 Uppsala

Ombud: Advokat Catharina Baerselman
Catharina Baerselman Advokat AB
Ravinvägen 16
133 36 Saltsjöbaden

MOTPART

1. Huddinge kommun
141 85 Huddinge

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

2. Huddinge Samhällsfastigheter AB, 556536-9666
Box 1143
141 22 Huddinge

3. Huga Bostäder AB, 556149-8121
Box 1144
141 24 Huddinge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2019-06-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Huddinge kommun genomför tillsammans med sina helägda bolag Hüge Bostäder AB och Huddinge Samhällsfastigheter AB (tillsammans i det följande ”kommunen”) en upphandling av kommunikation som tjänst (dnr 2018-080) som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Upphandlingen som befinner sig i kvalificeringsfasen.

IP-Only Networks AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Referenskravet och omsättningskravet i upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen. Omsättningskravet strider mot 14 kap. 1 och 4 §§ LOU. Bolaget uppfyller inte referens- och omsättningskravet och har därför förhindrats att delta i upphandlingen. Bolaget har därför lidit, eller kan komma att lida, skada på grund av detta. Då skadan rör det konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen göras om.

Vad gäller referenskravet anför bolaget följande. Bland ”ska-kraven” som ställs på leverantörerna för att dessa sedan ska kunna komma ifråga för att bjudas in att lämna anbud finns ett obligatoriskt krav på referensuppdrag. Leverantören ska enligt kravet kunna ge två referensuppdrag som vardera motsvarar det som nu är föremål för upphandling med en omfattning om minst 3 500 fasta och mobila abonnemang där minst 1 500 ska vara mobila. Ett uppfyllande av kravet innebär enligt underlaget att leverantören anses ha den tekniska förmåga och kapacitet som avses för att utföra uppdraget. Bolaget har ett men inte två sådana referensuppdrag och har därför inte kunnat delta i upphandlingen. En nivå på 3 500 abonnemang är en hög nivå som i sig kan vara konkurrensbegränsande. Att kräva att två av uppdragen ska ha denna höga nivå är starkt konkurrensbegränsande mot bakgrund av att endast ett fåtal aktörer i branschen har flera tidigare uppdrag av den storleken. Antalet anknytningar har inte heller någon större betydelse för frågan

om leverantören har den tekniska förmåga och kapacitet som krävs för att genomföra uppdraget. Om erfarenhet av tekniken finns och leverantören kan peka på tidigare uppdrag är det rimligt att utgå från att denne besitter den tekniska förmåga och kapacitet som krävs. Kravet på två referensuppdrag är oproportionerligt högt. Det är särskilt tydligt då det är bolaget som sedan mars 2013 levererar tjänsten åt kommunen. Kommunen har även utnyttjat sin option till förlängning av avtalet. Det är i princip samma tjänst i det avtalet som den som nu upphandlas. Antalet anknytningar har aldrig varit lägre än den omfattning som beskrivs i den nu aktuella upphandlingen. Det är därför ingen tvekan om att det är fullt möjligt att uppfylla uppdraget med lägre ställda krav. Vid den förra upphandlingen ställdes inga krav på referensuppdrag med en viss mängd anknytningar och det saknas skäl att göra det nu, dels då omfattningen av uppdraget inte är större än den tidigare upphandlingen, dels då bolaget efter den förra upphandlingen levererat avtalsenligt och med god kvalité. Kraven ska stå i proportion till det som ska anskaffas. Det är tydligt att referenskravet går utöver vad som kan anses vara adekvat och relevant samt att kravet inte är nödvändigt för att uppnå det av lagen avsedda ändamålet. Kravet står inte heller i rimlig proportion till den skada som det förorsakar bolaget. Det saknas reell möjlighet för bolaget att återopa kapacitet hos någon annan aktör då de aktörer som kan uppfylla kravet på referensuppdrag deltar i upphandlingar som dessa på egen hand. Det bestrids att tillräcklig konkurrens skulle ha uppnåtts när endast de tre största leverantörerna i branschen kan kvalificera sig för att lämna anbud i upphandlingen.

Vad gäller omsättningskravet anför bolaget följande. Bolaget uppfyller inte kravet på årlig omsättning på 130 miljoner kr inom telefoni och kan därmed inte delta i upphandlingen. Omsättningskravet är oproportionerligt högt ställt i förhållande till vad som upphandlas. Angivandet av 65 miljoner kr är baserat på dagens avtal. Det är i branschen allmänt känt att det skett en i det närmaste halvering av kostnaderna inom telefoni sedan det tidigare avtalet

träffades. Ett mer korrekt uppskattat värde av upphandlingen är således cirka hälften av 65 miljoner kr, dvs. cirka 33 miljoner kr. Utifrån ett mer korrekt uppskattat värde på cirka 33 miljoner kr skulle i så fall omsättningskravet uppgå till cirka 65 – 66 miljoner kr, i enlighet med den modell för krav på årlig omsättning som ställts upp i upphandlingen dvs. två gånger det uppskattade kontraktsvärdet. Bolaget ifrågasätter om bestämmelsen i 14 kap. 4 § LOU ska tolkas på sätt att krav på minsta årliga omsättning ska sättas i relation till värdet av kontraktsföremålet totalt sett under hela avtalstiden. Det finns utrymme för en tolkning av bestämmelsen som innebär att den årliga omsättningen ska jämföras med det uppskattade värdet av upphandlingen per år. Sett i ett sådant perspektiv, och utifrån de sex år som avtalet kan komma att löpa, skulle det tillåtna högsta ställda kravet på årlig omsättning bli cirka 11 miljoner kr utifrån det mer korrekt uppskattade värdet av upphandlingen på cirka 33 miljoner kr. 14 kap. 4 § LOU anger en högstanivå och ett krav på omsättning kan anses oproportionerligt i det enskilda fallet även utan att kravet ställts högre än i bestämmelsen angivet värde.

Kravet på omsättning har under alla förhållanden satts för högt. Bolaget har utan svårighet klarat av att utföra i princip samma tjänster som nu upphandlas under de senaste sex åren, trots att bolaget inte uppfyller det omsättningskrav som ställs i nu aktuell upphandling. Det är tydligt att kravet hade kunnat sättas lägre. Kravet på finansiell förmåga får enligt 14 kap. 1 § LOU inte ställas högre än vad som krävs för att kunna utföra kontraktet.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Det saknas skäl att ingripa mot upphandlingen. Kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet är proportionerligt. Detsamma gäller kravet på antal referensuppdrag. Av ska-kraven framgår att anbudssökande får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla kravet. Kravet uppställs i syfte att säkerställa att den leverantör som tilldelas kontraktet i upphandlingen är

en av de mest lämpliga leverantörerna på marknaden, vilket visas genom erfarenhet och därmed även förmåga att utföra uppdrag av aktuell typ. Kommunen har i egenskap av upphandlande myndighet en långtgående frihet att utifrån sina önskemål och inom ramarna för de allmänna upphandlingsrättsliga principerna uppställa de krav som anses ändamålsenliga. När det gäller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet får kommunen enligt 14 kap. 5 § LOU uppställa kvalificeringskrav som innebär att leverantören ska förfoga över nödvändiga tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Av förarbetena till denna bestämmelse och artikel 58.4 i LOU-direktivet följer att en upphandlande myndighet särskilt får kräva att leverantörerna har tillräcklig erfarenhet och att detta visas med lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontrakt.

Referenskravet har i det nu aktuella fallet direkt koppling till föremålet för upphandlingen eftersom det är tidigare erfarenhet av motsvarande uppdrag som efterfrågas. Nivån som efterfrågas avseende referensuppdragen är inte konkurrensbegränsande. Det finns flera aktörer på marknaden som kan uppfylla kravet på minst två sådana referensuppdrag. Kravet kan därför inte anses utesluta tillräcklig konkurrens i upphandlingen. Att kommunen i en annan upphandling bedömt att det finns skäl att utforma kvalificeringskrav på ett annorlunda sätt innebär inte att kommunen i nuvarande upphandling måste utforma sina krav på samma sätt. Att bolaget som en av flera leverantörer på marknaden inte klarar uppställt krav medför inte att det kan anses oproportionerligt.

När det gäller omsättningskravet anför kommunen bl.a. följande. Kommunen har, i enlighet med 5 kap. 3-5 §§ LOU uppskattat värdet av upphandlingen till det totala belopp som enligt kommunen kan komma att betalas enligt det avtal som är föremål för upphandlingen. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfördran

skickas ut eller då kommunen påbörjar upphandlingsförfarandet. Vid dessa tidpunkter kan inte kommunen veta vilka priser som anbudsgivare kommer att offerera i upphandlingen. Den enda säkra informationen som kommunen har tillgång till, när kraven på omsättning bestäms, är de historiska uppgifterna om vad kommunen tidigare betalat och i nuläget betalar för motsvarande tjänster. Kommunen måste därför kunna utgå från dessa empiriska data vid bestämmande av kontraktets värde och därmed även lägga det till grund för bestämningen av kravet på omsättning i 14 kap. 4 § LOU vilket är precis vad kommunen gjort i den nu aktuella upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Enligt 4 kap. 1 § LOU får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphand-

lingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s.91). En bedömning enligt proportionalitetsprincipen ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

I 14 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet i upphandlingen får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade avseende bl.a. ekonomisk och finansiell ställning. Ett sådant krav får innebära att leverantören ska ha en viss minsta årsomsättning. Kravet får dock inte bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen. Detta framgår av 14 kap. 3-4 §§ LOU.

Av förarbetena till 14 kap. 4 § LOU (prop. 2015/16:195, s. 1 094) framgår att bestämmelsen tillkommit som ett led i implementeringen av artikel 58 tredje punkten av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). I första punkten i samma artikel anges att de krav på ekonomisk och finansiell ställning som en upphandlande myndighet får ställa på ekonomiska aktörer som krav för deltagande ska begränsas till vad som är lämpligt för att se till att anbudssökanden eller anbudsgivaren har den rättsliga och finansiella förmåga samt att de besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Vidare framgår att alla krav ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Av punkt 83 i direktivets preambel framgår att alltför högt ställda krav på ekonomisk och finansiell kapacitet ofta utgör ett omotiverat hinder för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling. Alla sådana krav bör ha samband med

kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De upphandlande myndigheterna bör särskilt inte få lov att kräva att ekonomiska aktörer ska ha en minimiomsättning som inte står i proportion till kontraktsföremålet; kravet bör normalt inte överskrida mer än två gånger det uppskattade kontraktsvärdet.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter hen grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69). Det är den part som ansökt om överprövning av upphandlingen som har att visa att denne lidit eller kan komma att lida skada av de påstådda bristerna i upphandlingen (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om referenskravet och omsättningskravet strider mot proportionalitetsprincipen eller utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Strider referenskravet mot proportionalitetsprincipen?

Av kommunens upphandlingsdokument framgår bl.a. att anbudssökanden ska ha sådan kapacitet och erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Som bevis för att anbudssökanden har tillräcklig kapacitet och erfarenhet för att utföra uppdraget krävs att anbudssökanden ska ha utfört minst två likvärdiga referensuppdrag.

Syftet med det uppställda kravet på referenser från två olika uppdrag är enligt kommunen att säkerställa att potentiella leverantörer har tillräcklig erfarenhet av att genomföra sådana uppdrag som är föremål för aktuell upp-

handling. Det ställda kravet framstår, enligt förvaltningsrättens uppfattning, som både lämpligt och effektivt för att uppnå detta syfte. Bolaget kan därtill inte anses ha visat att kravet inte varit nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Vad bolaget anfört om att det levererat i stort sett samma tjänst tidigare förändrar inte denna bedömning. Den negativa effekt som uppställda krav kan få för bolaget kan heller inte anses vara oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Det aktuella kravet kan således inte anses strida mot proportionalitetsprincipen. Vidare är i målet ostridigt att det finns åtminstone tre leverantörer i branschen som uppfyller kravet, vilket gör att det finns en godtagbar konkurrens. Förvaltningsrätten anser därför att de negativa effekter som kravet har för mindre aktörer eller konkurrensen inte är oproportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet.

Strider omsättningskravet mot proportionalitetsprincipen?

Av kommunens upphandlingsdokument framgår att beställningsvolymen under den sammanlagda avtalstiden, inklusive eventuella förlängningsoptioner, uppskattas till cirka 65 miljoner kr. Av ska-kraven framgår att anbudssökande under de senaste två åren ska ha haft en omsättning per år om lägst 130 miljoner kr avseende det område som omfattas av upphandlingen.

Kommunen har anfört att kommunen lagt de historiska uppgifterna om vad kommunen tidigare betalat och i nuläget betalar för motsvarande tjänster till grund för bestämningen av omsättningskravet.

Krav på att en anbudssökande ska ha en viss omsättning har en naturlig koppling till föremålet för upphandlingen. Ett omsättningskrav kan även anses nödvändigt för att säkerställa att leverantören kommer ha förmåga att leverera enligt avtalet. Omsättningskravet i aktuell upphandling är satt inom ramen för vad LOU tillåter. Eftersom upphandlingen ska gälla i minste tre år och högst sex år anser förvaltningsrätten att det är befogat av kommunen att

sätta omsättningskravet i relation till upphandlingens totala storlek, för att säkerställa kontinuitet över hela kontraktperioden och ha marginal för en eventuell nedgång i leverantörernas förmåga. Kravet kan därför inte anses gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet.

Kravet missgynnar de aktörer som har för låg omsättning för att kvalificera sig för att delta i upphandlingen. Detta ligger dock i omsättningskravets natur och det har inte framkommit något som tyder på att missgynnandet varit otillbörligt. Som framgått ovan bedömer förvaltningsrätten att kravet har varit ägnat att uppfylla legitima syften. Vidare finns åtminstone tre leverantörer i branschen som uppfyller kravet, vilket gör att det finns en godtagbar konkurrens. Förvaltningsrätten anser därför att de negativa effekter som kravet har för mindre aktörer eller konkurrensen inte är oproportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet.

Sammanfattande bedömning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte är visat att upphandlingen genomförts i strid med LOU. Bolaget har följaktligen inte lidit skada och kan heller inte komma att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta överklagande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Kerstin Andres
Rådman

Marie Nygren har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.