



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-03-19
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 1244-12
 Enhet 14

SÖKANDE

Statistikkonsulterna Jostat & Mr Sample AB, 556583-3372
 Gårdavägen 1
 412 50 Göteborg

MOTPART

Husbyggnadsvaror HBV Förening u.p.a., 702000-9226
 Box 42059
 126 13 Stockholm

SAKEN

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

| | |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012-03-21 | |
| Avd | |
| Dir | |
| Doss | Aktbil |

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 30 januari 2012 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 219190

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

Husbyggnadsvaror HBV Förening AB (HBV) genomför en upphandling av ramavtal avseende hyresgästenkäter, referens nr 12-148. Upphandlingen genomförs i form av ett öppet förfarande. Upphandlingen påbörjades i augusti 2011.

Statistik konsulterna Jostat & Mr Sample AB (bolaget) har ansökt om överprövning enligt LOU.

Förvaltningsrätten har den 30 januari 2012 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Vid tidpunkten för beslutet hade tidsfristen för att komma in med anbud inte löpt ut.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten beslutar att kravet på viss omsättning (D) och kravet på viss typ av undersökning (E) ska utgå. Vidare yrkar bolaget i första hand att anbudstiden förlängs i skälig omfattning, minst tre veckor från rättsens beslut och i andra hand att upphandlingen görs om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

De aktuella villkoren som HBV ställer upp kommer att begränsa antalet tänkbara anbudsgivare mycket kraftigt. HBV:s krav är inte proportionerliga. Bolaget har inga möjligheter att lägga ett anbud och lider därmed skada av begränsningarna.

Krav D - omsättning

Kravet på omsättning inom det upphandlande området är inte rimligt. För underleverantörernas del kan det vara relevant att kräva erfarenhet baserat på antal enkäter eller antal respondenter som ska hanteras. Omsättningen

däremot är irrelevant bl.a. eftersom denna kommer att vara beroende av insamlingsmetod. Anbudsgivare som arbetat med billigare metoder kommer att missgynnas även om undersökningens omfattning varit stor. Även anbudsgivare som idag omsätter mindre än fyra miljoner kronor kan vara kapabla att utföra uppdraget, speciellt som en större del av uppdraget kommer att omfatta arbetsuppgifter som underleverantörer utför. Då huvudleverantören analyserat data insamlat via en annan leverantör eller uppdragsgivaren själv leder det till att huvudleverantörens omsättning ifråga är låg trots att undersökningen både är omfattande och komplex.

Krav E – Erfarenhet av liknande uppdrag

Kravet på att undersökningarna ska handla specifikt om hyresgäster är irrelevant och svarar inte mot ett berättigat behov. Skillnaden mellan att undersöka privatpersoner i egenskap av hyresgäst eller i någon annan roll är nästan obefintlig. Metodiken är i princip densamma vad gäller huvudleverantörens uppgifter och skiljer sig inte alls vad gäller underleverantörens uppgifter.

Fördröjning av handläggningen

Handläggningen gentemot HBV och i förvaltningsrätten fördröjer bolagets och andras arbete med att lämna anbud. Bolaget har inte kunnat lämna anbud med mindre än att förvaltningsrätten bifaller deras yrkanden. Skulle rätten bifalla bolagets krav återstår endast en mycket kort tidsfrist att lämna anbud varför bolaget inte behandlas likvärdigt med de anbudsgivare som både före och efter förvaltningsrättens dom uppfyller alla skallkrav.

Snedvridning av konkurrens

Kraven D och E leder sammantaget till att det endast är en till två anbudsgivare som har möjlighet att komma i fråga. Detta innebär att HBV kringgår syftet med LOU genom att på förhand begränsa möjliga anbudsgivare. Eftersom kraven inte har ett berättigat syfte eller baseras på proport-

ionalitet strider förfarandet mot LOU. Vidare innebär argumentet att det ska gå att jämföra resultaten med andra undersökningar av hyresgäster att endast företag som genomfört exakt sådana undersökningar för specifika medlemmar kan komma i fråga. Nya leverantörer, stora som små, kan omöjligt genomföra en sådan jämförelse då data inte är tillgängliga för dem. Genom att ställa detta krav utan att tillhandahålla grunddata stänger man ute alla tänkbara konkurrenter till nuvarande eller nyliga leverantörer hos HBV, eller betydande medlemmar i HBV. Förfarandet strider mot kravet på ömsesidigt erkännande enligt 1 kap 9 § LOU och de grundläggande principer som LOU är till för att skydda.

Bolaget ger in förfrågningsunderlag och kopia på frågedialog med HBV.

HBV bestrider bifall till ansökan och yrkar i första hand att ansökan ska avvisas och i andra hand den ska lämnas utan bifall. Till stöd för sin talan anför de bl.a. följande.

HBV har inte handlat i strid med principen om proportionalitet enligt LOU och inte heller i övrigt agerat i strid med LOU. Bolaget har därmed inte lidit eller kommer inte heller att lida skada. Kravet på omsättning och kravet på erfarenhet av hyresgästenkäter är båda proportionerliga.

Krav D - omsättning

HBV har i förfrågningsunderlaget angett att volymen föregående år var ca 1,5 miljoner kr per år och bedöms öka. HBV bedömer att anbudsgivaren ska ha en omsättning på minst fyra miljoner kr gällande marknads-, kund-, hyresgäst- och/eller medarbetarundersökningar för att ha en tillräckligt stor organisation för att kunna hantera flera parallella uppdrag samtidigt. Hyresgästenkäter genomförs generellt vid en av två tidpunkter per år, vår eller höst, vilket skapar en intensiv arbetsinsats under en relativt kort period. I förfrågningsunderlaget anges också att anbudsgivaren ska kunna redovisa

för att uppdraget har tillgång till resurser för att klara av att genomföra tio parallella uppdrag åt HBV:s medlemmar och i Föreskrifter anges tidangivelsen max 15 veckor från det att beställning sker till redovisning av resultat. Anbudsgivarna har i enlighet med LOU möjlighet att inge gemensamt anbud och därvid åberopa resurser från annan leverantör och på så vis uppfylla uppställt krav. Bolaget har särskilt i sin ansökan angett att de ofta samarbetar med underleverantörer. HBV ställer sig frågande till om bolaget inte uppfyller kravet på omställning. Till förfrågningsunderlaget har bifogats en medlemsförteckning. Omsättningskravet ska ställas i proportion till att HBV har ca 850 000 medlemmar och att flera av dessa har över 20 000 lägenheter i sitt bestånd. Vidare finns HBV:s medlemmar utspridda över hela Sverige. För att leverantören ska kunna uppfylla punkt A.1 Tider samt A.5 Enkätunderlag i Föreskrifter måste leverantören visa på det ställda kravet på omsättning för att därmed säkerställa möjlighet att hålla i tio parallella uppdrag enligt kravet på beskrivning av resurser. I inledningskedet av varje hyresgästundersökning ska moment A och B enligt Föreskrifter A.7 genomföras vilket innebär ett fysiskt möte mellan beställare och leverantör som medför resor över hela Sverige. Leverantörens organisationsförmåga är kopplad till dess omsättning då omsättningskravet är ställt i proportion till hur många projektledare leverantören förutsätts ha kapacitet att tillhandahålla.

Krav E – Erfarenhet av liknande uppdrag

Det är en absolut nödvändighet att leverantören ska ha erfarenhet av just hyresgästenkäter för att kunna genomföra uppdraget. Kravet innebär en yrkesmässig erfarenhet av att konstruera frågeställningar till hyresgäster gällande specifika frågeområden. Det är ofta av stor vikt för HBV:s medlemmar att kunna jämföra sina resultat med varandra vilket ställer krav på leverantörens kunskap inom området hyresgästenkäter samt kunskap om att kunna konvertera undersökningar gjorda i annan modell/skala till sin egen modell/skala. Det övergripande syftet med hyresgästenkäten är att

leverantören ska kunna identifiera styrkor och svagheter samt definiera var åtgärder och förbättringar kan sättas in i verksamheten. Även här har anbudsgivare en möjlighet att inge gemensamt anbud och åberopa resurser från annan leverantör. I 11 kap 13 § LOU anges att vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar t.ex. tjänster får särskild vikt fästas vid erfarenhet. HBV:s största medlem har 30 000 lägenheter och ett krav på att ha genomfört en hyresgästundersökning omfattande minst 7500 lägenheter är relevant. Vidare är det av intresse att veta att leverantören klarar av att hantera och ta emot ett relativt stort antal svar.

Fördröjning av handläggningen

HBV anser att det inte finns någon möjlighet för förvaltningsrätten att besluta om förlängd anbudstid.

Snedvridning av konkurrens

HBV tillbakavisar att endast en-två anbudsgivare skulle ha möjlighet att komma i fråga samt att HBV kringgår syftet med LOU genom att begränsa möjliga anbudsgivare. Vid anbudstidens utgång hade fem leverantörer inkommit med anbud, vilka alla kvalificerade sig till utvärdering. Det stämmer inte att endast företag som arbetat åt HBV:s medlemmar kan uppfylla kravet. Kravet är kopplat till hyresgästundersökningar i allmänhet, inte till just HBV:s medlemmar och det finns många privata fastighetsägare men även andra statliga fastighetsägare som har många lägenheter. Upphandlingen skrider inte mot 1 kap 9 § LOU då förfrågningsunderlag och anbudsformulär har tydligt angivna krav samt beskrivning av hur utvärdering av inkomna anbud genomförs.

HBV ger in föreskrifter och förfrågningsunderlag för upphandlingen.

Bolaget bestrider yrkandet om att ansökan ska avvisas, vidhåller sin inställning i övrigt och anför bl.a. följande.

Krav D - omsättning

Tidigare omsättning är ett irrelevant mått i detta fall. I andra hand är fyra miljoner kr i omsättning oproportionerligt högt. Om man antar att fördelningen mellan huvud- och underleverantör är 50/50 betyder det att bolagets förväntade omsättning i uppdraget uppgår till 750 000 kr. Ett uppdrag värt 750 000 kr är fullt hanterbart med betydligt mindre omsättning än fyra miljoner kr. Omsättningskravet svarar inte mot ett berättigat behov hos HBV. Inget av HBV:s argument motiverar ett krav på viss omsättning. Uppdragets komplexitet styrs inte av det totala antalet lägenheter utan storleken på urvalet av lägenheter. Uppdraget förutsätter att ett mindre urval ska undersökas och detta har ingen direkt relevant koppling till omsättning. Vad gäller argumentet att uppdrag kan beställas från hela landet kan uppdraget till stora delar utföras på distans och därför kommer i första hand anbudsgivarens organisationsförmåga att vara avgörande. Denna är inte direkt kopplad till omsättning. Beträffande att anbudsgivaren ska kunna hantera tio parallella uppdrag är det vanligt förekommande att enkäthanteringen sköts av en underleverantör. Omsättningen hos huvudleverantören kommer därför att ha ringa samband med förmågan att klara flera parallella uppdrag. HBV riktar dock kravet mot huvudleverantören.

Krav E – Erfarenhet av liknande uppdrag

HBV kräver att leverantören både har genomfört ett visst antal hyresgästundersökningar och att dessa har ett minsta antal respondenter. Bolaget betraktar uppdraget som uppdelat i två delar; A) Projektledning, planering, analys och rapport, B) Datainsamling. Samtliga moment under A är oberoende av antalet enkäter som ingår i undersökningen. Eftersom momenten under A inte är beroende av antalet respondenter så innebär det att det är oskäligt att ställa detta krav på den leverantör som ska svara för moment A. Momenten under B är däremot beroende av antalet respondenter men i detta moment är det irrelevant att respondenten är hyresgäst. HBV:s argu-

ment avseende kravet att tidigare uppdrag ska gälla specifikt hyresgäst-enkäter är irrelevanta.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter skall 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 11 kap. 13 § LOU anges följande. Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggtreprenad, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

I 16 kap. 5 § LOU i tillämplig lydelse 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte framkommit några omständigheter som utgör grund för att avvisa ansökan. HBV:s yrkande om att avvisa ansökan ska därför avslås.

Vad avser bolagets yrkande om fördröjning av handläggningen konstaterar förvaltningsrätten att det enligt LOU inte finns någon rättslig möjlighet att förordna om att anbudstiden ska förlängas. Yrkandet ska därför avslås.

Frågan i målet är först om kraven på omsättning och på tidigare erfarenhet av hyresgästenkäter strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap 9 § LOU.

Av EU-domstolens praxis följer att bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska utföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen i tre steg. Till en början bedöms om åtgärden i fråga är lämplig och effektiv för att åstadkomma det uppgivna syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms huruvida den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, i detta fall kvalificeringskravet, är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet (se Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 3477-09 samt Konkurrensverkets yttrande den 15 juli 2008 i Kammarrättens i Stockholm mål nr 4283-08).

Krav D - omsättning

Kravet på omsättning enligt förfrågningsunderlaget är att anbudsgivaren för år 2010 ska ha haft en omsättning för marknads-, kund-, hyresgäst- och/eller medarbetarundersökningar motsvarande minst fyra miljoner kr.

Bolaget har i första hand anfört att kravet på omsättning i detta fall är irrelevant bl.a. eftersom denna kommer att vara beroende av insamlingsmetod. I andra hand har bolaget anfört att omsättningskravet är för högt och att även anbudsgivare som idag omsätter mindre än fyra miljoner kronor kan

vara kapabla att utföra uppdraget, speciellt som en större del av uppdraget kommer att omfatta arbetsuppgifter som underleverantörer utför.

HBV har anfört att syftet med kravet på omsättning är att visa att anbudsgivaren har en tillräckligt stor organisation för att kunna hantera flera parallella uppdrag samtidigt och att hyresgästenkäter generellt genomförs vid en av två tidpunkter per år, vår eller höst, vilket skapar en intensiv arbetsinsats under en relativt kort period. HBV har vidare anfört att anbudsgivarna har möjlighet att inge gemensamt anbud och åberopa resurser från annan leverantör för att uppfylla uppställt krav.

Omsättningskravet får enligt förvaltningsrättens mening anses som både lämpligt och effektivt för att åstadkomma det uppgivna syftet med kravet. Omsättning är ett relevant mått på ett bolags storlek och organisation. Kravet är inte heller för högt ställt med beaktande av upphandlingens omfattning. Det inte finns något mindre ingripande alternativ utan omsättningskravet får anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekten som kravet medför för anbudsgivare med lägre omsättning är inte oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Ett bolag med lägre omsättning har möjlighet att åberopa en underleverantörs omsättning och därmed tillsammans uppnå omsättningskravet. Omsättningskravet är således inte oproportionerligt.

Krav E – Erfarenhet av liknande uppdrag

Enligt förfrågningsunderlaget innebär kravet att anbudsgivaren de senaste tre åren ska ha erfarenhet av att genomföra hyresgästundersökningar. Omfattningen ska motsvara sex hyresgästundersökningar där fyra ska omfatta minst 1000 lägenheter/undersökning, en ska omfatta minst 5000 lägenheter/undersökning samt en ska omfatta minst 7500 lägenheter per undersökning.

Bolaget har anfört att kravet på att undersökningarna ska handla specifikt om hyresgäster är irrelevant och inte svarar mot ett berättigat behov.

Bolaget riktar sig mot att HBV både kräver att leverantören har genomfört ett visst antal hyresgästundersökningar och att dessa har ett minsta antal respondenter.

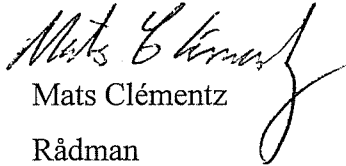
HBV har anfört att kravet innebär en yrkesmässig erfarenhet av att konstruera frågeställningar till hyresgäster gällande specifika frågeområden. Vidare har HBV anfört att det ofta är av stor vikt för HBV:s medlemmar att kunna jämföra sina resultat med varandra vilket ställer krav på leverantörens kunskap inom området. Det övergripande syftet med hyresgästenkäten är enligt HBV att leverantören ska kunna identifiera styrkor och svagheter samt definiera var åtgärder och förbättringar kan sättas in i verksamheten.

Mot bakgrund av vad som framkommit om den aktuella upphandlingens karaktär och omfattning samt att det uppställda kravet även kan uppfyllas genom underleverantörer får kravet enligt förvaltningsrättens mening anses erforderligt för att säkerställa syftet med upphandlingen. Kravet står därför i rimlig proportion till det som upphandlas och strider således inte mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattning

Det har i målet inte framkommit några omständigheter som visar att HBV brutit mot någon annan grundläggande princip eller bestämmelse i LOU. Förvaltningsrätten anser att förutsättningar för ett ingripande enligt LOU saknas. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Mats Clémentz

Rådman

Föredragande har varit Malin Adolfsson.



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