



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2020-01-08

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (9)

Mål nr

24229-19

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 biträdande jurist Jörgen Skalmerud
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

2. Hüge Bostäder AB, 556149-8121
Box 1144
141 24 Huddinge

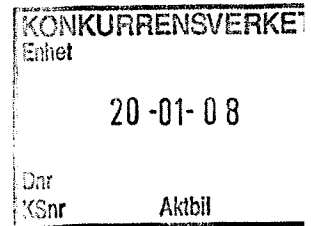
3. Huddinge Samhällsfastigheter AB, 556536-9666
Box 1143
141 24 Huddinge

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 1177183

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	-	måndag–fredag 08:00–16:00
		E-post: avd32.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND

Huddinge kommun genomför tillsammans med sina helägda bolag Huga 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, LOU. Kommunen meddelade den 18 oktober 2019 tilldelningsbeslut. IP-Only Networks AB (IP-Only) har inte lämnat något anbud i upphandlingen.

IP-Only har tidigare, innan kommunens tilldelningsbeslut, ansökt om överprövning av i målet aktuell upphandling. Förvaltningsrätten i Stockholm beslutade i dom den 26 juni 2019 (mål nr 6826-19) att avslå ansökan. IP-Only överklagade till Kammarrätten i Stockholm som beslutade att inte meddela prövningstillstånd (mål nr 4925-19) och till Högsta förvaltningsdomstolen som inte heller meddelade prövningstillstånd (mål nr 5635-19).

YRKANDEN M.M.

IP-Only yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Referenskravet och omsättningskravet i upphandlingen strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen. På grund av de oproportionerligt högt ställda kraven på referensuppdrag och omsättning har IP-Only förhindrats att delta i upphandlingen. IP-Only har således 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 IP-Only i huvudsak följande. I upphandlingen finns ett obligatoriskt krav på referensuppdrag. Enligt kravet ska leverantören kunna ange två referensuppdrag som vardera motsvarar det

som nu är föremål för upphandlingen med en omfattning om minst 3 500 fasta och mobila abonnemang där minst 1 500 ska vara mobila. En nivå på 3 500 anknytningar är en hög nivå som i sig kan vara konkurrensbegränsande. Att därtill kräva att två av referensuppdragen ska ha denna höga nivå är starkt konkurrensbegränsande mot bakgrund av att endast ett fåtal aktörer i branschen har tidigare uppdrag av den storleken. Kravet på två referensuppdrag på vardera 3 500 anknytningar är oproportionerligt högt. Detta är särskilt tydligt då det är IP-Only som sedan mars 2013 levererar tjänsten åt kommunen enligt befintligt avtal. Det är i princip samma tjänst i det avtalet som den som upphandlas nu. Antalet anknytningar har aldrig varit lägre än den omfattning som beskrivs i den nu aktuella upphandlingen. I den förra upphandlingen ställdes inte något krav på att referensuppdrag skulle ha en viss mängd anknytningar och det saknas skäl att ställa högre krav idag, dels då omfattningen av uppdraget inte är större än tidigare upphandling, dels då IP-Only efter den förra upphandlingen levererat avtalsenligt och med god kvalitet. IP-Only konkurrerar på en marknad med ett begränsat antal leverantörer och saknar reell möjlighet att återopa kapacitet hos någon av de aktörer som deltar i upphandlingar som dessa på egen hand.

Vad gäller omsättningskravet anför IP-Only i huvudsak följande. Kravet på att leverantören ska ha en årlig omsättning på lägst 130 miljoner kr avseende det område som omfattas av upphandlingen är oproportionerligt högt ställt i förhållande till vad som upphandlas. För det första är det uppskattade värdet av kontraktsföremålet alldeles för högt räknat. Angivandet av 65 miljoner kr är baserat på dagens avtal. Det är i branschen allmänt känt att det har skett en i det närmaste halvering av kostnaderna inom telefoni sedan det tidigare avtalet träffades. Ett mer korrekt uppskattat värde av upphandlingen är 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. De lämnade anbudspriserna ligger på i

snitt ca 3 miljoner kr per år, vilket ger ett totalt kontraktsvärde på ca 18 miljoner kr. Det är uppenbart att kommunens uppskattning av värdet har varit felaktig i förhållande till rådande prisläge i branschen. För det andra ifrågasätts om bestämmelsen i 14 kap. 4 § LOU ska tolkas på så 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 så att den istället ska förstås så att den årliga omsättningen ska jämföras med det uppskattade värdet av upphandlingen per år och inte på hela kontraktstiden. Kravet på omsättning har under alla förhållanden satts för högt av samma skäl som angetts avseende kravet på referensuppdrag. IP-Only har under de senaste sex åren utan svårighet klarat av att utföra i princip samma tjänster som nu upphandlas, trots att det inte uppfyller det omsättningskrav som ställs i nu aktuell upphandling. Det är således 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.

Den aktuella upphandlingen är en förnyad upphandling av samma tjänst som IP-Only utfört åt kommunen under sex års tid. Trots att IP-Only uppenbarligen har tillräcklig förmåga att utföra tjänsten har kommunen medvetet och utan angivande av något objektiva skäl satt kraven högre än vid föregående upphandling. Det är tydligt att kraven ställts högre än vad som är nödvändigt för att uppnå det med LOU förenliga målet att få lämpliga leverantörer till det kontrakt som upphandlas. Det är också tydligt att den fördel som kommunen vinner med att ställa de aktuella kraven inte står i rimlig proportion till den skada som kraven förorsakar IP-Only. På det sätt som kraven är ställda är det tydligt att IP-Only missgynnas i förhållande till andra leverantörer på ett otillbörligt sätt.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Det är förenligt med proportionalitetsprincipen, likabehandlingsprincipen och LOU i övrigt att ställa upp krav på referenser och en viss omsättning på det sätt som gjorts i upphandlingen. Kravet på två referensuppdrag har uppställts i syfte att säkerställa att den leverantör som tilldelas kontraktet är en av de mest lämpliga leverantörerna på marknaden, vilket visas genom erfarenhet och förmåga att utföra uppdrag av aktuell typ. Kravet på en viss omsättning har ställts för att säkra att leverantören kommer ha förmåga att leverera enligt avtalet genom hela kontraktsperioden. Dessa syften har tidigare ansetts befogade och nödvändiga av förvaltningsrätten.

Angående referenskravet har kommunen för det första 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. För det andra är nivån som efterfrågas avseende referensuppdragens omfattning inte konkurrensbegränsande. Totalt inkom tre ansökningar under anbudsförfarandet. Ingen av dessa anbudsgivare har uteslutits från förfarandet på grund av bristande uppfyllelse av kravet, vilket visar att det fanns flera aktörer som kunde uppfylla kravet på minst två referensuppdrag. IP-Only hade möjlighet att åberopa annans kapacitet för att uppfylla det ställda kvalificeringskravet. För det tredje finns det stöd i kammarrättspraxis för att krav på såväl två som tre referensuppdrag är förenliga med proportionalitetsprincipen och

därmed även med LOU. Kravet är både relevant för upphandlingsföremålet samtidigt som det fortfarande finns tillräckligt med konkurrens på marknaden. Angående omsättningskravet finns det inte utrymme för att tolka 14 kap. 4 § LOU på det sätt som IP-Only påstår. Regeln i 5 kap. 3 § LOU är klar och entydig när det konstateras att det uppskattade värdet är det totala beloppet som ska betalas, vilket också framgår av förarbetena. Vidare framgår av 5 kap. 5 § LOU att uppskattningen av värdet ska avse värdet vid den tidpunkt när anbudsinfördran skickas ut eller då kommunen påbörjar upphandlingsförfarandet. Vid denna tidpunkt kan kommunen inte veta vilka priser anbudsgivaren kommer att offerera i upphandlingen. Priserna kommer att variera beroende på många faktorer. 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 detta till grund för bestämningen av kravet på omsättning enligt 14 kap. 4 § LOU. Detta är precis vad kommunen har gjort i den nu aktuella upphandlingen.

IP-Only har inte lämnat några uppgifter som skulle tala för att bolaget har missgynnats i förhållande till andra leverantörer på ett otillbörligt sätt. Även om det finns anledning att anta att ett krav om referensuppdrag av en viss storlek och ett krav om en viss omsättning kan missgynna bolag kan detta inte i sig medföra att sådana krav strider mot likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

IP-Only har tidigare ansökt om överprövning av i målet aktuell upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2013 ref. 36 uttalat

att en förvaltningsdomstols avgörande i mål om överprövning av offentlig upphandling inte vinner negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten har därmed att pröva IP-Onlys ansökan i sak.

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.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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.

Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller det som upphandlas än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till kontraktsföremålet och det behov som ska täckas. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

Prövningen i förvaltningsrätten tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Förvaltningsrättens utredningsansvar är begränsat och för att ett ingripande mot en upphandling ska ske krävs i princip att den som gör gällande att upphandlingen är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter som denne grundar sin talan på. Det är den som ansöker om överprövning som

har att visa att det finns sådana brister i upphandlingen att det föreligger skäl för ett ingripande.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att pröva om de omständigheter som IP-Only fört fram medför att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen.

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

Förvaltningsrätten anser att de omständigheter som nu förts fram i allt väsentligt är desamma som var föremål för Förvaltningsrätten i Stockholms prövning i mål nr 6826-19. I det målet gjorde förvaltningsrätten bedömningen att den aktuella upphandlingens referenskrav och omsättningskrav inte strider mot proportionalitetsprincipen. Av de skäl som anges i förvaltningsrättens dom i mål nr 6826-19 gör förvaltningsrätten nu samma bedömning, dvs. att kraven i upphandlingen avseende referenser och omsättning får anses vara proportionerliga och i enlighet med LOU. Det som IP-Only har fört fram om att lämnade anbudspriser i upphandlingen nu bekräftar att värdet av upphandlingen uppskattats felaktigt ger inte anledning till någon annan bedömning. Det har inte kommit fram annat än att den av kommunen uppskattade beräkningen av det totala kontraktsvärdet vid

tidpunkten då upphandlingsförfarandet påbörjades har skett på objektiva grunder. Omsättningskravet är även satt inom ramen för bestämmelserna i LOU.

IP-Only har vidare gjort gällande att kraven på referensuppdrag och omsättning i upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen. En upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma vilka krav som i en upphandling ska ställas på leverantören. Som de aktuella kraven är utformade tillämpas de lika på alla leverantörer. Den omständigheten att kraven är högre ställda än i kommunens tidigare upphandling av liknande tjänster medför inte att kraven i den nu aktuella upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen. Det förhållandet att endast ett begränsat antal leverantörer kan uppfylla ett eller flera krav i en upphandling kan inte heller i sig anses medföra att kravet eller kraven står i strid med de grundläggande principerna (jfr EU-domstolens dom i mål C-513/99 Concordia). Det har i övrigt inte kommit fram något som talar för att likabehandlingsprincipen inte iakttagits.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte är visat att kommunen brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Förutsättningar för ingripande enligt LOU saknas därmed. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Karin Larsson Linnerhed
Förvaltningsrättsfiskal
Maria Brodin har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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 nyårsafton, 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.

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 avvisar 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 rättstillämpningen.
- 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.

