



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-03-25
Meddelad i
Stockholm

Sida 1 (11)

Mål nr
21612-10
Enhet 12

SÖKANDE
Meile AB, 556425-3341
Hornsgatan 51
118 49 Stockholm

MOTPART
Kammarkollegiet, 202100-0829
Box 2218
103 15 Stockholm

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

KONKURRENSAVDELNINGEN	
2010-03-26	
Avd	
Div	
Dosa	A120

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt 16 kap. LOU.

Länsrättens intermistiska beslut den 11 februari 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 4286

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, YRKANDEN M. M.

Kammarkollegiet genomför en ramavtalsupphandling bennämnd Uppdragskonsulttjänster inom IT-området, dnr 93-91-09 (Upphandlingen). Upphandlingen genomförs med selektivt förfarande. Sista dagen för att lämna in en anbudsansökan var den 29 oktober 2009. Urval enligt detta steg har gjorts och anbudsinbjudan för Upphandlingen har den 29 januari 2010 skickats ut. Sista dag för anbud var den 15 mars 2010.

Meile AB (Meile) har ansökt om överprövning och bl.a. yrkat att förvaltningsrätten underkänner Upphandlingen med hänvisning till att den bryter mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen, samt ålägger Kammarkollegiet att göra om Upphandlingen. Till stöd för sin talan anför Meile bl.a. följande. Kravnivåerna på bl.a. omsättning och kapacitet i Upphandlingen är mycket högt ställda. Enligt Meiles mening är kravnivåerna orimliga i relation till flertalet av de uppdrag som kan förväntas komma att upphandlas enligt ramavtalet. I kraven till inbjudan att lämna anbudsansökan anges att anbudsansökanden ska ha en omsättning om minst 20 MSEK enligt de senaste räkenskapsåret, hänförlig till IT-konsulttjänster. Vidare anges att anbudssökande ska förfoga över en leverantörskapacitet om totalt minst 50 konsulter under hela ramavtalsperioden. Det ska även finnas leveranskapacitet inom minst fem av sju kompetensområden. Det ramavtal som är tänkt att tecknas enligt den efterkommande upphandlingen avser alla statliga myndigheter plus ytterligare 21 avropsberättigade organisationer. Ramavtalet kommer att, av vad som nu framgår, avse all upphandling inom angivna områden från de största till de minsta uppdragen. I ansökningsinbjudan har Kammarkollegiet angett att om en avropande myndighet har behov av uppdragskonsulttjänster som omfattas av denna ramavtalsupphandling avropar myndigheten sådana konsulttjänster från detta ramavtal. Det framgår tydligt att Upphandlingen avser alla typer av uppdrag, även

nischuppsdrag som bara avser ett enda kompetensområde. Således kommer avropen inte endast att avse uppdrag av den storlek som leveranskapacitetskraven avser. Någon belopps- eller storleksbegränsning av uppdragen finns inte angiven, varken uppåt eller nedåt. De statliga myndigheterna som är beställare är i de allra flesta fall inte i behov av någon leverantör som uppfyller de höga kraven på leveranskapacitet. Genom att Kammarkollegiet ställer mycket höga kapacitetskrav på leverantörerna begränsas dessa redan inledningsvis till att omfatta endast de allra största. Detta sker utan att samtidigt begränsa ramavtalet till uppdrag där nämnda kapacitet behövs. Enligt Kammarkollegiet ska små uppdrag i det nedre skiktet ske med direktupphandling. Det finns dock inga spärrar för hur små insatserna kan vara. I praktiken kommer ramavtalet kanske inte, även om det är möjligt, att användas för de allra minsta uppdragen. I dylika fall kan myndigheterna göra en direktupphandling. Men ett sådant förfarande är också förknippat med restriktioner, bl.a. i form av starka beloppsbegränsningar och begränsningar i anlitaandet av samma leverantör. För alla uppdrag över de begränsade direktupphandlingsnivåerna måste myndigheten antingen använda Kammarkollegiets ramavtal eller göra en egen anbudsupphandling. Kammarkollegiet tycks mena att alla mindre företag, såvida de inte gått ihop i konsortier om minst 50 konsulter och får ett ramavtal, får hålla tillgodo med att dela upp de små uppdrag som ryms inom gränserna för direktupphandling. Kammarkollegiet stänger därmed hela den statliga sektorn inte bara för Meile utan även för alla andra mindre företag, avseende alla uppdrag utom de allra minsta. Kammarkollegiet framhåller att små företag kan delta i Upphandlingen genom att bilda konsortier med underleverantörer. Att den möjligheten finns är bra om det behövs för att skapa kapacitet för ett uppdrag som kommer att avropas. Men detta är inte det primära skälet för ett konsortium i Upphandlingen. Här ska kapaciteten skapas för att uppnå en kravgräns utan direkt anknytning till storleken på

enskilda uppdrag. Den ska skapas till en uppskattad volym av många sammanlagda uppdrag, utan koppling till varandra eller samma kund. Proportionalitetsprincipen är inte knuten till en kravgräns som i det här fallet för en uppskattad samlingsvolym av uppdrag för en period, utan till de enskilda avropens storlek och den kapacitet som behövs för vart och ett av dessa. Att hävda att LOUs öppning för användande av underleverantörer skulle neutralisera proportionalitetsprincipen är inte korrekt. Att göra gällande att krav på kapacitet om 50 konsulter skulle uppfylla proportionalitetsprincipen även för de minsta uppdragen lär knappast ligga i linje med lagstiftarens intentioner. I ansökningsinbjudan uppges att Kammarkollegiet beräknar att omsättningen kommer att uppgå till ca 90-100 MSEK årligen under ramavtalsperioden. Det framgår inte hur många och hur stora uppdrag detta syftar på. Kammarkollegiet anger bara att det rör sig om ett stort antal uppdrag. Om man antar att det rör sig om 100 uppdrag medför det en genomsnittlig uppdragsstorlek på en miljon kronor, vilket i sin tur medför att klart mer än hälften av uppdragen kommer att understiga denna summa. Detta är inte i proportion till de storskaliga behov Kammarkollegiet säger sig ha.

Kravet på att leverantören tidigare ska ha genomfört uppdrag i upp till åtta olika städer inte kan anses vara någon fördel för de flesta upphandlande myndigheter. Det är knappast någon skillnad på uppdragens kvalitet beroende på inom vilken stads-/kommun-/regiongräns de utförts. För flertalet myndigheter är det troligen av minimalt intresse om leverantören har levererat eller fortsättningsvis kan leverera på andra orter än där myndigheten är belägen. Det enda som är intressant är om konsulter kan inställa sig på myndighetens placeringsort eller alternativ ort där uppdragen ska utföras.

Meile lider på grund av obefogat höga krav i aktuell anbudsinbjudan skada genom att bolaget inte ges möjlighet att delta i en ramavtalsupphandling

(anbudsansökan respektive anbud) och konkurrera med andra företag på villkor som är proportionella mot vad som är ändamålsenligt. Därtill kommer att de höga kraven, vilka även ger en oligopolliknande tillgång till mindre uppdrag, ensidigt gynnar större leverantörer och således inte uppfyller likabehandlingsprincipen. På samma grunder torde ett stort antal mindre företag också lida skada på grund av obefogat höga krav som ställts i Upphandlingen. I ett vidare perspektiv bör sannolikt nuvarande gynnande av större leverantörer till nackdel för mindre leverantörer kunna skada konkurrensen och i förlängningen ge negativa effekter på näringslivet och myndigheternas framtida möjlighet att nyttja marknadens effektivitet.

Kammarkollegiet bestrider bifall till ansökan. Till stöd för sin talan anför de bl.a. följande. Kammarkollegiets *skall-krav* i inbjudan är sakligt grundade. Kammarkollegiet har inte brutit mot 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Inbjudan är i enlighet med de grundläggande principerna om likabehandling, ickediskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna medför att Meile lidit eller kan komma att lida skada. Någon grund för att Upphandlingen ska avbrytas och göras om med nya omformulerade *skall-krav* föreligger därför inte. Av Meiles ansökan att döma baseras Meiles uppfattning på företagets egna begränsade erfarenhet av nischade konsulttjänster per timme. Meile förefaller således inte ha förstått vad det grundläggande föremålet för Upphandlingen är. Meiles huvudinvändning är att många uppdrag endast kommer omfatta ett kompetensområde och en begränsad insats i timmar som ofta inte ens kräver annat än en resurs på deltid. Meile tycks inte förstå att Upphandlingen gäller uppdragskonsulttjänster, det vill säga fastpris-uppdrag, som vanligtvis omfattar flera kompetensområden. Upphandlingen omfattar inte resurser per timme annat än i undantagsfall. Meile

är enligt egen utsaga nischade leverantörer inom endast ett kompetensområde och det är inte den typen av leverantörer Upphandlingen vänder sig till. Meile har haft alla möjligheter att gå ihop med andra leverantörer till exempel i ett konsortium, som underleverantör eller knyta underleverantörer till sig. Det finns inga hinder mot detta i Upphandlingen. Vad Upphandlingen kräver är dock en bred och stor leveranskapacitet med hänsyn tagen till föremålet för Upphandlingen. Detta är det behov som Upphandlingen och kravställningen syftar till att tillgodose.

Kammarkollegiet har likabehandlat samtliga i anbudsansökan. Kammarkollegiet saknar dock rättslig möjlighet att därutöver positivt särbehandla småföretag i den utsträckning som bifall till Meiles ansökan förutsätter. Meiles ansökan grundar sig på missuppfattningen att det finns en skyldighet att särskilt gynna små- och mikroföretag så att "alla" tänkbara leverantörer ska få lämna anbud. Kammarkollegiet har emellertid uppfyllt sina skyldigheter under proportionalitetsprincipen genom att de har beaktat småföretags möjligheter att delta i Upphandlingen. Upphandlingen är upprättad så att reglerna i 5 kap. LOU om ramavtal och förnyad konkurrensutsättning uppfylls. Detta innebär att myndigheterna ska följa 5 kap. 7 § LOU och vid avrop vända sig till samtliga ramavtalsleverantörer som är i stånd att leverera kontraktet. För myndigheterna innebär det ett arbete med att ta fram nödvändiga underlag så att den förnyade konkurrensutsättningen kan genomföras. Ramavtalen är inte konstruerade för den situation som Meile beskriver i sin inlaga, det vill säga mycket små insatser med marginell betydelse för myndigheten. För små företag har det betydelse eftersom myndigheterna vid ett kompetensområde och en begränsad insats i timmar istället torde direktupphandla sådana begränsade tjänster i det fall så blir frågan om. Kammarkollegiet har ställt krav i proportion med, och med hänsyn till, föremålet för Upphandlingen. Föremålet för Upphandlingen är uppdrags-

konsulttjänster, det vill säga fastpris-uppdrag, som över 400 statliga myndigheter i hela Sverige kan avropa. Upphandlingen ska möjliggöra för att ett stort antal uppdrag ska kunna avropas samtidigt varför ramavtalsleverantörerna måste ha nödvändig kapacitet att leverera. Det kommer inte att förekomma resursuppdrag per timme som Meile felaktigt anger då resurskonsultuppdrag per timme täcks av övriga sju resurskonsultområden.

Meile menar att kravet på att leverantörerna ska ha en omsättning om minst 20 miljoner kronor per år är högre än vad som behövs och därmed ej ändamålsenligt. Kammarkollegiet anser att kravet på omsättning är sedvanligt, ändamålsenligt och legitimt för att verifiera ekonomisk stabilitet. Omsättningsnivån är satt med hänsyn till att det är viktigt att säkerställa att leverantören levererar konsulttjänster i dagsläget och under hela ramavtalsperioden samt samtidigt har grundkapacitet i företaget för att klara av att leverera enligt de avrop som kan ske med hänsyn tagen till föremålet för Upphandlingen. Vid formuleringen av detta krav har Kammarkollegiet tagit hänsyn till små och medelstora företag. Enligt Kommissionens rekommendation, den 6 maj 2003 (2003/361/EG), framgår det att definitionen av små företag är företag med under 50 anställda och med en årlig omsättning som understiger 10 miljoner euro (ca 100 miljoner kronor). Kammarkollegiet har beaktat Kommissionens rekommendation genom att sänka kravet ytterligare och endast kräva en årsomsättning om 20 miljoner kronor. Kammarkollegiet menar att det är ett lågt ställt krav och att ett företag med en aktiv verksamhet utan problem kan uppfylla kravet på den årsomsättningen.

Kammarkollegiet har inte framfört att kravet är att varje anbudsansökande själva ska ha 50 konsulter anställda. Anbudsansökande kan enkelt uppfylla detta krav tillsammans med underleverantörer eller genom att gå samman i

ett konsortium med andra anbudsansökande. Det framgår i kvalificeringskraven att anbudsansökande kan åberopa leveranskapacitet hos underleverantörer bara de vid fullgörande av kontraktet faktiskt förfogar över de resurser som åberopas som leveranskapacitet. Det finns inte heller något krav på att någon konsult behöver vara anställd av anbudsgivaren eller dess underleverantörer vid själva anbudstillfället. Kravet är att anbudssökande ska ha leveranskapacitet inom minst fem av sju kompetensområden. Såsom Kammarkollegiet påtalat är föremålet för Upphandlingen breda och övergripande fastprisuppdrag där det krävs konsulter inom flera olika kompetensområden.

Kammarkollegiet har inte ställt ett kvalificeringskrav på att anbudssökande ska ha utfört uppdrag på olika orter. Det framgår tydligt i anbudsinbjudan att detta är ett urvalskriterium som kommer att användas först om fler anbudsansökande kvalificerar sig än angiva högsta antalet. Det är dessutom steg två i ansökan som enbart genomförs om urval inte kan göras i steg ett. Kammarkollegiet har valt detta mervärde med hänsyn till att myndigheter runt om i Sverige kommer att avropa från det framtida ramavtalet och det är ett mervärde om en leverantör har erfarenheter av att koordinera leveranser till olika delar av landet. Kammarkollegiet har inte ställt krav eller givit mervärde på eventuella lokalkontor.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m. m.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndighet ska 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 11 kap. 2 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska

samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7-15 §§. Omfattningen av den information som avses i 6-15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

I 16 kap 1 § LOU anges följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § LOU 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I EG-domstolens dom i mål nr C-230/02 (Grossmann) anges följande under punkterna 28-30. För det fall att ett företag inte har avgivit något anbud, eftersom handlingarna avseende anbudsförfarandet eller kontraktshandlingarna innehåller specifikationer som påstås vara diskriminerande, vilket inneburit att företaget inte haft möjlighet att tillhandahålla alla de tjänster som avses, kan företaget söka prövning av dessa specifikationer direkt, även innan det berörda offentliga upphandlingsförfarandet avslutas. Det vore nämligen överdrivet att kräva att ett företag som påstås ha lidit skada genom diskriminerande klausuler i handlingarna avseende anbudsförfarandet ska avge ett anbud avseende det berörda upphandlingsförfarandet innan det kan utnyttja det prövningsförfarande av sådana specifikationer som föreskrivs i direktiv 89/665, trots att företagets möjligheter att tilldelas avtal skulle vara försumliga på grund av de ovannämnda specifikationerna. Det framgår å andra sidan tydligt av lydelsen i artikel 2.1 b i direktiv 89/665 att det prövningsförfarande som medlemsstaterna ska införa enligt det ovannämnda direktivet ska göra det möjligt att "åsidosätta ... olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer". Det ska därför vara möjligt för ett företag att söka prövning av sådana diskriminerande specifikationer direkt utan att upphandlingsförfarandet först ska slutföras.

Förvaltningsrättens bedömning

Det finns ingen regel i LOU som uttryckligen förbjuder en anbudsgivare att begära överprövning av ett upphandlingsförfarande innan ett tilldel-

ningsbeslut fattats. Av EG-domstolens dom i ovan nämnda mål nr C-230/02 (Grossmann) framgår att det ska vara möjligt för ett företag att direkt söka prövning av sådana diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer som återfinns i handlingarna avseende anbuds-förfarandet utan att det offentliga upphandlingsförfarandet först ska slutföras. Hinder föreligger därför inte för att ta upp Meiles ansökan till prövning.

I ett upphandlingsförfarande enligt LOU ingår en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. Syftet med kvalificeringsfasen är att säkerställa leverantörernas förmåga att leverera det som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i detta skede tar således sikte på leverantörerna. En upphandlande myndighet får enligt 11 kap. 2 § LOU ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. En sådant s.k. *skall-krav* ska godtas om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet med upphandlingen. Upphandlande myndigheter ska dock enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om en sökande kan anses ha visat att upphandlande myndighet åsidosatt kraven i 1 kap. 9 § LOU och att sökanden därigenom kan ha lidit eller kan komma att lida skada på grund av detta.

Meile har anfört att kvalificeringskraven innebärande att anbudsgivande företag ska ha haft minst 20 miljoner kronor i omsättning enligt det senaste räkenskapsåret hänförlig till IT-konsulttjänster, en leveranskapacitet om minst 50 konsulter under hela ramavtalsperioden, samt att leveranskapacitet ska finnas inom minst fem av sju kompetensområden, strider mot lika-behandlings- och proportionalitetsprinciperna eftersom kraven medför att

mindre företag utesluts från utvärderingsprocessen. Vidare anför Miele att kvalificeringskravet ”geografisk spridning” saknar relevans i sammanhanget. Frågan i målet är således om något av dessa krav, såsom de är utformade i anbudsinbjudan står i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Den aktuella upphandlingen avser att tillgodose ett behov av tjänster hos över 400 statliga myndigheter samt stiftelser och andra organisationer med statlig anknytning. Föremålet för Upphandlingen är uppdragskonsulttjänster som statliga myndigheter m.m. i hela Sverige kan avropa. Upphandlingen ska möjliggöra för att ett stort antal uppdrag ska kunna avropas samtidigt varför ramavtalsleverantörerna måste ha nödvändig kapacitet att leverera. Kammarkollegiet beräknar att omsättningen kommer att uppgå till cirka 90-100 miljoner kronor årligen under ramavtalsperioden. Med hänsyn till vad som är föremålet för Upphandlingen strider inte de av Kammarkollegiet uppställda kraven varken mot likabehandlingsprincipen eller mot proportionalitetsprincipen. Meiles ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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



Ann-Jeanette Eriksson
Rådman

Handläggare har varit Helena Maslov.



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.