



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM

2019-01-21

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (9)

Mål nr

22174-18

KONKURRENSVERKET	
2019-01-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Engs Snickeriservice Aktiefbolag, 556173-9946
Konsul Johnsons Väg 11
149 45 Nynäshamn

Ombud: Advokat Marcus Jonsson och biträdande jurist Jonathan Cantillana
Atlas Advokater KB
Box 5333
102 47 Stockholm

MOTPARTER

Nynäshamns kommun, 212000-0233

Ombud: Södertörns upphandlingsnämnd
mikael.blomberg@upphandlingsodertorn.se

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1051878

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd21.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Nynäshamns kommun har genomfört upphandling av ramavtal avseende glasmästeriarbeten, SUN 2018/114. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 20 september 2018 framgår att kommunen har för avsikt att teckna avtal med annan leverantör än Engs Snickeriservice Aktiebolag (Engs). Vidare anges att Engs inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav och därför inte har godkänts.

Engs ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska meddela att upphandlingen inte får slutföras innan rättelse gjorts. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Kommunens krav på en omsättning om 4 000 000 kr strider mot proportionalitetsprincipen eftersom det ställer större krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för de aktuella upphandlingarna. Upphandlingsvolymen uppgår till 600 000 per år. Mot denna bakgrund är Engs vid anbudstidens utgång senast redovisade omsättning om 2 825 000 kr tillräckligt. Det ställda kravet har missgynnat mindre leverantörer. Engs har i 18 år innehavt och utfört det nu upphandlade uppdraget utan anmärkning. Engs ekonomi är mycket god och bolaget har tilldelats det högsta kreditbetyget (AAA). Det mervärdesavdrag som kommunen tilldelat det vinnande anbudet gör att upphandlingen även har brustit i tydlighet och transparens. Av de två bolag som lämnade anbud i upphandlingen lämnade Engs det lägsta budet.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås samt anför bl.a. följande. Omsättningskravet understiger det högsta belopp som enligt lag får sättas. Kommunen ställde kraven för att man ville försäkra sig om att man skriver avtal med en leverantör som har kapacitet att kunna leverera de tjänster man efterfrågar. Mervärdesavdraget har varit skäligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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. En upphandling får inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt, 4 kap. 2 § LOU.

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

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna. Grundläggande är att leverantörerna behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jfr RÅ 2010 ref 78 och HFD 2012 ref 48).

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 han grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69).

Utgångspunkter för bedömningen

Frågan i målen är om kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen på de grunder som Eng's åberopat och detta har medfört att Eng's har lidit skada. Eng's har åberopat två brister i upphandlingarna; att omsättningskravet strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen och att de mervärdesavdrag det vinnande anbudet tilldelats gör att upphandlingarna har brutit i tydlighet och transparens.

Omsättningskravet

Eng's har i denna del anfört följande. Kommunen känner väl till att Eng's tidigare innehaft båda avtalen. Omsättningskravet har således inte tidigare varit nödvändigt för att säkerställa vare sig kapacitet, kvalitet eller kontinuitet. Beställarna har uttryckt mycket stor uppskattning för de arbeten som Eng's levererat. Ett mer adekvat sätt att uppställa omsättningskravet hade exempelvis varit att utgå ifrån avtalets värde per år istället för hela fyraårsperioden och multiplicera värdet med två, vilket hade blivit 1 200 000 kr. Betydligt fler anbudsgivare hade då haft möjlighet att lämna anbud. Endast en liten del av de ca 100 glasfirmor som finns i Stockholmsområdet har en årsomsättning på över 10 000 000 kr. Kommunen har anfört att närmare ett 30-tal firmor uppfyller omsättningskravet. Dessa bolags omsättning utgörs dock till stor del av annan verksamhet än renodlad glasverksamhet.

Kommunen har i fråga om omsättningskravet anfört följande. Upphandlande myndigheter har rätt att för kvalificering ställa krav på viss lägsta årsomsättning. Kravet får dock inte överstiga två gånger det uppskattade värdet av upphandlingen. Kommunens krav understiger detta belopp. När omsättningskravet fastslogs vägdes in att kontrakten inte ska leda till en omsättningsökning som är så stor att kvalitet och service riskerar att

påverkas negativt på grund av kapacitetsbrist. Kommunen ansåg att en omsättningsökning om 15 procent var rimlig. Även frågan om hur stor del av leverantörernas totala omsättning som bör vara knuten till kommunens kontrakt hade relevans. Kommunen satte kravet för att försäkra sig om att leverantören hade kapacitet att leverera efterfrågade tjänster och uppnå kontinuitet och stabilitet i leveranserna och inte för att stänga ute vissa leverantörer. Inom aktuell bransch finns det i Stockholmsområdet närmare ett 30-tal företag som har minst den efterfrågade omsättningen. Omsättningskravet förhindrar därmed inte fullgod konkurrens.

I 14 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet i upphandlingen får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i avseende på 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.

Det är ostridigt i målet att Eng's inte uppfyller det ställda omsättningskravet. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att kravet inte är högre än vad som är tillåtet enligt 14 kap. 4 § LOU.

Av förarbetena till 14 kap. 4 § LOU 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), se prop. 2015/16:195, s. 1 094.

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 permeabel 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.

Mot bakgrund av vad som framgår av direktivet anser förvaltningsrätten att bestämmelsen i 14 kap. 4 § LOU om hur högt ett omsättningskrav får vara inte kan läsas motsatsvis med innebörden att krav understigande två gånger kontraktsvärdet alltid är tillåtna. En bedömning behöver därför göras i det enskilda fallet. Frågan i målet är därför om omsättningskravet strider mot kravet på proportionalitetsprincipen, är diskriminerande eller utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av EU-domstolens praxis följer att bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska utföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen i tre steg. Det första steget innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. Slutligen bedöms om den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller

den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (jfr HFD 2016 ref. 37).

Kommunen har anfört att kravet syftar till att uppnå kontinuitet och stabilitet i leveranserna och att motverka att service och kvalitet blir lidande pga. kapacitetsbrist hos leverantören. Enligt förvaltningsrättens mening är det uppställda kravet ägnat att uppnå det eftersträvade syftet. Eftersom upphandlingen ska gälla i fyra år så 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 inte kan därför inte anses gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet.

Kravet är ställt i proportion till upphandlingens värde och satt inom ramen för vad LOU tillåter. Det finns ett 30-tal firmor 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. Vad Engs anfört om att de bolag som har den efterfrågade omsättningen inte endast sysslar med glasarbeten föranleder ingen annan bedömning.

Engs har även anfört att omsättningskravet utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att mindre leverantörer missgynnas på ett otillbörligt sätt. Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning. 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. Det har inte heller framkommit några uppgifter i

målet som tyder på att kravet är satt för att utesluta Engs eller någon annan särskild aktör. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Engs inte har visat att omsättningskravet strider mot några bestämmelser i LOU eller grundläggande principer för offentlig upphandling.

Mervärdesavdrag

Engs har anfört följande avseende mervärdesavdraget. Kravet strider mot likabehandlingsprincipen och upphandlingsförfarandet brister i transparens. Kommunen har räknat av 100 000 kr på vinnande leverantörs anbud med anledning av att leverantören är MTK-auktoriserad. Det framgår inte av upphandlingen hur kommunen har räknat fram att beloppet är skäligt. MTK-auktoriserad blir den som deltar i en tvådagarskurs. Kommunen har inte redovisat i upphandlingen på vilket sätt avdraget skulle komma att tillämpas.

Kommunen har anfört följande. Kommunen anser det vara en klar fördel om leverantören har en MTK-auktorisation. Kraven på MTK-auktoriserade glasföretag är att de följer rådande branschregler och att utbildad personal alltid ska finnas på plats vid montage samt att egenkontroll ska utföras för varje slutfört arbete. Mervärdet som detta getts i utvärderingen har uppskattats till omkring tio procent av en fiktiv anbudssumma vilket är ett skäligt avdrag. Glasbranschföreningen anger i sin skrift Upphandla glastjänster att MTK-auktorisation bör krävas eller ges mervärde vid upphandlingar.

Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer. Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller

tjänster som är föremål för upphandling (jfr Kamarrätten i Stockholms dom den 5 september 2012, mål nr 2304-12).

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlagets punkter 1.26 och 3.3 tydligt framgår att en MTK-auktoriserad leverantör ges ett avdrag om 100 000 kr från anbudspriset. Kravet medför därmed inte att upphandlingsförfarandet brustit i transparens. Det har inte heller framkommit att kravet strider mot likabehandlingsprincipen. Engs har därmed inte visat att kravet strider mot några bestämmelser i LOU eller grundläggande principer för offentlig upphandling.

Slutsats

Förvaltningsrätten finner sammantaget att bolaget inte visat att kommunens upphandling strider mot några bestämmelser i LOU eller grundläggande principer för offentlig upphandling. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Sofia Örning
Förvaltningsrättsfiskal

Albin Brunskog 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 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.

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.

