



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-01-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22589-15

SÖKANDE

Lingua Communication Nordic AB, 556863-9628

Ombud: Advokat Stefan Brandt
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPARTER

1. Järfälla kommun
177 80 Järfälla
2. Upplands-Bro kommun
196 81 Kungsängen

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-01-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 683471

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Järfälla kommun och Upplands-Bro kommun (kommunerna) genomför en samordnad upphandling av tolkförmedlingstjänster, Kst 2015/167. Upphandlingen handläggs av Järfälla kommun och har genomförts som en förenklad upphandling enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Kommunerna den 9 oktober 2015 beslutat att teckna avtal med en annan leverantör än Lingua Communication Nordic AB (Linguacom).

Linguacom yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse innebärande att en ny utvärdering av anbuderna ska göras varvid Linguacoms anbud ska godtas och Linguacom tilldelas kontrakt. I andra hand yrkar Linguacom att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan.

PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

Linguacom anför till stöd för sin ansökan bl.a. följande. Enligt kommunerna uppfyller inte Linguacom kravet på minsta omsättning om 26 400 000 kr per år enligt förfrågningsunderlagets punkt 2.1.11. I sitt anbud har Linguacom angivit att bolagets omsättningsprognos för 2015 visar på en årsomsättning om 28 000 000 kr. Till anbudet har Linguacom bifogat årsredovisningen för år 2014, balans- och resultatrapporter och intyg av revisor, allt i enlighet med vad som anges angående sätt att visa sin ekonomiska stabilitet i förfrågningsunderlaget. Linguacom har på heder och samvete intygat att omsättningskravet uppfylls genom omsättningsprognosen. Det har i förfrågningsunderlaget inte uppställts något krav på att en anbudsgivare ska visa att omsättningen uppnås och inte heller anges på vilket sätt omsättningen i sådant fall ska redovisas. Kommunen påstår felaktigt att omsättningskravet inte är uppfyllt då en

prognos inte kan styrkas men har i förfrågningsunderlaget angett att ekonomisk stabilitet kan visas på det sätt som skett. Kommunerna påstår att omsättningskravet ska vara uppfyllt vid anbudsinlämnandet men det anges inte i förfrågningsunderlaget när kravet ska vara uppfyllt. Avtalet och uppdragen har startdag den 1 januari 2016 och det är det som är den relevanta tidpunkten för när den aktuella årsomsättningen ska föreligga. Omsättningskravet finns för att säkerställa att leverantören kan leverera efterfrågad volym och leveransen ska ju ske under avtalstiden och inte dessförinnan.

Det är oklart vad kommunerna menar att syftet med omsättningskravet ska vara. Eftersom kommunerna redan bedömt anbudsgivares ekonomiska kapacitet genom kravet i punkt 2.1.5. saknar omsättningskravet funktion och är onödigt. Kravet är även oproportionerligt och diskriminerande mot små och/eller nystartade bolag då inget alternativt krav uppställs för sådana bolag. Ett omsättningskrav kan endast ställas med syftet att en anbudsgivare uppfyller ekonomisk kapacitet.

Omsättningskravet är vidare oproportionerligt. I förfrågningsunderlaget anges att det krävs en årsomsättning om minst tre gånger kontraktets värde samt att kontraktets värde är 8 800 000 kronor. I tidigare praxis har krav på att omsättningen ska vara tre gånger högre än kontraktsvärdet ansetts vara proportionerliga men i dessa domar har hänvisats till dåvarande förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling. Denna praxis är numera obsolet då förslaget ändrades och det slutliga och nuvarande direktivet, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU anger att den minsta årliga omsättningen som de ekonomiska aktörerna måste ha inte får överstiga ett belopp som är två gånger så högt som det uppskattade kontraktsvärdet utom vid vederbörligen motiverade fall. I förevarande fall är beloppet för omsättningskravet tolv gånger så högt som kontraktsvärdet per år. Att kravet är oproportionerligt och har påverkat det

konkurrensuppsökande skedet framgår av tilldelningsbeslutet i vilket det anges att 23 bolag har begärt ut förfrågningsunderlaget men enbart 5 bolag har lämnat anbud.

Den kreditupplysning som de upphandlande myndigheterna har visat avseende den vinnande anbudsgivaren är daterad efter det att tilldelningsbeslutet fattades. Såvitt framkommit har kommunerna inte innan tilldelningsbeslutet kontrollerat vinnande anbudsgivares omsättning. Att utesluta Linguacom p.g.a. av bolaget inte uppfyller omsättningskravet utan att kontrollera det vinnande bolagets omsättning är i strid med likabehandlingsprincipen.

Linguacom uppfyller det uppställda kravet på årsomsättning. I vart fall uppfyller Linguacom det maximalt tillåtna skallkravet på omsättning om två gånger kontraktsvärdet. Linguacom har lidit, eller kan komma att lida skada, eftersom bolaget inte har tilldelats kontraktet trots att bolaget lämnat lägsta pris.

Kommunerna anför till stöd för sitt bestridande bl.a. följande. Linguacoms omsättningsprognos för 2015 är enligt kommunerna en hypotes om vad som kan komma att hända och inte något som kan garanteras varför hänvisning till en prognos inte kan medföra att kravet på omsättning är uppfyllt. Ett krav i en upphandling är ett absolut krav som ska uppfyllas vid anbudstillfället om inte annat anges i förfrågningsunderlaget.

Omsättningskravet är inte orimligt eller oproportionerligt med hänsyn till det stora framtida behovet av tolktjänster som föreligger. Syftet med omsättningskravet som det är ställt i förfrågningsunderlaget är att säkerställa att den leverantör som vinner upphandlingen har tillräcklig kapacitet för att kunna förmedla tolkuppdrag till kommunerna på ett tillfredställande sätt. Den upphandlande myndigheten gör en samlad bedömning av vilka krav som är nödvändiga för att säkerställa att den leverantör som erhåller

uppdraget har förmåga och kapacitet att leverera efterfrågad tjänst och volym. Att kravet i förfrågningsunderlaget inte innebar att anbudsgivarna skulle styrka sin omsättning beror på att kommunerna hade för avsikt att kontrollera omsättningen genom den kreditupplysning som kommunerna tog ut på samtliga anbudsgivare.

Linguacom kom åberopa bl.a. det nya EU-direktivet. Den svenska lagstiftningen med anledning av direktivet har inte trätt i kraft ännu och tiden för implementering har inte löpt ut. Tidigare praxis gäller fullt ut. För övrigt tillåter även det nya direktivet ett omsättningskrav som det som är aktuellt i denna upphandling förutsatt att det finns skäl för detta. Sådana skäl finns här. Kontraktsvärdet uppgår till 8 800 000 kronor för hela avtalsperioden inklusive optionsår.

Linguacom har bifogat balans- och resultaträkningar till sitt anbud och angett att dessa är bilagor till punkt 2.1.5. Kommunerna har godkänt Linguacom vad gäller kravet på ekonomisk stabilitet i punkt 2.1.5. samt kravet på kapacitet i punkt 2.1.12. Det är kravet på årsomsättning i punkt 2.1.11. som bolaget inte kunnat visa att de uppfyller. Syftet med kravet i punkt 2.1.5 är att säkerställa att anbudsgivare har en god ekonomi, d.v.s. förmåga att betala för sig och visar på lång livslängd. Omsättningskravet i punkt 2.1.11 är att säkerställa att leverantören utifrån det kända och förväntade behovet av tolktjänster har förmåga att tillhandahålla tolktjänster.

Linguacom anser att i och med att de uppfyllt kravet på ekonomisk stabilitet även har uppfyllt kravet avseende omsättning. Detta är inte förenligt med LOU.

Att enbart fem bolag lämnade anbud i upphandlingen tolkar Linguacom som att omsättningskravet påverkat konkurrensutsättningen negativt. I de fall

man gör en sådan bedömning är det viktigt att man har full vetskap om varför övriga bolag inte lämnat anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Det är inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Linguacom har anfört att det i målet aktuella omsättningskravet om 26 400 000 kronor är oproportionerligt och att ett proportionerligt skall-krav avseende omsättning istället hade varit 17 600 000 kronor som är två gånger kontraktets värde. Till stöd för detta åberopar Linguacom att Europaparla-

mentets och rådets direkt 2014/24/EU anger att den minsta årliga omsättning som de ekonomiska aktörerna måste ha inte för överstiga ett belopp som är två gånger så högt som det uppskattade kontraktsvärdet utom vid vederbörligen motiverade fall.

Förvaltningsrätten konstaterar att den svenska lagsstiftningen med anledning av direktivet ännu inte har trätt i kraft och att implementeringstiden av direktivet inte heller har löpt ut. Med anledning av detta tillämpas alltjämt existerande praxis, av vilken det följer att krav innebärande att en leverantörs omsättning ska uppgå till tre gånger det aktuella kontraktsvärdet kan anses vara proportionerliga (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgöranden i mål 1105-12 samt 1106-12). Mot denna bakgrund, och med hänsyn till att kontraktets totala värde är 8 800 000 kr kan inte det uppställda kravet på en omsättning om 26 400 000 kr anses vara oproportionerligt.

Linguacom har vidare anfört att omsättningskravet i punkt 2.1.11 är onödigt med hänsyn till att kommunerna redan bedömt anbudsgivares ekonomiska kapacitet genom kravet i punkt 2.1.5 som avser ekonomisk ställning och att ett omsättningskrav enbart kan ställas för att kontrollera att en anbudsgivare uppfyller krav på ekonomisk kapacitet.

I förfrågningsunderlagets punkt 2.1.5. uppges bl.a. följande:

Järfälla kommunen kommer göra en bedömning av anbudsgivares ekonomiska ställning genom att begära in uppgifter från upplysningscentralen (UC). I de fall anbudsgivaren uppfyller ställda krav på lägsta kreditvärdighetsnivå 3 eller högre kommer kravet avseende ekonomisk stabilitet vara uppfyllt.

I de fall anbudsgivaren vid kontroll med UC inte får en kreditvärdighetsnivå på minst 3 kan den ekonomiska stabiliteten styrkas genom balans- och resultaträkning för de senaste tre månaderna inklusive intyg från revisor. Alternativt kan anbudsgivarens ekonomiska stabilitet garanteras av moderbolag eller annan finansiell säkerhet i form av exempelvis bankgaranti. I detta fall ska intyg om detta bifogas anbudet och vara undertecknat av behörig företrädare för det moderbolaget eller den som garanterat den finansiella säkerheten.

Om ett företag är nystartat, och därmed inte får kreditvärdighetsnivå på minst 3 ska den ekonomiska förmågan styrkas genom exempelvis vidimerad balans- och resultaträkning för de senaste tre månaderna inklusive intyg från revisor alternativt moderbolagsgaranti eller annat som visar att företaget har en stabil ekonomisk bas.

[...]

I förfrågningsunderlagets punkt 2.1.11 anges följande:

För att säkerställa att leverantören kan leverera efterfrågad volym krävs en årsomsättning om minst 3 ggr kontraktsvärdet, dvs 26.400.000 SEK/år. (kontraktets värde är cirka 8 800 000 SEK).

[...]

Av förfrågningsunderlaget kan därmed utläsas att syftet med kravet i punkt 2.1.5. är att säkerställa anbudsgivarens ekonomiska stabilitet medan syftet med kravet i punkt 2.1.11 är att säkerställa en förmåga att leverera den aktuella tjänsten i efterfrågad volym. De två kraven har således två olika syften. Förvaltningsrätten anser att den upphandlande tjänsten av tolkförmedlingstjänster är av sådan art att kommunerna måste få en leverantör med såväl ekonomisk stabilitet som ekonomisk kapacitet att leverera tjänsten. Kravet som ställs i punkt 2.1.5 medför därmed inte att kravet som uppställs i punkt 2.1.11 är onödigt, oproportionerligt eller brister i transparens. Då kravet får anses vara sakligt motiverat anser förvaltningsrätten att det inte heller kan anses vara diskriminerande mot små eller nystartade bolag.

Fråga är då om Linguacom har visat att bolaget uppfyller det aktuella omsättningskravet.

Linguacom har anfört att bolaget i sitt anbud angivit att bolagets omsättningsprognos visar på en omsättning på 28 000 000 kr samt att bolaget bifogat diverse dokument i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget angående sätt att visa ekonomisk stabilitet. Linguacom har även anfört att det är avtalsstart som är den relevanta

tidpunkten för när omsättningskravet ska vara uppfyllt, i förevarande fall alltså den 1 januari 2016.

Kommunerna har invänt att en prognos är en hypotes som inte kan garanteras och att en prognos därför inte kan medföra att ett krav på viss omsättning kan anses vara uppfyllt. Vidare anför kommunerna att ett krav i en upphandling ska uppfyllas vid anbudstillfället om annat inte anges i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten delar kommunernas uppfattning att en prognos som visar en viss trolig omsättning innehåller ett för stort mått av osäkerhet för att kunna användas för att uppfylla ett obligatoriskt skall-krav i en upphandling. Vidare anser förvaltningsrätten att det ligger i sakens natur att ett skall-krav måste uppfyllas vid tidpunkten för anbudet om annat inte anges.

Konsekvensen av en sådan ordning som Linguacom föreslår skulle vara att det blev omöjligt för en upphandlande myndighet att pröva något anbud mot uppställda skall-krav innan dagen för avtalsstart.

Slutligen har Linguacom invänt att den kreditupplysning avseende det vinnande bolaget som kommunerna har bifogat till ett av sina yttranden för att visa att bolaget uppfyller det aktuella omsättningskravet är daterad efter det att tilldelningsbeslutet fattades och även efter det att Linguacom ansökte om överprövning av upphandlingen. Detta menar Linguacom indikerar att de upphandlande myndigheterna inte kontrollerade det vinnande bolagets omsättning på det sätt de kontrollerade Linguacoms omsättning och att detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten gör här följande övervägande. Av den aktuella kreditupplysningen framgår att denna är beställd den 10 november 2015 vilket är efter det att förvaltningsrättens handläggning av ansökan om överprövning påbörjades. Kommunerna har dock aldrig påstått att den bifogade kredit-

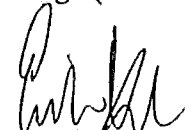
upplysningen är den som beställdes i samband med anbudsprövningen och förvaltningsrätten anser inte heller att man kan dra en sådan slutsats.

Vidare kan förvaltningsrätten konstatera att det vinnande bolaget uppfyller det uppställda omsättningskravet. Detta innebär, mot bakgrund av att förvaltningsrätten ovan konstaterat att Linguacom inte uppfyller omsättningskravet, att Linguacom inte skulle ha kunnat lida skada även i det fall att kommunerna i strid med likabehandlingsprincipen skulle ha underlåtit att kontrollera det vinnande bolagets omsättning vid tidpunkten för anbudsprövning.

Sammanfattningsvis har det således inte framkommit i målet något som medför att det finns grund för ett ingripande enligt LOU. Linguacoms ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Erik Hjulström

Rådman

Madeleine Pettersen har handlagt målet.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

