



Avdelning 30

SÖKANDE

Supplies Team Sverige AB, 556037-4364
Box 23 143
104 35 Stockholm

Ombud: Advokaterna Christoffer Stavenow och Max Thimming
Stavenow Advokatbyrå AB
Skeppsbron 40
111 30 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad, Serviceförvaltningen, Upphandlingsavdelningen

Ombud: Stadsadvokat Oscar Jacobsson
c/o Stockholms stad Juridiska avdelningen
Allmänjuridiska enheten
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2020 04 07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Serviceförvaltningen i Stockholms stad (staden) genomför en upphandling av IT-Kringutrustning (Dnr.3.3.2-136/2019) (upphandlingen) till stadens förvaltningar inklusive stadens skolor samt avropsberättigade bolag och stiftelser som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Syftet med upphandlingen är att teckna ramavtal med en leverantör av it-kringutrustning. Supplies Team Sverige AB (bolaget) bedömdes inte klara kvalificeringskraven avseende tidigare uppdrag då bolaget redovisade två referensuppdrag gällande samma ramavtal. I tilldelningsbeslut den 17 december 2019 tilldelades Advania Sverige AB (Advania) kontrakt i upphandlingen.

Under punkten 2.7.2 ”Tidigare uppdrag” i upphandlingsunderlaget framgår bl.a. följande

- Tre tidigare utförda uppdrag ska bifogas anbudet för att styrka uppfyllande av krav på yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Med uppdrag avses att anbudsgivaren har haft eller har ett leveransavtal eller ramavtal med kunden för leverans av it-kringutrustning enligt omfattningen i denna upphandling.
- Uppdragen ska vara utförda åt extern kund. Referenter får inte tillhöra anbudsgivande organisation eller dess underleverantörer. Referent får inte heller i övrigt vara i beroendeförhållande till anbudsgivaren.
- Uppdragen ska ha utförts under minst ett år under de senaste tre åren räknat från sista anbudsdag. Uppdragen får vara pågående.
- Uppdragen ska vara av jämförbar omfattning vad avser produktsortiment och tjänster i denna upphandling.
- Uppdragen ska minst ha inkluderat e-handel via webbshop och kundtjänst för rådgivning vid inköp, felanmälan och returhantering.
- Minst två av uppdragen ska ha utförts åt en **större organisation**.
- Minst ett av uppdragen ska ha utförts åt en **större offentlig organisation**.

- Med **större organisation** menas alla landsting, kommuner med fler än 40 000 invånare, statliga organisationer med minst 1 000 anställda, statliga/kommunala bolag med minst 1 000 anställda samt företag/organisationer inom privat sektor med fler än 1 000 anställda.
- Med **större offentlig organisation** menas alla landsting och kommuner med fler än 40 000 invånare, statliga organisationer med minst 1 000 anställda samt statliga/kommunala bolag med minst 1 000 anställda.
- Alla tre uppdragen ska ha utförts för organisationer med fler än 100 leveransadresser.
- Om anbudsgivaren drivit eller driver uppdrag åt Stockholms stad, ska minst en av referenserna avse uppdrag åt staden. Om referens från staden i sådant fall inte inges med anbudet, kan den upphandlande myndigheten komma att byta ut ett av det tidigare uppdragen mot en från Stockholms stad.

YRKANDEN M.M.

Bolaget

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen rättas på så vis att staden drar tillbaka sitt tilldelningsbeslut och i stället tilldelar bolaget kontrakt i upphandlingen. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen görs om. Bolaget anför bl.a. följande.

Upphandlingen strider mot likabehandlings- och transparensprincipen

Bolaget har i sitt anbud inkommit med tre referensuppdrag som uppfyller det obligatoriska kravet i förfrågningsunderlaget. Två av referensuppdragen gäller samma ramavtal. I förfrågningsunderlaget efterfrågar staden tre tidigare utförda uppdrag som referensuppdrag. Det anges inte att dessa referensuppdrag inte får vara från samma ramavtal och att de ska avse tre vitt skilda leverans- eller ramavtal. Ingenstans i förfrågningsunderlaget framgår heller att två uppdrag kan vara inom ett ramavtal endast om uppdraget avser ett leveransavtal inom ett ramavtal. Vidare kan formuleringen ”minst två av uppdragen ska ha utförts åt en större organisation”

uppfattas som att båda uppdragen faktiskt ska ha omfattat samma organisation. Staden har förkastat bolagets anbud i strid med sitt eget förfrågningsunderlag. Att förkasta ett krav strider mot de upphandlingsrättsliga principerna, framför allt likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Upphandlande myndighet är enligt likabehandlingsprincipen skyldig att strikt följa de kriterier som den själv ställt upp och är förhindrad att förkasta ett anbud som uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget. Genom formuleringen i förfrågningsunderlaget har det vidare inte gått att utläsa att referensuppdrag hänförliga till samma ramavtal inte är tillåtna eller att anbudsgivare som inger sådana tillsammans med sina anbud kommer att förkastas. Den i kravet använda formuleringen gällande referensuppdragen som efterfrågas har gett upphov till frågor om vad som gäller som inte fått tillräckliga svar under anbudstiden. Det har inte funnits någon förutsebarhet för en anbudsgivare som inkommit med två referensuppdrag från samma ramavtal att dessa kommer förkastas av den upphandlande myndigheten. Staden har därmed agerat i strid mot transparensprincipen genom sitt felaktiga förkastande av bolagets anbud.

Upphandlingen innehåller ett oproportionerligt krav

Stadens krav på att alla referensuppdrag ska ha utförts åt organisationer med minst 100 leveransadresser är oproportionerligt och diskriminerande och strider mot proportionalitetsprincipen. Det är inte leveransen som är föremål för upphandlingen utan varorna i sig. Alla leverantörer kan givetvis skicka varorna till vilken adress som helst. Det är tydligt att det som staden i grunden efterfrågar är bevis på att leverantören klarar av att uppfylla själva leveransvolymen. Bolaget levererar till ett stort antal offentliga beställare och levererar stora mängder av beställningar till många olika beställare. Kravet på leveransadresser är inte kopplat till upphandlingsföremålet, har inget med upphandlingen att göra och går utöver vad som krävs för att uppfylla upphandlingen och det åsyftade målet, till men för potentiella

leverantörer, och är därmed oproportionerligt. Det finns andra sätt än att kräva att alla tre referensuppdrag ska ha utförts för organisationer med fler än 100 leveransadresser för att visa att en leverantör har nödvändig dokumenterad kompetens.

Skada

Bolaget har lidit skada av att staden felaktigt förkastat bolagets anbud.

Om rätten anser att staden har rätt i sitt påstående att anbudsgivaren var tvungen att inkomma med referensuppdrag från tre olika ramavtal är formuleringen så otydlig att upphandlingen ska göras om. Bolagets anbudspris är lägre än Advanias och det finns därför anledning att rätta upphandlingen så att bolaget, som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tilldelas kontraktet.

Bristen hänförlig till proportionalitetsprincipen har uppstått i det konkurrensuppsökande skedet och upphandlingen ska till följd av denna brist göras om.

Staden

Transparens- och likabehandlingsprincipen

Staden bestrider att bolaget felaktigt diskvalificerats från vidare deltagande i upphandlingen. Sökandens tre åberopade referensuppdrag uppfyller inte ställda krav. Det framgår av upphandlingsdokumentet att referensuppdragen inte får vara från samma ramavtal. Det framgår vidare att med tidigare uppdrag avses ett ramavtal eller leveransavtal och att dessa ska vara tre till antalet och att det ska vara tre uppdrag av likvärdig omfattning med upphandlingsföremålet. Om ett tidigare uppdrag, som i denna upphandling,

är likställt med ett ramavtal eller ett leveransavtal kan det inte vara tre olika uppdrag om två uppdrag avser samma ramavtal. Endast om uppdraget avser ett leveransavtal inom ett ramavtal kan två uppdrag vara inom samma ramavtal, men inte inom samma leveransavtal (avropsavtal). Något leveransavtal är inte tecknat med vare sig det bolag eller den skola som redovisats av sökanden. De två uppdragen det är fråga om kan inte ses som två olika leveransuppdrag med upphandlingsföremålet jämförbar storlek då det ena är en enskild skola inom staden. Det är felaktigt att jämställa avrop mot ett ramavtal inom en enskild kommun som ett uppdrag likvärdigt med upphandlingsföremålet. Bolaget har vidare lämnat en referensperson som inte kan förväntas svara för hur leverantören följt sina åtaganden gällande ramavtalet i sin helhet. Staden har inte frångått de krav som ställts i fråga om referensuppdrag i upphandlingsdokumentet.

Några frågor om formuleringen gällande referensuppdragen har inte ställts under anbudstiden.

Proportionalitetsprincipen

Staden bestrider att kravet att alla tre uppdrag ska ha utförts för organisationer med fler än 100 leveransadresser är oproportionerligt och diskriminerande. I frågor och svar som publicerades under anbudstiden framgår att det inte finns krav på att anbudsgivaren ska ha en egen transportorganisation. Däremot ska anbudsgivaren kunna hantera och administrera stora kunder med många leveransadresser. Stadens krav har ställts för att säkerställa att de anbudsgivare som kvalificerar sig för uppgiften har system och organisation som klarar att hantera stora mängder av varor och utrustning. Staden har fler än 1 000 leveransadresser. Åtgärden har varit ägnad att, och nödvändig för att, tillgodose ändamålet att säkerställa att anbudsgivare har system och organisation/logistik som klarar av att hantera stora mängder varor och utrustning. Det ställda kravet går inte

utöver vad som krävs för att kunna fullgöra uppdraget. Kravet är kopplat till upphandlingsföremålet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlande myndigheter ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

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 (20 kap. 6 § LOU).

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 20 kap. 6 § LOU. 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 hen grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69). Det är den part som ansökt om överprövning av upphandlingen som har att visa att denne lidit eller kan komma att lida skada av de påstådda bristerna i upphandlingen (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Har bolagets anbud förkastats i strid med likabehandlings- och transparensprincipen?

Den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i upphandlingsdokumentet kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett upphandlingsdokument. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte överträds (RÅ 2002 ref. 50). Av EU-domstolens praxis framgår att upphandlingsdokument ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00 SIAC Construction). Det väsentliga är att upphandlingsdokumenten är så klart och tydligt utformade att en leverantör kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse (jfr RÅ 2002 ref. 50). Transparensprincipen innebär också ett krav på att den upphandlande myndigheten håller sig till de upphandlingsdokument som den tagit fram.

I målet är ostridigt att staden ansett att bolaget inte kvalificerat sig för anbudsutvärdering på grund av att två av bolagets åberopade referensuppdrag avser samma ramavtal. Bolaget har anfört att det av förfrågningsunderlaget inte framgår att referensuppdragen inte får vara från samma ramavtal eller att det i så fall ska vara skilda leveransavtal inom ett ramavtal. Staden har å sin sida anfört att det framgår av upphandlingsdokumentet att referensuppdragen inte får vara från samma ramavtal och att endast om uppdraget avser ett leveransavtal inom ett ramavtal kan två uppdrag vara

inom samma ramavtal. Staden har vidare anfört att något leveransavtal inte är tecknat med vare sig det bolag eller den skola som redovisats av sökanden och att dessa referenser inte heller är jämförbara med storleken på nu aktuell upphandling.

Förvaltningsrätten anser att punkten 2.7.2 i upphandlingsdokumentet måste anses utformad på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt dvs. att referensuppdragen ska avse olika ramavtal alternativt olika leveransavtal. Här har förvaltningsrätten framförallt lagt vikt vid syftet med åberopande av referensuppdrag i allmänhet och syftet med åberopande av referensuppdrag i den för målet aktuella upphandlingen dvs. att styrka krav på yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Bolaget har inte heller inkommit med någon utredning som ger stöd för en annan slutsats eller att bolaget uppfyller kvalificeringskraven i förfrågningsunderlaget. Det kan därför inte anses visat att staden har handlat i strid med likabehandlings- och transparensprincipen.

Strider förfrågningsunderlaget mot proportionalitetsprincipen?

Proportionalitetsprincipen innebär bl. a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91). En bedömning enligt proportionalitetsprincipen ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträlvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträlvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som

åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har myndigheten stor frihet. Kraven som uppställs ska vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2016 ref. 37).

En upphandlande myndighet måste redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud (se HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingen avser att teckna ramavtal för att tillgodose behovet av IT-kringutrustning till stadens förvaltningar inklusive stadens skolor samt avropsberättigade bolag och stiftelser. Staden har anfört att staden har fler än 1 000 leveransadresser och att kravet på leveransadress har ställts och varit nödvändig för att säkerställa att de anbudsgivare som kvalificerar sig för uppgiften har system, logistik och organisation som klarar att hantera stora mängder av varor och utrustning. Som framgår av ingivna ”frågor och svar” från staden finns inget krav på att anbudsgivarna ska ha en egen transportorganisation, i stället handlar det om

att anbudsgivaren ska kunna hantera och administrera stora kunder med många leveransadresser.

Det ställda kravet framstår mot denna bakgrund, enligt förvaltningsrättens uppfattning, som både lämpligt och effektivt för att uppnå syftet med kraven. Bolaget kan därtill inte anses ha visat att kravet inte varit nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekt som uppställt krav kan få för bolaget kan heller inte anses vara oproportionerligt i förhållande till det eftersträvade syftet. Kravet på antal leveransadresser kan således inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattande bedömning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte är visat att upphandlingen genomförts i strid med LOU. Bolaget kan därför inte heller anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför inte och ansökan ska avslås.

Av nästföljande sida framgår hur man överklagar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Charlotte Ljungblad
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande juristen Marie Nygren 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 rätts-tillämpningen.
- 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.