



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2014-07-18
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 10004-14

KONKURRENSVERKET	
2014-07-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

ZeroChaos AB, 556608-5089

Ombud: Advokat Johan Linder
 Wistrand Advokatbyrå
 Box 7543
 103 93 Stockholm

MOTPART

Skatteverket, 202100-5448
 171 94 Solna

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 507717

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Skatteverket genomför en upphandling av IT-konsulttjänster, dnr 131 758257-13/81. Upphandlingen genomförs som ett selektivt förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Den 14 januari 2014 publicerades förfrågningsunderlaget.

ZeroChaos AB yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Skatteverket har på ett otillåtet sätt inskränkt leverantörernas rätt att anlita underentreprenörer och åberopa andra företags kapacitet. Bolaget lider skada genom minskad möjlighet att erhålla kontrakt. Bolaget är leverantör av IT-konsulttjänster och världens största leverantörsneutrala "Managed Service Provider", men har inga egna anställda konsulter utan söker av hela marknaden för att finna de resurser som bäst passar för kundens specifika behov. Detta medför att kundens leverantörs- och konsultbas kan växa utan onödiga kostnader för växande administration eller underkonsulter. Bolaget kontakterar leverantören och sköter all administration knutet till detta. Detta medför en rad fördelar för kunden, som t.ex. marknadsanpassade priser, kapande av mellanled mellan kunden och konsulten, minskad intern administration, uppföljning och rapportering, riskminimering och att alla konsultavtal speglar ramavtalet. Bolagets verksamhet kan beskrivas som att bolaget utgör en "konsultmäklare". Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande angående selekteringen. Skatteverket kommer att selektera genom att bjuda in de anbudssökande som har högst egen kapacitet av konsulter (punkt 1.5.2). Skatteverket accepterar inte underleverantörer i tredje eller flera led (punkt 2.2.2.1 och 3.2.2.1). Anbudssökande ska ange hur många som har offererade konsulter som är egen kapacitet respektive underleverantörers kapacitet (punkterna 2.2.3.3 och 3.2.3.3). I "Frågor & svar" har Skatteverket meddelat att kapacitet hos underleverantörer inte är att betrakta som anbudsgivarens egen kapacitet. Med egen kapacitet menar Skatteverket anställda hos anbudssökanden (svar på fråga

1). Det framgår direkt av lagtexten, se 11 kap. 12 § och 15 kap. 15 a § LOU att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Av EU-domstolens praxis framgår att det inte krävs att den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet direkt ska kunna utföra den aktuella prestationen med egna resurser, utan att det är tillräckligt att denne kan utföra den aktuella prestationen genom att lämna nödvändiga garantier (se t.ex. EU-domstolens dom den 23 december 2009 i mål C 305/08, CoNISMa). Nuvarande rättsläge är att leverantörer har en oinskränkt rätt att åberopa en annan leverantörs kapacitet för att visa att de uppfyller urvalskriterierna. Det är leverantören själv som bestämmer när det finns ett behov av att åberopa annan leverantörs kapacitet. Offentliga kontrakt behöver inte fullgöras av en leverantör med egna resurser. En leverantörs rätt att åberopa annans kapacitet kan inte inskränkas på något annat sätt än vad som anges i lagtexten, nämligen genom bevis om att leverantören faktiskt förfogar över de nödvändiga resurserna. Det är inte lagligen möjligt att begränsa rättigheten på något annat sätt, vare sig genom föreskrifter i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt, se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs domar den 19 juni 2013 i mål nr 8800-12 och 1439-13.

Skatteverket bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande. Upphandlingen innehåller inget hinder mot att enligt 11 kap. 12 § LOU åberopa annat företags kapacitet. Det framgår tydligt av inbjudan att anbudssökande har möjlighet att använda underleverantörer för att utföra tjänsterna. Förutsättningarna för detta framgår specifikt av punkten 2.2.2.1 och 3.2.2.1 samt i övrigt på flertalet ställen under kapitel 2 och 3. Den upphandlande myndigheten har enligt 6 kap. 11 § LOU rätt att begära att leverantören anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås. Detta framgår även av 11 kap. 11 § 10. Den upphandlande myndigheten har vidare rätt att begära att leverantören anger hur kapaciteten ser ut hos respektive leverantör, då

leverantören enligt 11 kap. 12 § LOU måste visa att leverantören faktiskt förfogar över den kapacitet som leverantören åberopar hos sina underleverantörer. Upphandlingen genomförs som ett selektivt upphandlingsförfarande. Skatteverket avser att bjuda in åtta anbudssökande per anbudsområde under förutsättning att lika många uppfyller uppställda kvalificeringskrav. Kvalificeringskraven framgår av kapitel 1.4 samt kapitel 2 och 3 i anbudsinbjudan. Förutom krav kring ekonomi och leveranskapacitetet i form av resurser och kompetens ställs krav kring kvalitetssäkrings- och samverkansmodeller samt leverantörens förmåga att tillvarata och förädla konsulternas erfarenheter och kompetens (bevara strukturkapital). Av vikt är också att leverantören har förmåga att utföra uppdragstjänster i form av helhetsåtaganden. För att en anbudssökande ska ha möjlighet att bli inbjuden till att få lämna anbud måste samtliga kvalificeringskrav vara uppfyllda. I enlighet med 11 kap. 3 § LOU får den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen ange vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid val av anbudssökande. Hur kriterierna eller reglerna ska utformas är inte lagstadgat. Utgångspunkten är att de unionsrättsliga principerna alltid ska beaktas. Skatteverket har för det fall fler än åtta anbudssökande per anbudsområde kvalificerar till anbudsinbjudan valt att selektera genom att bjuda in de anbudssökande som har högst egen kapacitet av konsulter vad beträffar den efterfrågade leveranskapaciteten. Selektionsvalet grundar sig uteslutande på syftet med det upphandlande föremålet, dvs. konsulttjänster som under en längre period bl.a. ska tillföra Skatteverket strategisk samverkan och ett uppbyggt strukturkapital. Skatteverket anser att val av selektionskriterium står i proportion till det som är syftet med upphandlingen. Enligt ZeroChaos AB innebär vidare Skatteverkets val att inte tillåta underleverantörer i tredje eller fler led en begränsning i rätten att åberopa annans kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU. Skatteverket anser att den uppfattningen är felaktig. För att en leverantör ska få åberopa annans kapacitet krävs det att leverantören

faktiskt kan visa att han förfogar över resurserna. Skatteverket efterfrågar i den aktuella upphandlingen upplysning om de underleverantörer som huvudleverantören har för avsikt att använda som bevis i form av samarbetsavtal på att den faktiskt förfogar över de resurser som åberopas. Huvudleverantören har inga samarbetsavtal med underleverantörer i tredje led utan får helt förlita sig på avtalet mellan sina underleverantörer och deras underleverantörer i sin tur. Förfogandet över resurserna försvagas avsevärt ju fler led som tillkommer då den juridiska bundenheten till huvudleverantören också försvagas. Skatteverkets reglering kan således inte strida mot 11 kap. 12 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. 3 § LOU stadgas att vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog får den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud, förhandla med eller inleda en dialog med.

Den upphandlande myndigheten ska i annonsen ange

1. vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande, och
2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att bjudas in och, om ett högsta antal kommer att bjudas in, detta antal.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör vid behov, och när det gäller ett visst kontrakt, får åberopa andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från

företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Den första frågan i målet är om Skatteverket brutit mot LOU redan genom det faktum att rätten att åberopa andra företags kapacitet inte är absolut i förfrågningsunderlaget.

Av en dom den 10 oktober 2013 i mål C-94/12, Provincia di Fermo, framgår att rätten att åberopa andra företags kapacitet inte är absolut. EU-domstolen uttalar i domen att kumulering av flera ekonomiska aktörers kapacitet som huvudregel är tillåten enligt direktiv 2004/18 i syfte att uppfylla de minimikrav angående kapacitet som den upphandlande myndigheten har fastställt, förutsatt att denna myndighet får bevis på att den anbudssökande eller anbudsgivare som åberopar en eller flera andra enheters kapacitet verkligen kommer att förfoga över de resurser hos de andra enheterna som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet. Domstolen anger emellertid som ett undantagsfall att det kan finnas arbeten av sådan beskaffenhet att det krävs en viss kapacitet som inte kan uppnås genom att flera aktörers lägre kapacitet samlas. I en sådan situation har den upphandlande myndigheten enligt domstolen rätt att kräva att en enda ekonomisk aktör uppnår miniminivån för kapacitet eller, i förekommande fall, med utnyttjande av ett begränsat antal ekonomiska aktörer enligt artikel 44.2 andra stycket i direktiv 2004/18, förutsatt att detta krav har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta. Enligt förvaltningsrättens mening har Skatteverket därför inte brutit mot LOU redan genom det faktum att rätten att åberopa andra företags kapacitet inte är utan undantag i förfrågningsunderlaget.

Den fråga som därefter uppkommer är om det strider mot LOU att Skatteverket enligt vad som stipuleras i förfrågningsunderlaget inte accepterar underleverantörer i tredje eller flera led (punkt 2.2.2.1 och 3.2.2.1).

ZeroChaos AB har mycket övertygande beskrivit sin speciella nisch i branschen som "konsultmäklare", och förvaltningsrätten ifrågasätter inte att detta i många fall kan möta marknadens behov på ett optimalt sätt. I detta fall är emellertid det som Skatteverket efterfrågar inte i första hand en konsultmäklare, utan att få ett konsultföretag att skapa långsiktig samverkan med för strategisk samverkan och bevarande av strukturkapital. Förvaltningsrätten delar Skatteverkets bedömning att leverantörens förfogande över resurser försvagas för varje mellanled som tillkommer. Det framstår mot bakgrund härav inte som oproportionerligt att Skatteverket inte accepterar underleverantörer i tredje eller flera led.

Den fråga som därefter återstår att pröva är om Skatteverket äger rätt att selektera genom att bjuda in de anbudssökande som har högst egen kapacitet av konsulter (punkt 1.5.2).

Förvaltningsrätten konstaterar att kriteriet om högst egen kapacitet tillämpas i selekteringsfasen i ett selektivt förfarande. Ett selektivt förfarande enligt 2 kap. 16 § LOU innebär just att endast vissa anbudssökande inbjuds av den upphandlande myndigheten att lämna anbud. Detta möjliggör för den upphandlande myndigheten att i selekteringsfasen premiera en viss profil, förutsatt att det i annonsen anges vilka kriterier och regler som kommer att tillämpas, se 11 kap. 3 § LOU. I förfrågningsunderlaget punkten 1.3.3 framgår klart att Skatteverket avser att bjuda in åtta anbudssökande varför selektering kommer att vidtas om fler än åtta uppfyller de obligatoriska kraven, och någon annan oklarhet avseende selekteringen har inte hävdats av ZeroChaos AB. Inte heller i detta avseende har därför Skatteverket enligt förvaltningsrättens mening brutit mot någon bestämmelse i LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Skatteverket inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan

bestämmelse i LOU i denna upphandling. Skäl för ingripande enligt LOU saknas och ZeroChaos AB:s ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Eva Bäckström

Rådman

David Munck har föredragit 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

