



Meddelad i Stockholm

KLAGANDE

Siemens AB, 556003-2921

Ombud:

Advokat Johan Gregow och jur.kand. Linda Olsson Sjöström
Ashurst Advokatbyrå AB
Box 55564
102 04 Stockholm

MOTPART

Verket för förvaltningsutveckling

Ombud:

Advokat Ulf Djurberg, jur. kand. Lynda Ondrasek Olofsson
och jur. kand. Sophia Tobieson
Setterwalls Advokatbyrå
Box 1050
101 39 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Stockholms län dom den 21 maj 2008 i mål nr 3235-08, se bilaga 1

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

Siemens AB (Siemens) yrkar i första hand att kammarrätten undanröjer länsrättens dom och återförvisar målet till länsrätten för fortsatt behandling. I andra hand yrkar Siemens att kammarrätten ändrar länsrättens dom genom att förordna att upphandlingen avseende IT-konsulttjänster 2007 (upphandlingen) såvitt avser anbudsområdena 3, 4, 5 och 8 skall göras om. I tredje hand yrkar Siemens, oavsett hur kammarrätten beslutar beträffande anbudsområde 8, att kammarrätten skall förordna om att upphandlingen avseende anbudsområdena 3, 4 och 5 får avslutas först sedan rättelse gjorts så att Siemens anbud utvärderas

och således inte förkastas. En ny kvalificering skall utföras varvid Siemens anbud skall gå vidare till utvärderingsskedet.

Verva bestrider bifall till Siemens yrkanden.

Siemens anför, i de delar som kammarrätten prövar, bl.a. följande till stöd för sin talan. Siemens åberopar samma grunder som i länsrätten. Verket för förvaltningsutveckling (Verva) har genomfört en omfattande samlad regional ramavtalsupphandling av IT-konsulttjänster för Stockholms län. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt 5 kapitlet LOU. Det finns åtta olika anbudsområden och Verva utvärderar varje anbudsområde för sig. Siemens har lämnat anbud för anbudsområdena 3, 4 och 5 i upphandlingen. Verva har felaktigt förkastat Siemens anbud på samtliga dessa anbudsområden. För anbudsområde 8 har Siemens inte lämnat anbud.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren inte får kombinera anbudsområde 8 med övriga anbudsområden. Antingen får anbudsgivaren lägga anbud på områdena 1-7 eller vissa av dessa eller enbart på område 8. En av de mest grundläggande principerna enligt LOU är rätten för leverantörer att lämna anbud. Ifrågavarande upphandling är en öppen upphandling. I definitionen av en öppen upphandling i 1 kap. 5 § LOU anges att öppen upphandling är en upphandling där alla leverantörer får lämna anbud. Verva har alltså inskränkt den grundläggande principen att anbudsgivare har rätt att lämna anbud. Det finns ingen bestämmelse i LOU som ger rätt att inskränka rätten att lämna anbud i en öppen upphandling på det sätt som skett. Regleringen i förfrågningsunderlaget är konkurrensbegränsande i strid mot 1 kap. 4 § LOU. Om vissa leverantörer förbjuds att lämna anbud minskar uppenbarligen konkurrensen. Siemens har tvingats avstå från att lämna anbud på område 8 på grund av den aktuella regleringen. Det är därmed tydligt att Siemens orsakats skada av denna överträdelse av LOU. Siemens får i detta sammanhang även ange att det rör sig om åtta olika

upphandlingar där det fattas ett tilldelningsbeslut för varje område och överprövning kan ske för ett enskilt område.

Verva har gjort gällande att förbudet att lämna anbud för anbudsområde 1-7 i det fall anbud lämnas för område 8 även skall tillämpas för underleverantörer. Förfrågningsunderlaget (Bilaga A 1-7) kan inte förstås på detta sätt. Den aktuella regleringen tar enbart sikte på leverantörerna och det är inte rimligt att ge regleringen ett vidare tillämpningsområde utan att detta tydliggjorts. Förfrågningsunderlaget har därför brustit i tydlighet/transparens. Det kan inte begäras att en anbudsgivare i allmänhet skall kunna tillgodogöra sig slutsatsen att det inte skulle vara tillåtet att använda sig av en underleverantör som deltar i annat anbud för område 8. Den tillämpning som Verva vill göra gällande strider mot LOU eftersom Verva förbjuder användning av en underleverantör som samarbetar med en annan anbudsgivare i ett helt annat anbudsområde, vilket är otillåtet konkurrensbegränsande. Dessutom strider Vervas tillämpning mot bestämmelsen i 1 kap. 23 a § LOU enligt vilken grupper av leverantörer har rätt att lämna anbud.

Förfrågningsunderlaget går enligt Verva ut på att en anbudsgivare som lämnar anbud på områdena 1-7 skall säkerställa att underleverantören inte lämnar anbud på område 8 eller ingår underleverantörsavtal för område 8. Ett sådant avtal skulle strida mot 6 § konkurrenslagen (1993:20). Enligt den bestämmelsen är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat. Konsekvensen av Vervas inställning till förfrågningsunderlagets innebörd är att leverantörerna måste upprätta arrangemang som strider mot konkurrensrätten vilket innebär att förfrågningsunderlaget inte kan godtas och upphandlingen måste göras om.

Verva har åberopat att Siemens inte uppfyller kravet i punkten 3.1.7 i Bilaga A 1-7 att åberopad leveranskapacitet hos underleverantör inte

skall ingå i annat anbud. Siemens inställning är att inte heller detta villkor uppfyller kraven på förutsebarhet och transparens och villkoret får därmed inte tillämpas på det sätt Verva gör gällande. Det finns en civilrättsligt bindande överenskommelse som innebär att underleverantören skall tillhandahålla resurserna och därmed förfogar Siemens över resurserna.

Det är tydligt att länsrätten har underlåtit att pröva ett flertal grunder som Siemens har åberopat i målet. Det rör sig dessutom om centrala frågor i målet. Det är fråga om rättegångsfel av sådan karaktär att länsrättens dom skall undanröjas och återförvisning ske till länsrätten för vidare handläggning.

Verva hänvisar till de grunder och omständigheter som anförts i länsrätten och anför därutöver, i de delar som kammarrätten prövar, bl.a. följande.

Vad Siemens anført om att det skulle ha fattats flera tilldelningsbeslut är felaktigt. Tilldelningsbeslut som avser alla anbudsområden i upphandlingen, fattades den 30 januari 2008. Det föreligger inte något förbud att lämna anbud i upphandlingen och upphandlingen är förenlig med 1 kap. 4 § LOU. Siemens har, liksom alla andra anbudsgivare i upphandlingen, haft möjlighet att välja om bolaget skulle lämna anbud inom anbudsområdena 1-7 eller 8. Den omständigheten att Siemens valt att lämna anbud avseende anbudsområdena 3, 4 och 5 visar att Siemens självt valt att begränsa sitt deltagande i upphandlingen.

Förutsättningen för upphandlingen, att deltagande i anbudsområde 1-7 utesluter deltagande i anbudsområde 8 och att detta gäller såväl anbudsgivare som underleverantörer, framgår tydligt av förfrågningsunderlaget. Detta är inte konkurrensbegränsande. Även ett gemensamt anbud förutsätter naturligtvis såväl att ingen av anbudsgivarna förekommer i både anbudsområde 1-7 och 8 som att ett

sådant samarbete är förenligt med konkurrenslagen. Konsekvensen av ett anbuds brist i skall-kravsuppfyllnad framgår tydligt av förfrågningsunderlaget och Siemens anbud har rätteligen förkastats.

Kammarrätten har inhämtat yttrande från Konkurrensverket avseende frågan om rätten att begränsa möjligheten att lämna anbud i samtliga anbudsområden.

Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling, dvs. en upphandling där alla leverantörer får lämna anbud. Både länsrättens och Konkurrensverkets bedömning överensstämmer med vad Verva anför om att upphandlingen är att betrakta som *en* upphandling. Som Konkurrensverket konstaterar innebär detta att alla leverantörer fått lämna anbud i upphandlingen och att förutsättningen för upphandlingen inte strider mot definitionen i 1 kap. 5 § LOU av en öppen upphandling.

Konkurrensverket anför att frågan om när man kan använda rätten att begränsa möjligheten att lämna anbud i samtliga anbudsområden såvitt känt inte tidigare behandlats i vägledande domstolsavgöranden i Sverige eller inom EU. I punkt 7 under rubriken Meddelande om upphandling i bilaga VII A till direktiv 2004/18/EG anges emellertid att ”Om kontrakten är uppdelade i flera delar skall det anges om de ekonomiska aktörerna kan lämna anbud på en, flera och/eller alla delar”. Direktivet anger således uttryckligen att de ekonomiska aktörernas möjligheter att lämna anbud i en upphandling kan begränsas. Svaret på kammarrättens fråga följer således uttryckligen av ordalydelsen i direktivet.

I artikel 5.3 i EG-fördraget stadgas att gemenskapen inte skall vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen med fördraget. Artikel 5 ger uttryck för den s.k. proportionalitetsprincipen. Trots proportionalitetsprincipens betydelse inom EG-rätten och den omständigheten att EG-domstolen tillämpat principen i ett stort antal mål råder fortfarande osäkerhet om hur en proportionalitets-

bedömning skall utföras. Detta då EG-domstolen tillämpat proportionalitetsprincipen på olika sätt i olika situationer. Konkurrensverket beaktar inte dessa omständigheter i sin beskrivning av proportionalitetsbedömningen vilken därför återges på ett alltför onyanserat sätt.

Proportionalitetsbedömningen skall utföras på olika sätt, dvs. med en ”svagare” eller ”striktare” intensitet, beroende på den situation som skall bedömas. EG-domstolen har exempelvis utfört en ”svag” proportionalitetsbedömning i situationer där gemenskapslagstiftaren inskränkt en rättighet som inte varit tydligt identifierad eller av särskild vikt medan skälet till inskränkningen varit av vidsträckt allmänt intresse. I dessa situationer har sökanden ålagts bevisbördan för att åtgärden varit ”uppenbart oproportionell”. Vidare kan konstateras att EG-domstolen tillämpar ett s.k. uppenbarhetstest, där ett lagstiftningsval underkänns endast om det är uppenbart felaktigt, såvitt avser gemenskapslagstiftarens behörighet att anta åtgärder t.ex. på området för fri rörlighet. Den ”striktare” proportionalitetsbedömning som Konkurrensverket använder har EG-domstolen däremot tillämpat exempelvis i situationer där en individ gjort gällande att en grundläggande rättighet otillbörligen inskränkts av gemenskapslagstiftarens åtgärder samt i situationer där en medlemsstats åtgärd konstaterats utgöra brott mot någon av de grundläggande friheterna. I det senare fallet har medlemsstaten bevisbördan för att den nationella åtgärden är proportionell. Även vid den ”striktare” proportionalitetsbedömningen gör EG-domstolen vanligtvis en helhetsbedömning av situationen och prövar sällan varje enskilt moment.

För att avgöra om en vidtagen åtgärd är proportionell skall alltså inledningsvis de motstående intressena och den vikt som skall tillmätas var och en av dessa identifieras och därefter skall en avvägning mellan de olika intressena ske (proportionalitetsbedömning). Det skyddsvärda intresset är att utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns. Verva har engagerat professorn i nationalekonomi Fredrik Andersson och docenten

i nationalekonomi Mattias Ganslandt och av deras utlåtande framgår att förutsättningen för upphandlingen inte begränsar konkurrensen. Det skyddsvärda intresset har således inte angripits eller begränsats. Processen kan alltså avstanna redan i detta steg med konstaterandet att förutsättningen för upphandlingen är förenlig med proportionalitetsprincipen. Skälet till förutsättningen för upphandlingen har varit att säkerställa optimalt utnyttjande av befintlig konkurrens genom att ta hänsyn till små och medelstora företags villkor. Av 2 § förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning följer att det skall finnas ramavtal för varor och tjänster som myndigheter upphandlar ofta, i stor omfattning eller som uppgår till stora värden, samt att små och medelstora företags möjligheter att delta därvid skall beaktas. Betydelsen av att underlätta för små och medelstora företag framhålls även i Europeiska kommissionens arbetsdokument European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs to Public Procurement Contracts. De båda intressen som skulle vägas mot varandra om en proportionalitetsbedömning hade varit aktuell syftar båda till att främja konkurrensen och är därför överhuvudtaget inte motstående. En bedömning av när beaktandet av små och medelstora företag inte längre kan anses innebära ett utnyttjande av befintlig konkurrens ankommer på lagstiftaren.

Vervas utförande av upphandlingen utgör inte någon sådan situation där det är fråga om att en åtgärd hos gemenskapen eller en medlemsstat angripits för att vara oproportionell. Förutsättningen för upphandlingen innebär inte heller något brott mot likabehandlingsprincipen eller de fyra friheterna. Under dessa omständigheter är det uteslutet att förutsättningen för upphandlingen skall utsättas för en sådan ”strikt” proportionalitetsbedömning som Konkurrensverket utför. Det saknas även stöd för att ålägga Verva bevisbördan för att åtgärden är proportionell.

I den förstudie som Verva genomförde inför upphandlingen uppmärksammades att de avropande myndigheterna hade behov av såväl

större, rikstäckande leverantörer som mindre, lokala leverantörer. Små och medelstora företag riskerar att slås ut i den här typen av ramavtalsupphandlingar eftersom stora aktörer gärna lämnar anbud på samtliga områden. För att förhindra att ett fåtal aktörer skulle dominera leveranserna av IT-konsulttjänster till den offentliga sektorn i Stockholmsregionen var det nödvändigt att begränsa deltagandet i upphandlingen till antingen anbudsområde 1-7 eller 8. En korrekt utförd proportionalitetsbedömning skulle, om en sådan varit aktuell, ha utvisat att förutsättningen för upphandlingen är förenlig med proportionalitetsprincipen. Denna slutsats styrks även av rättsutlåtande från den tidigare rättssekreteraren vid EG-domstolen Ida Otken Eriksson. Trots egentlig avsaknad av bevisbörda har Verva också visat att förutsättningen för upphandlingen är förenlig med proportionalitetsprincipen.

Det åligger den som gjort en framställning om åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU att visa att förutsättningar för sådana åtgärder föreligger. Siemens har inte visat att Verva agerat i strid med LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna genom att förkasta Siemens anbud. I vart fall har inte något sådant brott medfört att Siemens lidit eller kan komma att lida skada. Någon grund för att förordna att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts föreligger därför inte. Det skulle få helt orimliga konsekvenser för upphandlande myndigheter och vore helt enkelt inte proportionellt att underkänna Vervas genomförande av upphandlingen. Verva bifogar och åberopar utlåtande den 15 oktober 2008 av professorn i nationalekonomi Fredrik Andersson och docenten i nationalekonomi Mattias Ganslandt, utlåtande den 13 oktober 2008 av den tidigare rättssekreteraren vid EG-domstolen Ida Otken Eriksson, Förstudie inför en eventuell upphandling av IT-konsulttjänster 2007 och Beslut angående centrala ramavtalsupphandlingar av IT-konsulttjänster för regioner utanför Stockholm.

Siemens anför därefter bl.a. följande. Förbudet mot att anlita underleverantör är att gå ytterligare ett steg utöver att förbjuda

anbudsgivare att lämna anbud på vissa anbudsområden. Rätten att anlita underleverantörer är viktig för små och medelstora företag som inte själva förfogar över tillräckliga resurser för att kunna lämna anbud. Vervas inskränkning i fråga om rätten att anlita underleverantörer är således oförenlig med argumentationen om att underlätta för små och medelstora företag.

Siemens menar att Konkurrensverkets tillämpning av proportionalitetsprincipen är korrekt. Det finns ingen grund för att lägga bevisbördan för att styrka att inskränkningar i ett förfrågningsunderlag är oproportionerliga på en enskild anbudsgivare. Det är den upphandlande enheten som har att visa att dess uppställda förbud är proportionerliga. Vervas inställning i frågan om bevisbörda är inte i enlighet med rättspraxis.

Den förstudie som upprättades inför upphandlingen utgör inget stöd för att förbudet att lämna anbud eller att anlita underleverantörer skulle vara en rimlig och proportionerlig åtgärd för att underlätta för små och medelstora företag. I förstudien nämns helt andra åtgärder för att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingen. Under punkten 1.1.5 i förstudien anges att vid upphandlingen som genomfördes 2004 kunde leverantörerna lämna anbud inom antingen del A eller inom ett eller flera anbudsområden i del B, men att detta upplägg numera inte anses vara genomförbart av juridiska skäl. Det förefaller som att förstudien underkänner det förbud som Verva kom att uppställa i upphandlingen.

Vad som anges i bilaga VII A till direktiv 2004/18/EG, ”om kontrakten är uppdelade i flera delar skall det anges om de ekonomiska aktörerna kan lämna anbud på en, flera och/eller alla delar”, har inte den betydelsen Verva gör gällande. Den aktuella bestämmelsen rör informations-skyldigheten hos den upphandlande enheten och är alltså inte en materiell bestämmelse om hur upphandlingen får konstrueras. Detta framgår av att

bilagan avser ”information som skall finnas i meddelanden i offentlig upphandling”. Regleringen kan inte förstås som att det skulle vara fritt fram för en upphandlande enhet att upprätta förbud mot att lämna anbud på vissa anbudsområden.

Det är rimligt att bedömningen enligt proportionalitetsprincipen sker i tre steg i enlighet med vad Konkurrensverket anfört, vilket också är i enlighet med EG-domstolens praxis. Det är i och för sig även möjligt att genomföra en samlad bedömning. Verva har gjort gällande att det skall tillämpas ett uppenbarhetsrekvisit och att ingreppet skall underkännas först om det uppenbarligen strider mot proportionalitetsprincipen. Det är oförenligt med regleringen i LOU att endast bifalla talan om det föreligger en uppenbar överträdelse av LOU. Vervas inställning är inte heller förenlig med EG-domstolens praxis. Det är bl.a. utifrån rättsfallet C-331/88 tydligt att huvudregeln är att det inte krävs att det föreligger ett uppenbart brott mot proportionalitetsprincipen för att en överträdelse skall anses föreligga, endast i vissa undantagsfall har en mer undfallande bedömning tillämpats. Inte heller de Búrcas artikel som Verva åberopat ligger i linje med Vervas argumentation. Enligt de Búrca förefaller det som att en mindre strikt tillämpning förekommit när talan förs mot EU inom området för en mer diskretionär beslutanderätt beträffande politiska frågor. I detta fall är det inte fråga om en talan mot EU och inte heller om frågor som omfattas av en mer diskretionär beslutanderätt beträffande politiska frågor. Den upphandling Verva genomfört är inte i närheten av det område där det i litteratur och praxis har tillämpats en mer undfallande bedömning enligt proportionalitetsprincipen. Inskränkningar av enskildas rättigheter är en kategori av mål där en striktare proportionalitetsprincip tillämpas. Siemens bifogar Nuteks rapport Småföretag och offentlig upphandling, Gráinne de Búrcas artikel The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, EG-domstolens avgöranden i målen C-17/93, C-331/88, C-275/92 och C-360/89 samt Regeringsrättens avgörande RÅ 2005 ref. 10.

Verva anför därefter bl.a. följande. Vid tidpunkten för Vervas förstudie var det inte klart om en upphandling skulle genomföras utan förstudien skulle utgöra underlag för beslut om detta och om vilken omfattning och inriktning en eventuell upphandling skulle ha. Därför kan inte förstudien innehålla information om vilka detaljerade krav som kommer att ställas i en eventuell kommande upphandling. Detta har istället formulerats i förfrågningsunderlaget utifrån en sammanvägning av bl.a. vad som framkommit i förstudien. Bilaga 2 till förstudien utgör en separat marknadsanalys som utförts av en oberoende konsult. Marknadsanalysen ger inte uttryck för Vervas slutsatser eller rekommendationer inför upphandlingen. Vad som framkommer i avsnitt 5.1.2.4 i förstudien utgör de avropande myndigheternas åsikt om hur det är möjligt att underlätta för små och medelstora företag vid upphandlingen. De avropande myndigheternas behov och önskemål utgör enbart ett av flera hänsyn som Verva har att beakta vid formuleringen av upphandlingens krav.

Tredje stycket i avsnitt 1.1.5 i förstudien tar sikte på förhållandena vid Vervas förra upphandling av IT-konsulttjänster 2004. Den upphandlingen var uppdelad i två områden, A och B, där uppdelningen var densamma som i nu aktuell upphandling. Liksom i nu aktuell upphandling var det bara möjligt att förekomma i en av delarna. I den förra upphandlingen skulle dock avropande myndigheter vid avrop alltid vända sig till alla leverantörer inom del A och till de leverantörer inom del B som tilldelats ramavtal inom det aktuella kompetensområdet. Vid avrop avseende flera kompetensområden riskerade därför leverantörer med begränsad specialistkompetens att förfördelas. Av denna anledning gjorde Verva bedömningen att det fanns risker med hur avropen skulle ske enligt den tidigare upphandlingen och att detta av ”juridiska skäl” skulle förändras i den aktuella upphandlingen. Verva bifogar och åberopar kompletterande yttrande av professorn i nationalekonomi Fredrik Andersson och docenten i nationalekonomi Mattias Ganslandt.

Kammarrätten beslutade den 30 maj 2008 att upphandlingen avseende anbudsområdena 3, 4, 5 och 8 inte får avslutas innan något annat har beslutats. Kammarrätten beslutade vidare den 9 juni 2008 att inhämta yttrande från Avdelningen för offentlig upphandling vid Konkurrensverket angående frågan om rätten att begränsa möjligheten att lämna anbud i samtliga anbudsområden.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsrättens dom.

I punkt 2.1 i Bilaga A 1-7 till förfrågningsunderlaget anges följande. Anbudsgivaren skall ange det anbudsområde eller de anbudsområden som anbudet avser. Observera att deltagande i anbudsområde 8 utesluter deltagande i anbudsområde 1-7 samt att deltagande i anbudsområde 1-7 utesluter deltagande i anbudsområde 8.

I punkt 1.3 första stycket i Bilaga A 1-7 till förfrågningsunderlaget anges följande. Ställda krav avser såväl *anbudsgivaren* som eventuella *underleverantörer*, således ska anbudsgivarens svar avse helheten, anbudsgivare inklusive eventuella underleverantörer. Detta gäller utom i de fall där kravtexten uttryckligen medger att svaret endast ska omfatta endera anbudsgivaren eller underleverantörer.

Kammarrätten har i målet inhämtat yttrande från **Konkurrensverket** avseende frågan om rätten att begränsa möjligheten att lämna anbud i samtliga anbudsområden. I yttrande daterat den 15 juli 2008 anges bl.a. följande.

LOU skall tolkas och tillämpas i enlighet med upphandlingsdirektivens syfte och lydelse samt EG-domstolens praxis. Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området skall öppnas upp för

icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. I alla upphandlingar skall den upphandlande myndigheten beakta de grundläggande principer som kan härledas ur EG-fördraget och upphandlingsdirektiven och som ingår i begreppet affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, såsom principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas skall vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder skall en medlemsstat välja den som leder till minsta möjliga störning för den ekonomiska verksamheten. Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att bedömningen skall genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen.

Europeiska kommissionen har tagit fram ett dokument, European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs to Public Procurement Contracts, i syfte att ge medlemsstaterna och dess upphandlande myndigheter vägledning avseende vilka åtgärder de kan vidta för att främja små och medelstora företags deltagande vid offentliga upphandlingar. Där anges att upphandlande myndigheter kan begränsa antalet delar av kontraktet som anbudsgivare får lämna anbud på men en sådan begränsning får inte göras om det innebär att konkurrensen begränsas. I dokumentet anges att ”contracting authorities should keep in mind that, while they are allowed to limit the number of lots tenderers can bid for, they must not use this possibility in a way which would impair the conditions for fair competition”.

LOU och EG-direktiven om offentlig upphandling syftar till att upphandlingar skall ske med tillvaratagande av de konkurrensmöjligheter som finns på bästa sätt. Bestämmelserna syftar både till att tillvarata konkurrensen i den enskilda upphandlingen och till att utveckla en effektiv konkurrens. Konkurrensverket anser att det inför samordnade

inköp vanligtvis krävs en dokumenterad marknadsstudie för att säkerställa att negativa effekter inte uppstår för konkurrensen. Att små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingar skall beaktas framgår uttryckligen av 2 § förordningen om inköpssamordning. De åtgärder som sker för att beakta små och medelstora företag bör vara dokumenterade i marknadsstudien.

Enligt Konkurrensverkets mening är den aktuella upphandlingen att betrakta som *en* upphandling. Enligt en strikt tolkning utifrån ordalydelsen i 1 kap. 5 § LOU innebär detta att villkoret angående anbudslämnande inte strider mot legaldefinitionen av en öppen upphandling eftersom alla leverantörer får lämna anbud i upphandlingen. Alla leverantörer har uteslutits från att lämna anbud på viss del av upphandlingen under lika förutsättningar. Enligt Konkurrensverket strider därmed inte det uppställda villkoret mot likabehandlingsprincipen.

En bedömning av om villkoret är förenligt med proportionalitetsprincipen är nödvändig. EG-domstolens praxis innebär att bedömningen bör ske i tre steg.

I det första steget görs en bedömning av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträfvade syftet. Konkurrensverket finner två möjliga syften med det aktuella villkoret:

- a. Tillvarata den befintliga konkurrensen.
- b. Utveckla en effektiv konkurrens genom att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingen.

Dessa syften är inte alltid förenliga med varandra och det är därför motiverat att göra en separat proportionalitetsbedömning avseende respektive syfte.

- a. Enligt Konkurrensverket kan Vervas villkor inte anses som en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det första syftet eftersom villkoret innebär att anbudsgivare utesluts från delar av upphandlingen. Den befintliga konkurrensen tillvaratas således inte. Någon vidare bedömning av villkoret enligt proportionalitetsprincipen är därmed inte aktuell avseende det första syftet.
- b. Ett stort deltagande av små och medelstora företag kan ha positiva effekter på möjligheten att utveckla en effektiv konkurrens. Det går dock inte att generellt säga att en marknad med ett stort antal små och medelstora företag i sig är en garanti eller en förutsättning för en god konkurrens. Det krävs att Verva kan visa att marknaden för IT-konsulttjänster på sikt gynnas av ett stort antal små och medelstora företag. Verva har anfört att upphandlingen har föregåtts av en omfattande förstudie av marknaden. Denna utredning har dock inte redovisats och Konkurrensverket kan således inte utesluta att villkoret kan vara en lämplig och effektiv åtgärd i detta fall.

I det andra steget görs en bedömning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. En bedömning enligt steg två är endast aktuell avseende syfte b. Att dela upp upphandlingen i olika anbudsområden är enligt Konkurrensverket en lämplig åtgärd. Verva har dock gått ett steg längre och förbjudit anbudsgivare att lämna anbud i delar av upphandlingen, vilket är en mycket ingripande åtgärd. Det åligger Verva att visa att det inte finns mindre ingripande alternativ. Frågan om syftet hade kunnat uppnås med mindre ingripande villkor utgör en bevisvärderingsfråga som Konkurrensverket överlämnar åt rätten att ta ställning till.

I det tredje steget skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är

oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Även här är endast syftet aktuellt för bedömning. Verva har begränsat möjligheten att lämna anbud i alla delar av upphandlingen. Utifrån det material som Konkurrensverket tagit del av kan inte Verva anses ha visat att den negativa effekt som detta innebär inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Ida Otken Eriksson, doktorand i europarätt vid Stockholms universitet och konsult vid advokatfirman Öberg & Associés, har i av Verva åberopat utlåtande den 13 oktober 2008 angett bl.a. följande.

Verva har givit henne i uppdrag att kommentera Konkurrensverkets yttrande i målet. Enligt hennes uppfattning är Konkurrensverkets yttrande missvisande då analysen grundar sig på en felaktig förutsättning. Konkurrensverket lägger till grund att det omtvistade villkoret är konkurrensbegränsande och därmed olagligt vilket innebär att Konkurrensverket tillämpar en mycket strikt proportionalitetsbedömning och ålägger Verva att visa att villkoret inte är oproportionellt. Av relevanta rättsakter samt EG-domstolens praxis framgår dock att situationen är den omvända; det omtvistade villkoret är inte per definition olagligt då det inte föreligger något åsidosättande av likabehandlingsprincipen eller snedvridning av konkurrensen. Därmed kan proportionalitetsbedömningen inte utföras på det sätt som Konkurrensverket förespråkar och Verva kan inte åläggas att visa att villkoret inte är oproportionellt.

Konkurrensverket fäster ingen vikt vid att utgångspunkten i direktivet är att en upphandlande myndighet har rätt att begränsa hur många delar av en upphandling som leverantörerna kan lämna anbud på. I stället fokuserar Konkurrensverket på vad som sägs i kommissionens arbetsdokument och tolkar detta på ett felaktigt sätt. Konkurrensverket utgår nämligen i sin vidare analys från att det omtvistade villkoret är konkurrensbegränsande när utgångspunkten i såväl direktiv som

kommissionens arbetsdokument är den omvända, nämligen att upphandlande myndigheter har rätt att begränsa möjligheten att lämna anbud på samtliga anbudsområden. Principen om likabehandling har inte åsidosatts och villkoret kan därför inte anses snedvrída konkurrensen.

Villkoret är inte konkurrensbegränsande utan främjar konkurrensen eftersom samma anbudsgivare inte kan bli leverantör i båda delarna av upphandlingen vilket ger fler anbudsgivare chansen att bli leverantör. Samtidigt säkerställer villkoret att förvaltningens beroende av ett fåtal leverantörer reduceras, vilket är ett i litteraturen erkänt legitimt syfte. Det måste således anses som klart felaktigt att Konkurrensverket förkastar det omtvistade villkoret med motiveringen att det inte har till syfte att tillvarata den befintliga konkurrensen.

Eftersom Konkurrensverket felaktigt förutsätter ett brott mot likabehandlingsprincipen och en otillåten begränsning av konkurrensen, tillämpas en strikt proportionalitetsbedömning och Verva åläggs att visa att villkoret inte är oproportionellt. Konkurrensverkets proportionalitetsanalys påminner om en tillämpning av proportionalitetsprincipen på området för fri rörlighet. Eftersom utgångspunkten för bedömningen är ett hinder eller brott mot rätten till fri rörlighet, företas på detta område en mycket strikt proportionalitetsbedömning. Det är felaktigt att överföra denna analys och bevisbördan till den föreliggande upphandlingssituationen.

I förevarande mål föreligger varken något brott mot likabehandlingsprincipen eller någon begränsning av förutsättningarna för sund konkurrens. I den aktuella situationen är det meningslöst att utföra en strikt proportionalitetsbedömning och ålägga Verva att visa att det omtvistade villkoret, som är lagligt, ändå skulle kunna rättfärdigas som ett undantag från huvudregeln om likabehandling och lika förutsättningar för konkurrens. Istället måste eventuella besvikna anbudsgivare visa att villkoret, som är fullt legitimt enligt bilaga VII A i direktivet, på något

sätt skulle innebära ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen eller skada förutsättningarna för en sund konkurrens. Konkurrensverkets slutsats, att Verva inte har visat att begränsningen är förenlig med proportionalitetsprincipen, framstår som förhastad med tanke på att Konkurrensverket inte tagit del av Vervas förstudier. Konkurrensverket tar således ställning på ett ofullständigt underlag vilket begränsar yttrandets värde.

Fredrik Andersson och Mattias Ganslandt, professor respektive docent i nationalekonomi, har i av Verva åberopat utlåtande den 15 oktober 2008 angett bl.a. följande. Utlåtandet har upprättats i enlighet med det uppdrag de fått av Verva. Analysen har genomförts av författarna självständigt.

Konkurrensverket menar i sitt yttrande att Verva utifrån det material Konkurrensverket tagit del av inte anses ha visat att den budrestriktion som finns i upphandlingen är förenlig med proportionalitetsprincipen. En första fråga i detta sammanhang är vilka utredningskrav som rimligen kan ställas på en upphandlande myndighet. Ett realistiskt krav är att den upphandlande enheten utformar en auktion så att den inte är uppenbart ineffektiv eller snedvridande.

Upphandlingen genomfördes som en samordnad ramavtalsupphandling med förnyad konkurrensutsättning. Denna typ av upphandling kan vara ett lämpligt sätt att utnyttja konkurrensen eftersom ett flertal leverantörer väljs ut i en kvalificeringsfas varefter avropande myndigheter kan utnyttja konkurrensen mellan de utvalda leverantörerna vid varje enskilt avrop. Det mycket stora antalet ramavtal i upphandlingen torde i sig vara tillräckligt för att konstatera att upphandlingen utnyttjat den befintliga konkurrensen på ett lämpligt och effektivt sätt. En tillkommande leverantörs betydelse för konkurrensen på ett visst anbudsområde torde vara relativt ringa. Restriktionen att anbudsgivare fick välja anbudsområde 1-7 eller 8 framstår redan av detta som väl förenlig med

att utnyttja den befintliga konkurrensen på marknaden. Det stora antalet IT-konsulter på den svenska marknaden har betydelse för bedömningen då begränsningar för en enskild anbudsgivare kan förväntas ha liten eller omärkbar betydelse när det totala antalet potentiella konkurrenter är mycket stort.

En ramavtalsupphandling med förnyad konkurrensutsättning innebär att den befintliga konkurrensen tillvaratas i flera steg. Det går därför inte att bedöma om den befintliga konkurrensen tillvaratagits enbart genom att beakta villkoren för anbudsgivning och tilldelning av ramavtal. Det är möjligt för leverantörer med samma ägare och inom samma företagskoncern att lägga anbud både på anbudsområde 1-7 och 8. Den formella begränsning som finns i villkoren för att lämna anbud på alla anbudsområden utgör inte någon absolut begränsning av utbytbarheten och konkurrensen mellan leverantörer.

På marknaden för IT-konsulttjänster finns ett stort antal företag där vissa företag är generalister och andra specialister inom snävare områden. Mot denna bakgrund kan begränsningen att få lämna anbud antingen på resurskonsulttjänster inom område 1-7 eller uppdragskonsulttjänster inom område 8 ses som funktionellt motiverad. Verva har genom denna utformning av upphandlingen velat åstadkomma en sortering som innebär att myndigheterna inför varje uppdrag har en stor variation av leverantörer att välja mellan, allt från utpräglade generalister till utpräglade specialister.

Genom att anbudsgivarna tvingas välja mellan att lägga anbud på leverans av resurskonsulttjänster eller att lägga anbud på leverans av uppdragskonsulttjänster kan en självselektion, det vill säga en frivillig sortering, uppnås. Rätt utformad kan upphandlingen leda till att leverantörer i sitt eget intresse väljer att lägga anbud inom det område där företaget uppfattar sig ha komparativa fördelar. Ett företag som är relativt mer effektivt än sina konkurrenter på att utföra uppdragskonsulttjänster

kommer att lämna anbud på detta område medan en specialist som är relativt mer effektiv på att tillföra expertis till ett projekt i form av resurskonsulttjänster kommer att lägga anbud på något eller några av dessa anbudsområden. På detta vis kan Verva och de avropande myndigheterna förlita sig på att företagen baserat på sin privata information sorterar sig på ett effektivt sätt i olika kategorier.

De statliga myndigheternas erfarenheter från tidigare upphandlingar på IT-området har varit att det är av största vikt att ramavtalen säkerställer att kapacitet finns tillgänglig hos ramavtalsleverantörerna när ett avrop skall göras. Genom att skilja på den kapacitet som anbudsgivare har på uppdragskonsultområdet och resurskonsultområdet kan Verva öka sannolikheten för tillgänglig kapacitet hos leverantörerna vid avrop. Därmed utnyttjas konkurrensen bättre vid avropstillfället även om anbudsgivarnas möjligheter att lägga anbud i upphandlingen begränsas. Risken för att leverantörernas kapacitet används i andra projekt är särskilt stor när det finns överlapp som innebär att leverantörernas kapacitet används både för resurs- och uppdragstjänster. En åtskillnad mellan de ramavtalsleverantörer som väljs inom uppdragsområdet och de som väljs inom resursområdet kan därför vara ett effektivt sätt att minska risken för kapacitetsbrist under avtalsperioden.

Den direkta effekten av att begränsa rätten att lämna anbud i alla delar är att kalkylen för övriga potentiella anbudsgivare förbättras. I och med att ett större totalt antal ramavtalsleverantörer skall väljas ökar sannolikheten att bli vald och därmed ökar drivkraften att lämna anbud. Genom att separera aktörer som agerar som uppdragskonsulter och resurskonsulter minskar risken att ett företag bygger upp en dominerande ställning i avropen genom att få en branschkunskap som är överlägsen konkurrenternas.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Verva har genomfört en samordnad regional upphandling för myndigheter i Stockholms län avseende "IT-konsulttjänster 2007". Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Som villkor för anbudslämnande anges att deltagande i anbudsområde 8 utesluter deltagande i anbudsområde 1-7 samt att deltagande i anbudsområde 1-7 utesluter deltagande i anbudsområde 8.

Siemens yrkar i första hand att kammarrätten undanröjer länsrättens dom och återförvisar målet till länsrätten för prövning av vissa grunder som Siemens åberopat och som Siemens gör gällande inte prövats av länsrätten. I andra hand yrkar Siemens att kammarrätten förordnar att upphandlingen såvitt avser anbudsområdena 3, 4, 5 och 8 skall göras om.

Enligt kammarrättens mening är den centrala frågan i målet huruvida det av Verva uppställda villkoret att deltagande i anbudsområde 8 utesluter deltagande i anbudsområde 1-7 samt att deltagande i anbudsområde 1-7 utesluter deltagande i anbudsområde 8 är i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som skall tillämpas vid all offentlig upphandling. För det fall kammarrätten skulle komma till slutsatsen att villkoret strider mot upphandlingsrätten kan enligt kammarrättens mening ingen annan åtgärd komma i fråga än att upphandlingen avseende de anbudsområden som är föremål för prövning skall göras om. Vid en sådan utgång saknas skäl att pröva Siemens förstahandsyrkande att målet skall återförvisas till länsrätten för prövning av de frågor som inte tidigare prövats av länsrätten. Detta med hänsyn till att Siemens i länsrätten som förstahandsyrkande framställt att upphandlingen avseende anbudsområdena 3, 4, 5 och 8 skall göras om. Kammarrätten kommer således inledningsvis att pröva huruvida det av Verva uppställda villkoret är i överensstämmelse med LOU och gemenskapsrätten.

I 1 kap. 4 § LOU anges att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. LOU skall tolkas i enlighet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och EG-domstolens praxis. Den gemenskapsrättsliga samordningen av förfarandena vid offentlig upphandling av samhällstjänster har införts i syfte att förverkliga den inre marknaden. Vid all offentlig upphandling skall de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling/ickediskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och transparens/öppenhet beaktas.

I Bilaga VII A till direktiv 2004/18/EG rörande information som skall finnas i meddelanden om offentlig upphandling anges i punkt 7 under rubriken ”MEDDELANDE OM UPPHANDLING” att ”Om kontrakten är uppdelade i flera delar skall det anges om de ekonomiska aktörerna kan lämna anbud på en, flera och/eller alla delar”.

Verva gör gällande att det redan av det angivna framgår att de ekonomiska aktörernas möjligheter att lämna anbud i en upphandling kan begränsas på det sätt Verva gjort i upphandlingen. Kammarrätten konstaterar att Bilaga VII A till direktivet reglerar vilken information som skall finnas i meddelanden om offentlig upphandling. Bilagan innehåller således inga bestämmelser om huruvida, och i så fall i vilka situationer, begränsningar i rätten att lämna anbud kan uppställas. Bestämmelsen i punkt 7 är oklar till sin innebörd och kan, mot bakgrund av det sagda, under alla förhållanden inte anses innebära att alla begränsningar i rätten att lämna anbud kan godtas. För detta krävs att begränsningen är i överensstämmelse med de gemenskapsrättsliga principer som skall tillämpas.

Europeiska kommissionen har tagit fram ett arbetsdokument, European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs to Public Procurement Contracts, för att ge medlemsstaterna vägledning avseende vilka åtgärder som kan vidtas för att underlätta små och medelstora

företags tillgång till offentlig upphandling. Där anges att även om upphandlande myndigheter har rätt att begränsa det antal anbudsområden en anbudsgivare kan lämna anbud på, så får de inte använda denna möjlighet på ett sätt som skadar/försämrar villkoren för en rättvis konkurrens. Kommissionens dokument är endast rådgivande och har således ingen bindande verkan. Av dokumentet kan emellertid enligt kammarrättens mening utläsas att det är kommissionens uppfattning att upphandlande enheter visserligen kan uppställa som villkor att anbud inte får lämnas i alla delar, men att det i så fall ankommer på den upphandlande enheten att se till att ett sådant villkor inte skadar förutsättningarna för en god konkurrens.

Kammarrätten instämmer i Konkurrensverkets uppfattning att det rör sig om *en* upphandling som delats upp i olika anbudsområden.

Kammarrätten instämmer vidare i Konkurrensverkets uppfattning att det ifrågasatta villkoret inte innebär något åsidosättande av likabehandlingsprincipen eftersom alla leverantörer har uteslutits från att lämna anbud på viss del av upphandlingen under lika förutsättningar.

Enligt Verva är det av lagstiftaren erkända och skyddsvärda intresset som skall beaktas vid proportionalitetsbedömningen att utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns. Syftet med det ifrågasatta villkoret är enligt Verva att säkerställa optimalt utnyttjande av befintlig konkurrens genom att ta hänsyn till små och medelstora företags villkor. Verva anser med hänvisning till utlåtande av Fredrik Andersson och Mattias Ganslandt att det ifrågasatta villkoret inte begränsar konkurrensen då det skyddsvärda intresset inte angripits eller begränsats. Verva åberopar vidare utlåtande av Ida Otken Eriksson, som menar att det omtvistade villkoret inte åsidosätter likabehandlingsprincipen och att det därmed inte kan anses snedvrída konkurrensen.

Den omständigheten att villkoret formellt inte strider mot likabehandlingsprincipen medför enligt kammarrättens mening inte i sig

att villkoret inte kan anses snedvrída konkurrensen. Villkoret innebär i praktiken, vilket också är syftet, att leverantörer som inte har möjlighet att lämna anbud i samtliga anbudsområden gynnas på bekostnad av leverantörer som har den möjligheten. Även om detta skulle leda till fler anbudsgivare totalt sett, är det ändå uppenbart att villkoret därmed innebär en snedvridning av konkurrensen. Att potentiella leverantörer utesluts från möjligheten att lämna anbud i samtliga anbudsområden, kan vidare leda till att de leverantörer som är bäst lämpade att utföra uppdraget inte får den möjligheten, vilket innebär en begränsning av konkurrensen. Mot bakgrund av det sagda finner kammarrätten att villkoret utgör ett ingrepp i det skyddsvärda intresset och att en proportionalitetsbedömning således måste göras.

Konkurrensverket har av kammarrätten anmodats att yttra sig avseende frågan om rätten att begränsa möjligheten att lämna anbud i samtliga anbudsområden. Konkurrensverket anger att en proportionalitetsbedömning i tre steg skall genomföras där det i det första steget görs en bedömning av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. I det andra steget görs en bedömning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. I det tredje steget bedöms om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Konkurrensverket anför bl.a. att det uppställda villkoret är en mycket ingripande åtgärd och att det åligger Verva att visa att det inte finns mindre ingripande alternativ. Vidare anføres att utifrån det material som Konkurrensverket tagit del av kan Verva inte anses ha visat att den negativa effekt som åtgärden innebär inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Verva gör gällande att Konkurrensverket utför proportionalitetsbedömningen på ett felaktigt sätt. Enligt Vervas mening skall en mindre

strikt bedömning göras varvid Siemens åläggs bevisbördan för att det omtvistade villkoret strider mot proportionalitetsprincipen.

Det råder delade meningar om hur en bedömning enligt proportionalitetsprincipen skall genomföras och det kan konstateras att EG-domstolen vid sin prövning inte utför proportionalitetsbedömningen på samma sätt i alla situationer. Det förekommer att proportionalitetsbedömningen sker i de tre steg som Konkurrensverket förespråkar. EG-domstolen gör dock vanligtvis en samlad bedömning och i praktiken blir den avgörande frågan nästa alltid huruvida den nationella åtgärden går längre än vad som är *nödvändigt* för att uppnå syftet (Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), EU-rättslig metod, 2005, s. 156). I litteraturen har sammanställts vissa typsituationer där en strikt respektive mindre strikt proportionalitetsbedömning genomförs av EG-domstolen. Till exempel nämns att vid bedömningen av politiska myndighetsbeslut tillämpas en mindre strikt proportionalitetsbedömning, där domstolen även ålagt sökanden bevisbördan (Craig, Paul, De Búrca, Grainne, EU Law, Text, Cases and Materials, 2008, s. 548). En mindre strikt proportionalitetsbedömning tillämpas även på områden som kan betraktas som ”känsliga” och t.ex. rör grundläggande moraliska, religiösa och kulturella frågor (Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), EU-rättslig metod, 2005, s. 152).

Verva gör gällande att en mindre strikt proportionalitetsbedömning skall tillämpas i förevarande mål. Kammarrätten kan emellertid inte finna att det finns stöd i praxis eller litteraturen för att det omtvistade villkoret i upphandlingen skulle avse en sådan situation där det finns skäl att tillämpa en mindre strikt proportionalitetsbedömning. Inte heller kan kammarrätten finna att situationen är sådan att det finns förutsättningar för att ålägga Siemens bevisbördan för att det av Verva uppställda villkoret är oproportionerligt. En sedvanlig prövning av huruvida det uppställda villkoret strider mot proportionalitetsprincipen skall således göras.

Huruvida en proportionalitetsbedömning genomförs genom den trestegsbedömning som Konkurrensverket tillämpat eller en mera samlad bedömning är en smaksak och får avgöras från fall till fall. I detta fall väljer kammarrätten först, och för tydlighetens skull, att göra proportionalitetsbedömningen med tillämpning av en sådan trestegsbedömning som beskrivs av bl.a. Craig och De Burca (EU Law, Text, Cases and Materials, 2008, s. 545) och som tillämpats av Konkurrensverket.

I det första steget skall bedömas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet att säkerställa optimalt utnyttjande av befintlig konkurrens genom att ta hänsyn till små och medelstora företags villkor. Åtgärden förhindrar att stora leverantörer med kapacitet att lämna anbud i hela upphandlingen lämnar anbud och kanske tilldelas upphandlingskontrakt i samtliga anbudsområden. Därigenom öppnas för ett större totalt antal olika leverantörer som har möjlighet att vinna kontrakt i upphandlingens olika områden. Om många större leverantörer lockas att lämna anbud i anbudsområde 8 avseende uppdragskonsulttjänster är det möjligt att små och medelstora företags chanser vid deltagande i ett eller flera av anbudsområdena 1-7 förbättras. Det kan således enligt kammarrättens mening inte uteslutas att åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet att ta hänsyn till små och medelstora företags villkor.

I det andra steget skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ.

Verva har genomfört en förstudie inför upphandlingen. I förstudien anges i analysen under punkt 8.1.2 att Verva bör fortsätta det förenklingsarbete som redan pågår, t.ex. genom att reducera mängden krav. Under punkten 5.1.2.4 anges att flera har framfört att Verva bör uppmuntra till

leverantörssamarbete för att få med små och medelstora företag. Det av Verva uppställda villkoret att anbud inte får lämnas i alla anbudsområden nämns inte som en tänkbar åtgärd. Tvärtom anges i punkt 1.1.5 att ett liknande villkor uppställdes vid den upphandling som genomfördes 2004, men att detta upplägg numera inte anses genomförbart av juridiska skäl. Verva har förklarat denna skrivning med att det fanns risker med hur avropen skulle ske enligt den tidigare upphandlingen och att detta av ”juridiska skäl” skulle förändras i den aktuella upphandlingen. Oavsett hur detta förhåller sig konstaterar kammarrätten att det omtvistade villkoret inte omnämns i förstudien som en tänkbar åtgärd för att ta hänsyn till små och medelstora företags villkor.

Kammarrätten instämmer i Konkurrensverkets konstaterande att det uppställda villkoret är en mycket ingripande åtgärd och att det åligger Verva att visa att det inte finns mindre ingripande alternativ. Enligt kammarrättens mening finns det många andra tänkbara åtgärder för att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingen, såsom att dela upp upphandlingen i mindre delar eller att tillåta samarbete mellan många små leverantörer genom att ge konsultmäklare rätt att teckna ramavtal. Dylika åtgärder ger små och medelstora företag förutsättningar att delta i upphandlingen utan att de medför den negativa effekten att leverantörer utesluts från rätten att lämna anbud. Det kan även ifrågasättas om inte andra åtgärder, t.ex. de ovan nämnda, är bättre ägnade att ta hänsyn till små och medelstora företags villkor än det av Verva uppställda villkoret eftersom de på ett mera direkt sätt tar sikte på de mindre företagens svårigheter att lämna anbud i en stor upphandling. Kammarrätten finner således med hänsyn till det ovanstående att Verva inte kan anses ha visat att åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Åtgärden är därmed inte förenlig med proportionalitetsprincipen.

I det tredje steget skall bedömas om den negativa effekt som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Kammarrätten har redan under steg två konstaterat att det av Verva uppställda villkoret är oproportionerligt. Prövningen i steg tre kan därmed begränsa sig till kammarrättens konstaterande att utredningen i målet inte är tillräcklig för att finna att den effekt som följer av en så ingripande åtgärd som den nu aktuella kan anses proportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet.

Verva gör gällande att en korrekt genomförd proportionalitetsbedömning inte skall genomföras genom en trestegsbedömning utan genom att vid en samlad bedömning pröva om villkoret är mer betungande eller långtgående än vad som kan anses nödvändigt för att uppnå syftet med villkoret. Det följer av det sagda, särskilt av vad som sagts i fråga om det andra prövningssteget, att kammarrätten även vid en sådan bedömning finner att villkoret är alltför långtgående och således mera betungande än som kan anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet att säkerställa optimalt utnyttjande av befintlig konkurrens genom att ta hänsyn till små och medelstora företags villkor. Åtgärden är således även vid prövning enligt den av Verva förespråkade bedömningsmetoden i strid med proportionalitetsprincipen.

Kammarrätten finner således att Verva genom att uppställa som villkor att deltagande i anbudsområde 8 utesluter deltagande i anbudsområde 1-7 samt att deltagande i anbudsområde 1-7 utesluter deltagande i anbudsområde 8 handlat i strid med proportionalitetsprincipen.

Härigenom har Verva genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot 1 kap. 4 § LOU. Felet har medfört att Siemens, genom att sålunda ha fråntagits möjligheten att delta i samtliga anbudsområden, lidit eller kan komma att lida skada. Det fel som begåtts i upphandlingen har påverkat det uppsökande skedet. Någon annan åtgärd än att upphandlingen skall göras om kan således inte komma i fråga. Vid dessa förhållanden finns

inte skäl att pröva Siemens förstahandsyrkande eller några av de övriga invändningar som Siemens framfört. Överklagandet skall därför bifallas på så sätt att upphandlingen vad avser anbudsområdena 3, 4, 5 och 8 skall göras om.

DOMSLUT

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar att upphandlingen beträffande anbudsområdena 3, 4, 5 och 8 skall göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga 2

Håkan Berglin
lagman

Patricia Schömer
kammarrättsråd

Sofi Nyström
tf assessor
referent