



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-09-07
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3295-11
Enhet 2

SÖKANDE
PR Bygg AB, 556351-7480
Ramsjövägen 48
743 63 Björklinge

MOTPART
Uppsala kommun
753 75 Uppsala

KLANDRAD UPPHANDLING
Uppsala kommuns upphandling avseende generalentreprenad Almunge
förskola, projekt nr. 9980126

SAKEN
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningen.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-09-08 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

BAKGRUND

Uppsala kommun (kommunen) genomför en upphandling (förenklat förfarande) avseende generalentreprenad gällande nybyggnation av Almunge förskola, projekt nr. 9980126. Genom tilldelningsbeslut den 16 juni 2011 tilldelades Bygg Construct Uppsala AB (Bygg Construct) uppdraget.

YRKANDEN

PR Bygg AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Bygg Constructs anbud förkastas och bolagets anbud antas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

GRUNDER M.M.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. I utvärderingen erhöll bolagets anbud lägst poäng och rangordnades som etta av inkomna anbud. Bygg Constructs anbud rangordnades som tvåa men antogs som mest ekonomiskt. Av motiveringen framgår att kommunen funnit att bolagets årsredovisning visar att årsomsättningen inte uppgår till minst två gånger den totala anbudssumman och att det innebär för stor ekonomisk risk för kommunen och entreprenören att teckna avtal om denna entreprenad. I förfrågningsunderlaget anges i anbudsföreläggningen under rubrik "Prövning av anbud enligt ABF 52" med underrubrik "Prövning av anbudsgivarens ekonomiska stabilitet" och texten "Redovisning av ekonomisk och finansiell styrka genom uppvisande av nettoårsomsättning (senaste bokslut) som är två gånger eller större än inlämnad total anbudssumma för detta uppdrag".

Upphandlande myndigheter kan kräva bevis gällande en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning. I upphandlingen har krav ställts på nettoårsomsättning om två gånger större än anbudssumman för uppdraget. Omsättning är dock inte alltid ett mått på att leverantören har kapacitet att

leverera. Enligt Konkurrensverket är en balansräkning sannolikt många gånger lämpligare. Krav på viss omsättning måste stå i proportion till upphandlingens värde och grundas på objektiva skäl och inte strida mot kraven på icke-diskriminering, konkurrensneutralitet samt affärsmässighet. Krav på viss omsättning kan utesluta små, medelstora och nystartade företag från deltagande i upphandling. Omsättning är inte heller ett mått på leverantörens lämplighet eller kompetens. Upphandlande myndighet kan gå miste om kompetenta leverantörer om omsättningskravet fastställs för högt. Syftet med upphandlingslagstiftningen är att utnyttja skattemedel effektivt och krav på omsättning riskerar att syftet inte uppnås.

Ett sådant kvalificeringskrav som kommunen ställt bör endast ställas under förutsättning att det är nödvändigt och relevant för att bedöma förmågan att leverera. Kravet måste också vara proportionerligt i förhållande till upphandlingens värde och art. Det krav kommunen ställt är varken nödvändigt eller relevant för uppdraget och det är inte proportionerligt. Krav får inte utformas så att de otillbörligt gynnar viss leverantör eller produkt (prop. 2001/02:142 s. 217). Av proportionalitetsprincipen framgår att upphandlande myndigheter inte får ställa större krav än som erfordras för den enskilda upphandlingen. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska leverantörer behandlas likvärdigt, icke-diskriminerande och transparent. Upphandlingens mål och värde ska således beslutas. Upphandlande myndighet måste i arbetet med förfrågningsunderlaget analysera behoven och målen med verksamheten och hur dessa bäst uppnås. Myndigheten ska adekvat kunna motivera krav i enskild upphandling. Varje upphandling är unik och kraven måste vara objektiva relevanta. Kommunens upphandling uppfyller inte detta då kravet på dubbel omsättning inte står i rimlig proportion till upphandlingens mål och värde. Kravet grundas inte heller på några angivna objektiva skäl, i vart fall inte vad som framgår av de handlingar som använts. Kommunen har inte motiverat kravet eller varför det är adekvat och nödvändigt i just denna upphandling. Det använda standardiserade anbudsformuläret uppfyl-

ler inte lagstiftarens krav på att motivera det enskilda kravet. Det dubbla omsättningskravet strider i denna upphandling mot kraven på icke-diskriminering, konkurrensneutralitet och affärsmässighet och proportiona-
litet.

Det finns flera sätt att analysera ett företags ekonomiska och finansiella styrka. Ett är årsredovisningen. Genom räkenskapsanalys kan uppgifter i denna ställas i relation till varandra, s.k. nyckeltal. Dessa ger dock inte alltid den information upphandlande myndighet behöver för att bedöma ett företags uthållighet. I den bedömningen är det framförallt likviditet och soliditet som utgör bedömningsgrunder. Bolaget har anlitat en extern sakkunnig som gjort en riskutvärdering för Bygg Construct och bolaget. Av denna kan konstateras att den totala risken är extremt mycket lägre (nästan inte jämförbart) i bolaget än i Bygg Construct. Ett annat sätt att bedöma ekonomisk och finansiell kapacitet är att använda kreditupplysningsföretag. Bolaget har beställt kreditupplysning hos UC där det framgår att risken för bolaget är väsentligt lägre än för Bygg Construct. Det finns således betydligt bättre sätt att analysera ekonomisk och finansiell styrka än det valda kravet på dubbel omsättning. Det är orimligt att ha ett så trubbigt krav. Detta har inneburit att ett mycket starkt, solitt och kompetent företag, bolaget, utestängs från projektet – trots att det rangordnats som etta.

Kommunen anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. I förfrågningsunderlagets anbudsformulär punkt 2 anges att anbudsgivaren ska redovisa ekonomisk och finansiell styrka genom uppvisande av nettoårsomsättning (senaste bokslut) som är två gånger större än inlämnad total anbudssumma för detta uppdrag. Bolaget uppfyller inte omsättningskravet. I tilldelningsbeslutet anges bl.a. att det innebär för stor ekonomisk risk för både kommunen och entreprenören att teckna avtal om denna entreprenad. Anledningen till att kravet på omsättning ställdes var bl.a. erfarenheter från byggandet av Ulleråkerskolan 2004 där totalentreprenören gick i konkurs in-

nan entreprenaden var slutförd. Kommunen hade inte i tillräcklig utsträckning försäkrat sig om att leverantören hade kapacitet att fullgöra kontraktet och de åtaganden som det medförde. Entreprenaden fick slutföras av annan leverantör med kraftigt ökade kostnader som följd.

Upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på leverantörers ekonomiska kapacitet och det finns inget hinder mot krav på viss omsättning (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 december 2010 i mål nr 1072-10 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 september 2006 i mål nr 4320-06). Mot denna bakgrund är kravet på viss omsättning relevant och grundat på objektiva skäl. Kravet måste även beloppsmässigt anses stå i proportion till det syfte som kravet avser att säkerställa. Det har vidare varit möjligt för klaganden att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet. Kravet på viss omsättning kan inte anses strida mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Bolaget anför bl.a. följande. Frågan är om kommunen haft objektiva skäl att bestämma omsättningskrav och om det är nödvändigt för att tillförsäkra att anbudsgivare kan fullgöra åtagandet. Enligt proportionalitetsprincipen får inte större krav ställas än vad som nödvändigtvis och ändamålsenligt erfordras i enskild upphandling, dvs. stå i proportion till det mål som eftersträvas. Kraven ska ha naturligt samband med det behov upphandlingen ska täcka. Bolaget och kommunen är ense om att krav får ställas på leverantörers ekonomiska kapacitet. Oenigheten avser om de uppställda kraven är i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Kommunen tycks mena att det generellt inte finns hinder mot att ställa krav på viss omsättning då myndigheter har rätt att ställa krav på ekonomisk kapacitet. Därmed menar kommunen att kravet är relevant och grundat på objektiva skäl. Det finns dock ingen rätt att generellt ställa omsättningskrav. De av kommunen åberopade domarna stöder inte att det finns rätt att ställa generella omsättningskrav. De åberopade domarna avser vårdtjänster, dvs. en

helt annan verksamhet än den aktuella. Vårdtjänster avropas, avser stora volymer och är omfattande ekonomiskt och personalmässigt. Därtill finns patientstärkerhetssynpunkter att beakta och långa avtalstider (Kammarrätten i Jönköping mål nr 1072-11). Aktuellt mål avser byggnadsverksamhet med avtalstid på ett år och inte heller i övrigt finns några likheter med åberopade domar. Kommunens krav på dubbel omsättning grundar sig på bl.a. erfarenhet av byggandet av Ulleråkerskolan 2004. Detta påstående tillsammans med en nyttjad standardblankett styrker att någon analys inte gjorts avseende kommunens behov och mål för upphandlingen.

Kommunen vidhåller sin inställning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 11 kap. 7 § LOU kan bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet utgöras av

1. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits,
2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller
3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

Av 16 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän

förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Ur handlingarna i målet

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter punkt AFB.31 med rubrik "Anbuds form och innehåll" anges i punkt 3 bl.a. att anbudet skall innehålla redovisning av anbudsgivares ekonomiska stabilitet enligt 13.17.41 Anbudsformulär.

I anbudsformuläret under rubrik "Prövning av anbud enligt AFB.52" med underrubrik "2. Prövning av anbudsgivarens ekonomiska stabilitet" anges följande. Redovisning av ekonomisk och finansiell styrka genom uppvisande av nettoårsomsättning (senaste bokslut) som är två gånger större än inlämnad total anbudssumma för detta uppdrag.


Förvaltningsrättens bedömning

I en upphandling har upphandlande myndighet frihet att själv identifiera sitt behov och utifrån det formulera förfrågningsunderlaget och dess krav. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Av proportionalitetsprincipen följer att upphandlande myndighet inte får ställa större krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt i den enskilda upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Frågan i målet är om kommunen haft objektiva skäl för att bestämma ett omsättningskrav på två gånger lämnad anbudssumma. Kommunen har motiverat kravet med att den velat tillförsäkra sig att leverantören klarar att fullfölja kontraktet och att den tidigare råkat ut för att en leverantör gått i konkurs under pågående byggprojekt med kraftigt ökade kostnader som följd.

Förvaltningsrätten finner med hänsyn till omfattningen av det åtagande upphandlingen avser och den typ av uppdrag som upphandlas att kravet på viss omsättning är grundat på objektiva skäl. Kravet står även beloppsmässigt i proportion till det syfte som kravet ska säkerställa. Det har även varit möjligt för leverantörer att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet. Kravet på en omsättning om dubbla anbudssumman strider således inte mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna. Bolagets ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)



Peter Lii
rådman

Målet har handlagts av Åsa Ternström.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU

