



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2014-09-19
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 14782-14

SÖKANDE
 Eleventum Trading AB, 556908-2893

Ombud: Erik Johansson
 Wixim Ltd
 Svetsarvägen 15, 2tr
 171 41 Solna

MOTPART
 Hüge Fastigheter AB, 556233-5900

Ombud: Advokat Hampus Ek
 Foyen Advokatfirma AB
 Box 7229
 103 89 Stockholm

SAKEN
 Ansökan om överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Eleventum Trading AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2014 -09- 2 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 524701

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

YRKANDEN M.M.

Huge Fastigheter AB (Huge) genomför en upphandling av ramavtal angående replacementhissar enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Den 7 februari 2014 meddelade Huge tilldelningsbeslut som efter ansökan av Eleventum Trading AB (bolaget) överprövades hos förvaltningsrätten. Den 6 mars 2014 beslutade förvaltningsrätten att upphandlingen skulle göras om. I den nya upphandlingen med diarienummer HF2014-139, framgår av tilldelningsbeslut den 17 juni 2014 att Huge efter utvärdering av inkomna anbud avser teckna avtal med Kone AB.

Bolaget yrkar i första hand att tilldelningsbeslutet ändras så att bolaget tilldelas entreprenaden. I andra hand att målet återförvisas till Huge för förnyad prövning. I tredje hand att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anger bolaget bl.a. följande. Förenklat förfarande kan inte användas i upphandlingen eftersom kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet. Upphandlingsunderlaget är så pass undermåligt att det inte kan ligga till grund för ett upphandlingsbeslut. Ett flertal nya ska-krav har införts som inte fanns med i den ursprungliga upphandlingen. Vid genomgång av de nya ska-kraven synes de utformade med syfte att utesluta bolaget. Kravet på viss omsättning är oproportionerligt. Kravet på viss utbildning och erfarenhet hos arbetschefen och arbetsledaren är oproportionellt. Den personal som bolaget lämnat CV för uppfyller kraven. Kravet på referensobjekt ska helt utgå från leverantörsutvärderingen och kvalificeringsfasen eller modifieras på så sätt att bolaget anses kvalificerat. Bolaget har lidit skada eller riskerar att lida skada. Att inte erhålla ett tilldelningsbeslut, att uteslutas från en upphandling eller att inte kunna vara med och bjuda beroende på hur upphandlingen utformats och de krav som ställs på budgivare, kan alltid antas innebära skada eller risk för skada för en näringsidkare.

Huge anser att ansökan ska avslås. Till stöd för sin talan anför *Huge* bl.a. följande. Efter kontroll av de inkomna anbudena avseende huruvida de var i överensstämmelse med ställda ska-krav på anbudets form och innehåll, genomfördes en kontroll över huruvida de ställda kraven på anbudsgivarna avseende lämplighet var uppfyllda. Vid genomförandet av denna prövning visade det sig att bolaget inte uppfyllde ställda krav i flera avseenden. Bolaget diskvalificerades därför från vidare deltagande i upphandlingen. Det bestrids att de nytillkomna kraven på anbudsgivarnas tekniska, yrkesmässiga och ekonomiska kapacitet på något sätt tillkommit med tanke på bolaget och haft som syfte att diskvalificera bolaget från deltagande i upphandlingen. Dessa krav har uppställts utifrån vad som varit lämpligt och proportionellt i förhållande till kontraktsföremålet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i lagen. Frågan i målet är om det utifrån vad bolaget har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att bolaget kan visa att det har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU.

Avtalsvärde och förenklat förfarande

Bolaget anför att då tröskelvärdet överskrids kan inte de förenklade reglerna enligt 15 kap. LOU användas. Av Rambeskrivning för replacementhissar av den 15 oktober 2013 framgår att upphandlingen rör sig om 71 hisssystem och inte 40 stycken hissar. Om upphandlingen avser 71 hissar uppgår beloppet till 46,079 miljoner kronor och överstiger

således tröskelvärdet på 45,256 miljoner kronor som är för byggnadsentreprenader.

Huge anför att det framgår av såväl förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter som av dess rambeskrivning att ramavtalets tänkbara volym har bedömts till cirka 40 hissar.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingen enligt de administrativa föreskrifterna genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Upphandlingen är en totalentreprenad och avser att under den tänkta avtalsperioden byta ut cirka 40 stycken hissar i Huges fastighetsbestånd samt att *Huge* kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Förvaltningsrättens uppfattning är därför att upphandlingens omfattning vad avser kontraktsvärde är baserat på cirka 40 stycken hissar. Avtalsperioden angående hissarna är fyra år. Baserat på inkomna anbud i upphandlingen har *Huge* uppskattat värdet på kontraktsföremålet till 25-26 miljoner för hela avtalsperioden, vilket är klart under tröskelvärdet vid upphandling av byggentreprenader. Förvaltningsrätten anser inte att det som bolaget har anfört är tillräckligt för att frångå Huges beskrivning av det uppskattade kontraktsvärdet. De förenklade reglerna enligt 15 kap. LOU kan således användas.

Ramavtalet och dess omfattning

Bolaget anför bl.a. följande.

Av 5 kap. 4 § LOU gäller att vid ramavtal med en enda leverantör ska villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ramavtalet överensstämja med villkoren i detta. Förhållandet innebär att endast hissar som i allt väsentligt

helt överensstämmer med den aktuella "rambeskrivningen" kan vara föremål för avrop. Inget i upphandlingsunderlaget ger dock stöd för att hissarna skulle vara identiska i utförande och faktorer talar också emot att så skulle vara fallet. Av rubrik "Objektets läge" i de administrativa föreskrifterna framgår att hissarna är utspridda över fyra olika områden, där det är synnerligen osannolikt att byggnaderna skulle vara identiska vad avser t.ex. antal våningsplan, med uppenbarligen olika schaktlängd, antal schaktdörrar mm. I förfrågningsunderlaget anges inte heller vilka adresser som de eventuella avropen skulle avse, så det går inte heller att verifiera vilka hissar som avses, utan Huga skulle därmed fritt kunna välja vilka hissar som ska ingå i ramavtalet efter helt godtyckliga kriterier.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det som förvaltningsrätten prövar i denna del är förfrågningsunderlagets utformning i de delar som bolaget invänt emot. Hur kommande avrop kommer att vara i förhållande till ramavtalet ryms inte inom den nu aktuella prövningen.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen, se RÅ 2002 ref. 50.

Aktuell upphandling avser ramavtal för replacementhissar där cirka 40 stycken hissar ska bytas ut. Förvaltningsrätten anser att det som bolaget anfört inte styrker påståendet att de administrativa föreskrifterna i upphandlingen inte skulle vara så klart och tydligt formulerade att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare inte skulle kunna tolka föreskrifterna på samma sätt samt avgöra vad som tillmäts betydelse och förstå vad som efterfrågas. Förvaltningsrätten anser således att det som bolaget anfört inte är konkret nog för att visa att det skulle

föreligga brister i de administrativa föreskrifterna innebärande att krav på transparens och likabehandling av anbudsgivare inte skulle vara uppfyllt i upphandlingen i de delar som bolaget invänt emot. Bolagets invändningar i dessa delar ger således inte anledning till ingripande enligt LOU.

Nya ska-krav

Bolaget anför att ett flertal nya ska-krav har införts som inte fanns med i den ursprungliga upphandlingen.

Huge vitsordar detta och anser att det står den upphandlande myndigheten fritt att i den nya upphandlingen justera ställda krav, såväl på det som ska utföras som de krav som uppställs på anbudsgivarna i teknisk, ekonomiskt och yrkesmässigt hänseende i punkt AFB.52 i de administrativa föreskrifterna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma vilka krav som ska ställas vid upphandlingen så länge de är förenliga med upphandlingsreglerna och inte oproportionerligt begränsar konkurrensen. *Huge* har genom dom från förvaltningsrätten blivit ålagd att göra om upphandlingen. Bolaget har inte genom vad det har anfört i målet visat att det har stöd för sin bedömning att *Huge* i samband med att upphandlingen ska göras om inte skulle ha haft en möjlighet att justera upphandlingens ska-krav. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte utifrån vad bolaget har anfört i denna del.

Omsättningskrav

Bolaget anför att det är oproportionerligt att utesluta bolaget i upphandlingen på grund av ska-kravet gällande omsättning och anför bl.a. följande.

Ett omsättningskrav är inte relevant eller proportionerligt vid alla typer av upphandling. Ett omsättningskrav får inte vara orimligt i förhållande till kontraktsvärdet. Vilken produkt eller tjänst som levereras har därmed betydelse och omsättningen ska sättas i relation till räkenskapsårets längd. I de administrativa föreskrifterna under punkt AFA.21, andra stycket, anges att Huge har ett behov av att löpande byta ut cirka 40 hissar, någon avropsvolym garanteras dock inte i ramavtalet. Konsekvensen av vad som anges i de administrativa föreskrifterna är enligt bolaget att beställaren faktiskt inte binder sig till något mer än en hiss. Det finns inte någon garanti för att den sammantagna ordersumman kommer att överstiga de cirka 650 000 kr som är det antagna anbudet. Då Huge i sitt underlag har angett att det inte finns några garantier för mer än en hiss, innebär det att det styrkta avtalsvärdet endast är det som motsvarar en hiss. Upphandlingens kontraktsvärde uppgår inte till mer än drygt 500 000 kr såsom Huge utformat upphandlingsunderlaget. Att under sådana förhållanden begära att leverantören ska ha en omsättning överstigande 5 miljoner kronor är inte proportionerligt.

Beroende på hur leverantören har valt affärsmodell kan relativt små ekonomiska resurser bindas upp även vid en hög omsättning. Genom att använda sig av t.ex. factoring, kan leverantören snabbt få igen utlagt kapital. Med vilken affärsmodell som leverantören valt menas att vissa leverantörer valt att själva producera sina hissar. Detta innebär att de måste binda upp resurser bl.a. för design och konstruktion, fabriker, råmaterial,

tillverkning, kontroll, lager och reservdelar. Detta är en verksamhet där varje krona i omsättning binder förhållandevis stora ekonomiska resurser. Bolagets affärsmodell är helt annorlunda och bygger på att hissarna köps in färdiga från Kleeman och sedan monteras av bolaget. Kleeman står därför för hela den resurstunga delen av leveransen. Att då jämföra omsättningen mellan bolagen blir helt missvisande, då man bedriver helt olika typer av verksamhet. Vid beräkning av omsättning får underleverantörers kapacitet tillgodoräknas. De hissar som offererats av bolaget byggs helt och hållet ihop av Kleeman, som är ett av världens största hiss företag, med miljardomsättning. Huge har via anbudsunderlaget fått information om Kleemans omsättning och bolaget har också till Huge framfört att bolaget ska tillgodoräknas Kleemans omsättning. Redan genom angivande av att man avser att köpa färdiga hissar från Kleeman har bolaget visat att de kommer att ha nödvändiga resurser och att bolagets omsättning, under dessa förhållanden, är tillräcklig.

Vid nystartad verksamhet ska omsättningen sättas i relation till hur länge verksamheten bedrivits under det år omsättningen anges. Ekonomiska krav, som viss kreditrating, får inte utformas på sådant sätt att nystartade företag utesluts från upphandlingar, då nya företag annars aldrig kan "komma in" in branschen.

Vidare måste omsättningskravet utformas på sådant sätt att det har relation till det som ska upphandlas, vilket inte är fallet med aktuellt krav. Det finns nämligen inte något krav på att omsättningen måste vara hissrelaterat vilket ger att kravet är omotiverat och oproportionerligt samt irrelevant.

Huge anför bl.a. följande gällande omsättningskravet.

Omsättningskrav är tillåtna att ställa och ett annat skyddsvärt intresse, skyddet av små och medelstora företag, får då ge vika. Avtalsperioden

angående hissarna är fyra år. Baserat på inkomna anbud i upphandlingen uppskattas kontaktsföremålet till 25-26 miljoner under hela avtalsperioden, dvs. 6,25 miljoner årligen. Det är således ett fullt legitimt krav att uppställa ett krav som avser bolagets hela omsättning. Krav på omsättning innebär inte att omsättningen ska ha genererats i en verksamhet som avser just det aktuella kontraktsföremålet, i detta fall hissverksamhet. Det finns dock under alla omständigheter en självklar koppling till kontraktsföremålet i form av den förväntade avropsvolymen.

Det framgår såväl av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter som av dess rambeskrivning att ramavtalets tänkbara volymer har bedömts till cirka 40 stycken hissar. Under punkt AFA.21 i de administrativa föreskrifterna har Huce dock angivit att några volymer inte kunde garanteras. För att uppfylla ett krav om viss omsättning kan ett nystartat företag eller ett företag som inte på egen hand uppnår ställda krav på teknisk, yrkesmässig och ekonomisk kapacitet, alltid åberopa andra företags kapacitet genom tillhandahålla ett skriftligt åtagande från den vars kapacitet åberopas. Att bolaget, som anges i ansökan om överprövning, "till Huce framfört att bolaget ska tillgodoräknas Kleemans omsättning", stämmer så till vida att det framförts i anbudet. Något åtagande från Kleeman har dock inte fogats till anbudet varför detta påstående inte har kunnat beaktas av Huce. Rena påståenden härom är inte tillräckligt. Av bolagets anbud ger kreditupplysningen att bolaget hade en omsättning om 2 462 000 kronor det räkenskapsår som avslutades den 31 december 2013. Diskvalificeringen på denna grund har således varit korrekt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en anbudsgivares ekonomiska kapacitet och det finns inte något hinder mot att myndigheten ställer krav på viss omsättning. En leverantör har vidare vissa möjligheter

att visa sin ekonomiska kapacitet på sätt som anges i 11 kap. 9 § LOU. Enligt EU-domstolens dom i mål C-176/98, Holst Italia, tillåts leverantörer att åberopa andra enheters kapacitet, oavsett den rättsliga beskaffenheten på de band som finns mellan leverantören och de enheter vars kapacitet åberopas. Det som krävs är att leverantören i fråga kan bevisa att man faktiskt förfogar över de åberopade enheternas resurser (jfr 11 kap. 12 § LOU).

Förvaltningsrätten anser att Huge som upphandlande myndighet har rätt att ställa omsättningskrav på anbudsgivarna. Med beaktande av vad Huge uppgett angående storleken på omsättningskravet anser förvaltningsrätten att kravet på 5 miljoner kronor är väl avvägt och proportionerligt. Bolaget, som har rätt att åberopa andra företags kapacitet till att uppfylla kravet, anses inte ha visat att bolaget kommer att kunna tillgodoräkna sig Kleemans omsättning. Av bolagets anbud framgår att bolaget under räkenskapsår 2013 hade en omsättning om 2 462 000 kronor. Bolaget uppfyller således inte i upphandlingen uppställt omsättningskrav och Huge har därmed haft grund för att diskvalificera bolaget med motiveringen att ska-kravet gällande omsättning inte är uppfyllt.

Ska-krav gällande arbetschef och arbetsledare samt referensuppdrag

Bolaget har framfört invändningar som rör ska-krav gällande arbetschef och arbetsledare och har även invändningar som rör krav på referensuppdrag. Mot bakgrund av att förvaltningsrätten har funnit att bolaget inte har uppfyllt ska-kravet avseende omsättning kan bolaget inte anses lida skada av att andra ska-krav eventuellt skulle anses uppfyllda eftersom bolaget rätteligen blivit diskvalificerat. Det innebär att förvaltningsrätten inte finner anledning att pröva bolagets invändningar rörande kravet på arbetschef och arbetsledare samt referensuppdrag.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten har funnit att förenklat förfarande kan användas som upphandlingsform i aktuell upphandling. Det som bolaget har anfört innebär inte att det i målet är visat att det skulle föreligga brister i förfrågningsunderlaget som gör att krav på transparens och likabehandling inte skulle vara tillgodosedda. Förvaltningsrätten anser inte heller att nya ska-krav skulle stå i strid med LOU. Förvaltningsrätten har funnit att bolaget inte uppfyller ställda krav i upphandlingens administrativa föreskrifter vad gäller krav på omsättning. Förvaltningsrätten har med detta som bakgrund funnit att det inte finns anledning att pröva bolagets invändningar rörande ska-krav gällande arbetschef och arbetsledare samt referensuppdrag eftersom bolaget diskvalificerats på annan grund och därmed inte kan anses lida skada i förhållande till uppställda krav kopplade till dessa ska-krav. Det saknas därmed förutsättningar för ingripande enligt LOU varför bolagets ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Susanne Bagge

Rådman

Mia Svärd 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.