



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2015-04-29
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
145-15 E

SÖKANDE

Svenska Infra och Anläggningsbyggarna AB "SIAAB", 556787-5033
Törnby 4
755 94 Uppsala

Ombud:

Advokat Viktoria Edelman
Jur.kand. Alicia Ahlberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2015-05-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut, att upphandlingen inte får avslutas innan förvaltningsrätten avgjort målet, upphör att gälla.

Dok.Id 147480

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853	Kungsgatan 49	018-431 63 00	018-431 63 43	måndag – fredag
751 48 Uppsala		E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se		08:00-16:00

BAKGRUND

Uppsala kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende anläggande av gatu- och trafiksignalanläggningar och VA-arbeten inom Östra Sala Backe, etapp 1. Kommunen annonserade upphandlingen den 10 december 2014. Förvaltningsrätten beslutade interimistiskt den 21 januari 2015 att upphandlingen inte får avslutas förrän förvaltningsrätten avgjort målet.

YRKANDEN M.M.

Svenska Infra och Anläggningsbyggarna AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att kommunens upphandling ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget sammanfattningsvis att kommunen i förfrågningsunderlaget uppställt för höga krav på entreprenörens omsättning och soliditet samt i vissa delar på erfarenhet och att detta strider mot den grundläggande principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget menar att det lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada till följd av de uppställda kraven.

Krav på omsättning och soliditet

I förfrågningsunderlaget ställdes krav på att entreprenörens årsomsättning för de tre senaste avslutade räkenskapsåren skulle uppgå till minst 2,5 gånger den beräknade anbudssumman samt att soliditet för motsvarande år skulle uppgå till minst 12 %. Bolagets lägsta soliditet ligger de tre senaste åren på 11 %. Bolaget kan inte uppfylla kravet på egen hand, vilket innebär att ett samarbete måste ske för att kvalificera sig för upphandlingen. Eftersom samarbeten är förenade med extra kostnader och påverkar anbudsgivarens möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud innebär kommunens agerande att bolaget lidit, eller i vart fall riskerar att lida, skada. Anmärkningsvärt är att kommunen har satt kravet på soliditet strax ovanför bolagets soliditet. Kommunens krav har inneburit att bolaget har frångått möjligheten att lämna anbud.

Kommunen gick i början av sommaren 2014 ut med en inbjudan att inkomma med anbud avseende kommunens upphandling av entreprenörer för samma uppdrag som är aktuellt i den upphandling som nu är föremål för överprövning. I förfrågningsunderlaget ställdes krav på att entreprenörens årsomsättning för de tre senaste avslutade räkenskapsåren skulle uppgå till minst 2,5 gånger den beräknade anbudssumman samt att soliditet för motsvarande år skulle uppgå till minst 12 %. Bolaget och ett annat bolag lämnade anbud. Efter att i första tilldelningsbeslutet ha antagit bolagets anbud återkallade kommunen tilldelningsbeslutet och beslutade därefter att anta det andra bolagets anbud. Av beslutet framgick att kommunen hade förkastat bolagets anbud då kommunen ansåg att bolaget varken uppfyllde det ställda kravet på årsomsättning eller kravet på soliditet. Bolaget ansökte om överprövning. Innan förvaltningsrätten fattat beslut avbröts upphandlingen eftersom anbudens giltighet gått ut och förvaltningsrätten avskrev därefter målet. Kommunen gick den 24 november 2014 ut med en ny förfrågan. Arbetets omfattning och uppställda krav var desamma förutom att kravet på entreprenörens omsättning hade sänkts till att entreprenörens årsomsättning för de tre senaste avslutade räkenskapsåren skulle överstiga den beräknade anbudssumman. Även kravet på soliditet hade sänkts till att vara minst 9 %. Detta innebar att bolaget nu på egen hand uppfyllde kraven på omsättning och soliditet. Kommunen avbröt denna upphandling den 10 december 2014 och gick samma dag ut med förfrågningsunderlag för en ny upphandling, det vill säga den upphandling som nu är föremål för överprövning.

Kommunen har visserligen en relativt stor frihet när den uppställer sina krav i upphandlingen, men det saknas förklaring till varför kommunen, från en dag till en annan, väljer att höja kraven på omsättning och soliditet. Uppenbart är dock att de högre kraven på omsättning och soliditet inte är nödvändiga för att uppnå syftet med kraven, och att det inte heller är det

minst ingripande alternativet eftersom det samma dag som kraven höjs fanns en förfrågan ute med de lägre ställda kraven. Kommunen har bevisbördan att visa att någon mindre ingripande åtgärd inte finns. Kommunens höjda krav missgynnar mindre företag och strider mot proportionalitetsprincipen.

Det går inte av Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 1105-12 att dra slutsatsen att det alltid är proportionerligt att ställa upp samma procentuella omsättningskrav som prövades i målet. I målet tog omsättningskravet sikte på de två senaste verksamhetsåren. I nu aktuell upphandling omfattar kravet på omsättning de tre senaste verksamhetsåren. Vidare ska en individuell prövning göras i varje upphandling, och denna bedömning måste göras mot bakgrund av de relevanta omständigheterna. Det finns således ingen fastställd gräns i praxis som förutsättningslöst innebär att ett krav på viss omsättning är proportionerligt. Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 1942-04 är inte heller direkt jämförbart med hänsyn till att kravet på soliditet i den prövade upphandlingen endast gällde för det senaste officiella årsbokslutet och senaste delårsbokslutet, till skillnad från de tre senaste räkenskapsåren som i nu aktuell upphandling. Kammarrätten i Jönköping uttalade sig inte generellt om att ett krav på 20 % soliditet är proportionerligt.

Kommunen har gjort gällande att den vill ha en ekonomiskt stabil avtalspart och på så sätt säkerställa att entreprenören kan fullgöra kontraktet. Därefter anför kommunen att omsättningskrav på 2,5 gånger anbudssumman och 12 % soliditet är lämpligt och effektivt för att säkerställa att kommunen erhåller en ekonomiskt stabil avtalspart för fullgörande av kontraktet. Bolaget gör gällande att åtgärden, i detta fall storleken på kraven, inte är nödvändigt för att uppnå det efterfrågade syftet då det finns en mindre ingripande åtgärd. Vid denna bedömning går det inte att bortse från

kommunens tidigare ställningstagande, då kommunen ansåg att de lägre kraven var tillräckliga för att säkerställa en ekonomiskt stabil avtalspart. Kommunen har, som förklaring till varför kraven plötsligt höjdes, anfört att ett flertal större aktörer gått i konkurs 2014. Huruvida kommunen år 2014 drabbades av konkurser är inte något som bolaget kan, eller ens avser, att bemöta. Även om flera stora aktörer drabbades av konkurs förklarar det inte varför kommunen sänkte kraven på omsättning och soliditet i november 2014. Rimligen borde kommunen då förfrågningsunderlag nr 2 upprättades, den 24 november 2014, varit medveten om situationen på marknaden. Kommunens förklaring till de höjda kraven vinner inte stöd i avbrytandebeslutet och de skäl som däri angavs. I beslutet angavs att upphandlingen avbröts då framtagandet av nya genomförandetidplaner dragit ut på tiden och anbudstiden blivit för kort. Av beslutet framgick varken att avbrytandet var påkallat med anledning av en förändrad marknadssituation eller som en konsekvens av konkurser i övrigt. Det är därför inte trovärdigt att kraven höjts på grund av ”kommunen och dess dotterbolags erfarenheter från år 2014”. Avslutningsvis kan det ifrågasättas om soliditet är ett relevant krav att ställa för att skydda sig mot risken för en entreprenörs konkurs. Ett företags soliditet har inte någon given koppling till risken för konkurs. Snarare kan en tillfälligt försämrad soliditet vara en följd av en kraftig expansion och investeringar vilket är nödvändigt i vissa perioder.

Krav på erfarenhet

Kommunen har även ställt upp oproportionerliga krav på erfarenhet. I punkt AFB.52 i de administrativa föreskrifterna anges följande.

”Anbudsgivare ska ha genomfört minst två stycken liknande* entreprenader under de fem senaste åren. [...]

*Med liknande menas gatu- och VA-byggnation inom tätort om minst 500 meter där samordning mellan byggherrar, hus och anläggningsentreprenör varit av största vikt.”

Vidare ställs följande krav.

”Platschef ska ha minst 7 års dokumenterad arbetsledande erfarenhet av komplicerade samordnade anläggningsarbeten i tätbebyggt område inom VA och gatubyggnad och där samordning mellan byggherrar hus och anläggningsentreprenör varit av största vikt. Anbudssummor för tre olika projekt ska var för sig överstigit 20 miljoner.”

Kraven ovan ska jämföras med att kommunen i upphandling nr 2 ansåg att anbudsgivaren hade tillräcklig erfarenhet om anbudsgivaren hade genomfört minst två stycken liknande entreprenader under de tre senaste åren. Vidare krävdes att offererade personer skulle ha erfarenhet från minst en likvärdig entreprenad under de tre senaste åren.

Även i dessa delar har kommunen höjt kraven utan att motivera anledningen till höjningen och utan att förklara skillnaden från tidigare upphandling. Kravet på att anbudsgivare ska ha genomfört minst två stycken liknande entreprenader de fem senaste åren är onödigt specifikt. Detta krav omöjliggör i princip även för bolag yngre än fem år att delta. Det ska även noteras att dessa krav inte ligger i närheten av vad kommunen tidigare ställt i något känt projekt. I kommunens upphandling av entreprenör för anläggande av gator och VA-arbeten vid Gnista Handelsplats ställdes avsevärt lägre ekonomiska och tekniska krav.

Kommunen motsätter sig bifall till bolagets ansökan och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Arbetena som är aktuella i upphandlingen kommer att ske etappvis och nu aktuell upphandling avser etapp 1. Arbetena omfattar planerad utbyggnad av fyra bostadskvarter som utförs av åtta olika byggherrar samt om- och utbyggnad av allmän plats som utförs av kommunen. Under entreprenadtiden kommer det finnas allmän trafik som ska fortgå på alla berörda gator.

De arbeten som ska genomföras är därför av komplex natur och ställer höga krav på entreprenören.

Det är korrekt att kommunen annonserat upphandlingen vid två tillfällen tidigare men att dessa två upphandlingar avbrutits. Det kan konstateras att kommunen haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingarna. Besluten om att avbryta upphandlingarna har inte varit föremål för överprövning. Vad som ska prövas av förvaltningsrätten är om nu aktuell upphandling har genomförts i enlighet med LOU och om kommunen har brutit mot proportionalitetsprincipen.

Kommunen anser att ställt krav på entreprenörens årsomsättning är proportionerligt och förenligt med 1 kap. 9 § LOU. Kommunen hänvisar till Kammarrätten i Sundsvalls dom den 5 juli 2012 i mål nr 1105-12. Kommunen anser vidare att bolaget inte har visat att det lidit skada av det ställda kravet eftersom bolaget inte visat sin tänkta anbudssumma jämfört med sin årsomsättning och i dagsläget finns inget konkret som visar att bolaget inte skulle uppfylla kravet.

Kommunen anser att kravet på soliditet är förenligt med LOU. Kommunen hänvisar till att Kammarrätten i Jönköping, i dom den 4 november 2004 i mål nr 1942-04, fann att ett krav på 20 % soliditet inte var för högt satt och att kravet var i enlighet med proportionalitetsprincipen.

Anledningen till att kommunen ställer ekonomiska krav är att den vill ha en ekonomiskt stabil avtalspart och på så sätt säkerställa att entreprenören kan fullgöra kontraktet. Kommunen har gjort en strukturerad avvägning mellan motstående intressen. Att ställa både omsättningskrav på 2,5 gånger anbudssumman och krav på 12 % soliditet är både lämpligt och effektivt för detta. Ett lägre ställt krav skulle kunna medföra att kommunens avtalspart inte kan fullfölja entreprenaden. År 2014 gick ett flertal stora aktörer

på marknaden oväntat i konkurs. Flera kommuner och andra beställare drabbades hårt av dessa konkurser. Även ett av kommunens dotterbolag drabbades av att en entreprenör som upphandlats försattes i konkurs. Mot bakgrund av kommunen och dess dotterbolags erfarenheter från år 2014 valde kommunen att höja kraven. Skulle kommunen nödgas byta entreprenör under pågående entreprenad skulle det medföra stora problem för kommunen. Dels skulle kommunen drabbas av merkostnader, dels skulle det bli problem ur ansvarssynpunkt avseende utfört arbete samt kvarvarande arbete och dels skulle problem gentemot byggherrar, trafik och allmänhet uppstå. I aktuell upphandling är det åtta olika byggherrar inblandade och samtliga dessa kommer att påverkas mycket negativt om kommunens entreprenör inte kan fullfölja kontraktet. Kommunen har gjort bedömningen att det finns ett stort antal företag som uppfyller de ställda kraven. Den negativa effekten att det alltid kommer att finnas entreprenörer som inte kan uppfylla kraven kan tyvärr inte undvikas. Det finns enligt kommunen inget mindre ingripande alternativ och bolaget har inte heller visat något annat.

Avseende bolagets invändning att företag yngre än fem år inte kan delta i upphandlingen får det konstateras att bolaget bildades 2009 och därför inte lidit skada av kravet. Vidare kan konstateras att en upphandlande myndighet enligt 11 kap. 11 § första punkten LOU har rätt att kräva referensobjekt som utförts de senaste fem åren. Kravet är vidare, till skillnad från vad bolaget anfört, ett sänkt krav i förhållande till den tidigare upphandlingen. Att möjliggöra för entreprenörer att tillgodoräkna sig referensobjekt genomförda under de senaste fem åren möjliggör för fler entreprenörer att lämna anbud än om en entreprenör endast får åberopa arbeten som genomförts de senaste tre åren.

Att kommunen inte ställt ett krav i tidigare upphandlingar betyder inte att kravet strider mot LOU. Det är korrekt att kommunen har ställt andra krav

i andra upphandlingar, t ex "Gnista Handelsplats". Anledningen till att kraven är annorlunda är att de båda entreprenaderna skiljer sig åt i väsentliga delar. "Gnista Handelsplats" var en entreprenad i ytterstadsmiljö utan tätbebyggda bostäder i innerstadsmiljö och utan komplex samordning med åtta olika byggherrar. Nu aktuell entreprenad är betydligt mer komplicerad än "Gnista handelsplats".

DOMSKÄL

Rättslig reglering m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I 11 kap. LOU finns bestämmelser om kontroll av leverantörers lämplighet, såsom ekonomisk ställning och teknisk och yrkesmässig erfarenhet.

I 11 kap. 2 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7-13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7-13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

I 11 kap. 7 § LOU anges följande. Bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan 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.

I 11 kap. 12 § LOU anges att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, 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.

I 11 kap. 10, 11 och 13 §§ regleras bl.a. vilka bevis som får krävas gällande anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

I Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG anges bl.a. följande. Alltför högt ställda krav på ekonomisk och finansiell kapacitet utgör ofta ett omotiverat hinder för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling. Alla sådana krav bör ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta; kravet bör normalt inte överskrida mer än två gånger det uppskattade kontraktsvärdet. I vederbörligen motiverade fall bör det dock vara möjligt att tillämpa högre krav. Sådana omständigheter kan vara att fullgörandet av kontraktet är förknippat med högre risk eller att det är av avgörande betydelse att kontraktet fullgörs i tid och korrekt, t.ex. därför att det utgör en nödvändig förutsättning för fullgörandet av andra kontrakt. Om den upphandlande myndighet-

en beslutar att kravet på miniomsättning bör sättas till en högre nivå än två gånger det uppskattade kontraktsvärdet, bör den i den enskilda rapporten eller upphandlingsdokumenten ange huvudskälen till sitt val. Den upphandlande myndigheten bör också kunna begära information om kvoten mellan exempelvis tillgångar och skulder i bokslutet. Ovanstående har kommit till uttryck i artikel 58 i direktivet. Direktivet, som ska sättas i kraft senast den 18 april 2016, har ännu inte implementerats i svensk rätt.

I Kammarrätten i Sundsvalls dom den 5 juli 2012 i mål nr 1105-12 var det fråga om upphandling av en byggentreprenad. I förfrågningsunderlaget hade uppställts krav på att anbudsgivare skulle lämna uppgift om företagets genomsnittliga årsomsättning för de två senaste verksamhetsåren och att årsomsättningen skulle uppgå till minst 15 miljoner kronor samt att nystartade företag istället kunde lämna uppgift om pågående projekt samt/eller inneliggande orderomsättning. Anbudet uppgick till belopp om minst 4,6 miljoner kronor och som mest 6,1 miljoner kronor. Kammarrätten konstaterade inledningsvis att det är den upphandlande myndigheten som ska identifiera sitt behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget i överensstämmelse med LOU och de gemenskinsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. I målet anförde kommunen bl.a. att entreprenaden inte var av obetydlig omfattning och att kravet på viss ekonomisk styrka var befogat med hänsyn till risken för att tvister uppkommer. Bolaget menade att det hade kunnat styrka sin kapacitet genom referenser eller bankgarantier. Kammarrätten fann, utifrån vad bolaget anförde om referenser och bankgarantier, att bolaget inte kunde anses ha visat att syftet kunde uppnås genom ett mindre begränsande kvalificeringskrav. Kammarrätten uttalade vidare bl.a. följande. En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en leverantörs ekonomiska kapacitet och det finns inte något hinder mot att myndigheten ställer krav på en viss omsättning. Kravet måste dock vara nödvändigt och relevant för att bedöma leverantörens kapacitet att leverera, vilket bl.a. innebär att det be-

loppsmässigt måste anses stå i proportion till det syfte som kravet avser att säkerställa. Alltför stränga krav på ekonomisk och finansiell kapacitet utgör ofta ett omotiverat hinder för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling. Mot denna bakgrund anges i förslag den 20 december 2011 till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM/2011/0896) att upphandlande myndigheter inte bör få lov att kräva att ekonomiska aktörer minst ska ha en omsättning som överskrider tre gånger det uppskattade kontraktsvärdet. I väl motiverade fall kan dock högre krav tillämpas (punkt 31). Kammarrätten fann att det beloppsmässiga kravet inte kunde anses oproportionerligt.

Kammarrätten i Jönköping ansåg, i dom den 4 november 2004 i mål nr 1942-04, att objektivt använda ekonomiska urvalskriterier som exempelvis soliditet inte kunde anses strida mot de grundläggande principerna i LOU. Kammarrätten uttalade att soliditet är ett vedertaget nyckeltal som allmänt används när ett företags långsiktiga ekonomiska styrka mäts. I målet uppställdes krav på att anbudsgivarens soliditet skulle vara minst 20 procent för det senaste officiella årsbokslutet och delårsbokslutet. Kammarrätten fann i det aktuella fallet att kravet inte kunde anses för högt satt eller missgynna någon anbudsgivare på så sätt att principerna trädde för när.

Samma kammarrätt prövade i dom den 16 december 2010 i mål nr 1071-10, om ett uppställt omsättningskrav var proportionerligt. Kammarrätten prövade om kravet var relevant och grundat på objektiva skäl sett till omfattningen av det åtagande som upphandlingen avsåg samt den typ av verksamhet som upphandlades. Kammarrätten ansåg att kravet även beloppsmässigt stod i proportion till det syfte som kravet avsåg att säkerställa. Kammarrätten vägde i sin bedömning in att det hade varit möjligt för leverantörer att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget (daterat den 10 december 2014) AFB.52, Prövning av anbudsgivarens lämplighet, anges bl.a. följande.

Under rubriken ekonomiska krav anges bl.a. följande.

En prövning sker av anbudsgivaren med avseende på:
Anbudsgivaren/entreprenören ska ha en stabil finansiell och ekonomisk ställning för aktuell entreprenad. Företagets/entreprenörens årsomsättning per år för de tre senaste avslutade räkenskapsåren ska uppgå till minst 2,5 gånger den beräknade anbudssumman. Soliditet för motsvarande år ska uppgå till minst 12 %.

Under rubriken tekniska krav anges bl.a. följande.

En prövning sker av anbudsgivaren med avseende på:
Anbudsgivare ska ha genomfört minst två stycken liknande* entreprenader under de fem senaste åren. Erfarenhet av betongarbeten är meriterande. Entreprenaderna ska ha utförts med för beställaren godkänt resultat med avseende på kvalitet, tidshållning och samarbetsförmåga. Offererade personer ska, var och en, ha erfarenhet från minst två liknande* entreprenader under de senaste fem åren.

*Med liknande menas gatu- och VA-byggnation inom tätort om minst 500 meter där samordning mellan byggherrar hus och anläggningsentreprenör varit av största vikt.

Platschef ska ha minst 7 års dokumenterad arbetsledande erfarenhet av komplicerade samordnade anläggningsarbeten i tätbebyggt område inom VA och gatuutbyggnad och där samordning mellan byggherrar hus och anläggningsentreprenör varit av största vikt. Anbudssummor för tre olika projekt ska var för sig överstigit 20 miljoner.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen enligt LOU på de grunder bolaget anfört. Bolaget har anfört att vissa krav i förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten konstaterar utifrån praxis att en proportionalitetsbedömning kan göras som en bedömning i tre steg men likväl genom en sammantagen bedömning.

Omsättning och soliditet

I förfrågningsunderlaget ställs krav på att entreprenörens årsomsättning för de tre senaste avslutade räkenskapsåren ska uppgå till minst 2,5 gånger den beräknade anbudssumman samt att entreprenörens soliditet för motsvarande år ska uppgå till minst 12 %.

Kommunen har uppgett att kraven satts till nämnda nivåer för att säkerställa att avtalsparten är ekonomiskt stabil eftersom det innebär stora konsekvenser om entreprenören inte kan slutföra sitt uppdrag och att flera stora aktörer på marknaden oväntat gick i konkurs under år 2014. Kommunen har vidare anfört att nu aktuell entreprenad är komplicerad med åtta byggherrar inblandade. Kommunen har gjort bedömningen att det finns ett stort antal företag som uppfyller de ställda kraven. Bolaget menar att kraven hade kunnat sättas lägre och att det kan ifrågasättas om soliditet är ett relevant krav att ställa för att skydda sig mot risken för en entreprenörs konkurs. Bolaget menar att ett företags soliditet inte har någon given koppling till risken för konkurs. Bolaget anser att eftersom kommunen i tidigare förfrågningsunderlag gällande samma åtagande uppställt lägre krav, är ett lägre krav tillräckligt för att uppnå det eftersträvade syftet. Bolaget jämför även med kraven i en annan av kommunens upphandlingar.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i 11 kap. 7 § LOU anges att bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet bl.a. kan utgöras av uppgift om företagets samlade omsättning och balansräkningar. Av en balansräkning går att utläsa ett företags soliditet. Vidare anser förvaltningsrätten, i likhet med Kammarrätten i Jönköpings uttalande i dom den 4 november 2004 i mål nr 1942-04, att soliditet är ett vedertaget nyckeltal för att mäta ett företags långsiktiga ekonomiska styrka. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte har gett förslag på något annat alternativ för att värdera leverantörernas ekonomiska kapacitet än att kraven enligt bolaget bör sättas lägre. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av ovanstående att det inte kan anses som

oproportionerligt att den upphandlande myndigheten ställer krav på att anbudsgivaren har viss omsättning och soliditet för att uppnå det eftersträvade syftet att avtalsparten är ekonomiskt stabil och kan slutföra uppdraget.

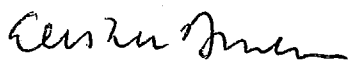
Frågan är därefter om kraven är för höga. Kravet på soliditet anser förvaltningsrätten inte kan anses särskilt högt ställt och till sin utformning är omsättningskravet i relation till anbudssumman. Jämförelse kan göras med Kammarrätten i Sundsvalls ovannämnda avgörande i vilket kammarrätten ansåg att ett krav på en genomsnittlig årsomsättning för de två senaste verksamhetsåren på ungefär tre gånger anbudssumman inte var oproportionerligt. I jämförelse med Europaparlamentets och rådets nya direktiv, 2014/24/EU, kan förvaltningsrätten dock konstatera att kravet på minsta omsättning är satt högre än vad ett sådant krav enligt det nya direktivet, annat än i vederbörligen motiverade fall, får överskrida. Nämnade direktiv är dock inte implementerat i svensk rätt och har inte heller direkt effekt. Kommunen har anfört att den med anledning av komplexiteten i det åtagande som upphandlas har funnit det motiverat att ställa de aktuella kraven. Bolaget har däremot inte lämnat någon redogörelse, från en affärs- mässig och branschspecifik utgångspunkt, för varför kraven är att anse som för höga. Bolaget har inte heller invänt mot kommunens påstående att det finns ett stort antal företag som uppfyller kraven. Förvaltningsrätten anser att det faktum att kommunen i en tidigare upphandling av samma uppdrag, som avbröts, uppställt lägre krav inte ger upphov till en presumtion för att ett sådant lägre krav kan uppfylla det eftersträvade syftet. Förvaltningsrätten anser att det faktum att kommunen vid upphandling av en annan entreprenad ställt lägre krav inte heller ger stöd för att ett sådant lägre krav kan uppfylla det eftersträvade syftet. Kommunen har nämligen redogjort för att det finns påtagliga skillnader mellan de åtaganden som upphandlas. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av ovanstående att de uppställda kraven inte är att anse som oproportionerliga.

Erfarenhet

Kommunen har uppställt krav på anbudsgivarens erfarenhet av liknande uppdrag och platschefens erfarenhet. Kommunen har i målet anfört att entreprenaden är komplicerad med flera byggherrar inblandade. Förvaltningsrätten bedömer att det är fråga om att kommunen uppställer krav på erfarenhet av just det som upphandlas. Förvaltningsrätten bedömer att kraven har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till behovet av en entreprenör som kan utföra uppdraget. Förvaltningsrätten bedömer utifrån ovanstående att kraven inte strider mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det utifrån de grunder som bolaget anfört inte finns skäl att ingripa mot upphandlingen.

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



Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Helene Källse.



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.

