



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-05-25
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
9484-12
Enhet 12

SÖKANDE

DUO Asphalt AB, 556783-2661
Sven Källfelts gata 204
426 71 Västra Frölunda

Ombud: Advokat Einar Wanhainen och jur. kand. Sofia Böhlin
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stad, trafikkontoret
Box 8311
104 20 Stockholm

Ombud: Stadsadvokat Jenny Segervall
Stadsledningskontoret, juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2012 -05- 2 5	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 243899

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

Stockholms stad (staden) genomför en upphandling av Älvsjömotet 2012, omisolering etapp 2. Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. I tilldelningsbeslut som meddelats anbudsgivarna den 27 april 2012 tillkännagavs det att staden beslutat att anta annat anbud än anbudet från DUO Asphalt AB.

DUO Asphalt AB (DUO) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför DUO bl.a. följande. Staden har inte tydligt angivit vilka bevis för finansiell stabilitet som staden godtar. DUO bör ges tillfälle att komma in med sådana bevis. Av förfrågningsunderlaget framgår det att anbudsgivaren ska ha en sådan finansiell och ekonomisk ställning som krävs för genomförandet av uppdraget. I kvalificeringskravet anges det att kravet på finansiell ställning är uppfyllt om en anbudsgivare har uppnått en årsomsättning om lägst 50 miljoner kr. Det framgår inte att det är ett skall-krav att anbudslämnarens årsomsättning är lägst 50 miljoner kr. Denna skrivning kan endast tolkas som en presumtionsregel. I det fall en anbudsgivare har lägst 50 miljoner kr i omsättning räcker det som bevis, i annat fall måste prövning ske av den finansiella och ekonomiska ställningen. Eftersom det inte kan finnas utrymme för någon subjektiv tolkning av kraven i ett förfrågningsunderlag måste den upphandlande myndigheten bli bunden av det som framgår av förfrågningsunderlaget. Staden är därför bunden att göra en prövning av en anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning om anbudsgivaren inte skulle uppfylla presumtionsregeln. Punkt 1.3 i anbudsföreläret, handling 13.3, kan inte förstås som något annat än att staden måste ha tillgång till den senast fastställda årsredovisningen för att kunna göra bedömningen.

DUO hade under 2010 en omsättning på ca 12 miljoner kr och under 2011 ca 31,6 miljoner kr. DUO är ett bolag som bildades under andra hälften av 2009 och entreprenadverksamheten kom igång under 2010. Marginalen 2010 var god för ett nystartat bolag och den 31 december 2010 hade DUO

en god likviditet med ca 2 000 000 kr i kassan. Under 2011 hade DUO en stabil tillväxt. DUO har en stabil finansiell och ekonomisk ställning, vilket styrks av det ingivna intyget från UC. DUOs moderbolag, DUO Handel & Förvaltnings AB, har bedrivit gjutasfaltarbeten och brorenoveringar sedan mitten av 1980-talet. Både moderbolaget och DUO grundades av bröderna Dag och Ulf Nilsson. För att kunna genomföra ett uppdrag som det aktuella krävs att utföraren har antingen egna eller inhyrda resurser, som bl.a. ett asfaltverk. Moderbolaget har en asfaltanläggning. Maskinerna utnyttjas i sin helhet av DUO som har tillgång till alla maskiner som krävs för utförandet av entreprenaden. Moderbolaget hade 2010 ett eget kapital om ca 5,8 miljoner kr. I listan med tänkta underentreprenörer finns både E-schakt och Sandahls Grus & Asfalt, med en omsättning på mellan 300 och 400 miljoner kronor per år vardera. Bröderna Nilsson har en lång erfarenhet av att bedriva entreprenader i vägmiljö och har genomfört en mängd projekt med bl.a. Vägverket som kund. DUO har ett flertal entreprenader av liknande storlek som den aktuella. Det enda som krävs för utförandet av entreprenaden är inköp av material för ca 800 000 kr. Det är tydligt att DUO klarar av att utföra entreprenaden trots att omsättningen varit lägre än 50 miljoner kr per år. Staden har därför inte haft skäl att anse att DUO inte klarar kvalificeringskravet avseende finansiell ställning.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att en årsomsättning på minst 50 miljoner kr är ett skall-krav så strider kravet mot proportionalitetsprincipen. Kravet är oskäligt betungande och utestänger fullt fungerande nyetablerade företag från att delta i upphandlingen. Ett omsättningskrav på 50 miljoner kr är inte det mest effektiva sättet för staden att förvissa sig om att hitta en entreprenör med resurser att genomföra uppdraget. Omsättningen i sig ger ju ingen nyanserad bild av en anbudsgivares lämplighet och kan ju avse någon helt annan verksamhet än den som upphandlas. Teoretiskt sett kan ett företag ha en dålig likviditet och brist på relevanta maskiner men ändå uppfylla kravet på omsättningens storlek. I en sådan

här upphandling bör anbudsgivarens ekonomiska ställning bedömas efter huruvida anbudsgivaren har ett asfaltsverk, samarbetar med finansiellt starka underentreprenörer, har genomfört liknande entreprenader förut med gott resultat och tillräcklig kassa och likviditet för inköp av material.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges uttryckligen att anbudsgivaren ska ha uppnått en viss lägsta årsomsättning för att kravet på ekonomisk och finansiell ställning ska vara uppfyllt. Det framgår också att kravet ska styrkas genom att anbudsgivaren lämnar in den senast fastställda årsredovisningen. DUO har inte i sitt anbud åberopat något annat bolags kapacitet och förfrågningsunderlaget ger inte utrymme för att styrka den ekonomiska ställningen på något annat sätt. Staden har därför på ett korrekt sätt uteslutit DUO från upphandlingen.

Entreprenaden avser reparation av Magelungsvägens viadukt över Huddingevägen och omfattar omisolering av viaduktens södra körbanor med tillhörande ramper, totalt ca 6 240 kvadratmeter. Vidare ska en del lokala skador lagas och delar av mitträcket bytas ut mot barriärelement. I entreprenaden ingår också tillhörande trafikanordningar och en del belysningsarbete. Byggtiden är begränsad till 12 veckor och ska pågå sammanhängande utan avbrott. Arbetena kommer att utföras i trafikmiljö och byggtiden har därför förkortats så mycket som möjligt för att trafiken inte ska behöva påverkas längre än nödvändigt. Byggtiden har förlagts till sommarperioden då trafiken normalt är mindre än under resten av året.

Staden är med hänsyn till framkomligheten och trafiksäkerheten angelägen om att arbetena färdigställs i tid och har bedömt att det mest effektiva sättet att försäkra sig om att den entreprenör som antas har de nödvändiga resurserna är att ställa krav på en viss årsomsättning. Något annat alternativ kan enligt staden inte komma i fråga för att tillgodose detta syfte. Med

hänsyn till entreprenadens omfattning och vikten av att arbetet kan genomföras i tid och utan avbrott bedömer staden att kravet på en omsättning om minst 50 miljoner kr står i proportion till vad som upphandlas. Det har också varit möjligt för anbudsgivare att i enlighet med 11 kap. 12 § LOU åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Enligt 11 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet 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.

I 11 kap. 7 § första punkten LOU anges att bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av bl.a. 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.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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.

Kravet att leverantörens årsomsättning ska vara minst 50 miljoner kronor

En överprövning enligt LOU innebär en kontroll av om upphandlande myndighet följt de principer för offentlig upphandling som framgår av 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i LOU. Som huvudregel har den sökande part som gör gällande att en upphandling inte har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU bevisbördan för att så är fallet. För att vara förenligt med LOU ska ett förfrågningsunderlag vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att utvärderingsmodellen ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör dock att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

DUO har anfört att skrivningen om en minsta årsomsättning i förfrågningsunderlaget endast kan tolkas som en presumptionsregel och att själva skallkravet är att anbudsgivaren ska ha en sådan finansiell och ekonomisk ställning som krävs för genomförandet av uppdraget.

I förfrågningsunderlaget, avsnitt 1.3, anges följande:

- *Anbudsgivare ska ha sådan finansiell och ekonomisk ställning som krävs för genomförandet av uppdraget.*

Kravet är uppfyllt om anbudsgivaren under det senast fastställda räkenskapsåret har uppnått en årsomsättning om lägst 50 miljoner kronor.

Förvaltningsrätten finner med hänsyn till hur texten är disponerad att skrivningen om årsomsättning måste förstås som en precisering av punktsatsen om ekonomisk ställning. Av detta följer att skall-kravet omfattar hela texten, och att anbudsgivaren under det senast fastställda räkenskapsåret måste ha uppnått en årsomsättning om lägst 50 miljoner kronor för att anbudet ska vara kvalificerat till att utvärderas.

Frågan om omsättningskravet är oproportionerligt

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas. Vidare ska, i enlighet med principen, vid valet mellan alternativa krav väljas det som är minst ingripande. Vid en prövning av om en upphandling genomförts i strid med proportionalitetsprincipen bedöms för det första om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, på det viset att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje 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. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en ifrågasatt åtgärd är i enlighet med proportionalitetsprincipen.

Staden har ställt krav på att leverantörerna ska ha en årsomsättning om minst 50 miljoner kr och motiverat kravet med att den leverantör som antas ska ha sådan kapacitet att den kan klara av att fullgöra kontraktet och de åtaganden som detta medför inom den angivna tiden. 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. Mot bakgrund av vad som framkommit angående omfattningen av det åtagande som upphandlingen avser samt den typ av verksamhet som upphandlas framstår det obligatoriska kravet på en viss omsättning som 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 leverantörer att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet. Kravet på en omsättning om minst 50 miljoner kronor det senast fastställda räkenskapsåret får därför anses som både lämpligt och nödvändigt och inte alltför ingripande. Kravet kan inte anses strida mot proportionalitetsprincipen, någon bestämmelse i LOU eller någon annan av de unionsrättsliga principerna.

Frågan om förkastande av DUOs anbud

Förvaltningsrätten har funnit att det är ett skall-krav i upphandlingen av en anbudsgivande leverantör måste ha haft en omsättning på minst 50 miljoner kronor under det senast fastställda räkenskapsåret för att anbudet ska tas upp till utvärdering. Förvaltningsrätten har också funnit att kravet inte är oproportionerligt eller på något annat sätt stridande mot LOU och unionsrätten.

DUO har anfört att bolagets årsomsättning under 2011 var ca 31,6 miljoner kronor. DUO har så vitt framkommit i målet inte använt sig av möjligheten att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla kravet på lägsta årsomsättning. Under dessa omständigheter har staden agerat korrekt genom att förkasta DUOs anbud och inte ta upp det till utvärdering.

Eftersom det inte har framkommit skäl att ingripa enligt 16 kap 6 § LOU ska DUOs ansökan avslås.

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

Jonatan Wahlberg

Rådman

Föredragande har varit Elin Rosén.



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