



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-09-07
Meddelad i
Stockholm

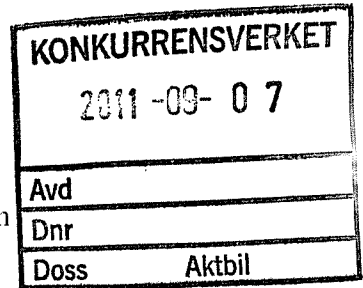
Mål nr
10157-11
Enhet 12

1

SÖKANDE

Modano Bygg & Plattsättning AB, 556742-1465
Rörvägen 8
136 50 Jordbro

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur. kand. Håkan Andersson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm



MOTPART

Tornberget Fastighetsförvaltning AB i Haninge, 556428-5806
136 81 Haninge

Ombud: Advokat John Hane och jur. kand. Hampus Ek
Foyen Advokatfirma i Sverige KB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 144872

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Tornberget Fastighetsförvaltning AB i Haninge (Tornberget) har genomfört en upphandling avseende ramavtal byggservice. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU där de anbud som bedöms vara de ekonomiskt mest fördelaktiga ska antas. Tornberget har i tilldelningsbeslut av den 4 maj 2011 meddelat att man har antagit anbud från andra anbudsgivare än Modano Bygg & Plattsättning AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att Tornbergets upphandling av byggservice inte får avslutas förrän rättelse vidtagits i form av en ny anbudsutvärdering vid vilken bolagets anbud ska utvärderas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Upphandlingens förfrågningsunderlag strider mot de gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Enligt avsnitt 2.1.5. i förfrågningsunderlaget skall leverantör ha en årsomsättning på minst 20 miljoner kr/år. Omsättningskravet strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Syftet med kravet är rimligen att säkerställa ekonomisk stabilitet hos anbudsgivarna. Mot bakgrund av att detta krav är omöjligt att uppfylla för samtliga små och medelstora företag i branschen är kravet knappast lämpligt och effektivt i detta hänseende. Tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling, Konkurrensverket, varnar i sin skrift "Omsättning – inte ett mått på leverantörens lämplighet" för den utestängande effekt som för högt ställda omsättningskrav har på små och medelstora företag. Konkurrensverket anför krav på balansräkning som ett alternativ. Man kan givetvis även tänka sig andra krav exempelvis krav på antal heltidsanställda, om det är kapaciteten man vill säkerställa med omsättningskravet. Ett omsättningskrav kan aldrig vara en måttstock på företagets arbetsmässiga kapaci-

tet. Det relevanta är att kravet säkerställer den form av ekonomisk stabilitet som är nödvändig för uppdragets fullgörande samtidigt som det säkerställer ett gott utnyttjande av konkurrenssituationen på marknaden.

Omsättningskravet är betydligt högre än vad som är brukligt. LOU:s regler är absoluta och påverkas inte av eventuell branschpraxis. Av förfrågningsunderlagets kod AFA.21 framgår att omfattningen inte kan anges då den påverkas av flera olika aspekter, och att de 5 – 6 miljoner kr som nämns är en grov uppskattning. Enligt uppgifter från Tornberget över aktuella avrop på byggtjänster under år 2010 så uppgick dess värde till 2,9 miljoner kr. Det synes alltså som att tidigare utfall är en, om inte bättre, så i vart fall lika bra indikator på upphandlingens värde som vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Detta får till följd att omsättningskravet motsvarar ungefär sju gånger det uppskattade värdet på upphandlingen. Ett omsättningskrav per år som vida överstiger upphandlingens estimerade värde per år är inte det minst ingripande alternativet för att säkerställa ekonomisk stabilitet. Modano är idag part i motsvarande ramavtal med Tornberget.

Tornberget påstår att kontraktets samlade värde, 5 – 6 miljoner kr över 2+2 år, är högre än omsättningskravet. Skallkravet avser dock anbudsgivarnas årliga omsättning och kan därför inte jämföras till ett värde på fyra år. Det samlade värdet av upphandlingen, 20 – 24 miljoner kr, ska i sådant fall jämföras med ett "samlat" omsättningskrav på 80 miljoner kr.

Upphandlingsobjektet är ett ramavtal där avtal tecknas med tre leverantörer i rangordning varför kontraktets totala värde inte kan tillskrivas varje entreprenör, vilket ska vägas in i bedömningen av omsättningskravets proportionalitet. Upphandlingens värde ska i denna bedömning uppskattas till ett lägre värde än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Dessutom framstår omsättningskravet som särskilt onödigt med hänvisning till att anbudsgivarnas finansiella ställning kontrolleras genom riskklassintyg från

UC eller motsvarande. Omsättningskravet har kraftigt konkurrenshämmande effekter. Åtgärdens effekt är således inte proportionerlig jämfört med åtgärdens syfte.

En hög omsättning garanterar inte att en entreprenör har en bred beställarbas. Bolaget har en årsomsättning som överstiger 12 miljoner kr, vilket har styrkts i anbudet. Detta är mer än dubbelt så mycket som den i förfrågningsunderlagets punkt AFA.21 uppskattade tilldelningen om 5 – 6 miljoner kr och mer än tre gånger så mycket som värdet av avrop under år 2010. Huruvida Tornberget tidigare haft dåliga erfarenheter av entreprenörer med mindre omsättning påverkar inte bedömningen av vilka krav som enligt LOU får ställas i förevarande upphandling. De problem som beskrivs i Fråga & Svar är sådana som beror på entreprenörens kunnande, kompetens och tekniska kapacitet snarare än på storleken på företaget. Entreprenören är till uppfyllande av ramavtalet bunden av arbetets omfattning enligt kontraktet. Det är ansvarsreglerna i de kommersiella villkoren som ska användas som tvångsmedel för att tillse att uppdraget utförs i enlighet med kontraktet. Bolagets anbud om 5,2 miljoner kr hade lägst pris av samtliga anbud varvid är högst sannolikt att anbudet antagits om bolagets anbud hade utvärderats.

Upphandlingens utvärderingsmodell avseende referenser framgår av förfrågningsunderlagets punkt 2.1.10. Krav på goda referenser för service och tekniskt stöd. Referenstagningen syftar till att säkerställa anbudsgivarens kapacitet som ett urvalskriterium. Referenstagningen syftar även till att utvärdera vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. I förfrågningsunderlaget har därmed uppställts en modell för referensutvärdering där kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier sammanblandats på ett sätt som inte är förenligt med LOU och EU-rättslig praxis.

Tornberget bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Tornberget har inte agerat i strid med de unionsrättsligt grundläggande principerna eller i strid med LOU. Bolaget har därmed inte lidit och kommer inte heller riskera att lida skada. Då Modano inte uppfyllt det uppställda kravet på en årsomsättning om minst 20 miljoner kr har bolagets anbud befunnits vara icke kvalificerat och därmed förkastats av Tornberget.

I kontrast till omsättningskravet ska lyftas fram att det av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter och dess kod AFA.21 Orientering framgick att ramavtalets totala volym grovt uppskattat var 5 – 6 miljoner kr per år. Ramavtalet som upphandlades var på två år med möjlighet till två års förlängning. Kontraktets samlade värde ligger således över det angivna omsättningskravet. Att ett omsättningskrav uppgår till tre gånger kontraktets värde är inte ovanligt.

Kravet har varit såväl lämpligt som nödvändigt och det har inte funnits något alternativ till detsamma. Tornberget bestämde omsättningskravet till 20 miljoner kr, vilket var högre än för tidigare ramavtal, eftersom Tornberget inför den kommande ramavtalsperioden till skillnad från tidigare höjt gränsen för avrop från 1 miljoner kr till 1,5 miljoner kr. Tornberget har sökt entreprenörer som kunnat hantera flera sådana avrop samtidigt och ändå ha möjlighet att ställa upp snabbt vid andra brådska arbeten. Mindre entreprenörer får normalt inte samma priser som större entreprenörer hos handlare vilket historiskt sett har drabbat Tornberget på olika sätt. Tornberget vill ingå avtal med leverantörer som faktiskt kan leverera de volymer och under den brådska som man förutsett kan komma att råda.

Kravet på omsättning måste utgå från att det är vinnaren i ramavtalet som avropas varje gång då Tornberget avser att alltid avropa nummer ett till dess denna i undantagsfall tackar nej. Man kan inte dividera omsättningskravet med antal upphandlande leverantörer på ramavtal med rangordning.

Bolaget har också haft en möjlighet att återopa resurser från annan entreprenör för att klara omsättningskravet, vilken bolaget inte utnyttjat. Proportionalitetsprincipen innebär inte att alla anbudsgivare alltid ska kunna komma ifråga för alla kontrakt.

I fråga om upphandlingens värde tjänar inte utfall i tidigare ramavtal till bättre vägledning än den uppskattning om 5 – 6 miljoner kr av kontraktets värde som gjorts. Föremålet för ramavtalet har i flera avseenden förändrats jämfört med tidigare avtalsperiod, bl.a. har gränsen för avrop höjts från 1 mkr till 1,5 mkr. Det har således funnits objektiva och relevanta skäl för Tornberget att förvänta sig större volymer och därmed också ange ett högre värde på det ramavtal som man skulle upphandla. Det är inte rimligt att väga in att det varit fråga om rangordning med tre leverantörer och att ett lägre värde mot denna bakgrund skulle beaktas vid bedömning av uppställt krav på omsättning.

Någon sammanblandning har inte skett mellan kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier. De olika momenten, dvs. medelpoäng 3,0 och referensbedömning i övrigt måste betraktas som två separata prövningar inom ramen för två moment av samma referenstagning. 1-3 poäng avsåg sålunda kvalificering och poäng som översteg detta resulterade i konstaterat mervärde och prispoäng. Oavsett detta så har bolaget, vars anbud redan på annan grund visat sig vara icke kvalificerat, inte lidit någon skada av prövningens utformning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser¹

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

¹ Se övergångsbestämmelse till lagen (2010:571) om ändring i lagen om offentlig upphandling.

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU föreskrivs följande. 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.

Utredning i målet

I förfrågningsunderlagets del 1, administrativa föreskrifter, anges under punkten AFA.21 följande.

Denna upphandling avser kategorin "byggservice". Omfattning kan inte anges, då denna påverkas av underhålls- och reparationsbehov och politiska beslut. En grov uppskattning av ramavtalets totala volym ligger i storleksordningen 5 – 6 miljoner kr per år.

I förfrågningsunderlagets del 2, anbudsprövning, anges under punkten 2.1.5. "Ekonomisk ställning" bl.a. följande.

Leverantören ska ha en stabil finansiell och ekonomisk ställning. Beställaren kommer att göra bedömningen av leverantörens ekonomiska ställning med hjälp av Kreditsafe AB:s riskklassning. I de fall leverantören uppfyller Kreditsafe:s rating 40 eller bättre kommer kravet avseende ekonomisk stabilitet anses vara uppfyllt. I de fall leverantören inte uppfyller rating 40, kommer beställaren göra en analys om leverantören uppnår efterfrågad ekonomisk ställning. Leverantören ska ha en årsomsättning på minst 20 miljoner kr. *Leverantören har lägst kreditvärderingsbetyg (rating) 40 enligt Kreditsafe:s ratingsystem eller motsvarande, och en årsomsättning på minst 20 miljoner kr.*

I "Frågor och Svar" den 12 april 2011 anges bl.a. följande.

Fråga: Enligt LOU 1 kap 9 § ska varje krav i en upphandling stå i proportion till den upphandlade tjänsten. Vi anser att det omsättningskrav som ställs i denna upphandling inte är proportionerligt och ber därför Tornberget Fastighetsförvaltningsaktiebolag i Haninge att innan anbudstiden har gått till ända ändra det ställda kravet.

Svar: SKALL-kravet slopas ej.
Orsaker:

1. Tornberget vill inte träffa avtal med entreprenörer, som har så låg omsättning att man som entreprenör är beroende av endast en eller ett fåtal beställare. En minskning i ordervolymen hos en annan beställare kan drabba Tornberget, genom risken för ekonomiska svårigheter med eventuell konkurs som följd. Tornberget vill således inte träffa avtal med entreprenörer, som så att säga "lägger alla ägg i en korg".

2. Vidare vill Tornberget ha en tillräckligt stor aktör, som – om behov uppkommer – har möjlighet att sätta in resurser för att klara av "snabba jobb" till exempel under semesterpe-

rioder och lov.

3. Tornbergets erfarenhet av små entreprenörer är dålig. Tornberget har haft avtal med entreprenörer som "lovar runt och håller tunt"; till exempel tider hålls inte, personal uteblir på grund av sjukdom eller VAB, man har inte tillräckliga personella eller ekonomiska resurser. Man tar in okvalificerad arbetskraft, med dåligt utförande som följd.

4. Enligt förfrågningsunderlaget ska en entreprenör kunna utses till generalentreprenör och ha skyldighet att anlita sådana leverantörer (UE) som Beställaren har ramavtal med. Omsättningskravet är satt med hänsyn till att generalentreprenören därmed har skyldighet att svara för betalning till övertagna UE.

Sammanfattningsvis: Tornberget, som av verksamhetsskäl måste kunna lita på att avtal och överenskommelser följs, är av uppfattningen att det krävs att företaget har tillräckligt stor omsättning för att leva upp till Tornbergets krav.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att omsättningskravet är oproportionerligt högt samt att Tornberget har sammanblandat kvalificeringskriterier med tilldelningskriterier genom poängsättningen av referenser. Frågan i målet är om det på grund av vad bolaget har anfört finns skäl för förvaltningsrätten att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU.

Är kravet på en årsomsättning om minst 20 miljoner kr inte proportionellt?

Av förarbetena till LOU (prop. 2001/02:142 s. 21 f.) framgår att en upphandlande enhet har frihet att själv specificera krav på det som ska upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt. Kvalifikationskriterier är de kriterier som visar att en leverantör är en lämplig anbudsgivare. Kriterierna ska hänföra sig till leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller finansiella eller ekonomiska ställning. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantörer än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas.

Vilket värde som ska åsättas den aktuella upphandlingen inverkar på bedömningen av omsättningskravets proportionalitet. Bolaget har anfört att av förfrågningsunderlaget uttryckligen framgår att upphandlingens omfattning om 5 – 6 miljoner kr är en grov uppskattning samt att, enligt uppgifter från Tornberget, värdet på aktuella avrop på byggtjänster under år 2010 uppgick till 2,9 miljoner kr varför tidigare utfall synes vara en lämplig indikator på upphandlingens värde. Bolaget har vidare anfört att upphandlingens värde ska i bedömningen av omsättningskravets proportionalitet uppskattas till ett lägre värde. Tornberget har anfört att föremålet för ramavtalet i flera avseenden har förändrats jämfört med tidigare avtalsperiod, bl.a. har gränsen för avrop höjts från 1 miljon kr till 1,5 miljon kr, och att Tornberget har kunnat förvänta sig större volymer. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund inte skäl att ifrågasätta Tornbergets uppskattning av upphandlingens värde.

I det aktuella förfrågningsunderlaget anges under punkten 2.1.5. bl.a. att leverantören ska ha en årsomsättning om 20 miljoner kr. Tornberget har i såväl yttrande till förvaltningsrätten som i svar på en fråga den 12 april 2011 redogjort för skälen till varför kravet på en årsomsättning om 20 miljoner kr per år är lämpligt och nödvändigt, bl.a. att avrop bedöms ske för en kostnad om 1 miljon kr till 1,5 miljoner kr och att Tornberget önskar en entreprenör som kan hantera flera avrop samtidigt och ändå ha möjlighet att ställa upp snabbt vid andra brådskande arbeten. Med hänsyn till vad Tornberget anfört och med beaktande av att det rör sig om ett längre kontraktsförhållande, sammanlagt upp till fyra års tid, finner förvaltningsrätten att kravet måste anses ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kravet kan därför inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Har Tornberget sammanblandat kvalificerings- och utvärderingskriterier?

Bolaget har slutligen gjort gällande att Tornberget har sammanblandat kvalificeringskriterier med tilldelningskriterier. Referenser har använts för att uppfylla ett skallkrav gällande anbudsgivarens kapacitet men referenstagning har också använts i utvärderingen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Förvaltningsrätten har i det föregående funnit att det obligatoriska kravet på en årsomsättning om 20 miljoner kronor inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen. Bolaget uppfyller inte det kravet och Tornberget måste därför anses ha haft fog för att på denna grund inte utvärdera bolagets anbud. Därmed kan, enligt förvaltningsrättens mening, bolaget inte anses lida någon skada av det påstådda missförhållandet i denna del. Redan av det skälet saknas det förutsättningar för ett ingripande enligt LOU.

Eftersom det, sammanfattningsvis, inte finns grund för något ingripande enligt LOU ska bolagets ansökan om överprövning avslås.

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

Jonatan Wahlberg
Rådman

Föredragande har varit Rebecka Hjorth.



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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.