

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 12

DOM
2015-01-16
Meddelad i
Göteborg

Sida 1 (8)

Mål nr
12299-14

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2015 -01- 16 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDEHansson & Söner Entreprenad AB, 556433-4166
Svanviks industriområde 218
471 72 Hjalteby**MOTPART**Tjörns kommun
471 80 Skärhamn**SAKEN**Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 313942

Postadress
Box 53197
400 15 GöteborgBesöksadress
Sten Sturegatan 14Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattengoteborg@dom.seTelefax
031 - 711 78 59Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Tjörns kommun (kommunen) genomför en upphandling av Ängholmens avloppsreningsverk, DE1 Bygg och anläggning, dnr DE1-09.1. Ett öppet förfarande tillämpas och upphandlingen är uppdelad i sju delentreprenader. Två anbud har lämnats in och enligt tilldelningsbeslut den 13 november 2014 har anbudet från Markbygg AB antagits.

Hansson & Söner Entreprenad AB (bolaget) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR*Bolaget*

Kraven som ställts på leverantörernas årliga nettoomsättning är inte proportionerlig. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare under de senaste två åren ha haft en årlig nettoomsättning på minst 150 MSEK. Bolaget har under anbudstiden begärt att kommunen ska halvera kravet men nekats detta. Bolaget har till följd av detta inte lämnat in något anbud eftersom bolaget riskerade att inte uppfylla omsättningskravet. Genom att vara utesluten som leverantör har bolaget lidit skada.

Kontraktssumman för nu aktuellt anbud är drygt 43 MSEK. Kravet "årlig nettoomsättning" är även undermåligt definierat. Att valda redovisningsprinciper för intäktsredovisningen ska styra om man är kvalificerad att lämna anbud står i strid med principerna om transparens och förutsägbarhet. Att byggentreprenören ansvarar för samordningen vid delade entreprenader är inget ovanligt. Nu aktuellt samordningsansvar innebär endast att

byggentreprenören har ett samordningsansvar av övriga sidoentreprenörer "i tid och rum". Det tekniska och ekonomiska samordningsansvaret är kvar hos varje enskild entreprenör. Ett sådant samordningsansvar som nu är aktuellt skapar ingen nämnvärd omsättning hos den samordningsansvarige. Då det finns kunniga tjänsteleverantörer att tillgå är inte heller ansvaret av sådan kritisk natur som kommunen gör gällande. Det är därför inte relevant att som kommunen gjort ackumulera projektets samtliga delentreprenaders kontraktssummor och ställa dessa i relation till det aktuella kravet på nettoomsättning. Projektet ska enligt handlingarna starta omgående och vara klart den 31 januari 2017. Aktuell kontraktssumma ska alltså fördelas på en utförandetid om ca två år. Förfrågningsunderlagets krav är därmed cirka sex gånger så stort som den årliga och relevanta delen av kontraktssumman. Kravet är därmed oproportionerligt och starkt konkurrensbegränsande. Omsättningskravet har inte varit nödvändigt eller relevant för att bedöma leverantörens förmåga att leverera och kommunen har inte heller visat att det finns ett samband och relevans mellan omsättningskravet och nödvändig stabilitet och kapacitet.

Skatteverket har två godkända principer för intäktsredovisning; vinstavräkning och alternativregeln, som i hög grad påverkar företagets redovisning av nettoomsättningen. Bolaget har sedan flera år använt alternativregeln dvs. en färdigställandemetod för omsättningsberäkningen. För det fall bolaget använt vinstavräkningsmetoden skulle bolagets nettoomsättning för det senaste redovisningsåret varit 180 MSEK men med vald metod uppgår den istället till ca 85 MSEK. Detta visar att kravet är otydligt och inte transparent. Vilken redovisningsmetod en leverantör tillämpar saknar all relevans för dess förmåga att utföra de efterfrågade kontraktarbetena. Oavsett redovisningsmetod uppfyller dock bolaget inte omsättningskravet för det näst senaste räkenskapsåret.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4
12299-14*Kommunen*

Upphandlingen har genomförts i enlighet med gällande regler och principer. Bolaget har inte heller påstått, än mindre visat, att bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

Anbudssumman för aktuell delentreprenad uppgår till ca 43,1 MSEK och totalbeloppet för samtliga sju delentreprenader uppgår till 93,9 MSEK. Det omsättningskrav som ställts är adekvat och proportionerligt. Kravet är även transparent och tydligt. Upphandlingen avser en omfattande bygg- och anläggningsentreprenad avseende ett avloppsreningsverk. Entreprenaden avser ett helt nytt kompletterande avloppsreningsverk, en ombyggnation av befintligt avloppsreningsverk samt en ny personalbyggnad. Entreprenören för den nu aktuella delentreprenaden har också ett samordningsansvar för samtliga delar i projektet. Funktionen som samordningsansvarig är av väsentlig och avgörande betydelse för projektets genomförande. Det får mycket stora konsekvenser om den entreprenör som tilldelas kontraktet inte kan fullgöra sina åtaganden. Det är därför synnerligen angeläget att leverantören har en sådan stabilitet och kapacitet att entreprenaden kan genomföras även om det skulle uppkomma störningar under genomförandet. Uppställt omsättningskrav är nödvändigt för att säkerställa att entreprenaden genomförs enligt fastställd budget och tidsplan samt på föreskrivet sätt. Det är fråga om ett omfattande, komplext system och entreprenadsumman är ansevärd. Vidare är fullgörandet av kontraktet förknippat med mycket stora risker och det är av största vikt för projektet att uppdraget fullgörs enligt kontraktet. Det är även avgörande för fullgörandet av övriga delentreprenader att leverantören fullgör sina åtaganden, inte minst i dennes egenskap av samordnare. Storleken på omsättningskravet är satt utifrån kostnaden för den aktuella entreprenaden, projektkostnaden i sin helhet samt utifrån de risk-, sårbarhets- och väsentlighets-skäl som finns. Dessa

omständigheter visar sammantaget att föreskrivet omsättningskrav på 150 MSEK inte strider mot proportionalitetskravet.

Begreppet nettoomsättning definieras i årsredovisningslagen. Begreppet är allmän vedertaget och förekommande i bolagens ekonomiska redovisning. Begreppet är inte otydligt eller undermåligt definierat i upphandlingen. Kommunen har inte ställt krav på att en viss redovisningsmetod ska tillämpas avseende omsättningskravet. Bolaget har genom sitt yttrande till förvaltningsrätten visat att det uppfyller ställt omsättningskrav om 150 MSEK. Hade bolaget lämnat in anbud hade således bolaget ansetts uppfylla omsättningskravet. Det är därmed uteslutet att bolaget har lidit skada till följd av ställt omsättningskrav.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande enheter ska 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 (1 kap. 24 § LUF).

Om den upphandlande enheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF 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 (16 kap. 6 § första stycket LUF).

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande enhet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudsgivarens ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Kraven måste dock ha samband med kontraktets föremål och stå i proportion till detta.

Den i målet aktuella upphandlingen rör en delentreprenad och inkluderar ett samordningsansvar för övriga delentreprenader. Den aktuella delentreprenadens värde uppgår till ca 43,1 MSEK och totalbeloppet för samtliga sju delentreprenader uppgår till 93,9 MSEK. Kommunen har ställt krav på att leverantörerna ska ha en nettoomsättning om minst 150 MSEK under de senaste två åren 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. Bolaget har gjort gällande att det ställda omsättningskravet är orimligt högt och att det strider mot principen om proportionalitet. Vidare anser bolaget att kravet är otydligt och brister i transparens.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att kravet, så som det är formulerat i förfrågningsunderlaget, är tillräckligt klart och tydligt för att anbudslämnarna ska ha förstått vad som efterfrågas. Inte heller kan kravet anses brista i transparens på det sätt som bolaget har anført då årlig nettoomsättning är ett vanligt förekommande begrepp i näringslivet. Kommunen har inte heller uppställt något krav på att leverantörerna tillämpar en viss redovisningsmetod.

Den fråga som därmed återstår att pröva är om omsättningskravet är proportionellt eller inte.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten inte ska ställa andra eller högre krav i en upphandling än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven. Av EG-domstolens praxis framgår att bedömningen när det gäller proportionaliteten ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet och att det

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 7
12299-14

inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Av handlingarna i målet framgår att det är fråga om en relativt omfattande entreprenad. Att det i den aktuella delentreprenaden ingår ett visst samordningsansvar innebär också ett ökat ansvar för den leverantör som får kontraktet. Det är även fråga om den största delentreprenaden i upphandlingen och det får antas att det är av största vikt att den aktuella delentreprenaden utförs i rätt tid och enligt lämnade instruktioner då avsteg skulle påverka hela resterande projektet.


Mot bakgrund av vad som framkommit angående omfattningen av det åtagande som upphandlingen avser samt den typ av verksamhet som upphandlas framstår, enligt förvaltningsrättens mening, det obligatoriska kravet på en viss omsättning som relevant och effektivt samt grundat på objektiva skäl. Kravet får anses ha varit nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och kravet måste även beloppsmässigt anses stå i proportion till det syfte som kravet avser att säkerställa. Detta gäller inte minst då det är fråga om den största delentreprenaden i upphandlingen och att upphandlingen även omfattar ett samordningsansvar. Förvaltningsrätten anser därför att det inte framkommit annat än att omsättningskravet, så som det utformats, är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Visserligen innebär omsättningskravet en begränsning för mindre leverantörer men det utesluter inte per automatik ett mindre företag från att lämna anbud i upphandlingen eftersom det har varit möjligt för leverantörer att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att de negativa effekterna av omsättningskravet inte är oproportionerliga. Sammanfattningsvis strider omsättningskravet därmed enligt förvaltningsrättens bedömning inte mot proportionalitetsprincipen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
12299-14

Det är vidare otvistigt att bolaget uppfyller omsättningskravet för ett av de aktuella redovisningsåren. När det gäller det andra året saknas det uppgift om bolagets omsättning men bolaget har uppgett att omsättningen under det året understeg 150 MSEK. Mot bakgrund av att bolaget inte angett vilken omsättning man haft det andra redovisningsåret är det dock enligt förvaltningsrättens mening tveksamt om bolaget kan anses ha lidit skada till följd av ställt omsättningskrav.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att ansökan om överprövning ska avslås.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 offentlig 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 fördras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betviva 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 rättslämningen 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 nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden sätter 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, mättnummer 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 stycka 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 rättsens 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 rättsens 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.