



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 3

DOM
2017-06-09
Meddelad i Göteborg

Mål nr
2876-17

SÖKANDE

Svenska RegMaster AB, 556376-6285
Erik Segersälls Väg 34
126 50 Hägersten

MOTPART

Akademiska Hus AB, 556459-9156
Box 483
401 27 Göteborg

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling, förkortad LOU

KONKURRENSVERKET	
2017-06-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 479463

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag–fredag 08:00-16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Akademiska Hus AB (Akademiska Hus) genomför en upphandling gällande Ramavtal – Byggnadsarbeten 16/122. Upphandlingen omfattar tre entreprenadområden och anbudsgivare har kunnat lämna anbud på ett eller flera av dessa områden. Svenska RegMaster AB (SRM) lämnade anbud på samtliga tre entreprenadområden.

Av tilldelningsbeslut meddelade den 27 februari 2017 framgår bl.a. att SRM inte hade visat att samtliga ställda krav på anbudet var uppfyllda. Anbudet gick därmed inte vidare till utvärderingen.

YRKANDEN M.M.

SRM ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att *SRM*:s anbud upptas till prövning. Till stöd för sin talan anför *SRM* bl.a. följande. *SRM* har uteslutits från utvärderingsfasen på grund av att de inte haft en årsomsättning om 40 miljoner kr per år de två senaste fastställda årsredovisningarna. Omsättningskravet har inte varit tydligt formulerat. I den tabell där anbudsgivaren ska bekräfta att kraven är uppfyllda framgår endast att kravet avser de två senaste räkenskapsåren, inte de två senaste fastställda räkenskapsåren. *SRM* observerade inte att kravet hade beskrivits på annan plats i underlaget på ett annat motstridande sätt. Eftersom det inte angavs hur kravet skulle kontrolleras har *SRM* utgått ifrån att det var tillräckligt att bolaget självt intygade kravet uppfylldes.

Även om *SRM* hade uppmärksammat motstridigheten i underlaget är det inte säkert att bolaget hade insett att det var formuleringen om att det var de två senaste fastställda årsredovisningarna som gällde. Anbuden skulle vara inlämnade i februari 2017 och de flesta företag med vanliga räkenskapsår kunde vid den tidpunkten med mycket stor säkerhet bekräfta vilken

årsomsättning som uppnått under 2016. Det framstår därför som rimligare att räkenskapsåren 2015 och 2016 ska beaktas. Omsättningen under 2016 har större relevans vid bedömningen av ett företags ekonomiska ställning 2017, än omsättningen 2014. Det uppställda kravet är oproportionerligt eftersom det utan rimlig anledning hindrar bolag som har uppfyllt kraven det senaste räkenskapsåret att delta i upphandlingen.

SRM uppfyller kravet på en årsomsättning överstigande 40 miljoner kr för 2015 och 2016 och har lidit skada eftersom bolaget hade rangordnats som nr 2 i ramavtalet enligt Akademiska Hus utvärderingsmodell. Det hade således varit en av de entreprenörer som tilldelats ramavtalet.

– Till styrkande av att omsättningskravet är uppfyllt 2016 har SRM kommit in med ett revisorsintyg daterat den 17 mars 2017 av vilket framgår att SRM enligt preliminärt bokslut har en omsättning överstigande 55 miljoner kr och enligt preliminära rapporter en preliminär nettoomsättning på ca 60 miljoner kr.

Akademiska Hus anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det obligatoriska kravet på viss årsomsättning är tydligt formulerat i förfrågningsunderlaget, både vad gäller beloppsgränsen samt hur *Akademiska Hus* skulle kontrollera kravet. SRM uppfyller inte kravet på årsomsättning under de två senaste fastställda räkenskapsåren om minst 40 miljoner kr per år varför *Akademiska Hus* har varit förhindrad att utvärdera SRM:s anbud. SRM har i sitt anbud angett att kravet på viss årsomsättning var uppfyllt och även åberopat kapaciteten från bolaget Svenska Carlair. Vid den kontroll som *Akademiska Hus* genomfört framgår emellertid att bolagens gemensamma omsättning varit 69 508 000 kr för 2015 och 32 355 000 kr för 2014. Av det intyg som SRM lämnat in framgår att bolagets omsättning inte var slutligt klarlagd den 17 mars 2017. Sista anbudsdag i upphandlingen var den 23 januari 2017.

Det obligatoriska omsättningskravet är tillräckligt transparent och tydligt formulerat. Det framgår på två olika ställen i anbudsformuläret för respektive entreprenadområde att det är de två senaste fastställda räkenskapsåren som avses. Detta får anses vara tillräckligt tydligt och i vart fall får alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare anses kunna tolka kravet på samma sätt. Av anbudsformuläret framgår även att beställaren i anslutning till anbudsöppningen skulle kontrollera att anbudsgivaren uppfyllde kravet.

Kravet är utformat på ett sätt som gör det enkelt att kontrollera och behandla alla anbudsgivare lika. Uppgifter från fastställda räkenskapsåren är offentliga och vid kontroll undviks bedömningssvårigheter vid de fall anbudsgivarna ligger på gränsen. Om kravet hade uppställts på annat sätt skulle omsättningen inte med säkerhet kunnat anges. Den aktuella åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå syftet. Åtgärden är också nödvändig eftersom omsättningen för de två senaste fastställda räkenskapsåren är ett tydligt och objektivt sätt att mäta omfattningen på anbudsgivarnas verksamhet.

Eftersom upphandlingen genomfördes i enlighet med LOU har SRM inte lidit någon skada. SRM har bevisbördan för att de faktiskt lidit skada. SRM har brustit i sin omsorgsplikt då anbudet upprättades eftersom de inte nådde upp till det uppställda kravet. Akademiska Hus kan inte lastas för deras bristande omsorg.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har upphävts och ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt övergångsbestämmelserna gäller den upphävda lagen dock för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

Upphandlande myndigheter 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. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 LOU).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

De frågor som förvaltningsrätten har att pröva är om det omsättningskrav som uppställts i förfrågningsunderlaget är *tillräckligt tydligt formulerat*, och därefter, om omsättningskravet är *förenligt med proportionalitetsprincipen*. För ett ingripande krävs vidare att SRM har lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av förfarandet.

Är omsättningskravet tillräckligt tydligt formulerat?

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. Detta följer av EU-rättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de inte strider mot de principer som bär upp LOU och EU-rätten (se RÅ 2002 ref. 50). Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (se HFD 2012 ref. 48 I-II).

Enligt EU-domstolens praxis gäller att förfrågningsunderlaget ska formuleras på ett sådant sätt att samtliga rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka det på samma sätt.

Under rubriken "Krav 4 - Ekonomisk ställning" i anbudsföreläggandet anges i två separata stycken att anbudsgivaren ska ha en årsomsättning under de två senaste *fastställda* räkenskapsåren om minst 40 miljoner kr. Även med beaktande av att ordet "fastställda" utlämnats i ett senare stycke anser förvaltningsrätten att det av Akademiska Hus avsedda kravet framgår tillräckligt tydligt för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna förstå vad som efterfrågats.

Är omsättningskravet förenligt med proportionalitetsprincipen?

Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta fritt utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de EU-rättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får

ställa större krav på anbudsgivaren än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska vara relaterade till anbudsgivarens förmåga att genomföra kontraktet och ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Den fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om det strider mot proportionalitetsprincipen att endast beakta de två senast fastställda räkenskapsåren vid bedömningen av om omsättningskravet är uppfyllt.

SRM har anfört att det uppställda kravet är oproportionerligt dels för att det utan rimlig grund utesluter anbudsgivare som under 2016 hade en omsättning som översteg det uppställda kravet, och dels för att det saknar relevans att utifrån en anbudsgivares kapacitet 2014 bedöma en anbudsgivares lämplighet 2017.

I utredningen anges att den aktuella upphandlingen avser ett ramavtal för olika byggnadsarbeten. Akademiska Hus uppskattar att volymen avseende byggnadsarbeten för entreprenadområdet uppgår till cirka tolv miljoner kr per år. Några mer utförliga uppgifter om de byggnadsarbeten som upphandlingen omfattar framkommer inte.

Akademiska Hus har uppgett att utformningen av omsättningskravet medför ökad transparens och att det underlättar bedömningen, eftersom uppgifterna om den årliga omsättningen är definitiva, lättillgängliga och tillförlitliga. Enligt förvaltningsrättens mening har Akademiska Hus, mot bakgrund av den upphandlade verksamhetens karaktär och vad som i övrigt framkommit i målet, ett befogat intresse av att på ett rättssäkert och effektivt sätt kunna säkerställa att anbudsgivaren har den ekonomiska kapaciteten att kunna fullfölja åtagandet.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att det uppställda kravet är relevant, grundat på objektiva skäl och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet. Det uppställda omsättningskravet kan därmed inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

SRM:s årsredovisning för 2016 hade vid anbudstidens utgång inte fastställts, varför Akademiska Hus haft fog för att endast beakta SRM:s omsättning för räkenskapsåren 2014 och 2015. Under räkenskapsåret 2014 hade SRM tillsammans med Svenska Carlair inte uppfyllt omsättningskravet och därmed rätteligen uteslutits från utvärderingsfasen.

Har SRM lidit skada?

Beslut om åtgärd får enligt 16 kap. 6 § LOU endast ske om anbudgivaren lidit eller kan komma att lida skada på grund av en överträdelse av LOU eller EU-rätten. Eftersom det inte kommit fram att den aktuella utformningen av omsättningskravet strider mot kraven i LOU eller de EU-rättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen, har SRM inte visat att det lidit skada eller kommer att lida skada. Därför ska SRM:s ansökan om överprövning avslås.

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

Emelie Werme
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Alexandre Toledo.



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 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.