

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 12

DOM
2014-12-02
Meddelad i
GöteborgMål nr
10615-14**SÖKANDE**Frox AB, 556713-1031
Box 963
501 10 Borås

Ombud: Johan Svenningsson

MOTPARTMölnåls Stad
431 82 Mölnåls

Ombud: Stadsjuristen Lotta Åström

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-12-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Frox AB:s ansökan.

Dok.Id 305729

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

BAKGRUND

Mölndals Stad (kommunen) genomför en upphandling benämnd "Totalentreprenad Forsåker, Rivning etapp A+B". Upphandlingen genomförs i form av förenklat förfarande. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudstiden gick ut den 2 oktober 2014. Frox AB:s ansökan inkom till förvaltningsrätten den 13 oktober 2014. Såvitt framkommit har kommunen ännu inte meddelat något tilldelningsbeslut i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.*Vad bolaget yrkar och anför*

Frox AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om samt anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget ställs i avsnitt AFB.51 punkt 6 kravet att anbudsgivare ska ha en årsomsättning år 2013 på minst 40 miljoner kronor. Detta utesluter på ett osunt sätt alla mindre företag som har en lägre årsomsättning, men kapacitet att utföra uppdraget. Att sätta årsomsättning som krav för att få delta i en upphandling medför att konkurrensen sätts ur spel eftersom endast de större bolagen får möjlighet att lämna anbud. Det är diskriminerande mot alla mindre företag som har rivning som enda verksamhet. Bolaget lider skada genom att det utesluts från möjligheten att lämna anbud.

Årsomsättningen visar inte vilken kapacitet, effektivitet eller förmåga som ett företag har. Dessutom visar inte företagets hela omsättning storleken på den omsättning som avser just rivningsverksamhet. Bolaget har erfarenhet av långt mer komplicerade rivningar än den av Mölndals Bruk. Asbest och andra miljöfarliga ämnen återfinns i stort sett vid varje rivning av byggnader som är uppförda före år 1975. Bolaget har erfaren personal, maskiner

och specialredskap för att utföra uppdrag av just den aktuella typen. Rivning medför dock generellt låga entreprenadsummor eftersom ersättningen vid rivning oftast motsvarar endast utförda arbetstimmar men inte material. Därför når många av de företag som specialiserat sig på rivning inte upp till det aktuella kravet på omsättning. Däremot kan ett schakt- eller anläggningsbolag, som har hög omsättning men ingen stor erfarenhet av rivning, delta i upphandlingen.

Bolaget samarbetar med andra kolleger vid större uppdrag, men inget av dessa företag når upp till omsättningskravet. Inte ens tillsammans uppnår de kravet.

Bolaget har besökt Forsåker och bedömer inte att uppdragets omfattning eller de byggnader som ska rivas innebär att det är fråga om ett mer avancerat uppdrag än normalt. Bolaget har genomfört totalentreprenader av mer avancerad art. Exempelvis genomför bolaget för närvarande rivning av Hestra sjukhem i Borås, omfattande ett nedlagt sjukhem om ca 10 000 kvm, med en entreprenadtid på tre månader. Entreprenadsumman är här 2,5 miljoner kronor.

Kommunens inställning i målet

Kommunen anser att bolagets ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det rivningsarbete som upphandlingen avser är av omfattande och osedvanligt komplicerad karaktär. Ritningar över konstruktioner som kan finnas gömda under befintlig byggnation saknas. Inom området och delvis under den befintliga industribebyggelsen forsar Mölndalsån. Byggnadsmaterialet i de byggnader som ska rivas innehåller farliga ämnen såsom asbest. Därtill är rivningsområdet beläget i närheten av såväl bostadsområden som annan pågående verksamhet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4
10615-14

Kommunen har som upphandlande myndighet möjlighet att ställa krav på leverantörens ekonomiska kapacitet. Omsättningskravet har en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör och är inte heller godtyckligt eller uppenbart osakligt (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 78). Kravet är välavvägt och säkerställer på ett effektivt sätt att leverantören har rätt kapacitet för uppdraget.

Arbetet ska utföras i form av en totalentreprenad. Mot bakgrund av givna förutsättningar är det något oklart exakt hur stora resurser som kommer att krävas. Den entreprenör som åtar sig arbetet måste ha tillgång till resurser i form av personal, specialverktyg och specialmaskiner för att klara att genomföra uppgiften även om oförutsedda händelser inträffar under entreprenadtiden. Kravet är också avsett att se till att kommunen får en avtalspart som har tillräckliga ekonomiska resurser för att genomföra uppdraget. Tiden för genomförandet är något snäv, vilket ställer höga krav på leverantörens kapacitet att kunna utöka personalstyrkan och ha tillgång till behövliga maskiner utan dröjsmål vid ändrade förutsättningar under entreprenadtiden. Fortsatt rivning av vissa byggnader ska genomföras i direkt anslutning till den nu upphandlade entreprenaden varför entreprenadtiden inte kan förlängas. Därför måste leverantören ha tillräckligt stor kapacitet att hantera alla oförutsedda händelser och fynd av dolda byggkonstruktioner utan att rivningsarbetet fördröjs, t.ex. på grund av personalbrist eller långa väntetider för att få tillgång till hyrda entreprenadmaskiner.

Kommunen har erfarenhet av rivningsentreprenader och har anlitat personer med gedigen yrkeskunskap för att ta fram lämpliga, relevanta och rimliga krav vid den ifrågavarande konkurrensutsättningen. Vid projektering av entreprenadupphandlingar uppskattas projektets värde samt omfattningen av s.k. ÄTA-arbeten (ändring, tillkommande och avgående arbeten) som inte kan förutses vid projektstarten. Det uppskattade värdet för den aktuella rivningsentreprenaden motiverade det omsättningskrav som ställts i den

aktuella upphandlingen. Kommunen har uppfattningen att dess representanter är bäst skickade att uppskatta entreprenadens svårighetsgrad och även relevanta krav på entreprenören då kommunen har ägt Forsåkerområdet sedan år 2009 och då nämnda uppskattning baseras på mer omfattande material och iakttagelser än ett enstaka besök på plats.

Av den marknadsanalys som gjordes inför upphandlingen framgick att det finns åtminstone ett tiotal bolag med en omsättning som är betydligt större 40 miljoner kronor. Beloppet som sådant kan således inte anses vara konkurrensbegränsande. Kommunen har heller inte i förfrågningsunderlaget gjort några begränsningar av den möjlighet som leverantörer har att åberopa annat företags kapacitet. Det har således funnits möjlighet för bolaget att delta i den aktuella upphandlingen även om dess omsättning inte, sedd för sig, når upp till den föreskrivna nivån. Kravet på viss omsättning har alltså inte utgjort något hinder för bolaget att delta i upphandlingen. Bolaget kan således inte heller anses ha lidit skada i upphandlingsrättslig mening.

Ingen potentiell leverantör har favoriserats i upphandlingen utan alla leverantörer har haft möjlighet att lämna anbud utifrån samma förutsättningar, antingen ensamma eller tillsammans med andra aktörer. Det är dock naturligt att alla aktörer på marknaden inte har den kapacitet som krävs för att genomföra en omfattande rivningsentreprenad av den svårighetsgrad som den aktuella upphandlingen avser. Det innebär emellertid inte att den aktuella upphandlingen diskriminerar några företag.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser, m.m.

Efter ansökan från en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och

2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

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 skada 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 § LOU).

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).

En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras (15 kap. 5 a § LOU).

Av förarbetena framgår att paragrafen i allt väsentligt ska tolkas på samma sätt som sin motsvarighet över tröskelvärdena, dvs. 11 kap. 2 § LOU (se prop. 2009/10:180 s. 348). Av den paragrafen framgår att med företags kapacitet avses bl.a. dess ekonomiska kapacitet. I 7 § samma kapitel anges att bevis på ett företags ekonomiska kapacitet kan utgöras bl.a. av uppgift om företagets samlade omsättning.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen i den aktuella upphandlingen, i något av de avseenden som bolaget påstått, har brutit mot

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 7
10615-14

någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot andra bestämmelser i LOU och om det därför finns grund för att ingripa mot upphandlingen. För ett ingripande krävs också att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av kommunens förfarande.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det är den upphandlande myndigheten som identifierar sitt behov av varor eller tjänster som myndigheten avser att upphandla. Utifrån detta behov har den upphandlande myndigheten stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Innehållet i förfrågningsunderlaget får dock inte strida mot bestämmelserna i LOU eller de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

Förvaltningsrätten konstaterar i detta sammanhang att det av bestämmelsen i 15 kap.15 a § LOU, med hänvisning till vissa bestämmelser i 11 kapitlet LOU, framgår att en leverantör vid anbudsgivningen har rätt att åberopa andra företags ekonomiska kapacitet i en upphandling under förutsättning att leverantören kan visa att den förfogar över de nödvändiga resurserna vid fullgörandet av ett kontrakt. I undantagsfall kan enligt EU-rättslig praxis en upphandlande myndighet kräva att en leverantör ensam ska ha den behövliga ekonomiska kapaciteten. Detta är dock inte aktuellt i nuvarande mål.

Frågan i målet är i första hand om skall-kravet om att anbudsgivare ska ha haft en årsomsättning om minst 40 miljoner kronor i bokslutet för år 2013 är att anse som oproportionerligt i förhållande till föremålet för kommunens upphandling. Om så bedöms vara fallet får kommunen anses ha brutit mot den grundläggande principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten har då att ta ställning till om detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Även om bolaget har kunnat samverka med andra leverantörer för att uppnå eller närma sig omsättningskravet får detta krav anses innebära en viss konkurrensbegränsning. Proportionalitetsprincipen innebär då att kravet ska vara lämpligt och effektivt i förhållande till sitt syfte, att det inte funnits ett mindre ingripande alternativ och att den nytta för kommunen som kravet medför står i rimlig proportion till konkurrensbegränsningen och den skada som denna kan komma att medföra för bolaget.

Bolaget har gjort gällande att kravet på viss omsättning inte skulle vara lämpligt och effektivt eftersom den redovisade omsättningen för vissa företag som sysslar med rivningsuppdrag delvis kan avse annan verksamhet. Det aktuella skall-kravet har emellertid formulerats på följande sätt i förfrågningsunderlaget, AFB.51 punkten 6.

Anbudsgivaren ska haft en årsomsättning om minst 40 miljoner kr i bokslut 2013 och ska ha utfört minst ett liknande rivningsuppdrag (storlek och komplexitet) de senaste 5 åren.

Eftersom omsättningskravet kombinerats med ett krav på betydande erfarenhet av just omfattande och komplicerade rivningsuppdrag torde risken för att den redovisade omsättningen inte i tillräcklig omfattning skulle avse rivningsverksamhet vara begränsad.

Förvaltningsrätten konstaterar att ett företags omsättning i och för sig inte ger någon säker information om företagets ekonomiska ställning och förmåga eller dess tekniska kapacitet. En låg omsättning torde dock innebära en relativt låg förmåga i båda avseendena. Kommunen har i förfrågningsunderlaget utförligt beskrivit omfattning av entreprenaden, de komplikationer som uppdraget är förenat med och den osäkerhet som föreligger när det gäller eventuellt tillkommande arbeten samt den tidsgräns för projektets slutförande som föreligger. Det framstår som rimligt att en leverantör behöver ha betydande ekonomisk och teknisk kapacitet för att med sä-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 9
10615-14

kerhet kunna slutföra uppdraget inom angiven tidsram. Avsevärda marginaler för att klara oförutsedda komplikationer utan nämnvärd tidsförlust torde också ligga i uppdragsgivarens intresse. Enligt förvaltningsrätten mening kan en hög omsättning utgöra en indikation på att företaget har de egenskaper som är önskvärda för uppdraget, även om det inte utgör någon garanti.

Av det sagda följer att det får anses ha varit lämpligt och effektivt i förhållande till föremålet för upphandlingen att som kvalificeringsvillkor kräva viss årlig omsättning av potentiella anbudsgivare. Frågan blir då om nivån kunde ha bestämts till ett lägre belopp än 40 miljoner kronor med samma förväntade nytta för kommunen.

Kommunen har uppgett att personer med gedigen yrkeskunskap anlitas för att uppskatta värdet av den aktuella entreprenaden och att det uppskattade värdet motiverade det uppställda kravet på årsomsättning. Kommunen har också uppgett att en marknadsanalys visade att det i branschen finns åtminstone ett tiotal bolag som har betydligt högre omsättning än 40 miljoner kronor per år. Bolaget har inte närmare angett vilken nivå som enligt dess uppfattning kunde vara rimlig med hänsyn till projektets art och omfattning. Förvaltningsrätten kan inte finna att det har framkommit uppgifter som ger stöd för att kravet på årsomsättning borde ha fastställts till ett avsevärt lägre belopp än 40 miljoner kronor. Det kan således inte anses ha visats att syftet med det aktuella skall-kravet skulle kunnat uppnås även med ett mindre ingripande krav.


Bolaget har inte uppgett vilket krav på årsomsättning bolaget självt skulle uppfylla. Bolaget har däremot framfört att det inte ens tillsammans med sedvanliga samarbetspartners skulle kunnat uppfylla det aktuella kvalificeringskravet. Av dessa uppgifter och vad bolaget i övrigt anfört får slutsatsen dras att bolaget omsättning per år inte ligger i närheten av kvalifice-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 10
10615-14

ringskravets nivå. Även vid bedömningen att det vore tillräckligt med hänsyn till föremålet för upphandlingen att kravet på årsomsättning hade fastställts till ett betydligt lägre belopp får det då antas att bolaget ändå inte skulle ha uppfyllt heller det kravet. Bolaget kan därmed inte anses ha visat att det lidit eller kan komma att lida skada av att kommunen bestämt det aktuella kvalificeringskravet till 40 miljoner kronor. Därtill kommer att bolaget från formell synpunkt inte varit förhindrat att samarbeta med andra företag för att uppfylla kravet på viss årsomsättning för år 2013.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det i målet inte har visats att det uppställda kravet om att en leverantör ska ha haft en omsättning om minst 40 miljoner kronor för år 2013 strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i samma lag. Förvaltningsrätten anser också att bolaget inte har visat att det lidit eller kan komma att lida skada även om kravet på årsomsättning kunnat sänkas i viss mån, dvs. till en lägre men rimlig nivå. Förutsättningar för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Per Olofsson.



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 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.