



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2010-10-11
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
16452-10 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

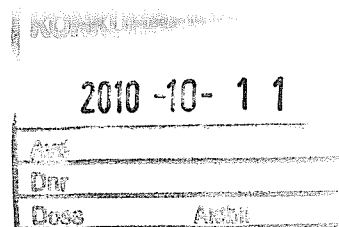
NordIQ Göteborg AB, 556576-6622
Södra Saltsjönäsvägen 31
421 66 Västra Frölunda

MOTPART

Göteborg Energi AB, 556362-6794
Att: Per-Ove Jonsson
Box 53
401 20 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster (LUFSS)

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår NordIQ Göteborg AB:s ansökan.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****BAKGRUND**

Göteborg Energi AB (Göteborg Energi) genomför en upphandling av samarbetsavtal avseende fjärrvärmecentraler (Dnr 10-0072). Upphandlingen genomförs som ett selektivt förfarande. Göteborg Energi har valt att bjuda in tre leverantörer ur kvalificeringssystemet Sellihca att lämna anbud i upphandlingen. NordIQ Göteborg AB är inte en av dessa leverantörer.

YRKANDEN M.M.

NordIQ Göteborg AB (bolaget) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. Bolaget yrkar även att upphandlingen inte får avslutas innan domstolens prövning har skett.

Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Förvaltningsrätten i Göteborg beslutade i dom den 31 mars 2010 i mål nr 9555--56-10 att Göteborg Energi AB skulle göra om upphandlingen av samarbetsavtal avseende fjärrvärmecentraler (ref nr 09-0038).

Göteborg Energi genomför nu en ny upphandling där upphandlingsförfarandet ändrats från förhandlat till selektivt förfarande. Därvid har Göteborg Energi valt ut ett antal leverantörer ur kvalificeringssystemet Sellihca. Enligt Göteborg Energi klarade bolaget samtliga kvalificeringskrav utom kravet på omsättning om 50 MSEK.

Kvalificeringsprocessen och upphandlingen har inte annonserats utan Göteborg Energi har valt ut leverantörer utan offentlig kännedom för marknaden i strid med principerna om offentlighet och transparens.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**DOM**

Göteborg Energi har använt urvalskriterier för leverantör som inte överensstämmer med förfrågans innehåll och omfattning och därigenom kraftigt åsidosatt principerna om proportionalitet, transparens och goda konkurrensvillkor.

Göteborg Energis sätt att genomföra upphandlingen ökar inte konkurrensen utan medför istället att konkurrensen kraftigt åsidosätts. Göteborg Energi ger även uttryck för en förutfattad mening om bolagets förmåga att konkurrera och hindrat bolaget att lämna konkurrenskraftiga anbud i samtliga genomförda upphandlingsomgångar genom att inte ha transparenta krav.

I den senaste upphandlingsomgången ger Göteborg Energi tydligt uttryck för förutfattade meningar om leverantörer och tar sig rätten att godtyckligt utesluta leverantörer med lämpliga förutsättningar, prekvalificera den leverantör som av Göteborg Energi rankades högst i den på grund av bristande transparens underkända upphandlingen samt genom att välja ut endast två ytterligare leverantörer som inte visat intresse för upphandlingen tidigare, inte är verksamma på den svenska marknaden och knappast kan anses lämpliga för upphandlingen med tanke på dess innehåll och omfattning.

Göteborg Energis förfarande missgynnar starkt fri konkurrens, med tanke på det ringa antalet anbud och inbjudna leverantörer, och pekar otillbörligt ut och gynnar endast en leverantör.

Det finns i själva verket en mängd lämpliga leverantörer av vilka flera lämnat anbud i tidigare faser och andra som tillkommit senare. Alla anbudsgivare måste förlita sig på samarbete eftersom ingen leverantör ensam erbjuder både tillverkning av efterfrågade produkter och installationer/entreprenader.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Ett samarbete mellan bolaget och Infratek Sverige AB (> 50 MSEK) samt eventuellt även med KVM Conheat skulle utgöra ett mycket konkurrenskraftigt och för Göteborg Energi attraktivt alternativ. Detta förutsätter givetvis att upphandlingen har transparenta och relevanta krav.

Infratek får anses lämplig som anbudsgivare med närvaro på den aktuella marknaden och på alla andra sätt lämpliga egenskaper samt tillgänglighet i kvalificeringsverktyget som använts av Göteborg Energi. Göteborg Energi har dock med sina kriterier av för bolaget obegripliga skäl sållat fram tre leverantörer varav två knappast klarar eller ens är intresserade av upphandlingen när marknaden har flera mycket lämpliga och kompetenta leverantörer.

Infratek som lätt klarar kraven har – felaktigt – inte valts ut att lämna anbud trots att de tillsammans med underleverantörer som exempelvis bolaget väl motsvarar förfrågans krav på innehåll och omfång. Eftersom bolaget i den uppkomna situationen inte på något sätt kan lämna anbud drabbas det av skada till följd av uteblivna leveranser av undercentraler under 7 år.

Därutöver har bolaget lidit stor skada genom att inte ha blivit informerade om att upphandlingen pågår och därigenom gått miste om möjligheten att granska om upphandlingen går rätt till.

Göteborg Energi AB bestrider bifall till bolagets yrkande om upphandlingen ska rättas alternativt göras om. Göteborg Energi bestrider även yrkandet om interimistiskt förordnade.

Göteborg Energi anför till stöd för sin talan i huvudsak följande.

Upphandlingen har skett helt i enlighet med LUF och bakomliggande unionsrättsliga principer. Vidare har det specificerade krav på viss årlig

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

omsättning hos leverantörerna som Göteborg Energi har ställt upp i upphandlingen inte varit i strid med LUF eller bakomliggande gemenskapsrättsliga principer. Upphandlingen har således inte genomförts i strid med LUF eller de bakomliggande unionsrättsliga principerna. Det föreligger därför inte skäl för ingripande enligt LUF.

Göteborg Energi har genomfört en upphandling av samarbetsavtal avseende fjärrvärmecentraler. Upphandlingen rör sådan verksamhet som omfattas av reglerna i LUF och har genomförts som ett selektivt förfarande.

Göteborg Energi har vid genomförandet av upphandlingen tillämpat Sellihca, som är ett sådant internetbaserat system för kvalificering av leverantörer som anges i 11 kap. 2 § LUF. Sellihca är ett väletablerat – systemet har funnits sedan 1998 – kvalificeringssystem och leverantörsregister utvecklat för att täcka upphandlingsbehov hos nordiska energibolag. Sellihca används idag av ett stort antal av de ledande energibolagen i Norge, Sverige, Finland och Danmark, bland dem Göteborg Energi.

Göteborg Energi har, i enlighet med 7 kap. 5 § LUF, genom annonser i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) meddelat att bolaget tillämpar Sellihca som kvalificeringssystem vid upphandling av nu aktuella varor och tjänster.

Bland de leverantörer som har uppfyllt kvalificeringskraven för upphandlingen enligt kvalificeringssystemet Sellihca har Göteborg Energi valt att bjuda in de tre leverantörer som den 22 juli 2010 var kvalificerade under nu aktuella i Sellihcas angivna interna produktkategorier och som haft en årsomsättning om minst 50 MSEK att lämna anbud i upphandlingen. Förfrågningsunderlaget har skickats ut till dessa tre leverantörer samma dag.

Det framgår av 7 kap. 2 och 5 §§ LUF att det är när en upphandlande enhet har upprättat och tillämpar ett särskilt kvalificeringssystem som detta ska

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

annonseras i EUT. En upphandlande enhet kan därefter utan ytterligare annonsering bjuda in leverantörer för att lämna anbud i en upphandling. Enskilda upphandlingar ska således inte annonseras separat.

Annonsering beträffande Göteborg Energis tillämpning av Sellihca som kvalificeringssystem i upphandlingar som den aktuella har skett i EUT helt i enlighet med LUF och bakomliggande unionsrättsliga principer. Det urval av leverantörer som Göteborg Energi har gjort i upphandlingen har gjorts enbart genom Sellihca.

Det har således inte förelegat skäl för Göteborg Energi att annonsera upphandlingen separat. Bolagets påstående om att kvalificeringsprocessen och upphandlingen inte har annonserats, att Göteborg Energi har selekterat leverantörer utan offentlighet eller kännedom för marknaden och att Göteborg Energi därigenom åsidosatt grundläggande principer om offentlighet och transparens saknar därför helt och hållet grund.

En upphandlande enhet har stor frihet att själv välja vilka minimikrav på en leverantörs kapacitet, t.ex. i form av ekonomisk och finansiell ställning som ska ställas i en viss upphandling. I fråga om kvalificeringskrav ska dessa hänföra sig till leverantören som sådan och dennes kapacitet för att genomföra kontraktet ifråga. Det följer av den unionsrättsliga proportionalitetsprincipen att en upphandlande enhet inte får ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven. En upphandlande enhet får alltså inte ställa högre krav på en leverantör än vad som behövs för en viss specifik upphandling.

Det framgår av Kammarrättens i Göteborg avgöranden i mål nr 4320-06 (dom av den 29 september 2006) och 6010-07 (dom av den 18 mars 2008) att det är tillåtet för en upphandlande enhet att ställa upp ett krav på en leverantörs årliga omsättning så länge ett sådant krav är grundat på objek-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 7
16452-10

tiva skäl med hänsyn bland annat till arten hos den upphandlande enhetens verksamhet och upphandlingens omfattning.

I det aktuella fallet har det funnits ett specificerat krav på leverantörernas ekonomiska och finansiella ställning, i form av ett krav på viss årlig omsättning. Kravet har varit grundat på en objektiv önskan från Göteborg Energis sida att försäkra sig om att de leverantörer som inbjuds att lämna anbud i upphandlingen också har tillräckliga ekonomiska förutsättningar att leverera föremålet för upphandlingen. Vidare har kravet tillämpats lika för alla leverantörer, utan att någon särbehandling har skett.

Värdet på det kontrakt som ska upphandlas genom upphandlingen är cirka 60-70 MSEK. Med hänsyn härtill kan ett krav på en årlig omsättning hos leverantörerna om 50 MSEK inte på något sätt anses orimligt. Mot bakgrund härav, och då det aktuella kravet måste anses ha ett naturligt samband med det som ska upphandlas, kan kravets tillämpning i det enskilda fallet inte anses strida mot någon av de grundläggande unionsrättsliga principerna.

För att ett ingripande enligt LUFSS skall komma ifråga krävs, förutom att den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUFSS, även att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav. Det åligger den förfördelade leverantören att styrka sitt påstående om att den lidit skada eller kan komma att lida skada.

Bolaget har inte närmare angivit på vilket sätt bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av Göteborg Energis val att prekvalificera leverantörer i upphandlingen genom kvalificeringssystemet Sellihca. Det är dock ostridigt i målet att bolaget inte har uppfyllt kravet avseende årsomsättning som Göteborg Energi ställt upp i upphandlingen. Det kan noteras

att bolaget har en årlig omsättning om cirka 10 MSEK. Mot bakgrund av detta hade bolaget ändå inte kunnat tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Av den anledningen kan bolaget inte anses ha visat att bolaget lidit eller riskerar att lida skada på grund av de utvärderingskriterier som Göteborg har tillämpat i upphandlingen. Ett ingripande enligt LUFSS kan därför inte heller av denna anledning komma fråga.

DOMSKÄL

Den 15 juli 2010 gjordes ett antal förändringar i LUFSS. Enligt övergångsbestämmelserna gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som påbörjats före den 15 juli 2010. Då ifrågasatt upphandling påbörjades före nämnda tidpunkt ska därför lagen i dess äldre lydelse tillämpas.

Tillämpliga bestämmelser

I 16 kap. 2 § första stycket LUFSS anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Enligt 1 kap. 24 § LUFSS ska upphandlande enheter 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.

Av 7 kap. 1 § LUFSS framgår bland annat att en upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphand-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

lingen. Enligt 2 § samma kapitel kan annonsering om upphandling ske bland annat genom annonsering om att det finns ett kvalificeringssystem enligt 5 §. Enligt 5 § ska en upphandlande enhet som upprättar ett kvalificeringssystem enligt 11 kap. 2 § i en annons upplysa om detta. Annonsen skall innehålla uppgifter om syftet med systemet och hur man kan ta del av de regler som avses i 11 kap. 3 §. Om systemet ska gälla under längre tid än tre år, skall annonsen publiceras årligen. Om det skall gälla kortare tid än tre år, är det tillräckligt med en annons i början av perioden.

Enligt 11 kap. 2 § LUF får en upphandlande enhet ha ett särskilt kvalificeringssystem för urval på förhand av leverantörer som får delta i selektivt förfarande eller förhandlat förfarande. En kvalificering får begränsas till deltagande i upphandlingar av en eller flera kategorier av byggtreprenader, varor och tjänster. Enligt 3 § samma kapitel ska den upphandlande enheten ange kriterier och regler för urval till ett kvalificeringssystem, och i den utsträckning som framgår av 10 kap. grunder för uteslutning från ett sådant system. Detta kan göras genom en hänvisning till andra företags kvalificeringssystem. I 5 § samma kapitel anges att när de kriterier och regler för kvalificering som avses i 3 § innefattar krav som rör leverantörernas ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet får en leverantör vid behov åberopa andra företags kapacitet, förmåga eller kunnande. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser under hela den period under vilken kvalificeringssystemet är giltigt. Vidare anges i 7 § att om upphandling sker med hjälp av ett kvalificeringssystem ska anbudsgivarna i ett selektivt förfarande eller deltagarna i ett förhandlat förfarande väljas ut bland de anbudssökande som kvalificerat sig enligt detta system.

Förvaltningsrätten, som prövar målet slutligt, gör följande bedömning

En upphandlande enhet som tillämpar ett kvalificeringssystem ska årligen annonsera om detta. Annonseringen ska innehålla uppgifter om vad systemet avser och hur tänkbara leverantörer kan ta del av de regler som gäller för systemet. Systemet, vars syfte är att vinna tid för de upphandlande enheterna, medger att den upphandlande enheten som står inför en upphandling därefter utan ytterligare annonsering kan bjuda in leverantörer för att lämna anbud i ett selektivt eller förhandlat förfarande. Om den upphandlande enheten valt att använda ett kvalificeringssystem kan enheten endast vända sig till de leverantörer som har kvalificerats att ingå i systemet.

Göteborg Energi har använt sig av ett sådant kvalificeringssystem som anges i LUFSS och som annonserats enligt samma regelverk. Göteborg Energi har därför utan ytterligare annonsering kunnat välja ut leverantörer som kvalificerat sig i systemet för att lämna anbud i nu aktuell upphandling. De leverantörer som genom egen ansökan kvalificerat sig i systemet, och som nu valts ut att lämna anbud, får därigenom också anses ha gett uttryck för ett intresse av att lämna anbud i upphandlingar av nu aktuellt slag. Det antal leverantörer som valts ut får därtill anses vara tillräckligt stort för att en effektiv konkurrens ska kunna uppnås. Bolagets invändningar i dessa delar utgör därför inte grund för ett ingripande enligt LUFSS.

Frågan i målet är därefter om Göteborg Energi har haft objektiva skäl för att bestämma ett omsättningskrav på 50 miljoner kr och om ett sådant krav är nödvändigt för att tillförsäkra att leverantören skall kunna fullgöra åtagandena i kontraktet.

Av den unionsrättsliga proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa större krav på leverantören än som behövs för den enskilda upphandlingen. Endast sådana krav som kan relateras till

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

leverantörens kapacitet för att genomföra kontraktet får ställas.

Med hänsyn till omfattningen av upphandlingen och behovet av att säkerställa kontinuitet och leveranssäkerhet under lång tid får det kvalificeringskrav som Göteborg Energi har ställt på leverantörs årliga omsättning anses vara grundat på objektiva skäl. På grund härav och då det ställda omsättningskravet inte heller kan anses strida mot någon av de unionsrättsliga principerna saknas grund även i denna del för ett ingripande enligt LUFSS.

En underleverantör deltar inte självständigt i en upphandling och kan därför inte betraktas som leverantör i LUFSS mening. Bolaget har därför i egenskap av underleverantör inte rätt att begära överprövning av en upphandling. Detta gäller oavsett om Infratek skulle ha valts ut att lämna anbud i upphandlingen eller inte. Det noteras att varken Infratek eller KVM Conheat, som är en de leverantörer som valts ut att lämna anbud i upphandlingen, har begärt överprövning av upphandlingen.

Det som bolaget åberopar utgör sammanfattningsvis inte sådana omständigheter som medför att Göteborg Energis upphandling står i strid med de unionsrättsliga principerna, varför bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

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



Urban Karlsson

Föredragande i målet har varit Michaël Koch.



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. 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 uppgive 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 3109/1B LOU