



KLAGANDE

Hangaren Mark & Miljö AB, 556885-7428
Box 177
952 22 Kalix

Ombud: Advokat Jerker Gramner
Advokatbyrån Kaiding Kommanditbolag
Norrmalmsvägen 2
953 34 Haparanda

MOTPART

Luleå kommun
Fritidsförvaltningen
971 85 Luleå

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

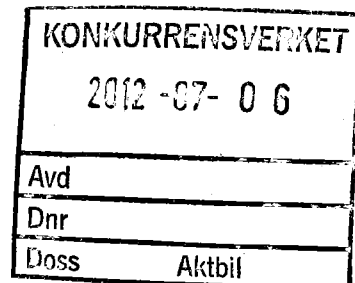
Förvaltningsrätten i Luleås dom den 7 maj 2012 i mål nr 624-12,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.



YRKANDEN M.M.

Hangaren Mark & Miljö AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Till stöd för sin talan åberopar bolaget vad som anförts tidigare med följande tillägg och förtydligande. Omsättningskravet är oproportionerligt i förhållande till uppdragets storlek och beskaffenhet. Det har därigenom obehörigen uteslutit anbudsgivare eller styrt upphandlingen mot vissa leverantörer.

Förvaltningsrätten har i sina domskäl anført att ett omsättningskrav uppgående till cirka tre gånger upphandlingens värde är relevant för att hitta en leverantör med tillräcklig stabilitet och kapacitet för att utföra uppdraget även om det uppkommer störningar under entreprenaden. Bedömningen är felaktig och avviker från praxis.

Luleå kommun (kommunen) motsätter sig bifall till överklagandet. Till stöd för sin inställning anför kommunen i huvudsak vad kommunen tidigare anført med följande tillägg och förtydliganden. Kommunen kan av det som bolaget anført inte utläsa att bolaget vid tidpunkten för anbudslämnandet har kunnat redovisa någon omsättning överhuvudtaget. Bolaget har heller inte kunnat redovisa några pågående projekt eller inneliggande order. Även om kommunen hade ställt ett beloppsmässigt lägre krav gällande omsättning hade kommunen således förkastat bolagets anbud. Överklagandet ska därför avslås även om kammarrätten skulle finna att kravet till sitt belopp inte har stått i proportion till syftet som det har avsett att säkerställa eftersom bolaget inte kan anses ha lidit skada genom det sätt som kravet har utformats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser samt relevanta förarbetsuttalanden framgår av förvaltningsrättens dom.

I målet är ostridigt att bolaget vid tiden för ingivande av anbud varken uppfyllde skall-kravet på en årsomsättning om minst 15 miljoner kr eller det alternativa kravet att istället lämna uppgift om pågående projekt eller inneliggande ordersårsomsättning med motsvarande belopp. Av handlingarna i målet framgår att anbudssumman på bolagets anbud uppgår till 4,6 mkr och för de övriga anbuden till 5,7 mkr respektive 6,1 mkr.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Kommunen har i huvudsak förklarat skall-kravet med att entreprenaden är av inte obetydlig omfattning och att kommunen i sådana fall alltid ställer krav på en årsomsättning som uppgår till två till tre gånger anbudssumman. Vidare har kommunen uppgett att kravet på viss

ekonomisk styrka är befogat med hänsyn till risken för att tvister uppkommer. Syftet med kravet får också ses mot bakgrund av att kommunen, som ett alternativ, angett att nystartade företag istället kan lämna uppgift om pågående projekt med motsvarande årsomsättning.

Bolaget har inte påstått att åtgärden inte skulle vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Däremot har bolaget gjort gällande att det, som alternativ till omsättningskravet, hade kunnat styrka sin kapacitet att fullfölja uppdraget genom referenser eller bankgarantier. Bolaget får alltså anses ha gjort gällande att det fanns ett mindre ingripande alternativ till omsättningskravet som ändå skulle tillgodose det av kommunen angivna syftet utan att begränsa anbudskonkurrensen. Frågan är här alltså om kommunen hade kunnat uppnå sitt syfte med ett mindre begränsande kvalificeringskrav och om krav på bankgaranti kan anses vara ett mindre ingripande alternativ. För det första konstaterar kammarrätten att bolaget inte preciserat av vilken omfattning bankgarantin skulle vara. Därtill kommer att en bankgaranti kan innebära stora kostnader. Mot denna bakgrund kan bolaget inte anses ha visat att syftet kunnat uppnås med ett mindre begränsande kvalificeringskrav.

Bolaget har också gjort gällande att omsättningskravet är oproportionerligt i relation till uppdragets storlek. En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en leverantörs ekonomiska kapacitet och det finns inte något hinder mot att myndigheten ställer krav på en viss omsättning. Kravet måste dock vara nödvändigt och relevant för att bedöma leverantörens kapacitet att leverera, vilket bl.a. innebär att det beloppsmässigt måste anses stå i proportion till det syfte som kravet avser att säkerställa. Alltför stränga krav på ekonomisk och finansiell kapacitet utgör ofta ett omotiverat hinder för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling. Mot denna bakgrund anges i förslaget den 20 december 2011 till Europaparlamentets och rådets direktiv om

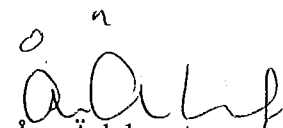
offentlig upphandling (KOM/2011/0896) att upphandlande myndigheter inte bör få lov att kräva att ekonomiska aktörer minst ska ha en omsättning som överskrider tre gånger det uppskattade kontraktsvärdet. I väl motiverade fall kan dock högre krav tillämpas. (Punkt 31). Mot denna bakgrund, med hänsyn till vad som framkommit angående den verksamhet som upphandlas samt på av förvaltningsrätten i övrigt anförda skäl, finner även kammarrätten att det beloppsmässiga kravet inte kan anses oproportionerligt.

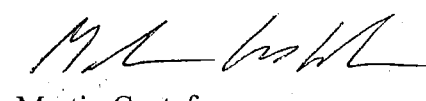
Det aktuella skall-kravet behandlar jämförbara situationer lika. Däremot kan nystartade företag missgynnas, eftersom de aldrig kan uppfylla kravet på att redovisa en viss omsättning för de två senaste räkenskapsåren. För nystartade företag har kommunen därför ställt upp ett alternativt krav enligt vilket anbudsgivarna istället kan lämna uppgift om pågående projekt eller inneliggande ordersårsomsättning med motsvarande belopp. Mot denna bakgrund, och då bolaget inte redovisat några pågående projekt eller inneliggande årsomsättning, kan bolaget inte heller anses diskriminerat.

Vid angivna förhållanden ska överklagandet avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Åsa Ärlebrant
kammarrättsråd
referent


Martin Gustafsson
tf. kammarrättsassessor

Linda Gellerstedt
kammarrättsfiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2012-05-07
Meddelad i
Luleå

Mål nr
624-12 E
D5

SÖKANDE

Hangaren Mark & Miljö AB, 556885-7428
Box 177
952 22 Kalix

Ombud: Advokat Jerker Gramner
Advokatbyrån Kaiding Kommanditbolag
Box 2
952 21 Kalix

MOTPART

Luleå kommun
Fritidsförvaltningen
971 85 Luleå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 27812

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849 971 26 Luleå	Skeppsbrogatan 41	0920-29 54 90 E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se www.dom.se	0920-29 54 98	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Luleå kommun (kommunen) har genom förenklat förfarande upphandlat ombyggnad av Björkskatans idrottsplats. Enligt tilldelningsbeslutet den 21 mars 2012 har upphandlingen tilldelats Svenska Sportsbygg AB. Hangaren Mark & Miljö AB (HMM) var en av tre anbudsgivare.

YRKANDEN M.M.

HMM har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen ska göras om, varvid omsättningskravet ska utgå så att även *HMM*:s anbud ska tillåtas delta, alternativt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett. Som grund för sin ansökan anför *HMM* i huvudsak följande. *HMM* har lidit skada genom att Luleå kommun ställt högre krav på ekonomisk ställning än vad som är rimligt för att genomföra entreprenaden. *HMM* har inte beretts tillfälle att styrka sin ekonomiska ställning på annat sätt än genom årsomsättningen och har därför som nystartat företag diskriminerats. Kommunen har därigenom brutit mot den enligt LOU grundläggande principen om proportionalitet.

Enligt förfrågningsunderlaget, AFB.31 punkt 3, ska anbudsgivare i anbudet lämna uppgift om företagets genomsnittliga årsomsättning för de två senaste verksamhetsåren. Nystartade företag kan istället ange uppgift om pågående projekt eller inneliggande orders årsomsättning istället. *HMM* har uppgett att bolaget är nystartat och att några pågående arbeten inte förelåg vid anbudets ingivande samt att totalsumman för avlämnade anbud uppgick till 31 940 000 kr.

HMM:s ställföreträdare Lars Hansson ansvarar även för verksamheten i den enskilda firman Hangarden Consulting, vars verksamhet under år 2011 omsatte cirka 11 miljoner kr. Merparten av omsättningen härrör från upp-

drag för Luleå kommun liknande det av upphandlingen omfattande. Lars Hansson har således goda referenser inom kommunen. Den förväntade omsättningen uppgår till 15-20 miljoner och bedömningen baseras på den verksamhet som bedrivits i den enskilda firman, lämnade offerter och det allmänna marknadsläget. HMM har således haft goda möjligheter att styrka bolagets lämplighet för uppdraget på annat sätt än genom historisk omsättning om bolaget beretts tillfälle därtill.

Omsättningskravet är oproportionerligt i förhållande till uppdragets storlek och beskaffenhet i övrigt samt förefaller inte objektivt fastställt. Det är vidare för högt relaterat till budgeterad kostnad för entreprenaden och erhållna anbud. Det är dessutom fråga om en ombyggnad av en idrottsanläggning som till sin karaktär inte ställer extra stora krav på entreprenören med hänsyn till konsekvenserna av ett inte uppfyllt uppdrag.

Även om det enligt gällande rätt är tillåtet att ställa omsättningskrav vid upphandlingar är det ett relativt dåligt mått på anbudsgivarens förmåga att fullfölja uppdraget. Kraven måste stå i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Större vikt borde läggas vid de referenser som kan entreprenören kan lämna. I detta fall har dock HMM varken getts tillfälle till att som alternativ till omsättningskravet styrka sin kapacitet genom referenser eller bankgarantier. Det ställda omsättningskravet har därför orättvis uteslutet anbudsgivare som i övrigt uppfyller kvalifikationskraven för uppdraget både vad avser teknisk förmåga och kapacitet samt finansiella möjligheter. HMM har därför som nystartat företag diskriminerats av det ställda oproportionerliga omsättningskravet. Till ansökan har HMM bifogat en referenslista avseende senast utförda arbeten under ledning av Lars Hansson.

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan och i huvudsak anfört följande. I förfrågningsunderlaget, AFB.31 punkten 3, anges att anbudsgivare ska lämna uppgift om företagets genomsnittliga årsomsättning för de två

senaste verksamhetsåren. För nystartade företag kan uppgift om pågående projekt samt/eller inneliggande orderårsomsättning lämnas istället. HMM har i sitt anbud uppgett att "Företaget är nystartat under mars 2012 och har därför inga pågående objekt eller inneliggande order att redovisa för närvarande. Värdet på avlämnade anbud uppgår till 31 940 000:-". Uppgifter om värdet på anbudsgivares avlämnade anbud har inte efterfrågats. Inte heller har uppgift om omsättning i någon annan verksamhet efterfrågats. Då HMM inte lämnat uppgift vare sig om omsättning, pågående projekt eller inneliggande order har anbudet förkastats helt i enlighet med de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget.

För entreprenader som inte är av obetydlig omfattning, dvs. entreprenader som pågår under mer än en till två månaders tid, ställs enligt sedan länge etablerad branschpraxis oftast krav på omsättning, som ligger i storleksordningen två till tre gånger anbudssummans storlek. Det nu aktuella kravet ligger på den nivån. Ett krav på viss ekonomisk styrka av någon omfattning, vilket här är fråga om, är befogat inte minst eftersom det inte är ovanligt att tvister uppkommer mellan beställare och entreprenörer, inte sällan om vilka arbeten som omfattas av kontraktet och det pris som avtalats, och att entreprenaden därför drar ut på tiden med de kostnader detta för med sig för bägge parter. Finns inte en viss ekonomisk styrka hos entreprenören riskerar denne att inte kunna fullfölja uppdraget. Kommunen anser därför att det krav som ställts i aktuell upphandling är motiverat och att det uppgår till ett längre belopp än vad som kan anses vara oproportionerligt.

HMM har härefter ifrågasatt om den praxis som kommunen hänvisar till är lagligen grundad. I den rättspraxis där omsättningskravets storlek och relevans har prövats har omsättningskravet uppgått till en bråkdel relaterat till anbudssumman. HMM hänvisar till ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg, mål 4320-06, där domstolen ansett att ett omsättningskrav om

tio miljoner kronor relaterat till en upphandling på 50-55 miljoner kronor var relevant. Även i rättsfall där anbudssumman varit lägre har omsättningskravet endast uppgått till en del av anbudssumman i motsats till kommunens påstående om att ett omsättningskrav om två till tre gånger anbudssumman kan anses vara motiverat.

HMM vidhåller vidare att omsättningskravet inte är relevant för att bedöma anbudsgivarnas kapacitet att fullfölja avtalet. Det aktuella uppdraget är till sin karaktär inte sådant att konsekvenserna av ett inte fullföljt uppdrag blir särskilt kännbara. Med hänsyn till detta och övriga omständigheter rörande uppdraget är ett omsättningskrav inte motiverat.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 och ekonomiska ställning.

Av den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav på en leverantör än som erfordras för den enskilda upphandlingen. Endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet för att genomföra kontraktet får ställas. Detta anses bl. a. innebära att en upphandlande enhet har rätt att ställa upp ett omsättningskrav (jfr Kammarrätten i Göteborgs domar den 29 september 2006 i mål nr 4320-06 och den 18 mars 2008 i mål nr 6010-07).

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen ställt som ska-krav att anbudsgivare ska lämna uppgift om företagets genomsnittliga årsomsättning för de två senaste verksamhetsåren och att årsomsättningen ska uppgå till minst 15 miljoner kr samt för det fall att anbudsgivaren är ett nystartat företag får företaget istället lämna uppgift om pågående projekt samt/eller inneliggande orderårsomsättning.

I målet är ostridigt att HMM inte lämnat någon uppgift som visar att företaget haft en genomsnittlig årsomsättning om minst 15 miljoner kr. HMM har därmed inte uppfyllt det av kommunen i första hand efterfrågade kravet på omsättning.

Då HMM invänt mot att kommunen ställt krav på omsättning i den aktuella upphandlingen är den första frågan i målet om kommunen haft objektiva skäl för att ställa ett omsättningskrav och om ett sådant krav är nödvändigt för att tillförsäkra att leverantören ska kunna fullgöra åtagandena i kontraktet.

Kommunen har i sitt yttrande angett att kravet på viss ekonomisk styrka av någon omfattning är befogat eftersom det inte är ovanligt att tvister kan uppkomma mellan beställare och entreprenörer. Det kan gälla vilka arbeten som omfattas av kontraktet och det pris som avtalats. Entreprenaden kan därför dra ut på tiden med de kostnader detta för med sig för bägge parter. Finns då inte en viss ekonomisk styrka hos entreprenören riskerar denne att inte kunna fullfölja uppdraget.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av vad kommunen anfört att ett skalkrav på en viss omsättning är relevant i den aktuella upphandlingen och att det även är grundat på objektiva skäl. Ett krav på omsättning i nu aktuell upphandling kan därför inte anses stå i strid med den grundläggande principen om proportionalitet. Skäl för ingripande enligt LOU av den anledningen att kommunen ställt ett omsättningskrav föreligger därför inte.

Nästa fråga som uppkommer är om kravet även beloppsmässigt står i proportion till det syfte som kravet avser att säkerställa.

Av inlämnade anbud framgår att värdet på det aktuella kontraktet är cirka 5-6 miljoner kronor. Förvaltningsrätten gör där, med hänsyn till värdet av upphandlingen men också mot bakgrund av vad kommunen anfört om angelägenheten att finna en leverantör med sådan stabilitet och kapacitet att entreprenaden kan komma att genomföras även om det uppkommer störningar under genomförandet av entreprenaden, den bedömningen att inte heller det beloppsmässiga kravet kan anses strida mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

HMM har även gjort gällande att kommunen diskriminerat nystartade företag genom att sätta ett omsättningskrav. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att kommunen, genom sitt alternativa skalkrav, gjort det möjligt för nystartade företag att delta i upphandlingen. En förutsättning är dock,

enligt det ställda ska-kravet, att det nystartade företaget lämnar uppgift om pågående projekt samt/eller inneliggande orderårsomsättning.

Förvaltningsrätten konstaterar därvid att HMM, som uppenbarligen är ett nystartat företag, inte nödvändigtvis behövt redovisa en årsomsättning på minst 15 miljoner kr utan kunnat komma vidare i utvärderingen genom att istället uppfylla det alternativa ska-krav som kommunen ställt för nystartade företag. HMM har dock i sitt anbud varken lämnat uppgift om pågående projekt eller inneliggande order och har därmed inte heller uppfyllt det alternativa ska-kravet. Därmed har, enligt förvaltningsrättens mening, kommunen haft rätt att förkasta HMM:s anbud.

Av de omständigheter som HMM anfört kan således förvaltningsrätten sammanfattningsvis inte finna att kommunen brutit mot LOU eller unionsrätten. Skäl för ingripande enligt 16 kap. LOU föreligger därför inte. Bolagets ansökan om överprövning ska följaktligen avslås.

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


Britt Dahlin

Förvaltningsrätten erinrar om den så kallade tiodagarsfristen i 16 kap. 10 § LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.