

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2016-04-29
Meddelad i
StockholmMål nr
28112-15**SÖKANDE****MOTPART**
Region Gotland
621 81 Visby**SAKEN**
Offentlig upphandling**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 693515

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt**Telefax**

08-561 680 01

Expeditionstidmåndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Region Gotland genomför en upphandling avseende ett särskilt boende i Visby, dnr TN2015/2387. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut och upphandlingsprotokoll daterat den 14 december 2015 framgår att Region Gotland avser att tilldela Svenska Vårdfastigheter AB kontrakt och att [REDACTED] anbud inte gick vidare till utvärdering då [REDACTED] inte uppfyller kravet på ekonomisk ställning och inte heller har åberopat något annat företags ekonomiska kapacitet.

[REDACTED] ansöker om överprövning av upphandlingen samt yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Svenska Vårdfastigheter AB:s anbud ska förkastas. Till stöd för sin talan anför [REDACTED] bl.a. följande. Om [REDACTED] anbud hade utvärderats hade det eventuellt antagits och [REDACTED] har således riskerat att lida skada.

Förfrågningsunderlaget är otydligt utformat. Detta hänger ihop med den besynnerliga affärskonstruktion som Region Gotland har valt. Region Gotland upphandlar en totalentreprenad som Region Gotland inte ska köpa eller betala för, utan i stället hyra den färdiga slutprodukten under 25 år. Det valda upplägget gör upphandlingsresonemangen konstruerade och leder till att förfrågningsunderlaget är omöjligt att följa. Flera har ställt frågor under upphandlingens gång för att försöka få klarhet men Region Gotland har endast hänvisat till förfrågningsunderlaget.

Under AFB.52, Krav 3. Ekonomisk ställning i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare ska uppfylla krav på att uppnå en riskklass om lägst tre enligt kreditmarknadsinstitutet Upplysningscentralen AB (UC) samt inneha

en årsomsättning under de två senaste fastställda räkenskapsåren som är minst 50 000 000 kr för vardera år.

Det anges inte tydligt och konsekvent i förfrågningsunderlaget hur brister avseende årsomsättning läks. Det framgår inte vilka formella underlag som ska styrka uppgifterna om årsomsättning, vilket är ett formkrav enligt 11 kap. 8 § LOU. Det framgår inte heller hur Region Gotland resonerar kring genomförandetid vid bistånd med ekonomisk kapacitet. Det är inte klarlagt om Region Gotland menar att upphandlingens genomförandetid omfattar tiden för entreprenaden eller om genomförandetiden omfattar också hela det efterföljande hyresförhållandet om 25 år. Det har således inte gått att förutse hur Region Gotland ska hantera frågan om årsomsättning i den aktuella upphandlingen varför den grundläggande principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU inte har följts.

Det är dessutom rimligt att göra en så extensiv tolkning av förfrågningsunderlaget som möjligt, vilket ger vid handen att bistånd med ekonomisk kapacitet ska grundas på samarbetsavtal baserat på en genomförandetid om minst 25 år. Krav på så långa samarbetsavtal blir ett oöverstigit hinder för den anbudsgivare som inte når upp till det väldigt höga omsättningskravet från början. Genom utformningen av kravet på ekonomisk ställning har alla leverantörer inte kunnat lämna anbud på ett likvärdigt sätt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 februari 2011 i mål nr 5970-10). Utformningen av det aktuella kravet är därför inte förenligt med lagstiftningens krav på lika-behandling och icke diskriminering.

Omsättningskravet är varken proportionerligt eller icke-diskriminerande (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 5 juli 2012 i mål nr 1105-12). I Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (punkt 83 i den inledande motiveringen) står bl.a. att krav avseende minimiömsätt-

ning ska stå i proportion till kontraktsföremålet samt att kravet normalt inte bör överskrida två gånger det uppskattade kontraktsvärdet.

Region Gotland har varit ovarsam i sitt val av affärskonstruktion och hantering av den valda affärskonstruktionen. LOU är tillämplig på byggentreprenader men inte på hyresavtal. I den aktuella upphandlingen upphandlas i princip ett hyreskontrakt avseende en fastighet som ännu ska uppföras, till viss del enligt Region Gotlands specifikation, på mark som i dagsläget ägs av Region Gotland. Det kan mycket väl vara så att LOU ändå ska tillämpas när Region Gotland beslutat att söka täcka sitt behov av särskilt boende på det sätt som valts. Det är dock inte en konstruktion och situation som hafts i åtanke när LOU skrevs. Det ställer stora krav på den upphandlande parten vad gäller eftertanke, tydlighet, planering och transparens för att säkerställa att alla förstår hur det reguljära regelverket är tänkt att fungera i en irreguljär tillämpning. [REDACTED] har inte kunnat följa Region Gotlands resonemang fullt ut eftersom Region Gotland rört till begreppen. Det har lett till att [REDACTED] gjort affärsmässiga bedömningar som eventuellt skiljer sig från de bedömningar andra anbudsgivare gjort, vilket kan bero på att andra anbudsgivare gissat mer rätt i förhållande till vad Region Gotland avsett men inte uttalat i förfrågningsunderlaget. Således kan [REDACTED] ha lidit skada då [REDACTED] inte kunnat konkurrera på lika villkor. Förfrågningsunderlagets struktur gör det omöjligt att förutse vad Region Gotland tillmäter betydelse i upphandlingen, vilket står i strid med principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens.

[REDACTED] uppfyller ska-kravet avseende årsomsättning tillsammans med sina kontrakterade underentreprenörer. Det har dock inte gått att utläsa ur förfrågningsunderlaget vilka eventuella tilläggsnoteringar Region Gotland önskat i underentreprenörslistan för att underentreprenörernas ekonomiska kapacitet ska räknas med.

Bristen i upphandlingen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen måste göras om.

I andra hand görs gällande att vinnande anbudsgivare, Svenska Vårdfastigheter AB, inte uppfyller ska-kravet avseende årsomsättning. Vinnande anbudsgivaren har inte en årsomsättning motsvarande 50 000 000 kr de senaste två åren och måste således ha lyckats förvärva bistånd med ekonomisk kapacitet inom ramen för förfrågningsunderlaget på ett sätt som Region Gotland har accepterat. Svenska Vårdfastigheter AB har inte heller ett samarbetsavtal som sträcker sig över minst 25 år varför deras anbud också borde ha förkastats. Förvaltningsrätten bör rätta upphandlingen på motsvarande vis.

Region Gotland anser att ansökan om överprövning ska avslås och bestrider vad [REDACTED] har anfört. Som grund för bestridandet anför Region Gotland att upphandlingen har skett i enlighet med LOU inklusive samtliga grundläggande principer i 1 kap. 9 § samma lag. Region Gotland har således inte brutit mot LOU och [REDACTED] kan därmed inte lida eller riskera att lida skada. Till stöd för sin inställning anför Region Gotland vidare bl.a. följande.

Det är inte riktigt att [REDACTED] anbud eventuellt hade antagits om anbudet hade utvärderats. Anbudet hade som bäst hamnat på andra plats och [REDACTED] hade därmed inte tilldelats kontrakt. [REDACTED] har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada.

Att låta en entreprenör genom en totalentreprenad uppföra ett särskilt boende och sedan hyra ut boendet till Region Gotland under 25 år strider inte mot LOU.

Förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt och klart utformat. Region Gotland har därför som svar på de flesta frågorna i upphandlingen enbart behövt hänvisa till skrivningar i förfrågningsunderlaget. Några frågor avseende Region Gotlands "besynnerliga affärsupplägg" har däremot inte ställts.

Kravet avseende årsomsättning under AFB.52, Krav 3. Ekonomisk ställning är tillräckligt tydligt och konsekvent utformat samt uppfyller de grundläggande kraven på förutsägbarhet och transparens. Av kravet framgår att anbudsgivaren ska ha en årsomsättning under de två senaste fastställda räkenskapsåren som är minst 50 000 000 kr för vardera. [REDACTED] har inte har en årsomsättning om minst 50 000 000 kr för vardera år och uppfyller därför inte kravet.

[REDACTED] har i enlighet med förfrågningsunderlaget kunnat åberopa andra företags ekonomiska kapacitet för att uppfylla kravet på årsomsättning (AFB.52, Krav 3. Ekonomisk ställning samt AFB.52, Krav 1. Allmänna uppgifter, 1.2 Underentreprenör/-er). Förfrågningsunderlaget uppfyller även i denna del de grundläggande kraven på förutsägbarhet och transparens i enlighet med LOU. Möjligheten att åberopa andra företags ekonomiska kapacitet för att uppfylla kravet på årsomsättning framgår även av frågor och svar som publicerats i Tendsign. [REDACTED] har inte åberopat något annat företags ekonomiska kapacitet och uppfyller därmed inte heller på denna grund kravet avseende årsomsättning. Region Gotland har inte krävt att anbudsgivaren ska skicka in några formella underlag för att visa att kravet avseende årsomsättning är uppfyllt. Tvärtom framgår det klart och tydligt att Region Gotland själv kontrollerar huruvida anbudsgivaren uppfyller kravet avseende årsomsättning och att någon särskild dokumentation, intyg eller liknande inte behöver bifogas anbudet.

Det framgår klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att upphandlingens genomförandetid omfattar tiden för hyresförhållandet, dvs. 25 år. Förfrågningsunderlaget är därför transparent och förutsägbart även i denna del.

Det bestrids att kravet avseende ekonomisk ställning är utformat på ett sådant sätt att alla leverantörer inte kunnat lämna anbud på likvärdigt sätt. Tvärtom har Region Gotland vid utformningen av förfrågningsunderlaget, och inte minst kravet på ekonomisk ställning, på ett flertal sätt försökt underlätta även för små och medelstora företag i upphandlingen. En anbudsgivare har haft möjlighet att fullgöra ställt ekonomiskt kapacitetskrav genom att åberopa andra företags ekonomiska kapacitet eller gå ihop med ett eller flera andra fristående företag och lämna anbud i grupp. Det bestrids att kravet avseende ekonomisk ställning skulle vara utformat i strid mot de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Det bestrids också att kravet är oproportionerligt. Kravet är uppställt mot bakgrund av att upphandlingen rör ett särskilt boende där äldre människor med behov av vård och omsorg ska bo och leva samt att Region Gotland måste säkerställa att antagen entreprenör kan upprätthålla de höga krav på stabilitet, kvalitet och säkerhet som krävs. Kontraktets värde beräknas uppgå till 213 000 000 – 185 625 000 kr. Bakgrunden till omsättningskravet är att Region Gotland måste säkerställa att det nya särskilda boendet uppfyller de krav som man både bör och är skyldig att ställa på ett särskilt boende. Kravet är lämpligt, effektivt och nödvändigt för att uppnå syftet med kravet. Upphandlingen är komplex och omfattar en helhetslösning. Region Gotland måste uppställa krav som säkerställer att antagen entreprenör, inte minst mot den verksamhet som ska bedrivas, ska upprätthålla de höga krav på stabilitet, kvalitet och säkerhet som krävs vid utförandet av åtagandet under en lång tid framöver. Av praxis och EU-direktiv framgår att upphandlande myndigheter bör ha rätt att kräva att anbudsgivaren minst ska ha en årsomsättning som uppgår till två gånger det uppskattade kontraktsvärdet. I väl

motiverade fall kan även högre krav tillämpas. Det aktuella kravet är långt mycket lägre och kan inte anses oproportionerligt. Även om förvaltningsrätten mot förmodan skulle anse att kontraktsvärdet ska beräknas utan beaktande av hyresförhållandet under 25 år, uppskattas kontraktsvärdet i vart fall till minst 25 000 000 kr. Även på denna grund är således det aktuella omsättningskravet beloppsmässigt proportionerligt och i enlighet med de grundläggande principerna och rådande praxis.

LOU är tillämplig på upphandlingen eftersom kontraktet omfattas av definitionen av byggtrepreneurkontrakt i 2 kap. 3 § LOU. Undantaget i 1 kap. 6 § LOU är inte tillämpligt eftersom byggnaden inte fanns när upphandlingen påbörjades.

Svenska Vårdfastigheter AB uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen. Det är riktigt att inte Svenska Vårdfastigheter AB själv innehar en årsomsättning som motsvarar uppställt krav. Svenska Vårdfastigheter AB har därför, i enlighet med förfrågningsunderlagets uppställda krav, åberopat annat företags kapacitet. I anbudet anges att Svenska Vårdfastigheter AB åberopar PEAB Sverige AB:s ekonomiska kapacitet. Peab Sverige AB har en årsomsättning om minst 50 000 000 kr de två senaste räkenskapsåren. Någon skyldighet för Svenska Vårdfastigheter AB att redan i anbudet inkomma med ytterligare underlag som visar att PEAB Sverige AB ställer åberopad kapacitet till förfogande föreligger inte. Det finns inget krav i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivaren ska bifoga dokumentation eller åtagande avseende underentreprenören. Region Gotland har inte agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att kvalificera och utvärdera Svenska Vårdfastigheter AB:s anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Som huvudprincip gäller att det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att den upphandlande myndigheten har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

██████████ har inte kvalificerat sig till utvärdering på grund bristande uppfyllelse av krav på viss årsomsättning. ██████████ har anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt utformat samt brister i transparens, förutsebarhet och likabehandling. Vidare har ██████████ anfört att kravet avseende årsomsättning står i strid med principerna om proportionalitet, icke-diskriminering, likabehandling och transparens.

Under AFB.52, Krav 3. Ekonomisk ställning anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren skall ha en stabil ekonomisk ställning så att denne med bibehållen kvalitet kan fullgöra uppdraget. Kravet är uppfyllt om anbudsgivaren uppfyller följande:

(...)

- Innehar en årsomsättning under de två (2) senaste fastställda räkenskapsåren som är minst 50 000 000 SEK för vardera år.

(...)

För uppfyllandet av kravet på ekonomisk ställning kan anbudsgivaren även åberopa andra företags ekonomiska kapacitet. Företaget i fråga redovisas som underentreprenör, se punkt 1.2 Underentreprenör/-er. Anbudsgivare som åberopar andra företags ekonomiska kapacitet skall genom bindande samarbetsavtal eller liknande förfoga över åberopad kapacitet för det fall beslut om att kontrakt avses ingås med anbudsgivaren fattas. Åtagandet skall vara undertecknat av behörig företrädare för företaget vars kapacitet åberopas och vara kopplat till fullgörande av åtagande enligt denna upphandling och vara giltigt under hela genomförandetiden. Anbudsgivaren skall på Beställarens begäran

uppvisa dokumentation som visar att anbudsgivande företag förfogar över åberopad kapacitet. Dokumentationen, tillika åtagandet, behöver inte bifogas anbudet.

Upphandlingen medför att byggnadsverk realiseras enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Den avser därmed ett byggtrepreneurkontrakt enligt definitionen i 2 kap. 3 § LOU. Enligt förvaltningsrättens bedömning får genomförandetiden för upphandlingen anses vara 25 år, eftersom det är den tid som Region Gotland ska hyra det särskilda boendet av vinnande anbudsgivare. Region Gotland har anfört att kontraktsvärdet utifrån denna genomförandetid bör beräknas till 213 000 000 185 625 000 kr, vilket inte har ifrågasatts av [REDACTED]. Region Gotland har vidare anfört att omsättningskravet har ställts på grund av att upphandlingen rör ett särskilt boende för äldre människor med behov av vård och omsorg samt att Region Gotland måste säkerställa att antagen entreprenör kan upprätthålla de höga krav på stabilitet, kvalitet och säkerhet som krävs. Kravet på en årsomsättning om minst 50 000 000 kr per år under de senaste två fastställda räkenskapsåren kan mot denna bakgrund, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses oproportionerligt (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls avgöranden i mål 1105-12 och 1106-12 samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU).

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare som åberopar andra företags ekonomiska kapacitet genom bindande samarbetsavtal ska förfoga över åberopad kapacitet för det fall beslut om att teckna kontrakt fattas. Åtagandet ska avse hela genomförandetiden. Anbudsgivaren ska på beställarens begäran uppvisa dokumentation som visar att anbudsgivaren förfogar över åberopad kapacitet. Åtagandet behöver inte bifogas anbudet. Vad [REDACTED] [REDACTED] anfört om att det inte framgår hur brister avseende årsomsättning läks eller vilka formella underlag som ska styrka uppgifterna om årsomsättning visar därför inte att kravet står i strid med principerna om likabehandling eller icke-diskriminering. Vidare kan kravet inte anses stå i strid med

principen om transparens eftersom det tillräckligt tydligt framgår att åtagandet ska avse genomförandetiden. Mot bakgrund av vad Region Gotland anfört om krav på stabilitet, kvalitet och säkerhet m.m., kan kravet på att åtagandet ska avse hela genomförandetiden inte heller anses oproportionerligt. Det är inte heller visat att det står i strid med principerna om likabehandling eller icke-diskriminering.

██████████ har vidare gjort gällande att kravet avseende årsomsättning uppfylls tillsammans med kontrakterade underentreprenörer. ██████████ har dock inte i sitt anbud åberopat något annat företags ekonomiska kapacitet och kan därför, enligt förvaltningsrättens mening, inte härigenom anses uppfylla kravet.

██████████ har även gjort gällande att vinnande anbudsgivare Svenska Vårdfastigheter AB inte uppfyller kravet avseende årsomsättning. Av anbudet från Svenska Vårdfastigheter AB framgår att bolaget har åberopat PEAB Sverige AB:s ekonomiska kapacitet för att uppfylla kravet. Region Gotland har anfört att PEAB Sverige AB uppfyller kravet på årsomsättning, vilket inte har ifrågasatts av ██████████. Av åtagande från PEAB Sverige AB framgår att det omfattar fullgörandet av det avtal som Region Gotland kan komma att tilldela med anledning av upphandlingen. Kravet avseende årsomsättning får därmed anses uppfyllt av Svenska Vårdfastigheter AB.

Förvaltningsrätten finner att ██████████ inte, genom ovan anförda eller i övrigt, har visat att Region Gotland har agerat i strid med LOU. ██████████
██████████ ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Anneli Berglund Creutz

Rådman

Daniel Ekwall har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.