



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2011-11-30
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1751-11 E
D5

SÖKANDE

Sweden Green Energy AB, 556669-3114
Box 2035
800 02 Gävle

Ombud: Advokat Kristian Ahlberg
Advokatbyrån Granit AB
Kronhusgatan 7
411 05 Göteborg

MOTPART

Luleå kommun
Tekniska Förvaltningen
Midgårdsvägen 19
971 85 Luleå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-12-01	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 21716

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 41

Telefon
0920-29 54 90

E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-29 54 98

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Luleå kommun (kommunen) har genom förenklad upphandling upphandlat en totalentreprenad beträffande anläggning för fordonsgas. Enligt tilldelningsbeslutet den 19 augusti 2011 har upphandlingen tilldelats Malmberg Water AB. Sweden Green Energy AB (SWGTE) var en av fem anbudsgivare.

YRKANDEN M.M.

SWGTE har ansökt om överprövning och yrkat i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att *SWGTE* inte ska förkastas. I andra hand yrkar *SWGTE* att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin ansökan anför *SWGTE* i huvudsak följande. Kommunen har ställt som skall-krav att anbudsgivare ska ha en minsta omsättning om 50 miljoner kronor för det senaste räkenskapsåret eller motsvarande belopp i genomsnittlig omsättning de två senaste räkenskapsåren. *SWGTE*:s anbud har förkastats då bolaget inte lyckats redovisa den av kommunen efterfrågade omsättningen. Eftersom det är fråga om en upphandling under tröskelvärden är visserligen inte reglerna i 11 kap. LOU tillämpliga men den upphandlande enheten måste likväl vid upphandling under tröskelvärdena efterfölja de grundläggande EG-rättsliga principerna vid utformande av sina kvalificeringskrav. Av förarbetena till LOU framgår att krav inte får utformas så att kraven på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt. Vidare följer av proportionalitetsprincipen att den upphandlande enheten inte får ställa mer långsgående krav på anbudsgivare än vad som är nödvändigt för den enskilda upphandlingen. Kraven måste stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Krav på viss omsättning ska således endast uppställas under förutsättning av att kravet är nödvändigt och relevant för bedömningen av anbudsgivarens kapacitet. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att uppställda krav är rele-

vanta och proportionerliga. Det omsättningskrav som kommunen ställt som skall-krav är med beaktande av upphandlingens art, omfattning och värde inte proportionerligt. Kommunen har satt ett alltför långtgående krav på anbudsgivarna. Skall-kravet är inte heller proportionerligt i förhållande till omsättningen inom relevant upphandlingsområde. En anbudsgivare måste därför ha någon form av annan verksamhetsgren, irrelevant för upphandlingsområdet, för att uppfylla det krav som kommunen ställt. Kommunens skall-krav utestänger på ett effektivt sätt små och medelstora företag från att kvalificera sig i upphandlingen. Konkurrensverket har särskilt uttalat att ett företags omsättning inte alltid är ett mått på att leverantören har kapacitet att leverera utan att det många gånger är lämpligare att ta del av leverantörens balansräkning. Det ska vidare beaktas att det inte är ovanligt att små och relativt nystartade teknikföretag går i bräsch vid utvecklandet av ny miljöteknik. Sådana företag har sällan möjlighet att uppnå en omsättning på den nivå som kommunen fastställt som skall-krav. En inte obetydlig risk föreligger därmed att det uppställda skall-kravet effektivt ser till att den miljömässigt bästa tekniken inte kommer att utnyttjas för att uppnå syftet med upphandlingen, nämligen att minska emissionerna av växthusgaser. Den miljömässiga effekten av SWGTE:s anläggning är väsentligt mycket bättre än det vinnande anbudets. För det fall att SWGTE:s anbud inte hade förkastats hade bolaget tilldelats kontraktet. SWGTE har således lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att kommunen brutit mot den enligt LOU grundläggande principen om proportionalitet.

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan och i huvudsak anfört följande. Det är riktigt att kommunen inledningsvis i sitt förfrågningsunderlag ställt ett skall-krav som innebär att anbudsgivare ska ha en minsta omsättning om 100 miljoner kronor för det senaste räkenskapsåret eller motsvarande belopp i genomsnittlig omsättning de två senaste räkenskapsåren, men att detta justerats ner till 50 miljoner kronor. Detta skall-krav har inte

SWGTE inte uppfyllt. Bolagets anbud ansågs därmed inte vara kvalificerat och förkastades därmed av kommunen. Anbudssummorna för totalentreprenaden avseende de kvalificerade anbudsgivarna har varierat mellan cirka 18 och 30 miljoner kronor. Det innebär att omsättningskravet motsvarar ungefär kontraktets dubbla värde. Vid offentlig upphandling är det inte ovanligt att det ställs krav på anbudsgivares omsättning. Att ett sådant omsättningskrav uppgår till två gånger kontraktets värde, och i många fall ännu mer, är inte heller ovanligt. När det gäller upphandlingar över tröskelvärdena kan en leverantörs ekonomiska kapacitet utgöras av företagets omsättning. Det framgår av 11 kap. 7 § LOU. Bestämmelsen överensstämmer också med det bakomliggande direktivet 2004/18/EG artikel 47. Även om aktuell upphandling avser en upphandling under tröskelvärdena finns inget hinder mot att använda sig av det uppställda kravet på omsättning. Det krav som ställts är inte heller för högt satt utan närmast i underkant mot vad som är brukligt. Proportionalitetsprincipen innebär inte att alla anbudsgivare alltid ska kunna komma i fråga för alla kontrakt. Luleå kommun har i aktuell upphandling sökt efter en leverantör med högre omsättning än SWGTE. Att det kommit in anbud från flera anbudsgivare som klarat uppställda krav talar för och ger ytterligare stöd för kommunens uppfattning att proportionalitetsprincipen inte har trätts för när. Behovet av att ställa ett omsättningskrav i aktuell upphandling har sin grund i att det är fråga om en entreprenad med kontraktssumma på cirka 20 miljoner kronor och som avser maskin-, el-, styr-, och ventilationsarbeten som ska bedrivas parallellt med en byggentreprenad som utförs av en annan entreprenör och som avser uppförande av en anläggning för uppgradering av biogas. Den entreprenör som tilldelas kontraktet förväntas samorda ett flertal samtidigt pågående entreprenader och har att bedriva sina arbeten till stor del utomhus under osäkra väderförhållanden under en etableringstid på byggarbetsplatsen om minst fem månader. Det är mycket som kan gå snett på en entreprenad, dels kan hinder för produktionen uppstå för alla inblandade oförutsedda skäl, dels kan hinder orsakas av beställaren eller av andra entre-

prenörer. Parterna kan bli oense om i vilken utsträckning entreprenören har rätt till ersättning för ändrings- och tilläggsarbeten. Det finns således ett antal risker i ett sådant kontrakt. Dessa risker balanseras i det för kontraktet gällande standardavtalet ABT 06. En entreprenör som har hälften av sin omsättning från det kontrakt som kommunen tilldelat kan bli oerhört sårbar för hinder och störningar i entreprenaden som kan vara oförutsedd för alla inblandande, men som i praktiken medför att entreprenören går i konkurs, eller i vart fall inte får in likvida medel nog för att kunna avlöna personal och hyra in underentreprenörer för att driva entreprenaden framåt enligt den tidplan som överenskommit och krävs för ett färdigställande till avtalad sluttid. Kommunens inställning är att det krav som ställts i aktuell upphandling är betydligt mycket lägre än vad som skulle kunna föranleda ett ifrågasättande av om kravet är proportionerligt. Kommunen hänvisar till två avgöranden från Kammarrätten i Göteborg, mål 4320-06 och mål 6010-07.

SWGTE har härefter anfört bland annat följande. *SWGTE* har aldrig gjort gällande att det finns ett generellt förbud att ställa krav på viss omsättning. Frågan är om det av kommunen ställda kravet är proportionerligt med beaktande av upphandlingens art, omfattning och värde samt med beaktande av det mål som eftersträvas. Kommunen har gjort en jämförelse med de anbudsgivare som uppfyllt ställt skall-krav gällande omsättning och kommit till den slutsatsen att omsättningskravet motsvarar ungefär kontraktets dubbla värde. Vid en jämförelse av *SWGTE*:s anbud om cirka 11 miljoner är det uppställda skall-kravet avseende omsättning fyra och en halv gånger så högt som det av *SWGTE* offererade anbudspriset. Kommunen har först i samband med anbudsöppningen haft möjlighet att ta del av anbudssummorna. Att då i efterhand motivera att det uppställda skall-kravet är proportionerligt utifrån de anbudssummor som offererats är anmärkningsvärt. *SWGTE* antar att kommunen gjort en felaktig bedömning av kommunens kostnad för den aktuella upphandlingens genomförande mot bakgrund av

att kommunen sänkte det ursprungliga kravet på 100 miljoner i ersättning till 50 miljoner. De av kommunen förda allmänna resonemanget om potentiella risker har ingen bäring på förutsättningarna för genomförandet av entreprenaden. Det uppställda kravet har vidare på ett effektivt sätt utestängt små- och medelstora anbudsgivare från att kvalificera sig. Kravet har också motverkat att den bäst lämpade anbudsgivaren tilldelas kontraktet.

Kommunen har i yttrande vidhållit sin uppfattning och anfört bland annat att SWGTE jämfört sin anbudssumma med det i upphandlingen uppställda omsättningskravet. Bolagets argument i den delen haltar och är inte relevant eftersom dess anbud uppenbart inte varit kvalificerat i upphandlingen. Vad som är intressant är anbudssummorna från de anbudsgivare som faktiskt kvalificerat sig. Kommunen vill betona det faktum att flera anbudsgivare faktiskt levde upp till det ställda skall-kravet och att deras anbudssummor varierat mellan 18 och 30 miljoner kronor, vilket också rimmar väl med kravet på omsättning. Kommunen har inte använt sig av storleken på anbudssummorna för att motivera krav på omsättning. Kravet på omsättning uppställdes innan anbudssummorna var kända för kommunen. Kommunen har aldrig påstått att omsättningskrav i sig skulle vara en garanti för anbudsgivare som kan genomföra projektet. Det kan däremot vara en indikation på att en anbudsgivare inte är sårbar för oförutsedda hinder eller störningar. Den omständigheten att alla företag inte alla gånger kan komma i fråga för alla kontrakt står inte i strid med den unionsrättsligt grundläggande principen om proportionalitet.

SWGTE har härefter avslutningsvis anfört bland annat följande. SWGTE har under år 2010 lämnat anbud avseende uppgraderingsanläggningar för biogas i Sverige. Det har rört anläggningar i Gävle, Mjölby och Växjö kommuner. Vid genomförda upphandlingar har något kvalificeringskrav på omsättning inte uppställts. Under år 2011 har bolaget dessutom lämnat

anbud avseende en anläggning i Borås kommun. Inte heller den kommunen har haft något kvalificeringskrav vad gäller omsättning. Samtliga upphandlingar har till omfattningen varit likvärdiga eller något mer omfattande än den upphandling som Luleå kommun genomfört. Även anbudssummorna har varit i paritet med vad som offererats avseende Luleå kommuns upphandling. Syftet med offentlig upphandling är att de upphandlande enheterna på bästa sätt ska använda de offentliga medlen genom att dra nytta av den konkurrens som föreligger inom aktuellt marknad. Om en upphandlande enhet uppställer kvalificeringskrav, har den upphandlande enheten bevisbördan för att uppställt krav är proportionerligt i förhållande till upphandlingen värde och art. Det omsättningskrav på 50 miljoner kronor som Luleå kommun ställt är vare sig proportionerligt eller relevant för att identifiera de leverantörer som har den yrkesmässiga kapaciteten, erfarenhet och ekonomiska styrkan för att utföra uppdraget. Kommunen har i inget avseende haft fog för att uppställa det nu aktuella kravet i upphandlingen. I detta fall har kommunen inte haft tillräcklig god kunskap om hur den faktiska marknaden sett ut när förfrågningsunderlaget upprättades. Att det förhåller sig på det viset framgår av det faktum att av de fem anbud som inkom i upphandlingen har två uteslutits på grund av att de inte uppfyllde ställt omsättningskrav.

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. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till all-

män förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Enligt 16 kap. 5 § 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.

I 16 kap. 9 § LOU anges att om en ansökan om överprövning har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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 omsättnings-

krav (jfr Kammarrätten i Göteborgs domar den 29 september 2006 i mål nr 4320-06 och den 18 mars 2008 i mål nr 6010-07).

I målet är ostridigt att kommunen i sitt förfrågningsunderlag ställt som skall-krav att anbudsgivare ska ha en minsta omsättning om 50 miljoner kronor för det senaste räkenskapsåret eller motsvarande belopp i genomsnittlig omsättning de två senaste räkenskapsåren. Det är vidare ostridigt att SWGTE inte uppfyllt den av kommunen efterfrågade omsättningen.

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

Kommunen har i sina yttranden angett att upphandlingen avser en entreprenad med en kontraktsumma på cirka 20 miljoner kronor och som avser maskin-, el-, styr-, och ventilationsarbeten och som ska bedrivas parallellt med en byggentreprenad som utförs av en annan entreprenör och som avser uppförande av en anläggning för uppgradering av biogas. Enligt kommunens uppfattning finns ett antal risker förknippade med kontraktet. En entreprenör vars omsättning är inte när upp till ställt krav kan då bli oerhört sårbar för hinder och störningar i entreprenaden.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av vad kommunen anfört att ett skall-krav på en viss omsättning är relevant i den aktuella upphandlingen och att det även är grundad på objektiva skäl. Vad SWGTE anfört om att andra kommuner i liknande upphandlingar inte ställt ett motsvarande krav föranleder inte någon annan bedömning. Ett krav på omsättning i nu aktuell upphandling kan därför inte anses stå i strid med den grundläggande principen om proportionalitet.

Fråga uppkommer då om kravet även beloppsmässigt står i proportion till det syfte som kravet avser att säkerställa.

Aktuell upphandling avser enligt kommunen en entreprenad med en kontraktsumma på cirka 20 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. Då SWGTE inte uppfyllt kvalifikationskravet har kommunen haft rätt att förkasta SWGTE:s anbud.

Förvaltningsrätten anser således mot bakgrund av vad som ovan anförts att SWGTE inte visat att kommunen brutit mot LOU eller dess bakomliggande principer. Det finns därför inte förutsättningar för ingripande enligt LOU. Vad SWGTE i övrigt anfört i målet föranleder inte annan bedömning. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Britt Dahlin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.