



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 33

DOM
2018-01-02
Meddelad i Stockholm

Mål nr
10974-17

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Promentgruppen AB, 556448-8038

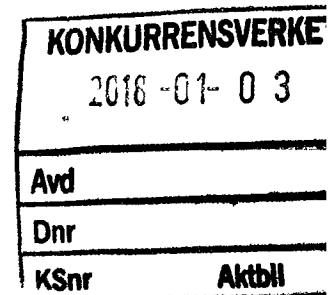
Ombud: Advokat Frank Reijbrandt och jur.kand. Camilla Lind
Kiström Advokatbyrå KB
Box 7184
103 88 Stockholm

MOTPART

Vallentuna kommun
186 86 Vallentuna

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Promentgruppen AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 912086

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag-fredag
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00-16:30
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Vallentuna kommun (**kommunen**) har genomfört en upphandling avseende ramavtal för konsulter för projekt-, projekterings- och byggljedartjänster samt kontrollansvarig för husprojekt (KS 2016.540). Kommunen har använt ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Promentgruppen AB har uteslutits från upphandlingen redan i kvalificeringsfasen med motiveringen att bolaget inte uppfyller ställt krav på årsomsättning.

Promentgruppen AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att rättelse ska ske genom att en ny kvalificering genomförs. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande. Det i förfrågningsunderlaget uppställda ska-kravet på en årsomsättning om 8 000 000 kr under de senaste två åren är inte saklig motiverad och strider därför mot proportionalitetsprincipen. Den aktuella upphandlingen avser ett ramavtal och kommunen kan inte garantera att ramleverantörerna kommer att få en viss volym arbete. På grund av detta och eftersom det upphandlade avtalet inte kan värderas till 4 000 000 kr medför det uppställda omsättningskravet att företag utestängs från upphandlingen. Dessutom är bolaget till följd av ändrade ägarförhållanden sedan juni 2016 inte längre en del av den koncern det tidigare tillhört. Med hänsyn till den interna arbetsfördelningen inom koncernen måste bolaget dock kunna tillgodoräkna sig den omsättning som koncernen haft under den period som omsättningskravet avser. Att ett anbudsgivande företag kan använda sig av andra företags kapacitet för att möta t.ex. de omsättningskrav som ställs upp i en offentlig upphandling framgår även av 11 kap. 12 § LOU. De särskilda krav om hur ett åberopande får göras som kommunen har uppställt strider mot denna bestämmelse. Bolaget har under upphandlingen kommit in med utredning som visar att bolaget förfogar över nödvändiga resurser och har en

tillräckligt stark ekonomisk och finansiell ställning för att fullgöra uppdraget under avtalstiden. Om förvaltningsrätten skulle finna att så inte är fallet, ska bolagets ekonomiska ställning bedömas utifrån det i förfrågningsunderlaget alternativa ska-krav som gäller för nystartade företag. Att bolagets anbud har förkastats strider mot likabehandlingsprincipen och innebär att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Förutom att ett omsättningskrav är mycket vanligt förekommande i offentliga upphandlingar syftar det nu aktuella kravet till att säkerställa en stabil ekonomisk ställning hos de anbudsgivande företagen. Omsättningen på det nu gällande ramavtalet har under de senaste åren varit drygt 4 000 000 kr per år. Dessutom är kommunen en av Sveriges snabbast växande kommuner varför behovet av den typ av konsulter som upphandlingen avser bedöms komma att öka rejält. Även om upphandlingen avser ett ramavtal där den exakta omsättningen per leverantör inte kan förutsägas måste omsättningskravet uppställas för var och en av anbudsgivarna för att säkerställa att det finns tillräcklig kapacitet. På grund av detta och i linje med gällande praxis har kommunen i det aktuella fallet krävt en årlig omsättning om 8 000 000 kr. Denna nivå är således relevant och tillåten. Vid den av kommunen utförda kontrollen konstaterades att bolagets omsättning under den relevanta perioden inte uppnådde efterfrågad nivå. Kommunen har i förfrågningsunderlaget uttryckligen angett att det finns möjlighet för en anbudsgivare att åberopa annans kapacitet. För att kunna använda sig av denna möjlighet har anbudsgivaren behövt att i anbudsformuläret ange namn och organisationsnummer för det andra företag vars kapacitet åberopas och en åtagandeförklaring från detta företag. Bolaget har inte uppfyllt dessa krav, varför kommunen anser att bolaget inte åberopat annans kapacitet. Till följd av det kan bolaget inte tillgodoräkna sig sitt tidigare moderbolags omsättning vid bedömningen av omsättningskravet. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att låta

bolaget i efterhand återopå sitt tidigare moderbolags kapacitet. Mot bakgrund av att bolaget registrerats hos Bolagsverket år 1992 kan bolaget inte heller anses vara nystartat. Därmed kan bolaget inte använda sig av det i förfrågningsunderlaget alternativa ska-kravet som gäller för nystartade företag. Att alla anbudsgivare inte uppfyllt de ställda kraven innebär inte att kraven är diskriminerande, otillbörliga eller på annat sätt otillåtna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har 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 har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår bl.a. att upphandlande myndigheter ska iaktta principerna om likabehandling och proportionalitet. Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s.132).

Inom ramen för dessa principer har den upphandlande myndigheten stor frihet att utforma sin upphandling (se RÅ 2012 ref. 48). Därmed finns det

inte något hinder mot att en upphandlande myndighet ställer upp ett visst krav på omsättning för att säkerställa att leverantören har den nödvändiga ekonomiska och finansiella kapaciteten att fullgöra avtalet. Detta krav måste ha samband med och stå i proportion till kontraktsföremålet och det syfte som kravet avser att säkerställa (se 11 kap. 2 och 7 §§ LOU).

I enlighet med artikel 58.3 andra stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, vilket skulle ha varit genomfört i svensk rätt senast den 18 april 2016, får ett krav på minsta årliga omsättning i regel inte bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade kontraktsvärdet. Bestämmelsen har genomförts genom 14 kap. 4 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling som trädde i kraft den 1 januari 2017. Även om denna lag inte är tillämplig på den nu aktuella upphandlingen bör, enligt förvaltningsrättens mening, direktivets bestämmelse vara vägledande för bedömningen av omsättningskravet i detta mål (jfr EU-domstolens dom den 7 april 2016 i mål C-324/14).

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en anbudsgivare har rätt att åberopa ett annat företags ekonomiska kapacitet för att bevisa att denne uppfyller de ekonomiska krav som ställs på leverantörerna i en upphandling. En förutsättning för detta är att anbudsgivaren genom att tillhandahålla ett åtagande från företaget i fråga eller på annat sätt visar att denne kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Med dessa utgångspunkter gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Av utredningen i målet framgår att den nu aktuella upphandlingen avser ett ramavtal för konsulter för projekt-, projekterings- och byggledartjänster samt kontrollansvarig för husprojekt. Med hänsyn till gällande ramavtal och förväntad ökning av behovet av konsulter som upphandlingen avser har

kommunen bedömt kontraktets värde till ca 4 000 000 kr per år. Även om det uppskattade kontraktsvärdet har ifrågasatts av bolaget har det inte kommit fram något som ger skäl för förvaltningsrätten att frångå kommunens bedömning.

Den bedömningen har legat till grund för utformningen av det i förfrågningsunderlaget uppställda omsättningskravet (AUB.51 E). Enligt detta ska anbudsgivarens omsättning under de senaste två åren ha uppgått till lägst 8 000 000 kr, vilket kommunen själv ska kontrollera hos Soliditet (Bisonde Kredit AB).

Kommunen menar att kravet har uppställts för att säkerställa att anbudsgivarna har tillräcklig kapacitet. Att kravet avser var och en av anbudsgivarna beror på att det på förhand är oklart om avtal kommer att tecknas med det önskade antalet leverantörer och hur uppdragen under avtalstiden kommer att fördelas mellan de olika ramavtalsleverantörerna. Därmed anser förvaltningsrätten att en beräkning av kontraktsvärdet till det värde som sannolikt kommer att avropas totalt från ramavtalet medför en enhetlig uppskattning av kontraktsvärdet i förhållande till alla potentiella anbudsgivare. Eftersom kontraktsvärdet ligger till grund för omsättningskravets beloppsmässiga utformning innebär en sådan beräkningsmodell även ett för alla anbudsgivare entydigt formulerat, överskådligt och förutsägbart omsättningskrav som stämmer väl överens med principen om likabehandling.

Med hänsyn till detta och med beaktande av vad som kommit fram om det åtagande som upphandlingen avser samt den typ av verksamhet som upphandlas anser förvaltningsrätten att det aktuella omsättningskravet framstår som relevant och grundat på objektiva skäl. Kravet, som motsvarar två gånger det upphandlade ramavtalets värde, måste även beloppsmässigt anses stå i proportion till det syfte som kravet avser att säkerställa.

Följaktligen får kravet anses proportionerligt och inte heller stå i strid med någon av de andra grundläggande principerna som anges i 1 kap. 9 § LOU.

Vid den av kommunen utförda kontrollen i enlighet med omsättningskravet har det kommit fram att bolagets egen omsättning under den period som kravet avser inte har nått upp till den efterfrågade omsättningen. Bolaget menar dock att ett anbudsgivande företag får använda sig av andra företags kapacitet för att bl.a. möta ett uppställt omsättningskrav. Eftersom bolaget måste få tillgodoräkna sig sitt tidigare moderbolags omsättning, som överstiger omsättningskravet, har bolaget genom inlämnade handlingar under upphandlingen visat att det förfogar över nödvändiga resurser och har en tillräckligt stark ekonomisk och finansiell ställning för att fullgöra uppdraget under avtalstiden.

Som förvaltningsrätten har noterat ovan får en leverantör enligt 11 kap. 12 § LOU åberopa andra företags ekonomiska kapacitet förutsatt att denne bevisar för den upphandlande myndigheten att den kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet. Att en anbudsgivare i enlighet med AUB.51 i förfrågningsformuläret i sitt anbud ska uppge namn och organisationsnummer för det företag vars kapacitet åberopas tillsammans med en åtagandeförklaring från detta företag kan därför inte anses vara ett krav utformat i strid med LOU.

Dessutom framgår av praxis att det inte kan presumeras att en anbudsgivare förfogar över tredje mans resurser på grundval endast av att de tillhör samma koncern. Att enbart hänvisa till moderbolagets omsättning är därmed inte tillräckligt för att på ett godtagbart sätt visa att ett bolag faktiskt förfogar över sitt moderbolags resurser (jfr EU-domstolens dom den 2 december 1999 i mål C-176/98 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 27 juni 2005 i mål nr 1430-05).

Visserligen har bolaget i sitt anbud uppgett att bolaget tidigare och fram till juni 2016 tillhört en koncern vars omsättning överstiger omsättningskravet. Till stöd för detta har bolaget till sitt anbud bilagerat bl.a. en kreditupplysning avseende sitt moderbolag. Det framgår emellertid inte av utredningen att bolaget har uppgett moderbolaget i anbudsformuläret eller att någon åtagandeförklaring från moderbolaget bifogats.

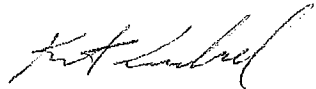
Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att bolaget inte har uppfyllt kravet på återopande av annans kapacitet enligt AUB.51 i förfrågningsunderlaget. Vad bolaget anfört om arbetsfördelningen och organisationsförhållandena inom koncernen medför inte heller att bolaget på annat sätt visat att bolaget kommer att förfoga över moderbolagets kapacitet under det upphandlade ramavtalets tid. Det saknas därför förutsättning för att bolaget ska kunna tillgodoräkna sig moderbolagets omsättning. Det innebär att bolaget, vars omsättning understigit den i omsättningskravet angivna nivån, inte uppfyllt detta krav.

Inte heller kan bolagets ekonomiska ställning bedömas utifrån det alternativa ska-krav som gäller för nystartade företag. Av AUB.51 E i förfrågningsunderlaget framgår att med nystartat företag avses ett företag som är i uppstartsfasen, dvs. högst två år efter registrering hos Bolagsverket. Bolaget, som har registrerats hos Bolagsverket år 1992, kan därmed inte anses som nystartat i den mening som anges i förfrågningsunderlaget. Att bolagets ägarförhållanden har ändrats under år 2016 leder inte till någon annan slutsats.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att Vallentuna kommun agerat i strid med LOU. Bolaget har mot den bakgrunden inte lidit och kan inte heller komma att lida skada. Det saknas därmed förutsättningar att ingripa mot den aktuella upphandlingen på grund av vad bolaget anfört. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Kent Ladvall

Tf. rådman

Emil Vartanyan har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kamrarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kamrarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten 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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kamrarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kamrarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

