



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ

DOM
2014-08-21
Meddelad i
Umeå

Mål nr
281-14

SÖKANDE

Åbyns Bygg AB, 556485-5954
Åsträskvägen 16
937 32 Burträsk

Ombud: Evelina Gustavsson
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPARTER

1. Skellefteå Kraft AB, 556016-2561
931 80 Skellefteå

2. Skellefteå Kraft Elnät AB, 556244-3951
Kanalgatan 71
931 80 Skellefteå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-08-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 43508

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	090-13 75 88	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå Kraft AB och Skellefteå Kraft Elnät AB (Skellefteå Kraft) genomför en upphandling av ramavtal för husbyggnadsarbeten och har beslutat att anta det anbud som lämnats av Contractor Bygg i Skellefteå AB. Vid upphandlingen används förenklat förfarande.

Åbyns Bygg AB (Åbyns Bygg) yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Skellefteå Kraft motsätter sig bifall till Åbyns Byggs ansökan om överprövning.

UTREDNINGEN

Utdrag ur förfrågningsunderlaget

AFA.21 Översiktlig information om objektet

Entreprenaden omfattar ramavtal avseende husbyggnadsarbeten inom alla företag ingående i Skellefteåkraftkoncernen. I entreprenaden ingående arbeten avser att täcka delar av behovet för underhåll och om- och tillbyggnad av Skellefteå Krafts eller Skellefteå Kraft Elnäts fastigheter och produktionsanläggningar. Omfattning ca 3 000 tim./år. Olika omständigheter kan dock förändra omfattningen både upp och ner. Entreprenaden gäller för år 2014, beställaren har möjlighet att förlänga avtalet att gälla för 2015, 2016 resp. 2017.

AFB.5 Prövning av anbudsgivare och anbud

Anbudsgivare ska uppfylla följande krav för att få gå vidare till anbudsutvärdering. Omsättningskrav; entreprenörens omsättning 2011 samt 2012 ska överstiga 27 miljoner kr.

AFB.53 Prövning av anbud

Om anbudsgivare klarar kraven enligt AFB.5 gäller lägsta ekonomiska ersättning som värderingsgrund vid anbudsprövning.

Anbudsutvärderingen

Av anbudsutvärderingen framgår att fyra anbud har utvärderats och att Contractor Bygg i Skellefteå AB har lämnat anbud med lägst pris.

Parternas anföranden

Åbyns Bygg

Åbyns Bygg anför bl.a. följande. Av tilldelningsbeslutet framgår att Åbyns Bygg har uteslutits från att delta i upphandlingen på grund av att kravet på årsomsättning inte uppfylls. Åbyns Bygg hade år 2011 en omsättning om 9 957 000 kr och år 2012 en omsättning om 8 564 000 kr.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren för år 2011 respektive 2012 måste ha en årsomsättning som överstiger 27 000 000 kr. Skellefteå Kraft har dock inte uteslutit samtliga anbudsgivare som har en årsomsättning som understiger det beloppet. Anbuderna från Skanska Direkt AB och Skellefteå Allbygg AB har utvärderats trots att Skanska Direkt AB både år 2011 och år 2012 hade en omsättning om 0 kr och Skellefteå Allbygg AB hade en omsättning om 11 310 000 kr respektive 8 044 000 kr. Inget av företagen har åberopat annat företags ekonomiska kapacitet varför Skellefteå Kraft enbart får beakta anbudsgivarnas egna omsättningar. Det kan inte anses vara förenligt med likabehandlingsprincipen att den upphandlande enheten godtar anbud från anbudsgivare som har en lägre eller lika omsättning som Åbyns Bygg, men förkastar anbudet från Åbyns Bygg.

Åbys Bygg har lämnat det lägsta anbudspriset. För det fall samtliga anbudsgivare hade behandlats på ett likvärdigt sätt hade Åbys Bygg tilldelats kontrakt. Skellefteå Krafts handlande i strid med LUF har därmed inneburit skada för Åbys Bygg. Upphandlingen bör därför rättas på så vis att Åbys Bygg tillåts delta i utvärderingen och därmed tilldelas kontrakt.

I vart fall strider upphandlingen (kravet på omsättning) mot proportionalitetsprincipen. Av förfrågningsunderlaget framgår att det aktuella uppdragets omfattning är 3 000 timmar per år. Åbys Bygg har offererat ett timpris om 360 kr vilket ger en arbetskostnad per år om 1 080 000 kr. Total avtalstid är fyra år varför det totala kontraktsvärdet blir ca 4 000 000 kr.

De krav som ställs i en upphandling ska enligt proportionalitetsprincipen stå i proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen. Upphandlingens art och värde ska beaktas vid bedömningen om kraven är proportionerliga. Alltför långtgående krav anses strida mot proportionalitetsprincipen.

I Europaparlamentets och rådets nya direktiv för upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster hänvisas i artikel 80 punkt 2 till artikel 58 punkt 3 i Europaparlamentets och rådets direktiv avseende offentlig upphandling. Därin anges följande: "Den minsta årliga omsättning som de ekonomiska aktörerna måste ha får inte överstiga ett belopp som är två gånger så högt som det uppskattade kontraktsvärdet, utom vid vederbörligen motiverade fall såsom avseende speciella risker som är förknippade med byggtreprenadens, tjänsternas eller varornas art."

Eftersom upphandlingen avser ett vanligt byggtjänsteavtal med ett kontraktsvärde om fyra miljoner kr finns det inte skäl att ställa ett högre

krav på anbudsgivarens omsättning än det dubbla kontraktsvärdet. Det varierade behovet av resurser som det aktuella ramavtalet innebär är inte förenat med en större risk än andra ramavtal.

Skellefteå Kraft menar att kontraktsvärdet för år 2013 varit 9 600 000 kr exklusive moms. Detta förändrar inte det faktum att Skellefteå Kraft för den aktuella upphandlingen beräknat omfattningen till 3 000 timmar.

Skellefteå Kraft har hänvisat till upphandlingens frågor och svar i vilken angetts att den årliga omsättningen för husbyggnadsarbeten är nio miljoner kr per år inklusive kostnaden för material och underentreprenörer. Vad Skellefteå Kraft svarat på frågan saknar grund. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att entreprenaden omfattar ramavtal avseende husbyggnadsarbeten och att omfattningen på uppdraget är ca 3 000 timmar per år. Av punkt AFB.13 i förfrågningsunderlaget framgår att olika avropade uppdrag kan avse olika entreprenadformer. De olika entreprenadformerna innebär att leverantören inte vid samtliga avrop kommer att tillhandahålla material vid genomförandet av respektive entreprenad. Vidare har Skellefteå Kraft upphandlat ett ramavtal avseende byggnadsvaror varför huvudsakliga inköp av byggnadsvaror bör göras enligt det ramavtalet. Sett till det anförda kan eventuella kostnader för material och underentreprenörer, som omfattas av ramavtalet för husbyggnadsarbeten, omöjligen uppgå till åtta miljoner kr per år. Det är därmed uppenbart att Skellefteå Kraft i förfrågningsunderlagets frågor och svar angett en omfattning som är anpassad efter det omsättningskrav som framgår av förfrågningsunderlaget och inte efter uppdragets faktiska omfattning.

Åbyns Bygg startades år 1994 och har klarat av att omsätta företaget under flertalet år utan att ha ett avtal med Skellefteå Kraft. Åbyns Bygg kan därmed inte anses ha en beroendeställning gentemot Skellefteå Krafts avtal.

Med hänsyn till vad som ovan anförts kan det inte anses proportionerligt att ställa upp krav på att anbudsgivare ska ha en årsomsättning som överstiger 27 miljoner kr. Eftersom felet hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Vidare har Skellefteå Kraft godtagit annan anbudsgivare vars omsättning inte uppgår till det i förfrågningsunderlaget angivna omsättningskravet. Det kan inte tolkas på annat sätt än att Skellefteå Kraft inte anser det nödvändigt att anbudsgivaren har en omsättning som uppgår till 27 miljoner kr för att kunna hantera de ekonomiska risker som är kopplade till upphandlingen.

Skellefteå Kraft

Skellefteå Kraft anför bl.a. följande. Det är Skellefteå Krafts bestämda uppfattning att man inte handlat felaktigt vid kvalificering och utvärdering av anbud. Skanska Direkt AB driver rörelse i kommission för sitt moderbolag Skanska Sverige AB:s räkning och uppfyller därför omsättningskravet. Måhända skulle anbudet från Skellefteå Allbygg AB ha förkastats då de inte uppfyllt omsättningskravet, men då dess timpris var för högt hade det inte förändrat utfallet av anbudsutvärderingen.

Omsättningskravet är beräknat utifrån kontraktsvärde på årsbasis multiplicerat med tre. Av bifogad e-postkorrespondens mellan Contractor Bygg i Skellefteå AB och Skellefteå Kraft framgår att kontraktsvärdet för år 2013 uppgår till ca 9 600 000 kr exklusive moms. Detta har utgjort grunden för beräkning av årsomsättning. Även om Skellefteå Kraft hade tagit årsomsättningen multiplicerad med två skulle inte Åbys Bygg ha uppfyllt kravet.

Anledningen till beräkningsgrunden är att Skellefteå Kraft vill ha en avtalspart som inte uteslutande är beroende av aktuellt avtal för att klara

sin årsomsättning. Omsättningskravet blir även ett mått på resurskapacitet och då Skellefteå Krafts behov av tjänsten varierar över året är det högst rimligt att tjänsteleverantören ska kunna påvisa dylik omsättning för att undvika en beroendeställning gentemot sagda avtal. Proportionalitetsprincipen kan därmed omöjligen ha trätts för när.

Vidare har Skellefteå Kraft på uppmaning av anbudsgivare genom "Frågor och svar" i den allmänt tillgängliga databasen E-avrop angett följande anbudsmeddelande 2014-01-13:

Fråga: Av förfrågningsunderlaget framgår ett krav om att anbudsgivaren måste ha en årlig omsättning om minst 27 MSEK. Krav på omsättning ska stå i relation till uppdragets omfattning. Det finns ett relativt färskt rättsfall som anger att tre gånger uppdragets omsättning är ett rimligt krav. Eftersom den beräknade omfattningen är 3 000 h bör omsättningskravet inte överstiga 5 MSEK.

Svar: Vi har räknat med tre gånger uppdragets omsättning då vi bestämt omsättningskravet. Uppdragets årliga omsättning för Husbyggnadsarbetena ligger på ca 9 000 000 kr efter att vi inräknat även material och eventuella underentreprenörer per årsbasis. Dvs. $9\ 000\ 000\ \text{kr} * 3 = 27\ 000\ 000\ \text{kr}$ i omsättningskrav.

Skellefteå Kraft AB har ett avtal avseende byggvaror, ett så kallat hängavtal, via Skellefteå kommun. Det avtalet avser Skellefteå Kraft AB:s egen hantverkarpersonals interna reparations- och underhållsarbeten och har därmed inte något med ramavtal avseende husbyggnadsarbeten att göra.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande enheter 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 (1 kap. 24 § LUF).

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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LUF).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Åbyns Bygg menar att det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet på att anbudsgivare måste ha en omsättning överstigande 27 miljoner kr för att dess anbud ska utvärderas är oproportionerligt i relation till uppdragets storlek.

Förvaltningsrätten noterar att en upphandlande enhet har rätt att ställa krav på en leverantörs ekonomiska kapacitet och att det inte finns något hinder mot att enheten 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 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.

Den första frågan som uppkommer vid prövning av om ett omsättningskrav beloppsmässigt kan anses vara proportionerligt är vad det ungefärliga avtalsvärdet kan förväntas bli. Då det i förevarande fall är fråga om ramavtal kan det av naturliga skäl endast bli fråga om uppskattningar. Med hänsyn till att det i förfrågningsunderlaget anges en omfattning om ca 3 000 timmar per år menar Åbyns Bygg att årsvärdet, utifrån eget offererat timpris, blir ca en miljon kr och det totala kontraktsvärdet blir fyra miljoner kr. Skellefteå Kraft anser att avtalets årliga värde bör uppskattas till ca nio miljoner kr och återoppar Contractor Bygg i Skellefteå AB:s uppgifter om att man via ramavtalet totalt fakturerat ca 12 100 000 kr

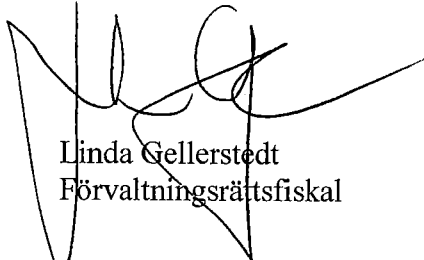
inklusive moms under år 2013. Vidare har Skellefteå Kraft hänvisat till förfrågningsunderlagets frågor och svar i vilket man angett att uppdragets årliga omsättning ligger på ca nio miljoner kr efter att även material och eventuella underentreprenörer inräknats. Oaktat vad som angetts i förfrågningsunderlaget om en omfattning om ca 3 000 timmar per år finner förvaltningsrätten inte anledning att ifrågasätta de av Skellefteå Kraft lämnade uppgifterna. Utgångspunkten för den fortsatta prövningen blir därför ett uppskattat avtalsvärde om ca nio miljoner kr per år.

Beräknat på årsbasis är omsättningskravet tre gånger så högt som uppskattat värde av avtalet. Mot bakgrund bl.a. av vad som utgör föremålet för upphandlingen kan ett sådant krav enligt förvaltningsrättens mening inte anses oproportionerligt. Åbyns Bygg menar att beloppet inte bör överstiga det dubbla värdet. Det kan dock noteras att Åbyns Bygg inte heller skulle uppfylla ett sådant omsättningskrav och därför i vart fall inte lidit skada av att kravet inte ligger på den nivån. Beräknat på avtalsvärdet för ramavtalets totala möjliga löptid om fyra år ligger dessutom omsättningskravet på en lägre nivå än uppskattat värde. Förvaltningsrätten anser således att det i förfrågningsunderlaget angivna kravet på en årsomsättning överstigande 27 miljoner kr är proportionerligt.

I förfrågningsunderlaget angivna obligatoriska krav ska, såvida de är relevanta och proportionerliga, upprätthållas. Det är i målet ostridigt att Åbyns Bygg inte uppfyller omsättningskravet. Åbyns Bygg menar att Skellefteå Kraft utvärderat andra två anbud som inte uppfyller omsättningskravet. Den omständigheten att två av fyra utvärderade anbud möjligen felaktigt utvärderats och därmed rätteligen borde ha förkastats medför inte att Åbyns Bygg lidit skada eller kunnat komma att lida skada.

På grund av det anförda ska ansökan om överprövning avslås.

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



Linda Gellerstedt
Förvaltningsrättsfiskal

Målet har föredragits av Christina Röckner