



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2014-08-15
Meddelad i
Malmö

Mål nr
3342-14
3350-14

SÖKANDE

Växtkraft i Skåne Tranås AB
Tranesvägen 31
273 92 Tomelilla

MOTPARTER

1. Sydskånes Avfallsaktiebolag SYSAV, 556187-0410
Box 50344
202 13 Malmö

2. Sysav Industri AB, 556474-8803
Box 50344
202 13 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Sydskånes Avfallsaktiebolag SYSAV:s och Sysav Industri AB:s upphandlingar Markttjänster del 1 och 2 ska göras om.

Dok.Id 212576

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Sydsånes Avfallsaktiebolag och Sysav Industri AB, nedan gemensamt kallade Sysav, genomför med öppet förfarande enligt LOU en upphandling avseende snöröjning, halkbekämpning, maskinsopning, trädgårdstjänster samt därtill sammanhängande tjänster (markttjänster). Upphandlingen är uppdelad i olika delar och områden. Del 1 och del 2, vilka nu är aktuella, avser Sysavs anläggningar i områdena Simrishamn respektive Ystad. För dessa områden har Sysav efter utvärdering av inkomna anbud beslutat att anta anbudet från Skanska Sverige AB. Anbudet från Växtkraft i Skåne Tranås AB har förkastats.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Växtkraft i Skåne Tranås AB har ansökt om överprövning av upphandlingen avseende del 1 och 2 och anfört följande.

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarens genomsnittliga totala omsättning för motsvarande de tjänster som beskrivs i förfrågningsunderlaget de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits uppgå till minst 4 000 000 kr. Sysav har valt att förkasta Växtkrafts anbud och som skäl anfört att Växtkraft till sitt anbud fogat förvaltningsberättelse för de två senaste räkenskapsåren och att det ur denna inte framgår omsättningen för motsvarande de tjänster som beskrivs i förfrågningsunderlaget. Växtkraft har bedrivit den form av verksamhet som det är fråga om sedan 17 år tillbaka. Verksamhetens nuvarande ägare tog dock över verksamheten först i april 2011 varför bolaget valt att till anbudet bifoga fastställda bokslut för åren 2011 och 2012. De två förvaltningsberättelser som bifogats är upprättade enligt bokföringslagens regler. I en sådan årsberättelse särredovisar man inte omsättningen på sådant sätt att Sysav kan utläsa omsättningens storlek på skötselavdelningen. Detta förutsätter att skötselverksamheten bedrivs i eget bolag vilket Växtkraft

inte gör. Istället för att bifoga oreviderade siffror på omsättning i skötselgruppen, valde Växtkraft att bifoga en referensförteckning över underhållsprojekt som tydligt visar att bolaget under de tre senaste åren med råge haft/har uppdrag som väl täcker de 4 000 000 kr som krävs. Avsikten med kravet måste rimligen ha varit att kunna bedöma om anbudsgivaren har erfarenhet av så stor omsättning som 4 000 000 kr på skötselområdet. Av Växtkrafts anbud framgår att bolaget har den erfarenheten. Trots detta förkastas anbudet. Detta kan bara tolkas på så sätt att kravet på särredovisning av bolagets årsredovisning är orimlig eller att Sysav gjort en godtycklig bedömning av omsättningssiffrorna. Av de bifogade förvaltningsberättelserna framgår att Växtkraft omsatte 29 600 000 kr både år 2011 och 2012. Eftersom skötselavdelningens omsättning inte särredovisas, måste Sysav gjort den godtyckliga bedömningen att mindre än 4 000 000 kr av den totala omsättningen utgörs av skötselarbeten. Växtkraft har aldrig ifrågasatt Sysavs rätt att ställa krav på bolagets omsättning inom skötselsektorn. Däremot är det fortfarande oklart hur bolaget förväntas redovisa detta. Växtkraft trodde att den bifogad referensförteckningen skulle visa att de har omfattande erfarenhet av skötselarbete och erbjöd sig även att lämna fler referenser om det behövdes. När det gäller frågan om kravet är proportionerligt så kan detta ifrågasättas då Växtkrafts anbud för del 1 uppgår till 175 000 kr. För detta kräver Sysav att bolaget ska ha en erfarenhet av att omsätta 4 000 000 kr, d.v.s. 23 gånger det aktuella uppdraget.

Sysav har bestritt bifall till Växtkrafts ansökan och anför följande.

För att säkerställa att vinnande leverantör har ekonomisk stabilitet till att utföra sådana tjänster som efterfrågas i upphandlingen under hela kontraktperioden har Sysav ställt krav på att anbudsgivare ska ha en viss omsättning avseende marktjänster. Mot bakgrund av att Sysav årligen köper in marktjänster för omkring 1 900 000 kr kan kravet på att anbudsgivaren ska ha en genomsnittlig omsättning av sådana tjänster som omfattas av upphandlingen de senaste tre verksamhetsåren på 4 000 000 kr inte anses vara

oproportionerligt. Det är inte ovanligt att anbudsgivare bedriver andra verksamheter utöver sådana tjänster som ingår i en upphandling. En anbudsgivares totala omsättning visar därför inte nödvändigtvis att leverantören har den finansiella volym och kapacitet till att utföra just de tjänster som efterfrågas. Det är därför ett relevant krav, grundat på objektiva skäl, att anbudsgivare ska visa att de har en viss omsättning för sådana tjänster som Sysav efterfrågar i aktuell upphandling. För att inte missgynna nystartade företag har Sysav ställt upp ett alternativt krav enligt vilken anbudsgivaren ska redovisa genomsnittlig omsättning motsvarande de tjänster som omfattas av upphandlingen de senaste tre verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten har bedrivits. Det finns därför heller inte grund för att Växtkraft som nystartat bolag har blivit diskriminerat eller att Sysav behandlat Växtkrafts anbud godtyckligt. Växtkraft har till sitt anbud bifogat förvaltningsberättelse för de två räkenskapsåren 2011 och 2012. Av denna framgår inte Växtkrafts genomsnittliga omsättning för uppdrag som avser marktjänster. Inte heller av den referenslista som Växtkraft bifogat anbudet enligt krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet framgår att Växtkraft haft uppdrag avseende marktjänster de senaste tre verksamhetsåren som genomsnittligen uppgått till 4 000 000 kr. Det är endast uppdraget för Trelleborgs kommun som är avgränsat till att ha utförts de senaste tre åren. För övriga uppdrag omfattar angivna tidsintervall uppdrag som både ligger före 2011 och efter 2013. Sysav har därför inte haft möjlighet att kontrollera att Växtkraft uppfyllt kravet på en genomsnittlig omsättning för marktjänster som de senaste tre verksamhetsåren uppgått till 4 000 000 kr. Bolaget bildades 2011 och kan för övrigt inte åberopa arbeten som utförts före denna tid. Det är vidare inte förenligt med LOU att efter anbudsöppningen låta Växtkraft komplettera sitt anbud med den begärda redovisningen. Någon skyldighet för SYSAV att låta anbudsgivare komplettera ofullständiga handlingar föreligger inte heller. Växtkrafts anbud uppfyller således inte ställda krav och måste därför förkastas.

Varje avsteg från denna bedömning skulle strida mot likabehandlings- och transparensprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 11 kap 2 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på en lägsta nivå för anbudsgivarens ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Kravet ska dock ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Enligt 7 § samma kapitel kan bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet utgöras av bl.a. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges att anbudsgivare ska ha den ekonomiska ställning som krävs för utförande av uppdraget på i förfrågnings-

underlaget angivna villkor under hela avtalstiden och att detta innebär att anbudsgivarens genomsnittliga totala omsättning för motsvarande de tjänster som beskrivs i förfrågningsunderlaget de senaste tre verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits ska uppgå till minst 4 000 000 kronor. Anbudsgivarna ska visa sin finansiella och ekonomiska ställning genom att till anbudet föga bevis i form av redovisning av efterfrågad omsättning. Om en anbudsgivare har skäl att inte förete begärda bevis, får han visa sin finansiella och ekonomiska ställning på annat sätt.

Syftet med att kvalificera leverantörer på ekonomiska grunder är att försäkra sig om att företaget har tillräcklig styrka för att ekonomiskt klara av att genomföra upphandlingskontraktet ifråga. I regel kan ett företags totala omsättning anses vara ett tillräckligt mått på detta. Omsättning avseende det verksamhetsområde som en upphandling gäller kan snarare bedömas som ett mått på företagets tekniska och yrkesmässiga kapacitet. I förevarande fall har emellertid också ett sådant preciserat kvalificeringskrav uppställts i förfrågningsunderlagets punkt 4.4. Föremålet för upphandlingen är trädgårdsskötsel, maskinsopning samt snöröjning och halkbekämpning på Sysavs anläggningar för Simrishamn, Ystad, Trelleborg, Lund och Malmö. Anbud kan lämnas för ett eller flera av dessa fem ortsområden. Kontraktets omfattning och värde kan bedömas vara förhållandevis begränsat, i vart fall när anbud avser endast ett eller två av delområdena. Enligt förvaltningsrättens mening kan det uppställda kravet om redovisad omsättning för det aktuella tjänsteområdet inte anses stå i proportion till kontraktsföremålet på sådant sätt som förutsätts i 11 kap 2 § LOU. Sysav har inte heller kunnat ange särskilda skäl för ett så långtgående krav. Förvaltningsrättens bedömning vinner stöd av det förhållandet att fyra av fem anbudsgivare underkänts med avseende på det uppställda villkoret. Det kan anmärkas att förvaltningsrätten i dom denna dag, mål nr 3445-14 och 3446-14, prövat

motsvarande upphandling avseende delområdet 5 och att där fem av nio anbudsgivare underkänts av samma anledning.

Den brist som således föreligger i aktuell upphandling hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet. Bristen kan endast läkas genom att upphandlingen i fråga görs om med beaktande av kravet om proportionalitet i 11 kap 2 § LOU.

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

Jan Bratt



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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 nå 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.