FÖRVALTNINGSRÄTTEN I STOCKHOLM

Avdelning 20

DOM
2019-02-12
Meddelad i Stockholm

Mål nr
26585-18

SÖKANDE
Bruske Entreprenad AB, 559038-9432

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert och jur.kand. Louise Berlin
Walthon Advokater AB
Box 716
114 11 Stockholm

MOTPART
AB Ekerö Bostäder, 556519-3645
Box 241
178 24 Ekerö

Ombud: Advokat Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander
Box 24053
104 50 Stockholm

SAKEN
Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att rättelse ska ske på så sätt att upphandlingen får avslutas först efter att en ny utvärdering har genomförts, varvid anbudet från Bruske Enreprenad AB ska beaktas.

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

Telefax
08-561 680 01

E-post: avd20.fst@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

AB Ekerö Bostäder (Ekerö Bostäder) genomför en offentlig upphandling avseende löpande byggentreprenadtjänster med ramavtal på årsbasis inom Ekerö Bostäders fastighetsbestånd. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut den 12 november 2018 har Ekerö Bostäder beslutat att teckna avtal med företagen Mälardrottningens bygg och fastighets AB, Heving & Hägglund AB, Sanericus Bygg AB, Byggtech i Stockholm AB och Erlandson bygg i Stockholm AB. I samma tilldelningsbeslut har Ekerö Bostäder beslutat att förkasta Bruske Entreprenad AB:s anbud med motiveringen att bolaget inte har uppfyllt det i upphandlingen uppställda kravet avseende kreditbedömning.

Bruske Entreprenad AB (Bruske Entreprenad) ansöker om överprövning av upphandlingen. Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse har skett på så sätt att poängutvärderingen görs om och bolagets anbud utvärderas, och i andra hand att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför Bruske Entreprenad bl.a. följande. Bolaget har uppfyllt kravet avseende kreditbedömning. Det har en kreditrating på 72, vilket enligt Creditsafes skala motsvarar god kreditvärdighet. Bolaget har i sitt anbud även åberopat en moderbolagsgaranti som Bruske Måleri AB (Bruske Måleri) har ställt ut till förmån för bolaget och som utgör en säkerhet för dotterbolagets, dvs. Bruske Entreprenads, fullgörande av sina skyldigheter enligt ramavtalet. Bruske Måleri har en kreditrating på 100, vilket enligt Creditsafes skala motsvarar mycket god kreditvärdighet. Bolagets anbud borde således inte ha förkastats. Bruske Entreprenad har i sitt anbud också gett in ett åberopande ett annat företags kapacitet avseende plattsättare från Söderorts Bygg & Kakel AB (Söderorts Bygg & Kakel). Ekerö Bostäder har i e-postkorrespondens med Bruske Entreprenad uppgett att det inte framgår att Bruske Entreprenad kommer att förfoga över de

nödvändiga resurserna under hela den tid som kontraktet ska fullgöras. Ekerö Bostäder har inte angett något skäl till varför plattsättare från Söderorts Bygg & Kakel inte ska accepteras och ställningstagandet avseende Bruske Entreprenads uppfyllande av kravet på att offerera plattsättare är således felaktigt. Även av det skälet borde utvärderingen göras om. Genom att inte beakta moderbolagsgarantin och åberopandet av Söderorts Bygg & Kakels kapacitet har Ekerö Bostäder brutit mot principen om likabehandling enligt 4 kap. 1 § LOU samt rätten att vid behov åberopa andra företags kapacitet enligt 19 kap. 23 § samma lag. Bruske Entreprenad har uppfyllt samtliga kvalificeringskrav och obligatoriska krav samt lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Bruske Entreprenad borde rätteligen ha tilldelats kontrakt. Eftersom Bruske Entreprenads anbud har förkastats på felaktiga grunder har bolaget lidit skada. Bolaget har genom Ekerö Bostäders åsidosättande av reglerna i LOU gått miste om kontrakt och sammanhängande intäkter. Det föreligger därmed grund för ingripande.

Ekerö Bostäder anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Såsom Bruske Entreprenad har anfört uppfyller bolaget rätteligen det i upphandlingen uppställda kravet på god kreditvärdighet enligt Creditsafe. Den i tilldelningsbeslutet angivna motiveringen till varför anbudet har förkastats är med andra ord felaktig. Detta fel saknar dock betydelse eftersom Bruske Entreprenads anbud ska förkastas även på grund av att bolaget inte uppfyller det krav på ekonomisk kapacitet som uppställs i punkt 5 i avsnitt AFB.52 i de administrativa föreskrifterna, dvs. kravet på att anbudsgivaren ska ha en årsomsättning om minst fem miljoner kronor de senaste tre åren. Bolaget uppfyller inte heller det krav på teknisk kapacitet som uppställs i punkt 3.7. i anbudsformuläret, dvs. att anbudsgivaren ska förfoga över två plattsättare med viss angiven erfarenhet. Eftersom anbudet ska förkastas även på de nu angivna grunderna har bolaget inte drabbats av någon skada till följd av den felaktiga motiveringen i tilldelningsbeslutet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 19 kap. 23 § LOU framgår att en leverantör vid behov får åberopa andra företags kapacitet när det gäller ett visst kontrakt. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll av om det, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, finns grund att ingripa mot en upphandling. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till de grunder som parterna åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Det är ostridigt i målet att Bruske Entreprenad uppfyller det i upphandlingen uppställda kravet avseende kreditbedömning och att Ekerö Bostäder i tilldelningsbeslutet felaktigt har förkastat bolagets anbud med hänvisning

till att detta krav inte är uppfyllt. Det som förvaltningsrätten har att ta ställning till i målet är om Bruske Entreprenad även uppfyller kraven på ekonomisk och teknisk kapacitet.

Uppfyller Bruske Entreprenad kraven på ekonomisk kapacitet?

I punkt 5 i avsnitt AFB.52 i Anbudsförfrågan ABT 06/AMA AF 12 (anbudsförfrågan) anges bl.a. följande.

> Anbudsgivaren ska ha en årsomsättning på lägst fem miljoner kronor (5 000 000 SEK) de senaste tre åren. Beställaren kommer själv att kontrollera att kraven är uppfyllda via upplysningar från Creditsafe (kreditupplysningsföretaget Creditsafe AB).

Det är i målet ostridigt att Bruske Entreprenad inte på egen hand uppfyller det i upphandlingen uppställda kravet på ekonomisk kapacitet. Bolaget har dock med sitt anbud gett in en moderbolagsgaranti som är utfärdad av moderbolaget Bruske Måleris VD Mikael Holmgren. I moderbolagsgarantin anges bl.a. följande.

> Denna moderbolagsgaranti har utfärdats av Bruske Måleri AB org. nr 556181-2818 till förmån för Bruske Entreprenad AB org. nr 559038-9432 i upphandling Ramavtal byggentreprenadtjänster (UH-2018-17) och gäller under ramavtalets hela avtalslängd. Garantiåtagande till säkerhet för Bruske Entreprenad AB:s rätta fullgörande av ramavtalet.

Frågan är då om Bruske Entreprenad genom att ge in nu nämnda moderbolagsgaranti med sitt anbud kan anses ha åberopat Bruske Måleris ekonomiska kapacitet. Ekerö Bostäder har anfört bl.a. att det varken av anbudet eller av den ingivna moderbolagsgarantin framgår att bolaget åberopar Bruske Måleris ekonomiska kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven samt att moderbolagsgarantins innehåll är oklart. Bruske Entreprenad har i sin tur anfört bl.a. att ingivandet av moderbolagsgarantin som en del av anbudet ska anses innebära ett åberopande av denna

samt att det tydligt framgår att den är utfärdad som en säkerhet för bolagets åtaganden avseende det ramavtal som upphandlingen gäller.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsdokumenten saknas en närmare beskrivning av hur det underlag som visar att en anbudsgivare har en ekonomisk stabilitet som motsvarar det efterfrågade omsättningskravet ska vara utformat. Det uppställs inte heller några formkrav för hur ett åberopande av ett annat företags ekonomiska kapacitet ska ske.
Ekerö Bostäder har härigenom skapat ett visst utrymme för anbudsgivarna att utforma ett åberopande på det sätt som de själva finner lämpligt. Mot denna bakgrund samt med beaktande av moderbolagsgarantins lydelse anser förvaltningsrätten att det får anses tillräckligt tydligt visat att Bruske Entreprenad genom att ge in denna med sitt anbud har åberopat Bruske Måleris ekonomiska kapacitet. I fråga om moderbolagsgarantins innehåll konstaterar förvaltningsrätten vidare att detta hade kunnat vara tydligare utformat, men att det likväl framkommer att moderbolagsgarantin är utställd av Bruske Måleri till förmån för Bruske Entreprenad i den nu aktuella upphandlingen samt att den utgör en säkerhet för Bruske Entreprenads åtaganden rörande det ramavtal som upphandlingen avser och gäller under hela ramavtalets längd. Förvaltningsrätten anser därmed att moderbolagsgarantin är tillräckligt tydligt utformad för att visa att bolaget har den ekonomiska kapaciteten för att fullgöra den prestation som efterfrågas i upphandlingen under den tid som kontraktet ska fullgöras.

Uppfyller Bruske Entreprenad kraven på teknisk kapacitet?

I punkt 3.7. i Anbudsformulär Ramavtal Byggentreprenadtjänster - Ekerö Bostäder (anbudsformuläret) anges bl.a. följande.

> Byggnadsarbetare: Anbudsgivaren ska offerera fyra (4) byggnadsarbetare, varav två (2) snickare och två (2) plattsättare. CV på övriga yrkeskategorier ska redovisas på anmodan. Nedanstående krav ska uppfyllas:

- Minst tre (3) års erfarenhet inom servicearbeten och mindre entreprenader inom den senaste femårsperioden
- Ska förstå och behärska svenska språket i tal samt kunna läsa text på ritningar och förstå rumsbeskrivningar m.m.
- Ska ha certifikat för tillstånd Heta arbeten
- Vid arbete med lyftanordningar ska förarintyg för dessa innehas.

Bruske Entreprenad har, genom att med sitt anbud ge in ett åtagande från Söderorts Bygg & Kakel, åberopat ett annat företags tekniska kapacitet i fråga om uppfyllandet av anbudsformulärets kravpunkt 3.7. avseende tillhandahållande av två plattsättare. I nu nämnda åtagande anges bl.a. följande.

Upphandling Ramavtal byggentreprenadtjänster, AB Ekerö Bostäder. Härmed intygar vi att Bruske Entreprenad AB org. nr 559038-9432 har tillgång till och förfogar över två stycken plattsättare från Söderorts Bygg & Kakel AB med org. nr 559061-1603.

Ekerö Bostäder har anfört bl.a. att det av nu nämnda åtagande inte framgår att Bruske Entreprenad kommer att förfoga över de aktuella resurserna när, och under hela tiden kontraktet ska fullgöras och att det därför inte uppfyller de krav som ställs på ett åtagande enligt 19 kap. 23 § LOU.

Bruske Entreprenad har i sin tur anfört att eftersom åtagandet hänvisar till det ramavtal som är föremål för upphandling måste det anses klart att åtagandet gäller under hela ramavtalsperioden.

Förvaltingsrätten konstaterar även i denna del att åtagandet från Söderorts Bygg & Kakel hade kunnat vara tydligare utformat. Precis som Ekerö Bostäder har påpekat anges det exempelvis inte under vilken tidsperiod Bruske Entreprenad kommer att förfoga över de aktuella resurserna. Förvaltningsrätten konstaterar dock att åtagandet hänvisar till det ramavtal som är föremål för upphandlingen. Det framgår inte att åtagandet på något sätt skulle vara begränsat i tid. Förvaltningsrätten finner mot denna bak-

grund att åtagandet får förstås som att det gäller under hela den tid som ramavtalet löper. Bruske Entreprenad har därmed visat att bolaget förfogar över två plattsättare i den mening som avses i 19 kap. 23 § LOU (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 19 november 2009 i mål nr 2304-09).

Sammanfattningsvis konstaterar förvaltningsrätten att Bruske Entreprenad uppfyller de i upphandlingen uppställda kraven på ekonomisk och teknisk kapacitet. Ekerö Bostäder har följaktligen genom att på nu nämnda grunder förkasta Bruske Entreprenads anbud agerat i strid med bestämmelserna i 4 kap. 1 § och 19 kap. 23 LOU.

Har Bruske Entreprenad lidit eller kan komma att lida skada?

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att Ekerö Bostäder genom att förkasta Bruske Entreprenads anbud har agerat i strid med bestämmelserna i LOU. För att en ansökan om överprövning ska kunna bifallas krävs även att den sökande leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt tilldelningsbeslutet uppgår det lägsta utvärderingspriset bland de leverantörer som Ekerö Bostäder har valt att teckna avtal med till 1 209 800 kr. Bruske Entreprenad har i sitt anbud lämnat ett utvärderingspris om 1 123 500 kr, vilket är det prismässigt bästa anbudet i upphandlingen. Det får mot denna bakgrund anses visat i målet att bolaget har lidit skada till följd av Ekerö Bostäders överträdelse av bestämmelserna i LOU. Det finns därmed skäl för ingripande. Överträdelsen är hänförlig till anbudsutvärderingen och det är således tillräckligt att ett ingripande sker genom rättelse. Rättelse ska därför ske på så sätt att en förnyad anbudsutvärdering ska göras, varvid Bruske Entreprenads anbud ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Johan Rick
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Ylva Almqvist har föredragit målet.

SVERIGES DOMSTOLAR

Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?
Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

   Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

   Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Anvisningar för överklagande FR-05 - Överklagandetid 3 v - PT (upphandling) • Producerat av Domstolsverket, Avd. för domstolsutveckling • 2018-11

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

Anvisningar för överklagande FR-05 - Överklagandetid 3 v - PT (upphandling) • Producerat av Domstolsverket, Avd. för domstolsutveckling • 2018-09