



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2013-11-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22100-13

SÖKANDE

STRABAG Sverige AB, 556655-6618

Ombud: Advokat Martin Levinsohn och jur.kand. Andrea Rosengren
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Stockholms Stad
Exploateringskontoret
Box 8189
104 20 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013 -11- 1 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår STRABAG Sverige AB:s ansökan.

Dok.Id 413574

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Stockholms Stad genom exploateringsnämnden (staden) har genomfört en upphandling beträffande byggnation avseende arbetsgator och ledningar i detaljplaneområde Norra 2 i Norra Djurgårdsstaden (Dnr NDS E-312-13). Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och syftar till att träffa avtal med den leverantör som erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av tilldelningsbeslut den 5 september 2013 framgår att staden beslutat att anta en annan leverantör än STRABAG Sverige AB (bolaget) som entreprenör.

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för yrkandena anför bolaget följande. Upphandlingen har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att staden felaktigt har förkastat bolagets anbud. Bolaget uppfyller samtliga krav i upphandlingen och borde inte ha uteslutits på grund av deras ekonomiska och finansiella ställning eller brister beträffande personal och kompetens. I upphandlingen har även otydliga krav ställts. Stadens agerande har medfört att bolaget har eller kan komma att lida skada.

Staden bestrider bifall till ansökan eftersom man genomfört upphandlingen i enlighet med reglerna i LOU. Det var korrekt att förkasta bolagets anbud då det inte uppfyllde samtliga i upphandlingen ställda skrav.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska iakttas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, inte får beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Bolaget har som grunder för sin ansökan angett att staden felaktigt har förkastat bolagets anbud och att vissa av de i upphandlingen ställda kraven är otydliga.

Eftersom ett otydligt krav kan innebära en eventuell brist i transparens som i sin tur leder till att en upphandling ska göras om inleder förvaltningsrätten med en prövning av vad bolaget anfört angående ska-kravet gällande finansiell förmåga.

Ska-krav beträffande ekonomisk och finansiell ställning

Bolaget gör gällande att kravet beträffande finansiell förmåga, dvs. ekonomisk och finansiell ställning, är så otydligt att det inte kan utgöra grund för uteslutning av bolagets anbud.

Upphandlingens förfrågningsunderlag ska vara så tydligt att en potentiell anbudsgivare får en uppfattning av vad som tillmäts betydelse vid kvalificering och utvärdering samt att de utifrån underlaget ska få en möjlighet att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att "de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när", RÅ 2002 ref. 50.

I upphandlingsföreskrifterna UFB.513 Finansiell förmåga anges följande.

Anbudsgivare ska ha sådan finansiell och ekonomisk ställning som krävs för genomförandet av uppdraget. Anbudsgivare ska under det senaste fastställda räkenskapsåret ha uppnått en årsomsättning om lägst 100 miljoner kronor.

Bolaget har uppgett att kravet inte är tillräckligt tydligt och precist och har anfört i huvudsak följande. Det enda konkreta krav som ställdes var att anbudsgivarens omsättning skulle uppgå till 100 MSEK. Om staden utöver detta även hade önskat att anbudsgivarna skulle uppfylla andra specifika krav gällande finansiell och ekonomisk ställning, så borde detta ha specificerats i förfrågningsunderlaget. Några sådana krav angavs inte och kan därmed inte heller tillämpas vid anbudskvalificeringen. Kravet att anbudsgivarna ska ha "sådan finansiell och ekonomisk ställning som krävs för genomförandet av uppdraget" är inte tillräckligt.

Staden bestrider att kravet är otydligt. Kravet är tillräckligt tydligt för att ligga till grund för prövning om ställt krav är uppfyllt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Förvaltningsrätten anser att det av upphandlingsföreskrifterna UFB.513 kan utläsas att i fråga om finansiell förmåga, dvs. finansiell och ekonomisk ställning, uppställs det ska-krav

gällande att kunna genomföra uppdraget och att ha en viss minsta årsomsättning. Även om kravet gällande finansiell och ekonomisk ställning inte är optimalt utformat anser förvaltningsrätten att det som bolaget anfört i denna del inte är tillräckligt för att anse att kravet är så otydligt att det motiverar ett ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås i denna del.

Uppfyllande av ska-krav beträffande ekonomisk och finansiell ställning

Bolaget har anfört att det uppfyller kravet på finansiell och ekonomisk ställning. Bolagets rörelseresultat uppgår till minus 995,2 MSEK och resultatet efter finansiella poster uppgick till minus 301,8 MSEK. Det negativa resultatet beror i huvudsak på att bolaget under 2012 hade stora kostnader av engångskaraktär och på grund av stora nedskrivningar i fem äldre projekt samt kostnader på omstruktureringsprojekt. Det är därför missvisande att bedöma bolagets ekonomiska ställning enbart med utgångspunkt i 2012 års resultat. Bolaget har även tillsammans med anbudet lämnat in en kapitaltäckningsgaranti från deras moderbolag som uppgår till 300 miljoner kronor. Det saknas skäl att jämföra kapitaltäckningsgarantins storlek med bolagets resultat för 2012. Det är inte endast den ekonomiska och finansiella ställningen under 2012 som är relevant utan det är den nuvarande och framtida eftersom kravet är relaterat till anbudsgivarnas möjlighet att genomföra det aktuella projektet. Stadens notering om att garantin understeg förlusten är korrekt men missvisande. För att bedöma om en anbudsgivare har den finansiella och ekonomiska kapacitet som krävs för uppdraget kan resultatet inte ses isolerat utan en samlad bedömning av bolagets förutsättningar måste ske. Moderbolaget är ett av världens största entreprenadbolag med en årsomsättning på cirka 14 miljarder euro under 2012. Innan moderbolaget köpte bolaget hade bolaget gått dåligt under en längre tid vilket fortfarande påverkar resultatet. Eftersom moderbolaget anser att det finns stor potential i bolaget har de

bl.a. utfärdat kapitaltäckningsgarantin. Under 2012 har även ett aktieägartillskott om 320 miljarder tillförts bolaget i syfte att stärka bolagets finansiella ställning. Det aktuella uppdraget som upphandlingen rör är ett relativt litet uppdrag för bolaget (som har en årsomsättning på cirka 1,6 miljarder kronor år 2012) och även för staden eftersom exploateringsnämndens utgifter för investeringar under 2013 uppgick till 3 050 MSEK. Kontraktssumman är på cirka 40 MSEK och uppdraget kräver inte några betydande investeringar för bolagets del.

Staden bestrider att bolagets anbud uppfyller kravet på ekonomisk och finansiell ställning och anför följande. Vid prövning av bolagets anbud konstaterade staden att bolaget utvisade ett kraftigt negativt resultat. Den åberopade och ingivna kapitaltäckningsgarantin om 300 MSEK täckte inte ens det senaste årets förlust. I och med dessa förhållanden bedömde staden att kravet inte var uppfyllt och att det därför fanns grund för att förkasta anbudet. Någon skyldighet för staden att ange på vilket sätt det kraftigt negativa resultatet och den otillräckliga kapitaltäckningsgarantin skulle inverka på bolagets möjligheter att genomföra projektet föreligger inte. Staden bestrider att det skulle vara missvisande att bedöma bolagets ekonomiska ställning enbart med utgångspunkt i 2012 års resultat och att en jämförelse mellan den ingivna garantin och resultatet inte skulle vara relevant. Staden hävdar att det är den ekonomiska och finansiella ställningen för året 2012 som är relevant. Kravet i samma punkt angående lägst omsättning tar sikte på årsomsättningen för det senast fastställda räkenskapsåret. Det är för den efterfrågade entreprenaden fråga om en förhållandevis lång kontraktstid (två år) och en entreprenad av betydande storlek och betydelse för staden. Entreprenaden är även betydelsefull för det fortsatta genomförandet av detaljplanen Norra 2 inom Hjorthagen. Totalt är det fråga om flera efterföljande entreprenader till ett värde om cirka 1–1,5 miljard kronor. Syftet med kravet på finansiell och ekonomisk ställning är att säkerställa att entreprenören har en sådan ekonomisk styrka

och stabilitet att den klarar av att utföra åtagandena under hela avtalstiden. De omständigheter som bolaget anför beträffande moderbolagets ekonomiska ställning m.m. saknar relevans för frågan om bolaget uppfyller ställt krav.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. En upphandlande enhet har rätt att ställa krav på en anbudsgivares ekonomiska kapacitet. Kravet i de i målet aktuella upphandlingsföreskrifterna (förfrågningsunderlaget) är att anbudsgivare ska uppnå en årsomsättning under föregående räkenskapsår om minst 100 MSEK samt att anbudsgivare ska ha sådan finansiell och ekonomisk ställning som krävs för genomförandet av uppdraget. Det lämnas inte något utrymme i förfrågningsunderlaget för undantag från detta krav varför ska-kravet inte kan efterges och således måste kravet vara uppfyllt av anbudsgivaren för att dennes anbud ska tas upp till utvärdering. Det är ostridigt i målet att bolaget uppnått en årsomsättning om minst 100 MSEK under föregående räkenskapsår.

Förvaltningsrätten har att pröva om bolaget uppfyller kravet om att ha sådan finansiell och ekonomisk ställning som krävs för genomförandet av uppdraget.

Det uppdrag som omfattas av upphandlingen är ett entreprenaduppdrag beträffande byggnation av arbetsgator och ledningar i Norra Djurgårdsstaden. Kontraktstiden är två år och entreprenadens värde beräknas till cirka 40 MSEK. Staden har uppgett att det för dem är fråga om en entreprenad av betydande storlek under en förhållandevis lång avtalstid medan bolaget menar att entreprenaden är av mindre slag för staden och att bolaget inte behöver göra några betydande investeringar om de tilldelas kontraktet. Enligt förvaltningsrätten måste en upphandlande myndighet få ställa krav på en leverantörs möjlighet att kunna utföra uppdraget rent ekonomiskt om ett kontrakt om 40 MSEK ska tilldelas. Av

utredningen framgår att bolaget under föregående räkenskapsår hade ett minusresultat efter finansiella poster på 301,8 MSEK och en kapitaltäckningsgaranti på 300 MSEK. Förvaltningsrätten kan därför konstatera att kapitaltäckningsgarantin inte täckte bolagets negativa resultat. Bolaget hävdar att det inte är rättvisande att endast kontrollera bolagets ekonomiska ställning som den såg ut under föregående räkenskapsår eftersom det haft stora engångskostnader, nedskrivningar och kostnader för omstrukturering under det aktuella räkenskapsåret. Ett instrument för att kontrollera en anbudsgivares finansiella och ekonomiska ställning, som staden använt sig av, är att kontrollera hur anbudsgivarens ekonomi sett ut föregående räkenskapsår. Bolaget har självt angett att innan moderbolaget köpte bolaget hade det gått dåligt under en längre tid vilket fortfarande påverkar resultatet. Det finns inget ingivet av bolaget som visar att dess ekonomiska och finansiella ställning de kommande två åren kommer att vara stabilare än vad den varit tidigare. Förvaltningsrätten delar därför stadens bedömning att bolaget inte visat att det har sådan finansiell och ekonomisk ställning som krävs för genomförandet av uppdraget.

Ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU

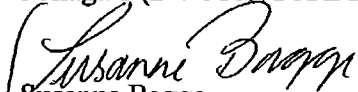
Eftersom bolaget, som förvaltningsrätten har konstaterat, inte har uppfyllt stadens krav på finansiell och ekonomisk ställning och kravet inte kan anses strida mot LOU har staden haft fog för sitt beslut att inte ta upp bolagets anbud till prövning. Mot denna bakgrund kan bolaget inte anses ha lidit eller riskera att lida någon skada. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte.

Då bolaget inte har lidit skada eller kan komma att lida skada saknar förvaltningsrätten skäl att pröva de övriga invändningar som bolaget har framställt i sin begäran om överprövning.

Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Susanne Bagge

Rådman

Elin Vidlund har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. 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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 nås 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.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.