



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2015 -05- 2 0
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2107-15

KONKURRENSVERKET	
2015 -05- 2 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

BCA Entreprenad AB, 556411-0848
 Bernstorpsvägen 7
 232 91 Arlov

Ombud: advokaterna Nicklas Hansson och Emma Brodesson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
 Box 226
 201 22 Malmö

MOTPART

Lunds Kommuns Fastighets AB
 Box 1675
 221 01 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller BCA Entreprenad AB:s ansökan om ingripande enligt LOU på så sätt att upphandling av Ramavtal 2015 avseende ramavtalsområde Yttre VA- och schaktarbeten inte får avslutas innan rättelse har skett på så sätt att Lunds Kommuns Fastighets AB vid ny utvärdering ska beakta BCA Entreprenad AB:s anbud.

BAKGRUND

Lunds Kommuns Fastighets AB (nedan LKF) genomför en upphandling av Ramavtal 2015 som omfattar ramavtalsområdena Avloppsspölning inom byggnad, Yttre VA- och schaktarbeten, Byggnadsarbeten inklusive plåt och papp, Elarbeten, Golvlägningsarbeten, Kakelarbeten, Parkettslipning, Ventilationsarbeten och VS-arbeten. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU och tilldelningsgrund är lägsta pris. Avsikten är att teckna ramavtal med fyra entreprenörer inom respektive område.

Av tilldelningsbeslut den 20 februari 2015 avseende ramavtalsområdet Yttre VA- och schaktarbeten framgår att andra anbudsgivare än BCA Entreprenad AB (nedan BCA) tilldelats kontrakt samt att BCA:s anbud förkastats eftersom BCA inte uppfyller krav i punkten AFB.51 i förfrågningsunderlaget.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

BCA ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den del av upphandlingen som avser Yttre VA- och schaktarbeten ska rättas på så sätt att ny utvärdering ska ske med beaktande av BCA:s anbud. I andra hand yrkar BCA att upphandlingen ska göras om. BCA anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Beslutet att utesluta BCA är i strid med LOU och de bakomliggande principerna. Beslutet har medfört skada eftersom det innebär risk för uteblivna intäkter för BCA. LKF har förkastat BCA:s anbud avseende Yttre VA- och schaktarbeten eftersom bolagets rating hos Business check är 1 och kravet på rating är minst 5. I kravspecifikationen anges att anbudsgivare som befarar att de inte uppfyller begärd ratingklass bör lämna kompletterande

uppgifter. BCA har lämnat kompletterande uppgifter och till ansökan fogat särskild redogörelse för bolagets ekonomiska ställning till vilken även fogats årsredovisning för 2013 samt resultat- och balansräkning per den 30 september 2014. Skälet till den särskilda redogörelsen består i att BCA varit medvetet om att bolaget inte erhållit kreditbetyg 5 enligt Business check ratingsystem. Sannolikt beror Business checks bedömning på att bolaget i sin årsredovisning angivit att man är kärandepart i två pågående tvister. Det aktuella kravet på ekonomisk ställning i punkten AFB.51 i förfrågningsunderlaget innebär att anbudsgivare ska ha sådan ekonomisk och finansiell stabilitet och styrka att det är klarlagt att anbudssökande klarar av att leverera det som efterfrågas i upphandlingen. BCA uppfyller detta krav. Viss rating/ranking hos kreditinstitut kan utgöra bevis för uppfyllelse av det ställda kravet. Annan bevisning kan dock medföra att anbudssökande trots avsaknad av viss kreditrating uppfyller ställt krav på ekonomisk ställning. Det torde vara ostridigt i målet att BCA som har en genomsnittlig årsomsättning om 185 000 000 kr är ekonomiskt stabilt. Vidare innebär BCA:s särskilda redogörelse för den ekonomiska ställningen att BCA lämnat sådan godtagbar förklaring till varför rating 5 inte erhållits avseende bolaget. LKF skulle i enlighet med förfrågningsunderlaget ha gjort en individuell bedömning av om BCA är ekonomiskt stabilt. LKF har inte gjort detta vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Om förvaltningsrätten finner att upphandlingen inte kan rättas ska den göras om på följande grunder. Krav på ekonomisk kapacitet ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vad LKF:s krav "ekonomiskt stabil" innebär. Det går inte heller att koppla detta till vad som efterfrågas i upphandlingen eftersom det är fråga om ett ramavtal utan angivna volymer. Eftersom det uppskattade värdet på ramavtalet inte framgår av förfrågningsunderlaget innebär det att det inte är möjligt att bedöma vilken ekonomisk stabilitet som krävs och om kravet står i proportion till kontraktsvärdet. Det framgår

inte heller av förfrågningsunderlaget vilka bevis som anbudsgivaren ska ge in för att styrka sin ekonomiska kapacitet om de inte har begärd rating. Förfrågningsunderlaget strider mot kraven i LOU eftersom det varken är förutsägbart eller transparent. Bristerna i förfrågningsunderlaget har gjort att BCA inte har kunnat lämna ett optimalt anbud.

LKF motsätter sig inte bifall till BCA:s förstahandsyrkande om att upphandlingen får avslutas först efter rättelse på så sätt att en ny utvärdering görs med beaktande av anbudet från BCA. LKF bestrider bifall till BCA:s andrahandsyrkande om att upphandlingen ska göras om. LKF anför i huvudsak följande.

Ansökan om överprövning grundas på att LKF har förkastat BCA:s anbud eftersom företagets rating hos Business check är 1 och att anbudsgivare, som det uttrycks i AFB.51, ska ha minst ratingklass 5. LKF:s beslut om diskvalificering har gjorts p.g.a. administrativt förbiseende av den kompletterande information som lämnats av BCA i anbudet om företagets ekonomiska ställning. LKF har därför inte gjort den individuella prövning av anbudsgivarens ekonomiska kapacitet som förutsätts ske enligt 11 kap. 7 § LOU. Oavsett hur frågan ska bedömas är effekten att BCA inte tillåts medverka i upphandlingen. Detta kan i och för sig tänkas strida mot den grundläggande principen om likabehandling. Däremot anser LKF inte att kvalifikationskravet står i strid med grundläggande principer om transparens (förutsebarhet) och proportionalitet. Kravet är entydigt till sin utformning och motsvarar den prövning som under alla förhållanden ska göras av leverantörens ekonomiska ställning enligt LOU. Det är vidare legitimt och försvarbart för den upphandlande myndigheten att uppställa krav på ekonomisk stabilitet. I detta fall är kravet fullt rimligt (proportionerligt) med hänsyn till den tjänst som efterfrågas. LKF kan inte på det nuvarande underlaget utesluta att BCA har lidit eller kan komma att lida skada till följd av att bolaget har uteslutits från anbudsprövningen. LKF är berett att vidta rät-

telse genom att göra en ny utvärdering med beaktande av BCA:s anbud och det kompletterande underlaget. Vad BCA anför som skäl för andrahandsyrkandet visar inte att upphandlingens konkurrensuppsökande skede har påverkats. Det är vidare ett oriktigt påstående att förfrågningsunderlaget saknar uppgift om det uppskattade värdet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 11 kap. 2 § LOU framgår följande. En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7–13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

Av 11 kap. 7 § LOU följer att bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av

1. 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,
2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller

3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

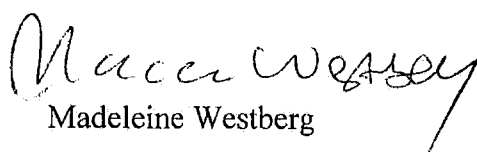
BCA:s anbud har förkastats eftersom LKF ansett att BCA inte uppfyller kravet i AFB.51, Uteslutning av anbudsgivare, i förfrågningsunderlaget. Av i målet aktuellt ska-krav framgår följande av relevans.

LOU 11 kap. § 7. Anbudsgivaren skall vara ekonomiskt stabil. För att uppfylla kravet skall anbudsgivaren minst ha ratingklass 5 eller motsvarande enligt Business check ratingsystem. Om anbudsgivaren ej uppfyller kravet på ratingklass kommer LKFs handläggare eventuellt att begära in kompletterande uppgifter om anbudsgivarens ekonomiska ställning. För det fall anbudsgivaren befarar att ratingklass ej uppfylls bör kompletterande uppgifter lämnas av anbudsgivaren i anbudsskedet.

Kravet i AFB innebär såsom det är formulerat att anbudsgivaren ska ha en ekonomisk ställning motsvarande ratingklass 5 hos Business check ratingsystem oavsett vilket bevis som presenteras avseende anbudsgivarens ekonomiska ställning. För anbudsgivare som inte innehar efterfrågad ratingklass eller motsvarande kan kompletterande uppgifter begäras in av LKF, eller bifogas anbudsgivarens anbud, för bedömning om kravet på ekonomisk stabilitet är uppfyllt på annat sätt.

Det är ostridigt i målet att BCA inte innehar ratingklass 5 enligt Business check ratingssystem eller motsvarande. BCA har av denna anledning till sitt anbud bifogat handlingar till styrkande av att bolaget likväl har den efterfrågade ekonomiska stabiliteten. LKF har vidgått att det vid utvärdering av anbudena skett ett förbiseende av den kompletterande information som lämnats av BCA om bolagets ekonomiska ställning. Förvaltningsrätten kan mot denna bakgrund konstatera att de av BCA bifogade handlingarna till styrkande av bolagets ekonomiska stabilitet inte beaktats inom ramen för utvärderingen. Ett sådant förfarande strider mot vad som anges i AFB.51 i förfrågningsunderlaget och därmed även mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. BCA har därmed lidit skada av LKF:s brott mot LOU och BCA:s ansökan om överprövning ska bifallas. Förvaltningsrätten finner att rättelse är en tillräcklig åtgärd eftersom BCA enligt rättens mening inte förmått visa att bristerna i upphandlingen påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Upphandlingen Ramavtal 2015 ska vid denna utgång rättas på så sätt att den avseende ramavtalsområde Yttre VA- och schaktarbeten inte får avslutas innan rättelse har skett på så sätt att LKF vid ny utvärdering ska beakta BCA:s anbud.

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


Madeleine Westberg

Föredragande i målet har varit Lina Andersson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.