



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 31

DOM
2015-12-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19079-15

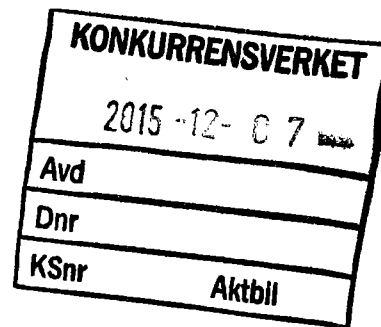
SÖKANDE

StorStockholms Bygg & Entreprenad AB, 556551-5169
Vårhagavägen 5
144 63 Rönninge

MOTPART

AB Nynäshamnsbostäder, 556292-3747
Box 257
149 23 Nynäshamn

Ombud: Anne-Christine Ehn
Colligio AB
Klara Norra Kyrkogata 26
111 22 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 658983

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

AB Nynäshamnsbostäder (Nynäshamnsbostäder) genomför upphandlingen Ramavtal Byggnadsarbeten som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut den 28 augusti 2015 meddelade Nynäshamnsbostäder vilka tre bolag man avser att teckna avtal med. StorStockholms Bygg & Entreprenad AB (SSBE) var inte ett av dessa bolag. I upphandlingsprotokoll angavs att SSBE inte uppfyller krav på omsättning och därmed inte går vidare till utvärdering.

SSBE ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om, varvid anbudet från SSBE tas upp till utvärdering. Bolaget anför bl.a. följande. Nynäshamnsbostäder har brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att förkasta anbudet utan att ha stöd i förfrågningsunderlaget. Till följd av detta har SSBE, som offererat det näst lägsta priset i upphandlingen, gått miste om att ingå ramavtal. Bolaget har därmed konstaterats lida skada eller riskerar i vart fall att lida skada.

En anbudsgivare får vid behov åberopa kapacitet hos ett annat företag när det gäller ett visst kontrakt i den utsträckning anbudsgivaren inte själv uppfyller kraven. I upphandlingen har ställts krav på att anbudsgivaren ska ha viss omsättning. Omsättningen ska enligt AFB.52 i förfrågningsunderlaget uppgå till lägst tio miljoner kr per år under de senaste två åren. För att uppfylla kravet avseende omsättning åberopade SSBE kapacitet hos två andra bolag. Trots detta har Nynäshamnsbostäder förkastat bolagets anbud med motiveringen att bolaget inte uppfyller kravet på omsättning. De tre företagens totala omsättning översteg tio miljoner kr 2013 och 2014. Det står även skrivet i AFB.52 i förfrågningsunderlaget att "Beställaren kan komma att själv kontrollera att detta krav uppfylls, via upplysning från UC

AB eller motsvarande från likvärdigt kreditvärderingsinstitut i det egna landet". SSBE har varit i kontakt med UC AB (UC) som bekräftat att alla uppgifter går att få ut oberoende av om det är ett aktiebolag eller en enskild firma.

Nynäshamnsbostäder bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I AFB.52, krav på anbudsgivaren vad gäller ekonomisk ställning, framgår att "Anbudsgivaren ska ha en kreditvärdighet motsvarande lägst rating 3 enligt UC AB" samt att "Omsättningen under de senaste två åren ska uppgå till minst 10 MSEK/år". Vid kontroll av SSBE:s ekonomiska ställning har beställaren funnit att bolagets omsättning kraftigt understiger ställda krav. Detta faktum har SSBE varit väl medvetna om och har i enlighet med 11 kap. 12 § LOU åberopat annat företags ekonomiska kapacitet. Färgkartans Måleri, som är en enskild firma registrerad på samma innehavare som SSBE, ska enligt verksamhetsbeskrivning utföra "Allt inom måleri, även blästring och konstruktionsmålning". Bolaget har alltså inte någon koppling till att utföra arbeten enligt rubricerad upphandling. Vidare ger ägarförhållandet att innehavaren av SSBE åberopar sin egen enskilda firma som garant för att uppfylla ett åtagande om ekonomisk kapacitet, vilket inte kan anses vara korrekt. SSBE har velat tillskansa sig efterfrågad omsättning, men åberopade företags kapacitet kan inte på något sätt komma att användas vid fullgörandet av ett eventuellt kontrakt. Även om StorStockholms Blåstringsservice AB angivit att bolaget ska bedriva verksamhet inom byggbranschen kan det inte ses som huvudverksamheten för bolaget. Möjligheten att åberopa annat företags kapacitet har inte tillkommit för att en anbudsgivare ska kunna ta in samarbetspartners från vitt skilda branscher. I detta fall har anbudsgivaren valt att bifoga samarbetsavtal med företag vars huvudsakliga arbetsuppgifter hänför sig till måleriindustrin. *Nynäshamnsbostäder* kan genom detta inte säkerställa att kapacitet för att utföra de arbeten som avropas inom rubricerat kontrakt finns. Åberopandet av andra företags kapacitet syftar endast till att kringgå och manipulera de i upphand-

lingen ställda kraven, inte att säkerställa att Nynäshamnsbostäder på bästa möjliga sätt kan få arbeten utförda enligt avtalet. I bedömningen av SSBE:s omsättning har vidare kunnat konstateras att ställda krav inte uppfyllts genom siffror som inhämtats från UC den 12 augusti 2015. Nynäshamnsbostäder hänvisar till omsättning för 2012 och 2013. Även om man skulle räkna med Färgkartans Måleri, som inte kan anses relevant, och tillräkna bolagen den högre delen av spannet som anges för deras omsättning skulle detta ge en summa som överstiger ställda krav för ett år, inte efterfrågade två år. Den av SSBE anförda dokumentationen gällande omsättning gör ingen skillnad i bedömningen då denna information inte har funnits tillgänglig i samband med anbudsutvärderingen. I de fall ett bolag vill åberopa annat företags kapacitet faller det på anbudsgivaren att tillse att relevant information bifogas i anbudet.

En förnyad kontroll av SSBE:s anbud ger vidare att krav vad gäller arbetsledning enligt AFB.52 (C) i förfrågningsunderlaget inte heller uppfylls. SSBE har i CV/meritförteckning angivit att arbetsledaren har utbildning som målare men det saknas utbildning inom service-, underhålls- och ombyggnadsarbeten. Bolagets verksamhet startade i september 2013 vilket gör det ostridigt att offererad arbetsledare inte kan anses uppfylla ställda krav på erfarenhet och kompetens för rubricerad upphandling. I SSBE:s anbud framgår inte att arbetsledaren innehar efterfrågad kompetens och utbildning. Åberopade referensprojekt är inte likvärdiga med de arbeten som kommer att avropas enligt ramavtalet. Nynäshamnsbostäder har inte kunnat begära in förtydliganden eller kompletteringar av endast en anbudsgivare då det inte är förenligt med likabehandlingsprincipen.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de EG-rättsliga principerna. SSBE kan inte anses ha lidit skada och riskerar inte heller att så göra.

SSBE genmäler bl.a. följande. Påståendet om att de tre bolagen inte har den kompetens som erfordras för utförandet av uppdraget är direkt fel. Via bl.a. redogörelse/referensobjekt har SSBE redogjort för att bolaget i samverkan med de andra bolagen har utfört arbeten inom ramen för den kompetens som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. För det fall den upphandlande myndigheten ifrågasätter hela eller delar av anbudet ankommer det på myndigheten att begära förtydligande/komplettering. Den ytterligare grund för diskvalificering som har anförts framstår som en efterhandskonstruktion. Arbetsledaren besitter utbildning och erfarenhet. Den upphandlande myndigheten ska vid en utvärdering begära förtydligande/komplettering. Nynäshamnsbostäder äger inte rätt att i efterhand återropa ytterligare grund för diskvalificering. Givet att upphandlingsprotokollet inte upptar den grunden för diskvalificering ska förvaltningsrätten bortse från påståendet i denna del.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anført i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då

endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Kravet på omsättning

Den fråga förvaltningsrätten inledningsvis har att ta ställning till är huruvida SSBE ägt rätt att åberopa den ekonomiska kapaciteten hos bolagen StorStockholms Blästringsservice AB och Färgkartans Måleri.

I AFB.52 (A) i förfrågningsunderlaget, Krav på anbudsgivaren vad gäller ekonomisk ställning, anges bl.a. att omsättningen under de senaste två åren ska uppgå till längst 10 MSEK/år och att beställaren kan komma att själv kontrollera att detta krav uppfylls, via upplysning från UC AB eller motsvarande kreditvärderingsinstitut i det egna landet.

Av 11 kap. 12 § LOU framgår att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

I förarbetena till ovan nämnda reglering anges bl.a. följande. De nya direktiven reglerar till skillnad från de äldre direktiven möjligheten för en leverantör att ta hjälp av en annan leverantör för att uppnå erforderlig ekonomisk eller teknisk kapacitet. För den leverantör som inte för egen del klarar det kapacitetskrav som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ställt upp som krav i en upphandling är det således möjligt att träffa en överenskommelse med ett annat företag om att detta företag ska ställa sina resurser till anbudssökandens eller anbudsgivarens

förfogande. Kan denne med stöd av avtal eller på annat sätt visa att han förfogar över den andra partens resurser och därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen kan den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudssökanden eller anbudsgivaren (prop. 2006/07:128 s. 245 f).

När en anbudsgivare åberopar annan leverantörs kapacitet har upphandlande myndighet således en skyldighet att beakta även denna. Någon bestämmelse som inskränker denna rätt finns inte i LOU (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 19 juni 2013 i mål nr 8800-12). Det är också möjligt för en anbudsgivare att åberopa annat företags ekonomiska kapacitet för att uppnå ett krav på omsättning (jfr t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 december 2010 i mål nr 1073-10).

SSBE har i förevarande fall åberopat den ekonomiska kapaciteten hos två andra bolag. Nynäshamnsbostäder menar att SSBE inte har ägt rätt att åberopa bolagens ekonomiska kapacitet då åberopade företags kapacitet inte kan användas vid fullgörande av ett eventuellt kontrakt och att företagens huvudsakliga verksamhet hänför sig till måleribranschen. Att bolagen också måste kunna bistå med exempelvis tekniska resurser framgår emellertid inte i upphandlingen. Någon begränsning vad gäller rätten att åberopa kapacitet i ett bolag som ägs och drivs av samma person finns, enligt förvaltningsrättens mening, inte heller. Förvaltningsrätten finner därför att SSBE har ägt rätt att åberopa den ekonomiska kapaciteten hos StorStockholms Blästrings-service AB och Färgkartans Måleri samt att Nynäshamnsbostäder skulle ha beaktat dessa bolags omsättning vid prövningen av om kravet i AFB.52 (A) uppfylls.

Enligt Nynäshamnsbostäder har man den 12 augusti 2015 kontrollerat bolagens omsättning via UC och kommit fram till att den gemensamma omsättningen ger en summa som överstiger ställda krav för ett år, inte

efterfrågade två år. De av Nynäshamnsbostäder uppgivna uppgifterna om omsättning avser år 2012 och 2013. Enligt det aktuella kravets ordalydelse ska anbudsgivaren uppfylla omsättningskravet de senaste två åren. Förfrågningsunderlaget är daterat den 5 juni 2015 och kravet kan, enligt förvaltningsrättens mening, därmed inte förstås på annat sätt än att det avser år 2013 och 2014. Nynäshamnsbostäder har enbart förbehållit sig en rätt att kontrollera att anbudsgivaren uppfyller nämnda krav. Huruvida uppgifter avseende omsättning för 2014 faktiskt har funnits tillgängliga att inhämta via UC kan inte vara avgörande för hur kravet ska tolkas. Om beställaren visat sig sakna praktisk möjlighet att genomföra en kontroll enligt underlaget kan det inte ligga anbudsgivarna till last.

Förvaltningsrätten anser därför att Nynäshamnsbostäder brutit mot LOU genom att inte beakta omsättningen från StorStockholms Blästringsservice AB och Färgkartans Måleri samt att inte grunda prövningen på omsättningen för åren 2013 och 2014.

Kravet vad gäller arbetsledning

Nynäshamnsbostäder har i förvaltningsrätten anfört att man vid en förnyad kontroll av anbudet har kommit fram till att SSBE inte uppfyller kravet på arbetsledning. Som huvudsakligt skäl för detta har Nynäshamnsbostäder anfört att arbetsledaren inte innehar efterfrågad kompetens och utbildning.

I förfrågningsunderlaget anges följande i AFB.52 (C):

”Krav på anbudsgivaren vad gäller arbetsledning

Anbudsgivaren ska ha tillgång till minst en (1) person som jobbar heltid med arbetsledning. Denna person ska under avtalstiden vara tillgänglig för Beställaren. Arbetsledaren ska:

- a) Minst fem (5) års erfarenhet inom efterfrågad verksamhet, inom den senaste 10-årsperioden. Relevant påbyggnadsutbildning två år likställs med två års erfarenhet.
- b) Minst två (2) års erfarenhet av arbetsledning inom likvärdig verksamhet, alternativt bedrivit egen företagsverksamhet.

- c) BAS-U intyg eller motsvarande, alternativt vara anmäld till att genomgå sådan utbildning innan avtalsstart
- d) Ska behärska svenska språket i tal och skrift.”

Den aktuella upphandlingen avser byggnadsarbeten. Bortsett från kravet på BAS-U intyg, vilket inte är ifrågasatt, förekommer inte något krav på utbildning i ovan citerade avsnitt. Enligt förvaltningsrättens mening framgår dock inte av handlingarna i målet att SSBE:s arbetsledare uppfyller ställda krav på erfarenhet.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner således att Nynäshamn bostäder har brutit mot LOU genom att inte beakta omsättningen från StorStockholms Blästrings-service AB och Färgkartans Måleri samt att inte ha grundat prövningen på företagets omsättning för åren 2013 och 2014. Genom vad Nynäshamn bostäder har anfört i målet framgår dock att SSBE skulle ha uteslutits oavsett kravet på omsättning eftersom det inte framgår att kravet vad gäller arbetsledning uppfylls. Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget därmed inte visat att det lidit eller kan komma att lida skada och grund för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Anneli Berglund Creutz

Rådman

Isabella Bjurling Willis 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.