



KONKURRENSVERKET	
2015 -12- 23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Markbygg Anläggning Väst AB, 556581-2491

Ombud:

Advokat Jimmy Cernelind och Advokat Helena Royson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Uddevalla kommun, 212000-1397

Ombud:

Advokat Anders Nilsson och Jur.kand. Hermina Grozdanic Kelly
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 19 augusti 2015
i mål nr 7392-15, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Markbygg Anläggning Väst AB yrkar att kammarrätten ska undanröja förvaltningsrättens dom och besluta om rättelse på så vis att en ny utvärdering ska äga rum i vilken Markbyggs anbud ska ingå. Markbygg anför

följande. Uddevalla kommun har i förfrågningsunderlaget ställt som krav att anbudsgivaren ska ha en ekonomisk stabilitet och finansiell styrka för att genomföra uppdraget under hela avtalstiden. Detta innebär att anbudsgivaren ska ha minst kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut. Beviskravet är formulerat och begränsat till att gälla ett motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut och det har inte föreskrivits någon begränsning vilket kreditinstitut som accepteras. Inte heller har det föreskrivits någon möjlighet för anbudsgivare som inte har kreditvärdighet 3 hos UC att bifoga förklaring och på annat sätt visa sin ekonomiska ställning. – Bolaget har bifogat en kreditbedömning från Creditsafe som utvisat 98 av 100, vilket utgör bästa möjliga rating. Intyget uppfyller kravet på motsvarande betyg från annat kreditvärderingsinstitut. Bolaget har således uppfyllt det ställda beviskravet. Om bolaget kunnat förutse att kommunen skulle underkänna intyg från Creditsafe skulle det ha utformat sitt anbud på annat sätt. Exempelvis skulle ekonomisk kapacitet från annat företag kunnat åberopas och/eller ekonomiska rapporter tillsammans med revisorsintyg bifogats. – Kommunens utredning, om bolagets möjligheter att fullgöra kontraktet, har inte följt kraven i LOU då kommunen inte gett bolaget möjlighet att inkomma med en egen utredning om den aktuella ekonomiska ställningen.

Uddevalla kommun bestrider Markbyggs yrkanden och anför följande. Markbygg uppfyller inte förfrågningsunderlagets krav på ekonomisk stabilitet och finansiell styrka. Markbygg har inte visat att bolaget har minst kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut. Att mot denna bakgrund anta Markbyggs anbud skulle innebära att kommunen frånfaller kravet på ekonomisk stabilitet vilket skulle strida mot principerna om transparens och likabehandling.

1998-1999

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad målet gäller

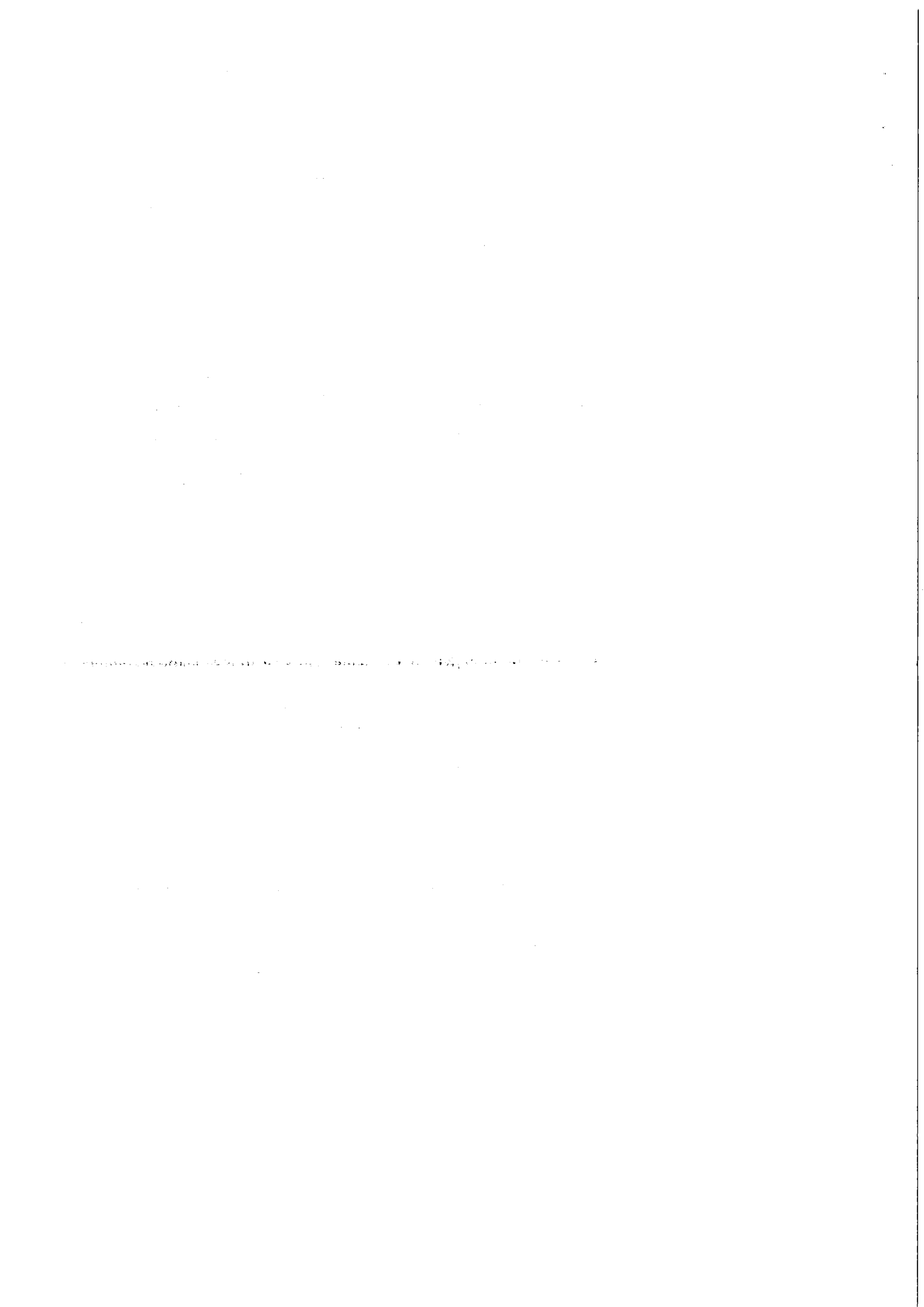
Uddevalla kommun har genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, upphandlat nybyggnad av gator och VA samt vattenreservoar inom Sundskogens exploateringsområde komplett inklusive elnät, opto och belysning samt med jord- och bergschakt, fyllningsarbete på vissa tomter, dagvattenhantering inkl. öppna diken och fördröjningsdamm, lekplatser och multiarena m.m. Vid upphandlingen är således 15 kap. LOU tillämplig.

I förfrågningsunderlaget har under avsnitt AFB.52 Prövning av anbudsgivarens lämplighet sagts bl.a. följande:

Anbudsgivaren ska ha en ekonomisk stabilitet och finansiell styrka för att genomföra uppdraget under hela avtalstiden. Detta innebär att anbudsgivaren ska ha minst kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut. Bevis om kreditvärdighet ska kunna visas vid anmodan inför tilldelningsbeslut eller kontraktsskrivning inom 3 dagar. En anbudsgivare får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Att anbudsgivaren förfogar över resurserna ska skriftligen intygas innan kontrakt tecknas.

Markbygg har för att styrka begärd ekonomisk stabilitet och finansiell styrka i anbudet åberopat kreditupplysning från Creditsafe. I upplysningen ges bolaget en rating om 98 vilket uppges beskriva mycket god kreditvärdighet. Kommunen har inhämtat kreditupplysning från UC avseende bolaget. Bolaget har av UC bedömts ligga i riskklass 1.

Frågan i målet är om kommunen ägt utesluta Markbyggs anbud från utvärderingen på den grunden att bolaget saknar ekonomisk stabilitet och finansiell styrka för att genomföra uppdraget under hela avtalstiden.



Rättslig reglering

En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna. – I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som myndigheten avser tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 19 § (15 kap. 13 b första och andra stycket LOU).

En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. 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 (15 kap. 15 a § LOU).

Kammarrättens bedömning

Det uppställda kravet på ekonomisk stabilitet och finansiell styrka har av upphandlande enhet ansetts kunna styrkas av kreditvärdighet om minst 3 hos kreditupplysningsbolaget UC. Den första frågan är om kreditvärdet 98 hos Creditsafe motsvaras av riskklass 3 hos UC. Det är ostridigt att kreditvärderingsbolagen använder olika information för att fastställa ett företags kreditvärdighet. Creditsafe gör inga riskbedömningar och tar inte heller hänsyn till antalet ansökningar hos kronofogdemyndigheten inom viss tid. Det gör däremot UC. Kreditvärde 98 hos Creditsafe motsvarar således inte minst riskklass 3 hos UC.

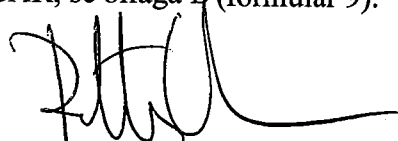
Kommunen har per epost ”Förtydligande till ekonomisk stabilitet och teknisk förmåga” begärt att bolaget inger nytt kreditvärderingsintyg, be-

kräftelse på den organisation som ska genomföra uppdraget och försäkran om bankgaranti för fullgörande och garantiåtagande. Bolaget har gett in nytt intyg från Creditsafe daterad den 26 juni 2015 som visar 98 av 100. Bolaget försäkrar också "att säkerhet enligt AFC.631 kommer att erbjudas". I AFC.631 anges bankgaranti eller moderbolagsgaranti. Slutligen lämnar bolaget upplysning om nytt ombud och arbetschef och uppger att i övrigt är organisationen densamma som i anbudet.

Bankgaranti är en borgensförbindelse där banken i en affärsuppgörelse mellan flera parter ställer sig som garant för sin kund. Moderbolagsgaranti är en garanti med samma funktion som en bankgaranti utfärdad av leverantörens moderbolag. Moderbolaget tar således på sig att stå för förbindelsens konsekvenser om dotterbolaget skulle gå i konkurs. Markbyggs försäkran om säkerhet innebär att bolaget åberopar en banks ekonomiska resurser eller moderbolagets ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet, vilket bolaget kunnat göra enligt 15 kap. 15 a § LOU. Bolaget har dock inte skriftligen intygat garantiåtagandena. Det framkommer inte heller av den utredning som kommunen själv genomfört att Markbygg har ekonomisk stabilitet och finansiell styrka för att genomföra uppdraget under hela avtalstiden.

Vid dessa förhållanden anser kammarrätten att kommunen haft skäl för sitt beslut att utesluta Markbygg, varför överklagandet ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

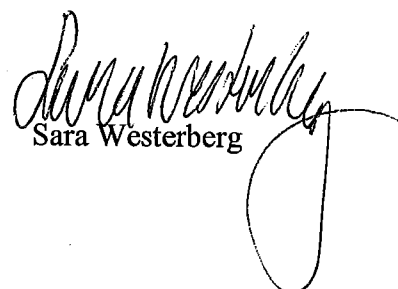


Peter Classon



Silja Klint

referent



Sara Westerberg

1970-1971



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 12

DOM
2015-08-19
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7392-15

Sida 1 (6)

Bilaga A

SÖKANDE

Markbygg Anläggning Väst AB, 556581-2491

Ombud:

Advokaterna Jimmy Carnelind och Helena Royson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Uddevalla kommun
451 81 Uddevalla

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 355731

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Uddevalla kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av nybyggnad av gator och VA samt vattenreservoar, Sundskögen etapp 2, dnr SBN 2015/363. Av tilldelningsbeslut den 3 juli 2015 framgår att Markbygg Anläggning Väst AB (Markbygg) lämnat lägsta anbudspris men uteslutits från upphandlingen då bolaget inte uppfyller ställt krav om ekonomisk stabilitet.

YRKANDEN M.M.

Markbygg begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras i vilken bolagets anbud ska ingå. Markbygg anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i strid med LOU vilket har medfört att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Markbygg uppfyller ställt krav på ekonomisk stabilitet och finansiell styrka. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare ha kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut. Markbygg har till anbudet bifogat en kreditbedömning från Creditsafe som visar 98 av 100, vilket utgör bästa möjliga rating. I praxis har fastställts att "mycket god kreditvärdighet" hos Creditsafe motsvarar i vart fall riskklass 3 hos UC, se Kammarrätten i Göteborg mål nr 2546-14. Markbygg uppfyller således ställt krav och anbudet har därmed felaktigt förkastats. Det är irrelevant vilken rating Markbygg har hos UC och kommunen har inte förbehållit sig rätten att underkänna kreditrating från Creditsafe. Kommunens agerande innebär de facto att enbart intyg från UC har accepterats, vilket strider mot förfrågningsunderlaget. Om kommunen angett att intyg från Creditsafe skulle underkännas kunde bolaget ha återopat ekonomisk kapacitet från annat bolag. Den efterforskning kommunen gjort strider mot de förutsättningar kommunen angett i förfrågningsunderlaget. Att Markbygg har rating 1 hos UC beror på andra omständigheter än att bolaget skulle

sakna ekonomiska resurser att genomföra kontraktet. Att t.ex. en företagsrekonstruktion pågår i ett annat koncernbolag påverkar inte Markbygg. Förekomsten av ansökningar med betalningsförelägganden hos Kronofogdemyndigheten visar på problematiken kring UC:s kreditrating. Merparten av ansökningarna riktade mot Markbygg är återkallade då de saknat grund. Detta tar inte UC hänsyn till. Ett flertal av ansökningarna har även avsett belopp under 1 000 kr, vilket givetvis inte påverkar Markbyggs ekonomiska ställning. Markbygg uppfyller således ställt krav och anbudet har felaktigt förkastats. När tilldelning har erhållits kommer Markbygg också att ställa säkerhet i form av bankgaranti i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har haft sakliga skäl att utesluta Markbygg då bolaget inte uppfyller ställt krav på ekonomisk stabilitet. Upphandlingen omfattar arbete under 1,5 år och anbudet ligger mellan 30-35 MKR för själva entreprenaden och sedan tillkommer kommunens och de kommunala bolagens kostnader. Kommunen har ett flertal bygg- och anläggningsprojekt igång och ett rykte om att allt inte stod rätt till inom Markbygg har spritt sig. Under utvärderingen framkom att ett av dotterbolagen, MarkbyggConstruction AB, har haft ekonomiska problem och är under företagsrekonstruktion som inleddes den 10 juni 2015. På Markbyggs hemsida står att Markbygg Construction kommer att "återgå till att arbeta som underentreprenör till systerbolaget Markbygg Anläggning". Till Markbyggs anbud bifogades intyg om ekonomisk stabilitet 98 av 100 från Creditsafe daterat den 4 maj 2015. Vid kontroll mot UC visades riskklass 1, dvs. sämsta möjliga. På grund av den stora skillnaden togs kontakt med Creditsafe för att få mer information. Enligt Creditsafe görs inga riskbedömningar utan man tittar mer på hur länge bolaget har funnits på marknaden m.m. Verksamhetens art eller omfattning bedöms inte av Creditsafe. UC gör riskbedömningar bl.a. utifrån antalet ansökningar hos Kronofogdemyndigheten som gjorts senaste tiden.

På intyget från Creditsafe finns antalet ansökningar med men de gör ingen värdering av den informationen i sin modell. Det är upp till mottagaren att göra en egen bedömning. Creditsafe informerade också om att man ska göra om sin värderingsmodell och ta med viss riskbedömning. Hade de haft den nya modellen nu hade Markbygg enligt handläggarens bedömning haft någonstans mellan nuvarande bedömning och UC 1. Kommunen stärktes därmed i sin bedömning att det fanns en ekonomisk risk att anta Markbyggs anbud. Kommunen kontaktade Markbygg och fick in ett nytt intyg från Creditsafe samt ett löfte om att säkerhet enligt AFC.631 skulle komma att erbjudas. Det nya intyget från Creditsafe visade att antalet ansökningar till Kronofogdemyndigheten hade ökat under perioden maj-juni. Antalet ansökningar ökade från 3 till 8 och antalet avskrivna gick från 15 till 27. Det innebär att ett flertal fakturor förfallit till betalning. Enligt förfrågningsunderlaget sker betalning först efter prestation vilket innebär att den som får kontraktet måste ligga ut med stora summor pengar. Sammantaget bedömdes Markbyggs anbud inte som ekonomiskt stabilt varför anbudet förkastades. Alla leverantör har behandlats lika och de grundläggande principerna inom upphandling har inte trätts förnär.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska 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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada,

ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar.

Markbygg har anfört att bolagets anbud felaktigt har uteslutits ur upphandlingen då det uppfyller ställt krav på ekonomisk stabilitet.

Det aktuella kravet är formulerat enligt följande i förfrågningsunderlaget: *Anbudsgivaren ska ha en ekonomisk stabilitet och finansiell styrka för att genomföra uppdraget under hela avtalstiden. Detta innebär att anbudsgivaren ska ha minst kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut. Bevis om kreditvärdighet ska kunna visas vid anmodan inför tilldelningsbeslutet eller kontraktsskrivningen inom tre dagar.*

Det är ostridigt att Markbygg har kreditrating 98 av 100 enligt Creditsafe, dvs. motsvarande "Mycket god kreditvärdighet". Kommunen har å andra sidan tagit fram uppgifter som visar att ratingen hos Creditsafe inte motsvarar den riskbedömning som ingår i UC:s klassificering. Dessa uppgifter har inte motbevisats av Markbygg. Enligt kommunens efterforskningar har Markbygg riskklass 1 enligt UC. Inte heller denna uppgift har bestridits av Markbygg.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har kommunen i princip varit skyldig att kontrollera de uppgifter bolaget har lämnat i anbudet eftersom det framkommit misstanke om att bolagets ekonomiska stabilitet inte varit i enlighet med ställt krav. Oavsett hur denna misstanke har uppstått kan kommunens efterforskningar i sig inte anses stå i strid med de grundläggande principerna inom offentlig upphandling, snarare tvärt om. Då det även är fråga om en förhållandevis stor upphandling rent värdemässigt får det även anses vara av stor vikt för kommunen att ställt krav om ekonomisk stabilitet verkligen är uppfyllt.

Mot bakgrund av de uppgifter som framkommit angående skillnaderna i de två kreditinstitutens bedömningar, det faktum att antalet ansökningar hos Kronofogdemyndigheten har ökat under senaste tiden samt övriga uppgifter som framkommit om Markbyggs ekonomiska stabilitet anser förvaltningsrätten att Markbygg inte kan anses uppfylla ställt krav om ekonomisk stabilitet. Att Markbygg är villig att lämna en bankgaranti förändrar inte denna bedömning. Inte heller vad Kammarrätten i Göteborg anger i mål 2546-14 medför en annan bedömning.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att kommunen har haft grund för att utesluta Markbyggs anbud på det sätt som skett. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

