



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-08-08
Meddelad i Jönköping

Mål nr
3041-17

SÖKANDE

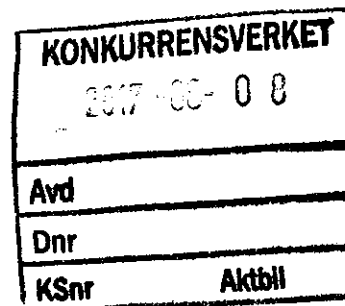
Markschakt Sverige AB, 559021-0554
Berg 2
504 95 Borås

MOTPART

Borås Stad
501 80 Borås

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Borås Stad genomför en direktupphandling avseende rivning av bostadshus Torpa-Hestra 4:2. Åtta anbud kom in, varav ett från Markschakt Sverige AB (Markschakt). Enligt tilldelningsbeslut den 31 maj 2017 antogs anbud från Proab i Västergötland AB. Av beslutet framgår att Markschakt inte gått vidare till utvärderingen på grund av att bolaget inte bedöms uppfylla kravet på ekonomisk stabilitet i AFB.52 samt att samtliga begärda uppgifter i AFB.52 gällande teknisk och yrkesmässig kapacitet inte bifogats anbudet.

YRKANDEN M.M.

Markschakt yrkar att tilldelningsbeslutet ska undanröjas och att en ny anbudsutvärdering ska genomföras med samtliga anbud. Som grund för yrkandet anförs bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska ha ekonomisk stabilitet enligt AFB.521. Dock innehåller de administrativa uppgifterna ingen punkt AFB.521 varför några krav inte är ställda

Dok.Id 234929

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

för kvalificering. Det anges att anbudsgivaren ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet att genomföra uppdraget enligt AFB.522. De administrativa föreskrifterna innehåller dock ingen punkt med nummer AFB.522 varför krav inte heller här är ställda för kvalificering. Efterfrågade krav och uppgifter ska därför ses som uppfyllda. Vidare ger inhämtade uppgifter från Creditsafe AB inte någon korrekt bedömning. Markschakt har därför lämnat en preliminär resultatrapport från revisor, vilket medges som likställande uppgift enligt AFB.52. Lämnade uppgifter redovisar en vinstmarginal på 13,53 procent, vilket anses som mycket bra för branschen. Därmed bör bolagets ekonomiska förmåga för det aktuella projektet med entreprenadsumma på 138 000 kr vara gott och väl uppfyllt. Balanserat resultat för 2016 är 544 099 kr, vilket framgår av resultatrapporten. Att senaste periodens resultat uppgår till -320 222 kr beror på investeringar för att undvika hög vinst. Resultatrapporten för oktober – december 2016 redovisar inte bolagets ekonomiska situation, då stabilitet utläses av längre perioder. Bolagets ekonomiska kapacitet är därmed felbedömd av Borås Stad. Som bevis för teknisk och yrkesmässig kapacitet har referenslista lämnats där det framgår att bolaget har resurser att genomföra liknande och betydligt större samt mer avancerade entreprenader än aktuell upphandling. Referens har även lämnats för information, om det ändå skulle vara oklart. Markschakt har inte uppfattat något ska-krav på en viss typ av dokument eller vad de ska innehålla då detta är diffust i förfrågningsunderlaget. Referensobjekt är tidigare utförda åt samma beställare, Borås Stad, vilka är genomförda utan anmärkning. Aktuell entreprenad består av att riva ett enkelt bostadshus med tillhörande uthus, vilket är en liten entreprenad av enkel art. Det bör därför inte finnas något som helst tvivel om att bolaget är lämpligt som entreprenör för aktuellt projekt. De uppgifter som Markschakt har lämnat i form av referensuppdrag och erfarenhetslista lämnar bättre bevis på att bolaget klarar uppdraget än en lista på vilka maskiner som ska användas eller vilken personal som finns på plats. Borås Stad borde i vilket fall ha begärt kompletteringar enligt AFB.314, framförallt om ekonomisk stabilitet.

Borås Stad anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Något brott mot LOU har inte ägt rum. Hänvisningen till AFB.521 respektive 522 får ses som en uppenbar felskrivning, särskilt med beaktande av att det i AFB.52 klart framgår vilka krav anbudsgivaren ska uppnå för att anses kvalificerad. Vidare framgår det av AFB.53 att prövning av anbud kommer att göras för de anbudsgivare som är kvalificerade enligt AFB.51 och 52, med underliggande rubriker. Vad gäller ekonomisk stabilitet framgår det i AFB.52 att anbudsgivaren ska uppnå en lägsta riskklass om 40 hos Creditsafe AB. Markschakt uppnådde vid anbudslämningen endast 35. Med utgångspunkt för de siffror som är fastställda vid 2016 års bokslut hade bolaget ett resultat på -320 222 kr vilket ger en vinstmarginal på -35,24 procent. Utifrån detta har Markschakt inte visat att de uppnår en ekonomisk stabilitet som är jämförbar med en lägsta riskklassnivå om 40 hos Creditsafe. När det gäller den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten framgår det i AFB.52 att anbudsgivaren i bilaga ska lämna en presentation av sin arbetsplan. I anbudsplanen ska följande uppgifter redovisas: personalresurser för entreprenadens utförande, maskinresurser för entreprenadens utförande samt beräknad tidsplan. Kraven är inte högt ställda, exempelvis är det tillräckligt att ange hur många personer anbudsgivaren anser sig behöva för att uppfylla kravet gällande personalresurser. Markschakt har endast bifogat en bilaga med personalresurser, och inte maskinresurser eller tidsplan. Det får anses klart att bolaget inte uppfyller kraven för kvalificering. Att utvärdera bolagets anbud vore inte likabehandlande. – Borås Stad åberopar en kreditupplysning daterad den 7 juli 2017.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 4 kap. 9 § LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

I 20 kap. 6 § LOU anges att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brustit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

AFB.314 Beställaren kan komma att begära kompletteringar eller förtydliganden av anbud med den begränsade omfattning som medges enligt LOU 4 kap. 9 §, vilket innebär att

- beställaren får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning
- beställaren får medge att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet.

AFB.5 Prövningen ska visa om anbudsgivaren uppfyllt samtliga krav och lämnat samtliga uppgifter. För att bli kvalificerad gäller att

- anbudet innehåller begärda och kompletta uppgifter enligt anbudsförmulär
- anbudsgivaren ska ha uppfyllt sina skyldigheter vad gäller registreringar, skatter och avgifter

- anbudsgivaren ska ha tillräcklig ekonomisk stabilitet (AFB.521)
- anbudsgivaren ska ha tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet att genomföra hela uppdraget (AFB.522).

AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet ska göras utifrån följande uppgifter som har lämnats av anbudsgivare. Lämnade uppgifter ska gälla vid anbudstillfället.

Ekonomisk stabilitet

Anbudsgivaren ska ha ekonomisk stabilitet för att upprätthålla ett långsiktigt avtal med beställaren. Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning enligt affärs- och kreditupplysningsföretag ska vid anbudstillfället vara lägst riskklass 40 hos Creditsafe AB. I de fall anbudsgivaren har en lägre riskklassificering/rating kan anbudsgivaren ändå anses uppfylla detta krav under förutsättning att anbudsgivarens revisor lämnar en sådan förklaring att de kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren ska ha teknisk kapacitet och yrkesmässig kvalitet för uppdragets genomförande. För att styrka detta ska uppgift om anbudsgivarens organisation och personal framgå av anbudet. Anbudsgivaren ska lämna bilaga med följande uppgifter som bevis på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kvalitet:

Presentation av anbudsgivarens arbetsplan. I arbetsplanen ska redovisas

- Personalresurser för entreprenadens utförande
- Maskinresurser för entreprenadens utförande
- Beräknad tidsplan

AFB.53 Prövning av anbud kommer att göras för de anbudsgivare som är kvalificerade enligt AFB. 51 och 52, med underliggande rubriker.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Borås Stad har haft fog för att diskvalificera Markschakts anbud från utvärdering med åberopande av bristande ekonomisk

stabilitet, därtill att bolaget inte har redovisat maskinresurser för entreprenadens utförande samt tidsplan.

I målet har inte ifrågasatts att Markschakt vid anbudstillfället inte uppnådde en lägsta riskklass om 40 hos Creditsafe AB. Frågan är om bifogad preliminär resultatrapport innebär att anbudsgivarens revisor ändå har lämnat en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. Förvaltningsrätten kan, i likhet med Borås Stad, inte finna att det med hänsyn till den av Markschakt ingivna resultatrapporten är visat eller klarlagt att bolaget uppfyllde kravet på motsvarande ekonomisk stabilitet, likvärdigt med en lägsta riskklass om 40. Borås Stad har därmed haft fog för att förkasta anbudet redan av denna anledning.

Förvaltningsrätten har också att pröva om Borås Stad har förfarit korrekt när kommunen därutöver diskvalificerade Markschakt med hänsyn till dess tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Det är den upphandlande myndigheten som väljer vilka krav som ska ställas på leverantören, så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas. Av AFB.52 framgår ett tydligt krav på att anbudsgivaren ska lämna bilaga med uppgifter som bevis på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet, i form av bl.a. maskinresurser för entreprenadens utförande och beräknad tidsplan. Att förfrågningsunderlaget i AFB.5 innehåller bristfälliga hänvisningar föranleder inte att kraven skulle kunna bortses ifrån. Förvaltningsrätten instämmer med Borås Stad i bedömningen att kapaciteten i dessa avseenden inte kan anses framgå av de övriga uppgifter som Markschakt har lämnat om sin organisation samt referenser. Att kravet skulle vara så diffust att förfrågningsunderlaget strider mot LOU har bolaget inte heller visat. Då Markschakt inte har redovisat maskinresurser och beräknad tidsplan har dess anbud rätteligen förkastats i kvalificeringsfasen.

Markschakt har även anfört att Borås Stad haft möjlighet att begära komplettering av anbudet, vilket inte har gjorts. Förvaltningsrätten konstaterar att möjligheten att begära in en komplettering av ett anbud enligt förfrågningsunderlaget är just en möjlighet, och inte en skyldighet. Sammanfattningsvis bedöms att den upphandlande myndigheten inte har brustit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU som medför att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan ska därmed avslås.

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

Hans-Erik Jonasson

F.d. lagmannen Hans-Erik Jonasson har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.