



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM
2016-07-06
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8815-16

Sida 1 (6)

SÖKANDE

3BD Development AB, 556974-9459
Grinnekullegatan 263
417 42 Göteborg

MOTPART

AB Stockholmshem, 556035-9555

Ombud: Caroline Johannesson
Ecenea Väst AB
Göteborgsvägen 16, 1 tr
441 32 Alingsås

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-07-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller 3BD Development AB:s ansökan och beslutar att AB Stockholmshems upphandling avseende ramavtal – paviljonger för tillfälliga bostäder (dnr 2016-10) ska göras om.

Dok.Id 748610

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

AB Stockholmshem (Stockholmshem) har genomfört en upphandling avseende ramavtal – paviljonger för tillfälliga bostäder (dnr 2016-10). Tilldelningsbeslut i upphandlingen meddelades den 18 april 2016.

3BD Development AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Bolaget anför bl.a. följande. Bolagets anbud har förkastats då anbudet inte uppfyller obligatoriska krav om ”finansiell förmåga och stabil ekonomisk ställning”. Stockholmshem bryter mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att ställa upp ett krav på koncern-tillhörighet vid återopande av annat företags kapacitet. Kravet utgör en otillåten inskränkning av 11 kap. 12 § LOU. Ett kategoriskt krav på koncern-tillhörighet är under alla förhållanden inte tillåtet. Ett sådant krav strider mot syftet med bestämmelsen; att även mindre och nybildade företag ska kunna hävda sig i konkurrens med större företag. Bolaget har tillsammans med sin leverantör och samarbetspartner en omsättning som långt överskrider kravet om 50 miljoner kronor. Stockholmshem tycks härutöver ha förkastat bolagets anbud med motiveringen att bolagets kärnverksamhet inte är att bygga moduler. Bolaget har lämnat lägst totalt pris i 30 av 31 ramavtalsområden i upphandlingen. Om bolagets anbud inte hade felaktigt förkastats skulle bolaget ha tilldelats nämnda ramavtalsområden. Bolaget har således lidit eller kan komma att lida skada av Stockholmshems brott mot LOU.

Stockholmshem yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Anbudsprövningen resulterade bland annat i att två anbud förkastades då de inte uppfyllde obligatoriska krav om ”finansiell förmåga och stabil ekonomisk ställning”. EU-domstolen har slagit fast att det under särskilda omständigheter är möjligt att göra inskränkningar av en leverantörs rätt att återopana annat företags kapacitet om det krävs för att syftet med kontraktet ska

uppnås och då endast under förutsättning att inskränkningen är proportionerlig. Med anledning av det snabbt ökade behovet av tillfälliga bostäder har Stockholms stad gett i uppdrag till Stockholmshem att på kort tid bistå med byggande av ett stort antal tillfälliga bostäder. Uppskattningsvis är behovet för 2016 ca 1 000 – 1 500 modulenheter och för 2017 – 2018 ca 2 000 – 2 500 modulenheter. Ramavtalet möjliggör stora volymer som ska beställas/avropas under lång period. Värdet på upphandlingen uppskattas uppgå till cirka 1,2 miljarder kronor. Kravet på koncernförhållande krävs för att syftet med upphandlingen ska uppnås då leverantören får delbetalning innan modulerna levereras på plats. Detta är en stor ekonomisk risk för beställaren. Kravet på koncernförhållande ger den trygghet som krävs för att detta tillvägagångssätt ska vara möjligt. Arten av upphandlingskontrakt gör det essentiellt med en stabil ekonomisk ställning/finansiell trygghet då modulbranschen är en marknad där många leverantörer inte har en egen tillverkning utan måste förlita sig på extern kapacitet (aktörer), vilket gör att det blir flera led i produktionskedjan. Det är därför av yttersta vikt att den entreprenör som tilldelas kontraktet har en ekonomisk stabilitet för att kunna leverera avtalad entreprenad. Kravet på koncerntillhörighet måste därför ses som ett proportionerligt krav utifrån upphandlingens omfattning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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 iakttas.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantörer än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska tillgodoses.

Av tilldelningsbeslutet framgår att bolaget inte uppfyller kravet på finansiell förmåga och stabil ekonomisk ställning och att anbudet faller på omsättningskravet. Stockholmskem har därför förkastat bolagets anbud. Vad som i övrigt har framkommit om bolaget i tilldelningsbeslutet synes inte legat till grund till Stockholmskems beslut att förkasta bolagets anbud.

Bolaget har bl.a. gjort gällande att Stockholmskem uppställa krav på koncerntillhörighet vid återopande av annat företags kapacitet utgör en otillåten inskränkning av 11 kap. 12 § LOU.

Av förfrågningsunderlaget AFB.52 framgår att anbudsgivaren ska, antingen självständigt eller genom påvisat koncernförhållande, ha en genomsnittlig omsättning vid det senast fastställda räkenskapsåret om minst 50 mkr.

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

I mål C-94/12 uttalade EU-domstolen att nationella regler som gör det omöjligt för leverantörer att återropa annans kapacitet inte är förenliga med direktivet eftersom direktivet uttryckligen stadgar att leverantörer har en

sådan rätt. Vidare är ett av direktivets syften att möjliggöra en sådan bred konkurrens som möjligt varför även mindre företag ska ha möjlighet att delta i offentliga upphandlingar. Rätten att åberopa annans kapacitet är inte absolut eftersom det kan finnas arbeten av sådan beskaffenhet att det krävs en viss kapacitet som inte kan uppnås genom att flera aktörers lägre kapacitet samlas.

Rätten att åberopa andra företags kapacitet kan inskränkas endast om inskränkningen är proportionerlig (jfr ex. Kammarrätten i Stockholm avgörandes i mål 5795-10).

Frågan i målet är huruvida det aktuella kravet innebärande att det måste föreligga ett koncernförhållande med det företag som anbudsgivaren åberopar gällande omsättningskravet är proportionerlig.

Stockholmshem har bland annat angett att kravet på koncerntillhörighet krävs för att syftet med kontraktet ska uppnås då leverantören får delbetalning innan modulerna levereras på plats. Kravet som Stockholmshem har uppställt innebär att anbudsgivare inte kan åberopa andra företags kapacitet utan att en koncerntillhörighet med det åberopade företaget föreligger. Inledningsvis kan noteras att upphandlingsrättsligt anses en anbudsgivare som anlitar ett företag inom den egna koncernen åberopa ett annat företags ekonomiska eller tekniska kapacitet. Av detta följer bl.a. att anbudsgivande företag måste till anbudet bifoga ett intyg även om underleverantör av ekonomisk eller teknisk kapacitet är ett koncernföretag (se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 1430-05). Det har i målet inte framkommit något relevant ändamål bakom det uppställda kravet på att ett koncernförhållande måste föreligga för att anbudsgivaren ska kunna åberopa ett annat företags ekonomiska förmåga. Mot bakgrund av ovanstående och vad som har framkommit i målet anser förvaltningsrätten att inskränkningen är mer långtgående än vad som är nödvändigt. Det aktuella kravet kan inte anses

proportionerligt i förhållande till det syfte som Stockholmshem vill uppnå och det aktuella kravet strider därför mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten finner att bolaget, utifrån vad de har anfört i målet, har visat att de härigenom har lidit skada. Eftersom den aktuella bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen ska upphandlingen göras om. Ansökan ska således bifallas och upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Eva Pedersen

Rådman

Marie Englund 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.