



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-11-03
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 40179-10
 40736-10
 Enhet 14

SÖKANDE

Ekenbergs Byggnads AB, 556568-5483
 Demolit AB, 556787-1180

Ombud: Louise Wibert Ugglå
 Stockholms Byggmästareförening
 Box 34027
 100 26 Stockholm

MOTPART

Skolfastigheter i Stockholm AB, 556034-8970

Ombud: Stadsadvokat Eva Granbohm
 Stadsledningskontorets juridiska avdelning
 105 35 Stockholm

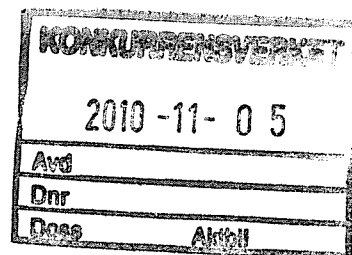
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett i form av att anbudet från Ekenbergs Byggnads AB och Demolit AB tagits upp till utvärdering.

Förvaltningsrättens beslut av den 20 september 2010 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 63380

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Skolfastigheter i Stockholm AB (SISAB) genomför en upphandling av Ramavtal saneringsarbeten (asbest, brand, olja, vattenskador, mögel), diarienummer 00176-2010. Enligt tilldelningsbeslut den 15 september 2010 har SISAB beslutat att teckna avtal med andra anbudsgivare än Ekenbergs Byggnads AB (Ekensbergs) och Demolit AB (Demolit).

Förvaltningsrätten har den 20 september 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Ekenbergs och Demolit ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att utvärderingen ska göras om där Ekensbergs anbud ska tas upp till prövning samt i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolagen bl.a. följande. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarens nettoomsättning vara minst 30 miljoner kr inom aktuellt verksamhetsområde. I Ekensbergs anbud har Ekensbergs gett in årsredovisning för både Ekensbergs och systerbolaget Demolit där det tydligt framgår att total årsomsättning för Ekensbergs och Demolit är 85 951 075 kr. För Ekensbergs var årsomsättningen vid senaste bokslut 83 346 843 kr vilket ensamt vida överstiger kravet.

SISAB bestrider bifall till ansökan och yttrar sig enligt följande.

Av årsredovisningen för Ekensbergs framgår att Ekensbergs visserligen uppnår kravet på årsomsättning på minst 30 miljoner kronor men inte kravet på att det ska vara inom aktuellt verksamhetsområde. Av årsredovisningen för Demolit framgår att Demolit i och för sig uppfyller kravet på att årsomsättningen ska vara inom aktuellt verksamhetsområde men inte kravet på att årsomsättningen ska uppgå till minst 30 miljoner kronor.

Varken Ekensbergs eller Demolit uppfyller därför ensamt det uppställda kravet på årsomsättning.

Enligt 11 kap 12 § LOU kan en leverantör 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 ska fullgöras. Om en grupp av leverantörer lämnat ett anbud äger gruppen rätt att tillgodoräkna sig gruppens samlade resurser. En grupp leverantörer måste dock visa att det föreligger ett åtagande från det eller de företag inom gruppen vars resurser gruppen åberopar.

Nämnda bestämmelse i LOU är tillämplig på det gemensamma anbudet från Ekensbergs och Demolit. Något åtagande i enlighet med bestämmelsen finns varken från Ekensbergs eller från Demolit i förhållande till den andre. Ekensbergs och Demolit uppfyller därför inte heller gemensamt kravet på viss angiven årsomsättning inom aktuellt verksamhetsområde. Att enbart lämna in en årsredovisning från ett annat företag är inte tillräckligt för att det ska anses att ett sådant åtagande skett.

Ekensbergs och Demolit invänder härpå bl.a. följande.

Krav på kapacitet som ställs upp skall framgå av annonsen enligt 11 kap. 2 § LOU. Är kravet obligatoriskt ska det finnas med redan i annonsen. Av ställt krav i upphandlingen framgår att kravet om en omsättning om minst 30 miljoner kronor är obligatoriskt. Av SISAB:s annons för den aktuella upphandlingen finns inte kravet om en årsomsättning om minst 30 miljoner kronor med.

Vidare framgår av 11 kap 2 § LOU att en upphandlande myndighet äger rätt att uppställa krav på en viss lägstanivå för anbudsgivarens kapacitet. Vidare anges att omfattningen av den information som avses, och lägstani-

våerna för den kapacitet som krävs, skall ha bäring på kontraktsföremålet och vara proportionerliga till detta, d.v.s. inte gå utöver vad som är nödvändigt för att genomföra kontraktet. Det krav som SISAB ställt att omsättningen ska vara minst 30 miljoner kr inom aktuellt verksamhetsområde är oproportionerligt i förhållande till omfattningen av det kommande avtalet. SISAB har angett att under det närmast föregående året har de beställt saneringsarbeten för ca 17 000 000 kronor per år.

Även om en leverantör har en relativt låg omsättning av det som skall upphandlas, så kan samma företag ändå ha tillräcklig ekonomisk styrka, för att klara av att genomföra ett visst upphandlingskontrakt. Det skulle strida mot syftet med kvalificeringsreglerna om en leverantör inte kunde få styrka sin ekonomiska ställning genom att hänvisa till sin totala omsättning. Över huvud taget är det verksamhetsområde som upphandlingen gäller olämpligt som mått på ekonomisk styrka.

Ett moderbolag äger rätt att tillgodoräkna sig sina dotterbolags resurser (C-389/92, REG 1994 s 1-1289). Ekensbergs och Demolit har i anbudet ingivit handlingar som garanterar att båda företagen står för kapacitet under hela avtalsperioden. Ekensbergs och Demolit gör gällande att de har tillräcklig kapacitet såväl ensamma som tillsammans.

SISAB invänder härpå bl.a. följande. Kravet på en årsomsättning på minst 30 miljoner kronor inom aktuellt verksamhetsområde är inte oproportionerligt i förhållande till kontraktsföremålet. Kravet motiveras inte enbart av beräknad beställningsvolym utan även av arbetets art. Saneringsarbeten är inte planerade underhållsåtgärder eller reoveringar utan föranleds av oväntade händelser såsom bränder vattenläckage o.s.v. Entreprenörer ska ha beredskap för både ökad beställningsvolym, om flera arbeten pågår samtidigt och/eller längre entreprenadtider om 12-18 månader och för perioder då det inte blir några avrop eller avrop enbart av mindre karaktär.

För att en upphandling ska göras om eller rättas krävs att det fel som har begåtts medfört att leverantören lidit eller kunnat komma att lida skada. Kravet på en nettoomsättning på 30 miljoner kronor framgår av förfrågningsunderlaget som Ekensbergs och Demolit tagit del av och som legat till grund för deras anbud. Det är svårt att föreställa sig att Ekensbergs och Demolit skulle ha agerat annorlunda om kravet framgått redan av annonsen. Att kravet inte framgått av annonsen har således inte medfört att Ekensbergs och Demolit lidit eller kunnat komma att lida skada.

DOMSKÄL

Denna upphandling har påbörjats före den 15 juli 2010 och LOU ska därför tillämpas i den lydelse som var gällande vid denna tidpunkt.

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse.

Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

11 kap. 12 § LOU har följande lydelse.

En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall 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.

16 kap. 2 § första stycket LOU har i tillämplig lydelse, följande lydelse.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Handlingarna i målet

Av förfrågningsunderlaget AFB.51 under rubriken "Prövning av anbudsgivare" kan utläsas bl.a. följande.

Ekonomisk ställning

Anbudsgivarens nettoomsättning skall vara minst 30 miljoner kr inom aktuellt verksamhetsområde.

Av handlingar bilagda Ekensbergs och Demolits anbud kan utläsas bl.a.

- att Ekensbergs och Demolit avger anbudet gemensamt,
- att båda bolagens verksamhet beskrivs samt
- att anbudet undertecknas av behöriga firmatecknare för båda bolagen.

Förvaltningsrättens bedömning

I upphandlingen förekommer ett skall-krav avseende omsättning innebärande att anbudsgivaren ska ha en lägsta omsättning om 30 miljoner kr i den verksamhet som ska utföra kontraktet.

Ekensbergs och Demolit har bl.a. hävdad att bolagen uppfyller kravet samt anfört att bolag inom en koncern fritt kan återropa varandras resurser. SISAB har bl.a. invänt att inget av bolagen var för sig uppfyller kravet, samt att det inte finns ett åtagande mellan bolagen avseende användande av externa resurser.

Förvaltningsrätten drar härav slutsatsen att SISAB menar, att för det fall det fanns ett sådant åtagande, skulle anbudet från Ekensbergs och Demolit uppfylla det aktuella kravet.

Ekensbergs och Demolit har anfört att bolag inom samma koncern fritt kan återropa varandras resurser samt att det finns ett åtagande mellan bolagen.

LOU och de bakomliggande unionsrättsliga regleringarna tillåter att en tjänsteleverantör återropar andra enheters kapacitet för att bevisa att han

uppfyller bl.a. ekonomiska och finansiella villkor för att delta i ett anbuds-förfarande oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantö-ren har till enheterna i fråga, under förutsättning att anbudsgivaren kan bevisa att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet. (jfr EU-domstolens domar C-389/92 och C-176/98).

Enligt förvaltningsrättens mening måste även bolag inom samma koncern visa att rätt att förfoga över återopade resurser föreligger. Detta innebär dock inte att det måste föreligga ett civilrättsligt bindande avtal avseende det specifika upphandlade kontraktet. Fråga är därmed om Ekensbergs vi-sat att bolaget kan förfoga över Demolits resurser.

Av utdrag ut Ekensbergs och Demolits anbud framgår att anbudet lämnas gemensamt och att det är undertecknat av behörig firmatecknare för båda bolagen. Det saknas därmed anledning att ifrågasätta att båda bolagens resurser kommer att användas vid fullgörandet av det nu upphandlade kon-traktet.

Då det således föreligger en tillräcklig utfästelse mellan Ekensbergs och Demolit torde anbudet uppfylla det i förfrågningsunderlaget ställda kravet. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att Ekensbergs och Demolits anbud tas upp till utvärdering.

Eftersom Ekensbergs och Demolits anbud ska utvärderas kan leverantörer-na inte lida skada av att ett krav de uppfyller eventuellt är oproportionerligt eller felaktigt annonserat, varför ansökan avslås i denna del.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1A LOU)



Ulrika Melin

Rådman

Föredragande har varit Mathias L. Jansson



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU