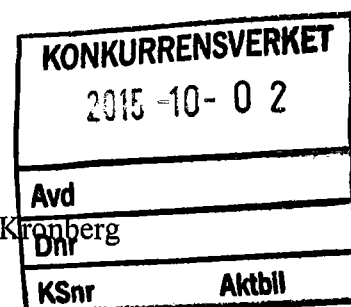




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2015 -10- 0 2
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 6492-15



SÖKANDE

AB Hisscompaniet Skåne, 556777-7544

Ombud: advokaten Madeleine Sifvert och jur. kand. Marion Kronberg
 Advokatfirman Nova AB
 Box 55996
 102 16 Stockholm

MOTPART

MKB Fastighets AB, 556049-1432
 Box 50405
 202 14 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AB Hisscompaniet Skånes ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

MKB Fastighets AB (nedan MKB) genomför en upphandling av ombyggnad av 13 hissar inom Mellanheden (Entreprenad 1) och 1 hiss inom Möllan (Entreprenad 2) i Malmö. Anbudsgivarna har haft möjlighet att lämna anbud på samtliga entreprenader eller bara delar av dem. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU och tilldelningsgrund är lägsta pris. Av tilldelningsbeslut den 8 juni 2015 framgår att annan anbudsgivare än AB Hisscompaniet Skåne (nedan Hisscompaniet) tilldelats kontrakten.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Hisscompaniet ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen, såvitt avser Entreprenad 1, inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att MKB även utvärderar Hisscompaniets anbud. Hisscompaniet anför i huvudsak följande.

Upphandlingen är uppdelad i två delar. Hisscompaniet har offererat den lägsta anbudssumman för Entreprenad 1. Det går inte att utläsa av tilldelningsbeslutet vilka anbud som har förkastats eller förklaring till varför de anbudsgivare som offererat lägst anbudspris inte har tilldelats kontrakt. Det kan därför ifrågasättas om tilldelningsbeslutet uppfyller de krav som anges i 9 kap. 9 § LOU. MKB har inte lämnat tillräcklig information för att det ska vara möjligt att ansöka om effektiv prövning. Konsekvensen av detta är att avtalsspärren ännu inte börjat löpa.

Hisscompaniets anbud har emellertid förkastats av MKB. I samband med att tilldelningsbeslutet offentliggjordes skickade MKB ett mail till Hisscompaniet och angav bl.a. att Hisscompaniet inte uppfyller ställda krav avseende ratingklass i AFB.51 punkt 2, referensuppdrag i AFB.51 punkt 8

samt bankgaranti i AFB.51 punkt 11. Hisscompaniet anser att dessa krav uppfylls och att MKB felaktigt förkastat bolagets anbud. Om anbudet från Hisscompaniet rätteligen hade utvärderats skulle Hisscompaniet i alla fall ha tilldelats kontraktet avseende Entreprenad 1. Hisscompaniet har således lidit skada p.g.a. MKB:s brott mot LOU.

Ratingklass

I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare ska ha minst ratingklass 5 eller motsvarande enligt Business Checks ratingsystem. MKB har inte gjort en individuell prövning av Hisscompaniets ekonomiska kapacitet, vilket innebär att MKB agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2005 ref. 47 och Kamrarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2808-10). MKB intygar även detta i brev skickat till Hisscompaniet efter det att Hisscompaniet kontaktat MKB för att informera om de felaktigheter som föreligger. MKB har ignorerat att låta Hisscompaniet bemöta informationen inhämtad från Business Check. Ett sådant agerande skulle inte strida mot 9 kap. 8 § LOU. MKB har inte heller gjort en egen bedömning avseende ratingklassificeringen. Hade MKB valt att använda sig av UC istället för Business Check hade utfallet varit ett annat, vilket tydliggör att klassificeringarna som görs är både subjektiva och svåra att kontrollera. Vidare föreligger det möjlighet för den upphandlande myndigheten att på eget initiativ kontrollera anbudsgivares ekonomiska ställning med ett annat företag (jfr Kamrarrätten i Göteborgs dom i mål nr 665-11). Detta har dock MKB inte gjort.

Referensuppdrag

Kravet uppställt i förfrågningsunderlaget innebär att anbudsgivare för att styrka sin tekniska kapacitet ska ha utfört liknande objekt. MKB har angett att värdet av liknande objekt ska ha uppgått till minst 2 250 000 kr. Hisscompaniet har ingivit en bilaga av vilken det framgår att kontraktssumman (värdet på objektet) uppgår till 2 980 500 kr. Hisscompaniet har således redogjort för ett referensuppdrag vars värde med råge överstiger det

belopp som MKB har angett i aktuellt krav. Hisscompaniet uppfyller kravet, och MKB har felaktigt anfört att så inte skulle vara fallet.

Bankgaranti

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare, genom den som utställer säkerheten, kunna intyga att bankgaranti kommer att erhållas för uppdraget. Av med anbudet ingiven bankgarantin går att utläsa att Sparbanken Skåne kommer kunna besluta om en bankgarantiförbindelse. Det ska påpekas att MKB i aktuellt krav inte har angivit vilken typ av information garantin ska innehålla, utan enbart att anbudsgivaren ska kunna intyga att en bankgaranti kommer att erhållas för uppdraget. Den subjektiva tolkning som MKB har gjort stämmer inte överens med den formulering som angivits i förfrågningsunderlaget. Det framgår inte av kravet att ett intyg *ska ha erhållits* vid tidpunkten för ingivande av anbudet. Kravet är formulerat på så sätt att anbudsgivare ska kunna intyga att en bankgaranti *kommer att erhållas*. MKB:s tolkning innebär dessutom att principen om proportionalitet sätts ur spel. Hisscompaniet har varit i kontakt med sin bank, redogjort för samtliga handlingar som funnits tillgängliga och erhållit ett positivt besked från banken. Det har från Hisscompaniets sida aldrig funnits anledning att betvivla den skrift som banken erhållit. Hisscompaniet uppfyller kravet och MKB har felaktigt anfört att så inte skulle vara fallet.

MKB anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande.

Hisscompaniet ifrågasätter om tilldelningsbeslutet uppfyller de krav som anges i LOU. MKB fattade beslut om tilldelning den 8 juni 2015. Samma dag skickade MKB ett e-postmeddelande till samtliga anbudsgivare som diskvalificerats i upphandlingen med skälen för diskvalificering. Hiss-

companiet bekräftar dessutom detta i sin ansökan om överprövning. Anbud har antagits på den grund att det haft lägst anbudspris, vilket också redogjorts för i tilldelningsbeslutet. Därutöver har samtliga anbudsgivare informerats om den period under vilken avtalsspärr råder. Mot bakgrund av det ovan anförda kan konstateras att tilldelningsbeslutet har meddelats i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna.

Ratingklass

I AFB.51 punkt 2 anges att anbudsgivare ska ha minst ratingklass 5 eller motsvarande enligt Business Checks ratingsystem. MKB har kontrollerat samtliga anbudsgivare via Business Checks ratingsystem och funnit att Hisscompaniet endast uppfyller riskklass 4. Någon skyldighet för MKB att ge Hisscompaniet möjlighet att yttra sig över det kreditomdöme som MKB inhämtat har inte funnits. Ett sådant förfarande skulle ha inneburit att Hisscompaniet fick möjlighet att komplettera sitt anbud efter anbudstidens utgång. Nya sakuppgifter får inte tillföras anbudet genom en komplettering eftersom det skulle kunna leda till att likabehandlingsprincipen åsidosätts. Vidare föreligger ingen skyldighet att tillåta en komplettering alldeles oavsett om kompletteringen hade varit förenlig med likabehandlingsprincipen. Hisscompaniet synes göra gällande att MKB ska ansvara för det förhållandet att Hisscompaniet inte uppfyller kravställd riskklass. Hisscompaniet borde haft kännedom om att Hisscompaniet inte uppfyllde riskklass 5 vid tidpunkten för anbudslämnandet. MKB kan inte lastas för att Hisscompaniet inte uppfyller ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Hisscompaniet har inte innan anbudstidens utgång bifogat något utdrag från UC som visar att utfallit skulle ha varit något annat. Vidare hänvisar Hisscompaniet till en rad rättsfall, men bolaget verkar misstolka praxis då det inte föreligger några jämförbara omständigheter i nämnda avgöranden.

Referensuppdrag

I AFB.51 punkt 8 anges att anbudsgivare för att styrka sin tekniska kapacitet ska ha utfört liknande objekt så att det som framgår av förfrågningsunderlaget blir uppfyllt. Värdet av liknande objekt ska ha uppgått till minst 2 250 000 kr exkl. mervärdesskatt. Vid en efterhandskontroll har det visat sig att kravet på referensuppdrag har varit uppfyllt.

Bankgaranti

Såsom följer av AFB.51 punkt 11 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren kunna intyga, genom den utställda säkerheten, att bankgaranti kommer att erhållas för uppdraget. Det brev från Sparbanken Skåne som bilagts anbudet uppfyller inte det ställda kravet. Banken har i sitt brev till Hisscompaniet angett att banken ställer sig positiv till att *handlägga* en garantiansökan i ärendet. Vidare framgår att banken inte har fullständiga uppgifter för att utfärda en bankgaranti och att då dessa uppgifter kommer till bankens kännedom kan banken besluta om bankgarantiförbindelse efter en sedvanlig kreditprövning. Sparbanken Skåne utfäster inget intyg om att bankgaranti kommer att erhållas. Ett sådant intyg kan under inga omständigheter likställas med ett intyg där banken explicit intygar att den sökande kommer att erhålla en bankgaranti. Brevet från Sparbanken Skåne är ett intyg på att banken kommer att handlägga en garantiansökan i ärendet när erforderliga uppgifter från Hisscompaniet inkommit. Brevet kan inte tolkas på annat sätt än att Sparbanken Skåne inte har tillräckliga uppgifter för ett sådant löfte och att någon kreditprövning ännu inte gjorts. MKB har därmed inte haft något annat val än att förkasta anbudet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i målet att pröva två saker. Inledningsvis prövar rätten de invändningar Hisscompaniet framfört avseende tilldelningsbeslutet. Sedan prövar förvaltningsrätten om MKB rätteligen uteslutit Hisscompaniets anbud ur upphandlingen. Parterna synes numera vara överens om att Hisscompaniet uppfyller kravet avseende referensuppdrag. Det saknas därför anledning för rätten att vidare ta ställning i den frågan. Därmed återstår för förvaltningsrätten att pröva huruvida Hisscompaniet uppfyller kraven avseende ratingklass och bankgaranti.

Tilldelningsbeslutet

Av 9 kap. 9 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal inte får ingås (avtalsspärr).

Av MKB:s tilldelningsbeslut framgår vilken anbudsgivare som bedömts ha lämnat lägsta pris och som därmed tilldelas kontrakten. Det framgår också vilken avtalsspärr som gäller samt vilka totalpriser som varje anbudsgivare lämnat per entreprenad.

Av 9 kap. 10 § LOU följer vidare bl.a. att en upphandlande myndighet till anbudsgivare som begär det ska lämna upplysningar om skälen för att leverantörens anbud förkastats. MKB har på eget bevåg och i samband med tilldelningsbeslutet meddelat de anbudsgivare vars anbud förkastats skälen för detta i separata meddelanden. Av lagen följer således inte att denna information måste framgå av tilldelningsbeslutet.

Sammantaget anser förvaltningsrätten inte att tilldelningsbeslutet innehåller sådana brister som kan medföra att avtalsspärren inte börjar löpa.

Ratingklass

Av AFB.51, Prövning av anbudsgivare, framgår följande av punkt 2. *Anbudsgivare skall ha minst ratingklass 5 eller motsvarande enligt Business Checks ratingsystem.* Det framgår även att beställaren, dvs. MKB, kommer att kontrollera att kravet är uppfyllt.

När en specifik riskklass anges i ett förfrågningsunderlag anses det utifrån praxis finnas en generell rätt för en anbudsgivare att genom annan utredning styrka sin motsvarande ekonomiska förmåga. Den upphandlande

myndigheten är vidare också skyldig att utifrån sådan utredning göra en individuell bedömning av varje anbudsgivares ekonomiska förmåga. Dock kan det enligt förvaltningsrättens mening inte finnas någon generell skyldighet för den upphandlande myndigheten att låta anbudsgivaren bemöta resultatet eller att inhämta ekonomisk utredning från anbudsgivare som inte själv bifogat sådan till anbudet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3229-12).

Det har varit tydligt och förutsägbart för Hisscompaniet att krav på ratingklass 5 enligt Business Check ställts samt att MKB kommer att kontrollera om kravet är uppfyllt. Det får också enligt förvaltningsrättens mening anses följa av förfrågningsunderlaget att anbudsgivare som inte har efterfrågad rating ges möjlighet att till anbudet bifoga egen ekonomisk utredning. MKB har anfört att Hisscompaniet till sitt anbud inte har bifogat något underlag som visar att bolaget hade en ekonomisk och finansiell ställning motsvarande Business Check riskklass 5 vid tiden för anbudsgivningen. Hisscompaniet har inte invänt mot detta. Det får enligt förvaltningsrättens mening anses ligga i Hisscompaniets intresse och ansvar att kontrollera att anbudet är komplett och att det uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget.

Mot denna bakgrund kan MKB enligt förvaltningsrättens mening inte anses ha varit skyldigt att informera Hisscompaniet om innehållet i den inhämtade kreditupplysningen eller varit skyldigt att begära in annat underlag. Inte heller kan MKB anses ha någon skyldighet att inhämta upplysningar från andra kreditinstitut. MKB har därmed haft att göra en individuell bedömning av Hisscompaniets ekonomiska ställning utifrån den inhämtade kreditupplysningen från Business Check.

Detta leder till slutsatsen att MKB inte har förfarit i strid med LOU när Hisscompaniets anbud kontrollerats i denna del. Eftersom Hisscompaniet

vid tiden för anbudsingivningen ostridigt hade en lägre rankning än ratingklass 5 har MKB således haft fog för att utesluta bolaget på denna grund.

Bankgaranti

Av AFB.51, Prövning av anbudsgivare, punkt 11 framgår följande. *Anbudsgivaren skall kunna intyga, genom den som utsätter säkerheten, att bankgaranti kommer att erhållas för uppdraget.*

Till styrkande av att kravet är uppfyllt har Hisscompaniet bifogat ett intyg från Sparbanken Skåne med följande innehåll. *Med anledning av förestående upphandling så ställer sig Sparbanken Skåne positiv att handlägga en garantiansökan i ärendet. Detta gäller ansökan i bolaget AB Hisscompaniet Skåne (556777-7544) Banken har idag inte fullständiga uppgifter för att utfärda bankgaranti. Men då dessa uppgifter kommer till vår kännedom kan banken besluta om bankgarantiförbindelse. Detta sker efter sedvanlig kreditprövning.*

Förvaltningsrätten finner vid sin bedömning att det av intyget inte framgår att Hisscompaniet ovillkorligen kan erhålla en bankgaranti. Av förfrågningsunderlagets lydelse framgår inget annat än att det är ett intyg med ett sådant innehåll som efterfrågas, och detta måste också ha stått klart för Hisscompaniet. Inte heller i denna del har Hisscompaniet således förmått visa att MKB uteslutit bolaget på felaktig grund.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis utgör vad Hisscompaniet anfört inte grund för ingripande enligt LOU och bolaget har således inte lidit någon skada. Hisscompaniets ansökan om överprövning ska då avslås.

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



Anders Mattsson

Föredragande i målet har varit Lina Andersson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 nå 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 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.