



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM

2018-03-27

Meddelad i Göteborg

Mål nr

10997-17

SÖKANDE

Anläggning & Kabel Entreprenad i Malmö AB, 556764-3498
Strömgatan 11
212 25 Malmö

Ombud:

Advokaten Mikael Gustafsson
Norra Vall Advokater KB
Gråbrödersgatan 2
211 21 Malmö

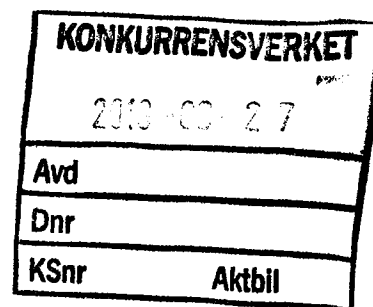
MOTPARTER

1. Laholms kommun
Stadshuset
312 80 Laholm

2. FutureGrass Scandinavia AB, 559047-8250
Vallås Gård
511 58 Kinna

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ”Konstgräsplan till Veinge – Laholms kommun/2, KUN 2017-108” inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny anbudsutvärdering.

Dok.Id 524458

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Laholms kommun (kommunen) genomför en upphandling av nybyggnation av konstgräsplan till Veinge, refnr. KUN 2017-108. Upphandlingen har genomförts med förenklat förfarande.

Av tilldelningsbeslut den 18 september 2017 framgår att FutureGrass Scandinavia AB (nedan Futuregrass) vunnit upphandlingen. I beslutet anges bl.a. följande. Futuregrass, som är ett nystartat företag sedan den 1 januari 2016, har genom förklaring klargjort att de har den resurs och kapacitet, både ekonomiskt och tekniskt, som krävs för att utföra det arbete som upphandlingen avser. Detta säkerställs även genom det krav i upphandlingen gällande säkerhet till beställaren. I detta fall bankgaranti. Futuregrass uppfyller därmed samtliga ställda krav i leverantörskontrollen och anbudet kan därför antas.

YRKANDEN M.M.

Anläggning & Kabel Entreprenad i Malmö AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar rättelse på så sätt att Futuregrass anbud förkastas. Bolaget anför bl.a. följande. Tilldelningsbeslutet har meddelats i strid mot reglerna i LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna. De krav som inte uppfylls av Futuregrass i upphandlingen är kraven på ekonomisk och finansiell kapacitet, kravet på teknisk kapacitet och kravet på erfarenhet/referenser avseende tidigare motsvarande uppdrag. Ekonomisk stabilitet innebär mer än att man under ett räkenskapsår bedrivit verksamhet med en i detta sammanhang mindre vinst och avser anbudsgivarens förmåga att uppfylla sina åtaganden under de tio år som entreprenörens ansvar sträcker sig räknat från slutbesiktning. Vid den individuella bedömning som ska göras när ett ratingkrav inte uppfylls måste särskild vikt läggas vid de delar av underlaget för ratingen som är orsaken till det bristande uppfyllandet. Det kan därvid inte bortses från den starkt negativa styrelseinformation som

föreligger i detta fall. Om inte anbudsgivaren lämnar sådana uppgifter som förklarar verkan av de negativa uppgifterna måste denne diskvalificeras. En entreprenad som utförs enligt de regler som gäller enligt förfrågningsunderlaget innebär ett långvarigt avtalsförhållande. Det är också därför som anbudsgivarens ekonomiska stabilitet i det längre perspektivet är så viktigt vid upphandling av detta slags entreprenader. Ett enstaka bokslut med en mindre vinst kan omöjligen anses tillräckligt för uppfyllande av de i förfrågningsunderlaget ställda kraven i denna del. Inte heller gör det egna kapitalet (motsvarande knappt 5 procent av kontraktssumman) ett stöd för en tillräcklig stabilitet. Kommunen synes mena att det skulle räcka med att Futuregrass lämnat en förklaring som kan tolkas som att bolaget har en tillräckligt stabil ekonomisk bas men detta är inte innebörden av förfrågningsunderlagets krav. – Bolaget ger in bl.a. kreditupplysning från UC avseende vinnande leverantör.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Futuregrass är ett nystartat företag som har utnyttjat möjligheten att lämna förklaring över sin ekonomiska stabilitet. Inlämnad årsredovisning och deklARATION tillsammans med möjligheten till bankgaranti styrker att företaget har den ekonomiska och finansiella kapacitet som efterfrågas. Högre krav hade tätt sig konkurrensbegränsande i förhållande till nystartade företag. Det följer av proportionalitetsprincipen att det inte får ställas högre krav på leverantören än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Det rör sig om en relativt kort entreprenad (6–8 veckor) och den förklaring Futuregrass har lämnat angående sin ekonomiska och finansiella ställning är rimlig för att genomföra uppdraget. I praxis har Kammarrätten i Göteborg ansett att ett nystartat företag uppfyllde kravet på ekonomisk ställning utifrån formuleringen ”stabil ekonomisk bas”, varvid en uppskattning av årsomsättning och angivande av referenser ansågs tillräckligt (mål nr 5797-11). I ett annat avgörande hade anbudsgivaren gett in en balans- och resultatrapport, eftersom företaget som nyetablerat inte

hade någon fastställd årsredovisning att presentera. Kammarrätten ansåg att bolaget hade lämnat en sådan förklaring om ekonomisk stabilitet som avsågs i förfrågningsunderlaget och som var möjlig att lämna mot bakgrund av bolagets verksamhetstid (mål nr 1227-08).

Futuregrass anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Företaget är nystartat. Att förutsättningarna i punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget är uppfyllda styrks med bokslut och egen deklARATION. Resultatrapport för företaget visar ytterligare på ekonomisk stabilitet. Företagets ägare blev satt i konkurs i december 2015, men någon annan konkurs har inte varit aktuell. – *Futuregrass* ger in en resultatrapport.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet

Anbudsgivare skall ha en stabil ekonomisk bas. Kommunen kommer att begära in uppgifter om anbudsgivaren från kreditupplysningsföretag. Anbudsgivaren skall ha minst ratingklass 5 enligt Business Checks ratingsystem eller på annat sätt styrka företagets ekonomiska och finansiella ställning. I fall lägre rating visas, skall anbudsgivare ändå anses uppfylla detta krav om anbudsgivaren lämnar sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarade ekonomiska stabilitet.

Samma kvalificeringskrav tillämpas för nystartade företag och utländska anbudsgivare.

Anbudsgivaren skall ha och visa att den har dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget.

Detta skall framgå av anbudet där en kort, tydlig och beskrivande text av det anbudsgivande företaget skall ges som visar att det har den tekniska förmågan och kapaciteten att utföra uppdraget på ett sätt som tillgodoser kommunens behov och krav på efterfrågad vara/tjänst.

Anbudsgivaren får vid behov åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet. Om anbudsgivaren åberopar annans kapacitet ska anbudsgivaren till anbudet bifoga en handling som visar hur denne förfogar över de åberopade resurserna.

Anbudsgivare skall ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste fem åren. Detta skall styrkas med till anbudet bifogade kundreferenser (2 st) med namn på kontaktperson, telefonnummer, e-post samt en kort beskrivning av det genomförda uppdraget.

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. Ett anbud som inte uppfyller samtliga i upphandlingen obligatoriska krav ska inte beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste därmed vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får vid

anbudsprövningen inte heller frångå uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle strida mot likabehandlings- och transparensprincipen.

I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har gjort gällande att Futuregrass inte uppfyller de obligatoriska krav som ställs i upphandlingen och att kommunen därför felaktigt utvärderat deras anbud. Bolaget har bl.a. anfört att Futuregrass inte uppfyller kravet på ekonomisk och finansiell ställning och gett in kreditupplysning från UC avseende Futuregrass, utvisande att företaget tillhör riskklass 2, där 1 avser högsta risk och 5 lägsta risk.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det, liksom kommunen anfört, följer av proportionalitetsprincipen att det inte får ställas högre krav på leverantören än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kommunen har ställt krav på minst ratingklass 5 enligt Business Checks ratingsystem eller motsvarande ekonomiska stabilitet och det är därför den stabilitet som kommunen ansett behövas. Förfrågningsunderlaget har inte angripits i målet.

Det står klart att vinnande leverantör inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget ställda ratingkravet och frågan blir då om Futuregrass lämnat sådan förklaring att det kan anses klarlagt att det innehar motsvarande ekonomiska stabilitet.

Kommunen har gjort bedömningen att Futuregrass är ett nystartat bolag som använt sig av möjligheten att lämna förklaring över sin ekonomiska

stabilitet genom att lämna in årsredovisning och ägarens deklARATION. Enligt motiveringen i tilldelningsbeslutet har Futuregrass även möjlighet att ställa en bankgaranti. Den utredning som redovisats i målet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses tillräcklig för att klargöra att Futuregrass har den ekonomiska och finansiella kapacitet som efterfrågas i upphandlingen. Vad som efterfrågas i upphandlingen är inte en stabil ekonomisk bas eller en förklaring om ekonomisk stabilitet, utan att anbudsgivaren ska ha minst ratingklass 5 enligt Business Checks rating-system eller motsvarande ekonomiska stabilitet. Vinnande leverantör har, såvitt framgår av de handlingar som förvaltningsrätten tagit del av, i sitt anbud inte lämnat en sådan förklaring att leverantören kan anses ha uppfyllt kravet så som det uppställts i förfrågningsunderlaget. Inte heller har Futuregrass genom sitt yttrande till förvaltningsrätten förmått visa att kravet uppfylls. Den omständigheten att en bankgaranti kan ställas har ingen bäring på frågan om hur Futuregrass ekonomiska ställning är. Eftersom vinnande leverantör således inte uppfyller kravet i förfrågningsunderlaget på ekonomisk stabilitet, borde kommunen inte ha utvärderat anbudet. Genom att anta ett anbud som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget ställda krav har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Bolaget, som placerats som nummer två i upphandlingen, har lidit eller riskerat att lida skada genom denna brist. Därmed finns grund för ingripande med stöd av LOU och det saknas skäl att pröva övriga av bolaget i ansökan anförda grunder. Det är en tillräcklig åtgärd att upphandlingen rättas på så sätt att utvärderingen görs om.

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

Karin Hartmann

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen M Georgsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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.