



SÖKANDE

Bygg City Luleå AB, 556771-7615
Laboratoriegränd 11
977 53 Luleå

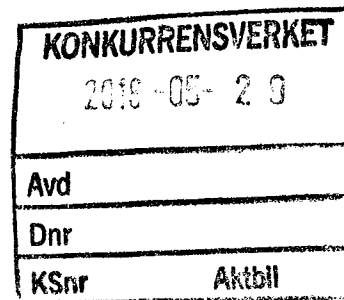
MOTPART

Luleå kommun

Ombud: Advokaterna Per-Ola Bergqvist och Johanna Hellström
Foyen Advokatfirma KB
Stora Nygatan 33
411 08 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Bygg City Luleå AB:s ansökan och beslutar att upphandling av Generalentreprenad skolombyggnader, Luleå (SBF 2017/2100-2.5.1.1) ska rättas genom ny prövning av anbudet.

BAKGRUND

Luleå kommun (kommunen) har genom förenklat förfarande upphandlat Generalentreprenad av skolombyggnader, Luleå (SBF 2017/2100-2.5.1.1). Tre anbud kom in, varav ett från HÖ Allbygg Aktiebolag (HÖ Allbygg). Enligt tilldelningsbeslut den 22 mars 2018 antog kommunen Bygg City Luleå AB:s (Bygg City) anbud. HÖ Allbyggs anbud kom på andra plats.

HÖ Allbygg ansökte om överprövning av upphandlingen (se förvaltningsrättens beslut den 13 april 2018 i mål nr 782-18) och yrkade att upphandlingen inte får avslutas förrän den har rättats genom att en ny utvärdering görs utan beaktande av anbudet från Bygg City.

Den 9 april 2018 återkallade kommunen sitt tilldelningsbeslut för att den 12 april 2018 meddela ett nytt tilldelningsbeslut. Genom det nya tilldelningsbeslutet antog kommunen HÖ Allbyggs anbud som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Anbudet från Bygg City gick inte vidare till utvärderingen.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad Bygg City framför

Bygg City ansöker om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän den har rättats genom att en ny anbudsutvärdering görs med beaktande av bolagets anbud och utan beaktande av anbudet från HÖ Allbygg.

Till stöd för sin talan framför Bygg City i huvudsak följande. Kommunen har brutit mot lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och dess grundläggande principer genom att utvärdera och anta HÖ Allbyggs anbud, trots att bolaget inte uppfyller kraven avseende kreditvärdering enligt de

administrativa föreskrifterna. Kommunen har vidare felaktigt förkastat Bygg Citys anbud med motiveringen att den avsiktsförklaring som bolaget gett in tillsammans med anbudet inte är tillräcklig.

Av intyget från Creditsafe i Sverige AB (Creditsafe) framgår att HÖ Allbygg inte hade någon rating hos kreditupplysningsföretaget den 16 februari 2018. HÖ Allbygg har inte heller kommit in med ett intyg från revisor för uppfyllande av det aktuella kravet. HÖ Allbyggs anbud skulle därför ha förkastats.

I upphandlingsdokumentets avsnitt AFB.52 punkten 2 anges att anbudsgivare ska ha en årsomsättning om minst 120 miljoner kr. I AFB.31 anges dock att man kan åberopa annan leverantörs kapacitet och att det då krävs att denna åtar sig ett solidariskt ansvar.

Bygg City uppfyller inte ensamt omsättningskravet om 120 miljoner kr. Bolaget frågade därför kommunen, innan anbudstidens utgång, om det är tillräckligt att ge in årsredovisningar för bolaget och det bolag vars kapacitet Bygg City avsåg att åberopa. Kommunen svarade: ”Bifoga årsomsättningen för båda samt en avsiktsförklaring undertecknad av båda firmorna där det framgår att ni båda är med”. Bygg City lämnade därefter in sitt anbud och angav i anbudet att Anderssons Bygg i Luleå AB:s (Anderssons Bygg) kapacitet åberopas till uppfyllande av upphandlingsdokumentets avsnitt AFB.52 punkten 2. Till anbudet bifogades årsredovisningar för både Bygg City och Anderssons Bygg samt en avsiktsförklaring mellan bolagen gällande den aktuella entreprenaden, undertecknad av båda bolagen.

Den 5 mars 2018 bad kommunen Bygg City att förtydliga vad avsiktsförklaringen avser. Bolaget svarade följande samma dag: ”Avsiktsförklaringen avser ställda krav i administrativa föreskrifter AFB.31. Vi åtar oss ett solidariskt ansvar för fullgörandet av entreprenaden (kontraktet)”.

Den 10 april 2018, innan kommunen genomförde den förnyade anbudsutvärderingen, skickade även Anderssons Bygg följande mail till kommunen:

”Hej. Ang Överklagan skolombyggnader.

Vi har i dag fått besked att HÖ Allbygg påstår att det skulle vara oklart vad vi menar med den avsiktsförklaringen som har getts in tillsammans med anbudet.

Självklart avser den att vi har ett solidariskt ansvar för förpliktelserna i enlighet med vad som anges i AFB.31.

På fråga från Bygg City hur kommunen önskade att det solidariska ansvaret kom till uttryck svarade kommunen innan anbudstidens utgång att det skulle ges in en avsiktsförklaring, vilket också gjorde. Av denna framgår att den avser skolombyggnader Luleå, dvs. precis det som upphandlingen avser.

På fråga från kommunen har Bygg City också sedan förtydligat att det självklart var det solidariska ansvaret i AFB.31 som avsågs.

Självklart är det vad vi också avsåg, vad skulle vi annars ha menat? Det kan därför inte råda någon tvekan om att vi uppfyller kraven i AFB.31.”

Bygg City har uppfyllt kravet på årsomsättning i och med återopande av Anderssons Byggs kapacitet. Med hänsyn till den korrespondens som skett mellan kommunen och Bygg City innan anbudet gavs in kan det inte råda någon tvekan om vad som avsågs med avsiktsförklaringen. Den är skriven av entreprenörer, inte jurister, och har getts in i direkt följd av korrespondensen med kommunen. Avsiktsförklaringen kan därför knappast ha avsett något annat än det solidariska ansvaret i AFB.31. De förtydliganden som har skett är tillåtna enligt LOU.

Bygg City, vars anbud i den första anbudsutvärderingen rangordnades som nummer ett, lider skada till följd av kommunens felaktiga utvärdering.

Vad kommunen framför

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och framför i huvudsak följande. Kommunen har inte brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU genom att utvärdera anbudet från HÖ Allbygg och inte utvärdera anbudet från Bygg City.

HÖ Allbygg saknade vid tiden för anbudsgivandet kreditrating hos Creditsafe, något som kommunen kunde konstatera vid den kontroll som skedde i enlighet med upphandlingsdokumentets avsnitt AFB.52. Med anledning av detta kontaktade kommunen HÖ Allbygg och begärde ett intyg från bolagets revisor samt en förklaring från Creditsafe till varför ingen rating förelåg hos kreditupplysningsföretaget.

Av intyget från HÖ Allbyggs revisor framgår att bolaget har en ekonomisk ställning i paritet med kraven i upphandlingen. Revisorn konstaterar i intyget att det vid granskning av bolaget inte kommit fram några omständigheter som ger anledning att anse att kreditvärdigheten inte uppgår till minst 50 poäng enligt Creditsafes bedömningssystem.

Anledningen till att HÖ Allbygg saknar rating hos Creditsafe är att det saknas en person i bolagets styrelse i förhållande till vad som står angivet i bolagsordningen. Detta beror på att en styrelseledamot nyligen avlidit och kvarvarande styrelse inte hunnit utse någon ny styrelserepresentant alternativt ändra bolagsordningen genom att minska antalet ledamöter.

Det finns inga krav i upphandlingen att en handling – i form av revisorsintyg – ska, för det fall ingen eller lägre kreditpoäng föreligger, fogas redan till anbudet. Som framgår av kravets ordalydelse ska detta företes på begäran av kommunen, alltså efter att anbudet har lämnats in. Det framgår även av bifogat e-postkonversation mellan HÖ Allbygg och Creditsafe att bolaget uppfyller kraven i upphandlingen. Kommunen har agerat helt i enlighet med vad som anges i upphandlingsdokumentet och det har varit korrekt av kommunen att ta upp HÖ Allbyggs anbud till prövning.

Bygg City uppfyller ostridigt inte ensamt kravet på årsomsättning. Av den avsiktsförklaring som Bygg City har bifogat till sitt anbud framgår endast att den avser skolombyggnader i Luleå och att den gäller mellan Bygg City och

Anderssons Bygg. Eftersom avsiktsförklaringen varken preciserar eller anger Anderssons Byggs åtagande begärde kommunen ett förtydligande från bolaget. Bygg City, men inte Anderssons Bygg, inkom då med ett svar via e-post.

Avsaknaden av formkrav när anbudsgivare åberopar ett annat företags kapacitet innebär att frågan om erforderlig bevisning får avgöras från fall till fall och styrs ytterst av hur den upphandlande myndigheten faktiskt har utformat kraven i den enskilda upphandlingen.

Av AFB.31 framgår att företag vars kapacitet åberopas ska åta sig ett solidariskt ansvar för fullgörandet av kontraktet. Det ska alltså vara ett konkret uttalande från det åberopade företaget att det åtar sig att ansvara solidariskt för anbudsgivarens skyldighet att fullgöra kontraktet. Bygg Citys och Anderssons Byggs avsiktsförklaring är så allmänt hållen att det inte framgår av denna handling att det åberopade bolagets resurser står till Bygg Citys förfogande, än mindre att Anderssons Bygg åtar sig ett solidariskt ansvar för kontraktets rätta fullgörande för det fall Bygg City tilldelas kontraktet i upphandlingen. Det svar som Bygg City lämnat på kommunens begäran innebär ingen skillnad i detta avseende.

Kommunen kunde inte heller tillåta ett förtydligande/en komplettering enligt 4 kap. 9 § LOU. En sådan komplettering skulle ha inneburit att anbudsgivaren ges möjlighet att avhjälpa en brist vilken ska föranleda diskvalificering av anbudsgivaren. Denna typ av komplettering är enligt en entydig och omfattande vägledande rättspraxis inte tillåten. Anderssons Bygg har först efter att överprövning av kommunens första tilldelningsbeslut skett, inkommit med ett förtydligande om sitt åtagande i avsiktsförklaringen. Detta har inte skett i samband med anbudsgivningen och inte heller i nära anslutning till anbudets avgivande.

Bygg City lider inte och kan inte komma att lida skada på grund av kommunens agerande i upphandlingen. Bygg City har inte i något avseende konkretiserat den skada bolaget anser sig lida eller riskera att lida.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bygg City gör gällande att kommunen felaktigt utvärderat anbudet från HÖ Allbygg, trots att bolaget inte uppfyller kraven på kreditvärdering. Kommunen anser att det varit korrekt att utvärdera HÖ Allbyggs anbud, eftersom det av revisorsintyget och förklaringen från Creditsafe framgår att HÖ Allbygg uppfyller kraven i upphandlingen.

Av upphandlingsdokumentets avsnitt AFB.52 punkten 4 framgår följande.

- AFB.52** **Prövning av anbudsgivares lämplighet**
4. Anbudsgivaren ska minst ha 50 poäng i kreditvärdering hos Creditsafe. Beställaren kommer, innan tilldelningsbesked skickas ut, kontrollera att kreditvärderingspoängen inte är lägre än de angivna. Om kreditvärderingspoängen är lägre kan en anbudsgivare ändå anses uppfylla detta krav genom att inkomma med intyg som undertecknats av revisor som visar att anbudsgivaren har motsvarande ekonomiska ställning. För nystartade företag, startade senaste året, gäller 35 poäng.

Det är ostridigt att HÖ Allbygg, vid kommunens kontroll av kreditrating, inte hade några poäng hos kreditupplysningsföretaget Creditsafe. Av utredningen i målet framgår att kommunen, med anledning av den genomförda kontrollen, begärt HÖ Allbygg att inkomma med ett intyg undertecknat av revisor. Av det inskickade revisorsintyget framgår att det inte framkommit några omständigheter som ger anledning att anse att bolagets kreditvärdighet inte uppgår till minst 50 poäng enligt Creditsafes bedömningssystem. Mot denna bakgrund och beaktande av hur det aktuella kravet har utformats i upphandlingsdokumentet gör förvaltningsrätten bedömningen att kommu-

nen inte har brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU genom att utvärdera anbudet från HÖ Allbygg. Skäl för ingripande mot upphandlingen saknas således på denna grund.

Bygg City gör vidare gällande att det varit fel av kommunen att inte utvärdera bolagets anbud eftersom bolaget uppfyller kravet på årsomsättning. Kommunen å sin sida uppger att den avsiktsförklaring som Bygg City skickat in tillsammans med anbudet inte anger om Anderssons Byggs resurser står till Bygg Citys förfogande och om företaget åtar sig ett solidariskt ansvar för kontraktets rätta fullgörande.

Av upphandlingsdokumentets avsnitt AFB.31 kan man bl.a. utläsa följande.

AFB.31 Anbuds form och innehåll

...

Följande uppgifter ska redovisas i anbudet:

1. Anbudet ska följa upphandlingsdokumenten och avges i full överensstämmelse enligt tillhandahållet anbudsformulär.

För anbudsgivare som åberopar annan leverantörs kapacitet i form av ekonomiska och finansiella ställning krävs att leverantör, vars kapacitet åberopas, åtar sig ett solidariskt ansvar för anbudsgivarens fullgörande av kontraktet.

Av upphandlingsdokumentets avsnitt AFB.52 punkten 2 följer.

AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet

2. Anbudsgivare ska ha en årsomsättning av byggentreprenadverksamhet för det senaste räkenskapsåret eller genomsnittet för det två senaste avslutade räkenskapsåren som uppgår till **minst 120 miljoner kronor**. Alternativt ska för nystartat företag inläggande orders för nu pågående räkenskapsår visa att kravet kommer uppfyllas detta år. Till styrkande av att kravet är uppfyllt ska till anbudet bifogas den eller de senast till bolagsverket ingivna årsredovisningen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kommunen i den aktuella upphandlingen valt att ställa ett kvalificeringskrav på en viss minsta årsomsättning samt, i fall andra företags kapacitet åberopas, krävt att företaget vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet. I upphandlingsdokumentet har närmare inte beskrivits på vilket sätt leverantören ska visa att ett åtagande om solidariskt ansvar finns.

Det är ostridigt att Bygg City ensamt inte uppfyller kravet på årsomsättning om minst 120 miljoner kr. Den fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Bygg City på ett godtagbart sätt visat att bolaget vid kontraktets fullgörande uppfyller detta krav genom åberopande av Anderssons Byggs kapacitet.

Gällande kravet på årsomsättning enligt AFB.52 punkten 2 har Bygg City i sitt anbudsformulär uppgett: "126 Miljoner kr (Bygg City Luleå AB 90,3 miljoner Anderssons Bygg AB 35,8 miljoner)". Tillsammans med sitt anbud har Bygg City skickat in en handling rubricerad "Avsiktsförklaring" mellan Bygg City och Anderssons Bygg och årsredovisningar för båda bolagen. Av avsiktsförklaringen kan utläsas att den avser skolombyggnader, Luleå och gäller mellan Bygg City och Anderssons Bygg. Den har undertecknats av båda bolagen.

Av handlingarna i målet framgår att Bygg City innan anbudstidens utgång ställt frågor till kommunen avseende kraven i upphandlingsdokumentets avsnitt AFB. 31 och AFB.52 och fått till svar att årsredovisningar för båda bolagen samt en avsiktsförklaring undertecknad av båda bolagen ska bifogas till anbudet. Vidare framgår av handlingarna att kommunen, innan det första tilldelningsbeslutet meddelades, ombett Bygg City att förtydliga vad avsiktsförklaringen avser. Bolaget hänvisade då till kravet på solidariskt an-

svar i upphandlingsdokumentets avsnitt AFB.31 och uppgav att de åtar sig ett solidariskt ansvar för fullgörande av kontraktet. Den 10 april 2018, dagen efter att kommunen återkallade sitt första tilldelningsbeslut och två dagar innan det andra tilldelningsbeslutet meddelades, skickade Anderssons Bygg ett förtydligande till kommunen. I förtydligandet anger Anderssons Bygg att avsiktsförklaringen avser det solidariska ansvaret i enlighet med upphandlingsdokumentets avsnitt AFB.31.


Med beaktande av den skriftväxling som skett mellan kommunen, Bygg City och Anderssons Bygg, de uppgifter som Bygg City redovisat i sitt anbud samt de handlingar som bifogats anbudet, gör förvaltningsrätten bedömningen att Bygg City på ett tillräckligt tydligt och godtagbart sätt visat att den kapacitet som åberopas hos Anderssons Bygg kommer att finnas tillgänglig när kontraktet ska fullgöras. I kammarrättspraxis har godtagits att ett samarbetsavtal som styrkte att leverantören förfogade över erforderliga resurser när kontraktet skulle fullgöras ingavs först i kammarrätten. Rätten konstaterade också att något krav på att samarbetsavtalet skulle ha bifogats i anbudshandlingarna inte kunde uppställas (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2013 i mål nr 240-13). Mot den bakgrunden och med beaktande vad som i övrigt framkommit i utredningen gör förvaltningsrätten bedömningen att de förtydliganden som Bygg City och Anderssons Bygg lämnat till kommunen innan det nya tilldelningsbeslutet meddelades inte kan anses som otillåtna.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunen agerat i strid med 4 kap. 1 § LOU genom att utesluta Bygg Citys anbud på nu aktuell grund. Bygg City, vars anbud i det första tilldelningsbeslutet bedömdes som ekonomiskt mest fördelaktiga, lider eller kan åtminstone komma att lida skada på så sätt som avses i 20 kap. 6 § LOU. Skäl för ingripande mot upphandlingen föreligger därmed. Med hänsyn till att det nu aktuella felet hän-

för sig till prövningen av anbuden är det tillräckligt att besluta om rättelse i form av ny anbudsprövning. Bolagets ansökan ska därmed bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Marika Pernu
rådman

Raili Funck har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.