



**SÖKANDE**

SK Licenssvets V-F AB, 556350-8323  
August Barks Gata 19  
421 32 Västra Frölunda

Ombud: Advokaterna Peter Bengtcén Hummelblad och Robert Nylinder  
Advokatfirman Wählin AB  
Östergatan 21  
211 25 Malmö

**MOTPART**

Jönköping Energi AB, 556015-3354  
Box 5150  
551 40 Jönköping

Ombud: Advokaterna Per-Ola Bergqvist och Christoffer Löfquist  
Foyen Advokatfirma KB  
Södergatan 28  
211 34 Malmö

**SAKEN**

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

**BAKGRUND**

Jönköpings Energi AB (Jönköpings Energi) genomför en upphandling, förenklat förfarande, som benämns Rörentreprenad elångpanna. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än SK Licenssvets V-F AB (bolaget) antagits och bolagets anbud har förkastats. Bolaget har ansökt om överprövning.

Dok.Id 164224

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

I **förfrågningsunderlaget** anges bl.a. följande. Upphandlingen avser en utförandeentreprenad avseende rör- och isoleringsarbeten för nyanläggning av ledningar i ny ångcentral. Aktuella arbeten ska utföras inom Jönköpings Energis anläggning KVVM i Jönköping. Entreprenaden omfattar rörinstallation med erforderlig kontrollomfattning samt isolering av rörsystem för elångpanna med tillhörande ångackumulator. Ersättningsformen ska vara fast pris utan indexreglering, valutareglering och exklusive mervärdesskatt. Som tilldelningsgrund tillämpas lägsta pris.

Avseende förfarandet vid anbudsprövningen anges bl.a. följande. Jönköpings Energi kommer att pröva de inkomna anbuden i tre steg:

1. Rättelse och nollställning
2. Prövning av anbudet mot kriterier i förfrågningsunderlaget med bilagor.
3. Jönköpings Energi kommer att anta det anbud som uppfyller samtliga s.k. ska-krav i förfrågningsunderlag samt i teknisk beskrivning, övriga bilagor och innehåller det lägsta priset.

I avsnitt AFC, Entreprenadföreskrifter vid utförandeentreprenad, anges såvitt i målet är aktuellt i underavdelningen AFC.6, Ekonomi, under punkt AFC.63, Säkerhet, att leverantören ska ställa säkerhet enligt AB04 6 kap. § 21 i form av bankgaranti.

Av **tilldelningsbeslutet** med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. Sex leverantörer har lämnat anbud, varav två har ansetts kvalificerade. Det kvalificerade anbud som innehåller det lägsta priset har lämnats av RAMAB Rör & Apparatmontage AB. Beslutet att förkasta bolagets anbud har motiverats med att anbudet innehåller otillåtna reservationer.

## YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid bolagets

anbud ska prövas i sak. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Jönköpings Energi anser att ansökan ska avslås.

## VAD PARTERNA ANFÖR

### **Bolaget**

#### *Bankgaranti*

Jönköpings Energi har förkastat bolagets anbud eftersom den i bolagets anbud föreslagna säkerheten inte utgjordes av en bankgaranti såsom föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Syftet med att leverantören ska lämna en bankgaranti får antas vara att det ska finnas en trygghet för den upphandlande enheten att projektet genomförs, d.v.s. att leverantörens åtaganden garanteras. Hur detta sker är dock från den upphandlande enhetens synvinkel irrelevant, vilket vinner stöd i ordalydelsen i AB04. Så länge lämnad säkerhet ger ett likvärdigt skydd i förhållande till en bankgaranti måste leverantören anses uppfylla förfrågningsunderlagets krav i fråga om säkerhet.

Jönköpings Energi har inom ramen för anbudsprövningen inte ens utrett hur den av bolaget lämnade försäkringslösningen är utformad, vilket skydd den erbjuder den upphandlande enheten eller om den är att likställa med en sådan bankgaranti som avses i förfrågningsunderlaget. Jönköpings Energi har förkastat bolaget enbart med motiveringen att någon bankgaranti inte lämnats. Detta är ett felaktigt förfaringssätt som strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 24 § LUF.

Den försäkringslösning som bolaget erbjudit utgår från AB:s bestämmelser och täcker den säkerhet som enligt AB 04 6 kap. 21 § ska lämnas. Detta framgår av de försäkringsvillkor som gäller för försäkringslösningen.

Jönköpings Energis beskrivning av skillnaderna mellan en bankgaranti och en fullgörandeförsäkring är missvisande. Oavsett vilken form av säkerhet som erbjuds måste ett eventuellt krav på ersättning från den upphandlande enheten riktas mot leverantören som då har möjlighet att bestrida kravet; oavsett om detta sker genom ett försäkringsbolag, en konkursförvaltare eller annan företrädare för bolaget. Det måste under alla omständigheter föreligga grund för utbetalning av ersättning för att sådan utbetalning ska ske. En förutsättning för att en bank ska betala i enlighet med utställd garanti är att leverantören medger betalningsskyldighet eller att det finns en lagakraftvunnen dom som bekräftar det aktuella fordringsanspråket. Det är således inte fråga om att banken utan vidare betalar ut några pengar enbart för att den upphandlande enheten hävdar ett anspråk. Om leverantören (eller konkursförvaltaren i händelse av konkurs) bestrider den upphandlande myndighetens krav så betalar banken inte ut några pengar förrän tvisten har avgjorts. Vägen till betalning för den upphandlande myndigheten kan således bli mycket lång, även med en bankgaranti som säkerhet.

En bankgaranti är generellt sett dyrare för leverantörerna än en försäkringslösning. Redan därigenom uppstår en konkurrensbegränsning eftersom mindre aktörer kan få svårt att ställa en bankgaranti, inte för att de saknar ekonomisk kapacitet för att genomföra projektet, utan för att en bankgaranti blir en belastning för likviditeten. Att bankgarantin skulle tjäna som ett lämpligt test av leverantörernas ekonomiska kapacitet och s.a.s. sälla agnarna från vetet redan vid kvalificeringen av inkomna anbud är således inte korrekt.

Om bolagets anbud inte felaktigt hade förkastats hade dess anbud ansetts vara det kvalificerade anbud som innehåller det lägsta priset. Bolaget har således lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening.

### **Jönköpings Energi**

#### *Bankgaranti*

Standardavtalet AB 04 hindrar inte att Jönköpings Energi som upphandlande enhet uppställer ett obligatoriskt krav om att endast en bankgaranti accepteras som säkerhet.

Bolaget påstår att den försäkringslösning som bolaget erbjudit ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv är att likställa med en bankgaranti. Skillnaderna mellan fullgörandeförsäkring och bankgaranti kan beskrivas enligt följande.

Bankgaranti: En bankgaranti är utformad som en proprieborgen, d.v.s. med innebörd att banken går i borgen såsom för egen skuld för anbudsgivarens åtagande enligt entreprenadkontraktet, i de avseenden som framgår av borgensåtagandet. För att banken ska acceptera att ställa ut en bankgaranti krävs att leverantören undertecknar en motförbindelse att gentemot banken ställa säkerhet för det belopp som bankgarantin lyder på, vilken träder i kraft för det fall banken tvingas betala i enlighet med bankgarantin. Därtill kommer en kostnad för själva garantin som normalt sett varierar mellan en och fem procent av garantibeloppet.

Fullgörandeförsäkring: En fullgörandeförsäkring utgör en säkerhet för leverantörens åtagande inom ramen för en försäkringslösning. Försäkringen garanterar att en leverantör kan fullgöra sitt åtagande gentemot den upphandlande enheten upp till avtalat garantibelopp. Försäkringen är tänkt att tas i anspråk vid leverantörens väsentliga kontraktsbrott. En fullgörande-

försäkring kräver i normalfallet inte någon motsäkerhet från leverantören. Denne betalar en engångspremie för försäkringen, varvid försäkringen i normalfallet gäller utan självrisk.

Bankgaranti är således en dyrare lösning än en fullgörandeförsäkring för leverantören. Bankens krav innebär en kostnad som höjer anbudssumman. Detta eftersom en bankgaranti alltid på något sätt belastar leverantörens limit i banken, medan en garanti i försäkringsform i normalfallet inte kräver någon motsäkerhet från leverantören. För det fall bankgarantin eller fullgörandeförsäkringen ska tas i anspråk, t.ex. om leverantören försätts i konkurs, tydliggörs en avgörande skillnad mellan de två säkerheterna. Banken har inget eget intresse i själva beloppet som utgör bankgarantin. Det har däremot försäkringsbolaget som har utfärdat fullgörandeförsäkringen. I dessa situationer inträder försäkringsbolaget som motpart till den upphandlande enheten. Generellt innehåller fullgörandeförsäkringar ett flertal villkor som begränsar dess tillämplighet.

Av det ovan anförda framgår att det finns avgörande skillnader mellan de två säkerheterna. Dessa skillnader utgör sakliga skäl för en upphandlande enhet att välja en av säkerheterna när den utformar förfrågningsunderlagets obligatoriska krav. Jönköpings Energi har i den nu aktuella upphandlingen valt bankgaranti eftersom Jönköpings Energi värdesätter de fördelar som en bankgaranti ger i jämförelse med en fullgörandeförsäkring. Av central betydelse för bedömningen av om det aktuella kravet uppfyller de krav som följer av LUF är rättsfallet RÅ 2010 ref. 78 där Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) drog slutsatsen att de krav som den upphandlande myndigheten ställt skulle godtas då kraven hade en objektiv utformning och inte diskriminerade någon leverantör. Kravet på bankgaranti är proportionerligt och överensstämmer med de bedömningsgrunder HFD slagit fast i rättsfallet.

**SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE***Gällande regler*

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter 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.

Av 11 kap. 1 och 8 § LUF framgår bl.a. följande. Innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. ska den upphandlande enheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §. Vid öppet förfarande ska en upphandlande enhet se till att urvalskriterierna är tillgängliga för de presumtiva leverantörerna. Om urvalskriterierna innefattar krav som rör leverantörernas ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet får andra företags kapacitet åberopas enligt 5 §. De kriterier och regler som anges ska i den utsträckning som framgår av 10 kap. innefatta grunder för uteslutning från att delta i en upphandling.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningsen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att den upphandlande myndigheten kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

*Förvaltningsrättens bedömning – ramarna för bedömningen*

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Vad som ovan sagts avseende LOU gäller i motsvarande mån beträffande LUF.

Vid tolkningen av 11 kap. 1 och 8 § LUF finns anledning att beakta liknande bestämmelser i LOU, i förevarande fall särskilt 11 kap. 7 och 9 § LOU. I de senare paragraferna anges att bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av

1. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de



tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits,

2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller

3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig (jfr även RÅ 2005 ref. 42).

Jönköpings Energi har som upphandlande enhet rätt att uppställa kvalificeringskrav avseende leverantörernas ekonomiska kapacitet och har därvid möjlighet att utforma sådana krav på olika sätt. Denna frihet gäller dock i första hand vilka materiella krav som ska gälla och vilken miniminivå som ska tillämpas för respektive krav; t.ex. visst mått av kreditvärdighet, viss omsättning etc. Vad gäller kravens formella sida, d.v.s. vilken typ av bevisning som krävs av leverantörerna för att dessa ska anses ha visat att de har uppfyllt kraven, så är den upphandlande enhetens frihet mer begränsad. Den upphandlande myndigheten får föreskriva viss bevisning i den meningen att om en leverantör lämnar föreskriven bevisning så anses denne ha visat att visst materiellt krav är uppfyllt. Däremot kan den upphandlande myndigheten inte förutsätta att om bevisning i viss form saknas så är det materiella kravet inte uppfyllt.

*Förvaltningsrättens bedömning – tillämpning på omständigheterna i förevarande mål*

Jönköpings Energi har ställt upp ett obligatoriskt krav på att leverantörerna ska ställa säkerhet i form av bankgaranti. Av kravets ordalydelse och dess sammanhang framgår att av flera möjliga säkerheter krävs just en bankgaranti för att uppfylla kravet. Det är vidare ostridigt att bolaget inte ställt

säkerhet i form av bankgaranti. Därmed kan konstateras att kravet inte är otydligt och att det inte heller har tillämpats på ett felaktigt sätt. Frågan är emellertid om kravets utformning uppfyller övriga krav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF samt övriga bestämmelser i LUF.

En bankgaranti är ett bevis för att en leverantör har den ekonomiska kapacitet som krävs för att utföra kontraktets föremål. Det saknas dock grund för att anse att det skulle vara omöjligt eller på annat sätt olämpligt att en leverantör visar att denne har tillräcklig ekonomisk kapacitet genom annan form av bevisning än just en bankgaranti. Vidare har bolaget gjort gällande att en bankgaranti medför en onödig ekonomisk belastning.

Förvaltningsrätten finner att kravet att leverantörerna ska ställa säkerhet i form av en bankgaranti strider mot de grundläggande principerna i LUF, särskilt proportionalitetsprincipen, eftersom det är utformat på ett sådant sätt att det kategoriskt utesluter varje annan form av bevis för att leverantören har tillräcklig ekonomisk kapacitet. Med den utformning kravet givits har det inte varit möjligt för Jönköpings Energi att pröva om någon annan lösning utgör ett med bankgaranti likvärdigt bevis. Bolaget har framfört godtagbara skäl för att vilja lämna bevisning i annan form än bankgaranti och det framstår inte som omöjligt eller orimligt att anta att bolaget skulle ha kunnat lämna bevisning som är likvärdig med en bankgaranti.

Förvaltningsrätten finner vid angivna förhållanden att bolaget förmått göra sannolikt att Jönköpings Energi brutit mot LUF och att detta medför att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Eftersom felet i upphandlingen är hänförligt till den konkurrensuppsökande fasen är rättelse inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

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

Hans-Olof Hallbäck

Föredragande har varit Ulf Nordberg.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

**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 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.