

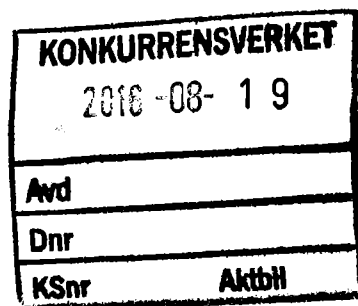


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2016-08-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
7173-16



SÖKANDE

Lindskog Malmström Advokatbyrå KB, 902002-8107
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPARTER

1. Danderyds kommun
2. Haninge kommun
3. Huddinge kommun
4. Järfälla kommun
5. Nynäshamns kommun
6. Sigtuna kommun
7. Sundbybergs kommun

Ombud: Järfälla kommun
177 80 Järfälla

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 743510

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Danderyds kommun, Haninge kommun, Huddinge kommun, Järfälla kommun, Nynäshamns kommun, Sigtuna kommun och Sundbybergs kommun (kommunerna) genomför en samordnad upphandling i syfte att teckna ramavtal avseende juridiska tjänster inom 15 rättsområden tillika anbudsområden (Kst 2014/307). Upphandlingen handläggs av Järfälla kommun men var och en av kommunerna har fattat egna – men likalydande – tilldelningsbeslut för varje rättsområde. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbesluten framgår att kommunerna inte avser att teckna ramavtal med Lindskog Malmström Advokatbyrå KB (Lindskog Malmström). I upphandlingsrapporten som kommunicerades tillsammans med tilldelningsbesluten anges att Lindskog Malmströms anbud inte har gått vidare i anbudsprövningen eftersom det inte uppfyllt kravet på ekonomisk ställning under punkt 3.1.5 i förfrågningsunderlaget.

Lindskog Malmström ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen avseende anbudsområde 5 EU- och konkurrensrätt, 8 miljörett samt 10 upphandlingsjuridik inte får avslutas förrän rättelse vidtas på så sätt att Lindskog Malmströms anbud kvalificeras och tas med till utvärdering.

Kommunerna yrkar att Lindskog Malmströms ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Frågan om kravet på ekonomisk ställning är obligatoriskt

Lindskog Malmström anför bl.a. följande. Kravet på ekonomisk ställning i punkt 3.1.5 är formulerat på ett sätt som gör att kravet att ha kreditvärdighetsnivå 3 eller högre hos UC inte är obligatoriskt. I punkt 3.1.5

används endast ordet "krav" vilket kan utgöra både ska-krav och bör-krav. I övriga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget används ordet "ska". Så formuleras emellertid inte kravet i punkt 3.1.5, varför det inte utgör ett obligatoriskt krav. Att anbudsgivarens ekonomiska stabilitet bedöms i kvalificeringsfasen medför inte att det tolkningsvis framgår att kravet är obligatoriskt. Att uttrycka obligatoriska krav implicit strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och förutsebarhet.

Kommunerna anför bl.a. följande. Begrepp såsom ska-krav finns inte definierade i LOU. Ordet "ska" behöver därför inte användas i ett förfrågningsunderlag för att markera att ett krav är obligatoriskt. Att kravet på ekonomisk ställning är obligatoriskt framgår tillräckligt tydligt av förfrågningsunderlaget och sammanhanget i vilket kravet ställs. Av punkt 2.1.11 framgår att Järfälla kommun kommer att kontrollera anbudsgivarens lämplighet enligt kapitel 3 innan uppfyllelsen av kraven på tjänsten kontrolleras och utvärderingen sker. Det framgår av punkt 2.1.11 i förfrågningsunderlaget att kraven i kapitel 3 är kvalificeringskrav som måste vara uppfyllda för att anbudet ska gå vidare i prövningen.

När kravet på ekonomisk ställning ska vara uppfyllt

Lindskog Malmström anför bl.a. följande. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget när kommunerna avsåg att göra kontrollen mot UC. Det framgår inte av punkt 2.1.11 i förfrågningsunderlaget att kontrollen av anbudsgivarens lämplighet enligt kapitel 3 skulle genomföras i samband med anbudsöppningen. Förfrågningsunderlaget saknar således transparens i denna del.

Kontroll mot register som UC bör göras i samband med tilldelningsbeslutet. För detta talar bl.a. att kravet på ekonomisk ställning är avsett att visa att anbudsgivaren har tillräcklig ekonomisk stabilitet för att kunna leverera

under kontraktstiden, det vill säga framåt i tiden. Genom de nya upphandlingsdirektiven har ett nytt system för kontroll av anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella stabilitet införts, vilket innebär att sådan kontroll alltid sker som beställarens sista åtgärd innan tilldelningsbeslut fattas. Även om införandet av de nya direktiven i svensk lagstiftning är försenad, och även om den nu aktuella upphandlingen har påbörjats innan de gamla direktiven (på vilka LOU bygger) upphörde att gälla, innebär EU-rätten att LOU i möjligaste mån ska tolkas direktivkonformt. Vid tilldelningsbeslutet hade Lindskog Malmström kreditvärdighetsnivå 3 hos UC. Lindskog Malmström uppfyller således kravet på ekonomisk ställning.

Kommunerna anför bl.a. följande. Utgångspunkten måste vara att krav ska vara uppfyllda i samband med anbudsgivning om inte annat anges i förfrågningsunderlaget, med undantag för krav och villkor som kan uppfyllas först i samband med avtalets fullgörande. Det står inte i förfrågningsunderlaget att krav kan uppfyllas vid senare tidpunkt varför det inte kan vara aktuellt att kraven ska uppfyllas i samband med tilldelningen. Det skulle bli mycket svårhanterligt om tidpunkten för ett obligatoriskt kvalificeringskrav skulle vara så flytande som Lindskog Malmström gör gällande. Anbudsgivarnas riskklass kan förändras efter anbudstidens utgång och det skulle försvåra utvärderingen väsentligt om den skulle behöva göras om beroende på när tilldelningsbeslutet meddelas.

Lindskog Malmströms uppfyllande av kravet på ekonomisk ställning

Lindskog Malmström anför bl.a. följande. Kravet på ekonomisk ställning är formulerat på så sätt att kommunerna ska inhämta information om kreditvärdighetsnivå från UC och om det *därvid* skulle visa sig att anbudsgivaren inte uppnår kreditvärdighetsnivå 3, kan anbudsgivaren lämna balans- och resultaträkning för de senast tre månaderna. Det framgår inte att det skulle åligga anbudsgivaren att ge in sådana dokument. I stället borde Järfälla kommun – efter att de inhämtat information från UC – gett

Lindskog Malmström möjlighet att ge in dokumenten, vilket Lindskog Malmström självfallet skulle ha gjort.

Att Lindskog Malmström hade kreditvärdighetsnivå 2 hos UC vid tiden för kommunernas kontroll berodde på en felaktig handläggning baserad på en felaktig rutin hos UC. Grunden utgjordes av ett betalningsföreläggande som en enskild gäldenär i konkurs skickat till konkursförvaltaren och därmed Lindskog Malmström, i stället för till konkursboet. Kronofogdemyndigheten bedömde att kravet saknade grund och avskrev det omedelbart utan åtgärd. Trots detta har UC inte enbart hanterat kravet som en betalningsanmärkning utan dessutom låtit det ligga kvar och belasta Lindskog Malmström i nästan ett år. UC åtgärdade Lindskog Malmströms felaktiga kreditvärdighetsnivå cirka tre veckor innan tilldelningsbeslutet kommunicerades. Det är alltså en bristande hantering från UC som har gett upphov till den låga kreditvärdighetsnivån. Den felaktiga kreditvärdighetsnivån har (såsom Kammarrätten i Stockholm uttryckte sig i mål nr 8991-15) orsakats av något förhållande som ligger utanför Lindskog Malmströms kontroll. Därmed kan Lindskog Malmström inte lastas för detta. Lindskog Malmström har därför inte haft anledning att kontrollera riskklassen hos UC.

Lindskog Malmström använder inte UC utan motsvarande tjänst från Creditsafe. Hos Creditsafe har Lindskog Malmström inte enbart 40–59 Kreditvärdig (vilket motsvarar riskklass 3 hos UC), utan den högre klassen 60–79 God kreditvärdighet. Att begränsa kravet på ekonomisk ställning till att endast avse UC strider mot upphandlingsrätten. Den upphandlande myndigheten får inte begränsa kravställningen till att avse ett utpekat företag, fabrikat eller dylikt. Genom att lägga till formuleringen ”eller motsvarande kreditinstitut” skulle diskriminering motverkas och kraven enligt LOU uppfyllas.

Lindskog Malmström har i sitt anbud uttryckligen angett att bolaget har god kreditvärdighet. När UC utvisade kreditvärdighetsnivå 2 innebar det således att kommunerna fick motsägelsefulla uppgifter.

Kommunerna anför bl.a. följande. Lindskog Malmström har haft möjlighet att kontrollera sin kreditvärdighetsnivå hos UC innan de lämnade in anbudet och se till att eventuella felaktigheter rättades till. Lindskog Malmström har även haft möjlighet att styrka sin ekonomiska ställning på annat sätt, men bifogade inte sådant underlag till sitt anbud. När en leverantör avser att lämna anbud i en upphandling får det anses ligga i dennes intresse och ansvar att kontrollera att anbudet är komplett och att det uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Kommunerna har inte haft någon skyldighet att göra en kreditkontroll hos Creditsafe eller något annat kreditinstitut. Kreditvärderingsbolagen använder olika information för att fastställa kreditvärdighet, varför kreditvärdighet 60–79 hos Creditsafe inte motsvarar kreditvärdighetsnivå 3 hos UC.

Skada

Lindskog Malmström anför bl.a. följande. Lindskog Malmström riskerar att gå miste om möjligheten till försäljning genom att inte teckna ramavtal. Eftersom Lindskog Malmström har arbetat med några av kommunerna tidigare, bedömer Lindskog Malmström att försäljningen skulle ha uppgått till betydande belopp.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla alla 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 beaktas.

Av 16 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och det 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 gjorts.

Kravet på ekonomisk ställning

Kravet på ekonomisk ställning i punkt 3.1.5 har följande lydelse.

”Järfälla kommun kommer att göra en bedömning av anbudsgivarens ekonomiska ställning, detta genom att begära in uppgifter från UC. I de fall anbudsgivaren uppfyller ställda krav på lägsta kreditvärdighetsnivå 3 eller högre kommer kravet avseende ekonomisk stabilitet anses uppfyllt.

I de fall anbudsgivaren vid kontroll med UC inte får en kreditvärdighetsnivå på minst 3 kan den ekonomiska stabiliteten styrkas genom balans- och resultaträkning för de senaste tre (3) månaderna inklusive intyg från revisor. Alternativt kan anbudsgivarens ekonomiska stabilitet garanteras av moderbolag eller annan finansiell säkerhet i form av exempelvis bankgaranti. I detta fall ska intyg om detta bifogas anbudet och vara undertecknat av behörig företrädare för det moderbolaget eller den som har garanterat den finansiella säkerheten. [...]”

Frågan om kravet på ekonomisk ställning är obligatoriskt

Förvaltningsrätten konstaterar att det – även om uttryck som ska-krav är etablerade på upphandlingsområdet – saknas rättsligt stöd för att ordet ”ska” måste användas i ett förfrågningsunderlag för att markera att ett krav är obligatoriskt. Förvaltningsrätten konstaterar att det vid kravet är en symbol i form av ett utropstecken inom en fyrkant. På förfrågningsunderlagets första sida förklaras symbolen betyda ”Texten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas”. Förvaltningsrätten finner att det av formuleringen i punkt 3.1.5 och symbolförklaringen framgår att det rör sig om ett obligatoriskt krav, som alltså måste vara uppfyllt för att anbudet ska kvalificeras.

Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingen inte har brutit i transparens i denna del.

Frågan om hänvisningen till UC strider mot LOU

Av 6 kap. 4 § LOU följer att tekniska specifikationer som ingår i upphandlingen, förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden ”eller likvärdigt”.

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet på ekonomisk ställning inte utgör någon teknisk specifikation, och att varken bestämmelsen i 6 kap. 4 § LOU eller övriga bestämmelser i lagen utgör hinder för hänvisningen till UC i punkt 3.1.5 (jfr definitionen av teknisk specifikation i 1b bilaga 4 till LOU). Kravet strider därför inte mot upphandlingsrätten och kommunerna har inte haft någon skyldighet att beakta kreditvärderingar från andra institut som exempelvis Creditsafe.

Tidpunkten då kravet på ekonomisk ställning ska vara uppfyllt

Den i målet aktuella upphandlingen påbörjades före den 18 april 2016, då Sverige senast skulle ha implementerat direktiv 2014/24/EU i sin nationella lagstiftning. Förvaltningsrätten anser därmed att direktivet redan på den grunden inte kan ges s.k. direkt effekt. Förvaltningsrätten anser vidare att det nya direktivet, som inte ligger till grund för aktuella bestämmelser i

LOU, vid prövningen av kravet på ekonomisk ställning inte ska tillämpas på det sätt som Lindskog Malmström gör gällande.

Om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget bör krav som huvudregel vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet. Detta under förutsättning att det inte kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse vid denna tidpunkt (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 april 2012 i mål nr 26-12 och den 11 december 2014 i mål nr 3688-14). Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framgår uttryckligen av förfrågningsunderlaget när kravet på ekonomisk ställning ska vara uppfyllt. Av formuleringen att garantier från moderbolag eller banker till styrkande av anbudsgivarens ekonomiska stabilitet, i de fall kreditvärdighetsnivå 3 inte uppnås hos UC, ska "bifogas anbudet" framstår det enligt förvaltningsrättens mening som klart att avsikten i punkten 3.1.5 är att kravet på kreditvärdighetsnivå ska vara uppfyllt redan vid anbudets lämnande. Av instruktionerna i punktens gula fält framgår vidare att om kreditvärdighetskravet inte uppfylls så ska de aktuella alternativa handlingarna bifogas anbudet. Förvaltningsrätten anser vidare att det är rimligt att ett krav på att anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk ställning ska vara uppfyllt över tid och att det därför inte är oproportionerligt att kräva att det är uppfyllt redan vid lämnande av anbud. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att kravet på ekonomisk ställning skulle ha varit uppfyllt när anbudet lämnades in. Förvaltningsrätten bedömer att kravet inte strider mot transparensprincipen.

Lindskog Malmströms uppfyllande av kravet på ekonomisk ställning

Kreditvärdighetsnivå 3 eller högre hos UC

Oavsett vem eller vad som har orsakat Lindskog Malmströms kreditvärdighetsnivå har bolaget haft möjlighet att kontrollera sin

kreditvärdighetsnivå hos UC innan det lämnade in sitt anbud och se till att eventuella felaktigheter rättades till.

Det är ostridigt i målet att Lindskog Malmström inte hade kreditvärdighetsnivå 3 eller högre hos UC när det lämnade in sitt anbud. Lindskog Malmström har därför inte uppfyllt kravet på ekonomisk ställning genom sin kreditvärdighetsnivå hos UC.

Balans- och resultaträkning m.m.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att Järfälla kommun kommer att begära in balans- och resultaträkning inklusive intyg från revisor om kommunen vid kontroll med UC skulle finna att anbudsgivaren inte uppfyller kravet på en kreditvärdighetsnivå med minst 3. Det följer emellertid inte heller uttryckligen av kravet att anbudsgivaren ska bifoga dessa dokument till anbudet för det fall att det krävs för att styrka den ekonomiska stabiliteten. Det framgår emellertid uttryckligen, som förvaltningsrätten angett ovan, att eventuella garantier från moderbolag och banker ska ”bifogas anbudet”. Vidare framgår det av instruktionerna i det gula fältet att samtliga i kravet omnämnda handlingar ska bifogas anbudet. Förvaltningsrätten anser att det måste ligga i en anbudsgivares intresse att kontrollera att anbudet uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, med risk för att anbudet annars förkastas. Kravet måste därför rimligtvis tolkas som att den anbudsgivare som inte uppfyller kravet på kreditvärdighetsnivå 3 eller högre hos UC ansvarar för att på eget initiativ styrka sin ekonomiska stabilitet på något av de andra angivna sätten i samband med att anbudet lämnas. Lindskog Malmström gav inte in några handlingar till styrkande av sin ekonomiska stabilitet.

Bekräftelse av god kreditvärdighetsnivå eller motsvarande

Lindskog Malmström har bekräftat att det uppfyller god kreditvärdighet eller motsvarande enligt kravet i 3.1.5 genom att kryssa ”ja” i en ruta i anbudet. Vid anbudsprövningen har dock kommunerna funnit att Lindskog Malmström inte uppfyller kravet.

Förvaltningsrätten konstaterar att Lindskog Malmström inte har styrkt bekräftelsen med några av de bevis som efterfrågats i punkt 3.1.5. Lindskog Malmström kan därför inte enbart genom att ha bekräftat kravuppfyllelse anses uppfylla kravet.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten bedömer att Lindskog Malmström inte har visat att kommunerna har genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Johannes Gäverth
Förvaltningsrättsfiskal



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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.