



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2019-05-03
Meddelad i Växjö

Mål nr

608-19

KONKURRENSVERKET	
20190503	
And	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Holmbergs i Malmö AB, 556007-8528

Ombud: Advokat Martin Levinsohn och Jur.kand. Sara Söderling
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB

MOTPART

Karlshamns kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Karlshamns kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende ramavtal för tillhandhållande av tryckeritjänster. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt LOU. Genom tilldelningsbeslutet daterat den 15 januari 2019 antogs Exakta Print AB som leverantör. Av bilaga till beslutet, Utvärderingsprotokoll, framgår att anbudet från Holmbergs i Malmö AB (Holmbergs) diskvalificerats eftersom det inte uppfyllde kravet på ekonomisk stabilitet enligt punkt 2.5 i förfrågningsunderlaget.

Holmbergs ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen avslutas sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Holmbergs bl.a. följande. Upphandlingen har skett i strid med 4 kap. 1 § LOU genom att kommunen har förkastat Holmbergs anbud trots att ingen grund för det förelegat. Holmbergs hade lägst anbudssumma. Detta har därför medfört att Holmbergs lidit eller

Dok.Id 200776

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

kan komma att lida skada, varför upphandlingen ska rättas. I andra hand görs gällande att ska-kravet 2.5 har utformats på ett så otydligt sätt att det strider mot de grundläggande principerna i LOU. Det här har i sin tur lett till att Holmbergs lidit eller kan komma att lida skada. Om det krav som faktiskt har tillämpats gällande ekonomisk ställning hade framgått av förfrågningsunderlaget hade bolaget utformat sitt anbud annorlunda.

Holmbergs uppfyller ska-kravet i punkt 2.5

Punkten 2.5 i förfrågningsunderlaget ger ingen närmare ledning vad gäller innerbröden av ”en stabil ekonomisk och finansiell ställning”. Det anges exempelvis inte att det krävs att anbudsgivarens kreditbetyg hos UC eller andra kreditvärderingsinstitut överstiger en viss riskklass. Vidare har kommunen inte förklarat varför Holmbergs inte ansetts uppfylla det opreciserade kravet på ekonomisk ställning. UC-utdraget visar inte att Holmbergs inte skulle uppfylla kravet på ”stabil ekonomisk och finansiell ställning”. Tvärtom bekräftar utdraget att bolaget har en ekonomisk ställning som gör det rimligt att anta att det kan klara av att fullfölja det aktuella kontraktet. Holmbergs har utländska styrelseledamöter och det påverkar UC-utdraget negativt eftersom UC inte har rätt att kontrollera dessa personer. Holmbergs senaste betalningsanmärkning är från den 11 oktober 2017 och sedan dess har bolaget inte haft någon betalningsanmärkning. De omständigheter som betraktats av UC är sammantaget inte sådana som typiskt sätt är ägnade att inge allvarliga farhågor avseende Holmbergs förmåga att fullfölja kontraktet. Det framgår även att kommunen har tillämpat höga krav på ekonomisk och finansiell stabilitet. Kommunen har därför gjort en strängare bedömning än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Om det hade framgått av förfrågningsunderlaget att kommunen skulle tillämpa höga krav hade anbudet utformats på ett annat sätt. Kommunen har även fäst särskild vikt vid enskilda poster i Holmbergs UC-rapport. Om kommunen hade specificerat att det var just dessa omständigheter som skulle ligga till grund för bedömningen hade Holmbergs haft möjlighet att anpassa sitt anbud och inkomma

med ytterligare uppgifter. Holmbergs moderbolag har åtagit sig att tillhandahålla den ekonomiska support som Holmbergs kan komma att behöva för att uppfylla samtliga ekonomiska och andra åtaganden. Oavsett kapacitetsåtagandet har det dock saknats grund för uteslutning av anbudet. Vidare är UC ett av många affärs- och kreditinformationsföretag. Andra företag som erbjuder motsvarande tjänst har bedömt att Holmbergs kreditvärdighet är väsentligt högre. Creditsafe har den 7 januari 2019 bedömt att Holmbergs har en mycket god kreditvärdighet motsvarande en rating på 99 på en 100-gradig skala (där 100 är bäst). Inyett har bedömt att Holmbergs har god kreditvärdighet, motsvarande ”grön kategori”, och en skuldrating om 25 på en 99-gradig skala (där 99 är sämst). Vidare har Syna den 14 januari 2019 bedömt att Holmbergs har den högsta kreditvärdigheten. Sammantaget har bolaget en stabil ekonomisk ställning och dess anbud borde därför inte ha uteslutits.

Ska-kravet i punkt 2.5 är så otydligt formulerat att det strider mot principerna i LOU

För att ett anbud ska kunna förkastas på grund av att det inte uppfyller ställda ska-krav måste det klart och tydligt framgå vad som krävs för att aktuella ska-krav ska vara uppfyllda. Att förkasta ett anbud på grund av att det inte uppfyller ett vagt och otydligt ska-krav strider mot LOU:s grundläggande principer om likabehandling och transparens. Kommunen har inte specificerat vad som avses med ”en stabil ekonomisk och finansiell ställning”. Kommunen har heller inte närmare specificerat på vilket sätt de kommer att tolka resultatet av UC eller under vilka omständigheter ett företag bör inkomma med ytterligare uppgifter som styrker ekonomisk ställning eller vad sådana uppgifter ska innehålla mer i detalj. Om Holmbergs hade vetat att UC riskklass 2 automatiskt skulle innebära att de inte ansågs ha en stabil ekonomisk och finansiell ställning, hade man kompletterat sitt anbud med ytterligare dokumentation och därmed undvikit uteslutning.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har inte skett i strid med 4 kap. 1 § LOU. Eftersom grunden att utsluta Holmbergs har baserats på ska-krav 2.5 om ekonomisk och finansiell förmåga, har Holmbergs inte lidit eller kan komma att lida skada. Vidare är det klart och tydligt att utvärderingen gjorts utifrån underlag inhämtat från UC. Kommunens agerande har varit helt i enlighet med LOU:s krav på transparens och förutsägbarhet. Brott mot LOU föreligger därför inte. Ska-kravet ”*stabil ekonomisk och finansiell ställning*” innebär att kommunen måste utreda om en part i en affärsrelation kommer att vara tillförlitlig. Det får inte förekomma avbrott till följd av uteblivna betalningar, andra finansiella problem eller konkursfall. Eftersom hela avtalsperioden omfattar längst fyra år ställs det under denna period höga krav på ekonomisk och finansiell stabilitet, tillförlitlighet och kontinuitet. UC-rapportens riskklassificeringsnivå 2 är relevant att ta fasta på och har baserats på analyserade värden och nyckeltal. UC:s prognos pekar även på en hög sannolikhet att Holmbergs kommer på obestånd inom tolv månader. Utlovad garanti från Holmbergs moderbolag varken säkerställer eller styrker moderbolagets viljeinriktning för den avtalsperiod som kan komma ifråga. Det går därför inte att utgå från att moderbolaget har ambitionen att garantera ekonomiskt och finansiellt stöd. Det har varit tydligt att en kreditbedömning har gjorts utifrån en UC-rapport. Holmbergs har även haft möjlighet att lämna andra uppgifter som styrker ekonomisk och finansiell förmåga.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att 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.

Av förfrågningsunderlaget gällande krav på anbudsgivaren framgår av punkt 2.5 följande.

”Anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk och finansiell ställning i samband med anbudsinslämning. Upphandlande myndighet kommer att kontrollera att anbudsgivarens ekonomiska och finansiella förutsättningar via UC. Företag kan lämna andra uppgifter som styrker ekonomisk och finansiell förmåga enligt ovan (revisorsintyg, bankintyg eller motsvarande).”

Parterna är oense om det aktuella ska-kravet är otydligt. Holmbergs har bl.a. anført att ska-kravet inte ger någon närmare ledning vad gäller innebörden av *”en stabil ekonomisk och finansiell ställning”*. Det anges exempelvis inte att det krävs att anbudsgivarens kreditbetyg överstigit en viss riskklass. Kommunen har anført att det är klart och tydligt att utvärderingen gjorts utifrån underlag inhämtat från UC.

Förvaltningsrätten konstaterar att även om det inte råder någon tvekan om utifrån vilket underlag kommunen avsett att göra prövningen, saknas information om vad det uppställda kravet på *”en stabil ekonomisk och finansiell ställning”* närmare innebär. Inte heller definieras begreppet. Detta innebär att anbudsgivare inte med säkerhet i förväg kan veta vilka kriterier som kommer att tillmätas betydelse, eller om informationen i UC är sådan att anbudsgivaren behöver komplettera sitt anbud med andra uppgifter för att styrka sin ekonomiska och finansiella ställning. Ska-kravet är således enligt

förvaltningsrättens mening för vagt formulerat för att uppfylla kravet på öppenhet och förutsägbarhet (transparens). Kommunen har således genomfört upphandlingen i strid med LOU.

Den konstaterade bristen i förfrågningsunderlaget har medfört att Holmbergs har berövats möjlighet att utforma sitt anbud på bästa sätt. Holmbergs har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Skäl till ingripande enligt LOU föreligger därmed. Eftersom bristen hänför sig upphandlingens konkurrensuppsökande skede är en rättelse av upphandlingen inte tillräcklig utan upphandlingen måste göras om.

Med hänsyn till ovan konstaterad brist saknas skäl att pröva om Holmbergs uppfyller det aktuella ska-kravet och om kommunen därför inte borde ha förkastat deras anbud.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Maria Dahlqvist
rådman

Föredragande: Isabella Kulevska



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.