

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND****DOM**
2019-10-22
Meddelad i
HärnösandMål nr
3171-19 E**SÖKANDE**Hiss-Craft i Norrland AB, 556753-8060
Box 683
831 27 Östersund**MOTPART**Krokomsbostäder Aktiebolag, 556458-8639
Offerdalsvägen 8
835 80 KrokomsOmbud: Amar Al-Djaber
ZIAN AB
Box 601
101 32 Stockholm**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDEFörvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Krokomsbostäder Aktiebolag (Krokomsbostäder) genomför i form av en samordnad upphandling med Krokoms kommun upphandlingen Drift och skötsel av hissar och andra motordrivna anordningar, dnr 19/5. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande.

I den individuella rapporten framgår vilka inkomna anbud som diskvalificerades och inte gått vidare till utvärdering. Bland dessa finns Hiss-Craft i Norrland AB (Hiss-Craft), som diskvalificerades med motiveringen att de inte uppfyller krav på rating A enligt Bisnode Kredit AB och att de, trots uppmaning, inte kommit in med någon förklaring av sin rating.

Hiss-Craft ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Till stöd för sin talan anförs i huvudsak följande.

Två anbud förkastades på grund av dålig rating enligt ett bolags värdering av gamla siffror. Enligt Bankernas UC har Hiss-Craft en god riskklass. Till saken hör också att de haft drift och skötsel i drygt tio år, men nu bedöms de inte klara av uppdraget på grund av en siffra från ett bolag som säljer värderingar.

Då två stycken anbud förkastats på grund av ett subjektivt beslut så är det inte möjligt att hävda att det tilldelas anbud som är mest fördelaktigt. Detta eftersom man inte har konkurrensutsatt anbudet. Ärendet har inte prövats på ett rättvist sätt eftersom siffror som är ett år och tio månader gamla har använts.

En upphandling kan inte bli likvärdiga för alla leverantörer då det är en subjektiv bedömning som gjorts. Beroende på hur välformulerad någon är eller hur texten läses av mottagaren så görs en bedömning som kan fördubbla anbudssumman. Det är inte rättvist och likvärdigt.

Den rating som gjorts är med nästan två år gamla siffror av ett företag som säljer ratingsiffror. Det kan inte anses som ett bra verktyg. En rating ska vara färsk, och så jobbar inte det aktuella företaget. Krokomsbostäder hävdar att Hiss-Craft vid två tillfällen minskat i rating, och även då har gamla siffror beaktats. Under den tiden har Hiss-Craft skött service och underhåll utan problem. Enligt UC har företaget som lämnat det vinnande anbudet 15 anmärkningar och 99 ansökningar, varav ett flertal under april/maj 2019. Hiss-Craft har en anmärkning, vilken tagits tillbaka. Enligt UC har Hiss-Craft god kreditvärdighet som stiger hela tiden.

Då Hiss-Craft under tio och ett halvt år skött avtalet med service och underhåll så har de god erfarenhet om kvaliteten på dessa hissar och portar och vad som kommer att krävas för att sköta dem.

När Hiss-Craft nu läst i upphandlingssystemet kan konstateras att det inte är någon utredning som begärs. Det står: ”Vänligen inkom med en förklaring av er låga kreditvärdighet samt bevisning på hur ni avser att uppfylla ställda krav”. Det har inte skickats någon avisering om att det finns en fråga att besvara och då den skickades ut på onsdagskväll och det var midsommarafton på fredag så borde Krokomsbostäder försäkrat sig om att frågan kom fram då det blev så få dagar att svara på.

Nu framkommer det ytterligare uppgifter om att Krokomsbostäder har begärt en utredning om moderbolag, bankgaranti, fullgörandegaranti eller annan utredning. Dessa uppgifter har inte framkommit på något sätt, varken via upphandlingssystemet eller via e-post.

Det kan inte vara meningen att upphandlingar enligt LOU kan stödja en upphandling som utesluter anbudsgivare genom köpta rapporter som är skapade av gamla siffror. Ett bokslut för två år sedan grundar sig på vad

som gjorts tidigare, alltså vad som hände för två till tre år sedan. Att bli utesluten på sådana siffror kan inte vara avgörande för ett nytt kontrakt. Upphandlingen borde göras om på ett sätt som speglar dagsläget.

Utvärderingsmodellen är kanske transparent men bedömningen blir subjektiv. Vikta kvalitet är helt rätt men en beskrivning på två A4 sidor säger inget om vilken kvalitet som blir utförd. Hiss-Craft kommer att lida skada om de tappar kontraktet.

Hiss-Craft har begärt protokoll från anbudsöppnandet samt övriga protokoll för upphandlingen. De har även begärt att få se övriga anbudslämnarens offerter. Det är endast anbudsöppningsprotokollet som de har fått, enligt vilket Krokomsbostäder inte har närvarat. Enligt uppgift har Krokomsbostäder gjort en utvärdering som inte heller överlämnats. Då alla uppgifter hålls hemliga så ser Hiss-Craft ingen annan lösning än att upphandlingen ska avbrytas och göras om och utvärderas på ett riktigt sätt. Den nuvarande utvärderingen har en subjektiv bedömning med poängsättning som helt tar bort anbudssumman. Hiss-Craft har inte fått alla dokument som efterfrågats. Krokomsbostäder har gjort en utvärdering men det hålls också hemligt. Det är alltså ingen offentlig upphandling.

Krokomsbostäder bestrider bifall till ansökan och yrkar att förvaltningsrätten medger att upphandlingen avslutas i enlighet med fastställt beslut om ingående av kontrakt som meddelats anbudsgivaren den 27 juni 2019. Krokomsbostäder anför i huvudsak följande. Någon grund för att ingripa mot upphandlingen saknas. Prövningen och utvärderingen av inkomna anbud har genomförts i enlighet med LOU och med beaktande av grundläggande principer samt beskrivningar och instruktioner som lämnats i upphandlingsdokumentet.

I målet är det otvistigt att Hiss-Craft vid tidpunkten för kontroll av krav på ekonomisk ställning saknade rating motsvarande godkänt nivå. Den nivå som Hiss-Craft erhöll är ett tecken på dålig finansiell ställning och en utökad risk att företaget hamnar på obestånd under avtalstiden. Bolagets rating har vid två tillfällen i rad minskat och haft en rating under godkänd nivå sedan 3 april 2018.

Kostnader för oförutsedda utgifter ställer höga krav på ekonomisk ställning och soliditet hos antagen leverantör. Det har i alla aspekter varit proportionerligt att ställa krav på ekonomisk ställning enligt LOU. Detta för att upphandlande myndighet ska säkerställa att antagen leverantör fullgör sitt åtagande under hela avtalstiden. Enligt LOU framgår att en leverantör som har godtagbara skäl för att inte lämna in sådan utredning som den upphandlande myndigheten begär, istället får åberopa annan utredning som myndigheten finner lämplig. I upphandlingsdokumentet har Krokomsbostäder informerat om att sådan utredning skulle kunna omfatta moderbolagsgaranti, bankgaranti, fullgörandegaranti eller annan utredning som Krokomsbostäder finner lämplig. Eftersom Hiss-Craft inte uppfyller krav på ekonomisk ställning ombads de att inkomma med en utredning som visar på att krav på ekonomisk ställning ändå är uppfyllt. Begäran skickades via upphandlingssystemet till två anbudsgivare. Begäran skickades som ett e-postmeddelande och finns tillgängligt under fliken frågor och svar. Samma begäran finns sparad i upphandlingssystemet och finns tillgängligt där. Begäran om komplettering skickades den 19 juni 2019. Eftersom Hiss-Craft inte skriftligen återkommit med svar har Krokomsbostäder inte haft möjlighet att agera på annat sätt än att utesluta anbudsgivaren från vidare prövning och utvärdering. Hiss-Craft har inte tagit del av e-postutskicket eller haft koll på sitt konto i upphandlingssystemet. Bristerna kring detta kan inte belasta Krokomsbostäder. Enligt rättspraxis ankommer sådant på mottagaren. Eftersom det saknas möjlighet för upphandlande myndigheter att beakta en komplettering efter tilldelningsbeslutet är det inte godtagbart för Hiss-Craft att inkomma med svar

på kompletteringsbegäran i form av ett yttrande till förvaltningsrätten efter att tilldelningsbeslut meddelats. Uppgifter om vad Hiss-Craft har för riskklass hos UC kan därmed inte tillmätas betydelse vid bedömningen av om krav på ekonomisk ställning uppfylls eller inte.

Vad gäller de handlingar som Hiss-Craft begärt vill Krokomsbostäder upplysa om att Hiss-Craft tagit del av efterfrågade handlingar. Någon begäran om utlämnande av anbud eller andra handlingar har inte mottagits av Krokomsbostäder.

Utvärderingsmodellen har i alla aspekter utformats enligt LOU. Utvärderingen av beskriven arbetsmetod sker utifrån bedömningsförutsättningar som är tydligt utformade. Poängsättningen sker utifrån en skala med tydligt definierade nivåer. Att kvalitet viktats högt kan inte på något sätt angripas eftersom upphandlande myndigheter har rätt att vikta kvalitén högt i relation till pris eller kostnad. Utvärderingsmodellen har valts för att kunna uppnå ett så objektiva resultat som möjligt vid utvärdering av kvalitet. Tilldelningskriterierna och den absoluta viktningen som angetts i upphandlingsdokumentet är fullt tillräcklig och alla anbudsgivare har getts samma möjlighet att få mervärde för lämnad arbetsmetod.

Om förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingen strider mot LOU kan Hiss-Craft inte anses ha lidit eller ens riskerat att lida någon skada på grund av utformningen av utvärderingsmodellen. Hiss-Craft har inte visat att bolaget lidit någon skada eller vad en eventuell skada skulle bestå i.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

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).

Av 14 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet i upphandlingen får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

Vidare följer av samma bestämmelse att de krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga. Myndigheten ska i annonsen eller i en inbjudan att bekräfta intresse ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in.

Av 14 kap. 3 § LOU följer att ett krav enligt 1 § första stycket 2 får innebära att leverantören ska ha

1. en viss minsta årsomsättning eller en minsta omsättning inom det område som omfattas av kontraktet,
2. en viss kvot mellan tillgångar och skulder, eller
3. en lämplig ansvarsförsäkring.

Paragraferna specificerar vilka kvalificeringskrav som kan hänföra sig till kategorin ekonomisk och finansiell ställning. Uppräkningen är inte uttömmande och är nedkortad i förhållande till motsvarigheten i artikel 58.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Då uppräkningskraven i direktivet endast är exemplifierande är det inte nödvändigt att i bestämmelsen återge hela uppräkningskraven (prop. 2015/16:195, s. 1093).

Det följer av 15 kap. 10 § LOU att en upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning i första hand i form av

1. lämpliga intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis om lämplig ansvarsförsäkring,
2. årsredovisningar eller utdrag ur dem, om offentliggörande av årsredovisningar krävs enligt lagstiftningen i det land där leverantören är etablerad, eller
3. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller, för högst de tre senaste verksamhetsåren, om uppgifter om denna omsättning är tillgängliga.

Av andra stycket samma bestämmelse följer att om en leverantör har godtagbara skäl för att inte lämna in sådan utredning som den upphandlande

myndigheten begär, får leverantören i stället åberopa annan utredning som myndigheten finner lämplig.

I förarbetena framgår att uppräkningsen i lagtexten inte är uttömmande och det är därmed möjligt för en upphandlande myndighet att inhämta även annan utredning som kan krävas beträffande krav på ekonomisk och finansiell ställning (jfr prop. 2015/16:195, s. 775 och s. 1104 f.).

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. 4 och 6 §§ LOU).

Utredningen i målet

Av upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande under rubriken **UF4.1**

Uteslutningsgrunder och leverantörskvalificering.

UF4.1.2.2 Ekonomisk ställning

”Leverantören ska ha en stabil ekonomisk ställning så att denne med bibehållen kvalitet kan fullgöra uppdraget under hela avtalstiden. Leverantören ska därmed uppfylla nedan ställda krav vid anbudslämnandet samt under hela avtalstiden.

Leverantören ska uppnå en rating om lägst A i Soliditet hos Bisnode Kredit AB.

För de fall lägre rating erhålls kan kravet på ekonomisk ställning ändå anses uppfyllt om Leverantören på annat lämpligt sätt kan påvisa att Leverantören innehar motsvarande ekonomisk ställning.

Leverantören kan exempelvis åberopa andra företags ekonomiska kapacitet för uppfyllandet av krav på ekonomisk ställning. Leverantören som önskar åberopa andra företags kapacitet ska i anbudet inkomma med ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att Leverantören kommer att förfoga över nödvändiga ekonomiska resurser när ramavtalet ska fullgöras. Åtagandet enligt ovan ska vara undertecknad av behörig företrädare och vara kopplat till åtagande enligt denna upphandling (Fullgörandegaranti, moderbolagsgaranti eller bankgaranti).

Upplysningar från Bisnode Kredit AB kommer att inhämtas av Beställaren i anslutning till anbudsöppningen. Leverantören uppmanas att själv kontrollera sin riskklass hos Bisnode Kredit AB innan denne lämnar anbud för att säkerställa uppfyllelse av kravet samt om redovisning/redogörelse enligt ovan behöver lämnas”

Av meddelande som skickats från Krokomsbostäder till Hiss-Craft via upphandlingssystemet den 19 juni 2019 kl. 16.54 framgår i huvudsak följande.

”Hej, Krokomsbostäder tackar för ert anbud i upphandlingen. Vid kontroll av er ekonomiska ställning så har ni en riskklass som inte motsvarar ställda krav i Upphandlingen (UF4.1.2.2 Ekonomisk ställning). Ni erhåller riskklass B per dagens datum vilket ni haft sedan 2018-04-04.

Vänligen inkom med en förklaring av er låga kreditvärdighet samt bevisning på hur ni avser att uppfylla ställda krav.

Uteblivet svar innebär att ni diskvalificeras. Svaret lämnas genom upphandlingssystemet genom att besvara denna frågeställning senast 25 juni 2019.”

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de europarättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad sökanden har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref 69).

Enligt förvaltningsrättens bedömning strider inte det uppställda kravet om att anbudsgivaren ska ha en lägsta nivå på kreditrating från ett visst bolag mot LOU. Kravet är tillräckligt tydligt, det har anknytning till det som ska anskaffas och står i proportion till detta. Krokomsbostäder har således haft rätt att ställa det aktuella kravet.

Enligt rättspraxis följer att när en leverantör lämnar anbud i en upphandling ankommer det på denne att kontrollera om anbudet är komplett och att det uppfyller de obligatoriska kraven (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 12 mars 2018 i mål nr 6023-17).

Hiss-Craft har vid anbudets inlämnande inte uppfyllt en rating om lägst A i soliditet hos Bisnode Kredit AB. Hiss-Craft har inte heller i sitt anbud bifogat något underlag som visar att de hade en motsvarande ekonomisk ställning. I ett meddelande den 19 juni 2019 har Hiss-Craft upplysts om att de inte uppfyller kravet och beretts tillfälle att komma in med en förklaring av den låga kreditvärdigheten samt bevisning på hur de avser att uppfylla det ställda kravet.

Förvaltningsrätten anser att det av förfrågningsunderlaget med tillräcklig tydlighet framgår att Hiss-Craft haft möjlighet att komma in med egen utredning för att visa att kravet ändå är uppfyllt. Då Hiss-Craft varken uppfyllt kravet på rating enligt Bisnode Kredit AB eller utnyttjat möjligheten att lämna in uppgifter om den ekonomiska ställningen har Krokomsbostäder haft rätt att utesluta Hiss-Craft från upphandlingen. Det förhållande att Hiss-Craft inte uppmärksammat meddelandet med förfrågan om komplettering föranleder ingen annan bedömning.

Det som Hiss-Craft anfört visar inte att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Det finns därmed inte skäl för att ingripa mot upphandlingen. Hiss-Crafts ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 20 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd avtalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet.

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

Robert Dalman
rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Jennie Beijar.



Hur man överklagar

FR-05

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

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 nyårs-afton, 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.

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

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 rättstillämpningen.
- 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.