



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-02-22
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 374-12
 Enhet 13

SÖKANDE

Kwintet Sverige AB, 556023-8486

Ombud: Advokaten Jerker Alm
 Advokatfirman Vinge KB
 Box 1064
 251 10 Helsingborg

MOTPART

Posten Meddelande AB, 556711-5695

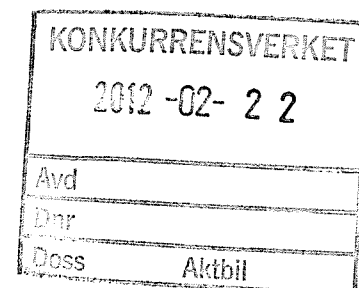
Ombud: Advokaterna Tomas Kjellgren, Sven Vaxenbäck och
 jur. kand. Arman Azad
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom
 områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LUF.



Dok.Id 210849

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Posten Meddelande AB (Posten) genomför en upphandling av arbetskläder, MEAB 2010:9008, i syfte att sätta upp ett antal ramavtal med leverantörer för kläder till PostNords medarbetare. Upphandlingen genomförs som en förhandlad upphandling och utvärderingsprincipen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tillämpas. Sista dag för att lämna anbud var 30 september 2011.

Bolaget Indiform AB (Indiform) lämnade anbud i upphandlingen. Den 1 december 2012 fusionerades Indiform AB med moderbolaget Kwintet Fristad AB och dess firma ändrades till Kwintet Sverige AB (Kwintet).

I tilldelningsbeslutet meddelat den 30 december 2011 framgår att varje offererat klädesplagg har bedömts separat och att bolaget Indiforms anbud har antagits som det ekonomiskt mest fördelaktiga för två av totalt 54 klädesartiklar. Avseende de andra klädesartiklarna har andra anbudsgivares anbud bedömts vara de ekonomiskt mest fördelaktiga och har därför antagits.

YRKANDEN M.M.

Kwintet ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen avseende samtliga artiklar utom artiklarna 9403 och 9404 ska göras om. Kwintet anför bl.a. följande. Posten har brutit mot LUF genom att tillämpa en utvärderingsprincip som är i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen. Som grundläggande upphandlingsrättslig princip gäller att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget tydligt ska redovisa samtliga förhållanden som myndigheten kommer att lägga vikt vid i utvärderingen och bedömningen av anbud. I denna skyldighet ligger såväl att det tydligt ska beskrivas vad som utvärderas men även vad som krävs för att uppnå en viss poäng i en poängskala.

I transparens- och likabehandlingsprinciperna ligger även att det ska vara möjligt att följa upp en utvärdering, d.v.s. det ska vara möjligt att få klarlagt vad som gjorts att en viss poäng tilldelats anbudsgivaren i ett visst avseende.

I Postens upphandling har utvärderingen kunnat ske i antingen ett eller två moment. Om utvärderingen genomförs i endast ett moment sker denna utifrån svaren i ett ingivet anbud. Denna variant är transparent och i linje med gällande rätt eftersom den redovisar tydliga nivåer för de krav som ska uppfyllas och att den anger själva sätter för hur bedömningen ska ske. Den anger att anbudsgivarens intygande är styrande och om tvivel råder angående anbudsgivarens svar kan Posten verifiera detta genom infordrande av testresultat.

Posten har emellertid lagt till ett moment i upphandlingen för de fall man inte anser att denna variant av utvärdering skulle ge önskvärt utvärderingsmässigt resultat. Postens poängtilldelning har då av allt att döma baserats på en bedömning av de prover som ingivits. Hur dessa prover bedömts har inte redovisats. Posten använder en visuell bedömning i utvärderingen vilket innebär att Posten tittar på insända prover för att bestämma värdet på egenskaper som kräver tester. Posten ska bedöma slitstyrka, färghärdighet, krympningsgrad m.m. faktorer vilka säger sig självt inte kan avgöras visuellt. Det är således inte enbart förhållandet att brist föreligger med avseende på en avsaknad av beskrivning av vad som krävs för att erhålla en viss poäng, det är även så att själva metoden – visuell bedömning – inte ger någon verklig möjlighet att bedöma det som ska värderas.

Posten har i upphandlingen förbehållit sig en rätt att fritt styra utvärderingen då man kunnat välja den ena eller den andra vägen för poängtilldelning. Posten har kunnat acceptera anbudsgivarens svar och tilldela 5 poäng men samtidigt, om man inte anser detta vara korrekt, fritt kunnat gå ifrån denna

variant och istället efter eget huvud tilldela allt från 1 till 5 poäng. Den av Posten tillämpade modellen ger utrymme för godtyckliga bedömningar på ett sätt som står i strid med gällande rätt. Denna variant är inte transparent och därmed i strid med såväl transparens- som likabehandlingsprincipen. Den poängskala som används är inte definierad och det framgår inte vad som krävs för uppfyllande av de olika nivåerna.

Kwintet har för flera av artiklarna kommit tvåa respektive trea i upphandlingen samt för vissa artiklar inte tilldelats kontrakt. Vid en tillämpning av en transparent och likabehandlande utvärderingsmodell hade Kwintet kunnat erhålla kontrakt med placering nummer ett och under alla förhållanden med en bättre placering än vad som erhöles. På grund härav och eftersom den tillämpade utvärderingsmodellen är i grunden godtycklig föreligger det under alla förhållanden risk för skada för Kwintet.

Kwintetkoncernen ingav anbud i aktuell upphandling genom dotterbolaget Indiform. Den genomförda fusionen mellan Kwintet och Indiform är en s.k. absorption. Den rättsliga effekten av fusionen är att samtliga åtaganden och förpliktelser som Indiform hade har tagits över av Kwintet. Som en del däri ligger det anbud som lämnats till Posten. Fusionen är en rent koncernintern omorganisation och det är inte fråga om att ett utomstående företag förvärvat Indiform. Situationen kan jämföras med den som förelåg i EU-domstolen avgörande C-454/06 Pressetext. EU-domstolen konstaterade i det målet att det rörde sig om en intern omorganisation och att det därför inte var fråga om väsentlig ändring av det aktuella kontraktet.

I prekvalificeringen har Indiform dessutom åberopat de finansiella resurserna hos moderbolaget och i kvalificeringen åberopas den ekonomiska förmågan hos moderbolaget. Vad som bedöms i en kvalificeringsfas är om en anbudsgivare har resurser att fullfölja ett kontrakt. Det avgörande är således resursernas existens. Följden härav är att om det sker en organisa-

torisk förändring hos en anbudsgivare, t.ex. genom fusion, är den avgörande frågan om anbudsgivaren fortfarande efter den organisatoriska förändringen har de resurser som krävs och föreskrivs i upphandlingen. I Kammarrätten i Göteborgs dom (mål 4847-11) är det inte själva fusionen som är grunden till kammarrättens domslut utan det förhållandet att det inte skett någon prövning av det övertagande bolaget i förhållande till uppställda kvalificeringskrav.

I såväl LOU som LUF gäller numera att bedömningen av kvalificeringskravens uppfyllelse kan ske i samband med själva tilldelningen av kontrakt (11 kap 17 § LOU och 11 kap 13 § LUF). De anförda lagrummen visar på att det principiellt inte finns några upphandlingsrättsliga hinder för att pröva kvalificeringsfrågan i samband med kvalificeringen. Det är också i linje med grundtanken med upphandlingsreglerna, att öppna för största möjliga konkurrens. Endast om fusionen är ett sätt att kringgå upphandlingsreglerna föreligger det skäl att i sådant läge inte genomföra en bedömning gentemot uppställda kvalificeringskrav. Det förhållandet att Posten utnyttjar ett kvalificeringskrav förändrar inte det faktum att det är själva uppfyllelsen av kvalificeringskraven som är avgörande. Ser man till de ställda kvalificeringskraven uppfylls dessa av Kwintet eftersom den verksamhet som Indi-form bedrivit är densamma idag, med den enda skillnaden att den utförs inom ramen för Kwintet.

Fusion i enlighet med gällande regler är ett normalt agerande inom näringslivet och inom koncerner. Upphandlingsreglerna ska tillämpas på ett sätt som bäst överensstämmer med de grundläggande förutsättningarna, att få till största möjliga konkurrens. Det innebär att upphandlingsreglerna ska tillämpas på ett sätt så att de samverkar med andra tillämpliga regelverk och inte tillämpas på ett sätt som hindrar normalt agerande inom näringslivet. Kammarrätten i Göteborgs ovan nämnda dom innebär en orimlig tillämpning där företag hindras från affärsmässigt agerande.

Det kan konstateras att; fusionen är en rent intern omorganisation, fusionen har inte genomförts i syfte att kringgå några upphandlingsregler, Posten har haft såväl faktisk som rättslig möjlighet att kontrollera kvalificeringskraven efter fusionen, Kwintet uppfyller ställda krav och att det angivna anbudet är gällande, detta följer direkt av reglerna om fusion, det sker ingen förändring av givna åtaganden.

Posten bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kwintets ansökan bör i första avvisas alternativt avslås eftersom Kwintet saknar berättigat intresse att få ingiven ansökan sakprövad. Enligt 11 kap. 7 § LUF ska deltagarna i ett förhandlat förfarande som sker med hjälp av ett kvalificeringssystem väljas ut bland de anbudssökande som kvalificerat sig enligt detta system. Eftersom Kwintet inte är kvalificerat för deltagande i upphandlingar där kvalificeringssystemet används får Kwintet inte lämna anbud i upphandlingen. Kwintet står utanför upphandlingen och kan inte lida skada till följd av påstådda brister i förfrågningsunderlaget. Kwintet är också förhindrat att medtas i upphandlingen genom ovan nämnd fusion med den i prekvalificeringssystemet tidigare listade leverantören Indiform.

I EU-domstolens mål C-454/06 Pressetext var situationen annorlunda än i förevarande fall. Det rörde sig om en rent koncernintern verksamhetsöverlåtelse och inte någon fusion. Det bolag som ursprungligen vann upphandlingen fanns alltså kvar efter omorganisationen. Vidare avsåg Pressetext en situation där upphandlingen var färdig och kontraktet redan tilldelats bolaget när omorganisationen skedde. Frågan var om det ingångna kontraktet kunde övertas av dotterbolaget eller om detta skulle innebära en sådan väsentlig förändring att upphandlingen måste göras om. Omständigheterna i Kammarrättens i Göteborg mål nr 4847-11 är däremot jämförbara med förevarande mål. Kammarrätten fastslår i målet att redan risken att ett övertagande bolag på detta sätt skulle kunna kringgå kvalificeringsreglerna

är tillräckligt för att kommunen ska anses haft fog för att utesluta bolagets anbud från upphandlingen. I en sådan process är Posten förhindrat att tilldela kontraktet till en part som inte var med i kvalificeringssystemet vid upphandlingen igångsättande och som inte, efter inbjudan, har lämnat anbud i enlighet med förfrågningsunderlagetskrav.

För de fall att förvaltningsrätten, trots det ovan sagda, skulle finna anledning att pröva Kwintets talan i sak får Posten framföra följande. Utvärderingsmodellen beskrivs på ett tydligt sätt i avsnitt 4.3 i förfrågningsunderlagets huvuddokument och bilaga 3 till detta. Av avsnitt 4.3 framgår vilka omständigheter som skulle komma att tillmätas betydelse vid anbudsvärderingen, den poängmodell som skulle komma att tillämpas för samtliga börkrav och en steg-för-steg beskrivning av hur utvärderingen kommer att ske.

Det framgår av förfrågningsunderlaget att utvärderingen inte endast kommer att baseras på anbudsgivarens svar utan också på en visuell bedömning. Det förhållandet att en visuell bedömning av tygprover kompletterar de uppgifter om kvalitet som leverantören anger i sitt anbud eller offert är dessutom praxis inom textilbranschen.

Den visuella bedömningen av tygprover i upphandlingen har genomförts av tre personer inom PostNord-koncernen tillsammans med en extern textilspecialist. Vid den visuella bedömningen har tygproverna varit anonymiserade för att säkerställa att likabehandlingsprincipen följs. Vid anbudsvärderingen har en bedömning gjorts av om anbudsgivarens uppgifter om uppfyllda testvärden synes korrekta. Detta har gjorts genom att jämföra angivna värden och specifikationer med inskickat tygprovs beskaffenhet. Om tveksamhet avseende riktigheten i svaren uppkommit, så har testprotokoll begärts in från anbudsgivaren ifråga. I ett antal fall, inte minst när det gäller Indiform, har det visat sig att uppgifterna från anbudsgivaren inte stämt,

varvid poängen har satts ned i enlighet med uppgifterna i testprotokollet, sammantaget med den visuella bedömningen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 11 kap. 2 § LUF framgår att en upphandlande enhet får ha ett särskilt kvalificeringssystem för urval på förhand av leverantörer som får delta i selektivt förfarande eller förhandlat förfarande. En kvalificering får begränsas till deltagande i upphandlingar av en eller flera kategorier av bygg-entreprenader, varor och tjänster.

Ett kvalificeringssystem kan omfatta flera kvalificeringsfaser.

När ett kvalificeringssystem upprättas och tillämpas skall 7 kap. 5 §, 9 kap. 12 och 13 §§, 3, 4, 6 och 11–12 §§ i detta kapitel samt 12 kap. tillämpas.

Av 11 kap. 7 § samma lag framgår att om upphandling sker med hjälp av ett kvalificeringssystem, skall anbudsgivarna i ett selektivt förfarande eller deltagarna i ett förhandlat förfarande väljas ut bland de anbudssökande som kvalificerat sig enligt detta system.

Av 11 kap. 13 § samma lag framgår att en upphandlande enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett öppet förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket. I ett selektivt eller förhandlat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Av 16 kap. 1 § LUF i för målet aktuell lydelse framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning.

Förvaltningsrättens bedömning

Av tilldelningsbeslut framgår att Indiform vunnit tilldelning för två klädesartiklar. Kwintet anser sig var behörigt att för talan om överprövning, för de klädesartiklar som Indiform inte vunnit tilldelning, eftersom Indiform fusionerats med Kwintet. Vid en fusion övergår rättigheter och skyldigheter till det övertagande bolaget. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av det anförda att Kwintet har rätt att föra talan om överprövning.

Såvitt framkommit har Posten inte förrän vid Kwintets ansökan om överprövning fått vetskap om att Indiform fusionerats med Kwintet innan tilldelningsbeslutet meddelades och Indiform vann tilldelning av två klädesartiklar. Om det faktum att Indiform fusionerats med Kwintet innebär att Kwintet inte har möjlighet att vinna framgång i överprövningen eller att bolaget inte heller kan överta de kontrakt som Posten tilldelat Indiform saknas skäl att pröva Kwintets ansökan om överprövning på de grunder som anförts av bolaget. Således prövar förvaltningsrätten de av Posten anförda invändningarna först.

Aktuell upphandling har skett genom förhandlat förfarande enligt LUF. Indiform har således enligt Postens kvalificeringssystem varit kvalificerat att lämna anbud. Anbud har sedan också lämnats varefter Indiform, fusionerats med Kwintet.

Kammarrätten i Göteborg har i en lagakraftvunnen dom den 8 november 2011 (mål nr 4847-11) funnit att en kommun i en upphandling med förenklat förfarande hade rätt att utesluta ett bolag som genom fusion upptagits i ett annat bolag efter att anbud ingivits men innan tilldelningsbeslut meddelats. Enligt kammarrättens bedömning skulle det bolaget, i vilket anbuds-givande bolag upptogs, annars kunna erhålla tilldelning utan att först prövas mot uppställda kvalificeringskrav och att ett sådant förfarande skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 19 mars 1997 (mål nr 106-1997) funnit att andra leverantörer än de som kvalificerats och inbjudits att lämna anbud inte kan avge anbud som får beaktas och att en sådan inbjudan att lämna anbud inte fick överlåtas på annat bolag. Sedan kammarrättens dom överklagats har Högsta förvaltningsdomstolen inte meddelat prövningstillstånd, mål nr 2094-1997 (jfr Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 17 juni 2010, mål nr 30038-10).

I EU-domstolens dom C-454/06 *Pressetext* (19 juni 2008) behandlas frågan om partsbyte. Förutsättningarna var sådana att ett bolag hade bildat ett helägt dotterbolag till vilket ett i upphandling tilldelat kontrakt överläts. EU-domstolen anförde att den åtgärd genom vilken den medkontrahent som den upphandlande myndigheten först hade tilldelat kontraktet ersätts med en ny ska i regel anses utgöra en ändring av ett av de väsentliga villkoren i det offentliga kontraktet. Vidare angavs att de omständigheter som förelåg i målet; att moderbolaget ägde dotterbolaget till 100 procent, att moderbolaget hade rätt att ge instruktioner till dotterbolaget och att det mellan bolagen fanns ett kontrakt om överföring av vinster och förluster, att en person som hade rätt att företräda moderbolaget hade försäkra den upphandlande myndigheten om att moderbolaget efter att verksamheten överlåtits till dotterbolaget svarade solidariskt med dotterbolaget och att det inte skulle ske någon förändring vad gäller tjänsten i sin helhet, i sak utgjorde en intern omorganisation av medkontrahenten som inte innebar någon väsentlig ändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet.

En icke oväsentlig skillnad från de ovan refererade nationella domstolsavgörandena är att det i *Pressetext* var fråga om en överlåtelse av kontrakt efter att upphandlingskontrakt tilldelats bolaget. LUF är en förfarandelagstiftning och syftar bland annat till att säkerställa att upphandlingar sker på ett öppet sätt och att leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-

diskriminerande sätt. Förvaltningsrätten konstaterar att Kwintet inte kvalificerat sig att inge anbud och inte heller gett in anbud. Kwintet kan således inte heller, om upphandlingen skulle göras om eller rättas, tilldelas kontrakt. Vad Kwintet här anfört föranleder ingen annan bedömning. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU).

Anna Lönnestav

Rådman

Föredragande har varit Ted Sandqvist.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.