



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Avdelning 31

**DOM**  
2016-06-03  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
7832-16

**SÖKANDE**

Opoint AB, 556937-0637  
Ringvägen 100  
104 62 Stockholm

**MOTPART**

Tullverket  
Box 12854  
112 98 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016 -06- 0 3	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 729067

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

**YRKANDEN M.M.**

*Tullverket* genomför, som förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling av mediebevakningsverktyg (dnr UPP 2016-15). I tilldelningsbeslut daterat den 7 april 2016 meddelade Tullverket att man avser att teckna antal med annan anbudsgivare än Opoint AB (Opoint), vars anbud förkastades på grund av att det inte uppfyllde kraven på ekonomisk och finansiell ställning. I Tullverkets anteckningar utvecklas skälen för förkastande av Opoints anbud enligt följande. Vid kontroll hos kreditupplysningscentralen UC AB har Opoint erhållit kreditomdömet 1 vilket understiger kravet på riskklass 3. Opoint har inte vid något tillfälle haft högre betyg än 1 eller 2, dvs. det låga betyget kan inte heller anses vara tillfälligt. Opoints förklaring till den låga riskklassen ändrar inte Tullverkets bedömning att kravet på ekonomisk och finansiell ställning inte är uppfyllt. I anbudet har bifogats en moderbolagsborgen underskriven av verkställande direktör (VD). Vid kontroll med UC AB framgår att i Opoint tecknas firma av två styrelseledamöter i förening och att VD inte är ledamot i styrelsen. Tullverket godkänner inte lämnad moderbolagsborgen.

*Opoint* yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar om rättelse på så sätt att en ny utvärdering görs där Opoints anbud rätteligen medtas. I andra hand yrkar Opoint att upphandlingen ska göras om i sin helhet. Till stöd för sin talan anför Opoint bl.a. följande. Opoint har i enlighet med ska-krav 2.1.3, Ekonomisk och finansiell ställning, tydligt lämnat en godtagbar förklaring till den låga riskklassen. Moderbolagsborgen är att betrakta som giltigt bevis på åtagande från moderbolaget så som förfrågningsunderlaget är utformat.

Ska-kravet 2.1.3 strider i sig mot transparensprincipen, då det i förfrågningsunderlaget inte specificeras vad som menas med att ”tillfälligt” noteras med lägre kreditbetyg eller att en ”godtagbar” förklaring lämnas. Bedömningen

av Opoints svar har därmed gjorts skönsmässigt och med en oacceptabel nivå av godtycklighet, vilket också bidrar till bristande öppenhet.

Formuleringarna under 2.2, Anbudsgivare, är utformade på ett sådant sätt att en moderbolagsborgen undertecknad av VD är fullt tillräckligt bevis på ekonomisk stabilitet. Tullverket har antagit att denna moderbolagsborgen inte är ett giltigt bevis och därmed utgått från att VD inte haft fullmakt att utfärda beviset, vilket är felaktigt. Att göra ett felaktigt antagande istället för att begära in kompletterande handlingar, i form av fullmakt i detta fall, är inte att iaktta proportionalitet. Opoint har i flera tidigare anbud, och med samma bilagor kring ekonomisk stabilitet, tagit sig vidare för utvärdering.

Att förkasta Opoints anbud vid angivna förhållanden strider mot principerna om likabehandling, proportionalitet och transparens. Opoint har lidit skada eller kan komma att lida skada av de nu upptagna upphandlingsrättsliga fel som Tullverket begått.

*Tullverket* anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

Tullverket är beroende av omvärldsbevakning och därmed en stabil mediebevakningstjänst. Tullverket har därför ställt upp ett obligatoriskt krav gällande den ekonomiska stabiliteten för att trygga leveransen under hela avtalsperioden. Tullverket har inte ställt ett högre krav än nödvändigt för att åstadkomma en stabil leverans, varför kravet är proportionerligt.

Vid utformningen av det ekonomiska kravet har Tullverket definierat nivån på kravet, men inte mer än nödvändigt styrt hur leverantörerna kan visa sin ekonomiska kapacitet. Tullverket har i förfrågningsunderlaget förtydligat vilken nivå den ekonomiska och finansiella ställningen ska motsvara men

har också tagit hänsyn till att en ögonblicksbild kan vara missvisande. Det kan inte anses utgöra en brist i transparens.

Opoint har kreditomdöme/riskklass 1 och uppfyller inte förfrågningsunderlagets krav på riskklass 3 eller högre enligt UC AB. De uppgifter som Opoint lämnat tillsammans med anbudet beskriver en förändrad struktur i koncernen, men ger inte någon information om den ekonomiska situationen, vilken inte heller är tillfällig. Vad Tullverket erfar har Opoint aldrig värderats till riskklass 3 eller högre utan värderingen har växlat mellan riskklass 1 och 2. Opoint har inte visat att den bedömningen skulle vara missvisande eller att en betydande förbättring är för handen.

Skrivelsen bifogad till Opoints anbud innehåller ingen information som ger stöd för att kreditomdömet någonsin rätteligen borde ha motsvarat riskklass 3 eller högre. Den kan inte betraktas som en godtagbar förklaring som kan motivera ändrad bedömning av den ekonomiska och finansiella ställningen. Den enda upplysning om ekonomin som redovisas i skrivelsen är en uppgift för tiden före sammanslagningen 2013 om Infopac-bolagens omsättning och vinst år 2012. Opoint kan med dessa uppgifter inte anses ha visat att bolaget idag har en stabil ekonomi med förmåga att fullgöra uppdraget. Opoint uppfyller således inte på egen hand det obligatoriska ekonomiska kravet.

Tullverket anser att den åberopade moderbolagsgarantin i form av proprieborgen utan beloppsgräns undertecknad av VD:n för Opoint Holding AS (Opoint Holding) saknar värde dels för att den saknar behörig firmatecknare, dels för att Opoint Holding saknar egen ekonomisk substans. En VD:s firmateckningsrätt är kopplad till den löpande förvaltningen av bolaget. Utfärdandet av en proprieborgen utan beloppsgräns är av så stor betydelse att det inte kan anses ligga inom ramen för den löpande förvaltningen. Någon fullmakt från styrelsen bifogades inte anbudet. Det framgår av kreditupplysningen att Opoint Holding inte har någon egen verksamhet och ingen

egen likviditet utan är helt beroende av dess ägares intentioner att tillskjuta nytt kapital för att kunna finansiera förluster i främst den svenska rörelsen. I bolag som inte är noterade på börsen görs inte någon närmare analys av tillgångar som utgörs av dotterbolag. Förekomsten eller frånvaron av betalningsanmärkningar väger tungt vid värderingen, vilket kan bli missvisande i ett bolag utan egen omsättning. Moderbolagsborgen tryggar inte Tullverkets tillgång till den upphandlade tjänsten och kravet kan inte heller anses vara uppfyllt genom åberopande av annans kapacitet.

Det är inte en tolkning av vare sig ordet ”tillfällig” eller ”godtagbar” som är orsaken till att Tullverket har uteslutit Opoints anbud. Opoint har inte visat att den ekonomiska situationen någonsin motsvarat UC riskklass 3. Opoint har därmed inte lidit någon skada av Tullverkets ordval.

Möjligheten att begära vissa kompletteringar är en rättighet, om det kan ske utan risk för särbehandling, men inte en skyldighet för den upphandlande myndigheten. Det åligger en leverantör, som vill åberopa ett annat företags kapacitet, att presentera ett fullgott och giltigt åtagande som upphandlande myndighet utan komplettering kan lägga till grund för utvärderingen.

Efter Opoints invändningar mot tilldelningsbeslut har Tullverket tagit del av årsredovisning 2015 och VD-instruktion för Opoint Holding samt årsredovisning och revisionsberättelse 2015 för Opoint. Handlingarna ger stöd åt Tullverkets tidigare bedömning. En analys av ekonomin visar att Opoint gått med förlust sedan starten år 2013 och det finns inget stöd för att situationen skulle ha förbättrats på något betydande sätt. Opoint Holding bedriver verksamhet endast genom fyra dotterbolag, bl.a. Opoint, och Opoint Holdings enda tillgångar är aktier i dotterbolagen. Enligt VD-instruktionen är handlingsutrymmet för VD i fråga om avtal begränsat till såväl belopp som avtalstid.

Opoint har inte lidit någon skada till följd av hur det ekonomiska kravet är utformat. Tullverket har genom att utesluta Opoints anbud inte brutit mot vare sig LOU eller några upphandlingsrättsliga principer. Om Tullverket skulle godta Opoints anbud trots att detta inte uppfyller det obligatoriska ekonomiska kravet skulle Tullverket bryta mot likabehandlingsprincipen.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt, samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller de uppställda obligatoriska kraven strider mot likabehandlingsprincipen, jfr EU-domstolens avgörande i mål C-243/89, *Stora Bält*.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

I punkten 2.1.3 i förfrågningsunderlaget anges följande:

Anbudsgivaren ska ha god och stabil ekonomisk ställning för att kunna genomföra uppdraget. Tullverket anser att anbudsgivaren har uppfyllt sådant krav om denne har ett kreditomdöme om lägst riskklass 3 enligt affärs- och kreditupplysningsföretaget UC:s riskklassificering.

Tullverket kommer att kontrollera anbudsgivaren genom att inhämta uppgifter från UC.

Skulle anbudsgivaren tillfälligt noteras med lägre kreditbetyg eller riskklass måste en godtagbar förklaring lämnas och bifogas anbudet för att anbudsgivaren eventuellt ska kunna bedömas som kvalificerad. Anbudsgivaren uppmanas att kontrollera sitt kreditbetyg/sin riskklassificering innan anbud

lämnas för att undersöka om uppfyllelse av kravet på ekonomisk och finansiell ställning behöver visas genom sådan förklaring.

Vidare framgår av förfrågningsunderlagets punkt 2.2 att en anbudsgivare har möjlighet att åberopa andra företags ekonomiska kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven och att anbudsgivaren ska tillhandahålla ett åtagande från företaget ifråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när avtalet ska fullgöras.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Anbudsgivare ska ha en god och stabil ekonomisk ställning för att kunna genomföra uppdraget. I målet är ostridigt att Opoint inte uppfyller kravet på minst riskklass 3 enligt UC:s riskklassificering. Det är förenligt med principen om proportionalitet att ställa krav på att en leverantör visar sin ekonomiska förmåga att fullfölja ett avtal. Tullverket har anfört att kravet är nödvändigt för att åstadkomma en stabil leverans. Vad Opoint har anfört i målet visar, enligt förvaltningsrättens mening, inte att kravet i sig är oproportionerligt. Det åligger dock upphandlande myndighet att ändå göra en individuell bedömning av varje anbudsgivares ekonomiska förhållanden (jfr Kamrarrättens i Stockholms dom den 7 juli 2015 i mål nr 2270-15).

Det har framkommit att Opoint aldrig har uppfyllt kravet på riskklass 3 enligt UC:s rating. Opoint kan därför inte anses tillfälligt noteras med lägre kreditbetyg. Förvaltningsrätten anser vidare att kravet i denna del inte brister i transparens. Opoints förklaring avser förändringar i koncernstrukturen. Förvaltningsrätten finner i detta avseende inte skäl att göra någon annan bedömning än Tullverket. Förklaringen kan således inte motivera en ändrad bedömning av Opoints ekonomiska och finansiella ställning. Förvaltningsrätten anser inte heller att kravets utformning i denna del kan anses strida mot transparensprincipen. Opoint har alltså inte lämnat en godtagbar förkla-

ring till den låga riskklassificeringen och uppfyller därmed inte kravet på ekonomisk och finansiell ställning på egen hand.

Opoint har för att uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning vidare åberopat en moderbolagsborgen från Opoint Holding. Borgensåtagandet är undertecknat av VD och avser en proprieborgen utan beloppsgräns. VD är emellertid inte firmatecknare och förvaltningsrätten anser att ett sådant åtagande inte kan anses ingå i den löpande förvaltningen. Någon fullmakt för VD har inte heller presenterats. Opoint kan därför inte anses uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning genom moderbolagsborgen. Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att begära in förtydligande eller komplettering finns inte i LOU. Tullverket kan därför inte heller anses ha agerat i strid med proportionalitetsprincipen.

Det har inte framkommit att kravet avseende god och stabil ekonomisk ställning, eller Tullverkets bedömning av kravets uppfyllande, varit diskriminerande mot Opoint. Förvaltningsrätten anser att det inte heller i övrigt genom vad Opoint anfört har framkommit att Tullverket har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Anneli Berglund Creutz

Rådman

David Munck har föredragit målet.





# 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.