



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-12-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23677-11
Enhet 15

SÖKANDE

Ambius AB, 556764-7135
Avestagatan 61
163 53 Spånga

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Sida
Box 10135
100 55 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-12-28	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Ambius AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 192169

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Sida genomför en upphandling av växtservice för växter i Sidas lokaler i Stockholm, dnr 2010-001758 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande.

I tilldelningsbeslut den 17 november 2011 beslutades att anta annat anbud än det från Ambius AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska företas varvid anbud från bolaget ska utvärderas. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

En upphandlande myndighet får inte förkasta ett anbud p.g.a. brister i leverantörens ekonomiska och finansiella ställning utan att först göra en individuell prövning av leverantören ifråga (RÅ 2005 ref. 47). Kamrarrätterna har i ett antal mål behandlat frågor som avser krav på ekonomisk ställning. Kamrarrätterna har i detta avseende godtagit olika typer av förklaringar, t.ex. att leverantören angivit att en affär genomförts som kommer att ge ökade nyckeltalsvärden eller ingivande av balans- och resultatrapporter.

I förevarande fall har Sida angivit att (för det fall en anbudsgivare t.ex. har låga nyckeltal) ska-kravet om en stabil ekonomisk bas anses uppfyllt om anbudsgivaren i anbudet lämnat en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. Ska-kravet är uppställt på ett närmast identiskt sätt som de krav som kamrarrätterna har bedömt i ovan redovisade avgöranden. Bolaget har till sitt anbud fogat en redogörelse där bolaget försäkrar att det har en mycket solid

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

verksamhet sedan 20 år och en konstant tillväxt under de senaste åren. Av detta måste anses framgå att bolaget anser sig ha den efterfrågade ekonomiska stabiliteten i nuläget. I praxis har inte ställts höga krav på innehållet i denna typ av förklaring. Om anbudsgivaren ifråga har möjlighet att fortsätta bedriva sin verksamhet under den aktuella avtalstiden måste anbudsgivaren således anses ha efterfrågad ekonomisk stabilitet.

Sida har inte givit någon förklaring till varför bolaget inte har ansetts uppfylla ska-kraven om soliditet, likviditet och stabil ekonomisk bas. Således har Sida även agerat i strid med vad som anges i RÅ 2005 ref. 47, dvs. att en individuell prövning måste göras av leverantörens ekonomiska och finansiella ställning.

En upphandling ska ske på lika villkor och det är av största vikt att en upphandlande myndighet skriver ett klart och tydligt förfrågningsunderlag samt följer detsamma. Krav som anges ska ha formuleras på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kraven på samma sätt. Förekomsten av ett krav som kan vara föremål för subjektiv tolkning innebär att upphandlingsprocessen inte blir tillräckligt förutsebar. Härutöver har Sida inte preciserat eller förtydligat hur en sådan förklaring ska vara utformad eller i övrigt på vilket sätt anbudsgivaren kan säkerställa att det blir "klarlagt" att anbudsgivaren innehar efterfrågad ekonomisk stabilitet. Det anges inte att anbudsgivaren ska redogöra för när man uppskattar att de angivna nyckeltalen kommer att vara uppnådda. Detta innebär att anbudsgivarna inte har kunnat förutse hur det aktuella ska-kravet ska uppfyllas. Sida har inte under upphandlingens gång angivit att det aktuella kravet kan uppfyllas genom något annat som visar motsvarande stabilitet som nyckeltal (som t.ex. en garanti utfärdad av moderbolaget) utan detta anges först i efterhand. Således har Sida utformat det aktuella ska-kravet på så sätt att det blir föremål för subjektiv tolkning i efterhand. Om Sida hade angivit i anbudsinbjudan att det aktuella ska-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

kravet hade kunnat uppfyllas på angivet sätt, hade bolaget haft en möjlighet att prestera t.ex. en garanti från sitt moderbolag. Utformningen av anbudsintjudan strider därför mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget skulle rätteligen ha ansetts kvalificerat för utvärdering. Då bolagets anbud förkastats har Sida agerat i strid med anbudsintjudan, transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har offererat ett pris som är klart lägre än vinnande anbuds offererade pris. Det är således tydligt att bolagets anbud skulle ha kunnat antas i upphandlingen. Mot bakgrund av ovanstående står det helt klart att bolaget riskerar att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 5 § LOU.

Sida bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Formuleringen i anbudsintjudan att det kan "anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomisk stabilitet" innebär att kravet för att anbudsgivarens förklaring ska kunna godtas är högt ställt för att kunna säkerställa den ekonomiska stabiliteten hos de anbudsgivare som får teckna kontrakt. Bolaget hänvisar till att det är nystartat men det har varit verksamt i fyra år. Det framgår inte av utlåtandet när man anser sig ha den ekonomiska stabilitet som efterfrågas i underlaget. Något annat som visar motsvarande stabilitet som nyckeltal, som t.ex. en garanti utfärdad av moderbolaget, har inte heller getts in. Vid en individuell prövning av bolagets anbud bedömdes förklaringen inte vara sådan att det kan anses klarlagt att bolaget har en sådan ekonomisk stabilitet som efterfrågas i upphandlingen. Lämnade anbud har bedömts i enlighet med ordalydelsen i anbudsintjudan och att göra en generösare bedömning av bolagets anbud skulle strida mot likabehandlingsprincipen. En individuell prövning har gjorts av bolagets anbud. Det finns dock inget krav på att upphandlande myndighet i vart enskilt fall ska motivera varför en anbudsgivare inte uppfyller ska-kraven.

UTREDNINGEN I MÅLET

I Anbudsinbjudan anges bl.a. följande.

4.1 Ekonomisk ställning

Anbudsgivare ska ha en ekonomiskt stabil bas (möjlighet till överlevnad över avtalsperiod). Anbudsgivares senaste avslutade och fastställda årsredovisning ska påvisa nyckeltal där likviditeten uppgår till minst 1 och soliditeten minst 15 %. [...]

I de fall anbudsgivaren inte uppfyller ställda nyckeltalskrav ska anbudsgivaren i anbudet lämna förklaring till varför kravet inte uppfylls samt redogöra för hur anbudsgivaren säkerställer motsvarande ekonomisk stabilitet.

Anbudsgivare ska i bilaga 1.3, Nyckeltal, lämna någon av nedanstående uppgifter:

- bekräftelse på att, om så är fallet, ovan ställda nyckeltalskrav uppfylls;

eller

- redogörelse för, om så är fallet, varför nyckeltalskravet inte uppfylls samt redogöra för hur anbudsgivaren säkerställer motsvarande ekonomisk stabilitet.

[...]

I det fall anbudsgivarens nyckeltal inte påvisar en stabil ekonomisk bas, t.ex. låga nyckeltal, eller inga nyckeltal alls, ska anbudsgivaren ändå anses uppfylla dessa krav om anbudsgivaren i anbudet lämnat en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet.

I redogörelsen, undertecknad av Mats Lindewall, Finance Manager Northern Europe, som bolaget bifogat sitt anbud anges i huvudsak följande.

Bolaget bildades 2008 när det bröts ur Initial Sverige AB till ett fristående bolag, med det engelska bolaget Rentokil Initial Plc som koncernmoderbolag. De effekter som överföring av en befintlig verksamhet till ett nystartat bolag innebär gör att bolaget för närvarande inte når de efterfrågade nivåerna på nyckeltal. Verksamheten är mycket solid sedan 20 år tillbaka och har växt konstant under de senaste åren. Omsättningen var ca 100 miljoner kr för år 2010 och prognosen för 2011 är en omsättning om ca 106 miljoner kr.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU, i dess lydelse före den 1 november 2011, anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Uppställda krav får inte frångås och utvärderingen av inkomna anbud ska ske i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i förvaltningsrätten, som grundas på vad sökanden har framfört i målet, utgör en kontroll av om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna och om det därför finns grund för åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållandena som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

I nu aktuellt mål har bolaget uppgett att det har uppfyllt ska-kravet avseende ekonomisk ställning, att Sida har underlåtit att göra en individuell pröv-

ning av bolagets ekonomiska och finansiella ställning samt att ska-kravet om ekonomisk ställning utformats på ett otydligt sätt vilket inneburit att det har blivit föremål för subjektiv tolkning.

Av det som anges i anbudsinvjudan framgår att anbudslämnare kan visa att kravet på "en ekonomiskt stabil bas" är uppfyllt genom att visa nyckeltal där likviditeten uppgår till minst 1 och soliditeten minst 15 %. Vidare framgår att anbudslämnare som inte kan visa sådana nyckeltal har att på annat sätt redovisa sådan stabilitet som annars hade visats genom nyckeltalen. Enligt förvaltningsrättens mening är kravet tillräckligt tydligt formulerat och alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare bör ha tolkat kravet på samma sätt. Förvaltningsrätten finner därför att förfrågningsunderlaget inte kan anses vara så otydligt och oförutsebart att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

I målet är ostridigt att bolaget till anbudet inte fogade en årsredovisning som visade efterfrågade nyckeltal. Till anbudet fogade bolaget i stället en redogörelse vari bolaget förklarade anledningen till varför det inte når de efterfrågade nivåerna på nyckeltal samt redovisade uppgifter om bolagets omsättning för 2010 och 2011. I redogörelsen angavs även att verksamheten är mycket solid sedan 20 år tillbaka. Förvaltningsrätten finner att vad bolaget har uppgett i bilagan till anbudet inte kan anses utgöra en redogörelse för hur anbudsgivaren säkerställer motsvarande ekonomisk stabilitet som om de efterfrågade nyckeltalen hade uppnåtts. Bolaget har därmed inte i anbudet visat att det når upp till ska-kravet som ställts avseende ekonomisk stabilitet.

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att uppfylla de krav som följer av LOU och EUrätten. Då det inte framgår av bolagets anbud att det uppfyller de krav som ställts avseende ekonomisk stabilitet har Sida haft fog för att inte utvärdera

anbudet vidare. Vad bolaget har anfört ger därmed inte stöd för att den aktuella upphandlingen ska ha skett i strid med reglerna i LOU eller att de för upphandling grundläggande EU-rättsliga principerna har trätts för när på ett sådant sätt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 5 § LOU. Förutsättningar för ingripande från domstolens sida föreligger därmed inte, varför bolagets ansökan ska lämnas utan bifall.

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


Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit Jenny Kenneberg.



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 var till 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1A LOU