



SÖKANDE

Matfabriken i Sala AB, 556610-9020
Kokillgatan 16
721 33 Västerås

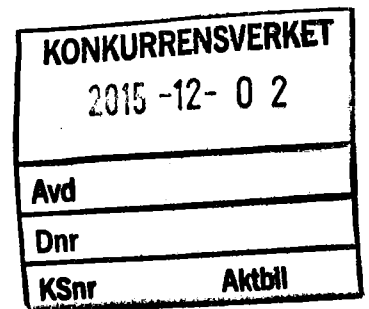
Ombud: Advokat Jimmy Cernelind
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Borås Stad
501 80 Borås

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Borås Stad genomför en upphandling av kylda färdiglagade matportioner till brukare med biståndsbeslut. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Den 19 augusti 2015 beslutade Borås Stad att tilldela Sodexo AB kontraktet. Matfabriken i Sala AB (Matfabriken) gick inte vidare till kvalificering av anbud.

YRKANDEN M.M.

Matfabriken ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse

Dok.Id 179262

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

gjorts på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras i vilken Matfabrikens anbud ska ingå och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Borås Stad anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Matfabriken: Då kravet på ett kreditomdöme om 40 hos Creditsafe inte varit uppfyllt har Matfabriken i full överensstämmelse med förfrågningsunderlaget inlämnat en moderbolagsgaranti. Moderbolaget har såväl vid anbuds- som vid utvärderingstillfället haft ett kreditomdöme om 74 hos Creditsafe. Genom moderbolagsgarantin och moderbolagets kreditomdöme har Matfabriken mött kravet på ekonomisk och finansiell ställning. Uteslutningen innebär således att Borås Stad frångått det krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Matfabriken har inte heller getts möjlighet att bemöta de uppgifter som legat till grund för uteslutningen. Alternativt har Borås Stad förbehållit sig rätten till fri prövning där Borås Stad skulle kunna bortse från att anbudsgivare själva eller genom garant uppfyller kravet på ett kreditomdöme om 40 hos Creditsafe. En sådan bestämmelse strider mot grundläggande upphandlingsrättsliga principer. Otydligheterna i Borås Stads förbehåll samt den bristande öppenheten i hur anbuden skulle komma att utvärderas innebär att de grundläggande principerna som följer av 1 kap. 9 § LOU inte har iakttagits. Matfabriken har därför lidit eller kan komma att lida skada.

Borås Stad: Matfabrikens ekonomiska kapacitet har prövats individuellt utifrån de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget. Det har vid denna prövning konstaterats att moderbolaget inte visar sådan styrka att den lämnade garantin kvalificerar Matfabriken för vidare utvärdering. Riktigheten i denna bedömning har under tiden efter tilldelningsbeslutet bekräftats. Moderbolaget uppnår numera inte en kreditrating om 40 enligt Cre-

ditsafe. Matfabriken har underlåtit att med sitt anbud inge annan utredning som visar erforderlig ekonomisk kapacitet. Dessa omständigheter innebär att Matfabriken inte kan kvalificeras i aktuellt avseende. Borås Stad har således inte åsidosatt någon regel i LOU eller trätt någon av de upphandlingsrättsliga principerna för när.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förfrågningsunderlag m.m.

I förfrågningsunderlaget punkt 1.3.3 har angetts bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk bas som lägst motsvarar ett kreditomdöme om 40 (Creditsafe). Om upplysning inte kan hämtas via Creditsafe kommer Borås Stad att begära likvärdiga intyg från anbudsgivaren. I det fall anbudsgivaren inte uppnår den föreskrivna nivån ska dock kravet anses uppfyllt om detta relateras till andra orsaker än ekonomiska faktorer, betalningsanmärkningar eller att nödvändigt faktaunderlag för att ta fram ett kreditomdöme saknas. I det fall en anbudsgivares ekonomiska stabilitet garanteras av moderbolag eller av annan ska anbudsgivaren kunna få detta verifierat genom undertecknad handling. En sådan handling ska innehålla en garanti om att kontraktet kommer att fullföljas av garanten om anbudsgivaren inte kan fullfölja kontraktet. Borås Stad förbehåller sig rätten att kontrollera anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning genom att inhämta utdrag från kreditupplysningsföretag och/eller årsredovisningar. För nystartade företag kan annan upplysning komma att begäras in. Om anbudsgivaren inte uppfyller efterfrågad kreditvärdighet enligt Creditsafe ska anbudsgivaren redovisa att företagets ekonomiska ställning motsvarar ställda krav, bifoga bevis.

I punkt 1.2.5 har bl.a. följande angetts. Om förfrågningsunderlaget upplevs som oklart eller otydligt i något avseende ska frågor lämnas via upphandlingsverkstyget Visma TendSign. Uppkomna frågor och svar publiceras

löpande via Visma TendSign. Acceptans av kravet på frågor och svar under anbudstiden är ett krav enligt denna punkt.

Under rubriken Frågor & Svar i Visma TendSign har Borås Stad bl.a. publicerat följande. I det fall en anbudsgivares ekonomiska stabilitet garanteras av moderbolag eller av annan ska garanten uppfylla samma ekonomiska stabilitet som ställs på anbudsgivaren samt ge garanti om att kontraktet kommer att fullföljas av garanten om anbudsgivaren inte kan fullfölja kontraktet. Borås Stad förbehåller sig rätten att bedöma garantens förutsättningar att vid behov fullfölja kontraktet.

Gällande regler

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

I 16 kap. 6 § LOU anges att 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. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Förvaltningsrättens bedömning

Vad förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Borås Stads nu aktuella upphandling med uteslutning av Matfabriken skett i enlighet med principer-

na om likabehandling och transparens fastlagda i 1 kap. 9 § LOU och om upphandlingen i annat fall ska rättas eller göras om.

Det är otvistigt att Matfabriken inte uppfyllt det angivna kreditomdömet om 40 hos Creditsafe och således inte uppfyllt kraven angående ekonomisk och finansiell ställning på den grunden. Matfabriken har anfört att uteslutningen grundats på att en viss kreditlimit inte uppnåtts och att sådant krav inte framgått i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrätten saknar detta betydelse eftersom kravet på kreditomdöme inte varit uppfyllt. Emellertid har dessa krav enligt förfrågningsunderlaget kunnat tillgodoses genom att en anbudsgivares moderbolag garanterar dess ekonomiska stabilitet. I förfrågningsunderlaget har Borås Stad hänvisat till information i dess upphandlingssystem. Där har det bl.a. angetts att det moderbolag som är garant ska uppfylla samma ekonomiska krav som ställs på anbudsgivaren och att Borås Stad förbehåller sig rätten att bedöma garantens förutsättningar att vid behov fullfölja kontraktet. Frågan är då om de ekonomiska kraven varit uppfyllda genom Matfabrikens moderbolag, Matlogistiksystem Invest Nordic AB (moderbolaget).

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47 framgår att den upphandlande myndigheten ska göra en individuell bedömning av en anbudsgivares ekonomiska förhållanden. Att inhämta upplysningar från ett kreditupplysningsföretag och lägga dessa till grund för att utesluta en anbudsgivare från upphandlingen utan att anbudsgivaren ges möjlighet att med egen utredning bemöta de upplysningar kommunen inhämtat är således inte godtagbart.

Matfabriken har i enlighet med förfrågningsunderlaget inkommit med en garanti där moderbolaget förbundit sig att svara för Matfabrikens åtaganden såsom för eget åtagande och moderbolaget har gått i borgen för Matfabriken såsom för egen skuld. Matfabriken har inte inom anbudstiden inkommit med

några uppgifter angående moderbolagets ekonomiska kapacitet. Borås Stad har då prövat dess kapacitet utifrån de handlingar som inkommit och har funnit att moderbolaget inte visat erforderlig ekonomisk styrka. Efter tilldelningsbeslutet har kommunen inhämtat kreditupplysningar från Creditsafe och UC avseende moderbolaget och funnit att dessa bekräftat detta. Det har anförts att Matfabriken inte getts någon möjlighet att yttra sig över de inhämtade kreditupplysningarna. Dessa har emellertid inte påverkat utslutningen av Matfabriken eftersom de inhämtats efter tilldelningsbeslutet. Denna omständighet saknar därför betydelse i sammanhanget.

Förvaltningsrätten delar Matfabrikens bedömning att Borås Stads förbehåll vad gäller möjligheten att pröva en garants förutsättningar att vid behov fullfölja kontraktet ger anledning att ifrågasätta om förfrågningsunderlaget varit förenligt med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Förbehållet har nämligen varit utformat så att det måste ha varit svårt för anbudsgivarna att veta exakt vilka krav på en garant som de haft att uppfylla. Av 16 kap. 6 § LOU framgår emellertid att en förutsättning för att rättelse ska ske eller för att en upphandling ska göras om är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i LOU och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Det är således inte tillräckligt att en grundläggande princip har åsidosatts och att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Därutöver krävs det att skadan beror på åsidosättandet.

Ett krav för att gå vidare till kvalificering av anbud har varit att det moderbolag som är garant ska uppfylla samma ekonomiska krav som ställs på anbudsgivaren. Av förfrågningsunderlaget framgår att om anbudsgivaren inte uppfyller efterfrågad kreditvärdighet enligt Creditsafe ska anbudsgivaren redovisa att företagets ekonomiska ställning motsvarar ställda krav samt att bevis ska bifogas. Mot bakgrund av detta får det anses ha ålegat Matfabriken att inkomma med handlingar som visat att moderbolaget uppnått ett

kreditomdöme om 40 på Creditsafe eller som på annat sätt visat att kravet på ekonomisk stabilitet varit uppfyllt.

De handlingar som inkommit har utgjorts av moderbolagsborgen, fullgörandegaranti samt redogörelse för ägarförhållanden och förklaring till kreditrating avseende Matfabriken. Detta kan inte anses ha varit tillräckligt för att styrka moderbolagets ekonomiska kapacitet. Vad Matfabriken anfört om att en moderbolagsgaranti utgör en form av åberopande av en annans ekonomiska kapacitet föranleder inte någon annan bedömning. Detsamma gäller angående vad Matfabriken anfört om att det inte under utvärderingsperioden ägt rätt att komplettera anbudshandlingarna. Annat har inte framkommit än att det funnits möjligheter för Matfabriken att gå vidare till kvalificering av anbud om utredning om moderbolagets ekonomiska kapacitet inkommit till Borås Stad. Matfabriken har således inte visat att ett åsidosättande av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU medfört att Matfabriken lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan ska därför avslås.

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

Susanne Karlberg

Föredragande har varit Lars Bålman.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag 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 dag 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.