



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM

2019-04-03

Meddelad i Göteborg

Mål nr

13585-18

KONKURRENSVERKET	
2019-04-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

JOBmeal AB, 556576-5954

MOTPART

Uddevalla kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar JOBmeal AB:s yrkande om att Uddevalla kommun ska slutföra upphandlingen i enlighet med landstingets utvärdering.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och upphäver Uddevalla kommuns beslut den 9 november 2018 att avbryta upphandlingen avseende kaffemaskiner, KS 2018-00508.

Dok.Id 596527

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Uddevalla kommun genomför en upphandling av *kaffemaskiner*, KS 2018-00508. Kommunen avbröt upphandlingen den 9 november 2018. Det som förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om kommunen haft saklig grund för att avbryta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

JOBmeal AB (bolaget) yrkar återtagande av den avbrutna upphandlingen och begär att tilldelningen kvarstår för bolagets anbud och att anbudet inte ska förkastas då det uppfyller ställda krav i upphandlingen. Bolaget begär låta överprövningen från Beans In Cup AB gällande utvärderingen och tilldelningen genomföras, varpå det låter förvaltningsrätten avgöra frågan om uppfyllande av obligatoriska krav.

Anbud av flera leverantörer har inlämnats i upphandlingen och tilldelning har gjorts. Bolaget har tilldelats avtalet men Beans In Cup AB har ansökt om överprövning av upphandlingen. Kommunen har därefter avbrutit upphandlingen. Bolagets yrkande gäller att upphandlaren ska vidhålla sitt första beslut med tilldelning till bolaget och att inte stoppa upphandlingen med avbrytande och alltså inte utlysa en ny upphandling.

Då bolaget är den enda leverantör som lämnat ett komplett anbud och finns på första plats i prisutvärderingen, föreligger risk att bolaget kommer lida ekonomisk skada på grund av utebliven försäljning, varför bolaget anser att upphandlingen ska godkännas likväl som tilldelningsbeskedet.

Av punkt 2.3.2 i upphandlingsdokumentet framgår det tydligt att "Bifoga kompletterande information om inte Credit Safe nivå 40 eller UC nivå 3

uppfylls”. Då bolaget vid anbudstillfället inte uppfyllde kravet på UC motsvarande nivå 3 bifogades till anbudet en förklaring till detta. Det framgår tydligt av texten att det ska bifogas information enligt punkt a, där bolagets beskrivning är helt i enlighet med punkten. JOBmeal Holding AB:s förklaring är avgiven av ekonomichefen för bolaget samt för JOBmeal Holding AB. Ekonomichefen äger även med sin firmateckningsrätt möjlighet att lämna denna beskrivning och garanti för uppdragets utförande, vilket intygande enbart var en formalitet då kreditnivån uppfylldes med Creditsafe nivå 40. Dock stipulerade upphandlingsunderlaget att det skulle bifogas en garanti, som visar att bolaget klarar kvalificeringskravet för att efterleva avtal, vilket också tydligt beskrivs i den garanti/dokumentation som medsändes med anbudet.

Av formuleringen i avsnitt 2.3.2 framgår tydligt att kontroll ska göras på det sätt som är nödvändigt för att visa att kravet är uppfyllt. Bolaget har varit transparent genom att visa i anbudet att kravet på UC nivå 3 inte är uppfyllt, för att sedan överlämna till kommunen att göra ytterligare kontroller för att säkerställa att Creditsafe nivå 40 är uppfyllt, precis som angivet i upphandlingsdokumentets punkt.

Genom att nu avbryta upphandlingen kommer kommunen att åsidosätta de grundläggande principerna i LOU genom att inte behandla bolaget på likabehandlande sätt. Bolaget har därför blivit felaktigt avlägsnat från ett vinnande kontrakt, vilket gör att det lider skada och upphandlingsförfarandet ska därför slutföras.

Uddevalla kommun anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Bolaget saknar grund för sitt yrkande att den avbrutna upphandlingen ska återtas. Kommunen avbröt upphandlingen på grund av att det fanns otydligheter i formuleringen gällande kvalificeringskravet ”Ekonomisk ställning”. Detta beslut togs då det kunde ifrågasättas om kommunen hade uppfyllt transparensprincipen.

Efter anbudsöppning prövade och granskade kommunen inkomna anbud. Kvalificeringskravet gällande ekonomisk ställning framgår av punkt 2.3.2 i upphandlingsdokumentet. Kommunen konstaterade då att anbudsgivaren Beans In Cup AB inte uppfyllde ställda krav angående ekonomisk ställning.

Vid utvärdering av kvalificeringskravet ”Ekonomisk ställning” av bolagets anbud konstaterades att bolaget hade skickat in UC både för bolaget självt och för JOBmeal Holding AB samt bifogat dokumentet ”Bilaga 2.3.2 Kort om JOBmeal AB och UC”. Dessa dokument uppfyllde dock inte förutsättningarna enligt punkt 2.3.2 Ekonomisk ställning. Kommunen bedömde att anbudsgivaren ändå kunde kvalificeras eftersom den uppfyllde det alternativa kravet om att riskintyg enligt Credit Safe inte understiger nivå 40. Kommunen kontrollerar kravet enligt Credit Safe via en funktion i upphandlingsverktyget TendSign. Efter utvärdering av de kvalificerade inkomna anbuden tilldelades bolaget ramavtal.

Beans In Cup AB ansökte om överprövning av upphandlingen i Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 12899-18. Beans In Cup AB yrkade att upphandlingen skulle göras om då man ansåg att kommunen inte borde ha kvalificerat bolagets anbud. Kommunen konstaterade då att den vinnande och enda kvarvarande leverantören, bolagets anbud, inte uppfyllde kvalificeringskravet. Kommunen gick åter igenom upphandlingsdokument

och utvärdering och kom fram till att det fanns brister i upphandlingsdokumentet angående punkten 2.3.2 Ekonomisk ställning. Formuleringen är inte helt tydlig och den kan tolkas på olika sätt. Det framgår inte tydligt om det endast är det riskintyg som ska bifogas i anbudet som kommer att kontrolleras eller om den upphandlande myndigheten kommer att inhämta uppgifter från Creditsafe eller UC, vilka sedan kommer att kontrolleras. Då detta inte tydligt framgår så kan man ifrågasätta om kommunen har uppfyllt transparensprincipen. Av denna anledning valde kommunen att avbryta upphandlingen för att inför en ny upphandling revidera texten, så att anbudsgivare på ett tydligt sätt ska kunna se hur de kommer att kontrolleras avseende om de uppfyller kraven eller inte.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Grundläggande bestämmelser

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).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Processramen

Vid bifall till en talan mot ett avbrytandebeslut kan förvaltningsrätten inte förordna om annat än att det klandrade beslutet upphävs. Bolagets yrkande om att kommunen ska slutföra upphandlingen i enlighet med kommunens utvärdering ska därför avvisas.

Frågan i målet gäller huruvida Uddevalla kommun haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta aktuell upphandling. Det är kommunen som upphandlande myndighet som har bevisbördan för att så är fallet (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2013 i mål nr 4691-12).

I sitt avbrytandebeslut har kommunen som grund anfört att en leverantör har kvalificerats på felaktig grund. Under överprövningsprocessen har kommunen framfört ytterligare skäl för att avbryta upphandlingen.

Beträffande möjligheten att pröva omständigheter som åberopas först under överprövningsprocessen kan följande framföras. Vare sig förvaltningsprocesslagen (1971:291) eller bestämmelserna i LOU innehåller något krav på att de omständigheter som anförs till grund för parternas talan ska vara slutligt bestämda innan ansökningsfristens utgång eller vid någon särskild tidpunkt under prövningen i förvaltningsrätten. Upphandlande myndighet ska förvisso ange skälen för ett avbrytandebeslut, men några krav på att myndigheten i avbrytandebeslutet uttömmande ska ange alla omständigheter som ligger till grund för beslutet finns inte (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2012 i mål nr 93-12). Med beaktande av de effektivitetshänsyn som bör råda i mål av detta slag samt med hänsyn tagen till att rättssäkerheten för bolaget tillgodosätts genom den kommunikation som skett i målet, anser förvaltningsrätten, att övervägande skäl talar för att förvaltningsrätten har möjlighet att beakta även de under domstolsprocessen tillkommande skälen för kommunens beslut att avbryta upphandlingen (jfr även HFD 2013 ref. 5).

Har sakliga skäl funnits för att avbryta upphandlingen?

En upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas (jfr HFD:s avgörande RÅ 2009 ref. 43 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 maj 2015 i mål nr 787-15). Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling finns inte, utan myndigheten har rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den

17 februari 2009 i mål nr 3226-08). Myndigheten måste enligt 12 kap. 12 § LOU ange skälen för avbrytandet (prop. 2015/16:195 s. 671).

Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl. Möjligheten att avbryta en upphandling är dock inte begränsad till situationer där det föreligger allvarliga eller tungt vägande skäl (jfr mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25), men en förutsättning är att den upphandlande myndigheten följer de grundläggande reglerna i fördraget (jfr bl.a. mål C-92/00 HI). Det får inte vara godtyckligt och det måste följa gemenskapsrättsliga regler och principerna om öppenhet och ickediskriminering i 4 kap. 1 § LOU.

Frågan för förvaltningsrätten att ta ställning till är om Uddevalla kommun har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Uddevalla kommun har anfört att avbrytandebeslutet var grundat på det faktum att det funnits brister gällande transparensen i kravet om ekonomisk ställning i avsnitt 2.3.2 i upphandlingsdokumentet.

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (jfr HFD:s avgörande RÅ 2002 ref. 50). Bristande öppenhet och transparens i upphandlingsdokumentet kan anses utgöra ett sakligt skäl till att avbryta en upphandling (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 januari 2018 i mål nr 6012–6015-17 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 20 september 2010 i mål nr 1427-10).

Av upphandlingsdokumentet framgår av avsnitt 2.3.2 Ekonomisk ställning följande:

Anbudsgivaren ska ha ekonomisk kapacitet att fullgöra uppdraget under den tid som avtalet gäller. Anbudsgivaren ska vara ett välskött företag med sund och stabil ekonomi. Detta ska visas genom att riskintyg från kreditupplysningsföretag bifogas anbudet. Kravet anses uppfyllt om riskintyg enligt Credit Safe inte understiger nivå 40, alternativt enligt UC inte understiger nivå 3, eller motsvarande relativa nivå för riskintyg från annat kreditupplysningsföretag. Detta kontrolleras av Upphandlande myndighet.

I de fall anbudsgivaren har en lägre riskklassificering/rating kan anbudsgivaren ändå anses uppfylla detta krav under förutsättning att:

a. Anbudsgivarens moderbolag eller annan garant uppfyller kravet i första stycket i denna punkt, lämnar moderbolagsgaranti eller likvärdig garanti, i vilken anbudsgivarens fullgörande av sina åtagande enligt ev. framtida avtal garanteras, eller:

b. Anbudsgivarens revisor lämnar en sådan förklaring att Upphandlande myndighet kan anse att det är klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet.

Av utredningen i målet framgår att kommunen vid utvärderingen av bolagets anbud bedömt att bolaget inte uppfyllt kravet gällande ekonomisk ställning utifrån de handlingar bolaget självt bifogat sitt anbud. Däremot bedömde kommunen att bolaget via den ekonomiska kontroll kommunen själv gjorde av bolaget att anbudet uppfyllde kravet ifråga. Genom att upphandlingen sedermera blev föremål för överprövning (förvaltningsrättens mål nr 12899-18) ansåg kommunen att informationen om hur riskbedömningar kommer att göras kunde tolkas på olika sätt, vilket kunnat leda till att en objektiv jämförelse av anbuden inte kunde göras.

Av formuleringen i avsnitt 2.3.2 framgår att en anbudsgivare på ett antal olika sätt kan visa att denna uppfyller kraven gällande ekonomisk ställning. Det anges bl.a. att riskintyg från kreditupplysningsföretag ska bifogas anbudet. Av texten framgår vidare att detta kommer att kontrolleras av kommunen. Av 4 kap. 10 § andra stycket 1 LOU framgår att en

upphandlande myndighet innan den tilldelar kontrakt ska kontrollera att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten. Detta innebär att anbud inte ska utvärderas innan det har kontrollerats om leverantören uppfyller lämplighetskraven och anbudet uppfyller minimikraven (se prop. 2015/16:195 s. 979). I enlighet med likabehandlingsprincipen får inte den upphandlande myndigheten anta anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven (jfr HFD 2016 ref. 37 I-II) eller i strid med likabehandlingsprincipen självmant vända sig till tredje part för att hämta in uppgifter till bedömning av ingivna anbud för att på så sätt läka bristerna i anbudet (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 maj 2008 i mål 492-08). Utifrån detta bedömer därför förvaltningsrätten att den mest rimliga tolkningen av hur riskbedömningen av anbuden enligt avsnitt 2.3.2 ska göras därmed måste vara att upphandlande myndighet kommer att kontrollera de uppgifter som anbudsgivarna själva bifogat sina anbud inom anbudstiden. Kravet i avsnitt 2.3.2 får därför bedömas som så pass klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra hur den upphandlande myndigheten kommer att kvalificera och kontrollera anbuden.

Sammanfattningsvis anser således förvaltningsrätten att avbrytandebeslutet inte vilar på sakligt godtagbara skäl. Uddevalla kommuns beslut den 9 november 2018 att avbryta upphandlingen avseende kaffemaskiner, KS 2018-00508, ska därför upphävas.

Förvaltningsrätten har i dag även meddelat dom i mål nr 12899-18.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Emelie Lindh.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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 nyårsafton, 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.

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 avisar 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 rätts-tillämpningen.
- 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.