



KLAGANDE

Fazer Food Services AB, 556045-1907

Ombud: Bolagsjuristen Ami Lauri
Fazer Services AB
Box 30170
104 25 Solna

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult
Stiftelsen DNV
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad, Utbildningsnämnden

Ombud: Stadsjuristen Eva Granbohm
Stadsledningskontoret, Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 juli 2013 i mål
nr 11922-13, se bilaga A.

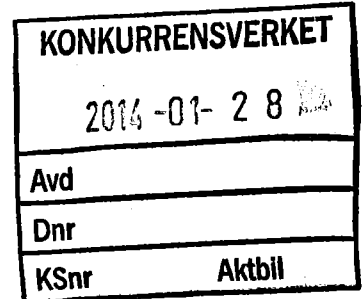
SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår överklagandet.

2. Kammarrättens interimistiska beslut den 9 augusti 2013 upphör därmed
att gälla.



YRKANDEN M.M.

Fazer Food Service AB yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska utvärderas på nytt och att nytt tilldelningsbeslut ska fattas. Till stöd för överklagandet anför bolaget bl.a. följande. Stockholms stads beslut om att utesluta bolaget från utvärdering med hänvisning till att bolaget inte uppfyllde kravet på ekonomisk stabilitet i punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget är felaktigt. Bolaget har i syfte att uppnå ställda krav på ekonomisk stabilitet i samband med anbudet lämnat in en moderbolagsgaranti. Moderbolagsgarantin har med hänsyn till vad som kan anses nödvändigt för det aktuella kontraktets fullgörande begränsats till fem miljoner kr. Bolaget har dessutom redovisat bolagets ekonomiska situation genom en utredning från kreditmarknadsbolaget Upplysningscentralen AB (UC). Av denna utredning framgår det bl.a. att bolaget ingår i en koncern som genomfört interna omstruktureringar och transaktioner. Detta kan möjligen ha fått till följd att bolaget betraktats som sämre än om man betraktat koncernen som helhet. I fråga om ekonomisk stabilitet enligt punkt 3.6 i det nu aktuella förfrågningsunderlaget har dock inte staden preciserat någon nivå för de nödvändiga ekonomiska resurser som ska ställas till förfogande genom ett åtagande enligt 11 kap. 12 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Bolaget gör även gällande att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen om det krävdes en obegränsad moderbolagsgaranti för att uppnå förfrågningsunderlagets krav på ekonomisk stabilitet.

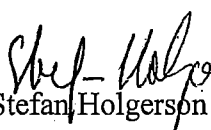
Stockholms stad bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Vid prövningen av kravet på ekonomisk stabilitet framkom att bolaget inte hade erhållit riskklass 3 av UC. Bolaget har betalningsanmärkningar yngre än sex månader, ett eller flera serveringstillstånd har upphört och bolaget genomgår en fusion. Moderbolagsgarantin innehåller en beloppsgräns på fem miljoner kr. Eftersom åtagandet innehåller en ekonomisk begränsning kan detta inte anses motsvara den efterfrågade ekonomiska kapaciteten

motsvarande riskklass 3 enligt UC. Bolaget inkom även med en utredning från UC objektiv som var mer än ett år gammal. Utredningen visar att bolagets lönsamhet har varit otillfredsställande, att de kortsiktiga skulderna överstiger omsättningstillgångarna, att bolagets betalningssätt är trögt samt att bolaget huvudsakligen har finansierats via koncernen. Bolaget redovisade inte i sitt anbud anledningen till att det inte hade uppnått riskklass 3 enligt UC. Kravet på ekonomisk stabilitet har ställts för att säkerställa att vald leverantör kan fullgöra kontraktet. Även om staden har rätt att göra täckningsköp innebär en oförmåga att fullgöra kontraktet ett antal dagars avbrott i matleveranserna.

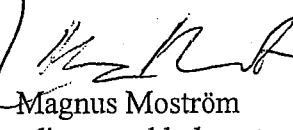
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad bolaget anfört i kammarrätten och vad som i övrigt kommit fram i målet föranleder inte kammarrätten att göra någon annan bedömning än den förvaltningsrätten gjort. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Stefan Holgerson
lagman
ordförande


Charlotte Dahlman
kammarrättsråd


Magnus Moström
adjungerad ledamot
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2013-07-31
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11922-13

bilaga A

SÖKANDE

Fazer Food Services AB, 556045-1907
Lindhagensgatan 120
Box 30170
104 25 Sverige

Ombud: Jur.kand. Ami Lauri
Box 30170
104 25 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stad, Utbildningsnämnden
Box 22049
104 22 Stockholm

Ombud: Stadsjurist Eva Granbohm
Stadsledningskontorets juridiska avdelning
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 381441

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 OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms stad (Staden) genomför en upphandling av måltidsförsörjning till Mariaskolan samt Södermalmsskolan (dnr 20-2013). Upphandlingen genomförts genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen avser 1 800 skolmåltider och 680 mellanmål per skoldag. Kontraktet ska löpa i två år med möjlighet till två års förlängning. Staden har i ett tilldelningsbeslut den 7 maj 2013 beslutat att Fazer Food Services AB:s (Bolaget) anbud inte är kvalificerat att gå vidare i upphandlingen då det inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda krav på ekonomisk stabilitet.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen. Till stöd för sin talan anför Bolaget bl.a. följande.

Staden har brutit mot kraven på likabehandling, proportionalitet och transparens genom att diskvalificera Bolaget från fortsatt deltagande i upphandlingen. Bolaget, vars anbud var lägst, skulle rätteligen ha tilldelats kontraktet i upphandlingen istället för vinnande leverantör. Därigenom har Bolaget lidit, eller riskerar att lida, skada. Kontraktet löper på två år med möjlighet till två års förlängning. Den årliga kontraktssumman uppgår till ca 9 miljoner kronor varför den totala kontraktssumman kan uppskattas till ca 36 miljoner kr. Bolaget har åberopat ett åtagande från moderbolaget Oy Karl Fazer AB till ett belopp om 5 miljoner kr. Skulle Bolaget gå i konkurs eller på annat sätt brista i sina åtaganden måste Stadens kostnader för att genomföra eventuella täckningsköp m.m. rimligtvis begränsa sig till prisskillnaden mellan Bolagets och en dyrare konkurrents lösning. Stadens beslut att diskvalificera Bolaget från fortsatt deltagande i upphandlingen på grund av att bolaget påstås inte ha visat tillräcklig ekonomisk kapacitet är således felaktigt, oproportionerligt och brister i transparens.

Även om prisskillnaden mellan billigaste anbud och dyraste konkurrenslösning fördubblas räcker den av moderbolaget ställda garantin. Upphandlingen brister i likabehandling eftersom den gynnar leverantörer som inte begränsas av ekonomiska ramar. Stadens krav på nödvändiga resurser kräver att man kvantifierar vilken nivå som krävs samt redovisar detta som en anbudsförutsättning. Så har inte skett varför upphandlingen även strider mot kravet på transparens (företsägarhet) då Bolaget utslutits. Bolagets moderbolag Oy Karl Fazer Ab har en trippel AAA rating och kommer inte skada sitt varumärke genom att tillåta en eventuell konkurs eller obeståndssituation i den svenska delen. Moderbolagets ovilja att ange ett obegränsat åtagande hänför sig till den redovisningsmässiga oklarhet som uppkommer i samband med ett dylikt åtagande, som ska anges i samband med moderbolagets koncernredovisning.

Vid en samlad bedömning av Bolagets ekonomiska situation har Bolaget fått den högsta ratingnivån. Bolaget har en hög omsättning. De betalningsanmärkningar som finns upptagna rör små belopp och i flera fall har betalningsskyldigheten varit stridig. Bolaget har vidare högre värde för soliditet än sina konkurrenter.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Vid prövningen av kravet på ekonomisk stabilitet framkom att Bolaget inte hade erhållit riskklass tre av UC AB. Bolaget har betalningsanmärkningar yngre än sex månader, ett eller flera serveringstillstånd har upphört och bolaget genomgår en fusion. Den inkomna moderbolagsgarantin innehåller en beloppsgräns på maximalt fem miljoner kr. Eftersom åtagandet innehåller en ekonomisk begränsning kan detta inte anses motsvara den efterfrågade ekonomiska kapaciteten motsvarande riskklass tre enligt UC. Bolaget inkom även med en utredning från UC objektiv som var mer än ett år gammal. Utredningen visar att bolagets lönsamhet har varit otillfredsställande, att de kortsiktiga skulderna överstiger omsättningstillgångarna, att Bolagets be-

talningssätt är trögt samt att Bolaget huvudsakligen har finansierats via koncernen. Bolaget redovisade inte i sitt anbud anledningen till att det inte hade uppnått riskklass 3 enligt UC. Kravet på ekonomisk stabilitet har ställts för att säkerställa att vald leverantör kan fullgöra kontraktet. Även om Staden har rätt att göra täckningsköp innebär en oförmåga att fullgöra kontraktet ett antal dagars avbrott i matleveranserna.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 15 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) jämfört med 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 15 kap. 15a § LOU anges att en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Förfrågningsunderlaget

Följande anges i avsnittet som behandlar krav på leverantörer, under rubriken 3.6 "Ekonomisk stabilitet".

Anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk kapacitet så att denne med bibehållen kvalitet kan fullgöra uppdraget under hela avtalstiden.

Anbudsgivaren ska uppnå en rating motsvarande lägst 3 enligt kreditmarknadsinstitutet UC AB. För det fall lägre kreditrating erhålls kan anbudsgivande företag ändå anses ha uppfyllt kravet om anledningen till detta redovisas i anbudet och är hänförlig till andra faktorer än sådana som påverkar företagets ekonomiska stabilitet.

För Anbudsgivare som inte kan erhålla kreditrating (bl.a. utländska bolag eller nystartade bolag) anses kravet ändå vara uppfyllt om Anbudsgivaren

inkommer med redogörelse för den ekonomiska kapaciteten som påvisar att företaget har en ekonomisk kapacitet som motsvarar minst rating 3 enligt UC AB.

Beställaren kommer att inhämta kreditupplysning genom UC AB.

Anbud ska eventuellt innehålla (endast för anbudsgivare som inte uppfyller kreditrating 3 enligt UC AB):
Eventuell förklaring till lägre kreditrating

Anbudsgivare ska inneha en sådan resursbas, att leverantören kan fullgöra de åtaganden som följer av detta avtal. För att möjliggöra detta ska leverantören ha tillgång resurser som svarar mot ramavtalets omfattning och innehåll. Kravet innebär att leverantör som under de två senaste avslutade räkenskapsåren ska ha uppnått en årlig årsomsättning om lägst SEK 30 000 000 för den del avverksambeten som svarar för leverans av i upphandlingen efterfrågade tjänster.

Redovisning av den totala omsättningen av motsvarade tjänster under de två senaste avslutade räkenskapsåren:

Räkenskapsår 1, år: X, årsomsättning X SEK varav X SEK avser måltidsförsörjning.

Räkenskapsår 2, år: X, årsomsättning X SEK varav X SEK avser måltidsförsörjning.

Beställaren kan komma att kontrollera lämnade uppgifter med de uppgifter som finns tillgängliga hos Bolagsverket.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU innebär en kontroll av att upphandlande myndigheter följer de principer för offentlig upphandling som framgår av 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i LOU. Den part som gör gällande att en upphandling strider mot bestämmelserna i LOU ska ange på vilka omständigheter han eller hon grundar sin talan.

Upphandlingen avser skolmåltider och skolmellanmål. Det är därmed, enligt 1 kap. 2 § 2 st. LOU, fråga om en B-tjänst varför endast 15 kap. LOU är tillämpligt på förfarandet.

Har bolaget inte uppfyllt kravet på ekonomisk stabilitet?

Eftersom bolaget inte uppfyllde riskklass tre enligt UC kompletterade bolaget sitt anbud med en garanti från moderbolaget om 5 miljoner kr. Bolaget har anfört att den ställda säkerheten från moderbolaget inte är avsedd att garantera att kontraktet fullgörs, istället är avsikten att täcka ett eventuellt skadestånd om avtalet inte kan fullgöras. Enligt Staden gav Bolaget tillsammans med sitt anbud även in ett utdrag från UC objektivt angående Bolagets ekonomiska ställning. Utdraget var enligt Staden mer än ett år gammalt och förklarade inte varför Bolaget vid anbudstillfället inte hade erhållit riskklass tre enligt UC. Bolaget, som varken är utländskt eller nystartat, har enligt vad som har framkommit i förvaltningsrätten inte på något annat vis än genom ovan nämnda garanti och utredning från UC objektivt lämnat någon förklaring till varför det inte uppfyllde Stadens krav på riskklass enligt UC. Då Bolaget inte erhållit riskklass tre var det enligt förfrågningsunderlaget skyldigt att i sitt anbud lämna en sådan förklaring för att kunna uppfylla kravet på ekonomisk stabilitet.

Förvaltningsrätten finner att Bolaget i sitt anbud varken har visat att det har erhållit riskklass tre enligt UC eller redovisat en förklaring till varför riskklassen inte har uppnåtts, som är hänförlig till andra faktorer än sådana som påverkar företagets ekonomiska stabilitet. Bolaget har därmed inte visat att Staden, vid utvärderingen av anbuden, har brutit mot bestämmelserna i LOU när Bolagets anbud uteslöts från upphandlingen på grund av att kravet på ekonomisk stabilitet inte var uppfyllt.

Kravet på ekonomisk stabilitet och proportionalitetsprincipen

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav som den vill ställa på leverantörer i ett upphandlingsförfarande. Det finns inga principiella hinder mot att myndigheten ställer krav på att an-

budsgivare ska ha en viss omsättning. Alla krav måste dock vara förenliga med de unionsrättsliga principerna som ligger till grund för LOU, däribland proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa större krav på leverantörer än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med, och stå i proportion till, det behov som ska tillgodoses.

Staden har anfört att syftet med kravet på ekonomisk stabilitet är att säkerställa att vald leverantör kan fullgöra kontraktet. Upphandlingen avser ett ramavtal som löper på två år med möjlighet till förlängning i ytterligare två år. Bolagets uppskattning att upphandlingen är värd ca 36 miljoner kr på fyra år är inte ifrågasatt av Staden. Kreditvärdighet, som ett mått på ett företags ekonomiska förmåga, är enligt förvaltningsrätten ett relevant krav på leverantörer i en upphandling som rör större värden. Mot bakgrund av vad som har framkommit angående omfattningen av det kontrakt som upphandlingen avser framstår det krav på kreditvärdighet som finns med i förfrågningsunderlaget som ändamålsenligt och proportionerligt. Bolaget har enligt förvaltningsrätten inte visat att kravet på ekonomisk stabilitet strider mot proportionalitetsprincipen.

Likabehandlingsprincipen, krav på förutsebarhet och transparens i upphandlingsförfarandet

De omständigheter som Bolaget har anfört visar inte att Staden har brutit mot likabehandlingsprincipen eller kraven på förutsebarhet och transparens i upphandlingsförfarandet.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Bolaget inte har visat att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Ulrika Moberg
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande var föredraganden Peter Collert

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.