



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-12-30
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23271-11
Enhet 15

SÖKANDE

B&B TOOLS Sverige AB, 556629-5571

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen och jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKE	
2012-08-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 192172

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

Försvarets materielverk (FMV) har genomfört en upphandling av ramavtal för säkerhetsmateriel inom ramen för Försvarmaktens bergsverksamhet, FMV beteckning 354559-AI825335. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande. FMV har inte utvärderat B&B TOOLS Sverige AB:s (hädanefter bolaget) anbud med hänvisning till att ett kvalificeringskrav inte har uppfyllts.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget har yrkat, i första hand, att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rättelsen ska ske på så sätt att bolagets anbud tas upp till utvärdering. I andra hand, har bolaget yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

FMV har bestritt bolagets samtliga yrkanden samt yrkat för egen del att förvaltningsrätten lämnar bolagets talan utan bifall.

Som grund för förstahandsyrkandet har bolaget anfört att FMV har brutit mot de unionsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, genom att förkasta bolagets anbud trots att grund för detta har saknats. Bolaget har till följd härav lidit eller riskerar i vart fall lika skada genom att fråntas möjligheten att tilldelas ramavtal i upphandlingen. Förutsättningar föreligger därmed att besluta om att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om varvid bolagets anbud tas upp till värderingen.

Som grund för andrahandsyrkandet har bolagets anfört att förfrågningsunderlaget är så otydligt formulerat att bolaget inte har haft möjlighet att skapa sig en bild av vad som krävs för att bolagets anbud

skulle tas upp till utvärdering. Förfrågningsunderlaget lever därmed inte upp till de krav på tydlighet och förutsebarhet som följer av 1 kap. 9 § LOU. Till följd härav har bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada eftersom bolaget fråntagits möjligheten att tilldelas ramavtal i upphandlingen. Förutsättningar föreligger därmed att besluta att upphandlingen ska göras om.

FMV har utvecklat grunden för sitt bestridande genom att ange följande omständigheter. Vad bolaget har anfört ger inte stöd för att upphandlingen skett i strid med reglerna i LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principer som ligger till grund för LOU. Bolaget har därmed inte lidit skada och kan inte komma att lida skada. Förutsättningar saknas för att upphandlingen ska rättas eller göras om.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Till stöd för förstahandsyrkandet har bolaget anfört i huvudsak följande. Av kraven i 10.2.2.1 i anbudsinfördan framgår att anbudsgivaren ska visa att denne inte är i konkurs, likvidation, under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord, tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud. Detta ska anbudsgivaren visa genom att ge in utdrag ur officiellt register, intyg utfärdat av en auktoriserad revisor eller annan likvärdig handling. Vidare ska anbudsgivaren inge årsredovisningar som styrker anbudsgivarens ekonomiska ställning och visar att denna lever upp till vissa angivna nyckeltal. Bolaget har skickat in årsredovisningar för de tre senaste åren vilka samtliga visar att bolaget har god och stabil ekonomisk och finansiell ställning. Den senaste årsredovisningen är från den 16 juni 2011 undertecknad av auktoriserad revisor som intygar att uppgifterna i årsredovisningen är riktiga och ger en rättvisande bild av bolagets resultat och ställning. Därutöver har Skatteverkets blankett SKV 4820 lämnats in.

Vidare har bolaget inkommit med ett registreringsbevis från Bolagsverket. Som framgår av 25 kap. 8 § aktiebolagslagen ska ett beslut om likvidation genast anmälas för registrering i aktiebolagsregistret. Av 25 kap. 48 § aktiebolagslagen framgår att beslut om konkurs eller företagsrekonstruktion omedelbart ska registreras i aktiebolagsregistret. Av 1 kap. 51 § aktiebolagsförordningen framgår att tingsrätten ska underrätta Bolagsverket om sådana beslut. Om bolaget hade varit föremål för konkurs, likvidation eller företagsrekonstruktion hade detta således framgått av det registreringsbevis från Bolagsverket som bolaget inkommit med. Registreringsbeviset är daterat den 14 september 2011 och uppfyller således kravet på att inlämnande utdrag inte får vara äldre än sex månader.

Av FMV:s upplysningar om tilldelningsbeslutet hänvisas till Kammarrättens i Stockholms avgörande den 20 april 2010 i mål nr 768-10. I detta avgörande hade anbudsgivaren inte inkommit med ett registreringsbevis från Bolagsverket. Situationen är således en annan i detta fall.

De av bolaget ingivna handlingarna styrker mer än väl att bolaget inte är föremål för någon av de omständigheter som framgår av 10 kap. 2 § 1 p LOU. Bolaget har på så sätt visat att det uppfyller det aktuella skall-kravet i punkten 10.2.2.1 i anbudsinfördran. Genom att FMV har förkastat anbudet har en överträdelse av såväl transparens- som likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU skett. Bolaget har till följd härav lidit eller riskerar att lida skada genom att fråntas möjligheten att tilldelas ramavtal i upphandlingen. Skäl föreligger därför för förvaltningsrätten att besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud tas upp till utvärdering.

Till stöd för andrahandsyrkandet har bolaget anfört i huvudsak följande. Skall-kravet borde, åtminstone mot bakgrund av att det vid flera tillfällen

har missförstått, ha förtydligats av FMV. Bestämmelserna i 10 kap. 2 § 1 p LOU har till syfte att ge upphandlande myndigheter en möjlighet att utesluta leverantörer som befinner sig i allvarliga ekonomiska svårigheter och som därför kan vara riskabla att ingå avtal med. FMV har emellertid lagt bestämmelserna till grund för ett skall-krav enligt vilket det avgörande inte är huruvida anbudsgivaren de facto befinner sig i en sådan situation som anges i 10 kap. 2 § 1 p LOU, utan huruvida leverantören lyckas tolka FMV:s instruktion om hur detta ska visas på rätt sätt. Såsom FMV:s skall-krav är utformat kan det uppfyllas genom tre alternativa bevismedel, dvs. att anbudsgivaren kan välja att inkomma med utdrag ur officiellt register, intyg utfärdat av auktoriserad revisor eller någon annan likvärdig handling. Om FMV ville ha någon specifik form av registerutdrag skulle FMV ha specificerat detta i förfrågningsunderlaget. Eftersom så inte har skett och det inte finns några andra officiella dokument att tillgå för att styrka frihet från de förhållanden som anges i 10 kap. 2 § 1 p LOU, har bolaget utgått från att ett registerutdrag från Bolagsverket varit tillräckligt. Det framgår med tydlighet av bolagets årsredovisningar att bolagets ekonomiska och finansiella ställning är god och stabil. Bolaget har härutöver inte fått möjlighet att yttra sig innan det blev uteslutet. Det framgår tydligt av 10 kap. 2 § sista stycket LOU att leverantören ska beredas en möjlighet att yttra sig innan uteslutning sker för att visa att det inte finns någon grund för uteslutning. Förfrågningsunderlaget är så otydligt formulerat att det inte har varit möjligt för bolaget att skapa sig en bild av vad som krävts för att dess anbud skulle tas upp till utvärdering. Det följer av transparensprincipen att förfrågningsunderlag ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare tolkar krav och kriterier på samma sätt. Förfrågningsunderlaget lever således inte upp till de krav på tydlighet och förutsebarhet som framgår av transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har till följd av denna

otydlighet lidit eller riskerar i vart fall att lida skada genom att bolaget fråntagits möjligheten att tilldelas ramavtal i upphandlingen.

FMV har anfört i huvudsak följande. Av FMV:s anbudsinfördran punkt 10.2.2.1 framgår bl.a. att anbudsgivare ska inge bevis som styrker att de omständigheter som anges i punkt 10.2.2. 1 inte föreligger. Som bevis godtas utdrag ur officiellt register, intyg utfärdat av en auktoriserad revisor eller annan likvärdig handling. Det åligger anbudsgivaren att styrka frånvaron av samtliga nämnda omständigheter. Kravtexten är identisk med 10 kap. 2 § LOU. Ett Registreringsbevis innehåller endast information om huruvida bolaget är föremål för konkurs, likvidation eller företagsrekonstruktion. Det ger inte besked om bolaget är föremål för tvångsförvaltning, ackord, ställt in sina betalningar eller om dess företrädare har näringsförbud. Några andra handlingar som styrker frånvaron av de sistnämnda omständigheterna finns inte i anbudet. Bolaget har därför inte uppfyllt skall-kravet i punkt 10.2.2.1. FMV har ingen möjlighet att efterge ställda skall-krav. Ett sådant agerande skulle stå i direkt strid med LOU och dess grundläggande principer, däribland likabehandlingsprincipen. Av Kammarrätten i Stockholms avgörande den 20 april 2010 i mål nr 768-10 står klart att en upphandlande myndighet måste ha en strikt syn beträffande krav på ingivande av bevismedel och att det inte är möjligt att göra en mer övergripande samlad bedömning av en anbudsgivares ekonomiska situation. Rättsfallet riktar sig dessutom direkt mot FMV. I detta rättsfall hade också ett registreringsbevis ingetts.

Förfrågningsunderlaget

FMV bestrider att skall-kravet i punkt 10.2.2.1. i anbudsinfördran är otydligt. Kraven i punkten är formulerade utifrån bestämmelserna i 10 kap. 2 och 3 §§ LOU. Det avgörande för FMV är om anbudsgivaren genom ingivna bevismedel har styrkt att de omständigheter som anges i punkt

10.2.2. 1 inte föreligger. Av punkten framgår att anbudsgivaren fritt kan använda sig av ett eller flera av de bevismedel som FMV godtar. Att bolaget valt att inge otillräckliga bevismedel i denna del är inget FMV kan lastas för. Bolaget hade med tillämpning av ytterligare något av de andra godkända bevismedlen kunnat styrka eventuell kravuppfyllnad. I 15.3 i anbudsinfördran ges anbudsgivare möjlighet att ställa frågor rörande förfrågningsunderlaget. Bolaget har därför haft alla möjligheter att begära ett förtydligande av hur det aktuella skall-kravet ska tolkas. Någon sådan har emellertid inte inkommit. FMV får, men har ingen skyldighet att ge en anbudsgivare möjlighet att visa att grund för uteslutning föreligger. Förevarande mål handlar om att bolaget inte har ingett tillräckliga bevis enligt punkt 10.2.2.1 i anbudsinfördran. Att i ett sådant läge begära att bolaget kompletterar sitt anbud i den delen vore ett brott mot bl.a. likabehandlingsprincipen. Upphandlingen har genomförts i överensstämmelse med LOU och de bakomliggande unionsrättsliga principerna. Bolaget har därför inte lidit och kan inte heller komma att lida skada.

Bolaget har genmält i huvudsak följande. Bolaget ställde ingen fråga om skall-kravet i frågor och svar eftersom bolaget tog för givet att bolagets ekonomiska ställning inte skulle komma att ifrågasättas när FMV tagit del av de handlingar som bolaget gett in tillsammans med anbudet. Skall-kravet är formulerat på ett sätt som ger intryck av att det är möjligt att styrka frånvaron av de nämnda förhållandena genom att ge in utdrag ur officiella register. FMV har vid ett flertal tillfällen fått det ifrågavarande skall-kravet prövat. Man hade därför kunnat förvänta sig att FMV i förfrågningsunderlaget skulle ha angett tydligt på vilket sätt som anbudsgivarna ska styrka att ingen av de omständigheter som nämns i 10 kap. 2 § 1 p LOU föreligger. Så har dock inte skett.

DOMSKÄL

Enligt 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.

Enligt 16 kap 5 §, i dess lydelse fram till den 1 november 2011, ska rätten, 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Första frågan i målet är om bolaget har uppfyllt FMV:s skall-krav avseende punkt 10.2.2.1 i anbudsinfordran där FMV, såvitt nu är av intresse, uppgett följande skall-krav.

”Anbudsgivare skall inge bevis som styrker att omständigheter som anges i klausul ”Omständigheter som kan medföra uteslutning av anbudsgivare enligt 10 kap 2 § LOU” punkt 1 och 5 inte föreligger. Såvitt avser punkt 1 godtas utdrag ur officiellt register eller intyg utfärdat av en auktoriserad revisor eller annan likvärdig handling”.

I målet är ostridigt att bolaget genom ingivna handlingar har lyckats styrka att det inte är i konkurs, likvidation eller under tvångsförvaltning. Bolagets påstår emellertid, genom ingiven årsredovisning och registreringsbevis från Bolagsverket, att det också har styrkt att det inte är under tvångsförvaltning, föremål för ackord, eller att det inte tills vidare har ställt in sina betalningar eller att dess företrädare har näringsförbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att Skatteverkets blankett SKV 4820, årsredovisningarna för de tre senaste åren samt registreringsbevis från

Bolagsverket inte på något sätt är bärare av uppgifter om huruvida ett bolag är under tvångsförvaltning, föremål för ackord eller om ett bolag tills vidare har inställt sina betalningar. De uppgifter som FMV uttryckligen har efterfrågat i förfrågningsunderlaget och betecknats som ett skall-krav, har inte på något sätt efterkommit av bolaget. Bolaget har därmed inte uppfyllt skall-kraven och något ingripande enligt LOU kan därmed inte komma i fråga baserat på bolagets förstahandsgrund.

Bolaget har som andrahandsgrund för ingripande enligt LOU gjort gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt eftersom det inte står angivet vilken specifik handling FMV efterfrågar. FMV ska enligt bolaget därigenom brutit mot transparensprincipen.

Transparensprincipen innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en anbudsgivare på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget punkt 10.2.2.1 framgår att leverantörerna ska styrka avsaknaden av de förhållanden som anges där. Bestämmelsen är identisk med 10 kap. 2 § 1 p LOU. Det sätt leverantörerna ska uppfylla skall-kravet, genom utdrag ur officiellt register, intyg utfärdat av en auktoriserad revisor eller annan likvärdig handling, är enligt förvaltningsrätten så klart och tydligt utformat att en rimligt insatt anbudsgivare har kunnat förutse vad som har efterfrågats.

Förvaltningsrätten konstaterar således att bolaget inte har visat att FMV genom utformningen av kravet i punkten 10.2.2.1 har brutit mot transparensprincipen i 10 kap. 9 § LOU. Grund saknas därmed för ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar sammanfattningsvis att bolaget inte har lyckats visa att grund föreligger för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan ska följaktligen avslås.

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

Szilárd Rado
förvaltningsrättsfiskal

Fördragande har varit Monica Kohn.



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 vartill 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 uppge 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

