



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2019-06-10

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (10)

Mål nr
8498-19

SÖKANDE

Executive Protection

Av. Maguiguana no. 18 R-c

Maputo

Mocambique

MOTPART

Sveriges Ambassad i Moçambique

Av. Julius Nyerere 1128

C.P.338 Maputo

Mocambique

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-06-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 1103128

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:00
		E-post: avd32.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Sveriges Ambassad i Moçambique (ambassaden) genomför en upphandling avseende säkerhetstjänster, dnr UM2019/03152/MAP. I tilldelningsbeslut den 2 april 2019 antogs ett annat anbud än det från Executive Protection.

Executive Protection ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Executive Protections anbud ska anses uppfylla de obligatoriska kraven och att Executive Protections anbud ska utvärderas i sin helhet. Till stöd för sin talan anför Executive Protection i huvudsak följande. Executive Protection har presenterat sina finansiella rapporter för 2016–2018 till skattemyndigheterna och dessa har granskats av staten i förhållande till 2016. Executive Protection är ett privat familjeföretag och någon extern revision utförs därför inte. Executive Protection har varit verksam i mer än 16 år och har haft ett kommersiellt förhållande med ambassaden i 8 år. Under denna tid informerades inte Executive Protection om behovet av att granska räkenskaperna som en förutsättning för att tillhandahålla säkerhetstjänster. Executive Protection har alltid uppfyllt alla förpliktelser. Executive Protection vill ha möjlighet att skicka räkenskaperna till revisor för att sedan presentera de granskade räkenskaperna.

Executive Protections räkenskaper organiseras och kontrolleras av en certifierad redovisningskonsult (accountant certified by OCAM¹) som analyserar och bedömer företagets ekonomiska aspekter. Redovisningskonsulten har till skattemyndigheterna intygat att den finansiella informationen avseende 2017 och 2018 gav en rättvisande bild av företagets situation samt var upprättade i enlighet med gällande redovisningsprinciper för säkerhetssektorn. Räkenskaperna för 2016 har granskats av skattemyndigheten. Executive Protection har presenterat ett certifikat från National Institute of Social Security som visar att Executive Protection inte har någon skuld registrerad i

¹ Order of accountants and auditors of Mozambique, förvaltningsrättens notering.

socialförsäkringssystemet. Executive Protection har även presenterat ett certifikat utvisande att bolaget inte vidtagit någon åtgärd som föranlett konkursförklaring eller konkursansökan till och med den 25 januari 2019. Executive Protection är det enda säkerhetsföretaget i Mocambique som aldrig har haft någon strejk, vilket visar att bolaget alltid betalar ut löner innan månadens slut.

Ambassaden anser att ansökan ska avslås och anför följande. Kraven avseende revisorsgranskning av räkenskaper, undertecknad revisionsrapport och balansräkning från de revisorsgranskade räkenskaperna utvisande positiv nettotillgångsställning för de senaste tre åren är inte oskäligen. Executive Protection har under processen i förvaltningsrätten efterfrågat möjlighet att genomföra och komma in med extern revisorsgranskning av bolagets räkenskaper. Executive Protection hade kunnat efterfråga detta inom anbudsperioden, vilket dock inte gjordes. Att Executive Protection i efterhand begär mer tid, visar på att Executive Protections anbud inte uppfyllde alla obligatoriska krav och att det därmed var korrekt att inte utvärdera anbudet. Utvärderingen av anbuden har genomförts på ett transparent sätt i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget och i enlighet med LOU. Executive Protection har inte lidit och kommer inte lida någon skada till följd av tilldelningsbeslutet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I mål om överprövning av offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part, som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper

och förfaranderegler som anges i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU (se rättsfallet HFD 2013 ref. 5). Vidare är det Executive Protection som har bevisbördan för att det finns grund för att ingripa mot upphandlingen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69.

För att förvaltningsrätten ska kunna ingripa mot upphandlingen krävs enligt 20 kap. 6 § LOU att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av samma bestämmelse framgår även att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av öppenhets- och likabehandlingsprincipen följer att upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade, att en leverantör på grund av detta kan avgöra vad som tillmäts betydelse vid upphandlingen. Syftet med kravet på öppenhet är att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke (rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Enligt 14 kap. 1 § LOU får en upphandlande myndighet i en upphandling som obligatoriskt krav kräva, att leverantörerna ska vara kvalificerade i fråga om ekonomisk och finansiell ställning. De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga, för att säkerställa att leverantören har den finansiella förmåga som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga.

Enligt 14 kap. 3 § LOU får ett sådant krav bl.a. innebära att leverantören ska ha en viss minsta årsomsättning eller en minsta omsättning inom det område som omfattas av kontraktet eller en viss kvot mellan tillgångar och skulder. I förarbetena till bestämmelsen anges att uppräkningsen i 14 kap. 3 § LOU inte är uttömmande och att den är nedkortad i förhållande till motsvarigheten i direktivet (prop. 2015/16:195 s. 1093). Då uppräkningsen i direktivet endast är exemplifierande ansågs det inte nödvändigt att i bestämmelsen återge hela uppräkningsen.

Av 15 kap. 10 § första stycket LOU följer att en upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning i första hand i form av

1. lämpliga intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis om lämplig ansvarsförsäkring,
2. årsredovisningar eller utdrag ur dem, om offentliggörande av årsredovisningar krävs enligt lagstiftningen i det land där leverantören är etablerad, eller
3. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller, för högst de tre senaste verksamhetsåren, om uppgifter om denna omsättning är tillgängliga.

Enligt 15 kap. 6 § 2 LOU får en upphandlande myndighet begära att sådan utredning som nämns i 10 § också ska lämnas in till myndigheten och att utredningen i fråga ska visa att leverantören uppfyller ekonomiska och finansiella kvalificeringskrav som har ställts med stöd av 14 kap. 1 och 3 §§ LOU.

I förarbetena till bestämmelsen (prop. 2015/16:195 s. 775 och 1104) anges att uppräkningsen i 15 kap. 10 § första stycket LOU inte kan betraktas som

uttömmande, vilket även överensstämmer med vad som anges i 60.3 och del I bilaga XII till direktiv 2014/24/EU, LOU-direktivet. I bestämmelsens andra stycke anges, att om en leverantör har godtagbara skäl för att inte lämna in sådan utredning som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören i stället åberopa annan utredning som myndigheten finner lämplig. Av förarbetena framgår att andra stycket ska ses som ett uttryck för att ett samspel kan ske mellan myndighet och leverantör när det kommer till bevisningen i den här delen (prop. 2015/16:195 s. 1104 f.).

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att det i princip inte är möjligt för en upphandlande myndighet att godta ett anbud, som inte uppfyller ställda obligatoriska krav. Ett upphandlingsunderlag utgör en central del av ett upphandlingsförfarande. Potentiella leverantörer ska kunna vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget också upprätthålls i syfte att tillgodose den konkurrensuppsökande funktionen. Upphandlande myndighet har därför att - redan vid framställandet av upphandlingsunderlaget - se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen, på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna anbud. (Rättsfallet HFD 2016 ref. 37.)

Förvaltningsrättens bedömning

I upphandlingsdokumenten uppställs flera obligatoriska krav på leverantören. De krav som nu är aktuella är de krav som anges i punkterna i. och k. på s. 9 i dokumentet *Invitation to tender for security services*. Enligt dessa punkter ska leverantörens anbud innehålla:

- i. kopior av de senaste årens revisorsgranskade räkenskaper, inklusive undertecknad revisionsrapport (*copies of the most recent years*

adopted annual audited accounts, including a signed auditor's report)

- k. balansräkningar extraherade från bolagets revisorsgranskade räkenskaper utvisande positiv nettotillgångsställning för vart och ett av de senaste tre åren (*balance sheets - extracted from the company's audited accounts and indicating a positive net assets position for each of the last three years*)

Executive Protections anbud bedömdes inte uppfylla dessa obligatoriska kvalificeringskrav.

Executive Protection har i huvudsak anfört att det inte föreligger något krav på extern revision av bolagets räkenskaper, att bolagets räkenskaper hantearats och granskats av redovisningskonsult och skattemyndighet samt att bolaget erhållit certifikat, som utvisar att bolaget inte har skulder till Mocambiques socialförsäkring eller är i konkurs. Executive Protection har inte motsatt sig kravet på positiv nettotillgångsställning för de senaste tre åren i sig. Så som Executive Protections talan får förstås är det kravet på revisorsgranskning som Executive Protection menar står i strid med LOU. Vidare får Executive Protections talan förstås som så att bolaget anser att kraven på granskning av räkenskaperna och positiv nettotillgångsställning är uppfyllda och att detta visas på annat sätt än genom de av ambassaden efterfrågade revisorsgranskade räkenskaper och revisionsrapport.

Underlag i form av revisorsgranskning med tillhörande revisionsrapport innebär som regel en säkerhet vid beställares och andra intressenters granskning av ett företags ekonomiska förhållanden. Det är också för näringslivet vedertagen dokumentation för att visa på hur väl processer och rutiner fungerar i ett företag och att de finansiella rapporterna är i sin ordning. Det måste därför anses som vara lämplig dokumentation för en upphandlande myndighet att efterfråga i syfte att säkerställa ekonomisk och

finansiella kvalificeringskrav. Med hänsyn till detta och mot bakgrund av att uppräknningen i 15 kap. 10 § LOU inte är uttömmande, konstaterar förvaltningsrätten att ett obligatoriskt krav på att lämna in underlag som utvisar leverantörens ekonomiska och finansiella ställning i form av revisorsgranskade räkenskaper och revisionsrapport är förenligt med LOU, jfr. 14 kap. 1 och 3 §§ och 15 kap. 6 § 2. Med beaktande av föremålet för den aktuella upphandlingen och behovet av att kunna granska den framtida leverantörens ekonomiska och finansiella förhållanden, får ett sådant obligatoriskt kvalificeringskrav även anses proportionerligt och relevant för den aktuella upphandlingen, förutsatt att det finns en reell möjlighet för anbudsgivarna att uppfylla kravet.

Executive Protection har anfört att bolaget är ett familjeföretag, varför det inte föreligger något krav på revisorsgranskning. Executive Protection har dock i förvaltningsrätten anfört att man varit villig att under överprövningsprocessen låta en revisor granska räkenskaperna. Ambassaden har haft rätt att med stöd av 15 kap. 6 § 2 LOU begära att underlag till styrkande av ekonomisk och finansiell ställning ska lämnas in. Vidare har förvaltningsrätten i föregående stycke funnit att det i aktuell upphandling har varit förenligt med LOU att kräva att underlaget utgörs av revisorsgranskade räkenskaper och revisionsrapport. Executive Protection har inte påstått att bolaget saknat kännedom om kraven och kraven framgår också tydligt av upphandlingsdokumenten. Det får därför anses utrett att det har funnits en reell möjlighet för Executive Protection att uppfylla kraven på revisorsgranskning, även om sådan granskning inte är obligatorisk enligt nationell rätt.

Enligt 15 kap. 10 § LOU får dock en leverantör, som har godtagbara skäl för att inte lämna in sådan utredning som den upphandlande myndigheten begär, i stället åberopa annan utredning som myndigheten finner lämplig.

Executive Protection har anfört att bolaget inte är har någon skyldighet att revisorsgranska sina räkenskaper, men har utöver det inte anfört några skäl till varför den begärda utredningen inte lämnats in. När en leverantör lämnar anbud i en upphandling ankommer det på denne att kontrollera huruvida anbudet är komplett och att det uppfyller de obligatoriska krav som ställs i upphandlingen, jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6023-17.

I upphandlingsdokumenten anges att anbudsgivare ska kontakta ambassaden så snart som möjligt, för det fall något av de krav som ställts i upphandlingen anses som orimligt, se s. 5 i upphandlingsdokumentet *Invitation to tender for security services*. Det har inte anförts att Executive Protection, innan anbudstidens utgång, har framfört sina synpunkter gällande kraven på revisorsgranskning och revisionsrapport eller efterfrågat möjlighet att komma in med annan utredning. Executive Protection har inte heller anfört att den utredning, som bolaget hänvisat till i förvaltningsrätten, ingick i bolagets anbud. Vidare har inte Executive Protection i förvaltningsrätten kommit in med de certifikat, som bolaget hänvisar till, och inte heller fört något resonemang kring hur granskning av räkenskaper genomförd av redovisningskonsult och granskning genomförd av skattemyndighet motsvarar en granskning genomförd av revisor. Executive Protection har därmed inte visat att bolaget fört fram sådan ekonomisk och finansiell utredning som motsvarar de krav som ställts i upphandlingen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Executive Protection inte har visat att ambassaden har brutit mot någon grundläggande upphandlingsrättslig princip eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget har därmed inte lidit någon skada och således saknas det skäl för ingripande i upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Anna Renman

Tf. rådman

Förvaltningsrättsnotarien Alfred Pucek har föredragit målet.



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 nyårs-afton, 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 avvisar 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 rättstillämpningen.
- 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.