

SÖKANDE

Iron Mountain Sweden AB, 556508-7946
Box 30245
104 25 Stockholm

Ombud: Advokaten Johan Stern och biträdande juristen Björn Bergström
Ramberg Advokater KB
Box 7531
103 93 Stockholm

MOTPART

Centrala studiestödsnämnden, CSN
851 82 Sundsvall

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Centrala studiestödsnämnden (CSN) genomför en upphandling av central posthantering (dnr 2017-5103-4060). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande och med utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till pris. Av tilldelningsbeslutet framgår att uppdraget tilldelats S4F Progress AB.

Iron Mountain Sweden AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att CSN ska fullgöra sin utredningsskyldighet med avseende på bolagets ekonomiska stabilitet. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan.

CSN har förkastat bolagets anbud på grundval av bevisning som inte är upptagen som giltig bevisning enligt 14 kap. 3 § LOU, vilket strider mot lagstiftningen på området. LOU är tydlig med avseende på vilka krav en upphandlande myndighet kan ställa på en leverantör och vilka bevis som kan krävas in. I propositionen till LOU framgår att de bevis en upphandlande myndighet kan kräva in avseende ekonomisk och finansiell ställning utgår från upphandlingsdirektivets artikel 60 med hänvisning till direktivets bilaga XII (prop. 2015/16:195, s. 775). Bevisen däri är uttömmande. CSN har genom att enbart tillämpa sitt krav så att endast rating enligt Upplysningscentralen (UC) är ett godkänt bevis brutit mot LOU. Den bevisning som CSN anger, i form av UC:s rating, är inte ett godkänt bevis vare sig enligt upphandlingsdirektivet eller LOU.

Bolaget uppfyller det obligatoriska kravet i Anbudsinbjudan punkt 3.8 om att ha en sådan ekonomisk och finansiell ställning som krävs för att genomföra uppdraget och har därför svarat ”ja” i Svarsformuläret. Det har dock visat sig att bolaget, trots att rating hos Bisnode är godkänd, endast har betyg 1 hos UC. Bolaget är emellertid ekonomiskt stabilt och hade kunnat bifoga en förklaring som visat att kravet är uppfyllt. Att förkasta ett anbud

utan att göra en individuell bedömning är i strid med gällande rättspraxis, se RÅ 2005 ref. 47. CSN har valt att inte undersöka om bolaget uppfyller kravet på ekonomisk stabilitet och i stället har anbudet förkastats på grund av för låg rating. Under dessa förutsättningar är CSN skyldiga att ställa en fråga till bolaget avseende den ekonomiska stabiliteten. Det har CSN dock inte gjort. Om CSN gjort en individuell bedömning av bolaget hade den visat att kravet på ekonomisk stabilitet är uppfyllt. Bolaget har lämnat lägsta pris i upphandlingen och hade därmed tilldelats kontraktet om anbudet inte hade förkastats.

CSN är skyldiga att enbart beakta de bevis som framgår av LOU och att tillfråga bolaget om den ekonomiska stabiliteten. Genom att inte ha gjort detta har bolaget, som uppfyller det ställda kravet på ekonomisk stabilitet, lidit skada enligt 20 kap. 6 § LOU.

CSN motsätter sig bolagets ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. CSN har utvärderat deltagande leverantörers anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget och med iakttagande av de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Bolagets anbud har förkastats då det inte uppfyllt samtliga uppställda ska-krav.

Det stämmer inte att CSN har haft som krav att endast rating enligt UC är ett godkänt bevis. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att bolaget även har kunnat påvisa ekonomisk stabilitet på annat lämpligt sätt. CSN delar i övrigt inte bolagets uppfattning att rating enligt UC inte skulle vara ett godkänt bevis enligt upphandlingsdirektivet eller LOU (jfr Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 26 september 2017 i mål nr 1332-17 och 1755-17).

I Anbudsinbjudan punkt 2.3 framgår att anbud ska lämnas helt enligt upphandlingsdokumentet och att ofullständiga anbud kommer att förkastas. Vidare framgår av Anbudsinbjudan punkt 2.9 att CSN inte har någon skyldighet att låta en anbudsgivare rätta, förtydliga eller komplettera en handling.

Det är därför viktigt att ingivna handlingar innehåller begärda uppgifter och att det framgår att samtliga ställda krav är uppfyllda.

I Anbudsinbjudan punkt 3.8 anges att anbudsgivaren ska uppnå en rating om lägst riskklass 3 enligt UC. För det fall en lägre rating erhålls eller om någon rating inte går att erhålla kan kravet på ekonomisk ställning ändå anses uppfyllt om anbudsgivaren på annat lämpligt sätt kan påvisa att anbudsgivaren innehar en ekonomisk ställning motsvarande rating om lägst riskklass 3 enligt UC. Under rubriken bevis framgår att CSN kommer att kontrollera att den vinnande anbudsgivaren uppfyller uppställt krav. Genom förfrågningsunderlagets hänvisning till UC:s riskklass har anbudsgivarna haft skäl att förutsätta att kontroll av detta skulle komma att ske hos UC. Detta har i sin tur inneburit att anbudsgivare som inte uppfyllt detta krav varit skyldiga att redan i sitt anbud redogöra för de omständigheter som de menat att CSN skulle beakta vid en prövning. Att den utredning som ska påvisa en ekonomisk ställning motsvarande rating om lägst riskklass 3 hos UC ska lämnas i anbudet blir uppenbart eftersom kontrollen av om vinnande anbud uppfyller uppställt krav förutsätter att annan utredning lämnas in. Bolaget har inte i sitt anbud på något annat lämpligt sätt påvisat att de innehar ekonomisk ställning motsvarande rating om lägst riskklass 3 hos UC.

Av rättspraxis följer att när en leverantör lämnar ett anbud i en upphandling ankommer det på denne att kontrollera huruvida anbudet är komplett och att det uppfyller de obligatoriska kraven (Kammarrätten i Stockholms dom den 12 mars 2018 i mål nr 6023-17 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 september 2012 i mål nr 3229-12). Det har ankommit på bolaget att redan i samband med anbudslämnande komma in med annan utredning som påvisar att bolaget uppfyller kravet på ekonomisk ställning. CSN har enligt LOU inte någon skyldighet att begära in någon komplettering eller annan utredning från bolaget. Detta framgår såväl av förfrågningsunderlaget som av 19 kap. 2 § och 4 kap. 9 § LOU. Den praxis som bolaget hänvisar till, RÅ 2005 ref. 47, tar inte sikte på nu gällande LOU och omständigheterna i

detta fall skiljer sig från nu aktuellt fall på ett avgörande sätt. I nu aktuell upphandling har det varit tydligt vilket krav på ekonomisk ställning som uppställs. Det har också varit tydligt att anbudsgivarna har möjlighet att ge in annan utredning för att påvisa att kravet på ekonomisk ställning är uppfyllt. CSN har också till skillnad från den upphandlande myndigheten i RÅ 2005 ref. 47, gjort en individuell bedömning av om kravet är uppfyllt.

Kammarrätten i Jönköping har i dom den 18 maj 2018 i mål nr 3133-17 uttalat att en rättelse som inneburit att bolagets anbud skulle kunna anses uppfylla samtliga obligatoriska ska-krav medfört en otillbörlig fördel i upphandlingen. Ett sådant förfarande bryter mot principen om likabehandling. CSN anser inte att det i detta fall funnits en skyldighet att ge leverantören en möjlighet att efter anbudstidens utgång komma in med annan utredning som påvisar att kravet på ekonomisk ställning är uppfyllt utan att detta strider mot principen om likabehandling. CSN har således förfarit korrekt och något skäl att ingripa mot upphandlingen föreligger inte.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Av 4 kap. 1 § LOU följer att 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.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Av 14 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet i upphandlingen får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

Vidare följer av 14 kap. 1 § andra stycket LOU att de krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet 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. Myndigheten ska i annonsen eller i en inbjudan att bekräfta intresse ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in.

Av 14 kap. 3 § LOU följer att ett krav enligt 1 § första stycket 2 får innebära att leverantören ska ha

1. en viss minsta årsomsättning eller en minsta omsättning inom det område som omfattas av kontraktet,
2. en viss kvot mellan tillgångar och skulder, eller
3. en lämplig ansvarsförsäkring.

Paragraferna specificerar vilka kvalificeringskrav som kan hänföra sig till kategorin ekonomisk och finansiell ställning. Uppräkningen är inte uttömmande och är nedkortad i förhållande till motsvarigheten i artikel 58.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Då uppräkningskraven i direktivet endast är exemplifierande är det inte nödvändigt att i bestämmelsen återge hela uppräkningskraven (prop. 2015/16:195, s. 1093).

Slutligen följer av 15 kap. 10 § LOU 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.

Av andra stycket samma bestämmelse följer 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.

I förarbetena framgår att uppräkningskraven i lagtexten inte är uttömmande och det är därmed möjligt för en upphandlande myndighet att inhämta även annan utredning som kan krävas beträffande krav på ekonomisk och finansiell ställning (jfr prop. 2015/16:195, s. 775 och s. 1104 f.).

Utredningen i målet

Av dokumentet Anbudsinbjudan framgår bland annat följande.

2.3 ALTERNATIVA ANBUD OCH ANBUD MED RESERVATIONER

Anbud ska lämnas helt enligt upphandlingsdokumentet och anbud med alternativt utförande accepteras inte.

Ofullständiga anbud där anbudsgivaren inte accepterar angivna förutsättningar och krav, lämnar förbehåll eller reserverar sig mot villkor i upphandlingsdokumentet kommer att förkastas.

2.9 FÖRTYDLIGANDE OCH KOMPLETTERING

CSN får tillåta eller begära att en anbudsgivare rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av anbudsgivaren. CSN får också tillåta eller begära att en anbudsgivare förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

CSN har ingen skyldighet att låta en anbudsgivare rätta, förtydliga eller komplettera en handling. Det är därför viktigt att ingivna handlingar innehåller begärda uppgifter och att det framgår att samtliga ställda krav är uppfyllda.

3.8 EKONOMISK STÄLLNING

Anbudsgivaren ska ha en sådan ekonomisk och finansiell ställning som krävs för att genomföra uppdraget.

Anbudsgivaren ska uppnå en rating om lägst 3 enligt kreditupplysningsföretaget Upplýsningscentralen (UC). För det fall lägre rating erhålls eller om någon rating inte går att er hålla kan kravet på ekonomisk ställning ändå anses uppfyllt om anbudsgivaren på annat lämpligt sätt kan påvisa att anbudsgivaren innehar ekonomisk ställning motsvarande rating 3.

Bevis

CSN kommer att kontrollera att den vinnande anbudsgivaren och företag vars kapacitet åberopas och/eller anlitate underleverantörer, uppfyller ovanstående.

Anbudsgivare som inte uppfyller ovanstående krav och som därför åberopar annat företags kapacitet ska visa ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren förfogar över nödvändiga ekonomiska resurser när kontraktet ska fullgöras.

Åtagandet enligt ovan ska vara undertecknad av behörig företrädare och vara kopplat till åtagande enligt denna upphandling (fullgörandegaranti, moderbolagsgaranti, bankgaranti etcetera).

Utländska anbudsgivare ska till sitt anbud bifoga utdrag från kreditupplysningsföretag som visar att anbudsgivaren har en stabil ekonomisk ställning. Lämnat utdrag ska vara högst tre månader gammalt räknat från anbudsdagen.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelser-

na som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Prövningen är begränsad till vad sökanden har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Användning av bevis

Bolaget har i målet anfört att bevisning i form av rating hos UC inte är ett godkänt bevis och att CSN brutit mot LOU genom att endast tillåta rating enligt UC som ett godkänt bevis. CSN har å sin sida anfört att rating enligt UC är ett godkänt bevis och att bolaget även kunnat visa sin ekonomiska stabilitet på annat sätt.

Av förarbetena till bestämmelserna i 14 kap. 3 § samt 15 kap. 10 § LOU framgår att de krav och bevismedel som omnämns däri inte utgör en uttömmande uppräkningslista av vad en upphandlande myndighet kan kräva i fråga om leverantörernas ekonomiska ställning. Frågan om det strider mot LOU att uppställa ett obligatoriskt krav gällande en anbudsgivares ekonomiska ställning som består i att denne ska ha en viss lägsta nivå på kreditrating har också prövats i Kammarrätten i Stockholms dom den 12 mars 2018 i mål nr 6023-17. Kammarrätten instämde i förvaltningsrättens bedömning att det inte strider mot LOU att uppställa ett obligatoriskt krav i fråga om en anbudsgivares ekonomiska ställning som består i att denne ska ha en viss lägsta nivå på kreditrating (se Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 26 september 2017 i mål nr 1332-17 och 1755-17). Förvaltningsrätten finner således att vad bolaget anfört i denna del inte medför att det visats att förfrågningsunderlaget utformats i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga bestämmelserna för offentlig upphandling.

Kravet på ekonomisk ställning

Bolaget har vidare anfört att CSN har genomfört upphandlingen i strid med LOU genom att utesluta bolagets anbud på grund av för låg rating hos UC. CSN har enligt bolaget varit skyldiga att utreda frågan om bolagets ekono-

miska stabilitet och göra en individuell bedömning då detta följer av RÅ 2005 ref. 47. CSN har i den delen invänt att det ankommer på bolaget att redan i samband med anbudslämnande komma in med annan utredning som visar att bolaget uppfyller kravet på ekonomisk ställning. Frågan är därmed om CSN har haft fog för att utesluta bolaget från upphandlingen utan att närmare utreda bolagets ekonomiska ställning.

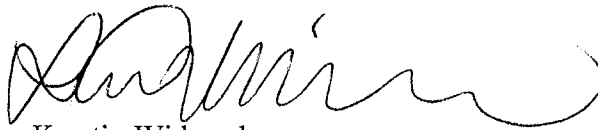
Vad gäller det av bolaget åberopade rättsfallet, RÅ 2005 ref. 47, kan förvaltningsrätten konstatera följande. I målet hade upphandlande myndighet inte upplyst anbudsgivarna om att en kontroll skulle göras hos UC och det fanns ingen möjlighet för bolagen att bemöta kreditomdömet genom att komma in med annan utredning. Anbudsgivarna saknade därför möjlighet att förutse och i förlängningen bemöta den uteslutningsgrund som tillämpades. I nu aktuell upphandling har CSN i förfrågningsunderlaget angett att anbudsgivare ska uppnå en rating om lägst 3 hos UC eller på annat lämpligt sätt påvisa att anbudsgivaren innehar ekonomisk ställning motsvarande rating 3. Det innebär att anbudsgivare som inte uppfyllde ska-kravet enligt UC:s mätning har haft möjlighet att lämna uppgifter som visar att ska-kravet i Anbudsinbjudan punkt 3.8 uppfylls på annat sätt. Bolaget har emellertid varken uppfyllt kravet på rating enligt UC eller utnyttjat möjligheten att lämna in uppgifter om den ekonomiska ställningen.

Förvaltningsrätten anser vidare att det i aktuell upphandling av förfrågningsunderlaget med tillräcklig tydlighet framgår att bolaget har haft möjlighet att komma in med egen utredning för att visa att ska-kravet är uppfyllt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 12 mars 2018 i mål nr 6023-17). Förvaltningsrätten finner att det med hänsyn till förfrågningsunderlagets utformning inte kan åligga CSN att inhämta kompletterande uppgifter. Mot bakgrund av det ovanstående är det klarlagt att bolaget inte har uppfyllt det obligatoriska ska-kravet på ekonomisk ställning. CSN har således rätteligen uteslutit bolaget från upphandlingen.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammantaget att det bolaget anført inte visar att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Några skäl att ingripa mot upphandlingen föreligger således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Kerstin Widmark

rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Tina Montelius.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten. Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.