



SÖKANDE

TST Mälardalen AB, 556844-6644

Ombud: André Prentell och Fredrika Björk
Fondia Legal Services AB

MOTPART

Eskilstuna kommun

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019-10-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar om rättelse.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna kommun (Beställaren) genomför upphandling av *Mattransporter, dnr JG 19.065* (Upphandlingen), som ett öppet förfarande enligt LOU.

Tilldelningsbeslut har meddelats den 7 juni 2019 av vilket det framgår att Måltidsfabriken AB tilldelats kontraktet. TST Mälardalen AB (Bolaget) har placerats på andra plats i Upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar i första hand att Upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska företas där anbudet från Måltidsfabriken AB inte beaktas. I andra hand yrkas att Upphandlingen ska göras om.

Beställaren motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Av punkten 1.3.2 i upphandlingsdokumentet framgår att anbudsgivare för att kvalificeras i Upphandlingen ska ha en sådan ekonomisk och finansiell ställning att denne kan fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden. Vidare framgår att anbudsgivare ska ha en rating om minst 5 på den 10-gradiga skala som kreditupplysningsföretaget Business Check i Sverige AB tillhandahåller. Om ratingen inte uppfylls kan anbudsgivaren ändå anses uppfylla kraven om anbudsgivaren kan inkomma med en godtagbar förklaring som bevisar anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning som möjliggör för anbudsgivaren att denne kan fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden. Kravet stadgar således tydligt att det inte enbart räcker med en generell förklaring till den ekonomiska situationen, utan en förklaring som tydligt bevisar att anbudsgivaren under hela kontraktstiden kan uppfylla sina åtaganden. Beställaren har därutöver även rätt att begära in en koncern- eller bankgaranti som bevis på anbudsgivarens stabila ekonomi. Kraven på det bolag som lämnar koncerngarantin (garanten) är att garanten utöver garantin ska lämna en egen försäkran, att garanten själv har en stabil ekonomi och minst rating 5 på den tiogradiga skalan. Det görs alltså under kravställningen tydlig skillnad på kraven på anbudsgivaren och kraven på garanten samt i vilken ordning kravuppfyllnaden kommer att prövas.

Måltidsfabriken har en kreditvärdighet på 1 av 10, vilket är den lägsta rating ett bolag kan erhålla. Rating 1 av 10 motsvarar kreditvärdigheten ”*Kredit avrådes*”. Relevant i saken är att Måltidsfabriken har betalningsanmärkningar som är yngre än 6 månader uppgående till 827 574 kr. Skuldsaldot motsvarar mer än en tredjedel av Måltidsfabrikens totala omsättning och utgör ca 62 procent av Måltidsfabrikens totala tillgångar, som uppgår till 1 300 000 kr. Måltidsfabriken redovisade därtill en förlust under det senaste

tillgängliga räkenskapsåret uppgående till 571 000 kr. Bolaget är utåt sett konkursmässigt. För att uppfylla kravet i punkt 1.3.2 har därför Måltidsfabriken varit tvungna att inkomma med en förklaring med bevis på att de har ekonomisk och finansiell ställning nog att uppfylla sina åtaganden under hela kontraktstiden. Måltidsfabriken inkom i sitt anbud med ett intyg innehållandes en förklaring, vilken Beställaren godkänt.

Av intyget som lämnats går det dock inte att utläsa om det överhuvudtaget är en förklaring som avlämnats, vilken bevisning som åberopats, vilket bolag som faktiskt avlämnat intyget och om intyget egentligen har avsetts vara en koncerngaranti. Intyget innehöll en förklaring av Måltidsfabrikens ekonomiska stabilitet tillsammans med Måltidsfabrikens organisationsnummer och en utfästelse om att Måltidsfabrikens anbud ändå inte uppnår de ekonomiskt ställda kraven så kunde Måltidsfabriken redovisa ytterligare åtgärder. Intyget var vidare märkt med moderbolaget Rasoulis Invest AB:s (Rasouli) logga, adress och organisationsnummer samt innehåller en skrivelse om att Rasouli intygar att det som bolag går in som en garanti för Måltidsfabriken i nu aktuell upphandling. Av intyget framgår således inte om det är en förklaring som avlämnats från Måltidsfabriken eller om intyget är en garanti från Rasouli.

Om intyget var en förklaring som bevisade Måltidsfabrikens ekonomiska och finansiella ställning som möjliggjorde att Måltidsfabriken skulle kunna fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden innehöll intyget inga bevis på detta, utan enbart generellt hållna förklaringar. Att de betalningsanmärkingar som Måltidsfabriken omnämnt kommer att bestridas i framtiden utgör inte ett bevis på att så faktiskt kommer att ske. Ett bestridande utgör heller inte någon garanti att fakturorna inte kommer behöva betalas i slutändan. Detsamma gäller även för den överklagandeprocess som Måltidsfabriken angett att de driver hos Kronofogden. Att Måltidsfabriken är under tillväxt-

stadiet och har en överbemanning för att kunna utbilda personalen och utveckla deras kunskap innebär inte att de har en stabil ekonomi och har den finansiella ställning som krävdes för att kunna upprätthålla ett långsiktigt avtal med Beställaren. Det finns i intyget ingen lämnad bevisning genom siffror eller resultat som visar att Måltidsfabriken ensamt har den ekonomiska kapacitet som krävs för att upprätthålla en långsiktig avtalsrelation. Det har heller inte framkommit i målet att Måltidsfabriken presenterat bokförings- och resultatrapporter som visar att Måltidsfabriken har en stabil ekonomi, utan endast rapporter för Rasouli. Intyget kan således inte anses innehålla tillräcklig bevisning för att uppfylla kraven på Måltidsfabriken i enlighet med punkt 1.3.2.

Om intyget var en garanti från Rasouli uppfyller inte intyget kriterierna för att kunna räknas som en garanti. Enligt praxis har en koncerngaranti syftet att visa att företaget som åberopar garantin förfogar över de resurser som garanten innehar och att garantin därför måste innehålla information om på vilket sätt företaget förfogar över resurserna. I intyget som lämnats in med anbudet har Rasouli enbart utfäst att Rasouli går in som en garanti för sitt helägda dotterbolag i denna upphandling. För det första framkommer det inte på något sätt hur Rasouli ska garantera att kontraktet ska levereras, varken genom en utfästelse om att de kommer ansvara för Måltidsfabrikens åtaganden solidariskt så som för egen skuld, tillskjuta medel, inträda i Måltidsfabrikens ställning eller säkerställa att erforderliga ekonomiska resurser ställs till förfogande under utförandet av det upphandlade kontraktet. Det finns heller ingen angivelse om när garantin kan träda i kraft eller åberopas. För det andra sträcker sig garantin enbart under den tid som Upphandlingen är pågående, inte under hela kontraktstiden. Upphandling definieras i 1 kap. 2 § LOU som de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Upphandlingen avser alltså processen att införskaffa upphandlingsföremålet och inte kontraktstiden där den faktiska leveransen ska ske. För det tredje är koncerngarantin enbart

undertecknad av en av Rasoulis behöriga firmatecknare när firman ska tecknas av styrelsen och Rasouli kan därmed inte anses vara bundet av intyget. Intyget kan således inte anses innehålla det som krävs för att kunna utgöra en koncerngaranti.

Beställaren anför att en leverantör får åberopa annat företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringskrav i en upphandling. Detta ifrågasätts inte av Bolaget. I nu aktuell upphandling fanns en möjlighet att åberopa annat bolags kapacitet som en underleverantör i enlighet med de administrativa föreskrifterna i punkt 1.3.8. Där stadgas följande:

”Anbudsgivaren ska ange nedan om underleverantörer kommer att anlitas.

Ange särskilt om kapacitet från underleverantör åberopas för att uppfylla kraven i punkt 1.3.4 och 1.3.5 i upphandlingsdokumentet.

Om anbudsgivaren åberopar kapacitet från underleverantör för att uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning ska underleverantören, tillsammans med leverantören, vara solidariskt ansvarig för fullgörandet av avtalet. Kommer underleverantörer att anlitas? Om ja, ange företagsnamn, organisationsnummer samt omfattning. På begäran från Kommunen ska anbudsgivaren kunna visa ett kontrakt eller annan överenskommelse eller utfästelse som visar att anbudsgivaren förfogar över de resurser som åberopas från underleverantören.”

För bolag som självständigt inte uppfyllde kraven på ekonomisk kapacitet fanns således här en möjlighet att åberopa ett annat företags kapacitet. I sitt anbud angav dock Måltidsfabriken följande under punkt 1.3.8:

”Måltidsfabriken avser inte att tillämpa underleverantörer. Skulle detta avses att tillämpas kommer kommunen att informeras och få besluta om det är godkänt”

Måltidsfabriken åberopade således inte överhuvudtaget annat bolags kapacitet i enlighet med upphandlingsdokumentet utan angav att företaget självständigt skulle uppfylla kraven på ekonomisk kapacitet. Att efter anbudsinslämning tillåta att anbudsgivaren åberopar ett annat bolags kapacitet, när möjlighet har funnits att göra detta under anbudstiden, torde vara ett brott mot likabehandlingsprincipen likväl som transparensprincipen.

Vad gäller uppställda krav på garanten så framgår av punkt 1.3.2 att garanten var tvungen att inneha minst rating 5 av 10 på Business Check och en stabil ekonomi. Rasoulis rating har enligt Businesscheck under det senaste året ändrats inte mindre än 6 gånger före anbudet lämnades in. Rasoulis ratinghistorik visar att dess kreditvärdighet ändrats fram och tillbaka beroende på faktorer så som att negativ information ändrats på någon av styrelseledamöterna eller att företaget ökat sin kreditaktivitet. Rasoulis kreditvärdighet ändrades från en 4:a till en 7:a två veckor före det att ansökan i Upphandlingen lämnades in, vilket inte tyder på att Rasouli har en stabil ekonomi.

I det anbudsbrief som Måltidsfabriken lämnat in kan utläsas att Måltidsfabriken och Rasouli arbetar med att flytta över verksamheten förknippat med livsmedel från Rasouli till Måltidsfabriken. Utifrån den lämnade beskrivningen kan således utläsas att den kapacitet och kunskap som tidigare funnits i Rasouli succesivt flyttats över till Måltidsfabriken. Rasoulis kapacitet och möjligheter att stötta Måltidsfabriken minskar därmed löpande och Rasouli har under det senaste räkenskapsåret inte bedrivit någon verksamhet inom varken livsmedel eller annat område, inte haft några anställda, inga registrerade fordon, ingen omsättning och ett negativt rörelseresultat. Rasoulis kapacitet används således redan i nuläget för att hålla Måltidsfabriken flytande och Rasouli har inte visat att det finns andra verksamheter i företaget som bidrar till Rasoulis kapacitet. Sammantaget visar inte detta att Rasouli har en stabil ekonomi. Bolagets bestämda uppfattning är att Rasouli saknar den finansiella och ekonomiska stabilitet som krävs för att fullgöra, eller ge

behövt stöd, till de åtaganden som Måltidsfabriken förbinder sig att utföra.

Likväl som att Beställaren måste iaktta de grundläggande principerna vid en upphandling måste man ta hänsyn till det faktum att det allmänna lider skada om inte tjänsterna som upphandlas kan levereras. Kravet i punkt 1.3.2 i Upphandlingen har som grundläggande syfte att tillförsäkra att anbudsgivaren har sådan ekonomisk och finansiell ställning som möjliggör att denne kan fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden. Det är inte oproportionerligt att utesluta en anbudsgivare vars ekonomiska ställning visar att de har ekonomiska svårigheter och där det moderbolag som åberopas som garant varken har medel, omsättning, fordon eller något annat som visar på att de skulle kunna träda in i det anbudslämnande företags ställning.

För att säkerställa en effektiv processföring bör domstolen inhämta den dokumentation som Måltidsfabriken gett in i anbudsfasen. Bolaget anser att domstolen åtminstone bör inhämta bilagorna numrerade 3, 3.1 och 3.2 för att säkerställa att relevant och bindande anbudsdocumentation inlämnats av Måltidsfabriken.

Bolaget har placerat sig på andra plats i Upphandlingen. Om inte Kommunen, i strid med likabehandlingsprincipen, tilldelat Måltidsfabriken avtalet trots bristande kravuppfyllnad hade Bolaget placerat sig på första plats och tilldelats avtalet. Bolaget lider, eller riskerar åtminstone att lida, skada av Beställarens agerande, varför skäl för ingripande enligt LOU föreligger.

Beställaren

Av punkt 1.3.2 i upphandlingsdokumentet framgår följande:

”Anbudsgivaren ska ha en sådan ekonomisk och finansiell ställning som möjliggör att denne kan fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden. Kommunen kommer att kontrollera detta och som utgångspunkt kommer

Business Check i Sverige AB kreditupplysning att användas. Anbudsgivaren ska ha en rating om minst 5 på den 10-gradiga skalan.

Om anbudsgivaren inte endast tillfälligt under de senaste 2 åren har haft en rating under 5, eller om dennes verksamhet är av sådan art att riskklassificering ej kan erhållas, ska denne ändå anses uppfylla dessa krav om en godtagbar förklaring kan lämnas som bevisar att anbudsgivaren innehar en ekonomisk och finansiell ställning som möjliggör att denne kan fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden.

Kommunen kan komma att begära in till exempel en koncerngaranti eller bankgaranti från anbudsgivaren som bevis på anbudsgivarens ekonomiska stabilitet. I det fall Kommunen begär en koncerngaranti eller bankgaranti ska anbudsgivaren, på begäran av Kommunen, lämna en egen försäkran för det företag som utfärdat garantin. Den part som lämnar garantin ska inneha en stabil ekonomi och ha minst 5 på den 10-gradiga skalan som nämns ovan.”

Av punkt 1.3.2 framgår att om anbudsgivaren har en rating under 5 ska denne ändå anses uppfylla kraven i punkten om en godtagbar förklaring kan lämnas. Den vinnande anbudsgivaren har som förklaring angett följande. Måltidsfabriken är ett företag under tillväxt där man kontinuerligt investerar för framtiden genom exempelvis överbemanning i syfte att utbilda och utveckla kunskap inom företagets olika områden. Detta leder till att dessa återinvesteringar tas upp som kostnader i redovisningen, vilket resulterar i ett lägre resultat.

Den vinnande anbudsgivaren har även angett moderbolaget Rasouli som garant för att de uppfyller kravet på ekonomisk och finansiell ställning. Vid tiden för anbudsutvärderingen gjorde Beställaren en kontroll i Business Check i Sverige AB avseende moderbolaget. Kontrollen visade att moderbolaget hade en rating på 7, (kreditvärdig) vilket ligger över det som krävs i punkt 1.3.2. Kontrollen gjordes den 5 juni 2019, alltså innan tilldelningsbe-

slutet meddelades. Beställaren har därtill under aktuell överprövningsprocess gjort ytterligare kontroll i Business Check i Sverige AB och moderbolaget ligger fortfarande kvar på samma rating. Beställaren har vid utvärderingen förfarit helt i enlighet med vad som anges i upphandlingsdokumentet samt följt de upphandlingsrättsliga principerna genom hela processen.

Kreditvärderingsinstitut har svårt att göra en bedömning av ett företag som utvecklas, då det inte ges någon förklaring till siffrorna. Därför är det av yttersta vikt att ett företag som uppvisar ett sämre resultat har möjlighet att ge en förklaring som visar vilka faktorer som ligger till grund för resultatet.

Den vinnande anbudsgivaren har begärt sekretess på de till anbudet bifogade bokföringsrapporter och resultatrapporter från Rasouli. Beställaren har gjort bedömningen att dessa dokument innehåller företagshemligheter som om de blev allmänt kända skulle kunna leda till att den vinnande anbudsgivaren lider skada.

Av de bokföringsrapporter samt resultatrapporter som den vinnande leverantören bifogat sitt anbud kan man dock utläsa en positiv trend och företaget förväntas även redovisa ett väsentligt bättre resultat under detta år.

Beställaren noterade de betalningsanmärkningar som Bolaget hänvisar till vid anbudsprövningen och begärde då ett förtydligande från den vinnande anbudsgivaren innan tilldelningsbeslut meddelades. De betalningsanmärkningar som Bolaget hänvisar till avser en tvist med en utrustningsleverantör som marknadsfört inventarier på ett sätt som inte stämmer med verkligheten. Dessa inventarier är inte det som den vinnande leverantören avsett att köpa. Den vinnande anbudsgivaren har därför valt att inte ta emot inventarierna, varför en process angående detta inletts.

En leverantör får åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringskrav i en upphandling. Som utgångspunkt har en leverantör en i princip obegränsad rätt att åberopa andras kapacitet för att visa att man har tillräckliga resurser och kapacitet att utföra det uppdrag som upphandlingen avser, det vill säga att leverantören uppfyller kvalificeringskraven. Leverantören ska i sådana fall tillhandahålla ett åtagande från företaget vars kapacitet åberopas eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. I LOU finns inte några formkrav för sådana förbindelser, men underleverantörens åtagande gentemot leverantören ska motsvara det som krävs för att leverantören ska kunna uppfylla det krav på ekonomisk och finansiell ställning som anges i Upphandlingsdokumenten.

Vanligtvis bör det innebära att underleverantören till leverantören utfäster att leverantören kommer att kunna förfoga över de i utfästelsen angivna resurserna under fullgörandet av uppdraget. Med andra ord garanterar underleverantören att den kommer att bistå med nödvändig ekonomisk och finansiell kapacitet för att fullgöra kontraktet. Moderbolaget har i sin garanti intygat att de går in som garanti för sitt helägda dotterbolag i denna upphandling vilken har en avtalstid på 18 månader med möjlighet till förlängning på 18 månader. Av garantin framgår att det är en förklaring, vilka två bolag som den rör samt att det är en garanti utifrån följande text som återfinns där:

”Bolaget Rasouli Invest AB (559035-0459) intygar därför att Bolaget går in som en garanti för sitt helägda dotterbolag Måltidsfabriken AB, i denna upphandling. Genom bolagens siffror kan vi påvisa att Måltidsfabriken besitter ett tryggt kapital för att bedriva detta uppdrag.”

Den som undertecknat garanten är ensam styrelseledamot i både moderbolaget samt dotterbolaget. Om företaget bara består av en styrelseledamot och en styrelsesuppleant (vilket är minimumkrav i ett aktiebolag) har den enda styrelseledamoten alltid rätt att själv skriva under för företaget. Garantin är

således undertecknad i behörig ordning. Kontraktet sträcker sig över en specifik tidsperiod och kontraktet är tydligt avgränsat till just den upphandlade tjänsten. Därmed måste det intyg som moderbolaget har gett anses vara tillräckligt tydligt och avgränsat för att visa att den vinnande leverantören kommer att kunna fullgöra uppdraget. Det måste anses vara tillräckligt för att den vinnande anbudsgivaren ska uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning i just denna upphandling.

Beställaren vill framhålla att en garanti måste kunna vara utformad på olika sätt. Det viktiga är vilken information som framgår, inte att den är skriven på ett specifikt sätt. Av garantin som den vinnande anbudsgivaren inkommit med framgår tydligt att moderbolaget går in som garant för sitt helägda dotterbolag under hela kontraktstiden.

Vad gäller åberopandet av annans kapacitet framkommer det av dokumentet som är en garanti att moderbolaget går in som garant för den vinnande anbudsgivaren. Den omständigheten att detta inte har uttryckts under punkt 1.3.8 har ingen betydelse. Beställaren har inte särskilt angivit att informationen ska anges under punkten. Beställaren har inte heller behövt leta efter den efterfrågade informationen och det hade varit oproportionerligt att inte beakta den, trots att den inte uttryckts under rätt punkt. Den vinnande anbudsgivaren har dessutom i ett förtydligande innan tilldelning svarat följande:

”Måltidsfabriken har därför till anbudet redovisat sin mest preliminära redovisning för att visa hur bolaget faktiskt mål; rent ekonomisk. Därtill har man bifogat en garant från sitt moderbolag som uppnår gällande krav i upphandlingen”.

Den omständigheten att informationen om åberopande av annans kapacitet angetts på ett annat ställe i anbudet kan inte anses ha någon betydelse.

Beställaren vill särskilt framföra att en förutsättning för att utesluta en anbudsgivare är att det är förenligt med proportionalitetsprincipen. Det hade i detta fall inte varit proportionerligt att förkasta den vinnande leverantörens anbud. I upphandlingsdokumentet anges tydligt att om rating inte uppnås, kan leverantören inkomma med en godtagbar förklaring till varför de inte uppfyller kravet på rating, vilket den vinnande anbudsgivaren har gjort. Den vinnande anbudsgivaren har åberopat kapacitet från sitt moderbolag, vilken Beställaren har funnit godtagbar. Anledningen till att Beställaren har formulerat kravet på detta sätt är för att man vill öppna upp för exempelvis nystartade bolag att inkomma med anbud. Konsekvensen skulle annars kunna komma att bli att konkurrensen hämmas och att man därmed exkluderar bolag som ännu inte är etablerade.

Det vinnande anbudet uppfyller alla krav som Beställaren ställt i upphandlingsdokumentet. Beställaren skulle ha brutit mot såväl proportionalitets- som likabehandlingsprincipen om andra omständigheter än de som framgår av upphandlingsdokumentet hade beaktats vid anbudsutvärderingen.

Beställarens bestämda uppfattning är att upphandlingen och dess genomförande har uppfyllt LOU:s krav på proportionalitet, objektivitet, transparens och likabehandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

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).

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 (20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har i målet anfört att den vinnande anbudsgivaren Måltidsfabriken inte uppfyller kravet avseende ekonomisk och finansiell ställning som framgår av upphandlingsdokumentets punkt 1.3.2, varken själva eller genom den moderbolagsgaranti som ingetts, och att Beställaren därigenom förfarit felaktigt när man tilldelat Måltidsfabriken kontraktet i Upphandlingen.

I punkt 1.3.2 anges följande.

”Anbudsgivaren ska ha en sådan ekonomisk och finansiell ställning som möjliggör att denne kan fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden. Kommunen kommer att kontrollera detta och som utgångspunkt kommer Business Check i Sverige AB kreditupplysning att användas. Anbudsgivaren ska ha en rating om minst 5 på den 10-gradiga skalan.

Om anbudsgivaren inte endast tillfälligt under de senaste 2 åren har haft en rating under 5, eller om dennes verksamhet är av sådan art att riskklassificering ej kan erhållas, ska denne ändå anses uppfylla dessa krav om en godtagbar förklaring kan lämnas som bevisar att anbudsgivaren innehar en ekonomisk och finansiell ställning som möjliggör att denne kan fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden.

Kommunen kan komma att begära in till exempel en koncerngaranti eller bankgaranti från anbudsgivaren som bevis på anbudsgivarens ekonomiska stabilitet. I det fall Kommunen begär en koncerngaranti eller bankgaranti ska anbudsgivaren, på begäran av Kommunen, lämna en egen försäkran för det företag som utfärdat garantin. Den part som lämnar garantin ska inneha en stabil ekonomi och ha minst 5 på den 10-gradiga skalan som nämns ovan.”

Av kravet ovan följer enligt dess ordalydelse att *bevisning* vad gäller anbudsgivarens ekonomiska ställning kan beaktas i följande tre situationer (i) i form av en rating om minst 5 enligt Business Check i Sverige AB (ii) i form av en framförd godtagbar förklaring samt (iii) genom att Beställaren efter anbudsgivning och efter en särskild förfrågan erhåller en tillräcklig garanti från anbudsgivaren.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att Måltidsfabriken i enlighet med vad som anges i andra stycket i punkt 1.3.2. inkommit med en förklaring då bolaget inte uppfyllt kravet på att inneha en rating på minst 5 hos Business Check i Sverige AB. Någon koncern- eller bankgaranti som omnämns i tredje stycket har inte begärts in av Beställaren utan Måltidsfabriken har på eget initiativ bifogat en utfästelse från sitt moderbolag Rasouli till den förklaring som skickats in enligt andra stycket punkt 1.3.2.

I den förklaring som Måltidsfabriken inkommit med anges i huvudsak följande. Måltidsfabriken är ett företag under tillväxt där man kontinuerligt investerar för framtiden genom exempelvis överbemannning i syfte att utbilda och utveckla kunskap inom företagets olika områden. Detta leder till att dessa återinvesteringar tas upp som kostnader i redovisningen, vilket resulterar i ett lägre resultat.

Måltidsfabriken har, som nämnts ovan, även angett moderbolaget Rasouli som garant för att de uppfyller kravet på ekonomisk och finansiell ställning. Beställaren anför att det av ingiven garanti framgår att det är en garanti, vilka två bolag som den rör samt att den gäller för hela kontraktstiden. I åberopad handling anges bl.a. följande:

”Bolaget Rasouli Invest AB (559035-0459) intygar därför att Bolaget går in som en garanti för sitt helägda dotterbolag Måltidsfabriken AB, i denna upphandling. Genom bolagens siffror kan vi påvisa att Måltidsfabriken besitter ett tryggt kapital för att bedriva detta uppdrag. Om uppdragsgivaren

trots denna garant anser att vårt anbud inte uppnår till de ekonomiskt ställda kraven så kan vi, på begäran av Beställaren, redovisa ytterligare åtgärder, som för Beställaren, anses nödvändiga för fullgörande av uppdraget. Exempel på sådana åtgärder kan vara löpande bokföring, bankgaranti m.m.”

Förvaltningsrätten har inom ramen för sin utredningsskyldighet tagit in och granskat de bilagor till Måltidsfabrikens anbud som benämns 3 *Intyg avseende ekonomisk stabilitet (Moderbolagsgarantin)*, 3.1 *Bokföringsrapport* samt 3.2, *Resultatrapport*. Den huvudsakliga frågan i målet är om Måltidsfabriken genom i Upphandlingen ingivet underlag kan anses uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning i punkt 1.3.2. I den prövningen har förvaltningsrätten att ta ställning till om Måltidsfabriken genom den moderbolagsgaranti som företaget lämnat in tillsammans med ovan nämnd förklaring förfogar över nödvändiga finansiella resurser när kontraktet ska fullgöras.

I aktuell garanti anges endast att moderbolaget går in som en garant för sitt helägda dotterbolag Måltidsfabriken ”... *i denna upphandling*.” Formuleringen ”*i denna upphandling*” är enligt förvaltningsrätten oklar och kan därför inte självklart tolkas som ett förpliktigande för moderbolaget att ställa resurser till förfogande under hela kontraktstiden. Därtill är det heller inte klart vilka resurser som ställs till förfogande. Mot bakgrund av hur garantin är formulerad finner rätten därför att denna handling och övrigt ingivet anbudsunderlag inte kan anses visa att Måltidsfabriken har tillgång till nödvändig ekonomisk kapacitet för fullgörandet av kontraktet. Förvaltningsrätten finner således att Måltidsfabriken inte kan anses uppfylla kravet i punkt 1.3.2 i Upphandlingsdokumentet på i Upphandlingen ingivet anbudsunderlag.

Som förvaltningsrätten ovan noterat har Beställaren i tredje stycket i punkt 1.3.2 givit sig själv utrymme att inhämta kompletterande åtaganden från anbudsgivare i de fall Beställaren skulle finna att ytterligare bevisning, i form

av t.ex. bank- eller koncerngaranti, avseende anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning krävs. Någon sluttid för när sådan bevisning kan inhämtas är inte särskilt angiven i upphandlingsdokumenten och någon förfrågan av aktuellt slag har, såvitt framkommit i målet, Beställaren inte gjort i förhållande till Måltidsfabriken. Ansökan ska därmed bifallas på så sätt att Upphandlingen ska rättas genom att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid det anbudsunderlag som ingivits av Måltidsfabriken och vilket granskats vid prövningen i detta mål inte ska anses uppfylla kravet punkt 1.3.2.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Tomas Kjellgren

Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

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

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.