



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2013-07-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11198-13

SÖKANDE

Enkätfabriken AB, 556883-4757
Jutahusgatan 8
222 29 Lund

MOTPART

Exportkreditnämnden, 202100-2098
Box 3064
103 61 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-07-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Enkätfabriken AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 370943

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Exportkreditnämnden (EKN) genomför en upphandling gällande medarbetarundersökning (Dnr 2013-80053). Tilldelningsbeslutet meddelades den 7 maj 2013.

Enkätfabriken AB (bolaget) ansöker om överprövning av ansökan och yrkar i första hand att upphandlingen ska avslutas efter rättelse av tilldelningsbeslutet, i andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

I tilldelningsbeslutet som tagits av EKN har bolagets anbud inte tagits med i den slutgiltiga prövningen av anbudet. Det är mycket riktigt att bolaget inte har den kreditrating som upphandlande myndighet nämner, detta på grund av att bolaget är ett nystartat företag som inte har redovisat någon årsredovisning ännu. Som framgår har upphandlande myndighet gett möjlighet till nystartade företag att delta även om företaget inte uppfyller kreditratingkravet förutsatt att det är ett nystartat företag som på begäran kan tillhandahålla en finansiell säkerhet i form av exempelvis intyg från bank om lämnad bankgaranti eller koncerngaranti samt på begäran kunna redovisa referens till bank eller annan finansiär.

Bolaget har i anbudet klargjort att företaget är nystartat och därför inte kan uppfylla kreditratingkravet utan vill medverka i upphandlingen på de premisser som angetts för nystartade företag. Bolaget kan tillhandahålla såväl bankgaranti som referens till bank men har inte fått någon begäran från EKN om att tillhandahålla dessa. Om en upphandlande myndighet skriver att dokument ska lämnas på begäran måste de också begära att få dem inlämnade. När det gäller bankgarantier så lämnas sådana på specificerade belopp och upphandlande myndighet har inte i anbudsunderlaget uttryckt vilket belopp en eventuell bankgaranti ska gälla. Sålunda hade bolaget inte ens möjligheten att inkomma med en bankgaranti i samband med anbud-

sinlämnandet. Då enbart priset avgjorde vilket av de godkända anbudena som skulle godkännas så skulle bolagets anbud ha vunnit om det inte hade uteslutits från prövningen.

EKN bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. En korrekt bedömning av anbudena har skett. Om förvaltningsrätten gör en annan bedömning yrkas att upphandlingen i första hand ska göras om.

I förfrågningsunderlaget har det aktuella kravet närmare specificerats genom en upplysning om att den ekonomiska ställningen skulle prövas genom att uppgifter skulle inhämtas från kreditupplysningsföretag. För att klara kvalificeringskraven avseende denna punkt ställdes krav på ratingen. Samtliga krav i kvalificeringsfasen och kravspecifikationen måste uppfyllas för att anbudsgivaren skulle gå vidare till utvärderingen av priset. Vid en kontroll av bolagets ekonomiska ställning som **EKN** gjorde, nådde inte bolaget upp till en godkänd nivå enligt satta krav i kvalificeringen.

EKN har tagit hänsyn i förfrågningsunderlaget för det fall att anbudsgivare med nystartade företag lämnar anbud. Enligt punkt 1.2.6.1 i underlaget kan företaget visa att stabil ekonomisk bas föreligger genom att på begäran tillhandahålla ekonomiskt underlag i form av exempelvis intyg från bank om lämnad bankgaranti eller koncerngaranti samt på begäran kunna redovisa referens till bank eller annan finansiär. **EKN:s** avsikt vid utformningen av aktuell punkt har inte avsett eller inneburit att det ankommer på myndigheten att begära in kompletteringar för det fall att anbudsgivaren inte uppnår ställda skall-krav i kvalificeringen. Någon tvingande regel om kommunikation för upphandlande myndighet finns inte enligt LOU. Det är upp till anbudsgivaren att visa att man uppfyller ställda krav, i förekommande fall, den ekonomiska ställningen. Enligt 9 kap. 8 § LOU får den upphandlande myndigheten begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in. Någon tvingande regel om att upphand-

lande myndighet måste ge möjlighet till detta finns inte. Något krav på att anbudsgivare ska visa att man uppfyller den ekonomiska ställningen på ett specifikt sätt genom enbart bankgaranti har inte ställts. I underlaget ställdes endast krav på ett ekonomiskt underlag i form av exempelvis bankgaranti, för att visa på anbudsgivarens ekonomiska stabilitet. Då bolaget angett att det var nystartat, borde bolaget ha tagit höjd för detta i samband med anbudsinlämnandet och bifogat dokumentation som kunnat styrka bolagets ekonomiska ställning.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Av punkten 1.2.6.1 förfrågningsunderlaget i nu aktuell upphandling framgår bl.a. följande.

EKN kommer att göra en ekonomisk bedömning av anbudsgivarens ekonomiska ställning genom att begära in uppgifter av Creditsafe. I de fall

leverantören uppfyller ställda krav på (ratingskala) eller bättre kommer kravet avseende ekonomisk stabilitet anses uppfyllt.

I de fall anbudsgivarens ekonomiska stabilitet garanteras av moderbolag eller annan finansiell säkerhet i form av exempelvis bankgaranti ska intyg om detta bifogas anbudet och vara undertecknad av behörig företrädare för det moderbolaget eller den som har garanterat den finansiella säkerheten.

Anbudsgivare som har ett nystartat företag, företag under bildande eller inte når ställda krav på ekonomisk stabilitet enligt ovan, ska visa att företaget har en stabil ekonomisk bas genom att på begäran tillhandahålla ekonomiskt underlag eller årsredovisning för att styrka ekonomisk stabilitet.

Bolaget har i sitt anbud gällande den ekonomiska ställningen angett följande. Bolaget startades februari 2012. Bolaget är dock en ombildning av tidigare handelsbolag. Verksamheten är identisk med den som bedrevs i handelsbolaget. Då aktiebolaget är nystartat har ingen årsredovisning redovisats. Det är därför omöjligt att uppnå önskad rating. Bolaget har en god omsättning och ett positivt resultat, årsomsättningen var 2012 ca 3,5 miljoner kronor. Balansräkningen visar att bolaget har en god soliditet. Om beställaren önskar kan uppgifterna verifieras av deras bank SEB.

Bolaget har anfört att det av lydelsen ”på begäran” gällande nystartade företags ekonomisk ställning i förfrågningsunderlaget inte gått att utläsa att det är upp till anbudsgivaren att självmant lämna in angivna handlingar utan att det av lydelsen framstår som att det är den upphandlande myndigheten som ska begära att handlingar ges in. EKN har uppgett att denna innebörd inte varit avsedd utan att det ankommer på anbudsgivaren att se till att kraven är uppfyllda.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kravet på transparens innebär bl.a. att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Förfrågningsunderlaget är det styrande dokumentet i en upphandling. En anbudsgivare ska genom förfråg-

ningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas. För att en potentiell leverantör ska kunna bedöma om han kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud måste han få tillräcklig information om vad som krävs för att han ska kunna tilldelas upphandlingskontraktet. Detta förutsätter att det finns ett klart och tydligt förfrågningsunderlag som ger vägledning i vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Emellertid medför de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Som framgår ovan har det i förfrågningsunderlaget angetts att vid fall då anbudsgivaren är ett nystartat företag ska företaget visa att man har en stabil ekonomisk bas genom att *på begäran* (förvaltningsrättens kursivering) tillhandahålla ekonomiskt underlag eller årsredovisning för att styrka ekonomisk stabilitet. Enligt förvaltningsrättens mening är denna formulering i förfrågningsunderlaget missvisande då det av formuleringen närmast dras slutsatsen att det är EKN som kommer att begära in angivna kompletteringar av anbudsgivarens ekonomiska stabilitet, medan EKN ansett att detta inte varit syftet med formuleringen. EKN har även uteslutit bolaget med hänsyn till att bolaget inte lämnat komplettering och därigenom inte uppfyllt kravet på att visa ekonomisk stabilitet. Med hänsyn till formuleringen framgår det inte så klart och tydligt, som kan förväntas av ett förfrågningsunderlag som uppfyller principen om transparens i LOU, vad anbudsgivaren ska ge in tillsammans med anbudet för att kvalificera sig i upphandlingen. Förfrågningsunderlaget har i denna del således inte varit utformat i enlighet med principen om transparens.

För att åtgärd enligt LOU ska kunna vidtas måste bolaget även visa att bolaget genom EKN:s förfarande har lidit eller kan komma att lida skada. I

målet framgår att bolaget har lämnat ett lägre pris jämfört med det vinnande bolagets anbud. Som redan konstaterats har förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen varit otydligt utformat rörande huruvida det är anbudsgivaren eller upphandlande myndighet som ska agera i fråga om ekonomisk stabilitet för nystartade företag. Bolagets anbud har därigenom förkastats under kvalificeringsstadiet. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget har visat att överträdelsen har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten finner anledning att ingripa mot upphandlingen enligt LOU. Det är förvaltningsrätten som har att, oavsett hur yrkandet är utformat, välja att besluta mellan att upphandlingen ska göras om eller rättas. Mot bakgrund av att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kravet på transparens och förutsebarhet finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Anna Nordström

Förvaltningsrättsfiskal

Marie Englund har föredragit målet.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.