



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

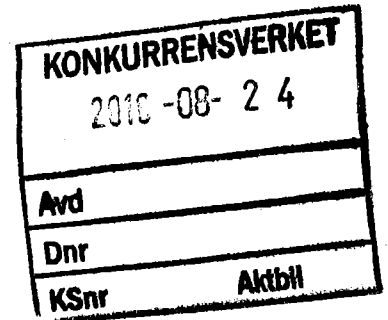
DOM
2016-08-24
Meddelad i Linköping

Mål nr
4031-16

SÖKANDE

Papyrus Sverige AB, 556057-6554
205 45 Malmö

Ombud: Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB
Västerled 33
245 64 Hjärup



MOTPART

Tekniska Verken i Linköping AB, 556004-9727
Box 1500
581 15 Linköping

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jurist Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 258166

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Tekniska verken i Linköping AB (Tekniska verken) genomförde en upphandling gällande *Påsar insamling av matavfall 16/3*. Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande enligt LUF och tilldelningsgrund är lägsta pris. Tekniska verken meddelade den 2 juni 2016 ett tilldelningsbeslut enligt vilken Miljösäck i Norrköping AB (Miljösäck) tilldelades kontrakt i upphandlingen och Papyrus Supplies AB (Papyrus) kom på andra plats i utvärderingen.

Papyrus ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse, med innebörden att upphandlingens utvärdering ska göras om, utan beaktande av anbudet från Miljösäck, och i andra hand, att upphandlingen görs om.

Tekniska verken begär att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Papyrus

Tekniska verken har kvalificerat anbudet från Miljösäck trots att anbudet är behäftat med brister och rätteligen skulle ha diskvalificerats. Då anbudet från Papyrus kom på andra plats i utvärderingen skulle Papyrus vid en korrekt genomförd kvalificering ha tilldelats upphandlingens kontrakt.

I upphandlingens förfrågningsunderlag i kapitel 3, *Leverantörskvalificering* anges i 3.1.2 att "*B kommer att via kreditupplysning kontrollera att L har en tillräcklig ekonomisk ställning bland annat kreditvärdighet och betalningsförmåga*". Det är således ett kvalificeringskrav att anbudgivare har en tillräcklig ekonomisk ställning, bland annat kreditvärdighet och betalningsför-

måga. Vidare framgår att det är Tekniska verken som ska kontrollera kravets uppfyllande.

Miljösäck är försatt i företagsrekonstruktion och var det vid tidpunkten för anbudets bedömning samt även före och efter. Ett beslut om företagsrekonstruktion ska endast fattas om det kan antas att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder eller att sådan oförmåga inträder inom kort. Av de fakultativa uteslutningsgrunderna i 10 kap 3 § LUF omfattas ackordförfarande, ansökan om företagsrekonstruktion samt rimligen även beslut om företagsrekonstruktion, vilket förelåg vid tidpunkten för Tekniska verkens kontroll avseende kravets uppfyllande.

Enligt Miljösäcks ansökan om företagsrekonstruktion framgår en differens på mer än 34.000.000 kr. I protokoll från borgenärssammanträdet framgår även att Miljösäck beräknas gå med förlust på cirka tre miljoner kronor fram till augusti 2016. Från september månad beräknas kassaflödet bli svagt positivt och först vid årsskiftet 2016/2017 beräknas kostnadstäckning uppstå.

Det är Tekniska verken som ska kontrollera kravets uppfyllande. Kvalificeringskraven måste vara uppfyllda vid anbudstidpunkten. Det är inte relevant att en anbudsgivare uppger att ett krav eventuellt kommer att uppfyllas i framtiden. Av detta följer att Miljösäck inte ens i närheten kan anses ha uppfyllt upphandlingens krav på *”tillräcklig ekonomisk ställning bland annat kreditvärdighet och betalningsförmåga”*. Anbudet från Miljösäck skulle således rätteligen ha befunnits inte uppfylla kravet på tillräcklig ekonomisk ställning och diskvalificerats. Detta har emellertid inte skett vilket uppenbarligen strider mot de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens.

Av rättspraxis framgår att anbud som inte uppfyller ställda krav eller som i övrigt innehåller reservationer gentemot upphandlingsföremålet, de kom-

mersiella villkoren eller upphandlingen i övrigt inte får antas, eftersom detta skulle strida mot principerna om likabehandling och transparens. Konsekvensen av om upphandlande myndigheter skulle få bortse från brister i nämnda avseende är att de anbudsgivare som iakttagit och uppfyllt samtliga krav, missgynnas i förhållande till de anbudsgivare vars anbud inte uppfyller kraven. Ett sådant förfarande innebär också att myndigheten bryter mot nämnda principer gentemot presumtiva anbudsgivare som avstått från att lämna anbud i upphandlingen. Med hänsyn till den angivna rättspraxisen får det således konstateras att de i målet aktuella bristerna, utan tvekan utgör skäl för att diskvalificera anbudet från Miljösäck.

Tekniska verken

Miljösäcks anbud uppfyller samtliga kraven i upphandlingen. Det finns ingen skyldighet för Tekniska verken att förkasta ett anbud endast på grund av en inledd företagsrekonstruktion. Istället är kravet på anbudsgivarna att dessa ska ha en tillräcklig ekonomisk ställning, som exemplifieras med att anbudsgivarna ska ha en *tillräcklig* kreditvärdighet och en *tillräcklig* betalningsförmåga. Det kan således konstateras att kravet är förhållandevist lågt ställt och dels att rekonstruktionen i sig inte medför någon skyldighet för Tekniska verken att förkasta Miljösäcks anbud. Uteslutningsgrunderna i 10 kap. 3 § LUF är fakultativa, dvs. en uteslutningsgrund som är frivillig att tillämpa för Tekniska verken. Bedömningen av vad som är tillräckligt i sammanhanget är en bedömning som det rätteligen ankommer på Tekniska verken att göra, utifrån arten och omfattningen av den leverans som upphandlingen avser.

Tekniska verken har varit medveten om den pågående rekonstruktionen och Miljösäcks möjligheter att avsluta rekonstruktionen genom ackord, utifrån bedömningarna gjorda av såväl rekonstruktören som Norrköpings tingsrätt.

Norrköpings tingsrätt beslutade den 10 maj 2016 att rekonstruktionen skulle fortsätta då det fortfarande fanns anledning att anta att syftet med den skulle uppnås. Till stöd för tingsrättens beslut ligger den rekonstruktionsplan där rekonstruktören i den bedömer att Miljösäcks aktiekapital blir intakt per utgången av år 2016, varefter verksamheten åter bedöms kunna generera vinst. Ackordförhandling är även inplanerad till den 1 juli 2016. Det är således uppenbart att Norrköpings tingsrätt anser att rekonstruktionen ska kunna genomföras med ett lyckat resultat.

De omständigheter som anförts av Papyrus utgör inte överträdelser av de grundläggande principerna enligt LUF. Bolaget har följaktligen inte heller lidit, och riskerar inte heller att lida skada i den bemärkelsen som avses i 16 kap. 6 § LUF. Det saknas därmed förutsättningar för ingripandet mot upphandlingen och förvaltningsrätten ska därför avslå bolagets ansökan om överprövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF 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.

Av 16 kap. 6 § första stycket LUF framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 LUF § 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.

I 10 kap. 3 § LUF föreskrivs att en upphandlande myndighet får, utöver vad som följer av 1 och 2 §§, utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller i en upphandling, om leverantören bl.a.

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,

Förvaltningsrättens bedömning

Papyrus har anfört att Miljösäcks anbud rätteligen skulle ha diskvalificerats då de inte uppfyller ställt krav på ekonomisk stabilitet. Härtill har anförts att det krav som anges i punkt 3.1.2 i förfrågningsunderlaget inte uppfyller LUF:s krav på tydlighet varför skäl för omgörande av upphandlingen föreligger.

Förvaltningsrätten finner skäl att först pröva om kravet rörande ekonomisk och finansiell ställning till sin utformning kan anses stå i strid med LUF. Det kan visserligen konstateras att kravet ifråga givits en generell utformning utan någon närmare vägledning vad som avses med tillräcklig ekonomisk ställning i form av t.ex. en viss angiven kreditrating, omsättning, eget kapital eller dylikt. Såvitt gäller kvalificeringskrav av detta slag bör dock enligt förvaltningsrätten den upphandlande enheten inneha ett relativt stort utrymme att utforma detsamma på ett sådant sätt att önskad konkurrens i upphandlingen inte riskerar att utebli. Med hänsyn härtill samt med beaktande av att det i punkt 3.1.14 hänvisas till de legala ekonomiska utslutningsgrunder som återfinns i 10 kap. LUF bedöms att kravet i punkt 3.1.2. inte kan anses brista i transparens på sätt påstås. Nästa fråga är huruvida

Miljösäck kan anses uppfylla kravet på tillräcklig ekonomisk och finansiell ställning.

Vad som utgör tillräcklig ekonomisk och finansiell ställning är, som ovan angetts, inte närmare definierat. En utgångspunkt för prövningen i denna del bör därför ta sin utgångspunkt i de grundläggande ekonomiska krav som preciseras i 10 kap. 3 § LUF. Med beaktande av de omständigheter som framkommit rörande Miljösäcks pågående företagsrekonstruktion i samband med anbudsgivningen och därefter bedömer förvaltningsrätten att Tekniska verken vid en prövning mot nämnd paragraf haft motiv för att utesluta bolaget från upphandlingen med stöd av 10 kap. 3 § LUF. Denna reglering är dock både i LUF och därtill kopplat reglering i förfrågningsunderlaget angiven som en fakultativ regel. Utrymme får därmed anses finnas för den upphandlande enheten att vid en individuell prövning ändock acceptera ett anbud som inte uppfyller däri angivna krav så länge som principen om likabehandling upprätthålls. Tekniska verken ska i en sådan situation göra en individuell bedömning av anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning (jfr. RÅ 2005 ref. 47).

I målet har inte annat framkommit än att Tekniska verken gjort en individuell prövning av Miljösäcks ekonomiska och finansiella ställning och utifrån en affärsmässig bedömning ansett att det föreligger objektiva individuella skäl för att acceptera Miljösäcks anbud. Vad Papyrus anfört i denna del föranleder inte annan bedömning. Tekniska verken har således med beaktande av likabehandlingsprincipen inte varit skyldigt att utesluta Miljösäcks anbud från slutlig anbudsutvärdering. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 LUF saknas därför och ansökan om överprövning ska i enlighet härmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU)

Tomas Kjellgren
Rådman

Föredragande har varit Linda Demir



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 nås 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.