



SÖKANDE

Rett Bemanning Sverige AB, 556998-1185
Box 7671
103 95 Stockholm

MOTPART

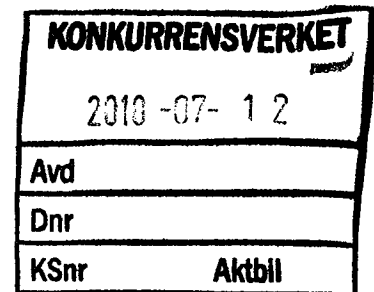
Kramfors kommun
872 80 Kramfors

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND

Kramfors kommun (kommunen) genomför upphandlingen Bemanning för socionomer, dnr KS2016/296. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 14 december 2017 godkänt anbudet från Rett Bemanning Sverige AB (bolaget) men av nytt tilldelningsbeslut från den 19 december 2017 framgår att bolagets anbud sedan diskvalificerats på grund av bolagets pågående företagsrekonstruktion och med hänvisning till 13 kap. 3 § p. 2 d LOU.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att de ska ses som en kvalificerad leverantör i aktuell upphandling alternativt att en ny kvalificeringsomgång genomförs. Bolaget anför i bl.a. följande. Det är upphandlarens ansvar att anstränga sig för att finna de mest kvalificerade leverantörer till denna ömma sektor inom sjukvården. Kommunen borde och kunde inom ramen för LOU ha använt sig av den möjlighet som finns till rättelse, förtydligande och komplettering av anbud. Att diskvalificera anbudsgivare utan möjlighet till rättelse eller förtydligande kan inte vara rätt väg för att nå målet och är inte heller förenligt med andemeningen i LOU. Det hade också kunnat leda till en bättre kvalificeringsprocess och en mer effektiv konkurrens i den aktuella upphandlingen. Rett Bemanning har funnits i branschen i omkring 10 år och har etablerat sig som en seriös leverantör samt blivit antagen som leverantör i flera upphandlingar. Bolaget har under rekonstruktionen tecknat flera nya leveransavtal och har inte avbrutit sin näringsverksamhet så som kommunen påstår. Verksamheten har en stark ekonomi och en tillväxt inom samtliga affärsområden.

En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 13 kap.

1 eller 3 §§ ska inte uteslutas om leverantören enligt 13 kap. 5 § visar att den är tillförlitlig genom att den har ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet eller klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta

med de utredande myndigheterna. Leverantören ska inte heller uteslutas om den visar att den vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållande. De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa. Kommunen hade kunnat tolka de insända dokumenten som att de styrker att rekonstruktionen går enligt plan och att de styrker att bolaget åtgärdat de missförhållanden som orsakat rekonstruktionen. Bolaget har orsakats skada genom kommunens underlåtenhet att tolka LOU på rätt sätt och därmed diskvalificerat bolaget som leverantör och förvägrat dem rätten att leverera sacionomer till kommunens verksamheter.

En leverantör med skatteskulder kan visserligen uteslutas med stöd av 13 kap. 2 § LOU men kommunen borde också ha tagit hänsyn till vad som anges om undantaget i 13 kap. 5 § tredje stycket LOU. En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas enligt 2 §. Att inträda i en rekonstruktion innebär att skatterna som hänförs sig till tiden före ansökan om rekonstruktion inte får betalas under den tid som rekonstruktionen pågår. Detta bör anses som en sådan ”motsvarande överenskommelse” som nämns i bestämmelsen. I andra hand borde kommunen ha avstått från uteslutning med hänvisning till 13 kap. 6 § LOU eftersom det ligger i det allmännas intresse att främja rekonstruktioner framför konkurser.

Kommunen yrkar i första hand att ansökan omgående ska avslås och i andra hand att ansökan ska avslås eftersom kommunen inte brutit mot LOU. Kommunen anför i huvudsak följande. Det är ostridigt att bolaget är under rekonstruktion enligt Lag (1996:764) om företagsrekonstruktion. Det är en situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författ-

ningar som liknar dem som avses i 13 kap. 3 § p. 2 a-c LOU, t.ex. ackordsuppgörelse, insolvens- eller likvidationsförfaranden enligt punkten 2 d i samma paragraf. Kommunen har laglig rätt att förkasta anbudet. Det framgår av handlingar som skickats till förvaltningsrätten och kommunen att rekonstruktionen inte är avslutad och bolaget har själva skrivit att missförhållandena bara är åtgärdade till 90 %, därmed finns det 10 % av missförhållanden kvar som måste åtgärdas för att avsluta pågående rekonstruktion.

En upphandlande myndighet ska innan den beslutar att utesluta en leverantör ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl till uteslutning. Kommunen har gett bolaget möjlighet att styrka vilka åtgärder som utförts i bolaget under rekonstruktionen och visa att bolaget uppfyller punkterna i 13 kap. 5 § LOU som bolaget hänvisat till. Om anbudsgivaren ska komplettera sitt anbud så ska de nya uppgifterna eller handlingarna enligt praxis vara offentligt tillgängliga och objektivt kontrollerbara t.ex. genom att handlingarna är inlämnade, registrerade eller upprättade hos olika myndigheter. (Se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings domar från den 31 januari 2006 i mål nr 3979-05 och från den 24 juni 2003 i mål nr 2379-03 samt Kammarrätten i Göteborgs dom från den 30 januari 2009 i mål nr 7217-08). Det är anbudsgivaren som ska komma in med sådana handlingar som styrker att bolaget åtgärdat de missförhållanden som orsakat rekonstruktionen och trots påstötningar via e-post kom inte några sådana handlingar in från bolaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

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 brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma 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 § första stycket LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En sådan åtgärd ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet (4 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft. En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts (13 kap. 2 § LOU).

Vidare får en upphandlande myndighet enligt 13 kap. 3 § p. 2 a-d LOU utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om leverantören

- a. är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,
- b. är föremål för tvångsförvaltning,
- c. har ingått ackordsuppgörelse med borgenär, eller
- d. har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a–c.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas enligt 2 § (13 kap. 5 § tredje stycket LOU).

En upphandlande myndighet får låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset (13 kap. 6 § LOU).

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Krav 2.3

Föreligger någon uteslutningsgrund enligt 13 kap. 1-3 §§ LOU kommer leverantören uteslutas om inte leverantören kan visa att denne vidtagit åtgärder som styrker leverantörens tillförlitlighet eller ifråga om uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäk-

ringsavgifter fullgjort sin betalningsskyldighet alternativt ingått bindande överenskommelse om betalning. Innan beslut om uteslutning fattas kommer leverantören ges tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt upphandlande myndighet utgör skäl för uteslutning.

Krav 2.4

Anbudsgivaren ska ha en tillräcklig ekonomisk och finansiell ställning för att kunna fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet. Anbudsgivaren ska ha minst rating 5 enligt Business check ratingmodell eller likvärdig rating enligt annan modell. I de fall ratingen är lägre eller saknas uppfyller anbudsgivaren ändå kravet på ekonomisk kapacitet om denne ger in annan fullgod bevisning på detta. Sådana bevis kan bestå av årsredovisning, bankgaranti, revisorsintyg eller annan lämplig bevisning. Saknar anbud bevis på rating/ekonomisk kapacitet kommer upphandlande myndighet att begära komplettering eller ta in sådan utredning på egen hand.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. I mål om överprövning enligt LOU 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 bör begränsas till de grunder som parten åberopar.

Det är ostridigt att bolaget vid tidpunkten för anbudstidens utgång var föremål för rekonstruktion. Bolaget har anfört att den omständigheten inte utgör grund för att förkasta bolagets anbud och för att inte se bolaget som en kvalificerad leverantör i upphandlingen bl.a. eftersom att inträda i en rekonstruktion innebär att skatterna som hänför sig till tiden före ansökan om rekonstruktion inte får betalas under den tid som rekonstruktionen pågår och att det då bör anses som en sådan ”motsvarande överenskommelse” som nämns i 13 kap. 5 § tredje stycket LOU. Bolaget har inte avbrutit sin nä-

ringsverksamhet och har enligt uppgift tecknat flera nya leveransavtal under rekonstruktionen. Bolaget menar att kommunen hade kunnat tolka de insända dokumenten som att de styrker att rekonstruktionen går enligt plan och att bolaget åtgärdat de missförhållanden som orsakat rekonstruktionen.

Enligt förvaltningsrättens mening är omständigheten att bolaget under rekonstruktionen är förhindrad att reglera sin skatteskuld inte en överenskommelse utan det utgör endast en förutsättning för genomförandet av rekonstruktionen. Inte heller utgör den omständigheten, att bolaget under rekonstruktionen i andra upphandlingar har tilldelats offentliga kontrakt, skäl för att bedöma kommunens förfarande som varande i strid med LOU.

Kommunen har enligt inkomna handlingar gett bolaget möjlighet att på ett godtagbart vis styrka att bolaget uppfyller villkoret om kreditvärdighet. Bolaget har enligt vad som framkommer i målet inte kompletterat sitt anbud med några sådana handlingar och har därmed inte visat att de uppfyllde upphandlingens obligatoriska krav på kreditvärdighet.

Sammanfattningsvis har bolaget enligt förvaltningsrättens bedömning inte visat att kommunens förfarande i upphandlingen till någon del står i strid med de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. Det saknas därmed skäl för ingripande i upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Erika Nyman Jonsson.



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.