



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2019-10-21

Meddelad i Stockholm

Mål nr

20772-19

SÖKANDE

Polytan Scandinavia AB, 556252-6516

Ombud 1: Jur.kand. Lars Hesselman

Valhallavägen 138

114 59 Stockholm

Ombud 2: Jonni Olin

Redovisning & Bokföring Redbok AB

Solkraftsvägen 31

135 70 Stockholm

MOTPART

Täby kommun

183 80 Täby

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019 10 22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1151994

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd31.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

BAKGRUND

Täby kommun genomför upphandling avseende ombyggnad av friidrottsanläggningen Tibblevallen. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslutet framgår att Polytan Scandinavia AB (Polytan) inte uppfyllde de i upphandlingen ställda kraven på lämplighet. De gick därför inte vidare till nästa steg i prövningen av anbuden.

YRKANDEN

Polytan yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Täby kommun bestrider Polytons yrkanden och yrkar att förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan om överprövning.

GRUNDER

Polytan anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Polytan ingår i en internationell koncern med tyskt moderbolag som har en synnerligen stark ekonomisk ställning. Polytan ingav tillsammans med anbudet en förklaring från moderbolaget. Det var ett uppenbart missgrepp; handlingen, ett slags balansgaranti, återspeglar inte på något vis moderbolagets starka ställning och uppfyller inte till närmelsevis de krav som i förevarande fall ställs på ett utländskt moderbolags förklaring. Därtill kommer att den är obsolet då den undertecknades långt innan ifrågavarande upphandling inleddes. Polytan har emellertid inte anmodats att komplettera sin ansökan i nu aktuella hänseenden och ej heller eljest beretts tillfälle därtill. Täby kommuns underlåtenhet står i strid med 13 kap. 4 § LOU.

Att Polytan inte noterats för hög kreditvärdighet beror på att bolaget, genom rent slarv av en tjänsteman, restförts för sen betalning. Det har jämväl härvidlag ålegat Täby kommun att bereda Polytan tillfälle att yttra sig innan beslut om uteslutning fattas. Moderbolaget avser att väsentligen höja Polytans registrerade kreditvärdighet genom en garanti.

Det stämmer att det inte finns någon hänvisning till 13 kap. 4 § LOU då det är fråga om prövning av kvalificeringskraven. Det finns därmed inte någon explicit skyldighet att bereda sökanden tillfälle att komplettera sitt anbud. Täby kommun har ändå haft skyldighet därtill. En upphandling som den ifrågavarande kräver samråd och dialog mellan upphandlande myndighet och den sökande. Det hör då till god ton att upplysa om missgrepp och märkligheter, vilket självfallet inte är förbjudet. Vidare anges följande i prop. 2015/16:195 s. 751. När det gäller handläggningen av ett upphandlingsärende i vilket en fråga om uteslutning aktualiseras, kan även noteras att de åtgärder som vidtas ska vara förenliga med principerna för offentlig upphandling, varav en är proportionalitetsprincipen. Detta följer av hänvisningarna till bestämmelserna om principer för offentlig upphandling och för upphandling i lagarnas kapitel som gäller för det icke direktivstyrda området.

Den i 13 kap. 4 § LOU uttryckta handlingsregeln, att en leverantör ska få yttra sig innan myndigheten vidtar en ingripande åtgärd, omslutes av proportionalitetsprincipen och återger en av principerna för offentlig upphandling; diskvalifikation är lika ingripande som uteslutning. Täby kommun borde därmed ha berett Polytan tillfälle att yttra sig och detta särskilt som bristerna alldeles uppenbarligen betingats av förbiseende, försummelse och misstag.

Upphandlingsdokumenten i den aktuella upphandlingen återger inte någon tanke på att bereda leverantören möjlighet att yttra sig innan beslut tas om

diskvalifikation. I andra upphandlingar återges emellertid rättsläget korrekt. T.ex. har Polytan nyligen vunnit en upphandling där det i de administrativa föreskrifterna angavs att ”Om det vid kontrollen visar sig att anbudsgivarens rating är lägre än fem (5), beredes anbudsgivaren inkomma med en för beställaren godtagbar förklaring till ifrågavarande rating.”

Täby kommun anför följande till stöd för sin inställning. Täby kommun har inte brutit mot några av bestämmelserna i LOU genom att förkasta Polytons anbud och grund för ingripande föreligger inte. Polytons anbud förkastades på grund av att varken Polytan eller det åberopade företaget ansågs uppfylla kvalificeringskraven avseende ekonomisk och finansiell ställning.

Täby kommun bestrider att den skulle ha underlåtit att anmoda Polytan att komplettera sin ansökan och att denna underlåtenhet skulle stå i strid med 13 kap. 4 § LOU. I samband med kontroll av bolagets anbud uppdagades att Polytan inte uppfyllde kvalificeringskravet avseende ekonomisk och finansiell ställning, vilket har legat till grund för Täby kommuns beslut att förkasta anbudet.

Syftet med kravet på ekonomisk och finansiell ställning i upphandlingen är att säkerställa att anbudsgivaren har en god ekonomisk ställning. Det är av yttersta vikt att uppdraget bedrivs av en aktör med god ekonomisk och finansiell ställning för att förhindra avbrott eller försening av ombyggnaden av Tibblehallen. Enligt 14 kap. 1 § första stycket 2 LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade avseende ekonomisk och finansiell ställning, vilket Täby kommun valde att göra i upphandlingen. Det är inte ett uteslutningskrav enligt 13 kap. LOU, utan ett kvalificeringskrav enligt 14 kap. LOU.

I samband med anbudsöppning kontrollerades Polytons anbud i enlighet med upphandlingsdokumenten. Polytan erhöll betyget "kredit mot säkerhet"

avseende kvalificeringskravet i upphandlingsunderlagets punkt AFB.52. Bolaget uppfyllde därmed inte uppställt krav "kreditvärdig". Täby kommun har således haft grund för att förkasta Polytons anbud.

Bestämmelsen i 13 kap. 4 § LOU avser skyldighet att utreda bakomliggande omständigheter innan upphandlande myndighet avser att utesluta en leverantör. Då Bolagets anbud inte förkastades enligt någon av uteslutningsgrunderna, utan enligt ett kvalificeringskrav, föreligger det inte någon skyldighet för Täby kommun att utreda det bristfälliga underlaget. Då Täby kommun aldrig haft för avsikt att utesluta, utan endast diskvalificera Polyton, har en utredning inte initieras. Täby kommun har således inte handlat i strid med LOU utan har haft grund för att förkasta Polytons anbud då bolaget inte uppfyllt uppställt kvalificeringskrav.

Därutöver kan inte åtagandet mellan Polyton och åberopat företag anses vara giltigt då åtagandet är daterat långt innan upphandlingen annonserades. Täby kommun beslutade att Polytons anbud skulle förkastas eftersom flertalet av formkraven som ställdes upp avseende åtagandet inte uppfylldes. Det är således ostridigt att Täby kommun handlade korrekt även i detta fall emedan även Polyton vitsordar att handlingen, som bifogats till anbudet för att styrka ekonomisk och finansiell ställning, inte på något sätt återspeglar moderbolagets starka ställning.

Polytons anbud förkastades då varken anbudsgivaren eller dess åberopade bolag uppfyllde uppställt kvalificeringskrav avseende ekonomisk och finansiell ställning. För det fall Polytons anbud inte hade förkastats efter en utredning genomförd i enlighet med 14 kap. 3 § LOU, så skulle anbudet likväl ha förkastats, då åtagandet inte uppfyller uppställda krav. Polyton har följaktligen inte lidit eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU.

Av 14 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får endast avse behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. 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.

Förvaltningsrättens prövning

Av upphandlingsdokumentens punkt AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet framgår följande avseende ekonomisk och finansiell ställning. För att visa på god ekonomisk och finansiell ställning kommer beställaren, via Creditsafe AB, kontrollera att anbudsgivare har haft en omsättning om minst 20 miljoner kronor per år de två senaste fastställda bokslutsåren och

att anbudsgivaren minst innehar rating "kreditvärdig". Om anbudsgivaren har för avsikt att återropa annat företags kapacitet för att uppfylla kravet avseende ekonomisk och finansiell ställning ska ett åtagande från återropat företag bifogas anbudet. För det fall beställaren inte kan utföra kontroll avseende ekonomisk och finansiell ställning kan anbudsgivaren komma att beredas tillfälle att inkomma med förtydligande bevis för att styrka att kravet är uppfyllt.

Kraven i AFB.52 avseende leverantörens ekonomiska och finansiella ställning är sådana kvalificeringskrav som regleras i 14 kap. LOU. Det har inte framkommit att de aktuella kraven skulle vara olämpliga.

Av handlingarna i målet samt av ostridiga uppgifter framgår att Polytan inte uppfyllde kraven på ekonomisk och finansiell ställning. Av tilldelningsbeslutet framgår att Polytan därför inte gick vidare till nästa steg i prövningen av anbudet. Polytan har härvid invänt att Täby kommun borde ha berett dem möjlighet att förklara sig.

Förvaltningsrätten konstaterar att vad Polytan har anfört kring det kontradiktoriska förfarandet hänför sig till 13 kap. LOU där grunder för uteslutning av leverantör regleras. De krav som nu är aktuella hänför sig till kvalificeringsfasen och återfinns därmed i 14 kap. LOU. Det finns inte någon skyldighet enligt LOU för en upphandlande myndighet att ge leverantören tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för att diskvalificera leverantören på grund av bristande kravuppfyllnad.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Polytan inte har visat att Täby kommun har agerat i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU, eller någon annan bestämmelse i LOU. Därmed saknas skäl för ingripande enligt LOU och Polytans ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Terese Danielsson
Rådman

Erica Malmgren har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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 nyårsafton, 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.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.