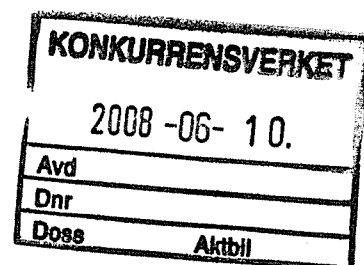


Cristina Pérez

Meddelad i
Linköping**SÖKANDE**

Allbudet Norrköping Express Aktiebolag, 556271-2397
Ståthögavägen 48
602 23 Norrköping

Ombud: Hugo Norlén
c/o Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

**MOTPART**

Norrköpings kommun
Upphandlingsenheten
601 81 Norrköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Norrköpings kommun och Söderköpings kommun har inbjudit leverantörer att lämna anbud i en upphandling avseende flyttjänster, magasinering mm för kommunerna med tillhörande bolag. För uppdrag som genomförs i Norrköpings kommun premieras transporter som sker med förnybart bränsle. Upphandlingen, som handläggs av Norrköpings kommun, genomförs som en öppen upphandling.

Norrköpings kommun har i tilldelningsbeslut den 22 februari 2008 beslutat att anta en annan leverantör än Allbudet Norrköpings Express AB (bolaget). Till beslutet har bilagts en pm i vilken Norrköpings kommun anför att bolaget inte uppfyller kvalificeringskravet på ekonomisk stabilitet varför bolaget inte gått vidare till utvärderingsfasen.

Bolaget ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska avslutas först efter att rättelse har skett. Rättelsen ska bestå i dels att en ny utvärdering sker, varvid bolagets anbud upptas till prövning, dels att den antagna leverantören inte tilldelas s.k. miljöbonus

Dok.Id 60412

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: lansratteniostergotland@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

för förnybara bränslen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

Länsrätten har den 3 mars 2008 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan annat beslutats.

Norrköpings kommun motsätter sig bifall till bolagets yrkanden. För det fall länsrätten skulle finna att kommunens handläggning av upphandlingen medfört sådana brister som bolaget påstår yrkas att anbudsutvärderingen görs om.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärs- mässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 22 § LOU anges att en upphandlande enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten ska i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska länsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Rådet och kommissionen har avseende direktiv 89/440/EEG och 90/531/EEG uttalat följande. Vid öppet eller selektivt förfarande utesluts varje form av förhandling med anbudssökande eller anbudsgivare beträffande grundläggande aspekter av kontrakten, som skulle kunna leda till störningar i konkurrensen, särskilt prispförhandlingar; dock kan förhandlingar äga rum med anbudssökande eller anbudsgivare, men då endast i syfte att precisera och komplettera innehållet i deras anbud eller de upphandlande

enheternas krav och i den utsträckning detta inte ger upphov till diskriminering.

EG-domstolen har i mål C-176/89 anfört bl.a. följande. När ett bolag, i syfte att tillåtas delta i ett anbudsförfarande, hänvisar till organ eller företag som det är knutet till genom direkta eller indirekta band, oavsett bandens rättsliga beskaffenhet, för att bevisa sin finansiella, ekonomiska och tekniska kapacitet, måste bolaget visa att det faktiskt förfogar över resurser hos dessa organ eller företag, som det inte självt äger men som är nödvändiga för att uppfylla kontrakten. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om den åberopade bevisningen är relevant i detta avseende. Inom ramen för denna kontroll är det inte tillåtet vare sig att a priori utesluta viss bevisning eller att presumera att tjänsteleverantören förfogar över tredje mans resurser på grundval av att de tillhör samma koncern.

Av förfrågningsunderlaget framgår, så vitt här är av intresse, följande kvalificeringskrav. Anbudsgivaren och eventuella underentreprenörer ska ha en stabil ekonomisk bas. Den upphandlande enheten kommer att kontrollera detta genom företaget BusinessCheck. Anbudsgivaren ska då som minimum uppnå en rating på fem (5) för att kvalificera sig. Om det vid kontrollen visar sig att anbudsgivarens rating är lägre än fem (5), beredes sökanden inkomma med en förklaring till ifrågavarande rating.

Kvalificeringskravet på stabil ekonomi

Parternas argumentation och länsrättens bedömning

Bolaget: Bolaget har diskvalificerats på grund av att det haft en lägre rating (ett) än kravet i förfrågningsunderlaget. Bolagets förklaring till den ekonomiska ställningen är enligt kommunens bedömning inte godtagbar. Bolaget angav i sin förklaring att det hade gått med förlust efter ägarbyte och efterföljande omstrukturering, men att det förväntades gå med vinst. Det lämnade även årsredovisningen för moderbolaget Rexab Allt i Transport AB (Rexab). Bolaget ifrågasätter för det första om det är förenligt med principerna om likabehandling och proportionalitet att hänvisa till enbart ett ratinginstitut. Kommunen borde rätteligen ha angett att rating från andra kreditvärderingsinstitut (t.ex. Upplysningscentralen (UC)) skulle godkännas. Av förfrågningsunderlaget framgår att det endast krävdes att anbudsgivaren skulle avge en förklaring till sin ekonomiska ställning. Någon precisering om vad denna förklaring skulle innehålla eller vilka handlingar som skulle

inges gavs inte. Detta ger kommunen ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar vid bedömningen om skullkravet i förfrågningsunderlaget och ska således inte ligga bolaget till last. Det går heller inte av tilldelningsbeslutet att sluta sig till vilka kriterier som kommunen har beaktat vid bedömningen av skullkravet. För det fall bolaget haft kännedom om vilka omständigheter som, utöver de som angetts i förfrågningsunderlaget, skulle tillmätas betydelse skulle bolaget ha utformat sin förklaring på ett mer ändamålsenligt sätt. Krav på viss riskklass hos BusinessCheck, UC eller motsvarande är ett sådant ekonomiskt, finansiellt eller tekniskt villkor, för vilket annans kapacitet får åberopas. Bolaget har upplyst kommunen om koncernförhållandet mellan bolaget och Rexab, och vidare att Rexab varit aktiv i finansieringen av bolaget efter omstruktureringen. Bolaget hade därmed anledning att utgå från att kommunen skulle återkomma för att få ytterligare underlag för sin bedömning (t.ex. en moderbolagsgaranti) för det fall förklaringen inte skulle anses vara godtagbar. Efter samtal med BusinessCheck den 3 mars 2008 har bolaget upplysts om att anledningen till den låga ratingen främst låg i att det egna kapitalet enligt årsredovisningen för 2006 var för lågt. Av förvaltningsberättelsen framgår att det egna kapitalet uppgick till mindre än hälften av aktiekapitalet men att det skulle återställas genom ett aktieägartillskott per den 30 april 2007. BusinessCheck har bekräftat att det i denna del endast kunde utgå ifrån det i årsredovisningen angivna egna kapitalet. Det kan därför antas att ratingen för bolaget hade varit avsevärt högre om BusinessCheck hade tagit hänsyn till aktieägartillskottet. Skatteverket godkände bolaget som underentreprenör för anbudsgivaren Allt i transport och spedition 018 AB (ATS) i sin upphandling av ramavtal avseende flyttjänster för staten (som genomfördes nära i tiden för upphandlingen). Efter en förklaring från ATS om att moderbolaget Rexab hade gjort ett aktieägartillskott till täckande av bristen i det egna kapitalet i bolaget bedömde Skatteverket att bolaget skulle anses ha tillräcklig ekonomisk styrka för att genomföra sitt uppdrag. Ur Skatteverkets perspektiv borde således bolaget ha kvalificerat sig i upphandlingen. I anbudsförfrågan anges att

kommunen skulle samverka med Skatteverket. I ljuset av detta hade bolaget en befogad anledning att anta att kommunen i sin bedömning av bolagets ekonomiska ställning skulle göra samma bedömning som Skatteverket, som för övrigt får antas ha en stor sakkunskap om hur man bedömer företags ekonomiska ställning. Av årsredovisningen framgår vidare att ett aktieägartillskott skulle ske. Redan av det skälet bedömde bolaget därför att det inte skulle krävas mer information, eller i vart fall att kommunen skulle föra en dialog om kommunen ansåg att kravet ändå inte var uppfyllt. Bolaget ifrågasätter om kommunen faktiskt har gjort en individuell bedömning av bolagets ekonomiska ställning eller om kommunen mer mekaniskt har sett till BusinessChecks rating. Situationen kan jämföras med omständigheterna i mål nr 958-05, där Regeringsrätten ansåg att det av skälen för tilldelningsbeslutet framgick att den upphandlande enheten inte hade gjort någon individuell bedömning av bolaget, utan grundat sitt ställningstagande på vad som för Regeringsrätten framstod som ett inom den upphandlande enheten generellt tillämpligt beslut att från upphandling utesluta dem som UC klassificerade på visst sätt; den upphandlande enheten hade angivit att bolag med riskklasserna ett och två skulle uteslutas. Regeringsrätten fann att kommunen inte hade haft tillräckligt underlag för att föra en sådan individuell bedömning som krävs enligt LOU och att upphandlingen fick avslutas först sedan denna rättats genom att kommunen gjort en individuell bedömning av bolagets ekonomiska förhållanden. Bolaget efterlyser dokumentation över hur kommunen gått till väga vid bedömningen av kravet i fråga. Kommunen har agerat i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om transparens och likabehandling och därigenom även med principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU genom att diskvalificera bolagets anbud, och detta trots att bolaget gett en godtagbar förklaring till sin ekonomiska ställning, eller i vart fall hade en befogad anledning att utgå från att kommunen skulle efterfråga ytterligare information för det fall den avgivna förklaringen inte skulle anses vara tillfyllest.

Kommunerna: Kravet på ekonomisk förmåga som ställts på anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget är ett korrekt och proportionerligt krav som utgår från kommunernas faktiska behov. Kommunerna har granskat och analyserat bolagets ekonomiska status och kommit fram till att den inte är tillräcklig för uppdraget. Kommunerna har utfört två kontroller av bolagets ekonomi. Kontrollerna har gjorts via kreditupplysningsföretaget Business-Check och Justitia. Kontrollerna gav vid handen att båda företagen avråder att lämna krediter åt bolaget på grund av bolagets ekonomiska förhållanden. Bolaget har på eget initiativ till anbudet lämnat uppgifter och förklaringar om sin ekonomiska förmåga. Mot bakgrund härav saknade kommunerna anledning att utgå från att bolaget ville åberopa någon annan omständighet som skulle vara till fördel vid den ekonomiska bedömningen av företaget. Kommunerna kan notera att EG-domstolen har, i mål C-176/98, Holst Italia SpA, slagit fast att en anbudsgivare som inte själv har viss resurs får åberopa en annan leverantörs resurs, om kontraktet tilldelas honom. Anbudsgivaren måste dock vid anbudsgivningen kunna styrka att han har faktisk möjlighet att utnyttja den resurs som åberopas. Detta kan anbudsgivaren enligt EG-domstolen göra bland annat genom att han uppvisar ett samarbetsavtal eller liknande med den åberopade leverantören, i vilket den åberopade leverantören åtar sig att ställa resurs för uppdraget till anbudsgivarens förfogande. Det skulle strida mot kompletteringsförbudet att tillåta bolaget att komplettera sitt anbud med en moderbolagsgaranti efter det att anbudstiden gått till ända (jfr generaladvokat Lenz anförande i förslag till avgörande i mål C-87/94). En sådan garanti skulle således ha inkommit senast i samband med att bolaget gav in sitt anbud till kommunerna. Enligt kommunerna framgår det inte av bolagets anbud att man förfogar över moderbolagets ekonomiska resurser. Däremot framgår av handlingarna i ärendet att bolaget inte har tillräcklig egen ekonomisk resurs. Eftersom det ankommer på anbudsgivaren att styrka att kravet på ekonomisk stabilitet är uppfyllt och bolaget inte styrkt detta har bolagets anbud förkastats.

Bolaget: För att det ska vara fråga om en otillåten komplettering krävs att anbudet tillförs nya uppgifter eller ändras i något väsentligt avseende. I det aktuella fallet skulle det handla om att inge ytterligare stöd till varför en anbudsgivare har en tillräckligt stark ekonomisk ställning (trots att det inte krävs enligt förfrågningsunderlaget) vilket redan från början framgick av anbudet. Det är snarare fråga om en konkretisering av uppgifter som redan har lämnats i anbudet. Bolaget vill dock framhålla att det inte hade varit nödvändigt att komplettera anbudet med en moderbolagsgaranti för att uppfylla kravet i fråga (jfr Skatteverkets bedömning vid upphandlingen av flyttjänster för staten).

Kommunerna: Av Holst Italia domen (C-176/98) följer tydligt att det inte är tillräckligt att i en bilaga till ett anbud enbart hänvisa till – såsom bolaget gjort – ett moderbolags årsredovisning när annans ekonomiska kapacitet åberopas vid offentlig upphandling. Vid en eventuell framtida civilrättslig tvist mellan parterna i ett upphandlingskontrakt har en sådan hänvisning som bolaget gjort ingen som helst rättsverkan gentemot moderbolaget. Hänvisningen förpliktigar inte moderbolaget att ikläda sig något som helst ekonomiskt ansvar för de rättsverkningar som kan följa av bolagets förbindelse. Kammarrätten i Stockholm har den 21 april 2008 i mål nr 8859-07 slagit fast att det är tillräckligt och förenligt med affärsmässighetsbegreppet i 1 kap 4 § LOU – och därmed också med de EG-rättsliga principerna vid offentlig upphandling – att kontrollera anbudsgivarnas ekonomiska förmåga med hjälp av uppgifter från ett kreditupplysningsföretag. Enligt kammarrätten ska det framgå av förfrågningsunderlaget att den ekonomiska kontrollen sker på förevarande sätt. Av kommunernas förfrågningsunderlag framgår klart och tydligt att anbudsgivarnas ekonomiska förmåga skulle kontrolleras via ett kreditupplysningsföretag, Businesscheck.

Bolaget: Det avgörande i målet är att det ratinginstitut som kommunerna har använt sig av inte har beaktat det aktieägartillskott som omnämns i bo-

lagets förvaltningsberättelse för det aktuella året. Ratinginstitutet Businesscheck har bekräftat att det i denna del endast kunde utgå från det i årsredovisningen angivna egna kapitalet. Ratingen för bolaget hade varit avsevärt högre om Businesscheck hade tagit hänsyn till aktieägartillskottet.

Länsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har i första hand ifrågasatt om det är förenligt med principerna om likabehandling och proportionalitet att hänvisa till enbart ett ratinginstitut. I det aktuella förfrågningsunderlaget har anbudsgivare beretts inkomma med förklaring till eventuell uppvisad låg rating. Något generellt undantagande av bolag som uppvisat låg rating har således inte företagits från kommunernas sida. Med anledning härav finner länsrätten att förfrågningsunderlagets hänvisning till enbart ett ratinginstitut inte strider mot lagens krav på affärsmässighet och de EG-rättsliga principer som ligger däri.

Länsrätten har därefter att ta ställning till om kommunernas kvalificeringskrav på stabil ekonomi i övrigt varit förenligt med lagens krav på affärsmässighet. Kommunerna har anfört att det skulle strida mot kompletteringsförbudet att tillåta bolaget att komplettera sitt anbud med en moderbolagsgaranti efter det att anbudstiden gått till ända. Till stöd för sin talan har kommunerna bl.a. hänvisat till det av länsrätten i relevanta delar ovan återgivna avgörandet från EG-domstolen, mål C-176/98, Holst Italia SpA mot Comune di Cagliari. Av avgörandet framgår bl.a. att det vare sig är tillåtet att a priori utesluta viss bevisning eller att presumera att tjänsteleverantören förfogar över tredje mans resurser på grundval endast av att de tillhör samma koncern. Av den från bolaget ingivna förklaringen framgår att bolaget i samband med moderbolagets övertagande av verksamheten medvetet tagit några stora kostnader, bl.a. verksamhetsflytt och satsning på att kvalitets- och miljöcertifiering av verksamheten, som på sikt skall generera fler intäkter. Detta har under första verksamhetsår genererat en förlust vilken moderbolaget täckt upp via ett aktieägartillskott. Enligt länsrättens mening får det

av förklaringen även anses framgå att bolaget åberopar moderbolaget att som tredje man garantera bolagets ekonomiska stabilitet. Ett samarbetsavtal skulle dock ha varit erforderligt för kommunernas möjlighet att ta ställning till bolagets ekonomiska stabilitet. Länsrätten anser att en begäran från kommunernas sida om komplettering i form av en sådan garanti i det aktuella fallet inte skulle ha inneburit någon ändring av förhållandena i sak utan enbart skulle ha varit av förtydligande karaktär. Ett sådant förfarande hade således, enligt länsrättens mening, varit förenligt med de på området gällande EG-rättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Länsrätten finner mot bakgrund av vad som ovan anförts att det funnits skäl för antagandet att bolaget haft sådan ekonomisk stabilitet som efterfrågats och att kommunerna för att säkerställa eller möjligtvis frångå ett sådant antagande bort inhämta kompletterande yttrande från bolaget. När så inte skett kan kommunen inte anses ha haft ett tillräckligt underlag för att göra en sådan individuell bedömning som krävs. Vid nämnda förhållande får bolaget, genom vad som framförts i målet, anses ha visat att kommunerna brustit i fråga om konkurrensutsättande och affärsmässighet. Bolaget får också anses ha visat att den aktuella bristen, som undantagit bolaget från utvärderingen, har medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada varför förutsättningar för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU föreligger.

Länsrätten finner att den aktuella bristen endast har påverkat upphandlingen i det senare skede då prövning av anbud skall göras varför upphandlingen inte behöver göras om utan i stället rättas. Denna rättelse bör ske på så sätt att kommunerna gör en individuell bedömning av bolagets ekonomiska förhållande.

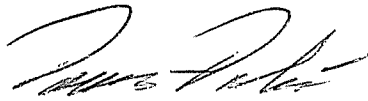
Länsrätten finner inte skäl att i detta sammanhang närmare pröva frågor i en eventuell utvärderingsfas gällande det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.

DOMSLUT

Med delvis bifall till bolagets yrkande förordnar länsrätten att aktuell upphandling, innan den får slutföras, skall rättas på sätt att individuell bedömning av bolagets ekonomiska förhållanden görs.

Genom detta beslut upphävs länsrättens tidigare beslut den 3 mars 2008.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1d)



Tomas Fredén



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.