



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Karin Erixon

DOM
2013 -02- 2 8
Meddelad i
Malmö

Mål nr
12566-12 E

SÖKANDE

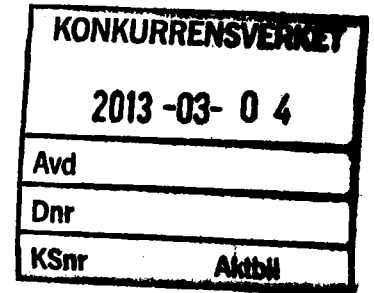
Helmark Buss Import AB, 556196-0914
Hyltevägen 25
285 32 Markaryd

MOTPART

ViSAB, 556116-8419
Augustenborgsgatan 26 B
214 47 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten förordnar att Malmö stad får avsluta upphandlingen 2012-00075 först sedan förnyad anbudsutvärdering skett vid vilken anbudet från Helmark Buss Import AB ska utvärderas.

Dok.Id 140572

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Det kommunala bolaget ViSAB genomför genom Malmö stad (kommunen) en upphandling benämnd ”Förskolebussar” med referensnummer 2012-00075 avseende inköp av upp till 15 st förskolebussar under hela avtalsperioden, d.v.s. två år från tecknande av avtal med möjlighet till förlängning på ytterligare ett år. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU.

Enligt tilldelningsbeslut har Kiitokori Oy (Kiitokori) tilldelats kontraktet. Helmark Buss Import AB (Helmark) har utslutits från utvärdering med hänvisning till att bolaget inte uppfyllt krav om ekonomiska och finansiella ställning.

I förfrågningsunderlaget anges i punkt 3.1.4 följande krav på anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning.

Leverantören ska ha en god och stabil ekonomisk ställning. Leverantören ska ha minst ranking fem (5) enligt kreditupplysning hos Business Check eller motsvarande rating hos likvärdigt kreditupplysningsinstitut på marknaden. Leverantörens ekonomiska ställning kontrolleras i Business Check av beställaren. Uppfylls kravet hos annat kreditupplysningsinstitut än angivet ska det intyget bifogas anbudet. Har leverantören sämre ranking än ovan nämnd finns möjlighet för anbudsgivare att på annat sätt styrka den ekonomiska ställningen genom intyg från bank samt förklaring och den upphandlande myndigheten gör i det fallet en individuell bedömning av företagets kreditvärdighet utifrån uppställda krav och inlämnade uppgifter. Intyg och uppgifter ska bifogas anbudet.

Om leverantören är ett nystartat bolag kan leverantör visa intyg från bank som visar att leverantör uppfyller kravet. Intyget ska bifogas anbudet. Leverantör som har annan bolags- eller organisationsform än aktiebolag eller handelsbolag, som exempelvis stiftelse, ideell eller ekonomisk förening, ska visa att företaget har en god och stabil ekonomisk ställning genom att bifoga senaste resultat och balansräkning samt bifoga intyg från bank.

Helmark har ansökt om överprövning av upphandlingen och anför i huvudsak följande. Helmark begär att upphandlingen justeras på så sätt att de underlag Helmark tillhandahåller bidrar till en aktuell, fördjupad och specifik analys av bolagets ekonomiska ställning och att sådan analys medför att Helmark kvalificeras till utvärderingen, och genom att det vinnande anbu-

det inte kvalificeras utan en mer djuplodande och aktuell analys från kommunen. Enligt den EU-rättsliga huvudprincipen om proportionalitet får den upphandlande enheten inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Det står även i strid mot kravet på affärsmässighet att enbart låta en rating vara avgörande för att förkasta ett anbud. En uteslutning enbart på grund av en soliditets-/likviditetsbedömning enbart baserad på en standardiserad rating är helt enkelt inte tillräckligt för att bedöma ett företags förmåga att leverera enligt upphandlingen. Det krävs en individuell analys som är relaterad till det specifika företaget och situationen i övrigt med hänsyn till avtalets omfattning och längd. Helmark har inga anmärkningar i betalhänseende samt en lång tradition på marknaden, varför risken enligt den egna bedömningen torde vara mycket försumbar. I Regeringsrättens dom, RÅ 2005 ref. 47, i en liknande upphandling underkändes rating som måttstock i detta hänseende. Det finns inget angett i lagtexten om Business Check eller rating varför slutsatsen dras att de endast kan utgöra en första preliminär analys av leverantörers ekonomiska ställning. Helmark har per telefon kontaktat Business Check och deras bedömning för en rating lägre än fem grundas i Helmarks fall på låg soliditet (andel eget kapital av totalt kapital) för årsbokslut 2011. Givet att det bundna egna kapitalet utökats och underlag ingetts i samband med anbudet bör bedömningen justeras. Tyvärr baseras Business Checks uppgifter i Helmarks fall på inaktuell och därmed för bedömningen icke relevant balansräkningsinformation som är närmare ett år gammal. Det är därmed skäligt att kommunen gör en mer ingående och aktuell bedömning. Enligt uppgift från Business Check så får ett nystartat aktiebolag eller handelsbolag rating fem. Detta under förutsättning att det inte finns betalningsanmärkningar, skatteskulder samt anmärkningar på styrelsen. Detta betyder att ett nystartat företag skulle bli godkänt enligt upphandlingens punkt 3.1.4 "Krav på anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning". I detta fall har kommunen valt att utesluta Helmark med hänvisning till punkt 3.1.4 utan att ta hänsyn till den aktuella inform-

ation som Helmark lämnade i samband med anbudet. Företaget Helmark är ett bolag som varit inaktivt i flera år och som därför inte heller haft behov av ett stort eget kapital. Detta har resulterat i att officiell kreditrating på detta bolag baserad på föregående bokslut blir ofördelaktig. Vidare framgår av punkt 3.1.4 i förfrågningsunderlaget att utrymme lämnas för ett alternativt sätt att styrka den ekonomiska ställningen och att myndigheten i det fallet gör en individuell bedömning av företagets kreditvärdighet. Helmark har lämnat in kompletterande information men kommunen har inte gjort någon individuell bedömning utan helt förlitat sig på den föråldrade ratingen från Business Check. Helmark skulle även kunna betraktas som ett nystartat företag med tanke på att verksamheten varit vilande i flera år fram till hösten 2012. Kommunen har också begärt kompletterande information efter att anbudstiden gått ut. Informationen avsåg kravspecifikationen i punkt 1.1.4 Anbudsprövning. Helmark svarade ja på alla krav och det finns inget ytterligare i kravspecifikationen som var oklart. Men kommunen begärde ingen kompletterande information vad avser punkt 1.1.3 trots att upphandlande myndighet senare valde att diskvalificera med hänvisning till denna punkt och därmed göra ytterligare utvärdering enligt punkt 1.1.4 överflödigt. Efter insättning av nytt bundet eget kapital den 30 oktober 2012 så har bolaget en mycket god finansiell ställning med soliditet på över 90 %, vilket är väsentligt mer än det vinnande budet från Kiitokori som har en soliditet på 7,9 % för den 31 mars 2012.

Kommunen har anfört i huvudsak följande. Det saknas förutsättningar för ingripande i enlighet med LOU. Tilldelningsgrund vid upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och utvärderingsmodellen framgår i punkt 3.4.1. i förfrågningsunderlaget. Helmark Buss Import AB:s anbud har inte utvärderats eftersom denne enligt kommunens bedömning inte uppfyller kvalificeringskravet på ekonomisk kapacitet. Inför varje tilldelning av kontrakt sker en kontroll avseende leverantörernas lämplighet av den upphandlande myndigheten. Kommunen har i egenskap av upp-

handlande myndighet rätt att, i enlighet med 11 kap. 2 § LOU, ställa krav på en lägsta nivå för anbudsgivares ekonomiska kapacitet. Omfattningen av kravet och den lägsta angivna nivån ska stå i proportion till vad det är som upphandlas. Kommunen upphandlar ett kontrakt till ett värde av ca 45 miljoner kronor och har kravställt kvalificeringsnivån avseende den ekonomiska kapaciteten i förfrågningsunderlagets punkt 3.1.4. Den nivå som fastställts är utifrån kommunens bedömning i proportion till kontraktsföremålet. Syftet med krav på den ekonomiska kapaciteten är att säkerställa den finansiella styrkan för att inte riskera att uppdraget inte kan fullföljas. Kommunen har i upphandling av förskolebussar fått in anbud från Helmark. Vid utvärdering av den sökandes ekonomiska kapacitet har kommunen kontrollerat rating i Business Check. Helmark har rating ett, det vill säga att kredit avrådes, och är således under den nivå som anges i förfrågningsunderlaget. I motsats till vad Helmark framfört har kommunen vid bedömning av dennes anbud och huruvida kravet på kapacitet är uppfyllt tagit hänsyn till och gjort en sammantagen bedömning av Helmarks inlämnade uppgifter och dennes rating. Bedömningen grundar sig således inte enbart på rating, vilket Helmark felaktigt anger i sitt yttrande. Kommunen gör bedömningen att Helmark inte uppfyller kravet på ekonomisk kapacitet samt att de uppgifter som Helmark inlämnat, d.v.s. balansrapport, intyg om insättning på bank och villkorat ägartillskott, inte styrker motsatsen. Således uppfyller inte Helmark samtliga kvalificeringskrav och kan därmed rätteligen inte heller gå vidare till utvärderingsfasen. Med anledning av den sökandes yttrande angående tilldelade leverantören Kiitokoris lämplighet, vill kommunen framföra att tilldelad leverantör har rating sex enligt Business Check samt uppfyller enligt kommunens bedömning kvalificeringskravet avseende den ekonomiska kapaciteten. Kommunen har genomfört handläggningen av upphandlingen i enlighet med LOU, dess grundläggande rättsprinciper och övrig tillämplig upphandlingslagstiftning. Helmark lider inte och riskerar inte heller att lida någon skada.

Helmark har svarat och anfört bl.a. följande. Det framgår av tilldelningsbeslutet att kommunen helt förlitat sig på Business Checks rating. Någon individuell bedömning nämns överhuvudtaget inte. Vad avser kreditrating för det vinnande anbudet så är det en ny uppgift att Kiitokori uppfyller rating sex enligt Business Check. Det framgår inte av tilldelningsbeslutet och något dokument som kan styrka detta påstående är inte bifogat kommunens skrivelse. Helmark har tidigare begärt och erhållit dokument som avser Kiitikoris anbud inklusive ett kreditutlåtande från Rating Alfa och dessa dokument kan inte heller styrka kommunens påstående. Vid en individuell kreditbedömning så är det uppenbart att Helmark med marginal uppfyller de krav som kommunen ställer beträffande ekonomisk kapacitet. Helmark har fått årsredovisning för år 2012 godkänd av Bolagsverket den 7 januari 2013. Året innehåller endast ett verifikat, nämligen insättningen av eget kapital i oktober 2012. Kommunen har fått information om detta i samband med upphandlingen.

Kommunen har svarat och anfört i huvudsak följande. Helmark framför nya uppgifter avseende den ekonomiska ställningen. Kommunen kan som upphandlande myndighet inte ta hänsyn till uppgifter som tillkommer ett anbud i efterhand. De tillkomna uppgifterna utgör inte en giltig komplettering och kommunen måste således grunda sin utvärdering på enbart de uppgifter som ursprungligen lämnades i anbudet.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget.

En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en leverantör i fråga om dennes ekonomiska förhållanden. De krav som ställs vid upphandlingen får däremot inte gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen.

Helmark har anfört att det vinnande bolaget Kiitokori inte uppfyller kraven på ekonomisk ställning i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner emellertid inte skäl att ifrågasätta bedömningen av Kiitokoris anbud i detta hänseende.

Vidare har Helmark anfört att kommunen agerat felaktigt då man inte gjort en individuell bedömning av Helmarks ekonomiska ställning. Det är ostridigt i målet att Helmark då anbud lämnades hade en lägre rating hos kreditupplysningsinstitutet Business Check än vad som efterfrågats. Helmark har i samband med inlämnandet av sitt anbud ingett balansrapport, intyg om insättning på bank och villkorat ägartillskott för att styrka sin ekonomiska ställning.

Helmark har sedermera under handläggningen av målet i förvaltningsätten inkommit med bl.a. en utskrift av en ny rating hos Business check i vilken anges att Helmarks rating sedan den 15 januari 2013 uppgår till sju. Av utskriften av Business Checks nya bedömning av Helmarks kreditvärdighet

framgår att ratingen ändrats då ett nytt bokslut har inkommit. Av bokslutet, som lämnats in till förvaltningsrätten, framgår att aktieägartillskott om 500 000 kr har skett i bolaget. Helmark insände i samband med sitt anbud handlingar till styrkande om att sådant tillskott av kapital skett, den uppgiften är således inte ny. Helmarks nya rating hos Business Check är en omständighet som ger ytterligare tyngd åt bolagets påstående om sin goda och stabila ekonomiska ställning. Enligt förvaltningsrättens mening har det redan av lämnat finansiellt underlag i anbudet kunnat bedömas att Helmark uppnått en kreditvärdighet som tillgodosett det krav som ställts upp i punkten 3.1.4. Ansökan ska således bifallas och upphandlingen får inte avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att också Helmarks anbud ska utvärderas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b LOU)



Jan Bratt



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. 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 ska 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 vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU