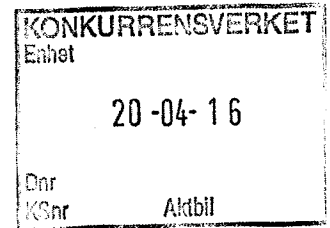




SÖKANDE
HH Traffic AB, 559033-5948

MOTPART
Eskilstuna kommun

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna kommun (Kommunen) genomför upphandlingen *Mattransporter*, dnr JG 19.140, i form av ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelning i upphandlingen sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Kommunen meddelade den 15 januari 2020 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Måltidsfabriken AB (Måltidsfabriken) tilldelades kontrakt i upphandlingen. Av upphandlingsprotokoll till beslutet framgår att tre anbud inkom i upphandlingen från Måltidsfabriken, HH Traffic AB (Bolaget) och TST Mälardalen AB (Mälardalen). Av dessa kvalificerades Måltidsfabrikens och Mälardalens anbud till anbudsutvärderingen. Bolaget diskvalificerades med motiveringen att det inte uppfyller ett krav enligt punkt 1.3.5 i upphandlingsdokumentet eftersom en av de angivna referenserna avser ett uppdrag avseende persontransporter och inte kan likställas med uppdrag avseende transport av varm mat alternativt transport av annat gods som kräver god tidspassning.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att Måltidsfabrikens anbud ska förkastas och att Bolagets anbud ska kvalificeras till anbudsutvärderingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Måltidsfabrikens kravuppfyllelse

Kommunen har brutit mot LOU genom att kvalificera Måltidsfabriken till anbudsutvärderingen trots att Måltidsfabriken inte uppfyller kravet avseende finansiell och ekonomisk ställning enligt punkt 1.3.2 Administrativa föreskrifter (AF).

Att kravet enligt punkt 1.3.2 AF är uppfyllt kan enligt upphandlarens egen redovisning i tilldelningsbeslutet bevisas på tre olika sätt: (i) i form av rating på 5 enligt Business Check i Sverige AB, (ii) i form av en framförd godtagbar förklaring samt (iii) genom att Beställaren efter anbudsgivning och efter en särskild förfrågan erhåller en tillräcklig garanti från anbudsgivare.

Måltidsfabriken hade vid tilldelningsbeslutet endast rating på 1 enligt Business check och uppfyller således inte det ställda kravet genom sin rating. Att ratingen ändrades från 1 till 6 efter det förändrar inte det faktum att bolaget vid tilldelningsbeslutet inte uppfyllde kravet på rating om 5.

Måltidsfabriken har inte heller lämnat godtagbara förklaringar till sin icke-kreditvärdighet. Enligt kreditupplysning från UC har Måltidsfabriken haft en skuld hos Kronofogdemyndigheten (KFM) under åtta av de senaste 24

månaderna. Måltidsfabrikens nuvarande ekonomiska ställning enligt samma kreditupplysning ger ingen trovärdighet i vad de ger som förklaring. Måltidsfabriken har genom åren samlat på sig oreglerade leverantörsskulder som slutligen hamnat hos KFM och att skylla på bristande brevlleveranser hos Postnord, för båda tillfällena när deras skulder har gett utslag hos KFM, är en solklar bortförklaring. Som alla, åtminstone företagare, känner till, alla oreglerade skulder följer av flertal påminnelser, kravbrev, inkassokrav och dylikt innan ärendet till slut hamnar hos KFM. Att skylla ifrån sig ovetskap om sina skulder är ofattbart och än mer oacceptabelt.

Den garanti som Måltidsfabriken har tagit fram av sitt moderbolag, Rasouli Invest AB (Rasouli), kan omöjligt utgöra en garanti för upphandlaren då för det första, både moderbolaget och dotterbolaget ägs och drivs av två och samma personer och för det andra, saknar moderbolaget själv också kreditvärdighet och deras ekonomiska ställning ser ännu sämre ut ur en revisionsberättelse. Enligt kreditupplysningar så saknar båda bolagen även revisor och detta är en god anledning att betvivla allvarligt även den inhyrda revisorns berättelse.

Bankgaranti från Handelsbanken omfattar endast en formell garanti där banken tar inget ansvar för bolagets affärsverksamhet och ekonomi. Banken säkrar sina utlånade medel genom bolagets ingångna avtal. Ingen bank kan gå som garant för något bolags ekonomi överhuvudtaget. Det som banken garanterar är att lämna kreditutrymme mot just det avtal som bolaget kommer att teckna med kommunen. Bankgarantin är för att bolaget ska kunna låna från banken och investera i maskiner och utrustning som behövs just för det avtalet och den kan användas av bolaget endast om bolaget tecknar ett avtal som innebär framtida intäkter för bolaget. Enligt ekonomins grunder utökas (genom bankgarantin) bolagets resurser samtidigt som bolagets skulder (till garanten) också utökas, vilket i sig innebär ingen förbättring i bolagets ekonomi utan snarare att bolaget genom en god affärspolicy kan

göra vinst av den investeringen eller tvärtom kan genom osunda drivandet av bolaget göra sig av med intäkter och driva bolaget i förlust. Således utgör bankgarantin ingen grund för bolagets ekonomiska stabilitet.

Enligt kreditupplysningen för Måltidsfabriken har bolaget fortfarande en aktuell skuld på 69 555 kr rapporterad från KFM så sent som den 10 januari 2020. Måltidsfabriken har påstått att bolaget har en vinstmarginal på över 10 procent genom hela året och samtidigt har presenterat en vinst för samma period (de första tio månaderna av 2019) på 3,5 miljoner kr vilket motsvarar en omsättning på 350 miljoner kr som i sin tur är helt osannolikt av ett bolag som tydligt har svårt att betala även sina små räkningar. Om Måltidsfabrikens presenterade balans- och resultaträkning stämmer, är detta dessutom ett starkt bevis att bolaget brutit mot aktiebolagslagen och följaktligen är obehörigt i sitt yrkesutövande. Enligt kreditupplysningar från UC saknar både moder- och dotterbolaget en godkänd eller auktoriserad revisor som de, enligt information på Bolagverkets hemsida, måste ha.

Måltidsfabrikens påstående om att de nyligen publicerat sitt andra bokslut och de medföljande slutsatser är helt felaktigt. Detta bevisas genom en enkel sökning av bolagets ärende hos Bolagsverket. Sökningen visar att Måltidsfabrikens årsredovisning har inkommit till Bolagsverket per 1 augusti 2019 och godkänts och registrerats den 14 augusti 2019, dvs. att bolagets årsredovisning har varit tillgängligt inte bara för UC utan även för vem som helst, bl.a. Kommunen att ta del av långt innan upphandlingen startar.

Bolagets uteshutning

Kommunen har inte tagit hänsyn till sista stycket i punkt 1.3.5 AF enligt vilket anbudsgivare som är nystartade och anbudsgivare som önskar börja ar-

beta inom ett för dem nytt produkt- eller tjänsteområde eller liknande, istället för efterfrågade referenser kan ange tidigare erfarenheter för ägaren eller anställda nyckelpersoner hos anbudsgivaren.

Kommunen accepterar en av Bolagets presenterade referenser som godtagbar erfarenhet medan den andra referensen inte godtas. Det är klart att Bolaget är en ny i mattransportbranschen och enligt ovan så skulle det räcka med att Bolagets ägare har relevanta erfarenheter vilka bevisats genom acceptans av första referensen. Därutöver besitter Bolaget erfarenhet av ett mattransportavtal och är verksamt i ett till upphandlingen relevant område och därmed bör inte utestängas av upphandlingen.

Mattransport i sig innebär tekniskt sett inga högre krav i jämförelse med persontransport. Enda skillnaden är att här ställer man krav på hygien vilket Bolaget redan har erfarenhet av genom presenterat befintligt mattransportavtal. Tidspassning för hämtning och lämning räknas som taxibranschens starka sida och här har Bolaget mer än tioårs erfarenhet. Bilarna och förarna uppfyller de obligatoriska kraven likaså själva Bolaget yrkesmässigt. Det är oklart vilka specifika erfarenheter beställaren konkret menar som kan tänkas saknas hos Bolaget och utgör grund för att utesluta Bolaget från upphandlingen.

Det finns ingen motsägelse i att Bolaget har presenterat referensuppdrag av pågående avtal för mattransport som skötts exemplariskt och att Bolaget har bytt sin riktning från persontransport till mattransport nyligen, sedan mars 2019.

Bolaget anser att Kommunen har brutit mot tillämplig lag och detta kommer att skada Bolaget i form av förlorade inkomster.

Kommunen

Upphandlingen och dess genomförande har uppfyllt LOU:s krav på proportionalitet, objektivitet, transparens och likabehandling.

Måltidsfabrikens kravuppfyllelse

Av punkten 1.3.2 AF framgår att anbudsgivaren ska ha en sådan ekonomisk och finansiell ställning som möjliggör att denne kan fullfölja sina åtaganden enligt kontraktstiden. Detta kan visas på tre olika sätt: (i) i form av rating på 5 enligt Business Check i Sverige AB, (ii) i form av en framförd godtagbar förklaring samt (iii) genom att Beställaren efter anbudsgivning och efter en särskild förfrågan erhåller en tillräcklig garanti från anbudsgivaren.

Måltidsfabriken hade vid tiden för tilldelningsbeslutet rating på 1 enligt Business Check i Sverige AB. Kommunen anser emellertid att Måltidsfabriken, med beaktande av den förklaring med tillhörande handlingar som återfinns i anbudet, det svar och revisorsutlåtande som Måltidsfabriken på begäran av Kommunen inkommit med samt den utfästelse om bankgaranti som Svenska Handelsbanken utställt till Måltidsfabriken med anledning av det kommande avtalet, uppfyller kravet på ekonomisk ställning i punkt 1.3.2 AF. Kommunen har vid utvärderingen förfarit helt i enlighet med vad som anges i upphandlingsdokumentet samt följt de upphandlingsrättsliga principerna genom hela processen.

Kommunen har dessutom gjort en ytterligare kontroll i Business Check i Sverige AB den 14 februari 2020. Kontrollen visar att Måltidsfabriken per detta datum hade en rating på 6. Ratingen ändrades från 1 till 6 den 19 januari 2020, vilket var två dagar efter att tilldelningsbeslutet meddelades i upphandlingen. Detta påvisar tydligt att Kommunen gjort en korrekt bedömning avseende kravet på ekonomisk och finansiell ställning.

Bolagets utslutning

Av punkt 1.3.5 AF framgår bl.a. att anbudsgivaren ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning samt att detta ska styrkas med två referenser på tidigare utförda uppdrag avseende transport av varm mat alternativt transport av annat gods som kräver god tidspassning.

Av Bolagets anbud framgår att en av de angivna referenserna avser ett uppdrag avseende persontransporter, vilket även har bekräftats av referensen. Detta kan inte likställas med uppdrag avseende transport av varm mat alternativt transport av annat gods som kräver god tidspassning. Transport av mat är tidskritisk eftersom maten ska levereras från tillagningskök till mot-tagningskök och sedan serveras vid en viss tid på exempelvis äldreboenden samt skolor. Kravet kan inte på något sätt anses vara oproportionerligt med tanke på hur viktiga dessa transporter är. Eftersom Bolaget därmed endast angett en referens som är godtagbar och kravet är att anbudsgivaren ska ange två referenser har Bolaget inte uppfyllt kravet i punkt 1.3.5. Anbudet kan därför, med beaktande av likabehandlingsprincipen, inte gå vidare till utvärderingen.

Kommunen ställer sig frågande till motsägelsen att Bolaget i ansökan om överprövning hävdar att Bolaget är en ny aktör inom mattransportbranschen samtidigt som det hävdas att Bolaget har erfarenhet från mattransportbranschen. Bolaget har i vilket fall inte åberopat några andra erfarenheter för ägare eller nyckelpersoner i sitt anbud än de referensuppdrag som angivits.

Med beaktande av det som anförts menar Kommunen att det saknas skäl att vidta åtgärder enligt LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlingsdokument

Av punkt 1.3.2 *Anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning* i AF framgår följande.

Anbudsgivaren ska ha en sådan ekonomisk och finansiell ställning som möjliggör att denne kan fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden. Kommunen kommer att kontrollera detta och som utgångspunkt kommer Business Check i Sverige AB kreditupplysning att användas. Anbudsgivaren ska ha en rating om minst 5 på den 10-gradiga skalan.

Om anbudsgivaren inte endast tillfälligt under de senaste 2 åren har haft en rating under 5, eller om dennes verksamhet är av sådan art att riskklassificering ej kan erhållas, ska denne ändå anses uppfylla dessa krav om en godtagbar förklaring kan lämnas som bevisar att anbudsgivaren innehar en ekonomisk och finansiell ställning som möjliggör att denne kan fullfölja sina åtaganden under kontraktstiden.

Kommunen kan komma att begära in till exempel en koncerngaranti eller bankgaranti från anbudsgivaren som bevis på anbudsgivarens ekonomiska stabilitet. I det fall Kommunen begär en koncerngaranti eller bankgaranti ska anbudsgivaren, på begäran av Kommunen, lämna en egen försäkran för det företag som utfärdat garantin. Den part som lämnar garantin ska inneha en stabil ekonomi och ha minst 5 på den 10-gradiga skalan som nämns ovan.

Av punkt 1.3.5 *Teknisk och yrkesmässig kapacitet – referenser* framgår, såvitt här är relevant, följande.

Anbudsgivaren ska ha den tekniska förmågan och kapaciteten samt erfarenheten som krävs för att genomföra aktuellt uppdrag med en för Kommunen godtagbar kvalitet.

Anbudsgivaren ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste tre (3) åren. Detta ska styrkas med referenser (2 st.) på tidigare utfört uppdrag avseende transport av varm mat alternativt transport av annat gods som kräver god tidspassning. Även pågående, icke avslutade, referensuppdrag accepteras under förutsättning att minst tre månader av avtalsperioden för uppdraget är fullgjort.

[...]

Anbudsgivare som är nystartade, anbudsgivare som önskar börja arbeta inom ett för dem nytt produkt- eller tjänsteområde eller liknande, kan istället för ovan efterfrågade referenser ange tidigare erfarenheter för ägaren eller anställda nyckelpersoner (relevanta för efterfrågat åtagande) hos Anbudsgivaren. I de fall tidigare erfarenheter från ägaren eller anställda nyckelpersoner åberopas ska en beskrivning, på förfrågan av Kommunen, skickas in till Kommunen som redovisar vilken erfarenhet ägaren eller den anställda har i relation till det som efterfrågas i denna upphandling. På begäran av Kommunen ska anbudsgivaren också kunna redovisa relevanta referenser för tidigare erfarenhet inom området för ägaren och eller den anställda.

Förvaltningsrättens bedömning

De obligatoriska krav som ställs för upphandlingen ska normalt vara uppfyllda till fullo i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2016 ref. 37).

Bolaget har i målet bl.a. gjort gällande att Bolaget felaktigt uteslutits från anbudsutvärderingen eftersom Bolaget uppfyller det krav som ställts i punkt 1.3.5 AF.

Bolaget har beträffande den aktuella punkten i sitt anbud angett att kravet uppfylls och angett två referenser, en avseende ett uppdrag för Heby kommun avseende mattransport, pågående sedan mars 2019, och en avseende ett uppdrag för Uppsala kommun. För det senare uppdraget har angiven referent på Uppsala kommun bekräftat att det har avsett persontransporter. Kommunen har inte godkänt det aktuella uppdraget med motiveringen att uppdrag avseende persontransport inte kan likställas med uppdrag avseende transport av varm mat alternativt transport av annat gods som kräver god tidspassning, såsom kravet ställts.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det av punkten 1.3.5 AF klart och tydligt framgår att anbudsgivare, för att styrka att denne har erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning, ska lämna in två referenser på tidigare utförda uppdrag samt att dessa ska avse transport av varm mat alternativt transport av annat gods som kräver god tidspassning. Utifrån kravets ordalydelse och innebörd framstår det vidare som klart att uppdrag som avsett persontransporter inte kan anses vara uppdrag av liknande art och omfattning eftersom dessa varken avser transport av varm mat eller transport av annat gods som kräver god tidspassning.

Förvaltningsrätten anser att det ställda kravet mot bakgrund av föremålet för aktuella upphandling inte kan anses vara för långtgående utan framstår som nödvändigt och relevant för att uppnå det eftersträvade syftet, nämligen att de tidskritiska matleveranserna ska utföras i tid och på korrekt sätt.

Förvaltningsrätten konstaterar att Bolaget, utifrån det ovan anförda, har lämnat endast en referens som styrker att Bolaget har erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning. Detta gäller oberoende av om Bolaget kan anses vara nyetablerad inom mattransportbranschen och kunna använda sig av ägarens tidigare erfarenheter, något som Bolaget för övrigt inte heller åberopat i sitt anbud. Bolaget uppfyller således inte det ställda kravet i punkten 1.3.5 AF och Kommunen har därmed haft rätt att diskvalificera Bolaget från anbudsutvärderingen.

Mot bakgrund av denna bedömning samt den omständigheten att det i upphandlingen, utöver tilldelad leverantör, finns ytterligare en kvalificerad anbudsgivare vars anbud inte ifrågasätts av Bolaget kan Bolaget inte lida skada av en möjlig överträdelse avseende kvalificeringen av Måltidsfabriken (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 6420-15). Det påstådda felet beträffande utvärderingen av Måltidsfabrikens anbud bedöms inte hel-

ler av sådan karaktär att det på ett påtagligt sätt riskerar att medföra konkurrensbegränsande effekter på ifrågavarande anskaffningar och Bolaget kan inte heller av det skälet anses kunna lida skada på det sätt som åsyftas i 20 kap. 6 § LOU (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål 2809-17). Slutligen gör varken Bolaget gällande eller det i övrigt framkommer skäl att anta att Kommunen, för det fall Bolagets talan bifölls, skulle kunna besluta att avbryta förfarandet och inleda ett nytt upphandlingsförfarande av det skälet att det kvarvarande kvalificerade anbudet från Mälardalen inte i tillräcklig utsträckning motsvarar Kommunens förväntningar (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-333/18 Lombardi). Vad Bolaget anfört beträffande Måltidsfabrikens kravuppfyllelse prövas därför inte av förvaltningsrätten.

Sammanfattningsvis föreligger inte skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU på de av Bolaget anförda grunderna. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Tomas Kjellgren

Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark



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 rättstillämpningen.
- 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.

