



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2017-03-28
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 524-17
 525-17

SÖKANDE

Tjörnarps Buss & Åkeri AB, 556351-9965
 Skogsv 1
 243 72 Tjörnarps

Ombud: Advokat Lars Blad
 Advokatfirman Stjerdahl & Wikborn AB
 Frykholmsgatan 8 A
 281 31 Hässleholm

MOTPART

Hässleholms kommun
 281 80 Hässleholm

KONKURRENSVERKET	
2017-03-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Tjörnarps Buss & Åkeri AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 362906

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Hässleholms kommun (HLM) genomför två upphandlingar av skolskjuts benämnda "*Upphandling av Skolskjuts del 1*" (dnr 2016/611) respektive "*Upphandling av Skolskjuts del 2*" (dnr 2016/631).

Av tilldelningsbeslut den 12 januari 2017 framgår att HLM har beslutat att i "*Upphandling av Skolskjuts del 1*" teckna avtal med Röke Buss AB i sex delområden i upphandlingen och med Bergkvarabuss AB i ett delområde. Vidare framgår att kommunen beslutat att i "*Upphandling av Skolskjuts del 2*" teckna avtal med Bergkvarabuss i fyra delområden, med Taxi-Kenth i Knäred AB i tre delområden samt med Röke Buss AB i ett delområde.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Tjörnarps Buss & Åkeri AB (Tjörnarps) ansöker om överprövning av upphandlingarna och yrkar, sedan yrkandet justerats, i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingarna inte får avslutas innan rättelse har skett genom att en ny anbudsutvärdering inkluderande även Tjörnarps anbud har genomförts. Som grund för sina yrkanden anför Tjörnarps bl.a. följande.

HLM har i förfrågningsunderlagen för båda upphandlingarna angett kvalifikationskravet att anbudsgivaren ska ha "god finansiell ställning". I punkt 3.5 anges att detta ska-krav anses uppfyllt om anbudsgivaren vid kontroll hos kreditupplysningsbolaget Creditsafe får uppgiften att anbudsgivaren åsatts en "rating" på (minst) 40. Där anges också - så som texten tordes tolkas - att om denna Creditsafe rating om 40 inte föreligger kan anbudsgivaren styrka god finansiell ställning på annat sätt.

Kort innan anbudets ingivande framkom att Tjörnarps – som våren 2016 hade en Creditsafe-rating på 66 – av en oförklarlig anledning nu helt sak-

nade Creditsafe-rating. Detta trots att Tjörnarps finansiella ställning om något hade blivit ännu bättre än på våren 2016. I efterhand har kunnat konstateras att den saknade Creditsafe-ratingen berott på ett fel i den till Bolagsverket ingivna årsredovisningen för Tjörnarps verksamhetsår 2015. Årsredovisningen utvisade tyvärr av misstag en liten differens mellan tillgångar och skulder/eget kapital med beloppet 1 893 kr, vilket ensamt medförde att Creditsafe inte längre kreditrankade Tjörnarps. Uppgiften om att även en bokslutskommentar om att ”betalning av skatter och avgifter ej skötts korrekt” haft betydelse för den saknade Creditsafe-ratingen är felaktig. Detta framgår direkt och är uppenbart genom att det på sidan två i Creditsafe-dokumentet framgår att en dylik kommentar funnits även för de tidigare verksamhetsåren 2013 och 2014 – utan att detta medfört förlust av ratingen. Det står således helt klart att det enbart är differensen i balansräkningen som har medfört rankingförlusten i juli 2016. Detta framstår än mera klart genom att Creditsafe efter att årsredovisningen korrigerats återigen har tilldelat Tjörnarps en rating om 77.

På grund av den mycket korta återstående anbudstiden hanns inte med att utreda och rätta Creditsafe-ratingen. Tjörnarps uppdrog därför åt sin auktoriserade revisor på KPMG att utfärda ett intyg över bolagets finansiella ställning och ingav detta revisorsintyg samt ett godkännande dokument utvisande att bolaget hade uppfyllt Kammarkollegiets krav på resegarantier.

Den auktoriserade revisorns undertecknade utlåtande över bolagets finansiella ställning är att anse som ett revisorsintygande även om orden inte innehåller orden intyg/intygare. Det finns inga formkrav för dylika intyg. Avgörande är innehållet i sig och att det undertecknats av revisorn.

Syftet med att bifoga Kammarkollegiets godkännande av resegarantierna var att visa att Tjörnarps hade och har en sådan god finansiell ställning att man

kunnat anskaffa och vidmakthålla dessa omfattande lagstadgade resegarantier.

HLM har vid sina anbudsprövningar inte korrekt beaktat Tjörnarps till anbudena bilagda underlag utvisande att bolagets finansiella ställning på annat sätt än genom Creditsafe-rating 40. Dessa dokument visar sammantaget att Tjörnarps uppfyller kravet på god finansiell ställning, varför anbudena skulle ha godkänts.

HLM har, förutom att inhämta tillskottsuppgifter från Creditsafe, även inhämtat uppgifter från UC ”vid sidan om” vad som gäller anbudsprövningen enligt villkoren i förfrågningsunderlaget. Uppgifterna från UC har HLM även utan kommunikering lagt till grund för anbudsprövningen till Tjörnarps nackdel. HLM:s agerande utgör ett allvarligt brott mot kraven som stadgas i 1 kap 9 § LOU om likabehandling och transparens. HLM:s olovliga och hemliga inhämtande av ”sidoinformation” och underlåtenhet att kommunicera denna med Tjörnarps är en så allvarlig regelöverträdelse att den medför att det finns skäl att underkänna upphandlingarna i deras helhet.

HLM hävdar att man haft rätt att inhämta uppgifter på annat håll och även lägga dessa till grund för anbudsprövningarna. Kommunen hänvisar till stöd för detta agerande till Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 665-11. Detta är inte någon hållbar grund då det i upphandlingen avhandlad i målet explicit fanns angivet i förfrågningsunderlaget att kommunen hade rätt att själv inhämta upplysningar om de företag som lämnat anbud. En sådan rätt stadgas inte i förfrågningsunderlagen till de nu aktuella upphandlingarna.

Tjörnarps riskerar att lida stor ekonomisk skada om upphandlingarna inte görs om, då bolaget i sådant fall avskärs från möjligheten att vinna skolskjutsupdrag i de nya upphandlingarna.

Hade anbuden prövats rätteligen skulle de ha godkänts för utvärderingsfasen, varvid Tjörnarps skulle ha tilldelats kontrakt för de sex områden i "Upphandling av Skolskjuts del 1" och för de fem områden i "Upphandling av Skolskjuts del 2" där Tjörnarps erbjudit lägsta pris, vilket är det enda utvärderingskriteriet. Tjörnarps kommer därmed att lida mycket stor ekonomisk skada om yrkad rättelse inte sker.

HLM bestrider ansökan och anför bl.a. följande. Vid kontroll av Creditsafe erhöll Tjörnarps omdömet "Ingen ratingberäkning" med hänvisning till kommentar till bokslutet. Dvs. Tjörnarps uppfyllde inte kvalificeringskravet på detta sätt. De handlingar som Tjörnarps bifogat sitt anbud utreddes när det utreddes om anbudet var kvalificerade för vidare prövning.

Det som Tjörnarps hänvisar till som revisorsintyg bedömer HLM saknar grund för att betecknas som "Intyg" då det inte betecknas som revisorsintyg utan rubriceras som "Kommentar avseende Tjörnarps Buss AB:s ekonomiska ställning", vilket är något helt annat. I dokumentet återfinns inte orden "intyg" eller "intygar". I dokumentet anges att revisorn har svårt att förklara vilka grunder Creditsafe har för sin bedömning. Att kommentarerna bygger på oreviderade uppgifter (dvs. ej av revisorn granskade uppgifter) innebär att dokumentet på intet sätt kan ses som ett intyg utan är just vad rubriksättningen anger, en kommentar.

För att göra en bedömning av påståendet i "Kommentarerna" skickades handlingen till Creditsafe för att Creditsafe skulle få kommentera detta. Av svaret från Creditsafe framgår tydligt att det förutom brister i bokslutet även var "Betaling skatter och/eller avgifter har ej skötts korrekt", vilket revisorerna påpekade i de tre senaste årsboksluten, som utgjorde grunden för Creditsafes omdöme "Ingen ratingberäkning". För att ytterligare undersöka så gjordes en sökning i UC. Enligt HLM finns en verifierad grund för Creditsafes bedömning.

Avseende hänvisningen till Kammarkollegiets godkännande av säkerhet så omfattas skolskjuts av elever till och från skolor inte av resegarantin. Dessutom anges det längst ned på Kammarkollegiets godkännande att uppgifter för ny prövning av säkerhet ska ha inkommit den 1 december 2016. Detta indikerar att uppgifterna inte gällde vid sista anbudsdag som var den 19 december 2016 för bägge upphandlingarna.

HLM bestrider påståendet att någon sidoinformation har varit grund för utslutning av Tjörnarps anbud. Kommunen har gjort en noggrann undersökning av omdömet från Creditsafe, vilket omfattade att ställa frågor om ratingen till Creditsafe, och en noggrann prövning av de dokument som ingår i Tjörnarps anbud. Det gjordes även en avstämning med uppgifter från UC för att undersöka om de gjorde en annan bedömning. Det kunde konstateras att uppgifterna i Creditsafe var tillförlitliga och att Tjörnarps anbud inte uppfyllde det i förfrågningsunderlaget ställda kravet.

Vid HLM:s undersökning och prövning har konstaterats att Tjörnarps anbud inte på något sätt uppfyllt det ställda kravet på "en god finansiell ställning", på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget. I enlighet med Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 665-11 kan en upphandlande myndighet genomföra en noggrannare prövning utan att det strider mot likabehandlingsprincipen. Därmed bestrids påståendet att HLM:s noggrannare prövning strider mot likabehandlingsprincipen.

HLM har inte på något sätt kunnat finna att Tjörnarps har uppfyllt kvalificeringskravet; "En god finansiell ställning" i enlighet med förfrågningsunderlaget. Tjörnarps har därmed inte varit kvalificerad för vidare prövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

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. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

För ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs att det kan konstateras att upphandlande myndighet har handlat i strid med LOU och att sökanden lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av detta.

Tjörnarps gör gällande att HLM handlat i strid med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen genom att inhämta information ”vid sidan om” lämnade anbud från UC och att Tjörnarps anbud felaktigt förkastats vid de båda upphandlingarna.

Anbud som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda krav får inte antas utan måste förkastas.

Tjörnarps har fått sina anbud i upphandlingarna förkastade eftersom de inte ansetts uppfylla följande i förfrågningsunderlagens administrativa föreskrifter, punkt 3.5, uppställda krav på anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning:

”Anbudsgivaren skall ha en god finansiell ställning. HLM kommer att göra en kreditupplysning via Creditsafe för att säkerställa att kravet uppfylls. En god finansiell ställning motsvaras av en rating på 40 av Creditsafes. Om HLM finner att en god finansiell ställning inte uppfylls, kan anbudet komma att förkastas om inte anbudsgivaren kan styrka god finansiell ställning på annat sätt.

.....

Om anbudsgivaren ej uppfyller kravet på god finansiell ställning (dvs. erhåller en rating understigande 40 och ej kan styrka en god finansiell ställning på annat sätt) eller som nystartad inte kan styrka kravet på annat sätt kan anbudsgivaren åberopa annat företags ekonomiska kapacitet om anbudsgivaren kan visa att denne förfogar över de resurser som krävs från åberopat företag.

Intyg om att anbudsgivaren kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, t ex genom koncerngaranti eller liknande skall, i så fall, lämnas tillsammans med anbudet. Önskar anbudsgivare åberopa andra intyg till styrkande av kravet skall dessa bifogas anbudet.”

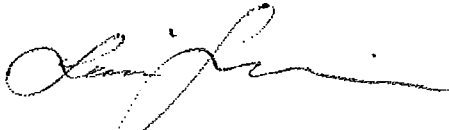
Det är ostridigt att Tjörnarps vid tidpunkten för anbudens inlämnande inte hade en rating hos Creditsafe om minst 40. Det har därmed, i enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget, ankommit på Tjörnarps att i sitt anbud styrka god finansiell ställning på annat sätt. Frågan är således om Tjörnarps genom inlämnande handlingar i form av Kammarkollegiets godkännande av säkerhet och auktoriserad revisors ”Kommentar avseende Tjörnarps Buss AB:s ekonomiska ställning” kan anses ha styrkt en god finansiell ställning - dvs. en ekonomisk och finansiell ställning som kan anses motsvara en rating om minst 40 hos Creditsafe - på annat sätt. Förvaltningsrätten anser inte att kommentarerna från revisor, som bygger på oreviderade uppgifter, och Kammarkollegiets godkännande av säkerhet vare sig var för sig eller tillsammans kan anses innebära att Tjörnarps styrkt en god finansiell ställning, i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlag till aktu-

ella upphandlingar. HLM har därmed haft fog för att förkasta anbuden från Tjörnarps.

Vid denna bedömning kan Tjörnarps inte anses lida eller kunnat komma att lida skada av att HLM inhämtat ytterligare uppgifter om bolaget från UC. Eftersom skaderekvisitet måste vara uppfyllt för att ett ingripande ska kunna bli aktuellt saknas anledning för förvaltningsrätten att i sak ta ställning till om HLM:s inhämtande av uppgifter från UC strider mot principerna om transparens och likabehandling.

Tjörnarps ansökan om ingripande enligt LOU ska således avslås.

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



Louise af Klint

Anna Aktermo har föredragit målen.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.