



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Christian Härdgård

DOM
2011-06-15
Meddelad i
Malmö

Mål nr
4427-11 E

SÖKANDE

Avhämtningsbolaget i Skåne AB, 556847-3937
Mariedalsvägen 66
217 61 Malmö

Ombud:

Advokat Sven-Eric Ohlsson
Advokatfirman Sven-Eric Ohlsson AB
Adelgatan 9
211 22 Malmö

MOTPART

Polismyndigheten i Skåne län
205 90 Malmö

Ombud:

Mattias Berger
Rikspolisstyrelsen
Upphandlingssektionen
Box 12256
102 26 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), i dess lydelse fr.o.m. den 15 juli 2010

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Avhämtningsbolaget i Skåne AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2011-06-16	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Polismyndigheten i Skåne län (nedan Polisen) genomför en upphandling av polititransporter, dnr. PSV-409-869/11, i enlighet med bestämmelserna som gäller för öppet förfarande enligt LOU. Av utvärderingsrapport daterad den 19 april 2011 framgår att anbudet från Avhämtningsbolaget i Skåne AB (nedan Avhämtningsbolaget) förkastats då det inte ansetts uppfylla skall-krav avseende ekonomisk ställning samt tidigare åtaganden.

Förutsättningar enligt förfrågningsunderlaget

Under punkten 6.2 ”Ekonomisk ställning” återfinns följande.

”Anbudsgivaren skall ha en sådan ekonomisk ställning att anbudsgivaren kan upprätthålla kontraktet som den upphandlande myndigheten avser tilldela under hela dess giltighetstid, inklusive eventuella förlängningsår”.

Under punkten 6.3 ”Tidigare åtaganden” återfinns följande.

”Anbudsgivaren skall bifoga anbudet en förteckning över de tre viktigaste uppdragsgivarna, för vilka anbudsgivaren har utfört tjänster avseende omhändertagande av avlidna, under de tre (3) senaste åren”.

Under punkten 7.3 ”Kontroll av ekonomisk ställning” återfinns följande.

”Rikspolisstyrelsen kommer att genomföra en individuell prövning av varje anbudsgivares ekonomiska ställning, i syfte att utröna huruvida anbudsgivaren kan upprätthålla kontraktet som den upphandlande myndigheten avser tilldela. Rikspolisstyrelsen kommer att begära en kreditupplysning

från kreditupplysningsföretaget UC AB och prövningen sker med utgångspunkt från att anbudsgivarens riskklass inte är lägre än tre (3) baserat på uppgifter från det senaste registrerade och avslutade räkenskapsåret i enlighet med UC AB:s skala. I det fall UC AB inte riskklassificerar anbudsgivaren (gäller exempelvis utländska företag) eller i det fall anbudsgivarens riskklass inte är baserad på uppgifter från det senaste avslutade räkenskapsåret eller i övrigt inte är baserat på ekonomiska värden (gäller exempelvis ekonomiska föreningar) kan anbudsgivaren visa sin ekonomiska ställning genom att bifoga anbudet sin årsredovisning från det senaste registrerade och avslutade verksamhetsåret eller annan lämplig handling, såsom kreditupplysning från ett annat kreditupplysningsföretag, exempelvis Dun & Bradstreet. Inlämnade handlingar får inte vara äldre än tre (3) månader från den sista dagen att inkomma med anbud”.

Under punkten 7.4 ”Kontroll av kapacitet” återfinns bl.a. följande.

”Anbudsgivaren skall redogöra för sin tekniska kapacitet, förslagsvis i bilagt Anbudsformulär och foga det till anbudet. Följande uppgifter skall framgå:

- a) en förteckning över de tre (3) viktigaste uppdragsgivarna, för vilka anbudsgivaren har utfört uppdrag avseende omhändertagande av avlidna under de tre senaste åren.

Rikspolisstyrelsen kommer att basera sin bedömning av anbudsgivarens tekniska kapacitet utifrån den information som framgår i anbudet”.

Parternas yrkanden och argumentation

Avhämningsbolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska utvärderas och att bolaget ska tilldelas kontrakt för områdena POSS, POMA och POMS. Som stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Som framgår av utvärde-

ringsrapport så har Avhämtningsbolaget diskvalificerats på grund av man inte visat förekomsten av sådan ekonomisk ställning till kontraktet som Polisen begär. Avhämtningsbolagets ägare är Jan Bolejko. Han äger 100 % av aktierna. Denne äger också ett handelsbolag, vilket han ägt sedan år 2000. Det är ett handelsbolag som numera heter Blomsterhandlaren HB. Handelsbolaget expanderade sin verksamhet under juni 2009 till att jämväl avse begravningsfirma. Namnet på denna är Davidshalls Begravningsbyrå.

Med anledning av kravet på ekonomisk ställning har Jourtransport Örestad AB ställt en fråga till Polisen. Denna fråga går ut på att Jourtransport Örestad AB inte kan visa någon årsredovisning och ekonomisk ställning beroende på att bolaget är ett ungt bolag. Som svar på denna fråga har Polisen angett att riskklassificeringen enligt UC-AB enbart är en utgångspunkt för bedömningen och är inte att likställa med ett absolut krav. Detta hade Avhämtningsbolaget förutsett så redan i sitt anbud har Avhämtningsbolaget ingett handelsbolagets årsredovisning, dvs. det handelsbolag som ovan angetts. Polisen har angett att ”Ingen riskklass enligt UC, bifogad årsredovisning avser annan firma, inget åtagande dem emellan.” Det är Jan Bolejko som äger handelsbolaget tillsammans med hustrun Anetta. Jan Bolejko äger 100 % av aktierna i Avhämtningsbolaget. Således finns ett samband med den till polisen ingivna årsredovisningen och aktiebolaget. Ägaridentitet föreligger således beträffande Jan Bolejko. Polisen har uppenbarligen inte gjort en UC-slagning på Blomsterhandlaren och Avhämtningsbolaget. I sådant fall skulle Polisen noterat att UC:s kreditomdöme är riskklass 5 (lägsta möjliga) och riskprognos 0,23 %. Genom företedda handlingar har Avhämtningsbolaget visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser under aktuell kontraktstid och överskådlig framtid överhuvud. Polisen blandar i detta mål felaktigt ihop ”letter of intent” eller annan avtalsförklaring, vilket inte är aktuellt i detta mål, med verkliga gällande förhållanden troligen i syfte att omfokusera från sakfrågan till ovidkommande spørsmål. Koncernförhållande råder.

Vad gäller begäran om referenser kan Avhämtningsbolaget givetvis inte ställa upp och uppfylla detta krav såsom det anges i förfrågningsunderlaget. Däremot överlämnar Avhämtningsbolaget CV på samtliga personer som arbetar i bolaget. Det bör också omnämnas att man tidigare utfört transporter och själv utför transporter i begravningsverksamheten genom Davidhalls Begravningsbyrå. Det finns således en lång och gedigen erfarenhet av detta. Åberopande av CV utvisar den kompetens som Avhämtningsbolaget förfogar över. Något som är mer avgörande och tillfredsställande än referenser, vars kvalitet ej kan avgöras. Det torde framstå som uppenbart för envar att referenser är kontrollerade av lämnaren innan de lämnas. Referenser är ren formalia utan sakligt värde. Om det skulle förhålla sig som Polisen anger skulle "nya företag" som innehar kompetens och ekonomi ej göra sig besvär att lämna anbud. Ett sådant agerande från uppköpare strider mot den fria företagsamheten som är en av grundpelarna såväl inom EG som i Sverige. Det skulle leda till en konkurrensbegränsning, ytterligare en omständighet som strider mot EG-rätten och svensk rätt. I sammanhanget åberopas och refereras till likställighetsprincipen eftersom Polisen är en myndighet och inblandade parter skall behandlas på ett likställigt sätt enligt de regler som gäller.

Polisen motsätter sig bifall till Avhämtningsbolagets talan och anför i huvudsak följande. Vad gäller Avhämtningsbolaget har kreditupplysning begärts och erhållits från UC AB. Av denna framgår att någon riskklassbedömning inte kan göras bl.a. till följd av att bolaget inte anses som aktivt. Utgångspunkten för den individuella prövningen av bolagets ekonomiska ställning är därmed att bolaget inte har någon ekonomisk ställning. För detta fall krävs, så som anges i andra stycket i punkten 7.3, att den ekonomiska ställningen hos anbudsgivaren kan styrkas på annat sätt. Exempelvis kan detta ske genom att årsredovisning eller revisorsutlåtande avseende anbudsgivarens egen ekonomi bifogas anbudet, eller genom att till anbuds-

givaren extern fysisk eller juridisk person garanterar att anbudsgivarens egna ekonomiska ställning är tillräckligt god.

Avhämtningsbolaget har till visande av att bolaget har erforderlig ekonomisk ställning, bifogat en årsredovisning för företaget Blomsterhandlaren HB. Blomsterhandlaren, som visserligen ägs av samma person som även äger bolaget, är oaktat ägarförhållandena ett från bolaget separat företag med skild företagsform och ekonomi. Inte heller kan det utifrån uppgifterna i bolagets anbud utläsas att de bägge bolagen ingår i samma koncern. Blomsterhandlarens ekonomiska ställning är därmed skild från och inte densamma som bolagets ekonomiska ställning varför den bifogade årsredovisningen som sådan inte kan godtas som bevis på bolagets ekonomiska ställning. Inte heller kan årsredovisningen anses som en garanti för bolagets egna ekonomiska ställning. Med beaktande av detta förhållande har polisen valt att beakta bolagets hänvisning till Blomsterhandlarens ekonomiska ställning som ett åberopande av annans kapacitet i enlighet med vad som anges i 11 kap. 12 § LOU. Enligt denna bestämmelse får en anbudsgivare vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa bl.a. andra företags ekonomiska kapacitet som sin egen och därmed uppfylla eventuella krav i en upphandling under förutsättning att anbudsgivaren tillhandahåller ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visar att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras. För att ett erforderligt åtagande ska anses föreligga krävs i enlighet med vad som anges i 11 kap. 12 § LOU att anbudsgivaren kan visa på att den verkligen kommer att förfoga över den åberopade kapaciteten i det andra företaget. Åtagandet måste med andra ord ge uttryck för en rättslig bindenhet mellan anbudsgivaren och det andra företaget. Av detta följer att ett ”letter of intent” eller annan liknande avsiktsförklaring inte kan anses visa på ett faktiskt förfogande över det andra företagets resurser.

I det aktuella fallet har Avhämtningsbolaget till sitt anbud vare sig fogat något åtagande eller på annat sätt visat att det kommer att förfoga över Blomsterhandlarens ekonomiska resurser. Ägarförhållandet i dessa företag och vad som anförts kring detta förhållande i ansökan från bolaget kan likt vad som anförts ovan, inte i sig anses utgöra ett tillräckligt bevis på förfogande över nödvändiga resurser med tanke på att företagen är skilda verksamheter utan koncernförhållande eller liknande. Sammantaget har Avhämtningsbolaget således inte förmått visa på att kravet på viss ekonomisk ställning uppfylls. Sakligt skäl för att förkasta anbudsgivaren och anbud från fortsatt utvärdering har förelegat varför förkastandet inte har varit i strid med vare sig LOU eller de unionsrättsliga principerna på vilka LOU bygger.

Avseende tidigare åtaganden synes Avhämtningsbolaget vitsorda det förhållandet att bolaget inte har lämnat in några referenser och därmed även att bolaget inte uppfyller det ställda skall-kravet vilket innebär att polismyndigheten har haft fog för att förkasta bolaget och dess anbud från vidare prövning. De CV som bolaget har fogat till anbudet kan inte anses utgöra bevis för tidigare utförda åtaganden på det sätt som krävs enligt anbudsfrågan. Emellertid har bolaget även åberopat att kravet på tidigare åtaganden ställning som sådant inte kan utgöra något hinder mot en fortsatt prövning eftersom det i sådant fall skulle innebära att ett nystartat bolag aldrig skulle kunna komma ifråga.

Polisen bestrider det anförda med hänvisning till att kravet tidigare åtaganden som sådant är möjligt att ställa med stöd av 11 kap. 11 § punkten 2 LOU samt att en anbudsgivare som själv inte har utfört efterfrågade uppdrag kan åberopa annat företags kapacitet. Ett nystartat företag har således möjlighet att delta och utesluts inte per definition från upphandlingen. Avhämtningsbolaget har själv i sin ansökan uppgett att det tidigare utfört transporter och själv utför begravningsverksamhet genom Davidshalls Be-

gravningsbyrå och att det därmed finns en lång och gedigen erfarenhet. Davidshalls Begravningsbyrå har visserligen angetts som underleverantör men bolaget har underlåtit att i sitt anbud ta med de nu anförda förhållandena fastän möjlighet till detta har funnits. Den uppkomna bristen i anbudet kan inte ligga Polisen till last eftersom det är anbudsgivaren som ska visa att lämnat anbud uppfyller de krav som har ställts upp i upphandlingen och att det inte kan anses ankomma på en upphandlande myndighet att tolka eventuella oklarheter i ett anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Enligt 11 kap. 11 § andra stycket punkten 2 LOU får den tekniska kapaciteten styrkas genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare.

I 11 kap. 12 § LOU stadgas att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

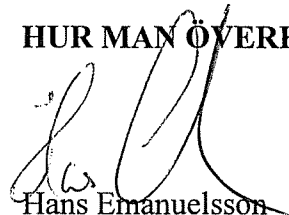
Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Avhämtningsbolaget har till sin ansökan om överprövning bifogat handlingar som inte fanns med vid avlämnandet av bolagets anbud, dvs. handlingar som Polisen inte hade tillgång till när de förkastade bolagets anbud. Förvaltningsrätten har vid sin prövning att utgå från de uppgifter som angetts i anbudet och de nya uppgifterna kommer således inte att prövas av rätten. Det kvarstår således för förvaltningsrätten att pröva om det var rätt av Polisen att, på de handlingar som fanns med vid anbudets avlämnande, förkasta Avhämtningsbolagets anbud.

Förvaltningsrätten gör samma bedömning som Polisen beträffande uppfyllande av de aktuella skall-kraven. Vad Avhämtningsbolaget anfört ändrar inte denna inställning. Avhämtningsbolagets yrkande om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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


Hans Emanuelsson



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 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
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