



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Persson

DOM
 2011 -12- 1 2
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 10535-11 E

SÖKANDE

Glasomera i Alingsås AB, 556736-3584
 Laxfiskevägen 14
 433 38 Partille

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind
 Wistrand Advokatbyrå
 Box 11920
 404 39 Göteborg

MOTPART

Helsingborgs stad
 Kärnfastigheter
 251 89 Helsingborg

Ombud: Stadsjuristen Karin Hellström
 Adress som ovan

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-12- 1 3	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Glasomera i Alingsås AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 87497

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
Telefax
 040-97 24 90
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Helsingborgs stad, Kärnfastigheter (kärnfastigheter) genomför en upphandling av fönsterbyten på fyra skolor. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU.

Glasomera i Alingsås AB (Glasomera) har begärt överprövning av upphandlingen och yrkat i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Glasomeras anbud tas upp till prövning och i andra hand att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan har Glasomera anfört i huvudsak följande.

Glasomera ifrågasätter om anbudsgivarna Einar Dahl, Archdale och A-byggarna uppfyller skall-kravet avseende finansiell och ekonomisk styrka. Av information från Svensk Handelstidning Justitia följer att Glasomera har högre rating än A-byggarna och Einar Dahl samt samma rating som Archdale. Dessa anbudsgivare har utvärderats och poängsatts. Eftersom endast vissa leverantörers lämplighet har kontrollerats strider utvärderingen mot likabehandlingsprincipen. Glasomeras anbud ska på grund av detta tas upp till prövning.

Krav på leverantörerna beträffande finansiell och ekonomisk styrka är att den ska visas genom minst riskklass 3, vilken hämtas från UC AB (UC). Skall-kravet är oproportionerligt. En upphandlande myndighet får inte ställa högre krav på leverantören än vad som erfordras för att nå ändamålet med upphandlingen. Kraven måste vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. UC tar genom en statistisk beräkning, i vilken upp till 20 variabler ingår, fram en riskprognos för obestånd inom ett år. Riskklassificeringen avspeglar inte i erforderlig utsträckning ett företags finansiella och ekonomiska styrka. Riskbedömningen påverkas i stor utsträckning av för upphandling irrelevanta omständigheter. Exempelvis kan nämnas

obetydliga betalningsanmärkningar. En annan parameter utgörs av hur länge ett företag bedrivit verksamhet. Åldersvariabeln blir först efter ca 10 år neutral. Ett flertal parametrar som inte är relaterade till ett företags finansiella och ekonomiska styrka påverkar sålunda riskklassificeringen. Glasomera som startade sin verksamhet under hösten 2007 har ingen möjlighet att uppfylla skall-kravet. Företag som endast har bedrivit verksamhet i fyra år uppfyller endast undantagsvis riskklass 3. Riskprognosen är således högre för företag som bedrivit verksamhet i mindre än 10 år.

Den väsentliga frågan är inte om Glasomera uppfyller skall-kravet eller inte utan att anbudsgivarna inte tillåts att på annat sätt visa att man har en stabil finansiell och ekonomisk ställning. Anbudsgivarna har inte medgetts möjlighet att på annat sätt visa att anbudsgivarna har tillräcklig finansiell och ekonomisk styrka med hänsyn tagen till det upphandlade föremålet. Bristen är jämförbar med brott mot bestämmelserna om tekniska specifikationer som fordrar att varje hänvisning följs av orden ”eller likvärdigt”. I RÅ 2005 ref. 47 fastställde Regeringsrätten att uteslutning fordrade en individuell bedömning och att anbudsgivaren inte haft möjlighet att med egen utredning bemöta det kreditomdöme som UC lämnat.

Glasomera har en stark ekonomisk och finansiell ställning. Av bifogad resultatrapport avseende perioden den 1 september 2010 – 31 juli 2011 framgår preliminärt att beräknat resultat uppgår till 962 720 kr. Av bifogad preliminär balansrapport för samma period framgår att det egna kapitalet uppgår till 1 537 313 kr. De uppgifter som legat till grund för UC:s bedömning är inaktuella och de slutsatser som UC dragit är felaktiga och missvisande. Glasomera har för räkenskapsåret 2009/2010 haft en negativ avkastning på eget kapital. Förklaringen till detta är främst att Glasomera har befunnit sig i en expansionsfas. Under en expansionsfas ligger inte fokus på lönsamhet utan på tillväxt. Enligt UC:s uppgift skulle Glasomeras lönsamhet vara sjunkande. UC:s bedömning bygger sålunda på felaktiga

antaganden. Om UC ändrat Glasomeras rating till riskklass 1 är förklaringen att betalning av en faktura har försummas. Kravet gick till inkasso och innan betalningen hann registreras på inkassobyråns konto översändes ärendet till kronofogdemyndigheten. Kravet återkallades men registrering hos kronofogdemyndigheten fångades upp av UC som trots beloppets obetydliga storlek sänkte Glasomeras rating. Härigenom visas det orimliga i att hänsyn tas till obetydliga faktorer som inte påverkar en entreprenörs ekonomiska ställning.

Glasomera har lämnat det lägsta priset i upphandlingen. Glasomera kan genom balans- och resultatrapporter, årsredovisningar, revisors- och/eller bankintyg samt genom ansvarsförsäkringsvillkor styrka att bolaget för upphandlingen har tillräcklig finansiell och ekonomiskt styrka.

Kärnfastigheter har bestritt bifall till ansökan och anført i huvudsak följande.

Upplysning om riskklass från UC har inhämtats beträffande Glasomera och Bab Byggtjänst AB (BAB) vilka är de två anbudsgivare som erhållit högst poäng vid utvärderingen. Glasomera har erhållit riskklass 2 och BAB riskklass 3. Glasomeras anbud har förkastats då bolagets ekonomiska och finansiella styrka inte motsvarat riskklass 3. Kärnfastigheter har inte inhämtat upplysningar om riskklass avseende övriga anbudsgivare eftersom dessa anbud fått lägre poäng än anbuden från Glasomera och BAB. Det är därför möjligt att ytterligare anbud skulle ha förkastats om upplysning angående riskklass inhämtats. Eftersom anbudet från BAB uppfyllt samtliga skalkrav och erhållit högst utvärderingspoäng har det inte funnit anledning att inhämta upplysningar avseende riskklass för fler anbudsgivare.

Krav har ställts på riskfaktor 3 utav en femgradig skala. Kravet är därmed väl avvägt. Kravet på att anbudsgivaren ska uppfylla minst riskfaktor 3 har

ställt mot bakgrund av att det från beställarens sida har varit oerhört viktigt att entreprenaden kan genomföras utan risk för avbrott eller fördröjning på grund av ekonomiska och finansiella problem hos entreprenören. Entreprenadarbeten ska utföras under pågående skolverksamhet och det är av största vikt att entreprenaden inte avbryts med hänsyn till pågående undervisningsverksamhet och av säkerhetsskäl.

Glasomera har själv haft möjlighet att beställa ett utdrag från UC angående riskfaktorn. Glasomera startade sin verksamhet år 2007 och är inte nystartat. Av utdraget framgår att avkastningen på totalt kapital är negativ och att lönsamheten sjunker samt att om försämringen av konsolideringsgraden fortsätter blir den mycket låg vid nästa bokslut. Glasomeras resultat före bokslutsdispositionen för tiden 0909-1008 var minus 155 000 kr, för tiden 0809-0908 var motsvarande resultat 176 000 kr och för tiden 0708-0808 971 000 kr. Resultatet har sålunda sjunkit sedan år 2008 och var negativt det senaste redovisade året. Avkastningen av det egna kapitalet var vidare negativt under perioden 0909-1008 till skillnad mot de två föregående åren. Den 14 november 2011 har ett nytt utdrag från UC inhämtats varvid Glasomera placerats i riskklass 1. Glasomera har inte visat att bolaget har den ekonomiska och finansiella styrka som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Kärnfastigheter har därmed haft fog för att förkasta anbudet.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges under rubriken *Prövning av anbudsgivare* att bl.a. följande krav ställs på anbudsgivare: Finansiell och ekonomisk styrka minst riskklass 3 (hämtas från UC).

En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en leverantör i fråga om dennes ekonomiska förhållanden. De krav som ställs vid upphandlingen får inte gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges att anbudsgivaren ska uppfylla finansiell och ekonomisk styrka med minst riskklass 3 och att uppgift kommer att inhämtas från UC. Mot bakgrund av vad Kärnfastigheter har anfört som sakliga skäl för det uppställda kravet beträffande finansiell och ekonomisk styrka anser förvaltningsrätten att kravet inte strider mot proportionalitetsprincipen.

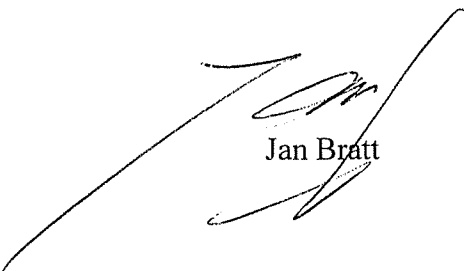
Fråga är då om Glasomera uppfyllt kravet på finansiell och ekonomisk styrka. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Glasomera har bedrivit verksamhet i fyra år och därmed inte är att betrakta som ett nystartat företag. Det är i målet således inte fråga om uteslutning av ett nyetablerat företag. Glasomeras anbud har förkastats då dess finansiella och ekonomiska styrka inte visats motsvara riskklass 3. Av inhämtat intyg från UC den 26 oktober 2011 framgår att Glasomera vid tidpunkten för kvalificeringen befann sig i riskklass 2. Som anbudsgivare i förevarande upphandling borde Glasomera haft vetskap om i vilken riskklass bolaget befann sig. För det fall Glasomera önskat att styrka sin finansiella och ekonomiska ställning på annat sätt kan det inte sägas framgå att förfrågningsunderlaget

uteslutet en sådan möjlighet. Glasomera har i samband med inlämnandet av sitt anbud inte kommit in med annat underlag som styrker dess finansiella och ekonomiska styrka. Vid sådant förhållande har Glasomera kunnat förvänta sig att den finansiella och ekonomiska bedömningen skulle komma att göras utifrån den riskklass som bolaget hade enligt UC. Kärnfastigheter har således haft skäl att förkasta Glasomeras anbud på angiven grund.

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Glasomera lider eller kan komma att lida skada. Enligt tilldelningsbeslut har BAB placerat sig på en första plats. Även om kreditupplysning inhämtats avseende övriga anbudsgivare kommer vinnande leverantör alltså att inneha en första plats i utvärderingen då BAB haft högst poäng vid utvärderingen. Med anledning härav samt att Glasomera inte har kvalificerat sig till utvärderingen riskerar Glasomera inte att, på grund av anført förhållande, lida skada i den mening som avses i 16 kap. LOU. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva denna fråga.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att det inte finns skäl för ingripande enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU. Glasomeras ansökan härom ska därför avslås.

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 var till 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 uppge 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.

