



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2013-06-12
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
605-13 E
Enhet 2

SÖKANDE

Electronic Parking AB, 556871-1450
c/o Jan-Olof Anderson
Aurorum 1 C
977 75 Luleå

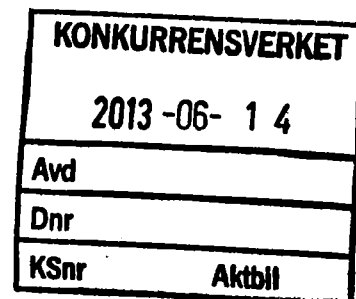
Ombud: Subitus Consulting AB
Kungsgatan 78
112 27 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun, Tekniska nämnden
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 90010

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

Telefax
018-16 73 43
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) har genom ett öppet förfarande genomfört en upphandling av Mobil betaltjänst för parkering med diarienummer 2012/893-TN-061. Genom tilldelningsbeslut den 23 januari 2013 antogs anbud från EasyPark AB (EasyPark) som det ekonomiskt mest fördelakt-

Anbudet från Electronic Parking AB (bolaget) diskvalificerades därför att anbudet inte uppfyllde skall-kraven om ekonomisk kapacitet/ställning enligt krav 6.1.2. i förfrågningsunderlaget, med följande motivering. Electronic Parking AB har åberopat annan leverantörs ekonomiska kapacitet, Netix AB. Intyget om åberopande av annan leverantör saknar underskrift av för Netix AB behörig person. Noteras kan att nettoomsättningen för Netix AB uppgick till 754 000 kr för verksamhetsår 2011. Electronic Parking som registrerades som aktiebolag den 1 januari 2012 har lämnat en resultat- och balansrapport för perioden 1 januari - 31 augusti 2012 där det framgår att försäljningen uppgått till 108 500 kr. Bolaget uppfyller inte kravet på ekonomisk kapacitet/ställning enligt krav 6.1.2 i förfrågningsunderlaget.

Anbudet diskvalificerades även med hänvisning till kravet på referenser i 6.1.4 i förfrågningsunderlaget, med följande motivering. Krav finns på två redovisade referensuppdrag som ska vara leveranser avseende liknande innehåll och omfattning. Västerås stad har redovisat i "Frågor och svar" att de har 14 000 kunder i SMS-systemet. Bolagets ena referens har uppgivit att antalet kunder är ca 20-30 vilket är en betydande avvikelse från kravet på liknande omfattning. Electronic Parkings redovisade referensuppdrag har inte uppfyllt kravet på liknande innehåll. Exempelvis saknas funktionerna beställning via SMS samt hantering av boende- och tillståndsparkering. Bolaget uppfyller inte kravet på liknande omfattning och innehåll enligt krav 6.1.4 i förfrågningsunderlaget.

YRKANDEN

Electronic Parking AB (bolaget) ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkar, såvitt ansökan får förstås, i första hand att en ny prövning av anbud ska göras, vid vilken bolagets anbud inte ska diskvalificeras. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider ansökan om överprövning i sin helhet.

PARTERNAS TALAN

Bolaget

Ekonomisk kapacitet/ställning

Angående att underskrift saknas på intyget från Netix AB gällande att bolaget åberopade det bolagets ekonomiska kapacitet var det ett förbiseende som gjorde att rätta dokumentet inte lämnades in. Detta bör enligt LOU inte utgöra grund för uteslutning. Med hänsyn till att kommunen den 14 januari 2013 begärde kompletteringar avseende bolagets VD och en förklaring till de låga priserna borde även en begäran om komplettering av Netix AB:s åtagande då ha skett.

Netix AB:s finansiella ställning överstiger de krav som kan ställas på anbudsgivande bolag samt vida överstiger det i upphandlingen vinnande företags finansiella ställning.

Bolaget, som registrerades som aktiebolag den 1 januari 2012, har lämnat en resultat- och balansrapport för perioden 1 januari 2012 – 31 augusti 2012 där det framgår att försäljningen uppgått till 108 500 kr. Detta är korrekt, men företaget har en månatlig omsättning på drygt 100 000 kr i januari 2013 och drygt 81 000 kr i december 2012. Omsättningen för 2012 var 435 930 kr. Detta hade kunnat påvisas i en komplettering om så krävts.

Med hänsyn till det starka åtagande som Netix AB gjort fann bolaget dock att detta vara av mindre betydelse.

Några av de företag som godkänts som leverantörer har obetydligt högre omsättning och även vinstmarginal än bolaget. Några av anbudsgivarna har även redovisat förlust i senaste årsredovisning. Ett företags omsättning är inte alltid ett mått på att leverantören har kapacitet att leverera. Enligt Konkurrensverket är en balansräkning sannolikt många gånger lämpligare.

I anbudshandlingen framgår att "Västerås stad kommer att göra en individuell och sammanvägd bedömning av anbudsgivarens ekonomiska ställning." Vad denna bedömning innebär framgår inte och kan inte anses förenligt med transparensprincipen enligt LOU.

Kommunens krav gällande leverantörernas ekonomiska kapacitet är inte proportionerligt i förhållande till upphandlingens värde.

Referenser

Bolaget har 2 293 enskilda användare. Under 2012 såldes 26 245 parkeringsbiljetter. Luleå kommun har via bolaget sålt 2 892 biljetter per månad, Polar Park AB 225 per månad och Skellefteå kommun 18 per månad. Bolagets kapacitet överstiger det som kommunen har efterfrågat i förfrågningsunderlaget. Luleå kommun har bekräftat att bolaget har erfarenhet av uppdrag som till sin omfattning liknar dem som upphandlingen avser. Detta gäller inte Polar Park AB. Hade Skellefteå kommun tillfrågats hade ett annat svar erhållits. Referensen till Polar Park är inte av den omfattning som efterfrågas och har bilagts endast för att visa att även privata parkeringsplatser nyttjar företagets tjänster. Det strider mot likabehandlingsprincipen att inte referens från Skellefteå kommun inhämtats. Om kommunen varit osäker på bolagets kapacitet eller referenser borde de ha efterfrågat ytterligare underlag i samband med infordran av kompletterande uppgifter.

Kravet på att det anbudsgivande bolaget ska ha minst två referenser med samma omsättning som Västerås stad med liknande innehåll och omfattning är orimligt, då Västerås är Sveriges femte största stad. Anbudsgivaren måste i så fall ha minst två av Stockholm, Göteborg, Malmö och Uppsala kommuner som kunder. Dessutom har ingen av dessa städer samma system som kommunen efterfrågar i förfrågningsunderlaget. Det blir därför omöjligt att visa upp två referenser som uppfyller samtliga krav. Kravet strider därför både mot proportionalitetsprincipen och mot likabehandlingsprincipen.

På grund av att SMS-betalning är en dyr och förlegad teknik har de flesta kommuner och parkeringsaktörer undvikit denna tjänst. Av denna anledning är det ingen av de tre referenserna som bolaget angivit som nyttjat tjänsten SMS-betalning. Enligt förteckningen om skall-krav ska bolaget tillhandahålla gränssnitten mobil applikation, traditionell hemsida samt SMS. Dessa system finns inte hos referenskund. Det vore orimligt av kommunen att tvinga anbudsgivarna att ha minst två kunder som redan använder det färdiga system som kommunen upphandlar. Kravet står i strid med proportionalitetsprincipen.

Av anbudsgivarna är det bara EasyPark som kan leverera den fullständiga tjänst som kommunen efterfrågar. Farhågan är att detta varit känt av kommunen redan vid upprättandet av förfrågningsunderlaget. Detta förhållande strider då mot LOU eftersom inget annat känt företag har kunnat leverera tjänsten. Ett förfarande med en mycket snäv specifikation som gynnar särskild leverantör har inträffat vid ett antal andra upphandlingar vilket medfört att upphandlingen har gjorts om.

I det fall kommunen inte valt att diskvalificera bolaget skulle bolaget vunnit upphandlingen eftersom man kunde leverera till lägsta pris.

Kommunen

Ekonomisk kapacitet/ställning

För att ett annat företags ekonomiska åtagande ska vara giltigt måste det vara ovillkorligt och garanterat. Normalt uppfylls detta genom någon form av borgensåtagande som undertecknats av en behörig företrädare för det företag som ställer sin ekonomiska kapacitet till anbudsgivarens förfogande. Det finansiella åtagandet från Netix AB är inte undertecknat av behörig företrädare.

Kommunen bedömde att bolaget inte förfogade över nödvändiga ekonomiska resurser för att borga för en god överlevnadsförmåga på lång sikt. Att bolaget, om än inte på ett korrekt sätt, åberopat Netix AB som garant tyder på att även bolaget ansåg sig inte vara tillräckligt ekonomiskt solitt för att garantera ett uppdrag av den aktuella storleken. Kravet på ekonomisk ställning som uppställs i upphandlingen motsvarar branschsnittet. Kravet är inte oproportionerligt eller på annat sätt orimligt. Av förfrågningsunderlaget, punkt 3.1.3, följer att ett högt kreditbetyg eller annan redovisning som anbudsgivaren åberopar för att styrka sin ekonomiska kapacitet inte självklart kommer att leda till ett godkännande. En individuell och sammanvägd bedömning av anbudsgivarens ekonomiska ställning görs. Transparensprincipen kräver inte någon form av uppräkningsomständigheter som på detta sätt skulle kunna sänka en kreditvärdighet som vid ett första påseende ser ut att vara tillräcklig. Bolaget har inte blivit föremål för en sådan sänkning av sin kreditvärdighet och således inte lidit någon skada av eventuella oklarheter i detta avseende.

Den upphandlande myndigheten har rätt att utgå från att anbuden är kompletta och riktiga och det är upp till myndigheten att avgöra om rättelse, förtydligande eller komplettering får ske. Det finns ingen rätt för anbudsgivarna att begära att få inkomma med en uppgift i efterhand. Det bör hel-

ler inte komma ifråga att hålla det emot den upphandlande myndigheten att den i ett visst fall inte tillåtit rättelse, förtydligande eller komplettering, även om ett sådant inkommande med uppgift i och för sig skulle anses ligga inom gränserna för det tillåtna. Den enda situation när man skulle kunna tänka sig det är om den upphandlande myndigheten har behandlat anbudsgivarna olika i detta avseende.

Referenser

Kommunen ifrågasätter inte uppgiften att bolaget har ett system som klarar stora försäljningsvolymmer. Det är dock viktigt för kommunen att förvissa sig om att de offererade systemen fungerar i praktiken. Detta kontrolleras genom kravet på två referensuppdrag som avser leveranser med liknande omfattning och innehåll som den nu aktuella.

Kommunen har inte uppställt som krav att leverantörerna ska ha erfarenhet av leveranser med liknande omfattning och innehåll till en kommun. Det enda som följer av kravet är att leverantörerna ska ha erfarenhet av att tillhandahålla liknande slag av mobila betaltjänster för parkering som det kommunen har, med relativt många användare. Med "liknande omfattning" menas inte heller sådana storheter som bolaget gör gällande, bara att det ska röra sig om relativt stor omfattning.

Om en anbudsgivare lämnar tre referenser för att styrka ett visst förhållande utgår kommunen från att samtliga referenskunder kan styrka samma saker. Kommunen har i det aktuella fallet vänt sig till Luleå kommun och Polar Park AB. Luleå kommun har därvid bekräftat att bolaget har erfarenhet av uppdrag som till sin omfattning liknar dem som upphandlingen avser, medan de uppgifter om Polar Park AB lämnat, att man har 25-30 kunder, inte kan anses bekräfta att bolaget har erfarenhet av uppdrag som till sin omfattning liknar dem som upphandlingen avser.

Bolagets synpunkter på SMS-betalning m.m. har ingen egentlig plats i överprövningsprocessen, då kommunen har stor frihet när den ställer krav på det som upphandlas. Upplysningsvis kan dock sägas att kravet på SMS-tjänst finns med för att kommunen ska kunna tillhandahålla mobil betal-tjänst för parkering till det ganska stora antal kunder om inte har smarta mobiltelefoner. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen avser införskaffa ett system som så långt som möjligt redan finns i drift. En naturlig förväntan på ett sådant system är att det har grundläggande och centrala funktioner. De av bolaget åberopade referenskunderna har svarat nej på tre frågor från kommunen, rörande SMS-betalning, boendeparkering och särskilda tillstånd (exempelvis dispenser), som kan relateras till 25 procent av de efterfrågade skall-kraven och speglar mycket viktiga delar av kommunens parkeringsverksamhet. Detta faktum i kombination med det låga kundunderlaget gör att referenskunderna inte kan bekräfta att bolaget uppfyller kraven på erfarenhet av uppdrag avseende leveranser med liknande omfattning och innehåll som kommunens nuvarande system.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänna bestämmelserna i den ovan angivna paragrafen. En upphandling ska vidare genomföras på ett affärsmässigt sätt och i kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag

ska vara så tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. För varje krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten redogöra för hur anbudsgivarna ska visa att de uppfyller kraven. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Bolagets anbud har diskvalificerats därför att det inte uppfyllde skallkraven enligt punkterna 6.1.2 och 6.1.4 i förfrågningsunderlaget.

Ekonomisk kapacitet/ställning

Punkt 6.1.2 i förfrågningsunderlaget har huvudsakligen följande lydelse.

Anbudsgivaren ska ha en organisation med ekonomiska resurser som säkerställer att uppdraget kan genomföras. I denna upphandling innebär det att anbudsgivaren ska kunna påvisa en ekonomisk ställning som motsvarar branschsnittet eller högre, d.v.s. kreditbetyg 3 eller högre på en femgradig skala, alternativt på annat sätt kunna visa att man ha en god ekonomisk ställning och god överlevnadsförmåga på lång sikt med bibehållen kompetens och kapacitet.

Kommunen kommer att göra en individuell och sammanvägd bedömning av anbudsgivarens ekonomiska ställning. Detta innebär att påvisad kreditvärdighet hos ett kreditupplysningsinstitut inte utgör en garanti för att kommunen bedömer den anbudsgivarens ekonomiska ställning som godtagbar vid den individuella bedömningen.

Anbudsgivaren ska bifoga senaste fastställda årsredovisningen.

Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till om kommunen, vid bedömningen av bolagets ekonomiska ställning, skulle ha beaktat åtagandet från Netix AB. Det är ostridigt i målet att det åtagandet inte var undertecknat av för Netix AB behörig person. Förvaltningsrätten finner vid sådana omständigheter att åtagandet från Netix AB inte har kunnat beaktas.

Bolaget har anfört att kommunen borde ha gett bolaget tillfälle att komplettera sitt anbud med ett av behörig person undertecknat åtagande från Netix

AB samt med ytterligare underlag gällande bolagets egen ekonomiska ställning. Förvaltningsrätten konstaterar att det i 9 kap. 8 § LOU finns reglering gällande när en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att anbud rättas, förtydligas eller kompletteras. Det saknas tvingande regler för när en upphandlande myndighet måste ge möjlighet till detta, även om det skulle främja konkurrensen. Istället regleras detta genom de allmänna principerna. Förvaltningsrätten kan inte se att kommunen, genom att inte ge bolaget tillfälle att inkomma med aktuella kompletteringar, har brutit gentemot likabehandlingsprincipen eller mot någon annan i upphandlingshänseende gällande princip.

Bolaget har inte gjort gällande att man utan kompletteringar och utan åtagandet från Netix AB uppfyller kraven på ekonomisk ställning enligt förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av detta att bolaget inte visat att kommunen brutit gentemot någon bestämmelse i LOU eller de grundläggande principerna genom att diskvalificera bolagets anbud på grund av att det inte uppfyllde kraven på ekonomisk kapacitet/ställning enligt krav 6.1.2 i förfrågningsunderlaget.

Referenser

Krav 6.1.4 i förfrågningsunderlaget har huvudsakligen följande lydelse.

Anbudsgivaren ska redogöra för vilken erfarenhet denne har av genomförda leveranser av liknande innehåll och omfattning.

Anbudsgivaren ska styrka sin erfarenhet av liknande leveranser genom att i anbudet ange minst 2 referensuppdrag som utförts de senaste 3 åren räknat från sista dag för anbudsansökan.

Anbudsgivaren ska beskriva på vilket sätt referensuppdragen är att betrakta som liknande leveranser avseende innehåll och omfattning samt också ange tidpunkten för utförandet.

Det enda anbud som diskvalificerades i upphandlingen var bolagets. Övriga anbudsgivare har lämnat godkända referenser. Dessutom har bolagets

referens från Luleå kommun bedömts avse en leverans av tillräcklig omfattning. Kraven på referensuppdragens omfattning och innehåll framstår således inte som så svåra att uppfylla som bolaget gör gällande. Den omfattning och det innehåll som kommunen begärt av referensuppdragen har enligt förvaltningsrätten inte heller visats vara oproportionerliga. Bolaget har vidare framfört invändningar mot kommunens tillämpning av skallkravet, då bolaget anser att man inte skulle ha diskvalificerats. Förvaltningsrätten finner härvid att förfrågningsunderlagets krav på minst två referensuppdrag måste förutsätta att alla referenser som lämnas också kontrolleras, åtminstone om de som kontrolleras bedöms vara otillräckliga. Utifrån vad som i målet framkommit om de av bolaget lämnade referenserna är det emellertid inte sannolikt att bolaget, även efter kontroll av samtliga referenser, skulle uppfylla kraven om två uppdrag av liknande innehåll och omfattning. Med hänsyn till detta samt att förvaltningsrätten ovan funnit att kommunen har haft fog för att diskvalificera bolagets anbud på grund av att det inte uppfyllde kraven på ekonomisk kapacitet/ställning har bolaget inte kunnat lida skada av eventuella felaktigheter i detta avseende.

Eftersom kommunen har haft fog för sitt beslut att diskvalificera bolagets anbud ska ansökan om överprövning avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1a LOU)



Klas Innerstedt
rådman

Målet har handlagts av Erik Edström.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 3109/1A LOU