



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2013-07-16
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3783-13, 3995-13, 3996-13,
 4014-13, 4015-13, 4016-13,
 4047-13

SÖKANDE

Abellio Öresund AB, 556922-0253
 c/o Triangelns kontorshotell
 S:t Johannesgatan
 211 46 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2013-07-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Ombud: advokaten Anna Öberg och jur.kand. Jan Stålhandske
 Advokatfirman Oebers AB
 Hitechbuilding 53
 101 52 Stockholm

MOTPARTER

- | | |
|----------------------------------|----------------|
| 1. Region Skåne | mål nr 3783-13 |
| 2. Landstinget i Jönköpings län | mål nr 3995-13 |
| 3. Västtrafik AB | mål nr 3996-13 |
| 4. Blekingetrafiken AB | mål nr 4014-13 |
| 5. Landstinget i Kalmar län | mål nr 4015-13 |
| 6. Regionförbundet Södra Småland | mål nr 4016-13 |
| 7. Hallandstrafiken AB | mål nr 4047-13 |

Ombud för 1 - 7: advokaten Herman Ehrenstjärna Sahlin
 Kungsgatan 2 C
 223 50 Lund

SAKEN

Överprövning enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Abellio Öresunds AB:s yrkande om ingripande enligt LUF.

Dok.Id 162333

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

BAKGRUND

Region Skåne, Landstinget i Jönköpings län, Västtrafik, Blekingetrafiken AB, Landstinget i Kalmar län, Regionförbundet Södra Småland och Hallandstrafiken AB (upphandlande enheter, nedan kallade UE) genomför med ett urvalsförfarande enligt 15 kap. LUF en samordnad upphandling av svenska delen av Öresundstrafiken (dnr 12/02). UE har den 4 april 2013 beslutat att inte kvalificera Abellio Öresund AB (nedan kallat Bolaget) för fortsatt deltagande i upphandlingen med den övergripande motiveringen att Bolaget inte visat att bolaget besitter tillräcklig ekonomisk kapacitet för uppdraget.

UE har i meddelande om upphandling/ansökningsinbjudan bl.a. angett följande krav som villkor för deltagande i upphandlingen, punkten III.2.1.7.

"Leverantören ska ha tillräckliga ekonomiska förutsättningar för att fullgöra uppdraget. Detta krav innefattar att:

- Omsättningskrav

Anbudssökanden ska enligt den senast fastställda årsredovisningen ha en minsta årlig omsättning om 300 000 000 SEK;

- Krav på eget kapital

Anbudssökanden ska ha klassats som UC Riskklass 3 eller högre (3-5), eller motsvarande riskklass enligt likvärdigt kreditvärderingsinstitut.

Om anbudssökanden saknar omsättning till angivet belopp, alternativt över huvud taget ej kan erhålla kreditbetyg, ska anbudssökande istället visa att denne har en betryggande finansiering för att på ett fullgott sätt hantera och genomföra förberedelser, start och fortsatt drift av uppdraget."

**SÖKANDENS YRKANDEN OCH ÅBEROPADE
OMSTÄNDIGHETER**

Bolaget har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Bolaget inbjuds att lämna anbud och i andra hand att upphandlingen i sin helhet ska göras om. Som grund för sin talan har Bolaget anfört följande.

Bolaget uppfyller de av UE uppställda kraven för att tillåtas lämna anbud. Genom att inte godta de åtaganden och garantier som lämnats från Bolagets moderbolag som ger Bolaget en betryggande finansiering för att på ett fullgott sätt hantera och genomföra förberedelser, start och fortsatt drift av uppdraget, bryter UE mot de grundläggande principerna i 1 kap 24 § LUF om proportionalitet, öppenhet och likabehandling. Bolaget har genom att inte inbjudas att lämna anbud lidit skada. UE bryter vidare mot proportionalitet, öppenhet och likabehandling genom att ålägga Bolaget åtaganden som villkor för deltagande, vilka inte framgår av upphandlingsunderlagen utan som angivits och förändrats löpande genom UE:s egen tolkning och tillämpning av uppställda villkor. Dessa ålägganden saknar korrelation till den brist vilka UE lämnat Bolaget möjlighet att läka samt är dessutom oproportionerligt belastande för bolaget, både i relation till avtalet i sig som i relation till vad som anges som villkor för övriga anbudslämnare.

Bolaget är, via Abellio Sweden AB, ett helägt dotterbolag till Abellio i Transport Holding BV, som i sin tur ägs av NS Groep N.V, det vill säga den holländska motsvarigheten till SJ AB. Dessa moderbolag uppfyller ostridigt kraven i Ansökningsinbjudan angående ekonomiska förutsättningar. Bolaget, som har ansökt om deltagande i upphandlingen, har åtagit sig att lämna den begärda on-demandgarantin utfärdad av bank, vilket ostridigt har godtagits av UE. Bolaget, som är ett nystartat bolag, uppfyller mycket väl kraven på riskklass och har erhållit besked från UC om att man

skulle uppnå riskklass 3 eller bättre, men saknar den omsättning som krävs i Ansökningsinbjudan. Bolaget ingav därför garantier från Abellio Transport Holding BV och NS Groep N.V. Eftersom möjligheten fanns att åberopa annat bolags kapacitet fanns inget skäl för Bolaget att inhämta riskbedömning. UE har begärt komplettering av Bolaget i form av en bekräftelse från Abellio Transport Holding BV och NS Groep N.V. att dessa bolag, för det fall Bolaget vinner upphandlingen, kommer att utfärda moderbolagsgarantier för Bolaget och/eller kapitalisera Bolaget till ett sammanlagt belopp på 125 miljoner kr, dvs. i tillägg till den bankgaranti om 200 miljoner kr som ska ställas vid avtalstecknande (inledningsvis krävdes en proprieborgen om 300 miljoner kr). Moderbolagsgarantin skulle enligt UE vara utställd till beställaren och innebära att moderbolagen går i borgen såsom för egen skuld för Bolagets åtaganden.

UE har genom brev den 22 mars 2013 meddelat Bolaget dels att moderbolagsgarantierna ska uppgå till 125 miljoner kr, dels att dessa garantier inte behöver utfärdas förrän då avtal träffas, samt att det som Bolaget därför hade att kompletteringsvis inkomma med var bekräftelse av moderbolagen om att de kommer att förse Bolaget med tillräckliga finansiella resurser och att de kommer att se till att kapitalisera Bolaget.

Det finns inga detaljerade regler i LUF om hur urvalet ska gå till vid ett urvalsförfarande, men principerna i 1 kap. 24 kap. LUF gäller givetvis även för detta. Det innebär att upphandlande enheter inte fritt kan välja vilka anbudsansökande denne vill inbjuda att lämna anbud. Kraven på likabehandling och öppenhet kan inte sägas upprätthållas om det inte går att av Ansökningsinbjudan att utläsa på vilka kriterier urvalet görs. Vidare gäller proportionalitetsprincipen även för urvalet och inte bara för den slutliga utvärderingen.

Bolaget kommer att ställa den on-demandgaranti utfärdad av bank om 200 miljoner kr som begärts. Denna garanti ger i sig UE tillräcklig säkerhet för att verksamheten ska vara ekonomiskt tryggad. Att kräva finansiell kapacitet utöver detta står inte i proportion till ändamålet för upphandlingen och kan inte heller anses omfattas av kravet på omsättning, då ett företags omsättning på intet vis har någon relevans för företagets finansiella stabilitet eller förmåga, utan endast mått på att det föreligger viss fakturering i bolaget – dock inte vad resultatet av denna fakturering innebär. I den tidigare Öresundstågsupphandlingen krävdes en bankgaranti om endast 160 miljoner kr, ett krav som i den nuvarande upphandlingen således har höjts med 40 miljoner kr. Sett i ljuset av detta framstår det som än tydligare att upphandlande enheters krav på Bolaget (men inte dem som har viss omsättning) att dessutom ställa en moderbolagsgaranti om 125 miljoner kr är oproportionerligt.

Bolaget anser att det är rimligt att UE ställer kravet på anbudsgivare att dessa kan uppvisa att de har en viss ekonomisk stabilitet och förmåga. Detta framgår dock inte genom angiven ekonomisk omsättning och knappast heller i större omfattning av den blygsamma kreditvärdering som uppställdes som krav.

Genom de garantier som moderbolagen givit Bolaget har UE, och i långt större utsträckning än vad som är möjligt grundat endast på det krav som uppställdes i Ansökningsinbjudan, kunnat förvissa sig om att Bolaget kan bära samtliga kostnader under uppstartsfasen samt har marginaler att fullfölja kontraktet även om lönsamheten inte blir den som förväntats i anbudet. Att därutöver kräva en moderbolagsgaranti utformad som en proprieborgen går långt utöver vad som är lämpligt och nödvändigt för upphandlingens ändamål, på så sätt som anges av EU-domstolen i mål C 218/11.

Det omsättningskrav som anges i Ansökningsinbjudan ger inte UE en sådan säkerhet som går att jämföra med ett moderbolags proprieborgen. Att ett företag har en viss omsättning innebär inte att företaget har förmåga att bära förluster eller klara av höga viteskrav etc. En moderbolagsgaranti ger, som nämnts, en säkerhet i nivå med en bankgaranti. Genom att ställa krav på en bankgaranti om 200 miljoner kr och en moderbolagsgaranti i form av en proprieborgen om 125 miljoner kr har UE säkerställt en betalningsförmåga om 325 miljoner kr. Skillnaden mellan kravet på en anbudsgivare som uppnår omsättningskravet men saknar finansiella tillgångar, och som då endast har lämnat en bankgaranti om 200 miljoner kr, och det krav som ställs på Bolaget (325 miljoner kr) är avsevärd och utgör ett klart brott mot likabehandlingsprincipen. Det är Bolagets uppfattning att UE inte har rätt att av Bolaget begära mer än vad som begärs av andra anbudsgivare. UE:s krav på en moderbolagsgaranti i form av en proprieborgen om 125 miljoner kr saknar korrelation till kravet på omsättning. Omsättningsbegreppet har ingen koppling till kapitalisering, finansiell förmåga eller resultat, oavsett vilket kreditbetyg (eller rätteligen "riskbedömningsklass") ett bolag har.

I ingressen till direktiv 2004/18/EG anges att "i syfte att åstadkomma öppenhet bör den upphandlande myndigheten åläggas att, redan vid inbjudan att lämna anbud, ange vilka urvalskriterier den kommer att tillämpa samt vilka särskilda krav på kapacitet som den eventuellt kommer att kräva av de ekonomiska aktörerna för att de skall kunna delta i upphandlingsförfarandet". Det går inte att av Ansökningsinbjudan utläsa att den som inte har den begärda omsättningen måste ställa en moderbolagsgaranti av den storleksordning som är i fråga. Vad som framgår är att det krävs att anbudssökanden i stället kan visa att denne har en betryggande finansiering för att på ett fullgott sätt hantera och genomföra förberedelser, start och fortsatt drift av uppdraget. Bolaget har uppfyllt detta. Att UE i själva verket i stället har ett krav på proprieborgen som inte redovisas i Ansökningsinbjudan

är ett flagrant brott mot kravet i kap. 24 § LUF om att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt.

Omfattningen av uppdraget och riskerna med det går inte att utläsa ur Ansökningsinbjudan. Den lämpliga kapitaliseringen går därför inte att redan nu bedöma. Jämfört med den sökande som råkar ha den begärda omsättningen (som inte på något sätt säkerställer att ett bolag är finansiellt stabilt) blir den som tvingas kapitalisera bolaget till ett visst belopp diskriminerad.

Enligt 15 kap. 15 a § LUF ska vid åberopande av annat företags kapacitet leverantören "tillhandahålla ett åtagande". Det är oklart vad UE menar med att åtagande ska vara rättsligt bindande och varför de aktuella åtagandena inte anses vara detta. Det är tillräckligt att de ekonomiska eller tekniska resurserna finns tillgängliga när avtalet ska fullgöras. Att kräva en proprieborgen eller ett löfte om kapitalisering till 125 miljoner kr för ett åtagande enligt 15 kap. 15 a LUF ska vara vid handen är – förutom att det utgör ett väsensskilt krav från ett krav på viss omsättning – att gå långt utöver det rimliga.

Tvärtom vad som påstås av UE innehåller de garantier som avgivits av moderbolagen tydliga garantier om att Bolaget kommer att förses med tillräckliga finansiella resurser. Åtagandena är utformade på ett sedvanligt sätt för ett moderbolags åtagande. De är givetvis bindande för moderbolagen och Bolaget har visat att Bolaget faktiskt förfogar över resurserna, vilket är vad som kan krävas för att 15 kap.15 a § LUF ska anses efterlevd.

Bolaget har uppfyllt kraven i Ansökningsinbjudan på teknisk kapacitet genom garanti från moderbolaget på samma sätt som vad gäller ekonomisk kapacitet. Det åtagande som moderbolagen gör vad gäller både teknisk och ekonomisk kapacitet visar att Bolaget kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras, på så sätt som krävs i 15 kap. 15 a §

LUF. UE har godtagit Bolagets åtaganden från moderbolagen i den delen, trots att dessa utformas på samma sätt som garantierna avseende ekonomisk kapacitet. Eftersom UE:s invändning avseende lämnade modebolagsgarantier avseende den ekonomiska kapaciteten i första hand avser att denna garanti skulle vara bindande, men då UE tydligen godtagit "bundenheten" i fråga om garantierna för teknisk kapacitet, framstår UE:s ställningstagande som godtyckligt och felaktigt.

Det är korrekt att breven i sig inte innebär att moderbolagen åtar sig att kapitalisera Bolaget med 125 miljoner kronor. Tvärtom är det så att de åtaganden som lämnats anger att moderbolagen åtar sig att tillse att Bolaget är kapitaliserat på det sätt som kan krävas. Av åtagandena framgår att de resurser som ställs till förfogande "kommer att begränsas till ett maximibelopp enligt vad som nämns i meddelandet". Eftersom de enda belopp som nämns i meddelandet (utöver 3 och 5 miljarder kr) är 200 miljoner kr (bankgaranti) och 300 miljoner kr (omsättning) kan detta inte tas till intäkt för att åtagandet är alltför obegränsat.

UE menar att lokutionen "dessa finansiella resurser, som avses bli ställda till förfogande" förvandlar återtagandet till ett "letter of intent". Mot bakgrund av att den engelska ursprungstexten (som också bifogades ansökan) löd "these financial resources to be provided" och formuleringarna i den komplettering som redovisats ovan, saknas möjlighet att uppfatta åtagandet som ett oförbindande "letter of intent". Bolaget förnekar att åtagandena ska tolkas på detta sätt. Huruvida åtagandet har en bindande verkan och om det kan göras gällande gentemot moderbolagen skulle i slutänden komma att bedömas enligt holländsk rätt. Bolaget har därför inhämtat utlåtande från holländska sakkunniga, advokaten Menno Stoffler m.fl. av vilket med tydlighet framgår att handlingarna utgör för moderbolagen bindande åtagande. Såsom framgår har moderbolagen enligt utlåtandet lämnat ett uttryckligt löfte som ger UE en faktisk säkerhet som går långt utöver vad

som kan utläsas ur en omsättning om 300 miljoner kr. Med stöd av detta utlåtande är Bolaget ytterligare styrkt i sin uppfattning att kravet i Ansökningsinbjudan på betryggande finansiering därmed är uppfyllt och att grund saknas för att utesluta Bolaget från anbudsinsbjudan.

Bolaget har, på det sätt som begärts i Ansökningsinbjudan, visat att bolaget har en betryggande finansiering genom de garantier som lämnats från moderbolagen. I stället för en sådan säkerhet för eventuell skada som en moderbolagsgaranti utgör har UE i stället fått bindande åtaganden från moderbolagen om en betryggande finansiering, dvs. vad som (helt korrekt) krävdes i Ansökningsinbjudan.

UPPHANDLANDE ENHETERS INSTÄLLNING OCH ÅBEROPADE OMSTÄNDIGHETER

Upphandlande enheter (UE) har bestritt bifall till Bolagets yrkanden och som grund för detta anfört följande.

UE har i annonsen uppställt två grundkrav på ekonomisk kapacitet hos anbudsgivarna. Det första är att vinnande anbudsgivare i samband med undertecknande av avtal ska överlämna en bankgaranti på 200 miljoner kr. Det andra är att anbudssökande dels ska ha en omsättning på 300 miljoner kr, dels ett kreditbetyg på minst UC 3 eller motsvarande. Saknas omsättning och kreditbetyg är deltagande i upphandlingen ändå möjligt om anbudssökande istället kan visa på betryggande finansiering för uppdraget. Bolaget uppfyller inte själv grundkrav två men har åberopat omsättning och kreditbetyg hos två koncernbolag. Dessa uppfyller kraven. Frågan är dock om koncernbolagen utfärdat ett sådant åtagande som anges i 15 kap 15 a § i LUF. I annonsen anges som extra instruktion till anbudssökandena att om anbudssökande vill åberopa kapacitet från moderbolag eller annat koncernbolag ska detta bolag utfärda en garanti som täcker bristen hos anbuds-

sökanden. Bolaget har till sin ansökan skickat in två brev från koncernbolagen. Brevens är likalydande och brevet från Abellio Transport Holding BV innehåller följande text:

”Skulle Öresundståg AB och de upphandlande myndigheterna tilldela Abellio Öresund AB kontraktet, kommer Abellio Transport Holding BV att förse Abellio Öresund AB med tillräckliga finansiella resurser för att det skall vara ekonomisk och finansiellt tillräckligt stabilt för att utföra uppdraget. Dessa finansiella resurser som avses bli ställda till förfogande, kommer att begränsas till ett maximibelopp enligt vad som nämnts i meddelandet och som senare skall redovisas i Abellio Öresunds AB:s anbud”.

Enligt UE:s uppfattning är de två breven otydliga, saknar juridisk substans och uppfyller inte kravet på åtagande i 15 kap. 15 a § LUF. Vid sidan om breven har Bolaget inte ingivit någon redovisning eller bevisning för omsättning, kreditbetyg eller betryggande finansiering. UE begärde den 15 mars 2013 att koncernbolagen ”till undvikande av oklarheter” skulle inkomma med en komplettering till anbudsansökan där koncernbolagen bekräftade att de, om Bolaget vinner upphandlingen, kommer att utfärda en moderbolagsgaranti där koncernbolagen går i borgen (såsom för egen skuld) för Bolaget till ett belopp om 300 miljoner kr.

Öresundståg (som sköter den samordnade upphandlingen för UE:s räkning) och Bolaget höll ett telefonmöte den 19 mars 2013 och ett möte i Malmö den 21 mars 2013. Vid mötena förklarade Öresundståg att de uppfattade breven som otydliga och efterhörde om det fanns möjlighet att komplettera med en tydlig moderbolagsgaranti. Saken diskuterades mellan parterna. Personal från Öresundståg uppfattade dock att Bolaget inte var intresserat av att diskutera konkreta belopp och inte heller överhuvudtaget en tydligare moderbolagsgaranti. Istället underströk Bolaget att finansieringen skulle avgöras när företaget erhållit förfrågningsunderlaget och kunde bilda

sig en uppfattning om omfattningen av trafikuppdraget. Efter dessa underhandsdiskussioner med Bolaget justerade UE sin begäran den 22 mars 2013, så att moderbolagsgarantin istället skulle uppgå till 125 miljoner kr. Som ett alternativ till borgen kunde garantin istället avse ett åtagande att kapitalisera (tillskjuta medel till) Bolaget med 125 miljoner kr.

I kompletteringen som inkom den 26 mars 2013, kunde Bolaget inte bekräfta att koncernbolagen var beredda att lämna en garanti (borgen/kapitalisering) på 125 miljoner kr. Vidare upprepade Bolaget tidigare hållning och förklarade följande:

”Dessutom kommer vi att se till att Abellio Öresund AB kapitaliseras när kontraktet är klart så att Abellio Öresund AB kommer att ha tillräcklig finansiering för att framgångsrikt mobilisera verksamheten, liksom fullgörandet av avtalet, inklusive relevanta oförutsedda utgifter.”

Återigen vill vi påminna om att tills uppdraget är slutligt och tydligt definierat i ett kontrakt, är det omöjligt att avgöra exakt vilka finansiella resurser som kommer att krävas för att förberedelsen, starten och driften av uppdraget. Som professionell aktör, anser vi det vara klokt att fastställa sådana finansiella krav när riskerna och kraven är fullt kända.”

Trots detta svar från koncernbolagen uppfattade UE frågan om ekonomisk kapacitet som oklar. UE skickade därför den 27 mars 2013 en tredje begäran om komplettering. I begäran underströk UE att prövning av ekonomisk kapacitet äger rum nu i samband med prekvalificeringen och inte i samband med utvärdering av anbud. Vidare förklarade UE att deras tidigare erfarenhet med ekonomiskt mycket starka moderbolag inte per automatik innebar att dotterbolagets verksamhet var ekonomiskt tryggad. Därefter gavs följande instruktion.

”Av kompletteringen skall det tydligt framgå (Ja eller Nej) om en moderbolagsgaranti/kapitaliseringsgaranti på SEK 125 miljoner kr kommer att utfärdas i det fall Abellio Öresunds AB vinner upphandlingen och tecknar kontrakt. --”

Bolaget inkom med ett svar, av vilket följande framgår:

”Vi är övertygade om att vi uppfyller samtliga prekvalificeringskrav som ingår i annonsen...

--

Vid denna tidpunkt ser vi inte någon anledning till att ge ett detaljerat svar på din tolkning av kapacitetskravet. Vi kan bara upprepa vad vi har angett flera gånger under de senaste dagarna:

Våra ”support letters” överensstämmer med kapacitetskravet, precis som har varit fallet i tidigare anbud.”

Efter Bolagets svar på UE:s tredje begäran om komplettering uppfattade UE att frågan om ekonomisk kapacitet och finansiering fortfarande var oklar.

UE har noggrant prövat och värderat koncernbolagens brev och kompletteringar. Enligt breven kommer” koncernbolagen ”förse Abellio Öresund med tillräckliga finansiella resurser för att det skall vara ekonomiskt och finansiellt stabilt för att utföra uppdraget.” UE har svårt att bilda sig en uppfattning av vad detta konkret innebär. Enligt UE:s uppfattning är sakinnehållet i koncernbolagens brev mycket oklart.

Om skrivningen är avsedd att vara ett bindande åtagande är dock innehållet i själva åtagandet för oprecist och oklart för att uppfylla kravet på ett juridiskt bindande åtagande enligt 15 kap. 15 a § LUF. Det går idag inte att få en klar bild över vilken finansiering, och därmed ekonomisk kapacitet, som

Bolaget kommer att förfoga över. Koncernbolagens brev uppfyller inte heller den kompletterande instruktionen i punkt III.1.3 i annonsen att frånvaro av omsättning läks genom att ett moderbolag utfärdar en garanti. Vid sidan om breven från koncernbolagen finns inte redovisat någon annan finansiering (annat än att Bolaget har ett aktiekapital på 50 000 kr). Enligt UE:s uppfattning är därför annonsens krav på omsättning och kreditbetyg eller krav på betryggande finansiering inte uppfyllt.

UE:s begäran om komplettering avsåg en moderbolagsgaranti om, efter justering, 125 miljoner kr. Detta belopp avsåg läka frånvaron av omsättning på 300 miljoner kr och kreditbetyg på minst UC 3 hos Bolaget. Storleken på beloppet kan diskuteras, men enligt UE:s uppfattning är en garanti (borgensåtagande/kapitalisering) på 125 miljoner kr av samma tyngd som en omsättning på 300 miljoner i kombination med kreditbetyg på minst UC 3. Enligt UE:s uppfattning skulle en garanti på denna nivå motsvara annonsens krav på betryggande finansiering när omsättning och betyg saknas. Det skulle kunna tillgodose UE:s intresse i upphandlingen.

En omsättning på 300 miljoner kr och ett kreditbetyg på minst UC 3 indikerar att anbudssökande ska ha en fungerande och välmående ekonomisk verksamhet till angiven storlek. I kollektivtrafikbranschen är vinstmarginalerna inte så stora. Ett riktvärde för vinst i denna bransch kan vara 6 % på omsättningen. Med en omsättning på 300 miljoner kr ger detta en vinst i verksamheten på 18 miljoner kr per år. Under angiven avtalsperiod fem år plus två optionsår ger detta en vinst under avtalsperioden på 126 miljoner kr. En anbudsgivare med en omsättning på 300 miljoner och kreditbetyg på minst UC 3 har således en vinst, dvs. betalning och finansieringsförmåga under hela avtalstiden uppgående till 126 miljoner kr. Det ligger i sakens natur att denna typ av beräkningar är schablonmässiga och utgår från vissa antaganden. Enligt UE:s uppfattning är den dock en indikation på att en garanti på 125 miljoner kr har samma tyngd som en omsättning på 300

miljoner kr i kombination med kreditbetyg på minst UC 3. Nivån på 125 miljoner kr är således försvarlig. Angiven nivå har dels kunnat ge UE en trygghet i att den ekonomiska kapaciteten hos Bolaget är tillräcklig, dels kunnat ge UE stöd för att kunna försvara ett beslut att kvalificera Bolaget om annan anbudsgivare ifrågasatt beslutet.

Den begärda moderbolagsgarantin på 125 miljoner kr i kombination med annonsens krav på bankgaranti på 200 miljoner kr, dvs. totalt 325 miljoner kr skall ställas i relation till det uppskattade kontraktsvärdet på 3 – 5 miljarder kronor. Efterfrågade garantier utgör således 6,5 -11 % av kontraktsvärdet. Enligt huvudmännens uppfattning är det uppenbart att detta krav inte är oproportionerligt.

Om koncernbolagen, såsom UE begärt, bekräftat att de kommer att utstälaren moderbolagsgaranti, men begränsat den till ett annat belopp, t.ex. 50 miljoner kr, så hade UE noggrant fått pröva om denna nivå uppfyllde kravet på betryggande finansiering. Bolaget och koncernbolagen har dock överhuvudtaget inte varit intresserade att diskutera beloppsnivåer eller bekräfta att en skarp moderbolagsgaranti kommer att utfärdas.

Varken svaren på frågorna till annonsen eller UE:s tre skrivelser med begäran om komplettering av Bolagets ansökan, har ändrat annonsens krav på ekonomisk kapacitet. UE:s begäran av komplettering har dock i ett konkret fall inneburit att de varit tvungna att tillämpa annonsens krav på betryggande finansiering och bedöma vilken nivå betryggande finansiering innebar för Bolaget.

Bolaget påstår att endast en proprieborgen eller kapitalisering på 125 miljoner kr kan läka bristen på omsättning. Det är inte korrekt. Annonsens krav på betryggande finansiering utesluter inte andra alternativ än moderbolagsgaranti. UE ville inte i annonsen diktera någon särskild finansiering

utan ge öppenhet för olika lösningar. Annonsen är inte otydlig. Däremot innehåller den ett övergripande krav på betryggande finansiering. Kravet kan inte i förväg preciseras i detalj.

Det är Bolagets ansvar att ordna med och till UE redovisa en betryggande finansiering. Bolaget har dock inte inkommit med någon annan dokumentation än breven från koncernbolagen. Som framgår av 15 kap 12 § LUF får en upphandlande enhet begära förtydligande och kompletteringar av en ansökan om det kan ske utan särbehandling eller konkurrensbegränsning. Rättspraxis kring möjligheten att begära kompletteringar är restriktiv. Med tanke på detta fokuserade UE:s begäran om komplettering på koncernbolagens brev och frågan om moderbolagsgaranti (borgen/kapitalisering). En begäran att Bolaget kompletterar med bankfinansiering, hade riskerat att utgöra en särbehandling jämfört med övriga anbudssökande. Det föreligger ingen skyldighet att begära kompletteringar. En anbudssökande kan inte i efterhand begära att få komma in med en komplettering.

En moderbolagsgaranti i form av ett borgensåtagande är det enklaste och förmodligen billigaste alternativet att läka bristen på frånvaro av omsättning. Garantin kan utställas utan externa (utanför koncern) kostnader. Garantier ska dock redovisas "inom linjen" i moderbolagens årsredovisning och innebär på sådant sätt en viss belastning av moderbolagets kreditvärdighet. Det ena koncernbolaget, NS Group NV, har dock en årsomsättning på 3,6 miljarder EUR, motsvarande 30,6 miljarder SEK. I detta sammanhang borde en moderbolagsgaranti på 125 miljoner vara en liten belastning, inte minst med tanke på att uppdraget att utföra Öresundstågstrafik värderas till 3-5 miljarder kr. UE har därför svårt att förstå oviljan hos moderbolagen att utfärda en konkret garanti till ett angivet belopp.

Bolaget hänvisar till kravet på likabehandling av anbudssökanden. UE kan försäkra att de behandlar alla anbudssökanden lika. Om en annan anbudssökande, liksom Bolaget, saknat efterfrågad omsättning och kreditbetyg hade samma krav på moderbolagsgaranti till det justerade beloppet 125 miljoner kr naturligtvis efterfrågats.

Det bör noteras att UE:s begäran uttryckligen endast avsett en bekräftelse på att koncernbolagen, om Bolaget vinner upphandlingen, ska utfärda en moderbolagsgaranti med angivet innehåll. UE har således inte krävt att koncernbolagen inkommer med undertecknad garanti i original i samband med Bolagets ansökan.

Enligt UE:s uppfattning saknar Bolagets andrahandsyrkande relevans och aktualitet i målet. Om UE:s beslut att inte prekvalificera Bolaget, mot förmodan, är felaktigt, är det tillräckligt att UE vidtar rättelse och bjuder in Bolaget till anbudsgivning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 24 § LUF 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 proportionalitet iakttas. - Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LUF framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på

talans av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 15 kap. 15 a § LUF få en leverantör vid behov när det gäller visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet kommer att fullgöras.

Förvaltningsrättens bedömning

Det finns inga detaljerade regler i LUF om hur urvalet ska gå till vid ett urvalsförfarande enligt 15 kap. LUF. De grundläggande principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 24 § samma lag måste emellertid beaktas.

UE har genom meddelandet/ansökningsinbjudan informerat om på vilka grunder prekvalificeringen/urvalet kommer att ske. Förvaltningsrätten anser att de angivna villkoren för prekvalificering såvitt avser ekonomisk kapacitet som sådana inte kan anses vara oproportionerliga eller på annat sätt strida mot de grundläggande principerna.

Bolaget har inte själv uppfyllt det specifika kravet på ekonomiska förutsättningar som anges i meddelandets punkt III.2.1.7. Hade Bolaget kunnat redovisa en årsomsättning på 300 000 000 kr, ett till fullo intakt aktiekapital samt kreditbetyg motsvarande UC Riskklass 3 eller högre hade inga ytterligare krav kunnat ställas när det gäller ekonomiska förutsättningar i dessa avseenden.

UE har beträffande kravet i III.2.1.7 angett att *om anbudssökanden saknar omsättning till angivet belopp, alternativt över huvud taget ej kan erhålla kreditbetyg, ska anbudssökande istället visa att denne har en betryggande*

finansiering för att på ett fullgott sätt hantera och genomföra förberedelser, start och fortsatt drift av uppdraget. Motsvarande anges under III.2.2 som avser ingivande av årsredovisning samt intyg om kreditbetyg. Där anges att om detta inte kan inges ska anbudssökande istället inge redogörelse för säkerställande av finansiering av uppstart samt genomförande av uppdraget.

I meddelandet anges också generellt i punkten III.1.3 att om anbudssökande vill åberopa kapacitet m.m. från moderbolag eller annat koncernbolag ska detta bolag utfärda en garanti som täcker bristen hos anbudssökanden. Denna punkt överensstämmer med den allmänna rätt att åberopa andra företags kapacitet som följer av regleringen i 15 kap 15 a § LUF. Som princip kan här sägas gälla att den förbindelse från det andra företaget som åberopas ska kunna bedömas vara bindande.

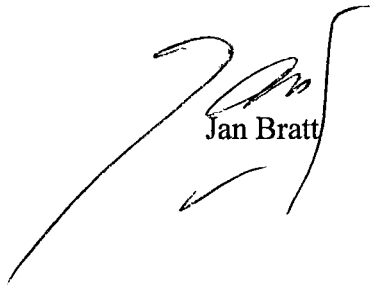
I målet är inte ifrågasatt att NS Greop NV och Abellio Transport Holding BV för egen del uppfyller kraven enligt III.2.1.7. Avgörande är om dessa företag kan bedömas ha säkerställt Bolagets finansiering för uppdraget. Det kan sägas vara i första hand upp till UE att avgöra detta. Bedömningen måste emellertid vara förenlig med de uppställda kraven i meddelandet om upphandlingen och inte bryta mot bl.a. principen om likabehandling.

Bolaget har som stöd för den finansiella förmågan åberopat två brev från koncernbolagen ställda till Öresundståg AB. Enligt förvaltningsrättens mening framstår det finansiella åtagandet i breven som otydligt. Det går inte att få en tydlig uppfattning om vilken ekonomisk kapacitet som Bolaget kommer att disponera över. Vad som kommer att vara "tillräckliga" finansiella resurser synes komma att avgöras ensidigt av koncernbolagen. Enbart genom dessa uppgifter kan kravet om säkerställd finansiering således inte anses vara uppfyllt. UE har vid detta förhållande gett Bolaget möjlighet till komplettering genom bekräftelse från koncernbolagen om moderbo-

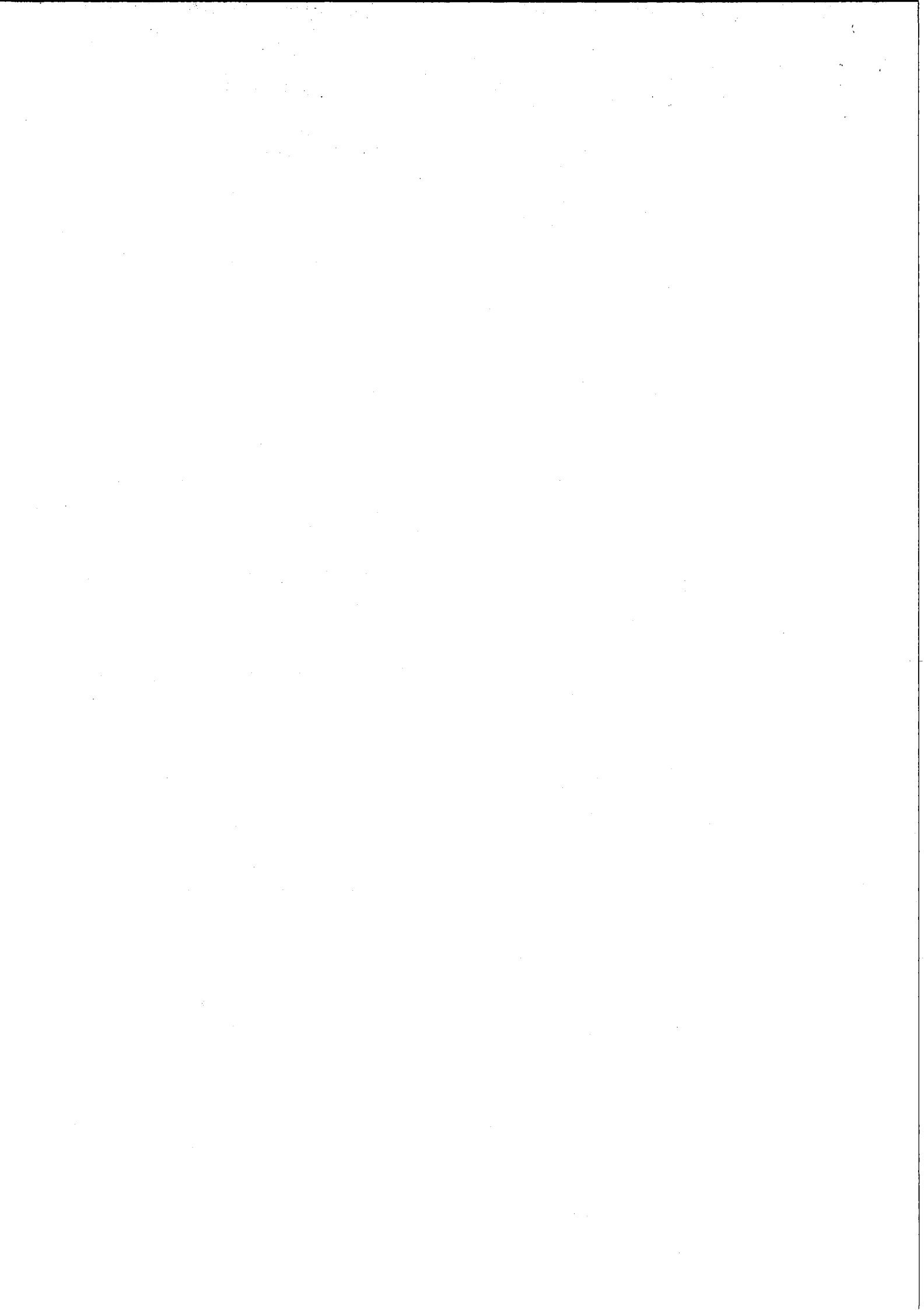
lagsgaranti i form av borgen och/eller kapitalisering av Bolaget till ett specificerat belopp. Några direkta belopp som ska anses uppfylla kraven om säkerställd finansiering kan inte sägas framgå av upphandlingsmeddelandet. Som tidigare berörts torde det dock i första hand vara UE:s sak att bedöma godtagbar nivå för detta. Som möjlig komplettering har UE således lämnat ett för sin del godtagbart alternativ. Med beaktande av den restriktivitet som generellt gäller för komplettering av anbud efter anbudstidens utgång har Bolaget haft möjlighet att lämna eget alternativ till UE:s förslag. Bolaget har emellertid valt att inte ytterligare precisera moderbolagens åtaganden. Enligt förvaltningsrättens mening har Bolaget inte visat att det uppfyller kravet på att ha en betryggande finansiering för att på ett fullgott sätt hantera och genomföra förberedelser, start och fortsatt drift av uppdraget. UE har därmed haft grund för sitt beslut att inte prekvalificera bolaget i upphandlingen. Yrkandet om ingripande enligt LUF ska därmed avslås.

I och med denna dom upphör förvaltningsrättens interimistiska beslut den 17 maj 2013 att gälla.

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. 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.

