



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2013 -05- 23
Meddelad i
Malmö

Mål nr
3934-13

Sida 1 (11)

SÖKANDE

Keolis Sverige AB, 556473-5057
Box 47298
100 74 Stockholm

Ombud: advokaten Sylvia Lindén och jur. kand. Sofia Gunnarsson
Baker & McKenzie Advokatbyrå
Box 180
101 23 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Keolis Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LUF.

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Region Skåne, genom dess förvaltning Skånetrafiken, genomför en upphandling av Malmö Södervärn, dnr 234/2012 090. Upphandlingen genomförs med förhandlat förfarande enligt LUF. Enligt tilldelningsbeslut har Nobina Sverige AB (Nobina) tilldelats kontraktet. Keolis Sverige AB (Keolis) har placerat sig på andra plats.

Keolis ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från Nobina inte ska beaktas i utvärderingen. Som grund för sin talan anför Keolis bl.a. följande.

Brister i Nobinas anbudsansökan och anbud

Skånetrafiken har genomfört och redovisat prövningen av anbudsansökan och anbudet i upphandlingen på ett otydligt sätt som tyder på att Skånetrafiken kan ha agerat i strid med principerna om öppenhet och likabehandling. En av de brister som föreligger i detta avseende är att Keolis inte har fått tillgång till relevanta delar av Nobinas anbudsansökan och anbud vilka begärts ut i syfte att bl.a. utreda om Nobina uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Keolis har anledning att anta att det finns sådana brister i Nobinas anbudsansökan och anbud att Nobina rätteligen skulle ha diskvalificerats. Keolis kan omöjligen utreda om Skånetrafiken vid prövningen av Nobinas anbudsansökan och anbud agerat i enlighet med LUF och därmed inte heller ta till vara sin rätt med mindre än att Nobinas anbudsansökan och anbud lämnas ut till Keolis. Således är det av synnerlig vikt för prövningen att frågan först prövas av Kammarrätten i Göteborg. Keolis har framställt en begäran till Skånetrafiken om att få ta del av Nobinas anbudsansökan, anbud och förhandlingsprotokoll inklusive kompletteringar och förtydliganden därav. Skånetrafiken har efter sekretessbedömning beslutat

att endast lämna ut ytterst begränsade delar av de efterfrågade handlingarna och de handlingar som har lämnats ut är begränsade och innehåller maskerade uppgifter. Keolis kan med anledning härav inte bilda sig en uppfattning om huruvida Nobina bl.a. uppfyller skall-kraven i upphandlingen.

Ekonomisk och finansiell ställning

Ett villkor för deltagande i upphandlingen är att anbudsgivaren inte får ha ett negativt eget kapital och risken för att hamna på obestånd får inte vara hög. Leverantören ska ha tillräckliga ekonomiska förutsättningar. Det påpekas även att det endast är anbudsgivare som Skånetrafiken bedömer ha tillräckligt stabil ekonomisk och finansiell ställning som kommer att kvalificeras för utvärdering. Av Nobinas årsredovisning för det brutna räkenskapsåret 2011/2012 framgår att man utfärdat en garanti för sitt moderbolags förpliktelser enligt ett låneavtal om 121 400 000 Euro. Härtill har Nobina en solidarisk betalningsförpliktelse för hela det utestående obligationslånet. I augusti 2012 konstaterade kreditvärderingsinstitutet Standard & Poor att moderbolaget i koncernen hade aviserat en försening och icke-infriande av sina skyldigheter enligt obligationslånet. Standard & Poor klassificerade händelsen som en bristande betalning och sänkte sin kreditvärdering på Nobinas moder- respektive mormoderbolag till det näst lägsta betyget av cirka femton olika betyg på betygsskalan över kreditvärdighet vilket betyder att institutet anser att bolagen ifråga har betalningssvårigheter avseende sina finansiella åtaganden. Koncernen var vid tidpunkten för ingivandet av anbudsansökan föremål för en omfattande refinansiering av obligationslånet vilket uppgick till cirka två gånger Nobinas egna kapital vilket snabbt hade kunnat förbrukas. Risken för Nobina att hamna på obestånd var överhängande. Region Skåne gjorde, trots informationen om den dåliga ekonomiska ställningen som fanns tillgänglig i den inlämnade årsredovisningen, inte några efterforskningar av Nobinas ekonomiska och finansiella kapacitet vilket var ett obligatoriskt krav i kvalificeringen. No-

bina inkom inte heller med några förtydliganden eller förklaringar i detta avseende. I stället intygade Nobina i sitt anbud att det inte har inträffat några förändringar av den företagsinformation som skickades in i samband med kvalificeringen. På grund av Nobinas bristande ekonomiska förutsättningar för att fullgöra trafikuppdraget var det fel att kvalificera Nobinas anbudsansökan vilken rätteligen borde ha uteslutits på grund av bristande uppfyllelse av urvalskrav. Skånetrafiken har därigenom brutit mot LUF.

Firmateckning

I annonsen anges att anbudsansökan ska vara undertecknad av behörig firmatecknare. För att uppfylla skall-kravet måste anbudet vara undertecknat av person/personer som enligt det aktuella registreringsbeviset har firmateckningsrätt varvid det inte är tillräckligt att t.ex. verkställande direktör undertecknar anbudet (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5136-11). Nobinas anbudsansökans fullmakt är undertecknad av Jan Bosaeus. Enligt registreringsbeviset som bifogats anbudsansökan är Jan Bosaeus VD för Nobina, men har inte rätt att ensam teckna Nobinas firma. Inte heller har Nobina bifogat någon fullmakt för Jan Bosaeus att ensam teckna Nobinas firma. Således har Jan Bosaeus inte haft rätt att underteckna fullmakt för affärsutvecklingschef Tom Olsson att inge anbudsansökan. Nobinas anbud uppfyller inte skall-kravet om anbudsansökans undertecknande och Nobina skulle därför rätteligen ha uteslutits från kvalificeringen.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Brister i Nobinas anbudsansökan och anbud

Prövningen av anbudsansökan och anbudet har på ett tillräckligt tydligt sätt redovisats i upphandlingsrapporten och redovisningen uppfyller därmed principerna om transparens och likabehandling. Keolis antaganden att

Nobinas ansökan och anbud innehåller sådana brister att Nobina rätteligen skulle ha diskvalificerats från utvärderingen saknar grund. Den omständigheten att Skånetrafiken bedömt att vissa uppgifter i Nobinas ansökan och anbud ska beläggas med sekretess innebär naturligtvis inte per automatik att Region Skåne har brutit mot de grundläggande principerna. Offentlighets- och sekretesslagen medför en skyldighet att inte utlämna uppgifter i handlingar för vilka sekretess gäller och som därmed inte är offentliga. Skyldigheten att inte utlämna uppgifter för vilka sekretess gäller, gäller även när de skyddsvärda uppgifterna utgjort en del av upphandlingsprocessen. Region Skåne har förståelse för att en anbudsgivare som inte erhåller ett uppdrag kan bli missnöjd med detta men Keolis påstående om brott mot LUF är emellertid ogrundat. Såväl Keolis som Nobina har lämnat mycket kvalitativa anbud. Keolis har däremot offererat ett högre pris än Nobina vilket lett till att Nobina erhållit uppdraget. Den omständigheten att vissa uppgifter i anbudshandlingarna inte kan lämnas ut, eftersom det finns risk att Nobina skulle lida skada om uppgifterna lämnas ut, innebär inte att Skånetrafiken brutit mot LUF. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LUF.

Ekonomisk och finansiell ställning

Vid prövningen av Nobinas anbudsansökan kunde konstateras att Nobina inte har ett negativt eget kapital och att risken för att hamna på obestånd inte är hög samt att Nobina har tillräckligt med ekonomiska förutsättningar för att fullgöra uppdraget och att Nobina har en högre omsättning än 400 000 000 SEK. Mot bakgrund härav har Skånetrafiken bedömt att Nobinas ansökan om deltagande i upphandlingen har uppfyllt det uppställda kravet avseende ekonomisk och finansiell ställning. Skånetrafiken har också bedömt att Nobina har tillräckligt stabil ekonomisk och finansiell ställning för att få lämna anbud i upphandlingen. Skånetrafiken har härvid beaktat den av Nobina till ansökan bifogade årsredovisningen med avse-

ende på bolagets vinstmarginal, räntabilitet på totala tillgångar, soliditet samt likviditet. Skånetrafiken har även inhämtat uppgifter från UC AB och Nobinas kreditvärdighet har av UC AB bedömts tillhöra riskklass 3 vilket inte på något sätt indikerar en hög risk för obestånd. Sammantaget har Skånetrafiken gjort bedömningen att Nobinas s.k. nyckeltal tillhör de bättre och har inte gett några signaler om att bolaget skulle ha några ekonomiska problem. De uppgifter som efterfrågats av Skånetrafiken i annonsen för att få ansöka om att lämna anbud har framgått av Nobinas anbudsansökan. Prövningen av Nobinas ansökan har skett på samma sätt som övriga ansökningar och utifrån de kriterier som uppställts i annonsen. Region Skåne har agerat i enlighet med principerna om likabehandling och transparens.

Firmateckning

Enligt 8 kap. 29 § och 36 § aktiebolagslagen får VD alltid företräda bolaget och teckna dess firma beträffande den löpande förvaltningen. Nobinas anbudsansökan har undertecknats genom fullmakt från bolagets VD som var firmatecknare för bolaget beträffande åtgärder inom den löpande förvaltningen. Region Skåne har bedömt att åtgärden att underteckna en anbudsansökan ingår i den löpande förvaltningen av bolaget (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5882-12). Till den löpande förvaltningen hör bl.a. ingående av avtal med leverantörer och kunder såvida avtalet inte med hänsyn till sitt innehåll, den tidsrymd det avser och bolagets förhållanden framstår som osedvanligt eller av stor betydelse för bolaget. Bedömningen av vilka åtgärder som bör anses ingå i den löpande förvaltningen blir i viss mån beroende av företagets beskaffenhet och storlek. Värdet på upphandlingen är ca 300 miljoner kr per år. Nobinas omsättning för år 2012 uppgick till 4,9 miljarder kr. Uppdraget ryms inom Nobinas huvudverksamhet och motsvarar en liten del av dess totala verksamhet. Avtalet i aktuell upphandling framstår varken som osedvanlig eller av stor betydelse för Nobina. Att ansöka om att få lämna anbud i en upphandling av busstrafik ut-

gör en helt normal åtgärd för en VD för ett trafikföretag som Nobina. Undertecknandet av Nobinas ansökan om att senare få lämna anbud i upphandlingen utgör därmed en åtgärd inom den löpande förvaltningen. VD:n har därmed varit behörig att underteckna fullmakten/ansökan om att få lämna anbud i upphandlingen. Det finns en skillnad mellan att underteckna ett anbud och en anbudsansökan. Den fullmakt/behörighet som av Keolis ifrågasätts avseende Nobinas VD:s behörighet avser emellertid endast ansökan om att få lämna anbud. En ansökan om att få lämna anbud innebär ingen rättslig förpliktelse i den bemärkelse som ett inlämnat anbud. En anbudsansökan, till skillnad från ett anbud, är inte en bindande avtalshandling och utgör ingen garanti eller utfästelse för att bolaget senare kommer att lämna anbud. Den eventuella åtgärd som en ansökan om att få lämna anbud innebär utgör inte en åtgärd av en sådan osedvanlig beskaffenhet att det inte kan anses ligga inom ramen för den löpande förvaltningen. Den av VD:n undertecknade fullmakten har uppfyllt de krav som uppställts avseende att anbudsansökan ska vara undertecknad av behörig firmatecknare. Att anmäla Nobinas intresse att delta i upphandlingen ligger inom ramen för den löpande förvaltningen. Region Skåne har därmed inte brutit mot LUF genom att kvalificera Nobinas anbud.

Keolis har getts tillfälle att yttra sig över Region Skånes yttrande men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LUF kan rätten pröva om en upphandlande enhet 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. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande enhet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I annonsen anges i punkten III.2.1.6 att leverantören inte får ha ett negativt eget kapital och risken för att leverantören hamnar på obestånd får inte vara hög. Leverantören ska ha tillräckliga ekonomiska förutsättningar för att fullgöra uppdraget. Detta krav innefattar att anbudssökanden eller anbudssökande konsortiemedlemmar tillsammans har en minsta årlig omsättning på 400 000 000 SEK samt att anbudssökanden eller större delen av anbudssökande konsortiemedlemmar inte har ett negativt eget kapital. Även andra aspekter har dock betydelse för kriteriet tillräckliga ekonomiska förutsättningar för uppdraget.

I punkt III.2.2 anges att endast anbudsgivare som Skånetrafiken bedömer har tillräckligt stabil ekonomisk och finansiell ställning kommer att kvalificeras för utvärdering.

I punkt VI.3 anges att anbudsansökan ska vara undertecknad av behörig firmatecknare.

Förvaltningsrättens bedömning

Brister i Nobinas anbudsansökan och anbud

Keolis gör gällande att Skånetrafiken genomfört och redovisat prövningen av anbudsansökan och anbuden på ett otydligt sätt samt att Keolis, genom

att inte få ta del av relevanta delar av Nobinas anbudshandlingar, omöjlig-
en kunnat utreda om Skånetrafiken agerat i enlighet med LUF. Enligt för-
valtningsrätten visar inte det som Keolis anfört att Region Skåne har brutit
mot bestämmelserna i LUF. Vad Keolis anfört föranleder således ingen
annan bedömning. Grund för ingripande föreligger därmed inte.

Ekonomisk och finansiell ställning

Det uppställda kravet att leverantören ska ha tillräckliga ekonomiska förut-
sättningar för att fullgöra uppdraget utgör ett s.k. skall-krav. Det är den
upphandlande enheten som har att kontrollera att skall-kraven är uppfyllda.
Region Skåne har anfört att det vid prövningen av Nobinas anbudsansökan
kunde konstateras att Nobina inte har ett negativt eget kapital, att risken för
att hamna på obestånd inte är hög, att Nobina har tillräckligt med ekono-
miska förutsättningar för att fullgöra uppdraget samt att Nobina har en
högre omsättning än 400 000 000 kr. Enligt Region Skåne har den av No-
bina ingivna årsredovisningen beaktats avseende bolagets vinstmarginal,
räntabilitet på totala tillgångar, soliditet samt likviditet. Enligt förvaltnings-
rättens förmenande har Keolis inte förmått visa att Nobina inte har tillräck-
liga ekonomiska förutsättningar för att fullgöra uppdraget.

Firmateckning

Det uppställda kravet att anbudsansökan ska var undertecknad av behörig
firmatecknare utgör ett s.k. skall-krav. Av Bolagetsverkets registreringsbe-
vis framgår att Nobinas firma bl.a. tecknas av Jan Bosaeus i förening med
styrelsens ordförande. Därtill framgår att VD:n har rätt att teckna firman
beträffande löpande förvaltningsåtgärder. Nobinas VD, Jan Bosaeus, har
ensam undertecknat fullmakten för anbudsansökan. Frågan är således om
det kan anses ingå i bolagets löpande förvaltning att underteckna en an-
budsansökan.

En VD får alltid företräda bolaget och teckna dess firma beträffande uppgifter som faller inom bolagets löpande förvaltning, se 8 kap. 29 och 36 §§ aktiebolagslagen. Till den löpande förvaltningen hänförs alla åtgärder som inte med hänsyn till omfattningen och arten av bolagets verksamhet är av osedvanlig beskaffenhet eller stor betydelse för bolaget. Bedömningen av vilka åtgärder som bör anses ingå i den löpande förvaltningen blir i viss mån beroende av företagets beskaffenhet och storlek, se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5882-12.

Med hänsyn till att uppdragets storlek motsvarar en liten del av Nobinas totala verksamhet samt att avtalet i aktuell upphandling inte framstår som osedvanligt eller av stor betydelse för Nobina har Region Skåne bedömt att åtgärden att underteckna anbudsansökan ingår i den löpande förvaltningen av bolaget.

Enligt förvaltningsrätten har inte annat framkommit än att åtgärden att underteckna förevarande anbudsansökan ligger inom ramen för den löpande förvaltningen. Nobinas anbudsansökan uppfyller därmed, genom den av Jan Bosaeus undertecknade fullmakten, skall-kravet att vara undertecknad av behörig firmatecknare.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Keolis inte förmått visa att Region Skåne har brutit mot bestämmelserna i LUF. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LUF. Keolis ansökan härom ska därför avslås.

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



Eskil Hinn

Maria Persson har föredragit målet.



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 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.

DV 3109/1B LOU