



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-01-18
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24351-11
Enhet 13

1

SÖKANDE

Järfälla Rivexpress AB, 556679-4581
Uddnäs vägen 62
176 76 Järfälla

MOTPART

Danderyds kommun, Tekniska Kontoret
Box 74
182 11 Stockholm

Ombud: Advokaterna John Hane och Hampus Ek
Foyen Advokatfirma
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Järfälla Rivexpress AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2012 -01- 18	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 191539

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Danderyds kommun (kommunen) genomför en förenklad upphandling avseende en rivningsentreprenad av Skogsgläntans förskola i Djursholm. Järfälla Rivexpress AB (bolaget) är ett av flera företag som har lämnat anbud.

I tilldelningsbeslut den 28 november 2011 (dnr: FN 2011/0069) har Danderyds kommun beslutat att ingå avtal annan anbudsgivare än bolaget. Av anbudsutvärderingen framgår att bolagets anbud inte godkändes vid kvalificeringen på grund av att bolaget inte uppfyllde kraven på kreditvärdighet.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att tilldelningsbeslutet ska omprövas. Som grund för yrkandet anför bolaget i huvudsak följande. Det ställda kravet på kreditvärdighet står med hänvisning till proportionalitetsprincipen inte i proportion till det som ska upphandlas. Kravet på kreditvärdighet med en ”rating” om 4 enligt Upplysningscentralens (UC) skala är inte relevant i förhållande till uppdragets storlek. Kravet på rating leder till ekonomisk skada eftersom bolaget inte har möjlighet att höja ratingen/kreditvärdigheten om beställare av uppdrag i den nu aktuella storleksklassen endast ser till ratingen. Hänsyn bör tas till övriga parametrar som visar på ekonomisk stabilitet som t.ex. årsbokslut och referensuppdrag som genomförts åt andra kommuner under det senaste året och som varit flerdubbelt större än det nu aktuella. Bolaget har till stöd för ansökan om överprövning hänvisat till ett textstycke från Konkurrensverket, av vilket bl.a. framgår att det är tillåtet att ställa krav på viss ekonomisk stabilitet men att det enligt RÅ 2005 ref. 47 måste göras en individuell bedömning av leverantörens ekonomiska stabilitet som inte enbart kan grunda sig på en riskkvalificering från ett ratingföretag.

Danderyds kommun bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Av kod AFB.52 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsprövningen skulle ske i tre steg och att de bolag som inte uppfyllde angivna skall-krav skulle förkastas och inte gå vidare till steg 3. Bolagets anbud har inte uppfyllt kvalificeringskrav beträffande riskklass. Det är i målet ostridigt att bolagets anbud inte uppfyllt angivet krav. Av företagsupplysning från Creditsafe framgår att bolaget har en riskklass om ”55 – kreditvärdig”. Kravet på UC 4 motsvarar omdömet ”låg risk” och inte ”normal risk”, vilket är hänförligt till UC 3 och därmed motsvaras av Creditsafes ”kreditvärdig”. Av bolaget ratinghistorik framgår att det erhållit omdömet B, vilket innebär ”kredit mot säkerhet”. Det uppställda kravet kan inte anses uppfyllt.

För att ett krav inte ska anses stå i strid med proportionalitetsprincipen ska kravet vara såväl lämpligt som nödvändigt och det ska inte heller ha funnits något alternativ till detsamma. Skälet till att kravet satts till rating 4 hos UC eller likvärdigt är att kommunens fastighetsnämnd fattat beslut om en sådan lägsta rating vid tidigare upphandlingar. Det bakomliggande skälet till nämndens beslut är att kommunen ska ingå avtal med seriösa och ekonomiskt stabila företag med ett långsiktigt engagemang. Detta är särskilt viktigt när kommunen, som nu är fallet, har ett miljöansvar i samband med och efter det att rivningsarbeten utförts. Kommunen har vidare gjort bedömningen att vad som eftersträvats inte kunnat nås med mindre ingripande medel. I denna del ska också påpekas att bolaget i enlighet med LOU haft möjlighet att inge gemensamt anbud och därvid åberopa resurser från annan entreprenör och på detta sätt uppfylla det uppställda kravet. Kravet på proportionalitet uppfylls även genom att tre av de fyra inkomna anbuden uppfyllt det uppställda kravet. Proportionalitetsprincipen innebär inte att alla anbudsgivare alltid ska kunna komma i fråga för alla kontrakt. Kommunen har helt enkelt i denna upphandling sökt efter en leverantör

med högre rating än bolagets och det som eftersträvats har inte kunnat nås med mindre ingripande medel.

I det av bolaget åberopade rättsfallet, RÅ 2005 ref. 47, var förutsättningarna helt annorlunda än de nu aktuella. I det rättsfallet hade kreditomdöme inhämtats från ett kreditupplysningsföretag av den upphandlande myndigheten själv och sedan lagts till grund för bedömningen av ekonomisk kapacitet. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 26 juni 2009 i mål nr 4855-09 anfört att en upphandlande myndighet, när annat material ingavs tillsammans med efterfrågad UC, har haft att göra en individuell bedömning av anbudsgivarens ekonomiska ställning utifrån det underlag som ingivits tillsammans med anbudet för att bedöma om en styrkt godtagbar förklaring lämnats. Kammarrätten anförde vidare att det funnits en möjlighet för anbudsgivaren att inkomma med egen utredning och lämna styrkt godtagbar förklaring och endast den omständigheten att ett krav på viss lägsta riskklass ställts inte kan innebära att den upphandlande myndigheten inte gjort en individuell prövning. Bolaget har inte inkommit med sådan förklaring. Dess anbud har därmed rätteligen förkastats i enlighet med gällande rättspraxis på området.

Kommunen har inte agerat i strid med den unionsrättsligt grundläggande principen proportionalitet såsom den kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU och inte heller enligt någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget kan därför inte heller anses ha lidit eller komma att lida någon skada.

Bolaget har härefter beretts tillfälle till yttrande men har inte avhörtts.

UTREDNING I MÅLET

Under rubriken ”AFB.31 Anbuds form och innehåll” i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Till anbudet skall handlingar och uppgifter som krävs under AFB.31 fogas. Eventuella uppgifter som lämnas utöver nedanstående krav kommer ej att tas hänsyn till.

(...)

2. Anbudsgivaren ska ha en ekonomisk kapacitet att genomföra projektet. Minimikrav är att årsomsättning skall uppgå till 4 ggr anbudssumman per år för de två senaste åren för den juridiska enhet som lämnar anbudet, styrks med de två senaste årens årsredovisningar.

3. Anbudsgivaren ska uppnå minst ratingklass 4 enligt UC eller likvärdigt kreditvärderingssystem. Anbudsgivaren ska bifoga intyg från UC eller likvärdig som bestyrker detta, max 3 månader gammalt. Kommunen kan även komma att kontrollera att anbudsgivaren uppfyller minst klass 4 enligt UC:s skala.

(...)

Om anbudsgivaren åberopar resurser i andra bolag för att klara kraven på ekonomisk och teknisk kapacitet, ställs samma krav på dessa bolag avseende punkterna ovan.

Beställaren äger rätt att kontrollera inlämnade uppgifter.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Om upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 5 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av 11 kap. 2 § första stycket LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får ställa krav på en anbudsgivares ekonomiska kapacitet och att de lägsta nivåerna för denna kapacitet ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. I 11 kap. 7 § anges bl.a. att bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet *kan* utgöras av

1. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid som verksamheten bedrivits
2. balansräkningar eller utdrag från dem, eller
3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på ansvarsförsäkring för verksamheten.

Vidare anges i 11 kap. 8 § LOU bl.a. att den upphandlande myndigheten i annonsen ska ange vilken eller vilka av de nämnda handlingarna samt vilka andra handlingar som ska visas upp. Har leverantören ett godtagbart skäl för att inte visa handlingarna, får leverantören enligt 11 kap. 9 § LOU visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig.

Det som förvaltningsrätten har att pröva är om Danderyds kommun har haft godtagbara skäl att uppställa krav på att anbudsgivare ska ge in bevis på att man uppnår minst ratingklass 4 enligt UC eller motsvarande.

Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera dess behov. Förfrågningsunderlaget får, så länge det är överensstämmande med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen, utformas efter den upphandlande myndighetens villkor. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Således får endast ställas sådana krav som har ett naturligt samband och som står i proportion till det behov som ska täck-

as. För att inte kretsen av deltagande i upphandlingen ska begränsas måste även kravet på utnyttjande av största möjliga konkurrens beaktas.

Av ovan angivna bestämmelser i 11 kap. LOU framgår att upphandlande myndighet i och för sig har rätt att begära in uppgift om kreditvärdighet, så länge uppgifterna har ett samband med och står i proportion till kontraktsföremålet. I RÅ 2005 ref. 47 var fråga om att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget hade angett att prövning av anbudsgivarnas finansiella och ekonomiska ställning skulle göras. Upphandlande myndighet hade därefter, innan tilldelningsbeslutet, inhämtat uppgift om kreditomdöme hos UC och därefter uteslutit en anbudsgivare enbart på grundval av de inhämtade uppgifterna. Högsta förvaltningsdomstolen (dåvarande Regeringsrätten) fann i avgörandet att den upphandlande myndigheten brutit i utvärderingen eftersom man i strid mot LOU inte hade gjort en individuell bedömning av anbudsgivarens ekonomiska ställning.

I nu aktuellt mål har kommunen i förfrågningsunderlaget begärt in uppgift från anbudsgivarna om att man har kreditbetyget UC 4. Detta kreditbetyg motsvarar ”låg risk”. Kommunen har anfört att kravet bl.a. motiverats av att det i upphandlingen är fråga om ett rivningsarbete som kommunen har ett miljöansvar för samt att man därför önskar ingå avtal med ekonomiskt stabila företag som kan antas ha ett långsiktigt engagemang. Mot bakgrund av vad som framkommit angående det åtagande som upphandlingen avser och med hänsyn till vad som ovan anförts anser förvaltningsrätten att kreditvärdighetskravet inte kan anses vara oproportionerligt samt att det inte strider mot LOU eller någon annan av de gemenskapsrättsliga principerna. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att man förutom intyg om kreditbetyg från UC eller annat likvärdigt kreditvärderingssystem även ställt krav på att årsomsättningen ska uppgå till fyra gånger anbudssumman samt krävt att anbudsgivare ska ge in de senaste två årens årsredovisningar. De krav som ställts angående anbudsgivarnas ekonomiska kapacitet får därför

anses vara utformade på ett sådant sätt att det varit möjligt att göra en individuell bedömning av anbudsgivarnas ekonomiska ställning (jfr RÅ 2005 ref. 47). Eftersom bolaget således inte har uppfyllt det aktuella skall-kravet har kommunen haft rätt att utesluta det från fortsatt utvärdering. Vad som i övrigt anförts angående att bolaget har den ekonomiska kapacitet som krävs för att genomföra det aktuella kontraktet föranleder inget annat ställningstagande. Eftersom skäl för ingripande inte föreligger ska bolagets ansökan om överprövning avslås.

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

Lena Forsmark
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Erik Sinander.



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 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.

DV 3109/1A LOU