



SÖKANDE

Instrumenta Diagnostiska och Kirurgiska Aktiebolag, 556376-1310

Ombud: Advokat Anna Hofling Johansson och biträdande jurist Hanna Gustafsson
c/o Advokatfirman Vinge KB
Box 11025
404 21 Göteborg

MOTPARTER

1. Erixon Medtech AB, 559132-1988
Lärkvägen 9
571 74 Äng

2. Region Uppsala, Varuförsörjningen

Ombud: Jurist Kristine Nilsson
Region Uppsala
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-09-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Varuförsörjningen Region Uppsala (Varuförsörjningen) genomför upphandling avseende kirurgiska instrument, dnr VF2018-0015. I tilldelningsbeslut den 4 februari 2019 har anbud från annan anbudsgivare än Instrumenta Diagnostiska och Kirurgiska Aktiebolag (bolaget) antagits för produktgrupp 68-77.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Erixon Medtech AB (Erixon) inte beaktas vid en förnyad anbudsutvärdering för produktgrupp 68-77.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Erixons anbud uppfyller inte de krav avseende anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning som uppställs i upphandlingen. Upphandlingsdokumentet föreskriver en tågordning i tre steg för hur anbudsgivaren kan visa att den har en solid ekonomisk grund:

- 1) Anbudsgivaren har en kreditvärdighet på minst 40 poäng enligt CreditSafe,
- 2) Anbudsgivaren har en *motsvarande* kreditrating hos *likvärdigt* kreditvärderingsföretag.
- 3) Om anbudsgivaren inte uppfyller den kreditrating som krävs från CreditSafe eller likvärdigt kreditföretag kan solid ekonomisk grund visas på *annat sätt*.

Enligt utdrag från CreditSafe har Erixon 35 poäng. Erixon uppfyller därmed inte kravet på solid ekonomisk grund enligt 1) ovan. I den situationen kan anbudsgivaren använda sig av annat kreditvärderingsföretag. Detta har Erixon gjort genom att till sitt anbud åberopa ett utdrag från

Upplysningscentralen (UC). Då ställs som uttryckliga krav att kreditvärderingsföretaget ska vara "likvärdigt" med CreditSafe samt att ratingen som sådan ska vara "motsvarande" 40 hos CreditSafe. Det kan konstateras att Erixon i sitt anbud inte har använt det tredje alternativet (3), dvs. "annat sätt" för att visa att kravet på solid ekonomisk grund är uppfyllt. Med annat sätt får förstås att kravet ska uppfyllas med andra medel än genom bedömning från kreditvärderingsföretag, eftersom det är de sätt som avses i alternativ 1) och 2). Att *på annat sätt* visa solid ekonomisk grund kan därmed inte utgöras av att bifoga ett intyg från ett annat kreditupplysningsföretag vilket inte är likvärdigt med CreditSafe, eftersom likvärdighetskravet då tappar allt innehåll. Det kan däremot visas genom exempelvis revisorsintyg, bankgaranti eller moderbolagsborgen. Några sådana uppgifter har dock inte bifogats Erixons anbud.

I ett antal kammarrättsavgöranden har det konstaterats att det inte går att jämföra CreditSafe och UC som kreditupplysningsföretag då de använder olika information när de fastställer kreditvärdigheten hos ett företag. Ett kreditvärde hos UC motsvarar inte ett kreditvärde hos CreditSafe. Ett krav på att redovisa minst riskklass 3 hos UC har därför inte ansetts vara uppfyllt genom att t.ex. redovisa en rating på 98 respektive 95 hos CreditSafe. Anbudsgivare som har redovisat en rating hos CreditSafe har inte ansetts uppfylla i upphandling ställda krav på att visa sin ekonomiska ställning och deras anbud skulle därför ha förkastats (se Kammarrätten i Göteborg mål nr 4845-15 samt Kammarrätten i Jönköping mål nr 817-17 och 1241--1242-17). Eftersom kammarrätterna har fastställt att det inte är möjligt att använda CreditSafe när krav ställs på en rating från UC torde det därför inte heller vara möjligt att använda rating från UC när krav ställs på rating från CreditSafe eller annat likvärdigt kreditvärderingsföretag. Att Varuförsörjningen har valt CreditSafe som utgångspunkt för bedömningen medför därmed att ett UC-intyg inte kan användas som bevis för solid ekonomisk grund inom ramen för aktuell upphandling. Uppgiften om riskklass

3 enligt UC ger dessutom inte någon egentlig information om Erixons aktuella ekonomiska ställning vid anbudsgivningen då UC värderar alla nya företag till riskklass 3. Om en riskklassindelning från UC inte är jämförbar eller motsvarar en rating från CreditSafe (vilket är fastslaget i praxis), kan inte heller en riskklassindelning från UC anses vara jämförbar eller motsvara en rating från CreditSafe. Det är helt enkelt olika saker, som att jämföra päron och äpplen. Likväl som det i praxis har konstaterats att 98 från CreditSafe inte kan visa 3 enligt UC, hade exempelvis 5 enligt UC inte kunnat användas för att i aktuell upphandling visa motsvarande 40 enligt CreditSafe. Det går inte att spekulera i att skulle finnas ett "starkare" kreditupplysningsföretag och att UC i så fall skulle vara det. Detta är inte heller relevant i målet. Erixon har därmed inte visat i anbudet att man som anbudsgivare har en solid ekonomisk grund. Dokumentet från UC är vidare inte aktuellt utan är beställt den 2 april 2018. Kreditupplysningen är således drygt 10 månader gammal vilket innebär att den inte längre utgör bevis för Erixons aktuella finansiella och ekonomiska ställning. Som en jämförelse kan framhållas att det ofta i upphandlingar ställs ett aktualitetskrav på kreditupplysningar som innebär att dessa ska vara utfärdade senast tre månader innan sista anbudsdag även om denna typ av krav inte förekommer i aktuell upphandling.

Bolaget är den enda övriga anbudsgivaren avseende produktgrupp 68-77 och skulle ha tilldelats kontrakt om Erixons anbud rätteligen förkastats. Varuförsörjningens felaktiga beslut att godta Erixons anbud har således medfört att bolaget lidit, eller i var fall riskerar att lida, skada.

Varuförsörjningen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. I enlighet med det uppställda ska-kravet kan upphandlande myndighet även acceptera intyg från andra kreditupplysningsföretag än CreditSafe. Erixon har inkommit med en kreditupplysning från UC som intygar om en solid ekonomisk grund motsvarande vad som efterfrågas hos CreditSafe. Av Kammarrätten i Göteborgs mål nr 4845-15 har inte kunnat

utläsas att UC inte kan anses som ett annat likvärdigt kreditvärderingsföretag. Av domen framgår endast att en rating hos CreditSafe inte nödvändigtvis kan översättas till en liknande rating hos UC. Av domen följer vidare att upphandlande myndighet, som ställt krav på UC 3, inte kan tvingas att acceptera en hög värdering från CreditSafe med hänsyn till att UC gör riskbedömningar som inte CreditSafe gör. Därav följer dock inte motsatsen, att UC 3 inte skulle vara likvärdigt med hög poäng hos CreditSafe. Vidare har upphandlande myndighet i princip en relativt stor frihet att vid sin prövning godta olika alternativ såsom likvärdiga. Av det nu aktuella upphandlingsunderlaget kan utläsas att upphandlande myndighet även ska acceptera kreditupplysningar från andra kreditinstitut än CreditSafe och att den riskklass som accepteras är motsvarande vad som kan bedömas som solid ekonomisk grund. Varuförsörjningen har haft att förhålla sig till de obligatoriska krav som har uppställts i upphandlingsunderlaget och har inte rätt att under en anbudsutvärdering göra nya tillägg eller ändringar till detta. Av detta följer att regionen är skyldig att acceptera kreditupplysningar från andra kreditinstitut. Hur UC 3 ska översättas i CreditSafes skala är utan betydelse för uppfyllelse av ska-kravet. Det har i upphandlingsunderlaget inte angivits ett uttryckligt ålderskrav varför Varuförsörjningen har haft att beakta den kreditupplysningen som har lämnats. Något aktualitetskrav har inte uppställts i denna upphandling. Oaktat detta har Varuförsörjningen varit i kontakt med UC som uppger att det är samma rapporter som ligger till grund för och avges för tiden 1 januari till och med den 31 december 2018. Inte heller har det varit möjligt för Erixon att innan ett första bokslut har lämnats kunna uppnå en riskprognos som överstiger UC 3. Det är alltså utan betydelse om kreditupplysningen har skett den 2 april 2018 eller senare under 2018.

Erixon bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Erixons anbud innehåller alla de obligatoriska delar och krav som ställts. Genom det inlämnade kreditvärderingsintyget från UC visar Erixon att företaget har riskklass 3 (motsvarande normal risk eller en riskprognos i procent på 0,75 - 3,04). Enligt upphandlingsdokumentet ska anbudsgivaren visa att denne har en solid ekonomisk grund. Den uppräknade av vad som kan anses utgöra ett bevis på solid ekonomisk grund är därvid att anse som exemplifierande.

Kreditbedömningen från UC visar att Erixon har en solid ekonomisk grund motsvarande de krav som ställs i upphandlingen. Av upphandlingsdokumentet framkommer inte när det intyg om kreditbedömning som ska lämnas in senast måste vara utfärdat. Oaktat att det inlämnade intyget är beställt den 2 april 2018 visar det på företagets aktuella finansiella situation. Även när Varuförsörjningen senare har kontrollerat Erixons finansiella situation så har man funnit att det inlämnade intyget är korrekt och att samma ekonomiska förhållanden som framkommer där också gäller vid tiden upphandlingens utgång.

Bolagets påstående att det är svårt att jämföra olika kreditupplysningsföretag är en ickefråga i målet då det inte finns något krav på att det är CreditSafe som ska användas som kreditupplysningsföretag. Den relevanta bedömningen bör därför vara att titta på det aktuella kreditupplysningsföretaget UC eftersom Erixon valt att använda detta och detta är tillåtet utifrån upphandlingsdokumentet. Den av bolaget åberopade praxisen stärker bilden av att UC:s kreditupplysning har den starkare ställningen när det kommer till kreditvärdering i upphandlingsmål och att CreditSafe inte når upp till samma nivå som UC (se Kammarrätten i Göteborg mål nr 4845-15 samt Kammarrätten i Jönköping mål nr 817-17 och 1241-1242 -17).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 4 kap. 1 § 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.

Möjligheterna att med hänsyn till det upphandlingsrättsliga regelverket anta ett anbud som innehåller även mindre avvikelser från angivna obligatoriska krav är mycket begränsade (se HFD 2016 ref. 37 I och II).

I upphandlingsunderlaget anges följande.

1.3.3.2 Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning

Anbudsgivaren ska i enlighet med LOU 2016:1145 14 kap 3-4 §§ uppfylla följande krav avseende finansiell och ekonomisk ställning:

Anbudsgivare ska visa att den har en solid ekonomisk grund. Om anbudsgivaren har en kreditvärdighet motsvarande minst 40 poäng enligt CreditSafe beräknade riskklass eller motsvarande riskklass hos annat likvärdigt kreditvärderingsföretag ska anbudsgivaren anses uppfylla kravet på solid ekonomisk grund. Upphandlande myndigheten kommer att hos CreditSafe kontrollera att anbudsgivaren uppfyller kravet på minst 40 poäng. Om annat kreditvärderingsföretag åberopas av anbudsgivaren ska anbudsgivaren till sitt anbud foga intyg om kreditbedömning motsvarande riskklass 40.

Om anbudsgivare inte uppfyller kravet på riskklass om minst 40 poäng hos CreditSafe eller motsvarande hos annat kreditvärderingsföretag äger anbudsgivaren, inklusive nystartade anbudsgivande företag, på annat sätt i anbudet visa att kravet på solid

ekonomisk grund uppfylls. Om moderbolagsborgen lämnas ska den som ställer borgen uppfylla kravet på solid ekonomisk grund enligt vad som redovisats ovan. Moderbolagsborgen eller bankgaranti ska gälla såsom för eget åtagande och gälla från avtalsstart tills parternas samtliga mellanhavanden enligt kontraktet slutligen reglerats.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsunderlaget således anges att anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning vid anbudstillfället ska vara lägst riskklass 40 enligt Creditsafe eller motsvarande nivå från annat affärs- och kreditupplysningsföretag. Det är ostridigt i målet att bolaget inte har en riskklass på minst 40 poäng hos Creditsafe. Eftersom UC utifrån praxis inte är att anse som likvärdigt med CreditSafe har bolaget inte heller kunnat visa på en motsvarande riskklass hos UC (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2015 i mål nr 4845-15). Förvaltningsrätten instämmer här i bolagets bedömning att frågan om ett visst kreditinstitut är likvärdigt ett annat inte handlar om en jämförelse av institutens kvalitet utan om de, i strikt upphandlingsrättslig mening, kan vara utbytbara.

Frågan är då om bolaget på annat sätt kunnat visa att kravet på solid ekonomisk grund uppfylls. Så som upphandlingsdokumentet är formulerat har Erixon inte kunnat åberopa UC som ett ”annat likvärdigt kreditvärderingsföretag”. Däremot tillåter upphandlingsdokumentet att anbudsgivare på annat sätt kunnat visa att kravet på solid ekonomisk grund uppfylls.

Bolaget har härvid menat att kravet i så fall måste uppfyllas på ett annat sätt än genom just ett kreditvärderingsföretag (som inte är likvärdigt med CreditSafe) för att likvärdighetskravet inte ska förlora sin mening. Förvaltningsrätten kan dock inte finna att upphandlingsunderlaget kan anses innehålla något sådant förbehåll. Underlaget saknar tvärtom i praktiken någon begränsning av vilka övriga bevis på ekonomisk soliditet som kan godtas. Varuförsörjningen har i detta avseende med svårighet kunnat förkasta något anbud oavsett vilken typ av bevisning som getts in. Mot denna

bakgrund har således Erixon haft möjlighet att åberopa ett intyg från UC emedan UC i detta hänseende inte utgör ett sådant ”annat likvärdigt kreditvärderingsföretag” som anges i upphandlingsunderlaget. Det ska förtydligas att i detta fall så saknar även kravet i underlaget om att intyg om kreditbedömning motsvarande CreditSafes riskklass 40 relevans. UC har intygat om att UC 3 och betyget godkänd motsvarar vad som kan anses vara en solid ekonomisk grund. Någon möjlighet för Varuförsörjningen att i efterhand ställa andra eller mer omfattande krav än vad som angetts i upphandlingsunderlaget finns inte. Förvaltningsrätten konstaterar i sammanhanget att det inte finns något förbud i LOU mot att ett upphandlingsunderlag innehåller skrivningar som i praktiken neutraliserar ett obligatoriskt krav, så länge som underlaget i sig är transparent.

Det är vitsordat av bolaget att upphandlingsunderlaget inte innehåller något krav på hur gammalt ett intyg om kreditbedömning ska få vara. Någon anmärkning mot Erixons anbud går därför inte att göra heller på den grunden. Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte visats att Varuförsörjningen antagit Erixons anbud i strid mot LOU. Ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Kristina Jaros Åberg
rådman

Målet har handlagts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

