



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2013-02-05
Meddelad i
Linköping

Mål nr
8333-12

SÖKANDE

AB Previa, 556235-1907
Box 6047
102 31 Stockholm

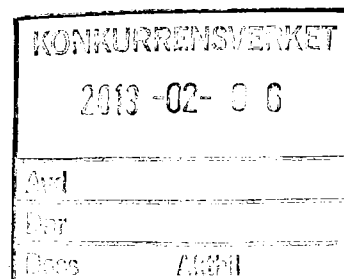
Ombud: Advokaterna Ola Jönsson och Emma Broddesson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Linköpings kommun
581 81 Linköping

SAKEN

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 110236

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Linköpings kommun (kommunen) genomför upphandling av ramavtal för företagshälsovård, referensnummer UH-2012-284. Vid anbudstidens utgång den 28 november 2012 hade tre anbud lämnats i upphandlingen. I tilldelningsbeslut den 14 december 2012 antogs annan anbudsgivare än AB Previa (bolaget). Av upphandlingsrapport daterad den 12 december 2012 framgår att bolaget inte uppfyller samtliga krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget till upphandlingen, vilket medfört att bolagets anbud förkastas.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen rättas på så vis att en ny utvärdering görs där bolagets anbud utvärderas.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

I upphandlingen har kommunen avseende ekonomisk kapacitet uppställt krav på att anbudsgivarna ska ha en stabil ekonomisk bas. Det framgår redan av de handlingar som kommunen låtit inhämta i upphandlingen att bolaget uppfyller det i förfrågningsunderlaget ställda kravet om en stabil ekonomisk bas. Denna information har kompletterats genom bolagets inskickade komplettering. För det fall bolagets anbud utvärderats hade bolaget tilldelats kontraktet eftersom bolaget offerterat lägst anbudspris. Bolaget har därför lidit skada genom kommunens agerande.

Som svar på kommunens förfrågan har bolaget den 30 november 2012 presenterat en promemoria daterad den 7 november 2012. Denna beskriver bolagets ekonomiska ställning och kapacitet och syftar till att ge kunderna en klar bild av dessa förhållanden. Bland annat framgår att bolaget med

dotterbolag har en soliditet på 25,8 procent, ett eget kapital om 143 mnkr och en kassalikvidiet på 117 procent. I tillägg till dessa uppgifter har bolaget i promemorian förklarat att det har en låg affärsrisk i sin verksamhet eftersom denna är baserad på ett stort antal oberoende enheter och kunder.

Den promemoria bolaget lämnat som svar på kommunens förfrågan återger den ekonomiska ställningen för den koncern där bolaget är moderbolag. Med detta menas att redovisade siffror avser endast bolaget och dess dotterbolag, inte dess moder- och systerbolag. Siffrorna är därmed i sin helhet relevanta som ett komplement till den information om bolaget som kommunen redan haft tillgång till för bedömning av bolagets ekonomiska ställning.

I de fall den upphandlande myndigheten ställer krav på uppvisande av specifika handlingar eller uppgifter för bedömningen av den ekonomiska kapaciteten ska myndigheten redan i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange vilken eller vilka handlingar och uppgifterna som ska visas upp.

Kommunen har inte ställt upp något krav på presentation av specifik handling eller uppgift. Inte heller har sådant krav ställts i samband med den kompletterande fråga som kommunen ställde i e-mail den 29 november 2012. Det har därmed stått anbudsgivare fritt att presentera underlag för kommunens bedömning på annat sätt, alternativt förlita sig på kommunens utlovade undersökning genom Business Check.

I stället för att ställa krav på viss information har kommunen valt att ställa krav på viss rating i ett namngivet kreditföretags ratingsskala. Sådan rating kan underlätta bedömningen av ekonomisk kapacitet men kan inte ensamt utgöra ett obligatoriskt krav inom ramarna för en offentlig upphandling.

Eftersom kravet inte är förenligt med LOU kan bristande uppfyllnad av kravet inte ensamt utgöra grund för uteslutning.

Mot denna bakgrund är kommunens fråga den 29 november 2012 angående skriftlig förklaring till ratingen helt irrelevant för upphandlingen och för kvalificering av inkomna anbud. Att bolaget i sitt svar inte uttryckligen förklarat varför det erhållit rating 4 hos Business Check, kan inte läggas till grund för uteslutning.

Av det utdrag från Business Check som kommunen inhämtat framgår att bolagets omsättning uppgår till 837 247 000 kr och att bolaget har ett aktiekapital om 36 mnkr. Vidare framgår att bolaget inte har något skuldsaldo, inte är restfört för skatter eller avgifter, att det saknas utmätningsförsök och att det inte finns några betalningsföreläggande, utslag eller tredskodomar. Vidare framgår det av utdraget från Business Check att bolaget har en kassalikviditet på 116,9 procent och en soliditet på 14,7 procent. Dessa uppgifter har kompletterats av uppgifterna i den promemoria som skickats in till kommunen. Sammantaget visar uppgifterna att bolagets ekonomiska kapacitet är mycket god.

Kreditvärderingsföretag använder sig av trubbiga analysredskap vid fastställande av kreditrating. Anledningen till att kreditratingen hos Business Check var så låg som fyra vid det aktuella tillfället var att bolaget då erhållit två ansökningar om betalningsföreläggande mot sig. Ansökningarna avsåg sammanlagt 3 229 kr och skrevs efter återkallelse av den 30 november respektive den 3 december 2012. Bakgrunden till ansökningarna var att sökandena hade skickat sina fakturor till fel adress och att fakturorna därför inte betalats.

Det ska särskilt noteras att det av den av kommunen inhämtade rapporten från Business Check även framgår att nämnda ansökningar om

betalningsföreläggande förelåg. Rapporten redovisar även de synnerligen begränsade belopp dessa uppgått till. Denna information har således ostridigt varit tillgänglig för kommunen i samband med anbudsutvärderingen.

Ett med Business Check konkurrerande företag, Credit Safe, har inte tillmätt de ingivna ansökningarna motsvarande betydelse. Vid en genomgång detta företags rapport beträffande bolaget framgår att den nuvarande ratingen ligger på 84 av 100. På sidan 3 under rubriken Ratinghistorik framgår att bolaget i samband med de två ansökningarna om betalningsföreläggande sänkts i kreditrating till 62. Denna rating torde motsvara nivå 6 av 10 hos Business Check. Om kommunen använt sig av Credit Safe i stället för Business Check hade bolaget sannolikt inte uteslutits.

Kravet om viss kreditrating ska rätteligen uppfattas avse ett krav på tillräcklig ekonomisk kapacitet. Sådana krav ska vara avvägda till visst kontrakt och stå i proportion till detta. I avsaknad av krav från kommunen om vilka handlingar som fordras för att styrka erforderlig ekonomisk kapacitet har det stått bolaget fritt att välja på vilket sätt uppgifter om ekonomisk kapacitet skulle presenteras. Så har skett genom nämnda promemoria tillsammans med uppgifterna som kommunen själv inhämtat vid sin kontroll. Vid tiden för kvalificering av anbudsgivarna har kommunen haft tillgång till samtliga erforderliga uppgifter för bedömning av bolagets ekonomiska kapacitet. Av dessa uppgifter framgår att bolaget väl uppfyller kravet om stabil ekonomisk bas i förhållande till det upphandlade kontraktet.

Syftet med kommunens krav på viss ekonomisk stabilitet är att den vill försäkra sig om att anbudsgivaren kan bedriva företagshälsovård utan risk för att anbudsgivaren ska hamna i betalningssvårigheter som kan påverka

verksamheten. Att det vid tidpunkten för utdraget från Business Check fanns två ansökningar om betalningsföreläggande påverkar inte bolagets finansiella stabilitet. Det är inte förenligt med proportionalitetsprincipen att utesluta en anbudsgivare på grund av att ratingen inte når viss nivå utan att ta hänsyn till samtliga faktorer såsom storleken på ansökningarna om betalningsföreläggande och mot bakgrund av de uppgifter som bolaget presenterat i promemorian. Detta eftersom syftet med kommunens krav på stabil ekonomisk bas är uppfyllt genom de handlingar som bolaget gett in i målet, och som även framgår av utdraget från Business Check. Kommunen måste göra en helhetsvärdering av varje anbudsgivares ekonomiska ställning. Det har kommunen inte gjort.

En bedömning av rating är inte tillräckligt för att kommunen ska uppnå syftet med kravet på tillräcklig ekonomisk kapacitet. En ratingbaserad bedömning medför att anbudsgivarnas ekonomiska kapacitet inte kommer att bedömas likvärdigt och att anbudsgivarna inte i förväg kan avgöra vilka uppgifter som är relevanta för bedömningen. Uteslutningen av bolaget står därmed i strid med de för offentlig upphandling centrala principerna om likabehandling, förutsägbarhet och proportionalitet.

En individuell bedömning i enlighet med RÅ 2005 ref. 47 ska, för att tjäna något syfte, avse en självständig värdering av anbudsgivarens ekonomiska ställning utan beaktande av kreditbetyget hos det värderingsinstitut som den upphandlande myndigheten i ett visst fall valt att anlita. För det fall även den kompletterande informationen tar sikte på värderingsinstitutets bedömning uppfylls inte kravet på en självständig bedömning.

Kommunen har inte gjort någon självständig bedömning av anbudsgivarnas ekonomiska ställning vid sidan av den värdering som Business Check gjort. De uppgifter som kommunen i övrigt haft tillgängliga för bedömning av bolagets ekonomiska ställning har inte alls

beaktats. Genom att även kommunens kompletterande fråga tagit sikte på kreditbetyget har kommunens agerande uppfyllt det kravet på en individuell bedömning. Kravet på komplettering har varit irrelevant för det egentliga syftet.

Det kan vidare inte åläggas en anbudsgivare att förklara på vilket sätt kreditvärderingsinstitut värderar anbudsgivares ekonomiska ställning.

Det noteras att kommunen inte ens påstått att den ekonomiska ställningen hos bolaget såsom denna redovisats genom Business Checks uppgifter (med kreditbetyget undantaget) och den ingivna promemorian inte skulle räcka för uppfyllande av det aktuella kontraktet. Vidare har kommunen inte bemött påståendena om att den tillgängliga informationen varit tillräcklig för en sådan bedömning. Uteslutningen av bolagets anbud har enligt kommunens egna uppgifter motiverats enbart av att kreditbetyget hos Business Check varit för lågt och för att bolaget inte på ett för kommunen nöjsamt sätt förklarat anledningen till detta.

Kommunen har genom att felaktigt utesluta bolagets anbud från utvärderingen, brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har underlåtit att göra en ändamålsenlig värdering av respektive anbudsgivares ekonomiska kapacitet och endast kontrollerat vilken ratinggrad respektive anbudsgivare erhållit hos ett visst namngivet kreditinstitut. Kravet på en viss ratinggrad är varken relevant, förutsebart eller proportionerligt i förhållande till ändamålet med upphandlingen. Uteslutningen vilar på skönsmässiga grunder samt motiveras utifrån ett för den aktuella upphandlingen irrelevant krav om ratinggrad.

Bolaget har lidit skada eftersom en korrekt utförd utvärdering skulle resulterat i att bolaget tilldelats kontraktet. Skäl att rätta upphandlingen föreligger.

Kommunen

Enligt rättspraxis har upphandlande myndighet stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. När det gäller kvalificeringskrav rörande ekonomisk stabilitet har godtagits att uppfyllande av ett sådant krav sker genom att upphandlande myndighet inhämtar upplysningar från kreditvärderingsföretag som kompletteras med individuell bedömning, jfr RÅ 2005 ref. 47.

I aktuell upphandling har som kvalificering ställts upp ett krav på att anbudsgivare ska ha en stabil ekonomisk bas, vilket skulle kontrolleras genom företaget Business Check. För att kvalificera sig skulle anbudsgivaren uppnå en rating på minst sex. Eftersom bolaget vid kontroll endast uppnådde rating fyra har bolaget i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget beretts möjlighet att skriftligen inkomma med en godtagbar förklaring till ifrågasatt rating. Bolaget har därefter inlämnat en handling benämnd ”Soliditet, eget kapital, kassalikviditet och kassaflöde”. I handlingen redovisas dock inte uppgifter som avser bolaget utan uppgifter som rör den eller de koncerner som bolaget ingår i. Handlingen innehåller ingen förklaring till ratingen. Eftersom bolaget inte har lämnat något svar på den begärda förklaringen har det inte varit möjligt för kommunen att göra en individuell bedömning av bolagets ekonomiska stabilitet. Bolaget har inte uppfyllt i upphandlingen uppställt kvalificeringskrav, varför bolagets anbud har förkastats.

Sammanfattningsvis framgår det tydligt hur kvalificering av anbudsgivare ska ske. Kvalificering har skett i enlighet med vad som har angivits i förfrågningsunderlaget och samtliga anbudsgivare har behandlats lika och objektivt. Kommunen anser därför att upphandlingen har genomförts i enlighet med lagen om offentlig upphandling.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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.

Enligt 11 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7–13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling

Om den upphandlande myndigheten 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 lagens 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förfrågningsunderlaget stadgar i punkt 5.0 att anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk bas och att kommunen kommer att kontrollera detta genom företaget Business Check. Anbudsgivaren ska då som minimum uppnå en rating på sex (6) för att kvalificera sig. Om det vid kontrollen visar sig att anbudsgivarens rating är lägre än sex (6), beredes anbudsgivaren inkomma med en för kommunen godtagbar förklaring till ifrågasatt rating. Nyetablerade företag eller de som bedriver näringsverksamhet i annan företagsform som inte kan kontrolleras enligt

vad som anges ovan, ska till anbudet bilägga handlingar som visar att anbudsgivaren har en stabil ekonomisk bas.

I e-mail från kommunen till bolaget den 29 november 2012 anges bl.a. följande. Vid kontroll av bolagets ekonomiska stabilitet genom Business Check framkommer att bolaget endast uppnår rating 4. Med anledning av att bolaget inte uppfyller i upphandlingen uppställt kvalificeringskrav gällande ekonomisk stabilitet ombeds bolaget att inkomma med en skriftlig förklaring till ratingen.

Av Business Checks företagsrapport avseende bolaget den 29 november 2012 framgår bl.a. att bolaget fått rating 4 på en tiogradig skala och att detta innebär svag kreditvärdighet.

I promemoria den 30 november 2012 betecknad "Soliditet, eget kapital, kassalikviditet och kassaflöde" har bolaget redovisat ägarstruktur, soliditet, eget kapital och kassalikviditet avseende koncern som bolaget ingår i.

Enligt upplysning av Creditsafe den 19 december 2012 hade bolaget mycket god kreditvärdighet, rating 84 av 100.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget ställt krav på att anbudsgivarna ska ha en stabil ekonomisk bas och angett att detta kommer att kontrolleras hos företaget Business Check. Det stadgas även att om det vid kontroll visar sig att anbudsgivare har fått lägre rating än 6 ska denne få komma in med en skriftlig förklaring till ratingen.

Vad först gäller kravet som sådant finner förvaltningsrätten att det inte kan anses sakna samband med föremålet för upphandlingen och att det är proportionerligt och förenligt med principen om öppenhet samt även i övrigt godtagbart enligt LOU.

Eftersom bolaget vid kontroll hade för låg rating har det, i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget, av kommunen beretts möjlighet att komma in med en godtagbar förklaring till ratingen.

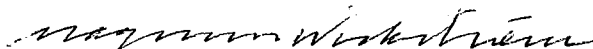
Oavsett hur kommunen uttryckt sig när den frågat efter uppgifter måste det enligt förvaltningsrätten ha stått klart för bolaget att uppgifterna inte behövde begränsas till ratingen och att svaret kunde avse allt som var av betydelse för prövningen av om bolagets stabilitet i ekonomiskt hänseende var tillräcklig. Bolaget har också svarat med en promemoria som inte ger någon förklaring till ratingen utan belyser ekonomiska förhållanden i den koncern i vilken bolaget ingår. Efter initiativ av kommunen har bolaget alltså haft möjlighet att förse kommunen med de uppgifter den behövt för att göra en individuell bedömning av bolagets ekonomiska stabilitet.

Kommunen har inte ansett sig kunna göra en individuell bedömning av bolagets ekonomiska stabilitet och framhållit bl.a. att den promemoria bolaget lämnat inte innehållit uppgifter rörande bolaget utan den koncern bolaget ingått i.

Förvaltningsrätten finner att det inte kommit fram tillräckliga skäl att underkänna kommunens bedömning att de vid prövningstillfället tillgängliga uppgifterna inte kunde läggas till grund för slutsatsen att bolaget uppfyllde förfrågningsunderlagets krav på ekonomisk stabilitet. Kommunen begick därför inte något fel när den avstod från att utvärdera bolagets anbud.

Skäl för ingripande mot upphandlingen på av bolaget anförd grund saknas.
Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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


Magnus Wickström

Föredragande har varit Joakim Lundegård.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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