

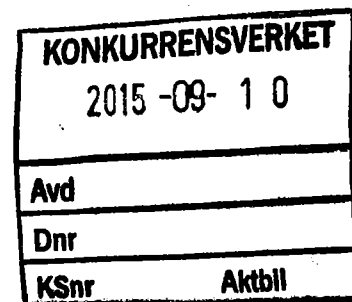


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2015-09-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
12742-15



SÖKANDE

PMI Clean AB, 556421-5290
Flygfältsgatan 4B
128 30 Skarpnäck

Ombud: Advokat Erik Olsson och biträdande jurist Martin Bogg
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stad
Utbildningsnämnden
Box 22049
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår PMI Clean AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 644182

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms stad genom dess utbildningsnämnd (staden) genomför en upphandling av ramavtal med förnyad konkurrensutsättning avseende lokalvårdstjänster för Söderorts kommunala grundskolor. I tilldelningsbeslut den 29 maj 2015 beslutade utbildningsnämnden att teckna avtal med andra anbudsgivare än PMI Clean AB (PMI).

PMI ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudsutvärderingen görs om varvid bolaget tilldelas avtal. I andra hand yrkar *PMI* att upphandlingen ska göras om.

Efter det att ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten har Stockholm stad fattat ett nytt tilldelningsbeslut den 24 juni 2015 där ytterligare en anbudsgivare, Fervent Cleaning Company AB, antagits.

PMI uppger att bolagets ansökan om överprövning även avser detta tilldelningsbeslut och vidhåller yrkandena. Som grund för förstahandsyrkandet anförs att staden har brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen i 1 kap. 9 § lagen (2007:109) LOU genom att förkasta *PMI*'s anbud trots att anbudet uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Som grund för andrahandsyrkandet anförs att staden har brutit mot principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU genom att tillämpa ett förfrågningsunderlag med ska-krav avseende ekonomisk ställning i strid med 11 kap. 9 § LOU. Stockholms stad har krävt att kreditvärdering ska ske från UC. Ska-kravet i p.2.2.5 strider även mot 11 kap. 9 § LOU då leverantörens uttryckliga rätt att inkomma med annan handling som är lämplig begränsats, vilket innebär att *PMI* inte getts möjlighet att inkomma med likvärdigt intyg som UC. Överträdelsen har medfört att *PMI* lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att gå miste om möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Staden bestrider bifall till PMI:s yrkanden. I avsnitt 2 .2.5 i förfrågningsunderlaget redovisas de krav som ställs på leverantörens ekonomiska och finansiella ställning. Kravet har ställts för att tillförsäkra Stockholms stad att leverantören har förmåga att utföra efterfrågade leveranser under kontraktstiden. Ett krav på lägsta riskklass enligt UC har enligt praxis (RÅ 2005 ref 47, Kammarrättens i Stockholm dom 2010-01-29 i mål nr 4855-15 och Kammarrättens i Göteborg dom 2012-09-21 i mål nr 3229-12) bedömts vara förenligt med de EG-rättsliga principerna om proportionalitet, transparens och likabehandling. Kravet strider inte mot proportionalitetsprincipen. PMI har inte lämnat en godtagbar förklaring till varför bolaget inte uppfyller kravet på ekonomisk ställning och har inte heller uppfyllt de alternativa krav som ställts för bolag som inte uppfyller kravet på riskklass. Stockholms stad har haft fog för att utesluta PMI:s anbud från utvärderingen av anbuden.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att Stockholms stad har ersatt tilldelningsbeslutet den 29 maj 2015 med ett nytt tilldelningsbeslut den 24 juni 2015. Det nya tilldelningsbeslutet innebär inte någon ändring av PMI:s ställning i upphandlingen. Samtliga omständigheter som är relevanta för prövningen av ansökan kvarstår i oförändrat skick. Vid sådant förhållande och med beaktande av att PMI uppgett att bolaget även ansöker om överprövning med anledning av det nya tilldelningsbeslutet finner förvaltningsrätten att målet ska prövas i sak.

Utgångspunkter för prövningen

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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan därvid endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Det i förfrågningsunderlaget under p.2.2.5 ställda ska- kravet angående anbudsgivarens ekonomiska ställning har formulerats enligt följande.

”Det är viktigt att anbudsgivaren har ekonomiska förutsättningar att fullgöra uppdraget under hela den tid som avtalet gäller. Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning godkänns om denne enligt Upplysningscentralen (UC) har riskklass 3 eller högre. Upplysningar från UC kommer att inhämtas av den upphandlande myndigheten i anslutning till anbudsöppningen och kommer sedan att kontrolleras löpande under hela avtalsperioden.

Anbudsgivare bör själv kontrollera sin riskbedömning hos UC innan anbud lämnas för att utröna om uppfyllelse av krav på ekonomisk stabilitet behöver visas på annat sätt. I de fall lägre riskklassificering redovisas ska utföraren ändå anses uppfylla dess krav om 1) och 2) alternativt 1) och 3) nedan är uppfyllda.

- 1.) Utföraren lämnar en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att utföraren innehar motsvarande ekonomisk stabilitet.
- 2.) Garanti lämnas gällande utförarens ekonomiska stabilitet av moderbolag eller annan garant. Sådant intyg ska bifogas anbudet och vara undertecknat av moderbolaget eller garantens firmatecknare. Efterfrågad riskklassificering samt kraven enligt ovan ska i dessa fall på motsvarande vis redovisas och uppfyllas av denne (garanten)
- 3.) Nystartade företag ska redovisa att de har tillräcklig ekonomisk och finansiell ställning genom bankgaranti eller revisorsintyg.

Anbudsgivare som inte uppfyller kravet om lägst UC 3 och som åberopar omständigheter enligt punkt 1 och 2 ovan, alternativt punkt 1 och 3, ska

inkomma med en förklaring som anges i punkt 1 och garanti/intyg enligt punkt 2 alternativ 3.”

Fråga i målet är om det av staden ställda ska-kravet avseende anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning strider mot principen om proportionalitet och om PMI visat att bolaget uppfyllt kravet avseende ekonomisk ställning.

Kravet avseende ekonomisk ställning och proportionalitetsprincipen?

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa på leverantörer i ett upphandlingsförfarande.

Myndigheten kan i förfrågningsunderlaget t.ex. ställa krav beträffande produktens egenskaper. De kraven måste vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten (jfr rättsfallet RÅ 2010 ref 78). Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande enhet i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. För att vara proportionerligt måste kravet anpassas efter sina syften. Om det finns ett annat och mindre ingripande sätt att uppnå syftet med kravet, ska detta mindre ingripande sätt användas.

PMI har anfört att Stockholms stad brutit mot principen om proportionalitet genom att tillämpa ett förfrågningsunderlag med ska-krav att kreditvärdering ska ske från UC. Att andra, likvärdiga kreditvärderingsinstitut inte kan användas måste ifrågasättas. Utformningen av ska-kravet missgynnar leverantörer som klassificeras sämre av UC:s algoritmer, men som får betydligt bättre kreditvärdering från andra likvärdiga kreditvärderingsinstitut. Sådana leverantörer måste då dels lämna en förklaring dels anskaffa bankgaranti eller motsvarande. Att införskaffa bankgaranti är kostsamt, en

kostnad som drabbar leverantören redan innan leverantören vet om den kommer att tilldelas kontrakt.

Staden har i denna del anfört bl.a. följande. Kravet avseende ekonomisk ställning i förfrågningsunderlaget är tydligt och klart formulerat och det framgår också tydligt vad som krävs av en anbudsgivare som inte uppfyller kravet. UC riskklass 3 motsvarar normal risk för att leverantören hamnar på obestånd och därmed inte kan fullgöra kontraktet. Kravet har därför ett naturligt samband och står i proportion till det som upphandlas. Kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att försäkra Staden om att avtalet kan fullgöras. Det finns inte någon mindre ingripande åtgärd än en bedömning av leverantörens risk för att hamna på obestånd. Inte heller är den negativa effekten oproportionerlig eller överdriven jämfört med det efterfrågade syftet eftersom anbudsgivaren, om inte riskklass 3 kan uppnås, ges möjlighet i förfrågningsunderlaget att uppfylla kraven på andra sätt. Det står i rimlig proportion till föremålet för upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning.

I 11 kap. 7 § LOU uppräknas olika dokument som kan utgöra bevis på en anbudsgivares ekonomiska kapacitet. Uppräkningen är inte uttömmande. Det är därför möjligt för den upphandlande myndigheten att begära andra dokument än de som anges i uppräkningen. Krav på att anbudsgivaren uppfyller lägsta riskklass enligt ett namngivet kreditupplysningsföretag t.ex. UC AB får därmed ställas.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget framgår att det finns möjlighet att på vissa andra sätt för en leverantör som inte uppfyller kravet på UC 3 att uppfylla kravet på ekonomisk ställning. Förvaltningsrätten bedömer att det uppställda kravet är ändamålsenligt och nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Utifrån vad som framkommit i målet kan det därför inte anses vara oproportionerligt.

Har Bolaget uppfyllt kravet avseende ekonomisk ställning?

Av tilldelningsbeslutet den 24 juni 2014 framgår att PMI:s anbud har förkastats med följande motivering ” Erhåller rating 2 hos UC.

Anbudsgivaren lämnat en förklaring i anbudet, men denna kan inte anses styrka företagets kreditvärdighet. Bank/koncerngaranti saknas.

PMI har anfört att skälet till att bolaget inte kunnat uppvisa en kreditupplysning från Upplysningscentralen (UC) med riskklass 3 är att den tidigare ägaren köpts ut och ersatts i styrelsen. Enligt UC:s algoritmer inverkar en ändring av styrelse i lokalvårdsbranschen menligt på riskklassificeringen, varför *PMI* erhöll riskklassificering 2. Av 11 kap. 9 § LOU följer att en leverantör får visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling än de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten begär. Dock krävs ett godtagbart skäl. En kreditvärdering från UC kan inte anses vara av högre dignitet än t.ex. en kreditvärdering från Creditsafe, de är istället likvärdiga. *PMI* har förklarat skälet bakom UC:s sämre riskklassificering och i stället för den begärda handlingen från UC bifogat en kreditvärdering från Creditsafe till sitt anbud. I den bifogade kreditvärderingen erhåller *PMI* rating ”God kreditvärdighet”. Rating god kreditvärdighet är likvärdig med minst en riskklass 3 från UC. Enligt Creditsafe motsvarar god kreditvärdighet riskklass 4 hos UC, vilket är en bättre riskklass än det krav som staden uppställt. *PMI* har härigenom visat att *PMI* har förutsättningar att fullgöra uppdraget under hela den tid som avtalet gäller i enlighet med p.2.2.5 i förfrågningsunderlaget. *PMI* uppfyller därmed samtliga skall-krav i upphandlingen. *PMI* är ett aktiebolag, dvs. en självständig juridisk person och eventuella betalningsanmärkningar riktade mot ägaren saknar betydelse för bedömningen av *PMI*:s ekonomiska ställning. Någon grund för förkastande av *PMI*:s anbud finns inte. Den 1 juni 2015 erhöll *PMI* återigen riskklass 3 av UC. Det var således endast under en begränsad period, direkt efter det att den förändring i *PMI*:s styrelse hade skett som UC sänkte *PMI*:s rating med ett steg.

Staden har invänt följande. Av den förklaring till kreditomdömet som finns i utdraget från UC framgår att riskprognosen baseras till stor del på att PMI har haft betalningsanmärkningar och andra brister samt att det nyligen skett stora förändringar i styrelsesammansättningen. Handläggaren på UC har uppgett att ägaren till bolaget, som numera ensam utgör PMI:s styrelse, har egna betalningsanmärkningar och att det enligt UC medför en ökad risk för bolaget, vilket i sin tur påverkar riskprognosen negativt. Utdraget från Creditsafe visar inte att PMI uppfyller det krav som ställs om en finansiell och ekonomisk ställning motsvarande UC riskklass 3 eller högre. Utdraget från Creditsafe är en rating från annat kreditinstitut, men det förklarar varken varför PMI åsatts riksklass 2 av UC eller visar att den riskklass som UC åsatt bolaget skulle vara felaktig. PMI har inte heller genom utdraget visat att bolaget uppfyller kravet på ekonomisk ställning i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har enligt ovan fastställt att Stockholms stads krav beträffande upplysning om anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning från UC är ett ändamålsenligt och proportionsenligt krav. Det är vidare klarlagt i målet att PMI vid anbudstidens utgång, den 13 april 2015, inte har riskklass 3 eller högre enligt UC. Vid sådant förhållande har PMI enligt förfrågningsunderlaget möjlighet att på visst annat sätt visa att bolaget uppfyller det ställda kravet. Förfrågningsunderlaget ger dock inte stöd för att en riskklassificering från ett annat kreditinstitut kan lämnas. Av UC:s kreditupplysning om PMI framgår att förklaringen till bolagets riskklass och riskprognos är betalningsanmärkningar och andra brister samt stora ändringar i företagens styrelse de senaste 12 månaderna. Den förklaring som PMI lämnat och de handlingar som bolaget åberopat visar inte att den lägre riskklassen hos UC vid tidpunkten för anbudstillfället var felaktig eller enbart hänförs till andra faktorer än sådana påverkar

bolagets ekonomiska stabilitet. Att UC numer har klassat bolaget med riskklass 3 saknar enligt förvaltningsrätten betydelse. Stockholms stad har därmed haft rätt att förkasta PMI:s anbud.

Sammanfattningsvis konstaterar förvaltningsrätten att PMI inte har visat att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Lena Aronsson

Rådman

Ann-Kristin Rosén har föredragit målet.



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. 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 nås 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.