



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-11-11
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 19512-11
 Enhet 13

SÖKANDE

Järfälla VA- & Byggentreprenad Aktiebolag, 556428-5822
 Skarprättarvägen 14
 176 77 Järfälla

Ombud: Advokat Charlotte Dolk
 Advokatbyrån Hellgren Linander KB
 Box 24053
 104 50 Stockholm

MOTPART

Värmdö kommun
 134 81 Gustavsberg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LUF.

KONKURRENSVERKET	
2011-11-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 177699

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Värmdö kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av "Ombyggnad av Ålstäkets pumpstation, Maskin- och Byggentreprenad", dnr 09KST0042-540 (upphandlingen). Upphandlingen har genomförts som förenklad upphandling enligt 15 kap. LUF. I tilldelningsbeslutet som meddelats anbudsgivarna den 22 september 2011 har kommunen beslutat att tilldela AquaSvea AB (AquaSvea) uppdraget.

Järfälla VA- & Byggentreprenad Aktiebolag (JVAB) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att AquaSveas anbud förkastas och anför i huvudsak följande. Såsom bestämmelsen i kommunens förfrågningsunderlags administrativa föreskrift AFB.31 är utformad har AquaSvea rätt att inkomma med ett intyg från ett annat kreditvärderingsinstitut än Creditsafe men betyget ska motsvara minst 40 poäng enligt Creditsafes betygssystem. Det betyg som AquaSvea har enligt UC, d.v.s. riskprognos 2,53 % och riskklass 3, är inte ett sådant motsvarande betyg. Av upplysning från Creditsafe den 28 september 2011 framgår att AquaSvea har en rating på 27 poäng. Av Creditsafes ratinghistorik framgår att AquaSvea den 5 november 2009 hade 35 poäng och den 10 juni 2011 endast 27 poäng. Enligt upplysning från UC av den 29 september 2011 är riskprognosen för AquaSvea 2,94 % och riskklassen anges till 3. Det innebär att en senare gjord UC-upplysning anger att AquaSvea har en sämre riskprognos idag än vad bolaget hade enligt det intyg som bifogats anbudet och som är cirka ett år gammalt. Sannolikheten att företaget kommer på obestånd inom 12 månader är något högre än enligt det till anbudet fogade intyget. Oaktat detta ger en jämförelse mellan det intyg från UC som AquaSvea ingivit, det intyg som inhämtats från UC den 29 september 2011 och det intyg som inhämtats från Creditsafe den 28 september samma år vid handen att AquaSvea varken vid tidpunkten för när det till anbudet fogade intyget var utfärdat eller vid tidpunkten för anbudsgivningen uppfyllde kravet på ett

betyg som motsvarar 40 poäng enligt Creditsafes rating. Detta innebär att AquaSvea inte varit kvalificerat och att bolagets anbud därför borde ha förkastats.

Mellannivån på UC:s femgradiga skala motsvarar inte mellannivån på Creditsafes femgradiga skala. Kommunen har inte angivit att anbudsgivarna ska inkomma med intyg som visar att de befinner sig på mellannivån i Creditsafes skala eller motsvarande hos annat kreditvärderingsinstitut. Vad kommunen istället har angivit är att intyget ska visa en rating om minst 40 poäng eller motsvarande. Att AquaSvea är ett relativt nystartat företag bör inte beaktas vid värderingen av intyg om ekonomisk och finansiell ställning. Kommunen har att kontrollera att uppställda skall-krav uppfylls.

Den första delen av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrift AFB.522 är för vagt formulerad för att isolerat kunna utgöra ett skall-krav. Lokutionen en "tillräckligt god och stabil ekonomisk och finansiell ställning" ger utrymme för en godtycklig bedömning. Skall-kravet i AFB.522 inskränker sig inte heller enbart till detta utan omfattar även att anbudsgivaren ska ha en rating om minst 40 poäng hos Creditsafe eller motsvarande. I dom meddelad den 21 april 2008 i mål nr 8859-07 av Kammarrätten i Stockholm konstaterades att kravet på "ett välskött företag med sund och stabil ekonomi" var för vagt formulerat för att uppfylla kravet på öppenhet och förutsebarhet (transparens). I förfrågningsunderlaget hade emellertid det aktuella kravet närmare specificerats genom en upplysning om att den ekonomiska ställningen skulle prövas genom att uppgifter skulle inhämtas från ett kreditupplysningsföretag. Kammarrätten fann att specificeringen gjorde att kravet fick anses vara tillräckligt tydligt.

Av kommunens förfrågningsunderlags administrativa föreskrift AFB.523 framgår att beställaren kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till vissa angivna faktorer. Vidare framgår

av samma bestämmelse att det anbud som har högst poäng kommer att antas. Av anbudsutvärderingen framgår att AquaSvea hade högst poäng på en nivå om 0,768 och att JVAB hade näst högst poäng på en nivå om 0,762. För det fall Värmdö kommun hade förkastat AquaSveas anbud hade JVAB haft högst poäng och således tilldelats kontraktet. Genom att Värmdö kommun har antagit AquaSveas anbud har JVAB, som annars hade antagits som leverantör, drabbats av skada.

JVAB har bl.a. lämnat in och åberopat intyg från UC avseende AquaSvea daterat den 28 oktober 2010, information från UC om UC:s riskklasser, företagsupplysning från Creditsafe avseende AquaSvea daterat den 28 september 2011 samt en miniupplysning från UC avseende AquaSvea daterat den 29 september 2011.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. JVAB har missuppfattat de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget. Punkt AFB.522 i de administrativa föreskrifterna är en upplysning till anbudsgivarna om hur skall-kravet kan uppfyllas. Det är dock inte i sig ett skall-krav. Den aktuella formuleringen innebär således inte att en anbudsgivare som har en rating som understiger 40 poäng hos Creditsafe eller motsvarande med automatik är diskvalificerad. Det är kommunen som bedömer, baserat på ingivet intyg, huruvida anbudsgivaren har en ekonomisk och finansiell ställning som är tillräckligt god och stabil så att uppdraget med rimlig sannolikhet kan genomföras utan risk för störningar pga. ekonomiska problem. I det aktuella fallet ingav AquaSvea ett intyg från UC, enligt vilket Aquasvea hade riskprognos 2,53 procent och riskklass 3. Hos UC innebär riskklass 3 "normal risk" och detta utgör mellannivån på den femgradiga skala som UC använder. Hos Creditsafe innebär rating 40-59 "kreditvärdig", vilket utgör mellannivån på den femgradiga skala som Creditsafe använder. Kommunen gjorde därför bedömningen att riskklass

3 hos UC, som AquaSvea alltså uppfyllde, är likvärdigt med rating 40-59 hos Creditsafe. Kommunen bedömde mot bakgrund därav att AquaSvea har en ekonomisk och finansiell ställning som är tillräckligt god och stabil för att uppdraget med rimlig sannolikhet ska kunna genomföras utan risk för störningar pga. ekonomiska problem. AquaSvea var således kvalificerat för anbudsutvärderingen.

AquaSvea är ett relativt nystartat företag. Verksamheten inleddes i mars 2010. Det första räkenskapsåret löpte ut den 30 april 2011. Det första bokslutet ska därför vara ingivet till Bolagsverket den 31 oktober 2011. Såväl UC som Creditsafe har i värderingarna av AquaSveas kreditvärdighet beaktat att något bokslut inte var tillgängligt vid värderingstillfället, vilket i sig leder till en högre riskbedömning. Även relativt nystartade företag ska dock kunna komma ifråga för upphandlingskontrakt. I annat fall skulle icke-diskrimineringsprincipen äventyras. Detta bör beaktas när intyg av det aktuella slaget värderas, dock alltid med iakttagande av en likvärdig och icke-diskriminerande behandling av samtliga anbudsgivare.

UTREDNINGEN I MÅLET

I punkten AFB.31 "Anbuds form och innehåll" anges bl.a. följande. Entreprenören ska lämna intyg som visar att minst rating 40 poäng enligt Creditsafes soliditets-/likviditetsbedömning eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut.

I punkten AFB.522 "Kvalificering" anges följande om ekonomisk och finansiell ställning. Anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning skall vara tillräckligt god och stabil så att uppdraget med rimlig sannolikhet kan genomföras utan risk för störningar pga ekonomiska problem. Anbudsgivare som har minst rating 40 poäng enligt Creditsafes soliditets-/likviditetsbedömning eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärde-

ringsinstitut anses kvalificerade. Om en leverantör har skäl för att inte förete begärda bevis, får han visa sin finansiella och ekonomiska ställning på ett annat sätt som enheten godtar.

I riskintyg från UC AB intygas att Aquasvea den 28 oktober 2010 har Riskprognos 2,53% och Riskklass 3.

I information från UC anges följande om riskklasser.

- Riskklass 5, mycket låg risk, <0,03 – 0,24 %
- Riskklass 4, låg risk, 0,25 – 0,74 %
- Riskklass 3, normal risk, 0,75 – 3,04 %
- Riskklass 2, hög risk, 3,05 – 8,04 %
- Riskklass 1, mycket hög risk, 8,05 - > 99 %

Beträffande Creditsafes ratingintervall anges följande.

- Mycket god kreditvärdighet 80 – 100 poäng
- God kreditvärdighet 60 – 79 poäng
- Kreditvärdig 40 – 59 poäng
- Kredit mot säkerhet 15 – 39 poäng
- Kredit avrådes 0 -14 poäng

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LUF anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först efter att rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga i målet är om kommunen genom att ha antagit AquaSveas anbud har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF. Bolaget har härvid hävdat att Aquasvea inte har uppfyllt skall-krav i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten beskriva föremålet för upphandlingen och de krav som myndigheten ställer. Av lika-behandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 24 § LUF följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet.

Kommunen har i förfrågningsunderlag angett att entreprenören ska lämna intyg som visar minst rating 40 poäng enligt Creditsafes soliditets-/likviditetsbedömning eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut. Av förfrågningsunderlaget framgår även upplysningsvis att anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning ska vara tillräckligt god och stabil så att uppdraget med rimlig sannolikhet kan genomföras utan risk för störningar pga ekonomiska problem.

AquaSvea har lämnat in en soliditets-/likviditetsbedömning från ett annat kreditvärderingsinstitut än Creditsafe. Frågan är därmed om detta intyg motsvarar ett intyg som visar minst 40 poäng i enligt Creditsafes soliditets-/likviditetsbedömning och om AquaSvea har uppfyllt skall-kravet.

Av utredningen i målet framgår att AquaSvea befinner sig på mitten av den skala som UC använder. Av utredningen framgår även att 40 poäng på

Creditsafes skala motsvarar mitten på den skala som Creditsafe använder. Eftersom förvaltningsrätten inte har att göra en ny utvärdering utan endast ska pröva om skall-kraven är uppfyllda och eftersom kommunen får anses ha ett visst utrymme att göra denna bedömning finner förvaltningsrätten att det intyg som AquaSvea har lämnat in får anses uppfylla det krav som förfrågningskravet uppställer.

Förvaltningsrätten har även att ta ställning till om det aktuella skall-kravet kan anses vara vagt formulerat och om i så fall kommunen på grund av detta kan anses ha brutit mot någon bestämmelse i LUF eller de principer som bär upp lagen. Formuleringen av det aktuella kravet i AFB.522 ger kommunen visserligen ett visst svängrum att bedöma om en anbudsgivare uppfyller de ekonomiska kraven. Enligt förvaltningsrättens mening är dock skall-kravet tillräckligt tydligt utformat. Det har dessutom inte framgått annat än att samtliga anbud har utvärderats enligt samma skall-krav. Formuleringarna i förfrågningsunderlaget, i nu aktuella delar, är därmed inte sådana att det av den anledningen finns skäl att göra ett ingripande med stöd av LUF.

Ansökan om ingripande enligt LUF ska därmed, med hänsyn till vad som anförts ovan, avslås.

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

Lena Forsmark
Förvaltningsrättsfiskal

Handläggare har varit förvaltningsrättsfiskalen Benny Lindholm



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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.