



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2019-05-23
Meddelad i Luleå

Mål nr
398-19

SÖKANDE

Bd Care AB, 559121-9513
Box 50003
973 21 Luleå

MOTPART

Bodens kommun
961 86 Boden

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bd Care AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Bodens kommun (kommunen) genomför, som förenklat förfarande enligt LOU, en ramavtalsupphandling av HVB för barn och unga 2018, i nio olika kategorier. I tilldelningsbeslut 7 februari 2019 meddelade kommunen vilka anbud som antagits. Bland förkastade anbud fanns Bd Care AB (Bd Care).

Bd Care yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom ny utvärdering varvid deras anbud beaktas, i andra hand att upphandlingen ska göras om. Kommunen anser att överprövningen ska avslås.

PARTERNAS TALAN

Bd Care framför bl.a. följande. Bd Care är ett nystartat bolag som ännu inte kan kontrolleras via Bisnode. Kommunen har tillämpat kreditrating som enda urvalskriterium, vilket strider mot proportionalitetsprincipen och praxis. Av punkten 3.3.2 i upphandlingsdokumentet framgår att nystartade bolag kan visa stabil ekonomisk ställning genom att t.ex. redovisa aktiekapital och eventuella kvartalsbokslut eller kundunderlag. Bd Care har till styrkande av ekonomisk ställning lämnat en moderbolagsgaranti från Avarus AB (Avarus) samt referens till bank. Till moderbolagsgarantin har även bifogats ett delårsbokslut avseende moderbolaget. Deras anbud har förkastats för att moderbolagsgarantin lämnats av ett bolag som Bisnode ger rating B. Omständigheten att Bd Care/Avarus inte uppfyller förfrågningsunderlaget vad gäller Bisnodes kreditrating utgör inte skäl att utesluta bolaget som leverantör i upphandlingen. Bd Care/Avarus har genom moderbolagsgaranti och bankreferens visat att kravet på ekonomisk stabilitet är uppfyllt. Kommunen har inte beaktat Avarus ekonomiska ställning vilken framgår av periodbokslut per den 30 juni 2018. Vid en jämförelse skulle kommunens ramavtal ha ytterst begränsad inverkan på moderbolagets omsättning och ekonomiska resultat. Kommunen har

ostridigt inte beaktat en bankreferens. Det är felaktigt att en sådan får åberopas endast av nystartade bolag. Det ankommer på kommunen att inhämta och beakta all den information om bolags ekonomiska ställning som åberopas av anbudsgivaren oavsett ur länge denna bedrivit sin verksamhet. Samma gäller för moderbolagsgarantin, se 15 kap. LOU och artikel 60 i upphandlingsdirektivet. Det delårsbokslut som bifogats moderbolagsgarantin ger en komplett bild av Avarus ekonomiska ställning och kan inte avfärdas som knapphändigt. Man kan svårligen tänka sig en bättre information om ett bolags ekonomiska ställning än upprättad resultat- och balansräkning. En anbudsgivare måste kunna förlita sig på att upphandlande myndighet har erforderlig kompetens för att bedöma innehållet i en sådan ekonomisk redovisning. Det kan också nämnas att moderbolaget har högsta kreditrating hos UC AB.

Kommunen framför bl.a. följande. Bd Care uppfyller inte de ställda kraven på ekonomisk stabilitet. Kommunen har angett att denna upphandling totalt omsätter cirka 11 miljoner kr och 3 200 vård dygn; merparten inom de avtalsområden som nu är för överprövning. Uppdragets omfattning kan vara väldigt varierad. Det handlar om vård av en utsatt och känslig målgrupp. Det är viktigt att behandlingshemmen har ekonomisk förmåga att bibehålla hög kvalitet och tillräckligt bemanning. Det vore förödande om intagna måste flytta mitt i pågående behandling för att de placerats i boende som inte kan drivas vidare av ekonomiska skäl. Kommunen har krävt att anbudsgivaren ska uppnå stabilitet motsvarande A enligt Bisnode och alltså tydligt angett vilket kreditvärderingsinstitut den avser att nyttja. Anbudsgivare har haft möjlighet att kontrollera sin rating och, om de inte uppnår kravställd rating, ge in annat kreditvärderingsintyg eller andra handlingar. Bd Cares anbud uppfyller inte de ställda obligatoriska kraven på ekonomisk stabilitet. Det har därför helt korrekt förkastats. Kommunen gjorde en initial kreditbedömning via Bisnode. Då Bd Care är nystartat kan kommunen inte få någon bedömning eller några uppgifter om Bd Care, varför kommunen

har att förhålla sig till andra uppgifter i anbudet. Moderbolagsgarantin från Avarus uppfyller formkraven för en sådan garanti. Kommunen måste dock undersöka om Avarus uppfyller kravställd ekonomisk ställning. Avarus uppfyller inte kravställd rating om A utan har fått ett B ”kredit mot säkerhet” som är en nivå lägre än kravställd. Bisnode bedömer Avarus ekonomi som ”kredit mot säkerhet” vilket utgör en väsentlig skillnad mot att vara kreditvärdig. Någon säkerhet har inte bifogats till moderbolagets återopande. Ett delårsbokslut visar inte hela bilden av ett bolags ekonomiska ställning. När den information som inkommit dessutom är mycket knapphändig, utan vidare förklaring till de olika posterna och dess utveckling, kan den inte anses påvisa ekonomisk stabilitet. Bd Care har inte påvisat vilka inträffade skillnader eller genomförda förändringar som skulle ligga till grund för bättre resultat än i senaste helårsbokslutet. Det vitsordas att omsättning och resultat i halvårsbokslutet är mer positivt än året innan. Det kan bero på en mängd faktorer t.ex. att man avyttrat delar av bolaget eller inte bokfört större krav. Att Avarus under första delen av innevarande kalenderår påvisar ett bättre resultat än föregående år visar inte att bolaget totalt har ett positivt resultat. Avarus resultat har varierat kraftigt under de tre senaste åren och var negativt såväl 2017 som 2015. Bd Care har hänvisat till bankreferens för Avarus. Denna möjlighet finns enbart under de skrivningar som gäller nystartade bolag. Avarus bildades 2006. Det är således inte ett nystartat företag och kommunen har därmed inte beaktat bankreferensen. Kommunen har transparent beskrivit hur ekonomisk stabilitet kommer bedömas och har mycket begränsad möjlighet att begära in mer information under anbudsutvärderingen. Det skulle strida mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling att godkänna Bd Cares anbud då kommunen skulle göra en vidare prövning än den som beskrivs i upphandlingsdokumentet. Det är alltid den upphandlande myndigheten som beslutar om komplettering ska tillåtas. En anbudsgivare kan inte kräva att få ge in ytterligare handlingar efter sista anbudsdag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har uttalat att inom ramen för de grundläggande upphandlingsprinciperna har en upphandlande myndighet stor frihet att själv utforma sin upphandling (RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48). Principerna står i 4 kap. 1 § LOU och innebär bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer likvärdigt och på ett icke-diskriminerande sätt (likabehandlingsprincipen), genomföra upphandlingar på ett öppet sätt (transparensprincipen) och iaktta proportionalitetsprincipen.

Det strider mot likabehandlingsprincipen att godta ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet (HFD 2016 ref. 37). Det är å andra sidan diskriminerande och oproportionerligt om en anbudsgivare utesluts på grund av svag rating hos ett kreditupplysningsföretag utan att få ge in egen ekonomisk utredning (RÅ 2005 ref. 47).

Av 4 kap. 9 § LOU, hänvisad till i 19 kap. 2 § LOU, följer att upphandlande myndighet får tillåta/begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören, eller att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Ordalydelsen markerar att bestämmelsen är fakultativ, dvs. avser något som upphandlande myndighet under vissa förutsättningar får göra men aldrig måste göra.

Enligt 19 kap. 23 § LOU får en leverantör vid behov, när det gäller ett visst kontrakt, åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på andra sätt visa att den kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Om upphandlande myndighet 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, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Bankreferens

I upphandlingsdokumentet punkt 3.3.1 respektive 3.3.2 har kommunen angett för vilka subjekt det får ges in referens till bank som kan beaktas vid prövning av ekonomisk ställning. Dessa är dels anbudsgivare som inte är skyldiga att upprätta årsredovisning/årsbokslut, dels nystartade företag. Avarus är inte anbudsgivare och inte nystartat. Att dess bankreferens inte beaktas strider alltså inte mot upphandlingsdokumentet. Frågan är om upphandlingsdokumentet i denna del strider mot likabehandlingsprincipen.

I domar den 5 juli 2012, mål nr 1105-12 och 1106-12, vilka också gällde förenklade förfaranden, har Kammarrätten i Sundsvall utrett vad lika-behandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen innebär för kraven på ekonomisk ställning. Myndigheten har stor frihet att välja sådana krav så länge de behandlar jämförbara situationer lika, men ska tillåta ett alternativt bevismedel för att inte diskriminera nystartade företag. Alltför stränga krav på ekonomisk och finansiell kapacitet utgör ofta ett omotiverat hinder för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling.

Kommunen kunde ha valt att öppna för bankreferens som bevismedel avseende alla anbudsgivare samt andra företag vars kapacitet åberopas. Istället valde man att tillåta detta som ett alternativ för att inte diskriminera den som saknar årsbokslut eller Bisnode-rating. Enligt förvaltningsrättens mening ryms det inom kommunens frihet att ge bankreferens en andrahandsstatus som endast tillåtas i vissa fall som annars kunde utgöra diskriminering. Kommunen har varit transparent med vilka fall det är fråga om, varför Bd Care kunna uttyda att Avarus inte utgör ett sådant fall. Skäl saknas för ingripande på denna grund.

Moderbolagsgaranti och rating

Det är ostridigt att Bd Care i princip har rätt att få sin moderbolagsgaranti för Avarus samt Avarus delårsbokslut beaktade som ekonomiska bevismedel. Att kommunen ändå inte godkänt Bd Cares anbud beror på att man inte anser Avarus ekonomiska ställning vara visad.

I upphandlingsdokumentet punkt 3.3 anges att kommunen via kreditupplysningsföretaget Bisnode kommer att göra en kontroll av anbudsgivarens rating, samt att anbudsgivaren som ett minimum ska uppnå rating A för att anses kreditvärdig eller motsvarande hos annat kreditupplysningsbolag. Anbudsgivare med lägre eller ingen rating alls kan bedömas som ekonomiskt stabila om de på annat sätt kan visa detta eller lämna en godtagbar förklaring till en lägre rating. Förklaring kan t.ex. innehålla ett värderingsintyg från auktoriserad revisor, bankgaranti eller koncerngaranti; det sistnämnda har Bd Care gett in.

Det får enligt förvaltningsrättens anses tydligt att om anbudsgivare som saknar rating A åberopar ett moderbolag ska detta ha rating A. Avarus har rating B, "Kredit mot säkerhet". Avarus har vidare lämnat bankreferens genom telefonnummer till en person på Swedbank men inget åtagande från banken.

Bd Care har vidare gett in ett delårsbokslut avseende Avarus. Kommunen har beaktat det ekonomiska underlaget för Avarus men ansett att det inte visar på tillräcklig finansiell stabilitet. Kommunen har bl.a. anfört att ett delårsbokslut inte visar hela bilden av ett bolags ekonomiska ställning, att det inte finns någon förklaring till de olika posterna och dess utveckling, samt att Avarus resultat varierat kraftigt under de senaste tre åren. Förvaltningsrätten anser att kommunen inte har någon undersökningsplikt att granska det ekonomiska underlaget gällande Avarus närmare än vad den

gjort för att eventuellt härleda förklaringar till de oklara punkterna gällande Avarus finansiella utveckling. Bd Care har således inte visat att bolaget uppfyller det ställda kravet på ekonomisk stabilitet.

Slutsats

Kommunens upphandlingsdokument har gett tillräckligt med möjligheter att styrka ekonomisk ställning för att kraven inte ska anses diskriminerande eller oproportionerliga. Kraven har också varit transparenta. Kommunen har vid utvärderingens kvalificeringsfas inte frångått upphandlingsdokumentet och inte haft skyldighet att undersöka Avarus ekonomiska ställning mer noggrant än man gjort. Inte heller har kommunen, såvitt framkommit i målet, överträtt LOU på något annat sätt. Bd Cares ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Linnea Nyström
förvaltningsrättsfiskal

David Munck har föredragit målet.



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 nyårs-afton, 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 avvisar 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 rättstillämpningen.
- 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.