



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM
2017-09-04
Meddelad i Stockholm

Mål nr
7382-17

1

SÖKANDE

Caperio AB, 556583-4875

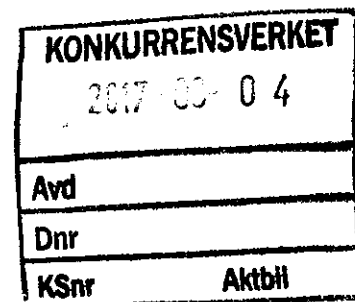
Ombud: Advokat Göran Antonsson och Jur.kand. Sara Yng
Sandart & Partners Advokatbyrå KB
Box 7131
103 87 Stockholm

MOTPART

Haninge kommun
136 81 Haninge

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Caperio AB:s ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Dok.Id 861089

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

BAKGRUND

Haninge Kommun (kommunen) genomför en upphandling av användarnära tjänster (dnr SUN 2016/121) som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Caperio AB:s (Caperio) anbud har uteslutits ur upphandlingen eftersom det inte har ansetts uppfylla kravet på ekonomisk ställning. Enligt tilldelningsbeslut av den 15 mars 2017 har kontraktet i upphandlingen tilldelats en annan anbudsgivare än Caperio.

YRKANDEN M.M.

Caperio yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid anbudet från Caperio beaktas. Caperio yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att förkasta Caperios anbud trots att Caperio uppfyller kravet på ekonomisk ställning. Kravet på ekonomisk ställning är utformat på ett sätt som inte är förenligt med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Caperios anbud skulle ha placerats på första plats i anbudsutvärderingen och därmed tilldelats avtalet i upphandlingen om anbudet hade utvärderats. Om kommunen inte hade utformat kravet på ekonomisk ställning på ett felaktigt sätt hade Caperios anbud inte förkastats. Caperio har således lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada, på det sätt som avses i 16 kap. 6 § LOU.

Kommunen bestrider Caperios yrkanden och begär att ansökan avslås. Caperio uppfyller inte kravet på ekonomisk ställning och har därmed rätteligen uteslutits från utvärdering i upphandlingen. Upphandlingen har genomförts på ett korrekt och lagenligt sätt och de krav som ställs i

förfrågningsunderlaget strider inte mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, vilken trätt i kraft den 1 januari 2017. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Vad Caperio har anfört

I den aktuella upphandlingen har kommunen ställt krav på att anbudsgivare ska ha en betryggande ekonomisk ställning. Caperio har i anbudet angett att bolaget har betryggande kreditvärdighet. Caperio tillhandahåller i stor utsträckning varor och tjänster till offentlig sektor och lämnar regelbundet anbud i offentliga upphandlingar. Caperio har följande kreditrating hos ledande kreditinstitut: UC riskklass 3, Credit Safe rating 75 (god kredit-

värdighet), Soliditet rating AA (god kreditvärdighet). Caperio uppfyller således kravet på att ha en betryggande ekonomisk ställning och det har därmed inte funnits grund för att förkasta Caperios anbud.

Kommunen har ställt krav på att anbudsgivarna ska ha en betryggande ekonomisk ställning, vilket i sig är både rimligt och vanligt. I den aktuella upphandlingen har kommunen dock angett att ”företag kommer att anses ha en betryggande ekonomisk ställning om denne har som lägst kreditvärdighet (rating) fem enligt Business Checks kreditvärderingsmodell”. Av kravet framgår att det inte har varit möjligt att styrka kravet på ekonomisk ställning genom att visa viss rating hos något annat kreditvärderingsinstitut än det utpekade Business Check. Den leverantör som inte har haft erforderlig rating hos Business Check har varit hänvisat till att visa sin motsvarande ekonomiska ställning genom en bank- eller moderbolagsgaranti. Kravet har medfört att endast ett anbud har gått vidare till utvärdering och att tilldelningsbeslut har fattats utan någon jämförelse mellan konkurrerande anbud. Kravet går utöver vad som är nödvändigt för att nå målsättningen med upphandlingen och saknar en tydlig och affärsmässig koppling till kontraktsföremålet.

Samtliga krav som ställs i ett upphandlingsförfarande måste stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Vid en proportionalitetsbedömning ska det först kontrolleras om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. Syftet med kravet på ekonomisk ställning måste rimligen vara att säkerställa att leverantören har en godtagbar ekonomi så att denne kan fullgöra sina åtaganden. Det måste vara känt för kommunen att det finns olika kreditvärderingsinstitut och att det inte finns något sakligt skäl för att acceptera bara vissa av dessa. Av de utdrag från diverse kreditvärderingsinstitut Caperio har gett in i målet framgår att bolaget de facto uppfyller kravet på betryggande ekonomisk ställning. Kravet har följ-

aktligen inte varit varken lämpligt eller effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet.

Som ett andra steg ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. I upphandlingen har kravet på leverantörens ekonomiska ställning knutits till en viss rating hos ett utpekad kreditvärderingsinstitut. Anbudsgivarna har inte haft möjlighet att styrka sin ekonomiska ställning genom intyg från något annat kreditvärderingsinstitut utan enbart genom att presentera en moderbolagsgaranti eller en bankgaranti. Caperio har inte något moderbolag och saknar därför möjlighet att åberopa en moderbolagsgaranti. För Caperios del innebär kravet därmed att bolaget har varit tvunget att ställa en bankgaranti trots att bolagets ekonomiska ställning i själva verket är betryggande. Kravet innebär således både att Caperio skulle ha fått opåkallade kostnader för en bankgaranti och att kommunen skulle ha fått en opåkallad ytterligare säkerhet utöver det faktum att Caperios ekonomiska ställning är betryggande. Kommunen har inte visat att det inte föreligger några mindre ingripande alternativ. Caperio anser sammantaget att kravets formulering inte är nödvändig för att uppnå syftet med kravet.

Som ett tredje steg ska en bedömning göras av om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Kravet har fått till följd att en anbudsgivare trots att denne de facto uppfyller kravet på betryggande ekonomisk ställning har uteslutits ur upphandlingen. Effekten är oproportionerlig.

Kravet på att anbudsgivarna ska ha en betryggande ekonomisk ställning är alltför långtgående och strider mot proportionalitetsprincipen. Den praktiska konsekvensen av kravet är att Caperio har varit hänvisat till att ställa en bankgaranti för att påvisa den betryggande ekonomiska ställning bolaget de facto har. Detta hade varit förenat med en kostnad för Caperio, en kostnad

som anbudsgivare som uppfyllde ratingen hos just Business Check eller som hade möjlighet att istället ställa ut en kostnadsfri moderbolagsgaranti inte skulle ha drabbats av. I ljuset av detta kan det också ifrågasättas om kravet är förenligt med principen om likabehandling.

Vad kommunen har anfört

Av punkt 5.4 i förfrågningsunderlaget framgår tydligt att kvalificering av anbudsgivarnas ekonomiska stabilitet kommer att kontrolleras genom uppfyllande av ett krav om lägst kreditvärdighet (rating) fem enligt Business Checks kreditvärdighetsmodell. Enligt Business Checks ratingskala motsvarar 1 – 4 svag (ej betryggande) kreditvärdighet och 5 – 10 godkänd (stabil) kreditvärdighet. Kommunen har ställt krav på rating fem, vilket är den lägsta nivån på stabil kreditvärdighet hos Business Check. Kommunen har därmed inte ställt något orimligt högt krav rörande ekonomisk stabilitet. Av punkt 5.4 i förfrågningsunderlaget framgår vidare att anbudsgivare som inte uppfyller rating fem enligt Business Check har möjlighet att lämna en förklaring rörande hur anbudsgivaren anser sig uppfylla kravet på motsvarande ekonomisk ställning på annat sätt än genom omdöme från Business Check. Om anbudsgivaren i anbudet lämnat en sådan förklaring, av vilken kommunen anser det klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomisk ställning, anses kravet på ekonomisk stabilitet uppfyllt. Caperio har i svarsbilagan i sitt anbud avseende kravet på ekonomisk ställning svarat ”Ja” på frågeställningen om kravet på ekonomisk ställning uppfylls. Caperio har vidare i svarsfältet för fritext skrivit kommentaren ”Caperio har en betryggande ekonomisk ställning”. Caperio har inte inkommit med någon annan text avseende ekonomisk ställning. Vid kommunens kontroll av Caperios kreditvärdighet enligt Business Checks kreditvärdighetsmodell fick Caperio fyra i rating och uppfyllde således inte kravet. Kommunen kontrollerade om Caperio hade lämnat någon förklaring till detta, men fann att någon sådan förklaring inte hade lämnats i anbudet.

Caperio har i sitt anbud inte heller bifogat någon ytterligare handling för att styrka den betryggande ekonomiska ställning man anser sig ha. Mot denna bakgrund hade kommunen inte någon möjlighet att godkänna Caperios anbud.

Kravet på ekonomisk ställning är förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Caperios påstående om att kommunen inte godtar vare sig ett motsvarande kreditomdöme hos något annat kreditvärderingsinstitut eller en förklaring till varför det efterfrågade kreditomdömet inte uppnås är inte riktigt. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren kan lämna en förklaring rörande hur anbudsgivaren anser sig uppfylla kravet på godtagbar ekonomisk ställning. Anbudsgivarna har således möjlighet att styrka sin ekonomiska ställning på annat sätt än genom kreditomdöme från ett enstaka kreditvärderingsinstitut. Det är inte riktigt att kravet gällande ekonomisk ställning har medfört att endast ett anbud har gått vidare till utvärdering. Det är endast Caperios anbud som har uteslutits på grund av att bolaget har underlåtit att styrka sin ekonomiska ställning. Kravet på ekonomisk ställning är vanligt förekommande vid upphandling enligt LOU. Det är vidare proportionerligt och har en tydlig och affärsmässig koppling till kontraktsföremålet.

Förvaltningsrättens bedömning

I punkt 5.4 i förfrågningsunderlaget anges följande:

5.4 Ekonomisk ställning

Anbudsgivare ska ha en betryggande ekonomisk ställning, så att denne med bibehållen kvalitet kan fullgöra uppdraget under hela avtalstiden.

Anbudsgivande företag kommer att anses ha en betryggande ekonomisk ställning om denne har som lägst kreditvärdighet (rating) fem (5) enligt Business Checks kreditvärdighetsmodell. Kommunen kommer vid prövningen av anbudet att kontrollera kreditvärdigheten hos Business Check.

I de fall lägre kreditvärdighet redovisas ska anbudsgivaren ändå anses uppfylla detta krav om anbudsgivaren i anbudet lämnat en sådan förklaring, av vilken kommunen anser det klarlagt att anbudsgivaren, själv eller genom åberopande av annans kapacitet, innehar motsvarande ekonomiska ställning. En sådan förklaring kan exempelvis utgöras av en bank- eller moderbolagsgaranti uppgående till ett betryggande belopp med hänsyn till värdet på det som upphandlingen omfattar.

- Anbudsgivaren ska i bilaga 5. Svarsbilaga bekräfta att kreditvärdigheten är lägst fem (5) hos Business Check avseende det egna företaget eller, i förekommande fall, att en förklaring lämnats nedan rörande hur anbudsgivare anser sig uppfylla kravet på motsvarande ekonomisk ställning på annat sätt än genom omdöme från kreditupplysningsföretag.

Av punkt 5.4 i förfrågningsunderlaget följer således att anbudsgivare som inte har rating fem hos kreditupplysningsföretaget Business Check i anbudet ska visa att man har en betryggande ekonomisk ställning. Kommunen har uppgett att Caperio i svarsbilagan avseende ekonomisk ställning har svarat ja på frågan om kravet på ekonomisk ställning uppfylls. Därutöver har Caperio endast uppgett att bolaget har en betryggande ekonomisk ställning. Vid kommunens kontroll med Business Check har Caperio fått rating fyra.

Caperio har inte anfört att bolagets anbud har innehållit fler uppgifter avseende ekonomisk ställning än vad som har uppgetts av kommunen eller att Caperio av Business Check skulle ha erhållit en högre rating än fyra. Förvaltningsrätten anser därför att Caperios anbud inte uppfyller kravet vad gäller ekonomisk ställning i punkt 5.4 i förfrågningsunderlaget. Omständigheten att Caperio under överprövningsprocessen har gett in intyg avseende bolagets ekonomiska ställning utfärdade av andra kreditvärderingsinstitut ändrar inte bedömningen eftersom de anbudsgivare som inte har lägst kreditvärdighet fem enligt Business Checks kreditvärdighetsmodell ska lämna en förklaring i anbudet till hur de ändå uppfyller kravet på ekonomisk ställning. Det skulle därmed strida mot likabehandlingsprincipen att beakta de kreditomdömen Caperio har gett in efter att kommunen meddelade tilldelningsbeslut i upphandlingen.

Upphandlande myndigheter har en långtgående frihet att formulera kraven i ett förfrågningsunderlag under förutsättning att det överensstämmer med

LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. Enligt 11 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på en lägsta nivå för anbuds-sökandes och anbudsgivares ekonomiska kapacitet under förutsättning att de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta.

Av RÅ 2005 ref. 47 följer att en upphandlande myndighet inte får grunda ett beslut att utesluta en anbudsgivare från en upphandling enbart på grundval av ett inhämtat kreditomdöme utan att göra en individuell bedömning och ge anbudsgivaren möjlighet att med egen utredning bemöta de upplysningar som inhämtats. I det aktuella förfrågningsunderlaget anges dock från vilket kreditvärderingsinstitut kommunen kommer att inhämta ett kreditomdöme. De anbudsgivare som inte uppfyller kravet vad gäller lägsta godtagbara nivå för kreditomdömet ges vidare möjlighet att ge in bevisning som styrker att deras ekonomiska ställning trots detta är godtagbar. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte anses föreligga någon skyldighet för en upphandlande myndighet att i ett förfrågningsunderlag fastställa godtagbar nivå för ekonomisk ställning, som inte kräver ytterligare bevisning från anbudsgivarna, avseende samtliga kreditupplysningsföretag på marknaden. Det får vidare anses vara godtagbart att ställa krav på ekonomisk stabilitet av innebörden att de anbudsgivare som inte uppfyller en viss specificerad nivå hos ett specificerat kreditupplysningsföretag ska ge in bevisning avseende sin ekonomiska ställning som visar att anbudsgivarens ekonomiska ställning motsvarar den kravställda nivån (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4855-09). Detta under förutsättning att den kravställda nivån inte är oproportionerligt hög, vilket den lägsta nivån för stabil kreditvärdighet hos ett kreditvärderingsinstitut inte kan anses vara.

Av punkt 5.4 i förfrågningsunderlaget framgår det att syftet med kravet på att anbudsgivarna ska ha en betryggande ekonomisk ställning är att de med bibehållen kvalitet kan fullgöra uppdraget under hela avtalstiden. Enligt

förvaltningsrättens bedömning får det anses lämpligt och effektivt för att uppnå detta syfte att ställa upp ett krav på en godtagbar rating enligt ett kreditupplysningsföretag och att låta de anbudsgivare som inte uppfyller detta krav inge bevisning som visar att deras ekonomiska ställning ändå är godtagbar.

Vad Caperio har anfört om att de anbudsgivare som inte har minst rating fem hos Business check endast kan visa att de trots det uppfyller kravet på ekonomisk ställning genom att ge in en moderbolagsgaranti eller en bankgaranti är inte riktigt. I förfrågningsunderlaget anges att de anbudsgivare som inte har erforderlig kreditrating hos Business Check ska lämna en förklaring av vilken kommunen anser det klarlagt att anbudsgivaren, själv eller genom åberopande av annans kapacitet, innehar motsvarande ekonomisk ställning. Det anges vidare att en sådan förklaring exempelvis kan utgöras av en bank- eller moderbolagsgaranti. Det anges däremot inte att en dylik förklaring inte kan godtas om den inte innehåller en bank- eller moderbolagsgaranti. Förvaltningsrätten anser därför även att det aktuella kravet på ekonomisk ställning är nödvändigt för att nå det eftersträvade syftet.

Caperio har inte uppfyllt det uppställda kravet på kreditvärdighet enligt Business Checks kreditvärdighetsmodell och inte heller gett in någon som helst bevisning avseende bolagets ekonomiska ställning tillsammans med anbudet. Förvaltningsrätten finner därför att omständigheten att Caperio har uteslutits ur upphandlingen inte kan anses vara en oproportionerlig negativ effekt med anledning av kravet på att anbudsgivarna ska ha en betryggande ekonomisk ställning.

Förvaltningsrätten anser således inte att kravet vad gäller anbudsgivarnas ekonomiska ställning strider mot proportionalitetsprincipen. Kravet kan inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen då samtliga anbudsgivare

som inte uppfyllt kravet vad gäller rating hos Business Check har getts möjlighet att lämna en förklaring som visar att de har en betryggande ekonomisk ställning. Som konstaterats ovan finns det inte något obligatoriskt krav på att en sådan förklaring ska innehålla en bank- eller moderbolagsgaranti.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att Caperio inte har visat att upphandlingen har genomförts i strid med proportionalitetsprincipen, likabehandlingsprincipen, de andra grundläggande upphandlingsrättsliga principerna eller någon av bestämmelserna i LOU. Skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. LOU saknas därmed och Caperios 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).

Erik Mellstrand
Rådman

Föredragande har varit Cecilia Larsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

