



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Kansli Nyköping

DOM
2010-10-12
Meddelad i
Nyköping

Mål nr
7587-10
Enhet 7

Handläggare: Nadia Boussaid

SÖKANDE

Svenska infra och anläggningsbyggarna AB, 556787-5033
Box 4090
195 04 Rosersberg

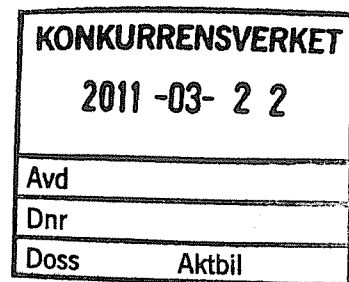
Ombud:
Ola Silberman
Martinvägen 26
168 51 Bromma

MOTPART

Katrineholms kommun
641 80 Katrineholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens beslut den 8 september 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 22024

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194 611 25 Nyköping	Folkungavägen 4	0155-200450 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	0155-200490	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH ANSÖKAN M.M.

Katrineholms kommun (kommunen) inbjöd genom förfrågningsunderlag leverantörer att lämna anbud avseende upphandling av ”Terminalgatan samt etableringsmark KS/2010:435–052”. Kommunen beslutade den 30 augusti 2010 att anta anbudet från en annan anbudsgivare än Svenska infra och anläggningsbyggarna AB (SIAAB). I beslutet anfördes bl.a. ifråga om prövning av anbudsgivare att SIAAB ännu inte har någon fastställd rating hos kreditupplysningsföretaget Soliditet AB och att SIAAB därmed inte går vidare i utvärderingen.

SIAAB ansöker om överprövning av kommunens upphandling samt yrkar i första hand att förvaltningsrätten rättar upphandlingen på så sätt att SIAAB:s anbud antas i enlighet med en korrekt anbudsprövning och utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Till stöd för ansökan anføres bland annat följande grunder. Upphandlande myndigheter får inte ställa högre krav på anbudsgivande leverantör än vad som behövs för den enskilda upphandlingen. Denna proportionalitetsprincip innebär att krav på leverantören måste stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Trots att rating saknas vid i detta fall Soliditet AB har SIAAB en sund finansiell och ekonomisk ställning som väl står i proportion till det uppdrag upphandlingen avser. SIAAB har varit villigt att diskutera alternativa betalningsvillkor eller ytterligare säkerheter för uppdragets genomförande.

Att diskvalificera en anbudsgivare på den grunden att denne saknar rating strider klart mot den grundläggande bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU om att myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och med proportionalitet. Med en sådan diskvalificeringsgrund (krav på rating) skulle varje företag med kortare verksamhetstid än ett räkenskapsår vid varje tillfälle uteslutas från utvärdering.

Kommunen har i ett annat upphandlingsärende konstaterat att SIAAB saknar rating vid Soliditet AB men har ändå ansett bolaget ha en godtagbar finansiell och ekonomisk styrka och ha lägst normal kreditvärdighet. Vidare har SIAAB:s finansiella och ekonomiska ställning granskats vid flera tillfällen av bland andra Trafikverket och flera kommuner i samband med upphandlingar och då funnits vara tillfredsställande. Hade det varit känt för SIAAB att rating av Soliditet var ett, om än felaktigt, selekteringskriterium, hade SIAAB aldrig lämnat anbud och lagt ner de betydande resurser som ett anbudsframtagande kräver.

Kommunen bestrider bolagets ansökan och anför i yttrande till förvaltningsrätten bland annat följande. Kravet på rating och kravet på bankgaranti är skilda saker då kravet på viss rating är ett kvalificeringskrav medan kravet på bankgaranti är ett kontraktsvillkor. Det är därför naturligt att bolaget måste klara kvalificeringen för att gå vidare i utvärderingen. Endast den anbudsgivare som vinner upphandlingen behöver ha bankgaranti då kontrakt tecknas. Bedömningen i utvärderingen är korrekt gjord utifrån förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Kommunen har inte åsidosatt proportionalitetskravet då rating och bankgaranti är naturliga krav i samband med affärer i denna kostnadsklass och säkerställer affärens genomförande på kort och lång sikt. Kommunen vill säkerställa att den aktuella leverantören har den ekonomiska stabilitet som behövs för att kunna klara eventuella garantiåtaganden. SIAAB har inte efterfrågat rating hos Soliditet AB. SIAAB har inte varit i kontakt med kommunen under anbudstiden och ifrågasatt kvalificeringskravet och inte heller bifogat något bevis som visar de på annat sätt uppfyller kravet. Kommunen kan inte frångå ställda "skall-krav" i den aktuella upphandlingen på grund av att kommunen inte diskvalificerade bolaget i en upphandling med samma krav. Kommunen borde troligtvis ha underkänt SIAAB:s ekonomiska ställning även i den tidigare upphandlingen.

SIAAB anför i yttrande bland annat följande. SIAAB menar inte att kravet på bankgaranti skulle kunna ersätta kravet på "normal kreditvärdighet". Däremot har ett företag som kan utverka en bankgaranti ett visst mått av ekonomisk stabilitet. Att SIAAB saknar fastställd rating är inte detsamma som att bolaget inte uppfyller det formella kravet på lägst "normal kreditvärdighet". Det stämmer inte heller att SIAAB saknar fastställd rating. SIAAB har rating som "nystartat företag". Av Soliditet AB:s utvärdering framgår att SIAAB är ett nystartat företag och under delomdömet "ekonomi" framgår att bokslut saknas. Utfallet är "tillfredställande" när det gäller delmomenten "ägare/ledning" och "betalningsförmåga". Kombinerat med vad som anförts i SIAAB:s begäran om överprövning gör detta att bolaget väl uppfyller kravet på normal kreditvärdighet. Vid kontakt med SIAAB den 16 september 2010 har Soliditet AB uppgett att något betyg av innebörden "normal kreditvärdighet" inte lämnas, detta begrepp verkar kommunen själv ha introducerat. Det framgår inte om kommunen menar att normal kreditvärdighet är rating B, AN, A, AA eller AAA. För rating A ställer Soliditet AB krav på att företagets nyckeltal ska ligga på eller nära branschens genomsnitt. Inget motsäger att ett företag med rating AN kan ha bättre nyckeltal än ett företag med rating A. Enligt ratingsystemet kan ett nystartat företag aldrig få mer positiv rating än AN. Ett nystartat företag kan däremot få mer negativ rating, B eller C, vilket dock aldrig varit aktuellt i SIAAB:s fall. Kommunen måste göra en individuell bedömning av SIAAB:s ekonomiska ställning och kan därför inte utesluta det på grunden att bolaget, om än felaktigt, saknar rating vid Soliditet AB. SIAAB skulle ha gått vidare till utvärdering och varit berättigat att teckna avtal.

Ansvaret måste åligga den upphandlande enheten för att urvalskriterierna utformas så tydligt att det är klart för anbudsgivare vad som förväntas av den i granskningen. Kommunen har därför brustit i den transparens som krävs i upphandlingsförfarandet. SIAAB:s garanti att det långsiktiga åta-

gandet fullgörs inom ramen för ett garantiåtagande sker i huvudsak genom bankgaranti. – SIAAB inger och åberopar underlag från Soliditet AB.

Kommunen anför i yttrande bland annat följande. Kommunen kan instämma i att kravet i underlaget på kreditvärdighet kunde ha varit tydligare, men anser att det uppställda kravet är tillräckligt tydligt för att bedömningen vid utvärdering ska anses vara korrekt. Det finns tre klasser i Soliditet AB:s ratingstege som benämns kreditvärdig. De översta klasserna har förelid i form av ”högsta” och ”god” varför klassen kreditvärdig i förhållande till de två övriga ur pedagogisk synvinkel lättast beskrivs som ”normal kreditvärdighet”. Om endast ”kreditvärdig” angavs skulle det kunna leda till en oklarhet gällande vilken av de tre klasserna som avsågs. Detta styrks av andra förfrågningsunderlag och upphandlingsprotokoll. ”Normal kreditvärdighet” är tillräckligt tydligt och är ett vedertaget begrepp inom upphandlingsområdet.

Soliditet AB har en kreditratingskala som är indelad i fyra områden. Det första området jämställer ratingområdena högsta kreditvärdighet, god kreditvärdighet och kreditvärdig. Det andra området jämställer nystartade företag med företag som endast bör ges kredit mot säkerhet vilket är naturligt då det inte finns några officiella handlingar att tillgå i form av årsredovisning. Kreditratingskalan bekräftar att en ekonomisk analys av ett nystartat företag endast ger en begränsad bild av företaget. Kommunen har ställt krav på godtagbar finansiell ställning och att detta innebär lägst normal kreditvärdighet hos Soliditet AB. Enligt beskrivning ovan utläses detta som kreditvärdighet A, vilket SIAAB borde ha förstått. – Kommunen inger och åberopar upphandlingsprotokoll Blekinge Tekniska högskola och Försäkringskassan samt information från Soliditet AB.

Förvaltningsrätten beslutade den 8 september 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § lag 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.

I 16 kap. 2 § LOU (i dess lydelse före den 15 juli 2010) anges bland annat att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först när rättelse gjorts. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Förfrågningsunderlaget m.m.

Upphandlingen avser gatu- och markarbeten m.m. Det antagna anbudspriset är 18 474 000 kr.

I förfrågningsunderlaget i avsnittet AFB. 51, stycket ”Prövning av anbudsgivare”, underrubriken ”Finansiell och ekonomisk ställning” framgår bland annat följande. Anbudsgivare ska ha godtagbar finansiell och ekonomisk styrka i företaget, vara registrerad för redovisning och betalning av mervärdesskatt m.m. - Upplysningar om anbudsgivaren kommer att inhämtas från affärs- och kreditupplysningsföretaget Soliditet AB. Anbudsgivaren ska ha lägst normal kreditvärdighet.

Soliditet AB:s kreditrating

Soliditet AB betygsätter företags kreditvärdighet. I en s.k. ratingguide använder Soliditet AB kategorierna Högsta Kreditvärdighet (bl.a. ligger företagets nyckeltal väsentligt över branschens genomsnitt), God kreditvärdig-

het (bl.a. ligger företagets nyckeltal över branschens genomsnitt), Kreditvärdighet (företagets nyckeltal ligger på eller nära branschens genomsnitt), Nystartat företag (det finns ingen negativ information). Härutöver används kategorierna Kredit mot säkerhet (företagets nyckeltal ligger under branschens snitt eller det finns ingen negativ information), Kredit avråds (företaget har stora betalningsproblem, förbrukat aktiekapital m.m.), Ej fastställd rating (viktig information saknas, är inaktuell eller ej aktiva företag).

SIAAB har obestritt uppgett att bolaget vid anbudsgivningen lämnade in Soliditet AB:s utvärdering av bolaget vari detta hänfördes till kategorin Nystartat företag.

Har SIAAB uppfyllt kravet på "lägst normal kreditvärdighet"

SIAAB hävdar att bolaget har visat sig uppfylla det ställda skall-kravet på "lägst normal kreditvärdighet". SIAAB:s anbud har således felaktigt utslutits från värdering. SIAAB åberopar bland annat att bolaget har kreditrating hos Soliditet AB – kommunen har enligt SIAAB felaktigt utgått från att bolaget saknar rating. Soliditet AB använder inte betyget "lägst normal kreditvärdighet". Det anförs vidare bland annat att såväl kommunen som andra upphandlande myndigheter i tidigare upphandlingar har bedömt SIAAB som lämplig anbudsgivare vad gäller finansiell och ekonomisk ställning och kreditvärdighet. SIAAB åberopar vidare att bolaget har bankgaranti, vilket visar att banken bedömer bolaget vara kreditvärdigt. Enligt SIAAB har bolaget vid en individuell bedömning visat att man uppfyller kravet på normal kreditvärdighet.

Kommunen har i denna del bland annat anfört att SIAAB inte har efterfrågat rating hos Soliditet AB. Soliditet AB:s ratingklass Kreditvärdighet motsvarar det av kommunen använda begreppet normal kreditvärdighet. Detta är ett tillräckligt vedertaget begrepp inom upphandlingsområdet. So-

Soliditet AB jämför kategorin Nystartade företag med kategorin Kredit mot säkerhet. Detta är naturligt eftersom några officiella handlingar i form av årsredovisning inte finns. En ekonomisk analys av ett nystartat företag ger endast en begränsad bild av ett företaget. SIAAB har inte lämnat in något bevis för att bolaget på annat sätt skulle uppfylla kravet på "lägst normal kreditvärdighet". Kravet på viss rating är ett kvalificeringskrav medan kravet på bankgaranti är ett kontraktsvillkor som vinnande anbudsgivare behöver då kontrakt tecknas.

Förvaltningsrätten gör följande överväganden.

Det aktuella skall-kravet måste uppfattas som att kommunen kräver att en anbudsgivare har "lägst normal kreditvärdighet" och att innebörden av detta är att angivaren ska uppfylla krav på kreditvärdighet som motsvarar antingen Högsta Kreditvärdighet, God Kreditvärdighet eller Kreditvärdighet enligt Soliditet AB:s rating.

Det har inte visats skäl att tro annat än att Soliditet AB:s bedömning vilar på en i allt väsentligt relevant utredning av de omständigheter som är av betydelse vid kreditvärderingen. En kreditvärdering av Soliditet AB måste därmed anses ha skett med hänsyn till varje företags individuella förhållanden.

SIAAB har av Soliditet AB åsatts rating Nystartat företag. SIAAB har inte anfört sådana omständigheter som visar att bolaget vid anbudsgivningen har uppfyllt kravet på "lägst normal kreditvärdighet" i den mening som motsvarar lägst Kreditvärdighet enligt Soliditet AB:s rating. Förvaltningsrätten finner därmed inte skäl till annan bedömning än att SIAAB inte har uppfyllt skall-kravet.

Strider skall-kravet mot principerna om proportionalitet och likabehandling?

Bolaget anför att det strider mot de grundläggande principerna för upphandling om proportionalitet och likabehandling att kräva att anbudsgivare har rating hos Soliditet AB eftersom detta utesluter företag med kortare verksamhetstid än ett år. Bokslut och årsredovisning har följaktligen inte upprättats och getts in till Bolagsverket. Bland annat anføres att SIAAB har en sund finansiell och ekonomisk ställning som väl står i proportion till det uppdrag upphandlingen avser. Inget motsäger att ett företag med Soliditet AB:s rating Nystartat företag kan ha bättre nyckeltal än företag i ratingklassen Kreditvärdighet.

Kommunen har bland annat anfört att kravet på rating är ett naturligt krav i samband med affärer i aktuell kostnadsklass.

Förvaltningsrätten gör följande överväganden.

Den upphandlande myndigheten får enligt principen om proportionalitet inte ställa högre krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Principen om likabehandling förbjuder bland annat tillämpning av särskiljande kriterier som leder till diskriminering.

Som ovan anförts måste det anses att Soliditet AB:s bedömningar är individuella och grundar sig på relevant utredning. Sådana dokument som årsredovisning och balansräkning torde normalt vara grundläggande för en säker kreditvärdighetsbedömning. Nystartade företag, som inte kan visa dessa handlingar saknar därmed möjlighet att bli bedömda som tillhöriga kategorierna Kreditvärdighet eller högre. Efterfrågad kreditvärdighet är

emellertid en förutsättning vid den aktuella upphandlingen och kan lämpligen inte visas på annat sätt än genom att handlingarna finns tillgängliga. SIAAB har inte visat att kommunen fordrar en omotiverat hög grad av kreditvärdighet. Inte heller har SIAAB visat att kravet på hur kreditvärdigheten ska visas står i bristande proportion till ändamålet med upphandlingen. Vidare kan detta krav inte anses särskilja nystartade företag, som alla är i samma situation, på så sätt att det innebär diskriminering.

Förvaltningsrätten finner därför att det som SIAAB har åberopat i denna del inte ger grund för ingripande enligt LOU.

Brister förfrågningsunderlaget i transparens?

SIAAB hävdar att det grundläggande kravet på förutsebarhet inte är tillgodosett eftersom kommun har rubricerat kravet som normal kreditvärdighet medan Soliditet AB inte använder denna ratingklass.

Kommunen har i huvudsak anfört att den använda formuleringen normal kreditvärdighet är tillräckligt tydligt och att den är allmänt använd inom upphandlingsområdet för att bedriva en viss kreditvärdighet.

Förvaltningsrätten finner i och för sig att det förhållandet att kommunens formulering av kravet på kreditvärdighet inte överensstämmer med begreppen hos Soliditet AB, leder till viss oklarhet i förfrågningsunderlaget. Det måste emellertid kunna förutsättas att en anbudsgivare informerar sig om innebörden av Soliditet AB:s ratingklasser, vilka är klart definierade, och vid tveksamhet frågar kommunen om vilken kreditvärdighet som efterfrågas. Förvaltningsrätten bedömer med hänsyn till detta att det inte är visat att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt eller ofullständigt att kommunen har brutit mot kravet på transparens.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att SIAAB inte har visat att kommunen har brutit mot de krav som ställs upp i LOU eller EU-rätten.

Ansökan ska avslås.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 8 september 2010 ska därmed inte gälla. Det erinras om bestämmelsen i 16 kap. 1 § andra stycket LOU i den tidigare lydelsen.

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

Olof Carlstedt