



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-10-11
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 18677-11
 Enhet 15

SÖKANDE

AJ E-Print AB, 556294-8942
 Ombud: Elin Liljeblad Laine
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

KONKURRENSVERKET	
2011-10-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Österåkers kommun
 184 86 Åkersberga

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen avseende delområdena 1, 3 och 4 ska göras om.

Dok.Id 165223

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelhuddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Österåkers kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av ”Reklambyråtjänster, Strategiska kommunikationstjänster, Tryckeritjänster och Kopieringstjänster”, dnr. 2011-37 (upphandlingen). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande och omfattar fyra olika delområden varvid separata delanbud kunnat lämnas. I tilldelningsbeslut som meddelats anbudsgivarna den 6 september 2011 har kommunen, såvitt nu är av intresse, beslutat att utesluta anbudet från AJ E-Print AB (bolaget) avseende upphandlingens delområden 1, 3 och 4 (reklambyråtjänster, tryckeritjänster, och kopieringstjänster).

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU avseende delområdena 1, 3 och 4 och yrkar att upphandlingen ska rättas avseende dessa delområden på så sätt att bolaget ska anses som kvalificerat och därvid få delta i utvärderingen av anbudet. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Av upphandlingsprotokollet framgår att bolaget inte kvalificerat sig för utvärdering. På skriftlig förfrågan om anledningen till detta svarade kommunen att bolaget inte var kreditvärdigt enligt Creditsafe och bifogade det utdrag från Creditsafe avseende bolaget som de använt sig av vid bedömningen av bolaget. Av utdraget framgår bl.a. följande. Under ”Rating & Limit” anges att bolaget får ”Ingen ratingbedömning” pga. ”Ej fulltalig styrelse”. Bolaget har inga betalningsanmärkningar de fyra senaste åren. Bolagets senaste årsredovisning finns tillgänglig direkt via Creditsafe. Bolaget har en soliditet på 61,4 jämfört med branschmedianen 31,1. Bolaget har en kassalikviditet på 169,9 jämfört med branschmedianen 108,5. Bolaget har en bruttovinstmarginal på 67,4 jämfört med branschmedianen 57,9. Bolaget har en balanslikviditet 181,3 jämfört med branschmedianen 129,8. Bolaget har ett rörelsekapital på 3 604 kSek jämfört med branschmedianen 2 773 kSek.

Kravet enligt punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget ”Prövning av anbuds-sökandens ekonomiska förutsättningar” innebär att en anbudsgivare ska ha en ekonomisk stabilitet som motsvarar Creditsafes bedömning av ”kreditvärdig”. Syftet med kravet måste förstås som att kommunen anser att en leverantör som har en ekonomisk ställning som av någon anledning inte uppnås Creditsafes lägsta nivå för kreditvärdig, inte bör antas som leverantör till kommunen. Det innebär att anbudsgivare som av Creditsafe har getts ratingberäkningen ”Kredit avrådes” eller ”Kredit kan ges mot säkerhet” inte ska anses kvalificerade. Kravet innebär att företaget ska vara kreditvärdigt. Bolaget har inte fått någon kreditrating av Creditsafe pga. att styrelsen inte var fulltalig vid tidpunkten då kommunen begärde ett utdrag från Creditsafe. Att inte ha fulltalig styrelse är inte detsamma som att inte vara kreditvärdig. Att inte få en kreditvärdering enligt Creditsafe innebär inte heller en ekonomisk ställning som inte är kreditvärdig. I Creditsafes förklaring av ratingskalan för företagsupplysning, särskiljs begreppet ”Ingen ratingberäkning” från bedömningarna av kreditvärdigheten. Kommunen har inte haft rätt att diskvalificera bolagets anbud enbart genom konstaterandet att bolaget inte getts någon kreditrating av Creditsafe. Det som kommunen rimligen måste ha eftersträvat är att tillämpa möjligheten i 11 kap. 7 § LOU att hämta in bevis för en leverantörs ekonomiska ställning för att kunna teckna avtal med leverantör som har stabil ekonomisk grund och tillräcklig kapacitet att fullfölja sina åtaganden under avtalstiden. Bolaget måste enligt vad som framgår ovan anses ha stabil ekonomisk grund. Att utesluta bolaget måste därmed anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Enligt rättspraxis har en upphandlande myndighet inte rätt att utesluta en leverantör ur en upphandling enbart med hänvisning till att leverantören inte getts en viss rating av ett specifikt kreditupplysningsföretag, utan att göra en individuell bedömning av leverantörens ekonomiska kapacitet (se bl.a. RÅ 2005 ref. 47 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 januari

2010 i mål nr 4855-09). I punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget anges att det är den upphandlande myndigheten som genomför kontrollen via Creditsafe. I punkten 2.1.2 anges att ”hänvisning till bilagor där så inte särskilt efterfrågas godtas inte och medför att anbudet förkastas”. Bolaget har förstått det som att kommunen gör en individuell bedömning av anbudsgivaren baserat på deras eget utdrag från Creditsafe och att bolaget inte har haft rätt att lämna några ytterligare kompletterande upplysningar. Hade kommunen angett att de ville få in en kompletterande förklaring i det fall en anbudsgivare inte fått någon kreditrating av Creditsafe hade bolaget naturligtvis kommit in med sådan för att bevisa att bolaget faktiskt är kreditvärdigt. Bolaget har inte getts möjlighet att bemöta eller förklara Creditsafes bedömning. Kommunen bryter mot 11 kap. 9 § LOU genom att inte tillåta att leverantören visar sin ekonomiska kapacitet genom annan handling än den av kommunens specifikt angivna (Creditsafe). Genom att t.ex. analysera bolagets senaste årsredovisning, som finns tillgänglig via Creditsafe, eller genom att låta bolaget bemöta inhämtade upplysningar skulle kommunen enkelt ha funnit att bolaget är kreditvärdigt och därmed skulle bolaget ha kvalificerat sig för utvärdering. I upphandlingen fanns tillräcklig information för att göra den enligt praxis krävda individuella bedömningen av bolagets ekonomiska stabilitet.

Eftersom kommunen inte har angett i förfrågningsunderlaget att de godkänner andra kreditupplysningar än Creditsafes och inte heller har gett anbudsgivare möjlighet att lämna förklaring tillsammans med information om anbudsgivarens ekonomiska ställning, för det fall anbudsgivare inte når upp till efterfrågad nivå, har kommunen inte rätt att förkasta bolagets anbud enbart på den grunden att det inte har getts någon kreditrating av ett kreditupplysningsföretag. Kommunen har därmed på felaktiga grunder diskvalificerat bolaget ur upphandlingen. Bolaget har därför särbehandlats på ett negativt sätt i förhållande till övriga anbudsgivare. Kommunen bryter därmed mot likabehandlingsprincipen. Bolaget har lidit skada eftersom

det vid en korrekt utförd kvalificering hade fått delta i utvärderingen och haft möjlighet att få ramavtalet för område 1, 3 och 4 eftersom bolaget hade lägst pris för dessa områden.

Kommunen bestrider bifall till ansökan, hänvisar till punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget och anför i huvudsak följande. Av 11 kap. 9 § LOU framgår att om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de uppgifter som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med annan handling som upphandlande myndighet finner lämplig. Bolaget har vid ingivande av anbud vare sig angivit att uppgifterna hos Creditsafe avseende bolagets ekonomiska förutsättningar inte är korrekta eller inkommit med andra uppgifter som styrker bolagets kreditvärdighet. Kommunen har genom ett tydligt förfrågningsunderlag gett anbudsgivare information om hur prövning av anbudsgivares ekonomiska förutsättningar kommer att genomföras. Enligt underlaget åligger det anbudsgivare att kontrollera att uppgifterna är korrekta samt aktuella. Bolaget uppfyller inte kvalificeringskriterierna och ska därmed inte gå vidare till utvärdering.

UTREDNING I MÅLET

I punkten 2.1.2 i förfrågningsunderlaget ”Elektronisk anbudsgivning” anges följande. Anbudsgivaren ska besvara fritextsvar direkt i förfrågningsunderlaget, hänvisning till bilagor där så inte särskilt efterfrågas godtas inte och medför att anbudet förkastas. Till anbudsfrågan bifogade bilagor ska användas av anbudsgivaren, omskrivna bilagor godtas inte och medför att anbudet förkastas. Sidoanbud eller alternativa utföranden kommer inte att tas upp till prövning.

I punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget ”Prövning av anbudssökandes ekonomiska förutsättningar” anges bl.a. följande. Kopia på kreditvärdering behöver inte bifogas anbudet. Den upphandlande myndigheten genomför

egen kontroll via Creditsafe. I de fall anbudsgivaren uppfyller nivå kreditvärdig eller bättre anses kravet på ekonomisk stabilitet vara uppfyllt. Det åligger anbudsgivaren att kontrollera att uppgifterna hos Creditsafe är korrekta samt aktuella.

I kreditupplysning från Creditsafe anges följande i fråga om ratingintervall.

- 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

Beträffande bolaget anges i Creditsafes kreditupplysning "Ingen ratingberäkning, inte fulltalig styrelse".

I mail från kommunen till bolaget avsänt den 7 september 2011 uppges, efter begäran från bolaget om förtydligande av varför bolagets anbud förkastats, följande. "Bolaget är inte kreditvärdigt enligt Creditsafe, se även punkt 3.1.4 i förfrågningsunderlaget".

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 11 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7-15 §§. Omfattningen av den information som avses i 6-15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktets föremål och stå i proportion till detta. De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

I 11 kap. 7 § LOU föreskrivs att bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av

1. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits,
2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller
3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

Enligt 11 kap. 9 § LOU gäller följande. Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig.

I 16 kap. 5 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har uteslutits från utvärdering pga. att det inte bedömts uppfylla kravet på ekonomiska förutsättningar i punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget. Frågan i målet är om kommunen har haft rätt att utesluta bolagets anbud med motiveringen att bolaget inte är kreditvärdigt enligt Creditsafe.

Enligt 11 kap.7 § LOU finns flera möjligheter att styrka att erforderlig ekonomisk kapacitet finns. Bestämmelserna om krav på anbudsgivarnas ekonomiska ställning bygger på att den upphandlande myndigheten gör en bedömning av varje leverantör i det enskilda fallet. Det framgår bl.a. av ett förarbetsuttalande att endast det förhållandet att en leverantör är restförd för skatt inte innebär att allvarliga missförhållanden föreligger. Bedömningen av hur allvarligt man bör se på t.ex. en restförd skatteskuld är bl.a. beroende av hur leverantören sköter sina kontakter med kronofogden eller om det är tillfälliga förhållanden som förorsakat skatteskulden (jfr. prop. 1993/94:78 s. 28). Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2005 ref. 47 underkänt en kommuns förfarande att utgå från ett generellt tillämpligt beslut att från upphandlingen utesluta dem som ett kreditupplysningsföre-

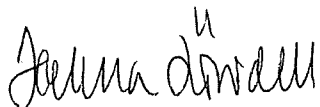
tag har klassificerat på visst vis utan att ge bolaget möjlighet att med egen utredning bemöta de upplysningar som kommunen inhämtat och det kreditomdöme kreditupplysningsföretaget lämnat.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det kan i frågasättas om den upplysning som Creditsafe lämnat till kommunen beträffande bolagets ekonomiska kapacitet, dvs. "Ingen ratingberäkning, ej fulltalig styrelse", innebär att någon egentlig kreditprövning av bolaget har skett. Kommunen har vidare i punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget åtagit sig att själva kontrollera anbudsgivarnas kreditvärdighet genom en kontroll via Creditsafe. Det anges även att anbudsgivaren inte behöver bifoga någon kopia på kreditvärdering. Förfrågningsunderlaget ger således inget utrymme för anbudsgivarna att på annat sätt visa att de innehar motsvarande ekonomiska kapacitet och på så sätt bemöta den från Creditsafe inhämtade upplysningen. Att det i förfrågningsunderlaget föreskrivs att det ankommer på anbudsgivaren att kontrollera att uppgifterna hos Creditsafe är korrekta och aktuella medför ingen annan bedömning, eftersom förfrågningsunderlaget inte lämnar något utrymme för anbudsgivarna att ge in någon motbevisning när det gäller den ekonomiska kapaciteten. Kommunens beslut att utesluta bolaget från upphandlingen har gjorts enbart på grundval av Creditsafes upplysning och någon individuell bedömning av bolagets ekonomiska kapacitet har inte gjorts. Mot bakgrund härav har kommunen saknat fog för att utesluta bolaget ur upphandlingen.

Bolaget får anses ha lidit eller i vart fall kunnat komma att lidit skada. Därmed finns förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU. Det i punkten 3.1.4 i förfrågningsunderlaget uppställda kravet att anbudsgivarna ska uppnå nivån "Kreditvärdig" samtidigt som kommunen åtar sig att själva kontrollera anbudsgivarnas kreditvärdighet, utan möjlighet för anbudsgivarna att på annat sätt styrka sin ekonomiska förmåga, är enligt förvaltningsrättens mening en brist som kan ha påverkat det konkurrens-

uppsökande skedet. Det är därför inte tillräckligt att förordna om rättelse, varför upphandlingen ska göras om avseende delområdena 1, 3 och 4.

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



Helena Löwdell

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande var Nike Berlin.



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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1A LOU