

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

Christina Fränngård

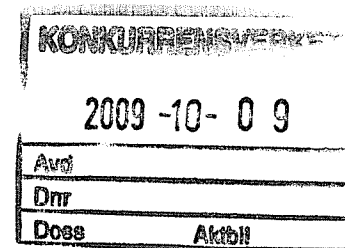
DOM
2009 -10- 07
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3049-09 E
Rotel 3

SÖKANDE

Competens Utbildning Sverige AB, 556503-9871
Sandbäcksgatan 7
582 25 Linköping

Ombud: Erika Togö
c/o Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping



MOTPART

Motala kommun
591 86 Motala

SAKEN

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

Genom tilldelningsbeslut den 17 september 2009 gällande upphandling av yrkes- och orienteringskurser till vuxenutbildning i Motala kommun (UH-09-60) har Motala kommun (kommunen) antagit anbud från annan leverantör än Competens Utbildning Sverige AB (bolaget). Upphandlingen är genomförd enligt reglerna om förenklat förfarande.

Länsrätten har den 25 september 2009 beslutat att kommunen inte får avsluta upphandlingen innan rätten beslutar något annat.

Bolaget ansöker nu om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska anses kvalificerat och därmed delta i utvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen yrkar att ansökan lämnas utan bifall samt att länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut.

Dok.Id 84612

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00
				13:00 - 15:00

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § 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 stadgas bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 sedan rättelse gjorts.

Bolaget har i målet anfört bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget i avsnitt 5.3 *Ekonomisk ställning* ställdes krav på att anbudsgivaren ska ha ekonomiska och finansiella förutsättningar att genomföra efterfrågat uppdrag under hela avtalstiden. Bolaget har genomfört liknande utbildningar sedan 1995 med goda resultat samt med stabil ekonomisk och finansiell ställning. Av tilldelningsbeslutet framgår att bolagets anbud har förkastats på grund av att kravet på ekonomisk ställning inte uppfyllts då bolaget ej haft lägst riskklass 3 efter kontroll med UC samt då bolaget ej heller i anbudet lämnat någon förklaring som gör att det kan anses klarlagt att det innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. Bolaget anser att bedömningen av bolagets ekonomi är felaktig och att upphandlingen därmed bör rättas. Bolaget har sedan 2005 haft en mycket god och stabil ekonomi. Genom kontinuerlig kontakt med kreditupplysningsföretaget Soliditet har bolaget haft god kännedom om att kreditupplysningsföretagen gett bolaget högsta betyg i samtliga delområden. Detta resulterar i en rating ”AAA” hos Soliditet. Även hos upplysningsföretaget Affärdata framgår att bolagets fyra senaste bokslut är goda och visar mycket hög soliditet. Det är således oförståeligt att bolaget enligt UC har tillhört en riskklass under 3. Enligt av bolaget inhämtad företagsupplysning från UC har UC vid riskklassificeringen av

bolaget bortsett från all historisk information före juli 2007. Detta på grund av att ny verksamhet sannolikt påbörjades i och med att ny styrelse, ny firma och ny bolagsordning registrerades inom en kort period samt att företaget är besläktat med företag som försatts i konkurs. Det är riktigt att bolaget fick en ny ägare 2007, nämligen kapitalstarka Competens holding, med bland andra Sjätte AP-fonden som finansiell partner. Sjätte AP-fonden har ett tioårigt ekonomiskt åtagande samt aktiv styrelsrepresentation i uppbyggnaden av den nya Competens-koncernen. När nya ägare övertar en pågående verksamhet är det inte ovanligt att ny styrelse utses, firma ändras och andra övergripande förändringar sker. UC:s bedömning att detta ska leda till att verksamheten anses nystartad är felaktig. Organisationen i övrigt är oförändrad och har därmed oförändrad kompetens. Med den nya ägarens övertagande följer en ökad ekonomisk stabilitet. Vidare har UC inte gjort en bedömning av de finansiella fakta som finns tillgängliga efter den tidpunkt då UC anser att bolaget skulle ha genomgått en nystart. Nyckeltalen sedan juli 2007 är mycket goda, t.ex. är soliditeten 45,6 % och kassalikviditeten 215,7 %. Som framgår av företagsupplysningen från UC finns inga betalningsanmärkningar eller skuldnoteringar för bolaget. Vidare kan påpekas att för samma period som UC ger bolaget riskklass 1, ger Soliditet bolaget högsta betyg och rekommenderar att bolaget ges krediter upp till 2 469 000 kr. Eftersom bolaget under hela denna period haft mycket god ekonomi har bolaget inför anbudsgivningen inte haft anledning att misstänka att en sådan förklaring som nämns i förfrågningsunderlaget i avsnitt 5.3 behövdes. Bolaget har under sommaren 2009 lämnat in flera anbud och fått tilldelningsbeslut vid vilka bolaget har kvalificerats som ett ekonomiskt stabilt företag. Vidare har bolaget genom avtal med kreditupplysningsföretaget Soliditet kontinuerlig kontroll på sin kreditrating. Bolaget hade alltså ingen anledning att misstänka varken att UC skulle kunna ge bolaget riskklass 1, eller att UC på grund av förändringarna i bolaget skulle anse att bolaget är att likställa med ett nystartat bolag. Att en anbudsgivare valt att skriva avtal med ett annat kreditbedömningsinstitut än det av kom-

munen valda kan inte heller leda till att anbudsgivaren ska anses ha försuttit sin chans att förklara en eventuellt låg rating från ett annat kreditbedömningsinstitut. Det UC-utdrag som kommunen har lagt till grund för förkastande av bolagets anbud är varken daterat eller signerat av företrädare på UC, såsom riskklassomdömen från UC normalt är. Det är inte heller en komplett företagsupplysning, vilken innefattar analys av bokslut ett antal år tillbaka, ägarförhållanden m.m. Därmed anser bolaget att detta dokument inte kan ligga till grund för förkastande av en anbudsgivare. Detta styrks av Regeringsrättens uttalande i RÅ 2005 ref. 47. Regeringsrätten slår fast att en upphandlande enhet ska göra en bedömning av varje leverantör i de nu aktuella avseendena samt att kommunen inte gjort någon individuell bedömning av bolaget. Vidare uttalar rätten att bolaget inte har haft möjlighet att med egen utredning bemöta de upplysningar kommunen inhämtat och det kreditomdöme UC lämnat (se även Hentze Sylvén, Offentlig upphandling, Lagbokskommentaren 1998, s. 329.) Kommunen har därmed inte haft tillräckligt med underlag föra att göra en sådan individuell bedömning som krävs. Regeringsrätten slår alltså fast att UC:s kreditomdöme är för trubbigt för att ensamt ligga till grund för en bedömning av en anbudsgivares ekonomiska ställning. Vidare slår Regeringsrätten fast att anbudsgivaren måste få möjlighet att bemöta och förklara UC:s riskbedömning. Även om kommunen i förfrågningsunderlaget upplyst om att kommunen kan komma att kontrollera anbudsgivaren via UC samt uppmanat anbudsgivare som har en lägre riskklass än 3, att i anbudet ge en förklaring till det, har bolaget dock inte kunnat förutse vilken riskklass varje anbudsgivare skulle komma att ha, i och med att det inte var fastställt om kommunen skulle komma att kontakta UC och när detta i så fall skulle komma att ske. Vidare hade anbudsgivarna inte möjlighet att bemöta den faktiska riskklassbedömningen som kommunen senare kom att beställa ut, eftersom kommunen beställde utdraget från UC först två månader efter sista anbudsdag, utan att kontakta anbudsgivarna om resultatet. Anbudsgivarna har därmed inte getts möjlighet att bemöta de faktiska uppgifter som lades till grund för kvalificeringen

av anbudsgivare. Därmed har kvalificeringen skett på ett icke-transparent sätt och förfarandet står således i strid med LOU. Omständigheterna i detta mål är direkt jämförbara med omständigheterna i Regeringsrättens avgörande i mål nr 958-05. Eftersom bolaget inte kunnat förutse den eventuella riskklassen vid ingivandet av anbudet och eftersom kommunen inte får lägga andra uppgifter till grund för prövning än de uppgifter som finns i anbudet, har kommunen haft skyldighet att göra en individuell bedömning av bolagets ekonomiska ställning. Detta antingen genom att beställa en komplett UC eller genom att ge bolaget möjlighet att bemöta uppgifterna från UC. Upphandlarens skyldighet att göra en individuell bedömning betonas även i förarbetena (prop. 1993/94:78 s. 28). Att en upphandlande enhet endast tittar på ett kreditbedömningsföretags generaliserade och standardiserade bedömning, utan att ta hänsyn till senaste årets positiva bokslut är inte godtagbart och måste anses stå i strid med proportionalitetsprincipen. Om en bedömning av ekonomisk ställning i förevarande fall endast skulle grundas på UC:s riskklass strider det mot LOU då en upphandlande enhet inte får ställa krav som verkar diskriminerande mot nystartade företag (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1227-08). Genom kommunens åsidosättande av LOU kan bolaget komma att lida skada eftersom bolaget vid en korrekt utförd upphandling hade erhållit kontrakt. Bolagets offererade pris är mycket fördelaktigt och det lägsta anbudspriset för två av de upphandlande utbildningarna svets- och verkstadsteknik. Bolaget skulle därmed ha erbjudits kontrakt om dess anbud hade kvalificerats.

Kommunen har i målet anfört bl.a. följande. Upphandlingen omfattar leverans av vuxenutbildningstjänster under en period av 20 månader med option att förlänga avtalet med upp till ytterligare 24 månader. Målgrupp för utbildningstjänsterna är främst personer med låg utbildningsnivå och en svag förankring på arbetsmarknaden. Motala kommun har ansett att det är av stor vikt att leverantören kan bedömas antas ha förmåga att fullfölja

uppdraget under hela avtalsperioden, då det i annat fall kan få stora konsekvenser för målgruppen i form av ett längre ofrivilligt uppehåll i utbildningen, byte av utbildare m.m. Med hänsyn härtill och med stöd av 11 kap. 7–9 §§ LOU har Motala kommun i den aktuella upphandlingen bl.a. ställt krav på att leverantören ska ha ekonomiska och finansiella förutsättningar att fullfölja uppdraget under hela avtalstiden. UC:s riskklassificering räknar ut ett företags risk för att hamna på obestånd. Företagen klassificeras på en skala 1–5 där 3 innebär normal risk och 1 innebär mycket hög risk för att företaget kommer på obestånd. Att ställa krav på en leverantörs risk att komma på obestånd inte bedöms vara högre än normalt, måste vid en upphandling som den nu aktuella anses leva upp till kravet på proportionalitet. Vidare innebär kravet i sig inte ett absolut krav på att leverantören ska ha en riskklass på minst 3. Leverantören ges en möjlighet att i anbudet lämna en förklaring och på det sättet styrka motsvarande ekonomiska stabilitet. Leverantörens ekonomiska ställning kan även garanteras av moderbolag eller annan garant. Kravet har varit transparent då det klart framgår flera alternativa möjligheter för leverantören att styrka sin ekonomiska stabilitet och det är även möjligt för eventuellt nystartade företag att uppfylla kravet. Bolaget har uppgett att UC:s klassificering av bolaget var okänd. I sitt anbud har bolaget endast kommenterat kravet på ekonomisk ställning med att ”Bolaget har ekonomisk förmåga att fullfölja uppdraget under hela avtalstiden”. En leverantörs riskklassificering är en uppgift som enkelt kan fås via UC och det kan inte vara tillräckligt att i efterhand hänvisa till att denna uppgift varit okänd. Så länge kraven i en upphandling är kända och möjliga att kontrollera måste det vara upp till leverantören att också kontrollera att man lever upp till dessa och även lämna de uppgifter för bedömning som den upphandlande myndigheten kräver. Omständigheterna i Regeringsrättens dom i mål nr 985-05 går inte att jämföra med de i nu aktuellt mål. Motala kommun hade både informerat om kontrollen med UC, vilken riskbedömning som var acceptabel och även berett leverantören möjlighet att i anbudet styrka sin ekonomiska stabilitet på annat sätt.

I aktuellt förfrågningsunderlag i avsnitt 5.3 *Ekonomisk ställning* anges följande. Anbudsgivaren skall ha ekonomiska och finansiella förutsättningar att genomföra efterfrågat uppdrag under hela avtalstiden. Inköpssamverkan kan komma att kontrollera anbudsgivarens ekonomiska och finansiella förutsättningar via UC. Anbudsgivaren skall i riskintyg från UC ha lägst Riskklass 3. Om anbudsgivaren har en lägre riskklass än 3 kan kravet ändå anses uppfyllt om anbudsgivaren i anbudet lämnat en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. I de fall en anbudsgivares ekonomiska ställning garanteras av moderbolag eller annan garant skall intyg om detta bifogas anbudet och vara undertecknad av moderbolagets eller garantens firmatecknare. Efterfrågad riskklass skall i dessa fall uppfyllas av moderbolag/garant.

Länsrätten gör följande bedömning.

Fråga i målet är om kommunen haft rätt att förkasta bolagets anbud på grund av att det inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda krav på ekonomisk ställning.

Bolaget gör gällande att det uppfyller ställda krav på ekonomiska och finansiella förutsättningar, vilket framgår av upplysningar från andra kreditupplysningsföretag. Eftersom bolaget haft mycket god ekonomi och inte kunnat förutse UC:s eventuella riskklass har bolaget vid anbudsgivningen inte haft anledning att misstänka att en sådan förklaring som nämnts i förfrågningsunderlaget i avsnitt 5.3 behövts. Kommunen har haft en skyldighet att göra en individuell bedömning av bolagets ekonomiska ställning.

Kommunen har å sin sida hänvisat till att en leverantörs riskklassificering är en uppgift som enkelt kan fås via UC samt att kravet i avsnitt 5.3 inte är ett absolut krav på att leverantören ska ha en riskklass på minst 3. Leveran-

tören ges en möjlighet att i anbudet lämna en förklaring och på det sättet styrka motsvarande ekonomiska stabilitet.

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår att anbudsgivaren skall i riskintyg från UC ha lägst riskklass 3 samt att för det fall anbudsgivaren har en lägre riskklass än 3 kan kravet ändå anses uppfyllt om anbudsgivaren i anbudet lämnat en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. Enligt länsrättens mening får aktuella skall-krav anses klart och tydligt definierade och kan inte anses strida mot kraven på förutsebarhet och öppenhet i upphandlingen.

Det är i målet ostridigt att bolaget inte uppfyller kravet på att i riskintyg från UC ha lägst riskklass 3. Bolaget har inte heller i sitt anbud lämnat en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att bolaget innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. Kommunen har således haft skäl för att förkasta bolagets anbud. Då bolaget ej förmått visa att kommunen brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU, bör begäran om överprövning avslås.

DOMSLUT

Länsrätten avslår yrkandet om att upphandlingen ska göras om eller rättas.

Länsrättens interimistiska beslut den 25 september 2009 upphör därmed att gälla.

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



Tomas Fredén



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.