



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2013-02-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
891-13

SÖKANDE

Frösunda LSS AB, 556509-2482
Frösundaviks allé 15
169 70 Solna

MOTPART

Huddinge kommun
141 85 Huddinge

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013 02 22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 325728

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Huddinge kommun genomför en upphandling av ramavtal för enstaka platser i särskilt boende enligt socialtjänstlagen för personer över 65 år, UH-2012-027. Avtalet omfattar en avtalsperiod på 12 månader med möjlighet till förlängning med ett år i taget till en maximal avtalstid på fyra år. Kommunen behöver kunna avropa korttids- och permanenta platser inom särskilt boende. Behovet av platser finns huvudsakligen inom fyra inriktningar. Upphandlingen är indelad i ett antal kategorier utifrån de olika inriktningarna. Anbud lämnas på en eller flera kategorier/prisgrupper i upphandlingen. Varje kategori/prisgrupp kan ses som en egen upphandling där avtal kommer att tecknas med de leverantörer som vinner gruppen. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande. Bland de obligatoriska kraven (skall-kraven) i förfrågningsunderlaget kan nämnas Krav 2.4, där det anges att leverantören ska ha en ekonomisk finansiell ställning som möjliggör att denne kan fullgöra sina åtaganden under avtalstiden samt att leverantören ska ha minst kreditvärdighet 7 och ha kontrollerat detta i Business Check. Det framgår vidare att annan dokumentation för att styrka finansiell och ekonomisk ställning motsvarande kreditvärdighet 7 enligt Business Check kan accepteras.

Huddinge kommun har i ett tilldelningsbeslut den 3 januari 2013 meddelat att man antagit ett antal anbudsgivare som leverantörer under avtalstiden. Av anbudsutvärderingen den 2 januari 2013 framgår bl.a. att anbudet från Frösunda LSS AB förkastats i kategori 4 med följande motivering. De ekonomiska nyckeltalen indikerar att den långsiktiga finansiella ställningen inte kommer att uppfyllas enligt kommunens krav på kreditvärdighet 7 i Business Check. Det inskickade intyget från Upplysningscentralen (UC) visar förvisso en låg risk. Kommunens bedömning utifrån Business Checks företagsrapport är att kreditvärdigheten inte kommer att öka framöver för leverantören för att kunna fullgöra sina åtaganden under avtalstiden.

YRKANDEN M.M.

Frösunda LSS AB ansöker om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Frösunda LSS AB kvalificerar sig för utvärdering eller att upphandlingen ska göras om.

Frösunda LSS AB anför bl.a. följande till stöd för ansökan. Av anbuds-föreskrifterna framgår att dokumentation för att styrka finansiell och ekonomisk ställning motsvarande kreditvärdighet 7 enligt Business Check kan avse exempelvis upplysning från annat kreditvärderingsinstitut, bankgaranti, fullgörandegaranti, koncerngaranti eller annan ekonomisk dokumentation som kan godkännas av kommunen, samt att i de fall garanti är aktuell ska det av anbudet klart framgå garantins omfattning, giltighetstid och villkor. Frösunda LSS AB är operativt moderbolag i Frösunda-koncernen som är en av de största leverantörerna av privat vård och omsorg i Sverige. Koncernen omsatte under år 2012 ca 2,7 miljarder kronor och har närmare 7 000 medarbetare. Verksamheten är geografiskt spridd i landet och viss verksamhet finns även i Norge. Frösunda LSS AB driver i dag närmare 40 kommunala verksamheter på entreprenad, dvs. har efter offentlig upphandling tagit över driften av kommunal verksamhet. Frösunda LSS AB deltar månatligen i ett stort antal upphandlingar inom vård- och omsorgssektorn och har ett abonnemang hos UC eftersom krav på viss riskklass i regel ställs vid deltagande i en offentlig upphandling. UC är ett känt och väletablerat kreditupplysningsföretag. Eftersom anbuds-föreskrifterna i upphandlingen öppnade för möjligheten att komma in med en upplysning från annat kreditupplysningsföretag bifogade Frösunda LSS AB ett utdrag om riskklass från UC, enligt vars klassificering Frösunda LSS AB hade riskklass 4. Enligt Frösunda LSS AB:s uppfattning saknar kommunen helt stöd för sin bedömning att riskklass 4 enligt UC inte motsvarar ett kreditbetyg 7 enligt Business Check. Kommunens skrivning

antyder att det finns en risk att Frösunda LSS AB på grund av sin ekonomiska ställning inte skulle kunna fullgöra sina avtalsförpliktelser. Detta är fullständigt ogrundat. Frösunda LSS AB har aldrig uteslutits ur en upphandling på grund av att kravet på ekonomisk och finansiell ställning inte skulle vara uppfyllt. Det kan tilläggas att det vanligast förekommande kravet i upphandlingar är att anbudsgivare ska ha lägst riskklass 3 enligt UC. Frösunda LSS AB ska således anses uppfylla det ställda kravet i förfrågningsunderlaget och anbudet ska kvalificeras för utvärdering. För det fall förvaltningsrätten finner att Frösunda LSS AB inte uppfyller kravet i förfrågningsunderlaget gör Frösunda LSS AB gällande att kravet är oproportionerligt. Skall-krav i en upphandling ska vara proportionerliga och relevanta i förhållande till föremålet för upphandlingen. I det aktuella fallet rör det sig inte om en entreprenadupphandling utan om en upphandling av enstaka platser på särskilt boende för personer över 65 år. Den ekonomiska risken måste anses ytterst begränsad. Inte ens i stora entreprenadupphandlingar med kontraktsvärden över 100 miljoner kronor ställs krav på att anbudsgivare måste ha högre riskklass än 3 enligt UC (eller motsvarande enligt annan klassificering). Om Frösunda LSS AB inte anses uppfylla kravet i förfrågningsunderlaget i upphandlingen innebär det i praktiken att kommunen har ett krav på riskklass 5 enligt UC. 5 är det högsta betyget enligt UC:s skattning och få bolag skulle uppfylla ett sådant krav. Kommunens krav på kreditvärdighet 7 enligt Business Check är oproportionerligt och strider mot LOU eftersom det får anses innebära ett krav på riskklass 5 enligt UC.

Huddinge kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har skett i enlighet med vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget och med reglerna i LOU och det finns därmed ingen grund för ingripande. Frösunda LSS AB har kommit in med en upplysning från UC och hade enligt UC:s klassificering riskklass 4. Ingen annan dokumentation bifogades för att styrka bolagets finansiella ställning. Utdraget

går inte att översätta till Business Checks gällande rating, vilket inte heller har skett. Kommunen har gett möjlighet för anbudsgivare att visa sin finansiella och ekonomiska ställning på annat sätt som kommunen kan godta. Kommunen har tagit hänsyn till den bifogade dokumentationen men även kontrollerat kravet via Business Check i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det är anbudsgivaren som ska visa hur kravet är uppfyllt. Frösunda LSS AB har inte beskrivit eller visat i sitt anbud hur riskklass 4 enligt UC motsvarar kreditbetyg 7 enligt Business Check. Det ankommer inte på kommunen att tolka denna information åt anbudsgivaren.

Kommunen bedömer att Business Checks kreditvärderingsverktyg ger en mer heltäckande bild än UC:s riskklasser. UC uppdateras årligen medan Business Check uppdateras löpande utifrån företagens senaste aktuella ställning. Business Check har en ratingskala från 1 till 10. Vid kreditbedömning av företag finns en rad olika poster i upplysningen att ta hänsyn till. Ratingen bygger på modeller som väger in både statistik och analyser och tar hänsyn till parametrar som betalningsanmärkningar, aktuellt skuldsaldo hos kronofogdemyndigheten, bokslut, nyckeltal, styrelsemedlemmar osv. Ratingen mäter sannolikheten att bolaget kommer att hamna på obestånd inom 12 månader. Utifrån Business Checks företagsrapport har de inlämnade bokslutsuppgifterna för Frösunda LSS AB granskats, varvid det har framkommit att eget kapital, avkastningen av eget kapital, soliditet, riskbuffert och vinstmarginal efter finansnetto har minskat. Kommunen har utifrån detta gjort en långsiktig riskbedömning av anbudet från Frösunda LSS AB i kategori 4. Kommunen vill framhålla att Frösunda LSS AB inte har uteslutits för att riskklass 4 enligt UC inte anses motsvara kreditbetyget 7 enligt Business Check. Kommunen har i enlighet med förfrågningsunderlaget vid sin bedömning tagit hänsyn till utdraget från UC, men även vägt in och analyserat Business Checks företagsrapport. Vad Frösunda LSS AB anför om att den ekonomiska risken måste anses vara ytterst begränsad eftersom upphandlingen inte rör en entreprenadupphandling är felaktigt. Den äldre ska kunna känna trygghet och lång-

siktighet i sitt boende. Därför har avtalsvillkoren utformats på så sätt att avtalsperioden är 12 månader med möjlighet till förlängning med 1+1+1 år. Därutöver föreskriver avtalet att för de fall att den enskilde bor kvar i boendet när ramavtalet löpt ut ska ett nytt individavtal upprättas mellan kommunen och leverantören så att den boende kan bo kvar till livets slut. Kravet på finansiell ställning har stor betydelse givet kommunens ansvar att erbjuda äldre som enligt socialtjänstlagen har beviljats bistånd i form av boende i särskild boendeform. En kommun som inte inom skälig tid tillhandahåller bistånd som någon är berättigad till ska åläggas att betala en särskild avgift. Dessa avgifter ställer särskilda krav på att de leverantörer som kommunen tecknar avtal med har en stabil finansiell och ekonomisk ställning. Upphandlingen grundas på de krav som socialtjänstlagen ställer på kommunen och på de tjänster som kommunen ska tillhandahålla. Kommunen står som garant för att den äldre ska kunna bo kvar i särskilda boenden till livets slut. Utifrån dessa krav ställer kommunen finansiella krav för att säkerställa att den äldre ska garanteras ett tryggt och säkert boende. Kommunen ger in en kopia av Business Checks företagsrapport rörande Frösunda LSS AB.

Frösunda LSS AB vidhåller det som anförs i ansökan och lägger bl.a. till följande. Genom det ingivna intyget från UC visar Frösunda LSS AB att man har en finansiell och ekonomisk ställning som med råge motsvarar kreditbetyg 7 enligt Business Check. Det är en felaktig uppgift från kommunen att UC uppdateras en gång per år. Uppdateringar sker löpande under räkenskapsåret. Att det skulle finnas en risk för obestånd är ett absurt påstående, vilket även UC:s riskklass 4 visar. Frösunda LSS AB har övergått till elektronisk fakturahantering där samtliga fakturor scannas in av en extern part. Med tanke på omläggningen och omfattningen av Frösunda LSS AB:s verksamhet är det oundvikligt att någon faktura inte betalas i tid. Av det utdrag från Business Check som kommunen gett in framgår att Frösunda LSS AB:s kreditbetyg den 25 augusti 2012 sänktes

från 9 till 6 med motiveringen att ansökan om betalningsföreläggande ökat i betydelse. Frösunda LSS AB kan inte uttala sig om Business Checks metoder för kreditvärdering, men av samma utdrag framgår att Landstinget i Västmanland den 17 augusti 2012 ansökt om betalningsföreläggande rörande en obetald faktura om 4 878 kr. Att detta skulle få en sådan inverkan på kreditbetyget är orimligt och svårt att förstå. Frösunda LSS AB kommer under år 2013 att omsätta närmare tre miljarder kronor. Frösunda LSS AB ska således anses uppfylla kravet i förfrågningsunderlaget och anbudet ska kvalificeras för utvärdering. Vidare är ett krav på kreditbetyg 7 enligt Business Check eller riskklass 5 enligt UC inte proportionerligt i förhållande till föremålet för upphandlingen. För att förvaltningsrätten ska få en bild av vad som är ett proportionerligt krav inges utdrag från två upphandlingar som avser entreprenader inom socialtjänsten i Södertälje och Järfälla kommuner, där krav på riskklass 3 enligt UC ställdes. Att Frösunda LSS AB inte skulle ha ekonomisk styrka att långsiktigt driva sina särskilda boenden och att detta skulle få till följd att personer placerade av Huddinge kommun skulle tvingas flytta är ett ogrundat påstående som tillbakavisas.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlade myndigheten inom ramen för upphandlingen åsidosatt eller brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet eller någon bestämmelse i LOU. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. En överprövning enligt LOU innebär en kontroll av om den upphandlande myndigheten följt principerna och lagen. Det är vad sökanden anför som är avgörande för prövningen. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att sökanden kan

visa att han eller hon har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att upphandlingen genomförts på ett sätt som strider mot regelsystemet. Om så är fallet kan rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Frösunda LSS AB:s anbud har förkastats vid utvärderingen av anbuden i kategori 4. Detta innebär att bolaget i vart fall riskerar att lida skada.

När det gäller Frösunda LSS AB:s uppgift att dess placering i riskklass 4 enligt UC motsvarar kravet på kreditvärdighet 7 enligt Business Check konstaterar förvaltningsrätten att olika kreditupplysningsföretag använder olika statistiska modeller och att en modell inte alltid lätt låter sig översättas till en annan. Vidare framgår av den företagsrapport från Business Check som kommunen gett in att Frösunda LSS AB vid tiden för utskriften av företagsrapporten hade kreditvärdighet 6 och inte 7. Frösunda LSS AB uppfyllde därmed inte kravet på kreditvärdighet 7 enligt Business Check.

När det sedan gäller frågan angående om kravet på kreditvärdighet 7 enligt Business Check är proportionerligt med hänsyn till föremålet för upphandlingen ska en strukturerad avvägning mellan de motstående intressena göras. Vid denna avvägning ska tre rekvisit beaktas. I detta sammanhang gör förvaltningsrätten följande bedömning.

För det första måste bedömas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Kommunen har i sitt yttrande förklarat att den bedömer att Business Checks kreditvärderingsverktyg ger en mer heltäckande bild än UC:s riskklasser och att kommunen ställer krav på att de leverantörer som kommunen tecknar avtal med har en stabil finansiell och ekonomisk ställning för att kommunen i sin tur ska kunna uppfylla de krav om socialtjänstlagen ställer på kommunen och de tjänster den ska tillhandahålla. Enligt förvaltningsrättens mening får kravet på

kreditvärdighet 7 enligt Business Check anses utgöra en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av kommunen angivna syftet.

För det andra måste bedömas om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, på så sätt att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Här anser förvaltningsrätten att det är rimligt att en upphandlande myndighet använder sig av klassificeringsverktyg från något kreditupplysningsföretag när den ställer krav på anbudsgivarnas ekonomiska ställning. Det krav som Huddinge kommun ställer, dvs. kreditvärdighet 7 enligt Business Check, innebär att anbudsgivaren ska anses kreditvärdig. Även kreditvärdighet 6 enligt Business Check innebär att en anbudsgivare anses kreditvärdig, om än i något mindre grad. Graderna 8 och 9 står för god kreditvärdighet, medan graden 10 står för mycket god kreditvärdighet. Förvaltningsrätten anser att Frösunda LSS AB inte kan anses ha visat att det finns fog för dess uppfattning att det ställda kravet på kreditvärdighet 7 enligt Business Checks 10-gradiga skala motsvarar ett krav på riskklass 5 enligt UC:s 5-gradiga skala. Förvaltningsrätten anser vidare att Frösunda LSS AB inte kan anses ha visat att ett lägre krav på kreditvärdighet än 7 enligt Business Check hade varit tillräckligt för att uppnå det önskade syftet, dvs. att säkerställa långsiktigheten i kommunens skyldigheter mot de som är berättigade till bistånd i form av särskilt boende.

För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Den negativa effekten skulle, som Frösunda LSS AB har påtalat, kunna vara att leverantörer som lagt om sin fakturahantering och har en mycket omfattande verksamhet drabbas orimligt hårt av att en faktura inte betalas i tid och det leder till ett sänkt kreditvärdesbetyg. Förvaltningsrätten finner dock att det inte kan anses vara orimligt att kräva att en anbudsgivare upprätthåller ett rättvisande kreditvärderingsbetyg. Detta innebär enligt förvaltningsrättens

bedömning att den negativa effekten av kravet på kreditvärdighet 7 enligt Business Check inte är oproportionerlig jämförd med det eftersträvade syftet.

Förvaltningsrätten anser att det som Frösunda LSS AB anger inte visar att Huddinge kommun vid den aktuella upphandlingen brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller mot någon bestämmelse i LOU. Skäl för ingripande med stöd av LOU finns därmed inte. Frösunda LSS AB:s ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Kirsi Laakso Utvik

Rådman

Marit Carlsson har föredragit målet.



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 vartill 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