



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 1  
Ann Bladh

**DOM**  
2013-03-08  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
6143-12  
6144-12  
Domare 1:2

### SÖKANDE

Erlandsson Bygg i Väst AB, 556351-9163  
Box 9552  
400 96 Göteborg

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

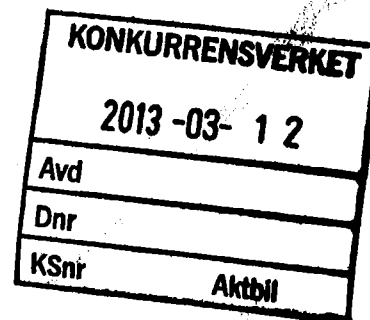
### MOTPARTER

1. Marks Bostads AB, 556180-9319  
Box 124  
511 21 Kinna

2. Marks Fastighets AB, 556101-5461  
Box 124  
511 21 Kinna

### SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



### FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen "Årsavtal byggarbeten för perioden 2013-01-01 – 2014-12-31 med möjlighet till förlängning i två år" ska göras om.

### BAKGRUND

Marks Bostads AB och Marks Fastighets AB (fastighetsbolagen) genomför en gemensam upphandling av årsentreprenad för byggarbeten i bolagens fastighetsbestånd inom Marks kommun benämnd "Årsavtal byggarbeten för perioden 2013-01-01 – 2014-12-31 med möjlighet till förlängning i två år". Upphandlingen handläggs enligt reglerna om förenklat förfarande enligt LOU.

Dok.Id 92719

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

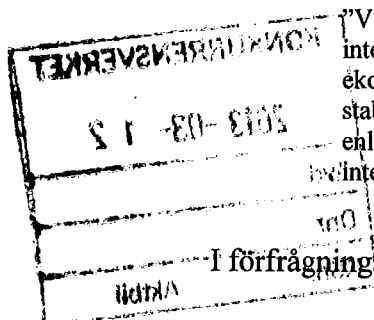
**Telefon**  
036-15 66 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se  
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

Erlandsson Bygg i Väst AB (Erlandsson Bygg) har lämnat anbud i upphandlingen. Fastighetsbolagen meddelade Erlandsson Bygg genom brev daterat den 14 november 2012 att bolagets anbud hade förkastats. Av brevet framgick följande:



"Vid genomgång av Ert anbud gällande årsavtal har vi noterat att Ert företag inte uppfyller ett av skall-kraven i AFB.51 – Krav på entreprenören vad gäller ekonomisk ställning – där det anges att "anbudsgivaren skall vara ekonomisk stabil. För att uppfylla kravet skall anbudsgivaren lägst ha rating 7 eller högre enligt Businesscheck". Eftersom Ert företag endast har rating 5 kan anbudet inte beaktas. Se kopia av kreditupplysning."

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande:

#### "AFB.51 PRÖVNING AV ANBUDSGIVARE

Följande krav ställs på entreprenören beträffande formella, ekonomiska och tekniska förutsättningar:

Anbudsgivare kommer att provas om de uppfyller följande krav (A – D). För att anbud skall utvärderas skall följande krav uppfyllas:

##### **B, Krav på entreprenören vad gäller ekonomisk ställning**

Anbudsgivaren skall vara ekonomiskt stabil. För att uppfylla kravet skall anbudsgivaren lägst ha rating 7 eller högre enligt Businesscheck. För nystartade företag eller andra där rating ej kan ges av Businesscheck, t.ex. ekonomiska föreningar, genomför beställarens ombud själv en bedömning av senare begärda uppgifter från anbudsgivaren.

##### **Till anbudet bifogas:**

- För bedömning av detta redovisas i Företagspresentation organisationsnummer. Beställaren tar sedan själv in uppgift om rating."

#### **YRKANDEN M.M.**

##### *Ansökan om överprövning*

Erlandsson Bygg yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar Erlandsson Bygg att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud kvalificeras till utvärdering. Bolaget anför bl.a. följande. Fastighetsbolagen har i förfrågningsunderlaget uppställt ett otillåtet krav på bevis avseende ekonomisk kapacitet.

Det uppställda beviskravet omöjliggör en individuell bedömning av anbudsgivarnas ekonomiska kapacitet och tillåter inte anbudsgivarna att med egen utredning bemöta inhämtad kreditupplysning. Fastighetsbolagen har inte heller accepterat andra bevis än det föreskrivna. Fastighetsbolagens förfarande står i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om proportionalitet och likabehandling och därmed även med 1 kap. 9 § LOU. Nämnade överträdelser är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för Erlandsson Bygg.

En upphandlande myndighet har rätt att uppställa krav på en lägsta nivå för leverantörens kapacitet, jfr 11 kap. 2 § LOU. I 11 kap. 7 – 9 §§ LOU regleras bevis avseende leverantörens ekonomiska ställning. Fastighetsbolagen har uppställt krav på annan bevisning än vad som anges i lagen. Enligt förfrågningsunderlaget finns endast ett enda sätt för företag som har rating hos Businesscheck att visa att företaget är ekonomiskt stabilt, dvs. en rating om minst 7. Vad gäller nystartade företag eller företag som inte har rating hos Businesscheck begär fastighetsbolagen dock in kompletterande uppgifter för bedömningen av den ekonomiska kapaciteten. Att en individuell bedömning av anbudsgivarnas ekonomiska kapacitet måste göras och att anbudsgivarna ska ha möjlighet att med egen utredning visa att de uppfyller ställda krav på ekonomisk kapacitet framgår av RÅ 2005 ref. 45 och har bekräftats i en rad efterföljande kammarrättsdomar och har även betonats i förarbetena (prop. 1993/94:78 s. 28). I Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 2808-10 hade den upphandlande myndigheten föreskrivit att anbudsgivarna skulle ha godtagbar ekonomisk och finansiell styrka och att detta krav var uppfyllt om anbudsgivarna hade "lägst normal kreditvärdighet" hos Soliditet. Kammarrätten konstaterade, mot bakgrund av avgörandet i RÅ 2005 ref. 47, att den upphandlande myndigheten ska göra en individuell bedömning av leverantörernas ekonomiska förhållanden och att det därför stred mot principerna om likabehandling och proportionalitet att

anbudsgivarna inte hade getts möjlighet att med egen utredning visa att företaget hade en godtagbar ekonomisk och finansiell ställning.

Erlandsson Bygg har en mycket god ekonomisk och finansiell ställning och är tveklöst "ekonomiskt stabilt". Bolaget expanderar och har från räkenskapsåret 2009 ökat sin omsättning från 237 miljoner kr till 400 miljoner kr för räkenskapsåret 2011. Resultatet före bokslutsdispositioner har enligt de tre senast upprättade årsredovisningarna varierat mellan ca 3,7 miljoner kr till 9,4 miljoner kr. Under perioden har bolaget haft ett eget kapital på mellan 6,7 miljoner kr till 13,6 miljoner kr. Härtill kommer obeskattade reserver på mellan 9,9 miljoner kr och 11,8 miljoner kr. Kassalikviditeten under samma period har legat mellan ca 130 och 147 procent.

Erlandsson Bygg har hög kreditrating hos etablerade kreditupplysningsföretag som UC och Soliditet. Bolaget har riskklass 4 – God kreditvärdighet enligt UC och kreditvärdighet AAA – Högsta kreditvärdighet enligt Soliditet. I sammanhanget kan nämnas att det för detta kreditbetyg bl.a. krävs nyckeltal som är väsentligt över branschens genomsnitt. Fram till så sent som den 21 februari 2012 hade Erlandsson Bygg även högsta rating, dvs. 10, hos Businesscheck. Businesscheck ändrade då sin ratingmodell och sänkte därmed Erlandsson Byggs rating till 6. Den ändrade ratingen var således inte förneledd av någon försämring av Erlandsson Byggs ekonomiska ställning och kapacitet utan endast beroende av interna beslut hos Businesscheck. Enligt uppgift från Businesscheck påverkas rating nu av hur många kreditupplysningar som tas på ett företag. Ju fler kreditupplysningar, desto lägre rating. Erlandsson Bygg är som sagt under stark tillväxt. Av bl.a. denna anledning lämnar bolaget anbud i ett mycket stort antal offentliga upphandlingar. Upphandlande myndigheter tar regelmässigt kreditupplysningar på anbudslämnande företag. Erlandsson Byggs rating hos Businesscheck har således sänkts på grund av att bolaget lämnar anbud i många upphandlingar. Bolaget har presenterat bl.a. utdrag från Soliditet

och UC för fastighetsbolagen men dessa har inte beaktats. Fastighetsbolagen har istället hänvisat till att endast rating enligt Businesscheck beaktas.

Till de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna hör som bekant proportionalitetsprincipen. Detta innebär att alla åtgärder som vidtas i en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. Erlandsson Bygg har inget att erinra mot fastighetsbolagens krav på att varje anbudsgivare ska vara ekonomisk stabil. Ett sådant krav torde syfta på att säkerställa att antagen anbudsgivare har sådan ekonomisk kapacitet att uppdraget kan fullgöras. Däremot står beviskravet om att endast bolag med rating 7 eller högre hos Businesscheck är att se som ekonomiskt stabila i strid med proportionalitetsprincipen. Kravet är inte en lämplig åtgärd för att nå det eftersträvade syftet. Businesschecks ratingmodell fungerar på så sätt att ratingen sänks kraftigt om många kreditupplysningar tagits på ett företag. Hur många kreditupplysningar som tagits på ett företag saknar helt samband med företagets ekonomiska kapacitet. Bevismedlet är redan av denna anledning olämpligt. Under alla förhållanden är kravet inte en nödvändig åtgärd för att nå det eftersträvade syftet. Erlandsson Bygg har en mycket god ekonomisk och finansiell situation och är tveklöst ett ekonomiskt stabilt företag. Enligt rättspraxis måste en individuell bedömning göras av varje anbudsgivares ekonomiska kapacitet och varje anbudsgivare måste få tillfälle att bemöta den ekonomiska kapaciteten för ett företag. Det hade givetvis varit ett mindre ingripande alternativ att tillåta anbudsgivare att bevisa sin ekonomiska kapacitet även på annat sätt än genom Businesscheck. Vad Erlandsson Bygg kan förstå har någon bedömning av Erlandsson Byggs ekonomiska kapacitet överhuvudtaget inte skett. Det enda fastighetsbolagen gjort är att konstatera att ratingen hos Businesscheck är lägre än 7. I sammanhanget kan noteras att det torde finnas många företag som är mindre ekonomiskt stabila än Erlandsson Bygg som har en högre rating enligt Businesscheck. Den negativa

effekt åtgärden får för Erlandsson Byggs intresse att kunna lämna anbud i upphandlingen är oproportionerlig och överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Det aktuella beviskravet står även i strid med likabehandlingsprincipen. Av förfrågningsunderlaget framgår att nystartade bolag och bolag som av annan anledning inte har rating hos Businesscheck ändå kan anses vara ekonomiskt stabila. Fastighetsbolagen kommer att inhämta kompletterande information från sådana bolag. Detta innebär att en individuell bedömning av den ekonomiska kapaciteten kommer att ske avseende sådana bolag och att sådana bolag kommer att få möjlighet att presentera egen utredning till styrkande av sin ekonomiska kapacitet. Att inte ge samtliga anbudsgivare samma möjligheter i detta avseende står i uppenbar strid med likabehandlingsprincipen.

Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art. Om kravet på ekonomisk kapacitet hade utformats i enlighet med LOU skulle Erlandsson Byggs anbud ha kvalificerats till utvärdering. Bristen avser utformning av förfrågningsunderlaget och kan antas ha påverkat konkurrensen på så sätt att potentiella leverantörer har avstått från att lämna anbud. Enligt Erlandsson Byggs uppfattning hänför sig bristen därför till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen bör därför i första hand göras om.

#### *Motpartens inställning*

Fastighetsbolagen motsätter sig bifall till Erlandsson Byggs yrkanden och anför bl.a. följande. Erlandsson Bygg har som grund för sin ansökan om överprövning anfört att det i förfrågningsunderlaget har uppställts ett otillåtet krav på bevis avseende ekonomisk kapacitet och att upphandlingen därmed står i strid med principerna om proportionalitet och likabehandling.

Fastighetsbolagen har i förfrågningsunderlaget ställt krav på att anbudsgivaren ska vara ekonomiskt stabil. Som en precisering av detta krav anges att anbudsgivaren ska ha lägst rating 7 eller högre enligt Businesscheck. Nivån på ratingen är inte något bevis utan ett faktiskt förhållande som ska vara uppfyllt. Att i förfrågningsunderlaget endast ange att anbudsgivaren ska vara ekonomiskt stabil är inte transparent utan detta måste preciseras, vilket fastighetsbolagen också har gjort. För de företag som av någon anledning inte har getts rating av Businesscheck, har det angetts att det får göras en särskild bedömning. Detta har gjorts för att förfrågningsunderlaget ska uppfylla kravet på likabehandling då även företag utan rating kan vara med och lämna anbud.

Om fastighetsbolagen skulle välja att kvalificera även de anbudsgivare som har lägre rating än 7, medför det att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens inte följs och fastighetsbolagen skulle därmed bryta mot 1 kap. 9 § LOU. Detta medför dessutom att andra leverantörer lider eller kan komma att lida skada. Erlandsson Bygg har lägre rating än 7 enligt Businesscheck och vid sådant förhållande är bolaget inte kvalificerat till utvärdering i upphandlingen.

Upphandlingen har gjorts med förenklat förfarande. Vid sådan upphandling är 15 kap. LOU tillämpligt samt de bestämmelser i övrigt som det särskilt hänvisas till i detta kapitel. Erlandsson Bygg har åberopat bestämmelser i 11 kap. LOU om bevis på den ekonomiska ställningen. Fastighetsbolagen anser att ratingnivån inte är något bevis och dessutom finns det inte någon hänvisning i 15 kap. LOU till bestämmelserna i 11 kap. LOU, varför de inte är tillämpliga i nu aktuell upphandling.

Erlandsson Bygg har vidare åberopat avgörandet RÅ 2005 ref. 47, där den upphandlande myndigheten som ett kvalificeringskrav hade uppgett ”prövning av anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning” utan att när-

mare ange hur prövningen skulle gå till. Domstolen kom i domen fram till att kommunen inte hade haft rätt att utesluta ett bolag på den grunden att det inte befunnit sig i riskklass 3 enligt UC, eftersom det i förfrågningsunderlaget inte hade uppställts krav på att bolaget lägst skulle ha denna riskklass. Att i en sådan situation utesluta ett bolag och inte göra en individuell bedömning av anbudsgivarens ekonomiska kapacitet strider mot LOU. Situationen är en helt annan när det i förfrågningsunderlaget tydligt anges som kvalificeringskrav att leverantören ska uppfylla viss rating. Det finns ett flertal domar som anger att det strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU att kvalificera ett bolag som inte uppfyller uppställt krav på att ha en viss rating.

I det kammarrättsavgörande som Erlandsson Bygg har åberopat hade den upphandlande myndigheten ställt upp ett krav på att anbudsgivarna lägst skulle ha viss angiven rating enligt affärs- och kreditupplysningsföretaget Soliditet och därvid inte tagit med ett bolag som var nystartat och därför ännu inte hade någon fastställd rating hos det aktuella kreditupplysningsföretaget. Kammarrätten kom i domen fram till att upphandlingen stred mot principerna om likvärdighet och proportionalitet i och med att det inte hade angetts några alternativa möjligheter att visa finansiell och ekonomisk styrka för de anbudsgivare som det inte hade kunnat ges någon rating för. I nu aktuell upphandling har det i förfrågningsunderlaget angetts just det som kammarrätten angav, nämligen alternativa möjligheter att visa på ekonomisk stabilitet för de anbudsgivare som inte har någon rating av Businesscheck. På så sätt uppfylls principen om likvärdighet/likabehandling så att alla företag kan vara med och lämna anbud och upphandlingen sker i enlighet med de grundläggande principerna. Fastighetsbolagen vill också påpeka att kammarrätten i nämnda dom inte hade något att invända mot att det i förfrågningsunderlaget hade uppställts krav på att anbudsgivare skulle ha lägst angiven kreditvärdighet enligt ett specifikt kreditupplysningsföretag.



Vad gäller Businesschecks rating är det riktigt, såsom Erlandsson Bygg gör gällande, att den påverkas av om det är många kreditupplysningar som begärs, men det är bara till viss del och utgör en av många faktorer. För Erlandsson Bygg finns det flera andra faktorer som har medfört att bolaget har fått en lägre rating. Utifrån de kriterier som Businesscheck har för ratingnivåerna når Erlandsson Bygg inte upp till rating 7.

Fastighetsbolagen vill även framhålla att upphandlingens kontraktvärde kan uppgå till mer än 30 miljoner kronor. Vid ett så högt kontraktvärde är det rimligt att ställa krav på en hög ratingnivå för att få en leverantör som har en sådan god ekonomisk stabilitet att uppdraget säkert kan fullgöras. Det uppställda kravet är således proportionerligt.

## **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

### *Gällande regler*

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.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada allmän förvaltningsdomstol överpröva 1. en upphandling, och 2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att 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*

Erlandsson Bygg gör i målen gällande att fastighetsbolagens upphandling strider mot LOU och principerna om likabehandling och proportionalitet eftersom bolagen uteslutande har använt sig av ratinguppgifter från affärs- och kreditupplysningsföretaget Businesscheck för att fastställa anbudsgivares ekonomiska stabilitet. Samtidigt har nystartade företag och andra subjekt där rating inte kan ges beretts möjlighet att visa sin ekonomiska stabilitet på annat sätt.

En upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantören har viss ekonomisk stabilitet förutsatt att ett sådant krav är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning inte strider mot LOU och de för all upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, vilka återfinns i 1 kap. 9 § LOU. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Således får endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet för att genomföra kontraktet ställas och som har ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som ska täckas. Även utnyttjande av största möjliga konkurrens, så att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte begränsas mer än vad som är nödvändigt, måste beaktas. För varje krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten redogöra för hur anbudsgivarna ska visa att de uppfyller kraven. Fastighetsbolagen har i den aktuella upphandlingen bl.a. ställt kravet att anbudsgivarna ska ha rating 7 eller högre hos Businesscheck och därvid förkastat Erlandsson Byggs anbud eftersom bolaget endast haft rating 5. I målen har framkommit att fastighetsbolagen inte har godtagit motsvarande uppgifter från andra kreditupplysningsinstitut eller att Erlandsson Bygg har kunnat styrka stabil finansiell och ekonomisk ställning på annat sätt. Däremot anges i förfrågningsunderlaget att nystartade

bolag och andra subjekt där rating inte kan ges kommer att få möjlighet att på annat sätt styrka sin ekonomiska kapacitet.

Den aktuella upphandlingen handläggs enligt reglerna om förenklat förfarande i 15 kap. LOU, dvs. enligt de regler som styr upphandlingar utanför det direktivstyrda området. I detta kapitel regleras inte vilka krav som får ställas på leverantörernas ekonomiska och tekniska förmåga eller vilka bevismedel som får krävas in. Ingenting hindrar dock en upphandlande myndighet att även vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU i princip tillämpa de regler som gäller vid upphandlingar inom det direktivstyrda området. Det är därmed inte otillåtet att ställa krav på ekonomisk status hos de leverantörer som får delta i en upphandling som handläggs enligt 15 kap. LOU, så länge de inte strider mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Enligt praxis finns vidare inte något som hindrar en upphandlande myndighet att ställa krav på att anbudsgivarna ska ha viss rating eller visst kreditomdöme enligt ett etablerat och välkänt kreditupplysningsföretag. Mot bakgrund av det anförda samt med hänsyn till omfattningen av den entreprenad som upphandlas kan enligt förvaltningsrättens mening fastighetsbolagen anses ha ett intresse av att kontrollera att anbudsgivarna har en stabil ekonomisk bas och kan förväntas fullgöra sina åtaganden under hela avtalstiden. Kravet på att anbudsgivare ska uppvisa lägst rating 7 enligt Businesscheck kan därmed inte anses sakna samband med föremålet för upphandlingen. Kravet på viss ekonomisk stabilitet framstår därmed som relevant och grundat på objektiva skäl. Det uppställda kravet på rating kan i detta avseende inte heller anses oproportionerligt. Att däremot, såsom fastighetsbolagen har gjort, endast godta kreditomdömen utan att bereda anbudsgivarna alternativa möjligheter att inom ramen för en individuell prövning bemöta de uppgifter som den upphandlande myndigheten har inhämtat från en tredje part, strider emellertid mot principerna om lika-behandling och proportionalitet. En anbudsgivare – oavsett om det rör sig om ett väletablerat eller ett nystartat företag – måste således i detta avseende

de alltid ges möjlighet att visa sin kreditvärdighet på annat sätt för att principerna som bär upp LOU inte ska trädas för när (jfr RÅ 2005 ref. 47 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 2808-10). I nu aktuell upphandling har endast nystartade företag och andra subjekt där rating inte kan ges av Businesscheck beretts sådana möjligheter. Skrivningen i förfrågningsunderlaget medför i realiteten att alla etablerade företag som inte uppfyller kravet rating 7 enligt Businesscheck utesluts från upphandlingen oavsett dessas finansiella och ekonomiska styrka. Något godtagbart skäl att utesluta samtliga sådana företag från den aktuella upphandlingen har inte angetts av fastighetsbolagen.

Sammantaget strider således aktuellt krav på anbudsgivarnas ekonomiska stabilitet mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Erlandsson Bygg har härigenom lidit eller kan komma att lida skada. Grund för att förordna om ingripande enligt LOU föreligger därmed. Eftersom bristen i upphandlingen är hänförlig till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om.

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

*Lena Schön-Barkestam*  
Lena Schön-Barkestam