



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2013-03-05
Meddelad i
Linköping

Mål nr
18-13

SÖKANDE

Föreningen Dansfreaks, 802465-1229
c/o Maria Andersson Murphy
Bjursby Kvarnen
585 91 Linköping

MOTPART

Linköpings kommun
Kultur- och fritidsnämnden
581 81 Linköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-03-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 111557

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Linköpings kommun genomför en upphandling avseende drift av kulturskoleverksamhet. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt LOU och som tilldelningsgrund tillämpas lägst anbudspris. Av tilldelningsbeslut den 19 december 2012 framgår att kommunen antagit anbud lämnat av LeanLink avseende uttryckssätten bild och form samt musik, och anbud lämnat av Folkuniversitetet avseende uttryckssätten dans och teater.

Föreningen Dansfreaks ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Folkuniversitetet diskvalificeras för alla uttryckssätt som upphandlas och att LeanLink tilldelas kontrakt även avseende uttryckssätten dans och teater.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan yrkar i första hand att ansökan ska avvisas på grund av att Dansfreaks saknar talerätt och i andra hand att ansökan ska avslås eftersom Dansfreaks inte har lidit eller riskerat att lida skada.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Dansfreaks

Talerätt

Dansfreaks är en föräldraförening för dansverksamheten på Kulturskolan. Föreningens syfte är att bedriva och utveckla dansverksamheten för dansleverna vid Linköpings kulturskola. Föreningen är inte en intresse- eller branschorganisation och är inte en underleverantör till LeanLink. Dansfreaks är att se som leverantör på grund av dess syfte, men främst av den kompetens som föreningen besitter. Danspedagoger från Kulturskolan anlitas av Dansfreaks för att leda, planera, genomföra och som helhet ansvara

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2**DOM**

för den operativa verksamheten som bedrivs i föreningens regi. I juni 2012 anordnade Dansfreaks ett sommarläger med danskurser för Kulturskolans danselever. Dansfreaks är att betrakta som näringsidkare i sammanhanget och även om föreningen är nyetablerad och inte har hunnit genomföra så mycket verksamhet än, har föreningen enligt bland annat inkomstskattelagen rätt att bedriva näringsverksamhet, och har redan gjort det i mindre omfattning. Eftersom den uppfyller samtliga kvalificeringskrav i kommunens anbudsformulär i upphandlingen är den att betrakta som leverantör.

Skaderekvisitet

Det finns inget krav i LOU att en leverantör ska ha lämnat ett anbud för att ha rätt att begära överprövning av en upphandling. Kommunens uppgifter att Dansfreaks inte har haft för avsikt att lämna ett anbud eller haft intresse av att själv tilldelas kontraktet kan endast anses vara spekulationer från kommunens sida. Beslutet att låta dansverksamheten övergå från Kulturskolans egen regi till Folkuniversitetet kommer med största sannolikhet att orsaka omfattande ekonomisk och verksamhetshämmande skada för Dansfreaks och dess verksamhet. Dansfreaks verksamhet bygger på ett väl etablerat och fungerande samarbete med Kulturskolan och dess personal. Ett genomförande av beslutet leder också till att grunden för Dansfreaks näringsverksamhet riskerar att ryckas undan samt att Dansfreaks förlorar intäkter, till exempel i form av kursavgifter, när de kända och välrenommerade pedagogerna inte längre kan vara operativt ansvariga för verksamheten. Risken är överhängande att den nya utföraren inte lämnar något utrymme åt föreningen att bedriva verksamhet för Kulturskolans danselever.

Utvärderingen

Utvärderingen strider mot principen om likabehandling eftersom referensen som den vinnande leverantören lämnat inte kan anses tillräcklig för att kvalificeras i upphandlingen. Upphandlingen har fortsatt trots att det vinnande anbudet underkändes och förkastades av Kultur- och fritidskontoret

den 10 december 2012. Den vinnande leverantören har inte genom den angivna referensen visat sig ha tillräcklig "teknisk och yrkesmässig kapacitet" eller ha riktat sig till en "jämförbar målgrupp" och "med likartad inriktning som förevarande uppdrag". I en tjänsteskrivelse från Kultur- och fritidsnämnden den 10 december 2012 framgår att man anser att den vinnande leverantören inte har lämnat en godkänd referens. I en reviderad tjänsteskrivelse daterad den 19 december 2012, som var underlaget till kommunens beslut avseende upphandlingen, har dock utvärderingen av kvalificeringskravet om referensen omvärderats. Den vinnande leverantören ansågs då kvalificerad för uttryckssätten bild och form, dans och teater. Det har inte skett någon komplettering av anbudet under perioden 10 – 19 december. Värderingen av den vinnande leverantörens anbud har således skett på politiska snarare än sakliga grunder.

Kommunen

Talerätt

Det är Kultur- och fritidsnämnden i Linköpings kommun som bedriver, utvecklar och ansvarar för verksamheten inom Kulturskolan. Kultur- och fritidsnämnden gör detta genom att upphandla verksamheten. I den tidigare upphandlingen vann kommunens egen-regi LeanLink. Det finns inget avtal eller annat förhållande mellan Dansfreaks och Kultur- och fritidsnämnden som ger föreningen rätt att bedriva eller utveckla dansverksamheten i Kulturskolan. Dansfreaks tillhandahåller inte tjänster på marknaden. Att bedriva och utveckla verksamhet för danselever vid Kulturskolan är inte detsamma som att tillhandahålla tjänster "på marknaden". Kommunen har genom Bolagsverket och Skatteverket fått information att Dansfreaks inte är registrerad för att bedriva näringsverksamhet, för F-skatt, moms eller som arbetsgivare.

Skaderekvisitet

Föreningen har inte själv lämnat anbud eller haft för avsikt att lämna anbud. Inte heller har den lidit skada eller riskerat att lida skada på grund av att den själv inte tilldelats kontraktet. Dansfreaks har inte uttryckt att föreningen har intresse av att själv tilldelas kontraktet utan pläderar för att en av de andra anbudsgivarna borde ha vunnit upphandlingen. Att föreningen kan förlora medlemmar eller att vinnande leverantör skulle se dem som konkurrenter styrker inte verklig skada i LOU:s mening.

Utvärderingen

Kommunen har utvärderat det vinnande anbudet utifrån i förfrågningsunderlaget angivna krav. I ett tidigt skede av utvärderingsarbetet gjorde kommunen felaktigt samma bedömning av referenserna oavsett vilket delområde anbudsgivarna lämnat anbud på. Denna bedömning beskrevs i ett internt underlag och något beslut med detta innehåll har aldrig fattats. Denna bedömning av referenserna ansågs inte överensstämmande med proportionalitetsprincipen. Kommunen har därför, rätteligen, utvärderat lämnad referens mot respektive delområde. Den referens det vinnande anbudet lämnat styrker teknisk och yrkesmässig kapacitet att fullgöra delområdena dans, bild och form samt teater.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext

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.

Av 2 kap. 11 § LOU framgår att med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, får överpröva en upphandling och 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 § LOU 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

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till kommunens invändning att Dansfreaks inte skulle vara leverantör i lagens mening och därmed sakna talerätt. En leverantör är enligt definitionen i 2 kap. 11 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller byggentreprenader. Begreppet leverantör ska tolkas vidsträckt (jfr C-305/08 *Conisma*) och för talerätt i överprövningsmål krävs inte att leverantören haft en formell ställning som anbudsgivare eller anbudssökande i den aktuella upphandlingen (C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 40). Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 396-10 funnit att ett bolag som bedrev fastighetsförvaltning och därmed förenlig verksamhet var taleberättigad i en överprövning avseende uppförande av bostadsmoduler, trots att bolaget vid tidpunkten för upphandlingen inte ägde sådana moduler. Kammarrätten synes ha fäst viss vikt vid att föremålet för upphandlingen låg inom ramen för den verksamhet som bolaget fick ägna sig åt enligt bolagsordningen.

Av Dansfreaks stadgar framgår att föreningen har som syfte att bedriva och utveckla dansverksamheten för danseleverna vid Linköpings Kulturskola. Dansfreaks har, genom att anlita danspedagoger från Kulturskolan, bedrivit

verksamhet för danselever, bland annat i form av sommarläger. Eftersom leverantörsbegreppet i LOU ska tolkas vidsträckt finner förvaltningsrätten, mot bakgrund av ovan nämnda praxis, att även om Dansfreaks i dagsläget inte bedriver verksamhet i så stor omfattning får föreningen ändå anses kunna vara presumtiv leverantör i aktuell upphandling. Dansfreaks har därmed talerätt i målet.

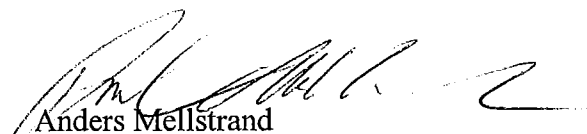
För att förvaltningsrätten ska kunna besluta att en upphandling ska göras om eller rättas krävs enligt 16 kap. 6 § LOU dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i LOU, dels att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Skadan ska drabba den leverantör som begärt överprövning, domstolen kan inte beakta andra leverantörers intressen när den bedömer om skaderekvisitet är uppfyllt. Den skada eller risk för skada som avses är ytterst att leverantören gått miste om det ekonomiska värde som kontraktet innebär.

Dansfreaks har i målet anfört att föreningen har lidit skada genom att deras nuvarande samarbete med Kulturskolan kommer att upphöra och att risken är överhängande att den nya utföraren inte lämnar något utrymme åt föreningen att bedriva verksamhet för Kulturskolans danselever. Föreningen anför vidare att kommunens beslut med största sannolikhet kommer att orsaka omfattande ekonomisk och verksamhetshämmande skada för Dansfreaks genom att föreningen förlorar intäkter, till exempel i form av kursavgifter.

Av handlingarna i målet framgår att Dansfreaks inte har lämnat något anbud i upphandlingen. I målet har föreningen inte yrkat att upphandlingen ska göras om, utan att upphandlingen ska rättas så att LeanLink, vilka Dansfreaks har ett samarbete med, blir vinnande leverantör. Att Dansfreaks eventuellt skulle tappa framtida uppdrag om inte LeanLink tilldelas kontrakt kan inte utgöra skada för Dansfreaks i den mening som avses i 16

kap. 6 § LOU. Dansfreaks ansökan om överprövning kan därför inte vinna bifall. Vid detta ställningstagande saknas skäl att pröva huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

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



Anders Mellstrand

Föredragande har varit Johanna Blom.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 3109/1D LOU