



SÖKANDE

SV Östergötland, 802462-0745
Vasavägen 3
582 20 Linköping

Ombud: Jur.kand. Katherine Lobos Vasquez
Kihlstedts advokatbyrå HB
Box 350
581 03 Linköping

MOTPART

Linköpings kommun
581 81 Linköping

Ombud: Stadsjurist Ragnhild Klintberg
Linköpings kommun
581 81 Linköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-04-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Upphandlingscenter genomför på uppdrag av Linköpings kommun (kommunen) upphandlingen "Drift av Elsas hus och Skylten", dnr UH 2012-228. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Anbudsgivare kan lämna anbud på anbudsområdena Elsas hus och Skylten. Det anbud som vid utvärderingen har lägst pris kommer att antas för respektive anbudsområde. SV Östergötland har lämnat anbud på anbudsområde Skylten.

Av tilldelningsbeslut den 14 februari 2013 framgår att kommunen avser att teckna avtal med Ideella föreningen Studieförbundet i Östergötland för anbudsområdena Elsas hus och Skylten. Vidare framgår att SV Östergötlands anbud har förkastats då deras ekonomiska stabilitet inte har kunnat kontrolleras genom företaget Business Check och att de inte bilagt handlingar som visar att föreningen har en stabil ekonomisk bas.

SV Östergötland (föreningen) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att föreningen bereds tillfälle att komplettera sitt anbud och därefter beaktas i anbudsutvärderingen. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås i sin helhet.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Föreningen

Föreningens ekonomiska stabilitet har kunnat kontrolleras genom företaget Business Check och Upphandlingscenter har haft en skyldighet att bereda dem tillfälle att inkomma med kompletterande handlingar. Vad gäller ideella föreningar kan företaget Business Check få fram registeruppgifter, information om ålder, verksamhetsbeskrivning samt information om skuld-

saldo och betalningsanmärkningar. Således har föreningens ekonomi kunnat kontrolleras via företaget Business Check och Upphandlingscenter har kunnat bilda sig en bra uppfattning om föreningens ekonomiska situation. För det fallet att Upphandlingscenter behövt mer information än den Business Check har kunnat erbjuda har det ålegat Upphandlingscenter en skyldighet att bereda föreningen möjlighet till komplettering. Upphandlingscenter har under avsnitt 4.0 Kvalificeringskrav, Krav på ekonomisk stabilitet, som minimikrav angett en rating på fem (5) för att kvalificera sig i upphandlingen. Samtidigt får anbudsgivare som har en rating lägre än fem (5) möjlighet att inkomma med en för Upphandlingscenter godtagbar förklaring till den låga ratingen, i syfte att kvalificeras i upphandlingen. Vad som anses utgöra en för Upphandlingscenter godtagbar förklaring preciseras inte närmare. Att å ena sidan se så välvilligt på anbudsgivare som brister i förhållande till ett minimikrav och å andra sidan inte infordra kompletterande handlingar från en anbudsgivare som dels går att kontrollera via företaget Business Check dels, har lämnat ett betydligt lägre anbud än den anbudsgivaren som slutligen tilldelats upphandlingen, förefaller anmärkningsvärt. Att Upphandlingscenter inte anger ramarna för vad som anses utgöra en godtagbar förklaring vid en lägre rating än fem (5) ger upphov till ytterligare oklarheter. Förfarandet strider mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Föreningen har lidit skada genom att deras anbud har förkastats.

Kommunen

Kommunen har genom Upphandlingscenter, enligt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget, inhämtat en företagsrapport från Business Check den 7 december 2012. Av företagsrapporten framgår "ingen rating kan presenteras. Orsak: Ingen rating för bolagsformen". Kontroll av föreningens ekonomiska stabilitet har därmed inte kunnat ske via Business Check på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet för upphandlande myndighet att bereda anbudsgivare möjlighet att komplettera anbud

finns inte. Möjligheten att begära kompletteringar är tvärtom mycket begränsad. Enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU får en upphandlande myndighet begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. De grundläggande principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § får inte frångås. Att på det sätt som föreningen menar låta dem komplettera sitt anbud med handlingar som visar att anbudsgivaren har stabil ekonomisk bas skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. Den angivna möjligheten att inkomma med förklaring i avsnitt 4.0 i förfrågningsunderlaget gäller anbudsgivare som inte uppnår för kvalificering angiven rating. Någon rating har inte kunnat presenteras för föreningen. I avsnitt 4.0 andra stycket framgår tydligt hur de anbudsgivare som bedriver verksamhet i företagsform som inte kan kontrolleras via Business Check ska visa att de har en stabil ekonomisk bas. ”... de som bedriver näringsverksamhet i annan företagsform som inte kan kontrolleras enligt vad som anges ovan, ska till anbudet bilägga handlingar som visar att anbudsgivaren har en stabil ekonomisk bas”. Föreningen har inte i sitt anbud inlämnat några sådana handlingar. Då föreningen inte uppfyllt uppställt kvalificeringskrav i upphandlingen ska deras anbud förkastas.

Möjligheten i förfrågningsunderlaget att inkomma med godtagbar förklaring om anbudsgivares rating understiger den som gäller för kvalificering strider inte mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Rating påverkas av olika faktorer som finns angivna i den företagsrapport som inhämtas från Business Check för kontroll av rating. Rapporten biläggs vid inhämtande av förklaring. Eftersom orsaken till att anbudsgivares rating understiger vad som gäller för kvalificering kan variera måste vad som är en godtagbar förklaring bedömas i varje enskilt fall och är helt beroende av vilken förklaring anbudsgivaren lämnar till den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndigheten kan därmed inte på förhand sätta upp några ramar för vad som kan vara en godtagbar förklaring. Att

inhämta upplysningar från kreditvärderingsföretag som kompletteras med individuell bedömning för att kontrollera kvalificeringskrav rörande ekonomisk stabilitet har godtagits av rättspraxis och kan därmed inte anses strida mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Sammanfattningsvis framgår det tydligt av förfrågningsunderlaget hur kvalificering av anbudsgivare ska ske. Kvalificering har skett i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget och samtliga anbudsgivare har behandlats lika och objektivt.

Föreningen

En bekräftelse från företaget Business Check visar vilka uppgifter som går att få fram avseende en ideell förening. Av avsnitt 4.0 i förfrågningsunderlaget framgår enbart att anbudsgivaren ska kunna kontrolleras via företaget Business Check. Att det ska vara möjligt att presentera en rating utslutande på den information som Business Check kan erbjuda framgår inte tydligt nog i detta avsnitt. Kommunen anför att det enligt praxis är tillåtet att komplettera information från kreditföretag med upplysningar från anbudsgivare i syfte att kontrollera kvalificeringskrav rörande ekonomisk stabilitet. Föreningen invänder inte mot möjligheten som sådan att infordra kompletteringar utan gör gällande att det strider mot likabehandlingsprincipen att å ena sidan tillåta kompletteringar då en anbudsgivare inte uppfyller kvalificeringskravet "rating minimum fem" och å andra sidan, inte tillåta en anbudsgivare komplettera med handlingar som mer tydligt visar på ekonomisk stabilitet. Möjligheten att få förklara sig, vid en lägre rating än fem, innebär att en anbudsgivare tillåts komplettera med upplysningar rörande ekonomisk stabilitet i ett fall där anbudsgivaren inte uppfyller ett kvalificeringskrav. Rimligtvis borde då samtliga anbudsgivare beredas samma möjlighet att reda ut frågetecken kring ekonomisk stabilitet även i andra sammanhang. Föreningen har lämnat i särklass det lägsta anbudet och Business Check har kunnat kontrollera bl.a. uppgifter om skuldsaldo och betalningsanmärkningar. Dessa omständigheter gör det lika befogat,

om inte mer, att tillåta föreningen att inkomma med kompletteringar. Att en rating beror på olika faktorer är givet. Men att inte ange några ramar för vad som kan anses vara en godtagbar förklaring strider mot principen om transparens. Vissa grundläggande ramar borde ha angetts, i annat fall lämnas stort utrymme för godtyckliga beslut. Upphandlingscenter torde vara väl insatta i vilka faktorer som kan påverka ett företags rating och borde därmed ha kompetensen att kunna utarbeta ramar att förhålla sig till.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av avsnitt 4.0 i förfrågningsunderlaget framgår följande. Anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk bas. Upphandlingscenter kommer att kontrollera detta genom företaget Business Check. Anbudsgivaren ska då som minimum uppnå en rating på fem (5) för att kvalificera sig. Om det vid kontrollen visar sig att anbudsgivarens rating är lägre än fem (5), beredes anbudsgivaren inkomma med en för Upphandlingscenter godtagbar förklaring till ifrågavarande rating. – Nyetablerade företag eller de som bedriver näringsverksamhet i annan företagsform som inte kan kontrolleras enligt vad som anges ovan, ska till anbudet bilägga handlingar som visar att anbudsgivaren har en stabil ekonomisk bas.

Av en företagsrapport från Business Check den 7 december 2012 framgår bl.a. att ingen rating kan presenteras för SV Östergötland då det inte finns någon rating för bolagsformen. I företagsrapporten redovisas även uppgifter om skuldsaldo och betalningsanmärkningar.

Av mejlkorrespondens mellan sökandens ombud och Business Check framgår att Business Check kan få fram registeruppgifter, information om ålder, skuldsaldo och betalningsanmärkningar för ideella föreningar.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

SV Östergötland är en ideell förening. Föreningen gör bl.a. gällande att dess ekonomiska stabilitet har kunnat kontrolleras via Business Check och att kommunen haft en skyldighet att bereda dem tillfälle att komplettera anbudet för det fall att kommunen behövt ytterligare information. Vidare åberopas att skall-kravet på ekonomisk stabilitet strider mot principen om likabehandling och principen om transparens då alla anbudsgivare inte har möjlighet att inkomma med kompletterande uppgifter och att kommunen inte angett några ramar för vad som är en godtagbar förklaring till att rating är lägre än fem.

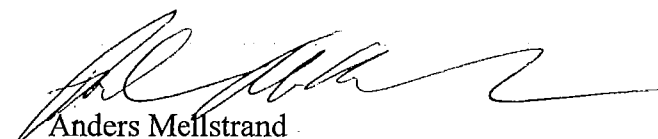
En upphandlande myndighet får fritt utforma förfrågningsunderlaget inför en upphandling så länge det inte strider mot de grundläggande EU-rättsliga principerna. I kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att det inte strider mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten (jfr. RÅ 2002 ref. 50). Principen om transparens innebär bl.a. att upphandlingar ska ske på ett förutsebart sätt och att upphandlande myndighet måste hålla sig till det förfrågningsunderlag som den tagit fram.

Av förfrågningsunderlaget avsnitt 4.0 framgår att anbudsgivarens ekonomiska stabilitet kommer att kontrolleras via Business Check och att anbudsgivaren ska uppnå en rating på minst fem för att kvalificera sig. Anbudsgivare som visar en rating på lägre än fem bereds möjlighet att

inkomma med en för Upphandlingscenter godtagbar förklaring. Vidare anges att "... de som bedriver näringsverksamhet i annan företagsform som inte kan kontrolleras enligt vad som anges ovan, ska till anbudet bilägga handlingar som visar att anbudsgivaren har en stabil ekonomisk bas". Enligt förvaltningsrättens mening framgår det tillräckligt tydligt av förfrågningsunderlaget att då någon rating inte kan anges vid kontroll av Business Check ska anbudsgivaren bilägga handlingar som visar att de har en stabil ekonomisk bas. Av företagsrapporten från Business Check den 7 december 2012 framgår att rating inte kan anges för SV Östergötland. Föreningen skulle därför ha bilagt handlingar till anbudet som styrker kravet på ekonomisk stabilitet. Detta har föreningen inte gjort. Någon skyldighet för kommunen att inhämta kompletterande handlingar finns inte med hänsyn till hur förfrågningsunderlaget är utformat eller enligt LOU. Av rättspraxis framgår att en viss individuell bedömning får godtas vid upphandlande myndighets bedömning av om anbudsgivare uppfyller krav på ekonomisk ställning (jfr RÅ 2005 ref. 47 och Kammarrättens i Jönköping dom, mål nr 851--854-12). Mot denna bakgrund och då föreningen haft samma möjlighet som andra anbudsgivare att bilägga handlingar till anbudet kan upphandlingen inte anses strida mot principerna om likabehandling eller transparens. Föreningen kan sammanfattningsvis inte anses uppfylla aktuellt skall-krav och kommunen har haft grund för att utesluta föreningen från anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrätten finner därför att vad föreningen åberopat inte utgör skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

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


Anders Mellstrand
Föredragande har varit Martina Thorn.



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 nå 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 uppgive 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