



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

DOM
 2012-04-12
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 1690-12
 Domare 2:11

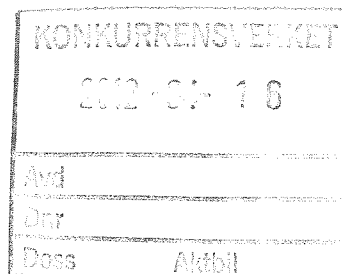
SÖKANDE

Green Landscaping AB, 556773-4800
 Jägershillgatan 14
 213 75 Malmö

MOTPART

Norrköpings kommun, 212000-0456
 601 81 Norrköping

Ombud: Jur.kand. Clifford Landin
 Norrköpings kommun/Upphandlingscenter
 601 81 Norrköping



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 78801

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

Norrköpings kommun (kommunen) genomför upphandlingen ”Skötsel av idrottsplaner 2012”, dnr UH 2012-25. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga för kommunen ska antas. Vid anbudstidens utgång hade fem bolag lämnat anbud i upphandlingen.

Enligt tilldelningsbeslut den 9 mars 2012 avser kommunen att teckna avtal med Stadspartner AB.

Green Landscaping AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att rättelse ska ske på så sätt att Stadspartner AB:s (Stadspartner) anbud förkastas och bolaget tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Kommunen motsätter sig bifall till bolagets ansökan.

PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

Bolaget anför till stöd för ansökan i huvudsak följande. En upphandlande myndighet får enligt 10 kap. 2 § 4 p LOU utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta. Ett allvarligt fel i yrkesutövningen är de överträdelser som Stadspartner gjort enligt 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen genom sin tidigare och nuvarande verksamhet i Norrköpings kommun och genom att ha bedrivit konkurrensbegränsande säljverksamhet. Stadspartner är ett bolag som ägs av Linköpings kommun. Ett annat allvarligt fel i yrkesutövandet är att Stadspartner verkat i Norrköpings kommun i strid med företagets verksamhetsbeskrivning hos Bolagsverket, vilket kommunen kunnat ta del av genom Stadspartners anbud. I verksamhetsbeskrivningen står att ”Ändamålet med Stadspartners verksamhet är att, med iakttagande av de för verksamheten

gällande kommunala principerna, vara till nytta för kommuninvånarna och andra kunder i Linköping...”. Stadspartner kan inte heller anses som en lämplig leverantör då företagets påtänkta verksamhet i Norrköping strider mot 2 kap. 1 och 7 §§ i kommunallagen. Kommunägda bolag som verkar utanför kommunens gränser bryter direkt mot lokaliseringsprincipen i kommunallagen. Stadspartner, som ägs av kommunen, avser att verka i Norrköpings kommun. Kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget. Att Stadspartner, som en del av Linköpings kommun, deltar i en upphandling av skötseluppdrag åt Norrköpings kommun kan inte anses vara i enlighet med detta. Stadspartner kan inte heller anses som en lämplig leverantör då den påtänkta verksamheten i Norrköping strider mot Stadsparters verksamhetsbeskrivning. Bolaget som placerats på andra plats i anbudsutvärderingen skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen om Stadspartner hade uteslutits. Bolaget har därmed lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada.

Kommunen anför bl.a. följande. Bestämmelsen i 10 kap. 2 § 4 p LOU är fakultativ, vilket innebär att en upphandlande myndighet får, men inte är skyldig att utesluta en leverantör från deltagande i en offentlig upphandling. I förevarande upphandling har det inte framkommit omständigheter eller annan utredning som föranlett att kommunen bort tillämpa detta lagrum. Kommunen har kontrollerat att antagen leverantör är lämplig i den mening som avses i 11 kap. 1 § LOU, d.v.s. kontrollerat att Stadspartner uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda kvalificeringskrav. Huruvida Stadspartner bedriver verksamhet som enligt bolaget inte är förenlig med kommunallagen eller det verksamhetsföremål som registrerats hos Bolagsverket ska inte avgöras inom ramen för överprövning enligt LOU. Kommunen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, vilket innebär att varken bola-

get eller någon annan leverantör har lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU.

Bolaget har i ett kompletterande yttrande anfört bl.a. följande. Att bestämmelsen i 10 kap. 2 § 4 p är fakultativ innebär inte att paragrafen inte ska användas. Om en upphandlande myndighet godtyckligt får välja om en sådan bestämmelse ska användas blir även upphandlingen godtycklig, vilket strider mot LOU:s princip om transparens. Som anbudsgivare bör man kunna förvänta sig att ett sådant lagrum används av en upphandlande myndighet, speciellt om grunden för uteslutning är uppenbar och inte måste efterforskas. Huruvida Stadspartner uppfyller uppställda kvalificeringskrav är inte intressant för att förstå om Stadspartner är lämpligt enligt 11 kap. 1 § LOU utan denna bedömning regleras i andra paragrafer i 11 kap. LOU samt i upphandlingsföreskrifterna.

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 10 kap. 2 § 4 p LOU framgår att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

Enligt 11 kap. 1 § LOU ska den upphandlande myndigheten, innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap., kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.

Av 16 kap. 5 § 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.


Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Bolaget gör sammanfattningsvis gällande att Stadspartners anbud ska förkastas då Stadspartner gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen genom att bedriva verksamhet som strider mot kommunallagen och företagets verksamhetsbeskrivning samt att Stadspartner mot denna bakgrund inte är en lämplig leverantör enligt 11 kap. 1 § LOU.

Bestämmelsen i 10 kap. 2 § 4 p. LOU är en frivillig uteslutningsgrund. Kommunen kan därmed välja om de vill använda sig av denna bestämmelse, vilket de inte funnit anledning att göra. Mot denna bakgrund saknas stöd för ingripande enligt LOU.

Prövningen av anbud inleds med kvalificeringsfasen då anbudsgivarnas lämplighet enligt 11 kap. 1 § LOU kontrolleras utifrån de kvalifikationskrav som ställts på leverantören i förfrågningsunderlaget. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderingsfasen. Av Stadspartners verksamhetsbeskrivning framgår att företagets ändamål med verksamheten är att vara till nytta för kommuninvånarna och andra kunder i Linköping. Vad bolaget anfört rörande Stadspartners verksamhetsföremål och lokaliseringsprincipen påverkar dock inte prövningen av Stadspartners lämplighet enligt 11 kap. 1 § LOU. Vad bolaget åberopat i målet visar inte heller att kvalificeringen gjorts i strid med förfrågningsunderlaget, LOU eller de EU-rättsliga principerna. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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


Urban Erntoft

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 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 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