



KONKURRENSVERKET	
2014-06-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

[REDACTED], med firma SAM Scandinavia Automotive
Molds
Ulseröds Industriområde Hall A
Ulseröd 218
453 91 Lysekil

MOTPART

Sotenäs kommun
456 80 Kungshamn

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 9 maj 2014 i mål nr 4403-14, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling; fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

[REDACTED], med firma SAM Scandinavia Automotive Molds, fullföljer sin talan och framhåller bl.a. följande. Sotenäs kommun har antagit anbud från två leverantörer som inte har inkommit med efterfrågade handlingar och därmed inte uppfyllt ställda skall-krav. I förvaltningsrättens mål har han endast invänt mot att dessa två leverantörer inte inkommit med kompletta handlingar. De aktuella kraven har inte varit konkurrensbegränsade och har inte hindrat presumtiva anbudsgivare eller de tilldelade leverantörerna att uppfylla något av de alternativ som kraven innebär. Om de antagna anbuden

inte hade utvärderats hade tre av fyra uppdragsområden tilldelats honom. Han har således förfördelats av kommunen.

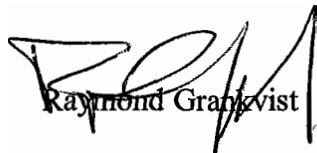
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 33 § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) får ett beslut överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot. Frågan är således om förvaltningsrättens beslut att upphandlingen ska göras om har gått [REDACTED] emot när han i sin ansökan om överprövning har yrkat att kommunens upphandling inte får avslutas innan rättelse har vidtagits på så sätt att anbud från två leverantörer förkastas.

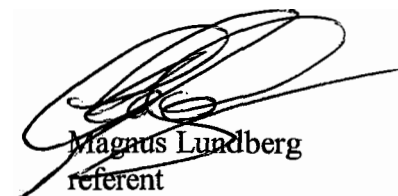
Högsta förvaltningsdomstolen har i ett mål om upphandling anfört att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen kunde förvaltningsrättens förordnande om att upphandlingen skulle göras om inte anses ha haft en sådan betydelse för det klagande bolaget, som hade framställt ett yrkande om viss rättelse, att det skulle anses ha rätt att klaga på beslutet (se HFD 2012 ref. 2).

Kammarrätten anser mot denna bakgrund att omständigheterna i målet är sådana att förvaltningsrättens beslut att upphandlingen ska göras om inte kan anses ha gått [REDACTED] emot. [REDACTED] har således inte talerätt mot förvaltningsrättens beslut och överklagandet ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Raymond Grankvist



Magnus Lundberg
referent



/Emelie Brorström



SÖKANDE

Enskilda firman SAM Scandinavia Automotive Molds, [REDACTED]
Ulseröds Industriområde Hall A
Ulseröd 218
453 91 Lysekil

MOTPART

Sotenäs kommun
456 80 Kungshamn

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bestämmer att Sotenäs kommuns upphandling av grönyteskötsel, dnr KA 2014/155, ska göras om.

BAKGRUND

Sotenäs kommun, fortsättningsvis kommunen, genomför en upphandling benämnd Grönyteskötsel – 2 i Sotenäs kommun, dnr KA 2014/155, i form av förenklat förfarande. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen är uppdelad i fyra områden – Hunnebostrand, Bovallstrand, Tossene och Kungshamn/Smögen – som utvärderas separat. Kommunen meddelade tilldelningsbeslut den 11 april 2014. Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen beslutat att anta ekonomiska föreningen Uddevalla Farmartjänst (Farmartjänst) som leverantör för områdena Hunnebostrand och Tossene och enskilda firman Lindskogs Skogs- och Grönyteservice (Lindskogs) som leverantör för områdena Bovallstrand och Kungshamn/Smögen. Kommunen angav även att tilldelningsbeslutet inte innebar någon garanti för avtalstecknande.

YRKANDEN M.M.

Vad sökanden yrkar och anför

SAM Scandinavia Automotive Molds (SAM) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att kommunens upphandling inte får avslutas innan rättelse vidtagits på så sätt att Lindskogs och Farmartjänsts anbud förkastas. Till stöd för sin talan anför SAM i huvudsak följande.

Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i LOU, vilket medfört att SAM lidit eller kan komma att lida skada.

Under rubriken *Krav på anbudsgivare* i förfrågningsunderlaget anges att ”Anbudsgivare ska i sitt anbud lämna en referens från tidigare uppdragsgivare som kan intyga att liknande uppdrag utförts i enlighet med överenskommet avtal”.

Linskogs har i sitt anbud angett Sotenäs kommun som referens. I upphandlingens "frågor och svar" har kommunen på en fråga uppgett att den föregående entreprenören inte skött uppdraget till fullo på alla ställen. Det företag som hade uppdraget på alla områdena utom Tössene (som enligt den frågandes iakttagelser var välskött) var Linskogs. Då kommunen angett att uppdraget inte skötts till fullo har uppdraget alltså inte utförts i enlighet med överenskommet avtal. Att kommunen ändå valt att tilldela Linskogs uppdrag i upphandlingen innebär att kommunen brutit mot principerna i LOU eftersom Linskogs inte uppfyllt det uppställda skall-kravet.

Under samma rubrik i förfrågningsunderlaget har kommunen angett att *"anbudsgivaren ska ha en ekonomisk stabilitet och finansiell styrka för att genomföra uppdraget under hela avtalstiden. Detta innebär att anbudsgivaren ska ha minst kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut. Bevis om kreditvärdighet, ej äldre än två månader, ska kunna visas vid anmodan inför tilldelningsbeslut eller avtalsskrivning inom 3 dagar."* Kommunen har valt att före aktuellt tilldelningsbeslut be företagen Farmartjänst och Linskogs att inkomma med något av alternativen i detta skall-krav.

Farmartjänst har inte inkommit med något av ovanstående alternativ utan har enbart gett in en UC Kreditupplysning Standardupplysning. Eftersom Farmartjänst är en ekonomisk förening kan UC enligt uppgift inte lämna intyg om kreditvärdighet eller ange riskklass. En kreditupplysning är inte ett riskklassintyg eller ett kreditvärdighetsintyg eller på annat sätt något intyg om kreditvärdighet. Inte heller Linskogs har inkommit med något av de angivna alternativen, utan endast en kreditupplysning. Varken Farmartjänst eller Linskogs har därför uppfyllt skall-kraven i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Att kommunen ändå tilldelat Farnartjänst och Lindskog uppdrag enligt förfrågningsunderlaget innebär att SAM särbehandlats. Kommunens tilldelningsbeslut har således inte fattats i överensstämmelse med likabehandlingsprincipen.

Vad kommunen anför

Kommunen anser att SAM:s ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU. Samtliga anbudsgivare har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Då Lindskogs under föregående period varit leverantör av tjänsten markskötsel åt kommunen för områdena Hunnebostrand, Bovallstrand och Kungshamn/Smögen har företaget i sitt anbud angett kommunen som referens. Det tidigare avtalet gällde ursprungligen tiden den 1 april 2010 – den 31 december 2012, men kommunen utnyttjade möjligheten att förlänga avtalet ytterligare ett år, varför det kom att sträcka sig t.o.m. den 31 december 2013. Säsongen för grönyteskötsel sträckte sig från april t.o.m. oktober, vilket överensstämmer med uppdraget i nu aktuell upphandling. Även utförandeföreskrifterna i de båda upphandlingarna är relativt lika. Då den inkomna frågan i ”frågor och svar” specifikt gällde höststädning, som bara är en del av uppdraget, syftade kommunens svar endast till att tydliggöra för eventuella anbudsgivare att dåvarande status på respektive område inte var att betrakta som en korrekt måttstock för höststädning. I förfrågningsunderlaget fanns nämligen också följande formulering ”*Det åligger anbudsgivaren att med stöd av erhållet underlag och undersökningar på plats förvissa sig om arbetets omfattning och svårighetsgrad samt den arbetsinsats som krävs för att kunna utföra uppdraget*”. Att, som SAM gör,

använda kommunens svar angående höststädningen säsongen 2013 som bevis för att Linskogs inte skött sitt uppdrag i enlighet med överenskommet avtal är att ge svaret felaktiga proportioner och delvis förvränga dess avsikt.

Samtliga anbudsgivares referenser har kontrollerats och referenterna har fått ta ställning till om anbudsgivaren skött det tidigare uppdraget *i enlighet med överenskommet avtal*. Linskogs har då blivit godkänt av den hos kommunen uppgivna referenspersonen, eftersom företaget bedömts ha utfört uppdraget i enlighet med överenskommet avtal. För den bedömningen talar också att kommunen frivilligt valt att ge företaget fortsatt förtroende genom att förlänga det tidigare avtalet, vilket inte skett om företaget inte skött sitt uppdrag. Det ska poängteras att kommunens bedömning grundar sig på en affärsrelation som sträckt sig över perioden 2010 – 2013 och inte bara på delar av höststädningen säsongen 2013.

Kommunen har ställt som krav på en anbudsgivare att denne *skall ha en ekonomisk stabilitet och finansiell styrka för att genomföra uppdraget under hela avtalstiden*. Som riktvärde gäller då att anbudsgivaren har *minst kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut*. Kreditvärdighet 3 enligt UC utgör alltså ett riktvärde för att jämföra olika kreditvärderingsinstituts skalor men det är en individuell bedömning av varje anbudsgivares ekonomiska ställning som gäller. Eftersom Linskogs och Farmartjänst var de anbudsgivare som hade lägst utvärderingssummor för något område i upphandlingen har uppgifter bara begärts in från dem.

Farmartjänst översände en kreditupplysning från UC. Då företaget är en ekonomisk förening har de inte fått någon bestämd riskklass. Med hänsyn till företagets storlek, omsättning och att inga betalningsanmärkningar eller övriga händelser finns registrerade, har kommunen ändå gjort bedömning-

en att Farmartjänst uppfyller kravet på ekonomisk stabilitet och finansiell styrka.

Då Lindskogs drivs som enskild firma har även det företaget översänt en kreditupplysning. Då [REDACTED] redovisat ett överskott av aktiv näringsverksamhet, salar registrerade betalningsanmärkningar och andra anmärkningar och som enskild näringsidkare också är personligt ansvarig för de avtal som ingås, har kommunen gjort bedömningen att även Lindskogs uppfyller kravet på ekonomisk stabilitet och finansiell styrka.

DOMSKÅL

Tillämpliga bestämmelser

Efter ansökan från en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

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 skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

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 (1 kap. 9 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen i den aktuella upphandlingen, i något av de avseenden som SAM påstått, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot andra bestämmelser i LOU och om det därför finns grund för att ingripa mot upphandlingen. För ett ingripande krävs också att SAM har lidit eller kan komma att lida skada till följd av förfarandet.

SAM har gjort gällande dels att Lindskogs anbud inte uppfyllde skallkravet om att anbudsgivare i sitt anbud skulle lämna en referens från tidigare uppdragsgivare som kunde intyga att liknande uppdrag utförts i enlighet med överenskommet avtal, dels att varken Lindskogs eller Farmartjänst uppfyllt skallkravet på att anbudsgivare ska ha kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framkommit annat än att Lindskogs i sitt anbud lämnat uppgift om en referensperson som sedermera intygat att Lindskogs utfört det tidigare uppdraget inom kommunen på ett godtagbart sätt. Lindskogs anbud får därmed anses uppfylla det i förfrågningsunderlaget uppställda skallkravet. Vad SAM anfört i frågan föranleder inte någon annan bedömning. Att kommunen inte förkastade Lindskogs anbud på den nu diskuterade grunden innebär således inte att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

Under rubriken Krav på anbudsgivare anges i förfrågningsunderlaget följande. "Anbudsgivaren ska ha en ekonomisk stabilitet och finansiell styrka för att genomföra uppdraget under hela avtalstiden. Detta innebär att anbudsgivaren ska ha minst kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut. Bevis om kreditvärdighet, ej

äldre än två månader, ska kunna visas vid anmodan inför tilldelningsbeslut eller avtalsskrivning inom 3 dagar.”

Det står klart och är ostridigt i målet att första meningen i det citerade stycket innebär ett skall-krav om att anbudsgivare måste ha en viss ekonomisk stabilitet och finansiell styrka. Andra meningen i stycket kan knappast förstås på annat sätt än som en precisering av det mer generellt utformade skall-kravet. Som preciseringen är formulerad måste den anses innebära ett skall-krav om att anbudsgivare måste ha minst kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande betyg enligt annat kreditvärderingsinstitut. Styckets tredje mening innebär dessutom ett skall-krav på att anbudsgivaren inom tre dagar ska kunna visa bevis om sådan kreditvärdighet på anmodan från kommunen.

Kommunen har anmodat såväl Linskogs som Farmartjänst att visa att de av kreditvärderingsinstitut bedömts uppfylla den begärda kreditvärdighetsgraden. Inget av företagen har emellertid lämnat något sådant bevis utan endast andra handlingar.

I Farmartjänsts fall står det klart att företaget inte har och inte kan få något sådant kreditvärderingsbetyg som enligt förfrågningsunderlaget är en förutsättning för att komma i fråga för det uppdrag som upphandlas. Farmartjänst uppfyller således inte uppställda skall-krav avseende ekonomisk stabilitet och finansiell styrka. Att kommunen ändå utvärderat företagets anbud och enligt tilldelningsbeslutet antagit företaget som leverantör för områdena Hunnebostrand och Tossene innebär därmed att kommunen bryter mot den grundläggande principen i 1 kap. 9 § LOU om likvärdig behandling.

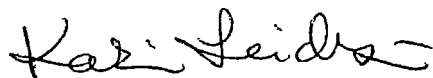
Linskogs har inte visat att företaget uppfyller skall-kravet om kreditvärdighet 3 enligt UC eller motsvarande och får därför antas inte uppfylla

detta preciserade skall-krav. I vart fall uppfyller Lindskogs inte skall-kravet om att vid anmodan inom tre dagar lämna bevis på sådan kreditvärdighet. Även i detta fall har kommunen således brutit mot principen om likvärdig behandling i 1 kap. 9 § LOU.

Av kommunens utvärdering av anbudet i upphandlingen framgår att SAM:s anbud avseende tre av de fyra områdena hade haft det lägsta priset om Farmartjänst och Lindskogs anbud inte hade utvärderats. Det står därmed klart att kommunen brutit mot de grundläggande principerna i LOU och att detta medfört att SAM lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger följaktligen.

Frågan blir då vilken åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU som kan anses motiverad. Förvaltningsrätten konstaterar att kommunens formulering av skall-krav rörande ekonomisk stabilitet och finansiell styrka medför att ekonomiska föreningar inte kan lämna anbud som rätteligen kan leda till avtal. Av handlingarna i målet framgår att två av de sex anbud som utvärderats i upphandlingen lämnats av ekonomiska föreningar. Det kan inte uteslutas att andra ekonomiska föreningar avstått från att lämna anbud eftersom de inte ansett sig uppfylla det nu diskuterade skall-kravet. Skall-kravet får därmed anses ha haft en konkurrensbegränsande effekt som inte varit nödvändig med hänsyn till upphandlingens syfte. Eftersom bristen i kommunens förfarande således i väsentlig utsträckning hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Per Olofsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.