



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Nyström

DOM
 2012-03-02
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 11380-11 E

SÖKANDE

Dpnova AB, 556541-8406
 Box 525
 201 25 Malmö

MOTPART

Region Skåne
 291 89 Kristianstad

Ombud: Maria Lidbom
 Region Skåne
 Avdelningen för juridik
 291 89 Kristianstad

KONKURRENSVERKET	
2012-03-05	
Avd	
Dnr	
Doss	Akbit

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 93253

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Region Skåne genomför upphandling av tandtekniska tjänster. Av tilldelningsbeslut den 24 november 2011 framgår vilka leverantörer Region Skåne beslutat att teckna ramavtal med. Dpnova AB (Dpnova) kvalificerade sig inte till utvärdering i upphandlingen.

Dpnova ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska avbrytas och göras om.

Region Skåne motsätter sig bifall till yrkandet.

DOMSKÄL

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 10 kap. 2 § LOU framgår att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud eller är föremål för an-

sökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande.

Omständigheter av betydelse för prövningen

I förfrågningsunderlaget, Handling 0, punkten C.2 (5) *Ekonomisk ställning*, anges att om anbudsgivaren har en rating lägre än 3 ska anbudsgivaren till sitt anbud bifoga annat bevis som styrker de ekonomiska förutsättningarna samt sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren har erforderlig ekonomisk kapacitet för att kunna garantera fortlöpande uppfyllande av avtalet.

Vidare framgår av punkten D.2 att anbudsgivare ska vara fria från omständigheter som ska respektive får medföra uteslutning enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Försumbara belopp, vid enstaka tillfällen, i skatteskuld innebär inte att uteslutning av företaget är aktuell.

Under punkten D.3.2 anges att anbudsgivaren ska ha erforderlig ekonomisk kapacitet för att kunna garantera fortlöpande uppfyllande av avtalet motsvarande minst rating 3 hos UC AB eller motsvarande rating hos kreditupplysningsföretag. Anbudsgivare som har lägre rating ska anses ha erforderlig kapacitet för att kunna garantera fortlöpande uppfyllande av avtalet, om anbudsgivaren styrkt sin ekonomiska ställning genom andra bevis samt lämnat sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren har erforderlig ekonomisk kapacitet.

Dpnova uteslöts i kvalificeringsfasen eftersom Region Skåne bedömde att bolaget inte uppfyllde förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav i punkterna C.2 (5) och D.3.2 avseende ekonomisk ställning. Det är ostridigt i målet att Dpnova hade en lägre rating i creditsäkerhetshänseende än vad som efterfrågats samt att bolaget var under rekonstruktion.

Dpnovas utveckling av talan

Dpnova har meddelat Region Skåne att företaget är under rekonstruktion och att ackorduppgörelse är på plats. Bolaget har genom rekonstruktionen fått anstånd med skatter och tekniskt sett har de inga skatteskulder. Region Skåne har gjort en felaktig riskbedömning eftersom risken att teckna avtal med ett företag under rekonstruktion är förhållandevis låg.

Eftersom ackordsuppgörelsen inte skulle vara på plats förrän efter upphandlingens sista svarsdatum samtidigt som upphandlingen var behäftad med felaktigheter, var det svårt att avgöra om Dpnova skulle skicka in ett anbud eller överpröva upphandlingen redan från start. Eftersom bolaget inte uppfyllt de frivilliga uteslutningsreglerna i 10 kap. 2 § LOU var det svårt att på förhand avgöra om anbudet skulle komma att accepteras eller om regionen skulle välja att förkasta anbudet. Nu förkastades anbudet trots att de kände till att Dpnova skulle framarbete en ackordsuppgörelse. Regionens tolkning av 16 kap. 5 § LOU innebär att bolagets möjligheter att överpröva de brister som finns i förfrågningsunderlaget går förlorade i samma ögonblick som de skickar in sitt anbud. Hade bolaget avstått från att inkomma med anbud hade det funnits möjlighet att överpröva upphandlingen. Om Dpnova genom ett systerbolag eller dotterbolag gjort en ansökan om överprövning så hade denna troligtvis uppfyllt skaderekvisitet.

Syftet med skaderekvisitet är att begränsa antalet företag med talerätt och vilken talerätt företaget har. Förvaltningsrätten bör ha en lite mer vidsynt tolkning av 16 kap. 5 § LOU. Det finns flera felaktigheter i förfrågningsunderlaget, därför bör upphandlingen göras om. Dpnova lider skada eftersom de inte tilldelats avtalet och om upphandlingen gjorts om hade Dpnova sannolikt tilldelats kontrakt.

Region Skåne utveckling av talan

Dpnova har inte varit kvalificerat för utvärdering och har därför inte lidit och kan inte heller komma att lida någon skada i upphandlingen på grund av utformningen av förfrågningsunderlaget.

Dpnova har konstaterats ha en lägre rating än 3. Bolaget har bifogat en förklaring till detta men har därutöver inte bifogat sådana bevis som styrker bolagets ekonomiska förutsättningar som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Dpnovas anbud har heller inte innehållit någon förklaring som klargör att anbudsgivaren har erforderlig ekonomisk kapacitet för att kunna garantera fortlöpande uppfyllande av avtalet. Dpnovas skatteskulder uppgick enligt Skatteverket vid anbudsprövningen till 12 mkr. Skatteskulderna har inte varit försumbara. Någon förklaring till bolagets skatteskulder hos kronofogdemyndigheten eller till att bolaget i överenskommelse med Skatteverket fått anstånd med att betala dessa skatteskulder har inte lämnats. Dpnova har bifogat en förklaring till icke-uppfyllandet av kravet avseende ekonomisk ställning. Denna förklaring har dock inte inneburit att de kan anses klarlagt att anbudsgivaren har erforderlig ekonomisk kapacitet för att kunna garantera fortlöpande uppfyllande av avtalet. Region Skåne har inte någon möjlighet att bortse eller ändra sina krav för en enskild leverantör som har andra tidplaner hänförliga till företagsrekonstruktioner och akkordsuppgörelser.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att Dpnova har talerätt och att deras ansökan därför ska prövas i sak. Vidare konstaterar rätten att ett ingripande enligt LOU kräver såväl att den sökande leverantören har lidit skada som att detta beror på att den upphandlande myndigheten brutit mot bestämmelserna i LOU. Innan rätten tar ställning till om upphandlande

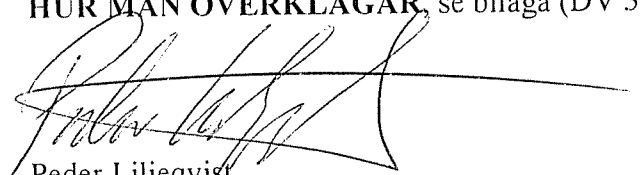
myndighet har gjort fel, ska därför en prövning göras av om sökanden kan påvisa någon form av skada.

Av utredningen i målet framgår att Dpnova har lämnat förklaring till varför de var under rekonstruktion samt till den negativa resultatutvecklingen. Däremot har Dpnova inte visat att bolaget hade ekonomisk kapacitet att uppfylla avtalet. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget rätteligen har uteslutits från upphandlingen.

I och med att Dpnova lämnade ett anbud – oavsett vilka överväganden som låg bakom detta – påbörjade bolaget deltagande i upphandlingsförfarandet under de förutsättningar som då förelåg. Enligt förvaltningsrätten kan bolaget, efter att sedermera ha uteslutits i kvalificeringsfasen, inte anses ha lidit skada av felaktigheter i förfrågningsunderlaget som inte har betydelse för bedömningen av om de ska anses kvalificerade eller inte.

Ingen av de invändningar som Dpnova riktar mot förfrågningsunderlaget utgör grund för förkastandet av bolagets anbud. Det saknas således orsaksamband mellan de brister som Dpnova påtalar och anledningen till att bolaget uteslutits från upphandlingsförfarandet. Förvaltningsrätten finner därför inte anledning att pröva om förfrågningsunderlaget har de av bolaget påtalade bristerna, utan dess yrkande om ingripande ska avslås redan på den grunden att bolaget inte kan anses ha lidit skada av att upphandlingsförfarandet slutfördes och andra anbudsgivares anbud antogs.

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



Peder Liljeqvist



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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