



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande
Antonia Wopenka

DOM
2011-07-28
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2271-11

KONKURRENSVERKET	
2011-07-29	
Awd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

BergTec i Alvesta AB, 556813-9694
Odensjö Lingonbacken
340 32 Grimslöv

MOTPART

Alvesta kommun
342 80 Alvesta

SAKEN

Begäran om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Alvesta kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av grus till Alvesta kommun och Alvesta Elnät AB. Upphandlingen har skett i form av ett öppet förfarande där det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet skulle antas. Tre anbud inkom. BergTec i Alvesta AB (Bergtec) ansågs inte uppfylla de ställda skall-kraven och ingick därför inte i utvärderingen som gjordes. Beslutet att diskvalificera Bergtec motiverades bl.a. enligt följande. Anbudsgivare ska ha en ekonomisk förmåga att genomföra uppdraget. Den ekonomiska bedömningen görs utifrån en UC-kvalificering (UC= Upplysningscentralen) där lägsta godtagbara nivå är UC-klass tre vilket Bergtec inte uppnådde.

Bergtec ansöker om överprövning av upphandlingen och anför i huvudsak följande. Bergtec har inte fått någon förklaring av skall-kraven. Bergtecs anbud godkändes i den föregående upphandlingen med samma villkor. Det framgår inte i anbudsunderlaget att man måste ha UC-klass tre. Bergtec är ett nystartat företag som därför har fått en generell UC-klassbedömning vilket Bergtec inte har fått möjlighet att förklara för kommunen. Bergtec erbjuder bäst pris i upphandlingen och borde därmed ha vunnit. Kommunen försöker anpassa upphandlingen till en viss anbudsgivares fördel. Förfrågningsunderlaget är likadant som i en tidigare upphandling men poängbedömningen har gjorts om. Det vinnande bolaget borde inte ges högsta poäng i upphandlingen. Det bolaget har inte fem egna lastbilar i sin organisation samt åkarna är underentreprenörer och ska inte räknas som en egen organisation. Anbudet bör därför förkastas.

Kommunen yrkar att Bergtecs ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Det framgår klart i anbudsfrågan att frågor ska ställas och kommer att besvaras via Tendsign, ett system som kommunen använder sig av för genomförande av upphandlingar. Inga frågor har

inkommit under den tid som upphandlingen annonserades varken genom Tendsign eller muntligen. Mot den bakgrunden ställer sig kommunen frågande till varför en förklaring av kravet skulle ha skett när ingen fråga har ställts. Att en anbudsgivare ska uppfylla en viss ekonomisk förmåga är en kvalificering som är ett första steg i en utvärdering vilket framgår av förfrågningsunderlaget under punkterna 3.1. och 3.2 där kvalificeringen beskrivs. Först efter det att en anbudsgivare bedöms vara kvalificerad för uppdraget genomförs en utvärdering av inkommet anbud. Vad som krävs av en anbudsgivare och hur bedömningen skulle genomföras framgår tydligt av förfrågningsunderlaget. Under punkt 2.1 presenteras ekonomiska kvalificeringskrav på anbudsgivare. Att anbudsgivare i UC-klass ett eller två kommer att uteslutas innebär att godtagbar riskklass för att erhålla uppdraget var UC-klass tre eller högre. Bergtec tillhör enligt egen utsaga riskklass två i en bedömning av UC och uppfyller därmed inte kraven som ställts i upphandlingen. UC har placerat Bergtec i klass ett, alltså den lägsta klassen. Bergtec kunde inte bedömas ha den ekonomiska förmågan att genomföra uppdraget varken på lång eller kort sikt. Det är tillåtet att ställa krav på ekonomisk stabilitet i en upphandling och det är vanligt att dylika krav ställs, speciellt i öppna upphandlingar då uppdragen avser större belopp. Anbud som inte uppfyller samtliga skallkrav ska inte beaktas vid utvärderingen. Skälet att uppställa skallkravet i den aktuella upphandlingen var välgrundat då det krävs god ekonomisk förmåga för att kunna genomföra uppdraget. Osäkerhet och instabilitet hos en avtalspart skulle kunna leda till ett omfattande risktagande och kostnader. Utformningen på förfrågningsunderlaget har gett Bergtec en möjlighet att ge en förklaring till den ekonomiska situationen. Bergtec har valt att inte kommentera förhållandet trots att kravet på ekonomisk styrka tydligt framgick. Upphandlande enhet har ingen möjlighet att begära komplettering då detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Bergtec anför i huvudsak följande. Angående skall-krav gällande ekonomisk förmåga framgår i förfrågningsunderlaget att uppdragstagaren ska ha ekonomisk förmåga att utföra uppdraget samt att uppgift kan komma att inhämtas från Upplysningscentralen om risk för obestånd. Vidare framgår att uppdragstagare som befinner sig i UC-klass ett och två kan komma att uteslutas om inte godtagbar förklaring kan lämnas. Det utgör alltså inte en obligatorisk uteslutningsgrund. Någon begäran om en förklaring har inte gjorts. Anledningen till detta torde vara den sedan länge etablerade kontakten mellan parterna och det tidigare avtalsförhållande som har funnits. Det har mot denna bakgrund varit känt för kommunen att Bergtec visserligen är nystartat men att verksamheten var etablerad. Om det funnits någon tveksamhet kring detta hade man kunnat ställa frågor till Bergtec enligt de villkor som förelegat. Så har inte skett.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 16 kap. 5 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 eller kan komma att lida skada.

Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) har uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (RÅ 2002 ref. 50). EU-domstolen har angett

att upphandlingskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se bl.a. C-19/00 p. 42).

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har 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 han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Bergtec har invänt att kravet på ekonomisk förmåga är utformat så att inget nystartat bolag kan uppfylla detta. Enligt kommunen är det av vikt att ställa krav på ekonomisk förmåga då osäkerhet och instabilitet skulle kunna leda till ett omfattande risktagande och kostnader.

I förfrågningsunderlaget under punkt 2.1 presenteras ekonomiska kvalificeringskrav på anbudsgivare som ett skall-krav. Här framgår bl.a. följande. Kommunen kommer att inhämta uppgift om risk för obestånd från Upplýsningssentralen. Uppdragstagare som befinner sig i riskklass ett och två kommer att uteslutas om inte godtagbar förklaring kan lämnas. Om anbudsgivare finns i en riskklass under lägsta godtagbar nivå krävs att orsakerna är av tillfällig karaktär, har inträffat vid enstaka tillfälle, är kortvariga och att en åtgärdsplan finns samt kan presenteras. Uppgifter kan bifogas med anbudet. Vidare framgår av punkten 3.2 b) att anbudsgivaren kommer att uteslutas om dennes ekonomiska förmåga inte bedöms tillräcklig för att utföra uppdraget.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.


En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en anbudsgivares ekonomiska kapacitet. Det finns därvid inget hinder för att ställa krav på en viss UC-klassning. Förvaltningsrätten konstaterar att kravet syftar till att utröna uppdragstagarens förmåga att klara av ett uppdrag i den storleksklass det rör sig om. Kravet framstår därmed som relevant och grundat på objektiva skäl. Det ifrågavarande kravet på viss UC-klassning kan därför inte anses strida mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen.

Det är i målet klarlagt att Bergtec inte uppnår UC-klass tre eller högre. Bergtec har därmed inte uppfyllt skall-kravet. Bergtec har anfört att kommunen kunde ha begärt en förklaring från Bergtec om varför kravet på UC-klass inte var uppfyllt. Enligt förvaltningsrättens bedömning får det ankomma på anbudsgivare att självant förklara för kommunen varför ett skall-krav inte är uppfyllt. Eftersom Bergtec inte gjort detta har kommunen haft fog för att utesluta Bergtecs anbud.

Då Bergtecs anbud korrekt uteslutit från utvärderingen saknas skäl att pröva invändningarna mot utvärderingen av det vinnande bolagets anbud.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Bergtec anfört inte medför att kommunen kan anses ha brutit mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen. Bergtecs ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Bertil Idarsson



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