



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden:
Susanne Philipsson

DOM
2011-09-16
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2046-11, 2047-11
2048-11, 2049-11

SÖKANDE

Hermods Aktiebolag, 556044-0017
Warfvinges Väg 33
112 51 Stockholm

Ombud: Advokat Pontus Scherp
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPART

1. Växjö kommun, 212000-0662
Box 1222
351 12 Växjö

2. Kalmar kommun, 212000-0746
Box 611
391 26 Kalmar

3. Mörbylånga kommun, 212000-0704
386 80 Mörbylånga

4. Torsås kommun, 212000-0696
Box 503
385 25 Torsås

Ombud för 2, 3 och 4:
Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2011-09-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 34743

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Växjö kommun, Kalmar kommun, Mörbylånga kommun och Torsås kommun (kommunerna) har genomfört en upphandling av utbildningstjänster. Upphandlingen har skett i form av ett förenklat förfarande där anbudet som var mest ekonomiskt fördelaktigt med hänsyn taget till dels kompetens, genomförande och utrustning, dels pris skulle antas. Enligt tilldelningsbeslutet inkom sju anbud inom rätt tid. Nordens Teknikerinstitut AB erhöll högst poäng vid utvärderingen och tilldelades kontraktet. Anbudet från Hermods hade näst högst poäng.

Hermods Aktiebolag (Hermods) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att Växjö, Kalmar, Mörbylånga och Torsås kommuners upphandling avseende utbildningstjänster (dnr U-11-01) ska rättas genom att en ny utvärdering genomförs, varvid Nordens Teknikerinstitut AB:s (NTI) anbud inte beaktas och i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Hermods följande. Avseende förstahandsyrkandet har NTI inte uppfyllt kvalificeringskraven i upphandlingen och anbudet skulle således ha förkastats. En ny utvärdering ska därför genomföras utan beaktande av NTI:s anbud. Avseende yrkandet i andra hand görs gällande att det saknas giltiga anbud i upphandlingen. Att tilldela NTI kontrakt i upphandlingen utgör därför en olaglig direktupphandling och upphandlingen ska därför göras om. Hermods anför vidare bland annat följande. Kommunerna inbjöd enligt ett förfrågningsunderlag daterat den 31 januari 2011 potentiella leverantörer att lämna anbud i upphandlingen som avser gymnasiekurser i distansform. Den vinnande anbudsgivaren ska ingå ramavtal enligt vilka kommunerna får avropa utbildningar. Sista anbudsdag var den 2 mars 2011. Kommunerna fattade tilldelningsbeslut den 1 juni 2011, men tilldelningsbesked lämnades först den 3 juni 2011. I avsnitt 4.1.4 i förfrågningsunderlaget anges vissa krav på anbudsgivarnas finansi-

ella och ekonomiska ställning. Anbudsgivaren ska enligt kraven ha minst ranking 40 enligt Creditsafe eller på annat sätt styrka företagets ekonomiska och finansiella ställning. Om företaget inte kan anses ha god finansiell och ekonomisk ställning ska anbudet diskvalificeras. För nystartade företag anges att anbudsgivaren ändå kan anses motsvara kraven "om denne lämnat en förklaring/intyg som visar att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet". Det angavs också att "förklaringen/intyget ska bifogas anbudet". Det bolag inom NTI-koncernen som lämnade anbudet i upphandlingen är nystartat. Därför ingav NTI en så kallad moderbolagsgaranti för att uppfylla kravet på ekonomisk kapacitet. Emellertid bifogades inte moderbolagsgarantin NTI:s anbud, utan lämnades in först den 3 mars 2011, det vill säga dagen efter sista anbudsdag. Det är inte tillåtet att komplettera anbud efter anbudstidens utgång. Detta följer av LOU och av likabehandlingsprincipen samt framgår också av förfrågningsunderlaget där det bland annat anges att intyg ska bifogas anbudet, se avsnitt 4.1.4 och 2.3.3. Utan moderbolagsgarantin hade NTI:s anbud inte uppfyllt kvalificeringskravet och skulle således ha förkastats. Att företag måste styrka sin ekonomiska och finansiella kapacitet framgår också av 15 kap 15 a LOU. Det är inte tillräckligt varken enligt förfrågningsunderlaget eller enligt LOU med blotta påståendet om att moderbolagsgaranti kommer att tillställas kommunerna. Det är inte möjligt att bedöma den ekonomiska kapaciteten baserat endast på ett påstående eftersom bedömningen inte kan göras utan kännedom om det närmare innehållet i åtagandet från moderbolaget och hur åtagandet kommit till uttryck i moderbolagsgarantin. Åtagandet som styrker ekonomisk kapacitet måste lämnas in till den upphandlande enheten före anbudstidens utgång, se prop. 2006/07:128 s. 246. Hermods har lidit skada då bolaget annars hade tilldelats kontraktet. För det fall Hermods förstahandsyrkande inte vinner bifall görs gällande att det saknas giltiga anbud i upphandlingen. Anbudet i upphandlingen var giltigt till och med den 1 juni 2011. Tilldelningsbeskedet lämnades först den 3 juni 2011. Accept som leder till avtal anses enligt förarbetena till LOU samt

enligt etablerad upphandlingspraxis tidigast lämnat när besked om tilldelning mottagits av anbudsgivaren, det vill säga vid tilldelningsbeskedet, se t.ex. prop. 2006/07:128 s. 381. Detta besked betraktas ur avtalsrättslig synvinkel således som en accept av den upphandlande enheten. I detta fall är emellertid tilldelningsbeslutets respektive tilldelningsbeskedets avtalsrättsliga verkan av mindre betydelse eftersom det av förfrågningsunderlaget framgår att civilrättsligt bindande avtal inte anses ingånget med mindre än att parterna undertecknat kontraktet. Kommunerna och NTI har inte undertecknat upphandlingskontraktet. Något bindande avtal kan därmed under inga förhållanden ha ingåtts den 1 juni 2011. Avtal ingicks således inte heller den 3 juni 2011. Något avtal har därmed inte ingåtts. Eftersom anbudens giltighetstid upphörde den 1 juni 2011 finns inget anbud i upphandlingen som kommunerna kan acceptera. Samtliga anbud i upphandlingen har förfallit. För att avtal alls ska kunna komma till stånd krävs att anbudsgivaren erhållit en accept av den upphandlande enheten. Att betrakta ett icke kommunicerat beslut som accept framstår som främmande ur avtalsrättslig synvinkel och skulle innebära att en anbudsgivare skulle vara bunden av ett avtal han inte ens känner till. Att anta anbud vars giltighetstid löpt ut strider mot LOU. Tilldelningen är därför att betrakta som en otillåten direktupphandling och det föreligger således grund för att förordna att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna motsätter sig bifall till yrkandena och anför bland annat följande. Av förfrågningsunderlaget framgår bland annat följande skrivning kring hur den finansiella och ekonomiska ställningen prövas: "Om företaget är nystartat kan anbudsgivaren ändå anses motsvara dessa krav om denne lämnat en förklaring/intyg som visar att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. Förklaringen/intyget skall bifogas anbudet. Fråga A. Vi är ett nystartat företag (förklaring eller intyg har bifogats anbudet/skickats med post) (Fritextsvar). Fråga B. Vår ekonomiska stabilitet garanteras av moderbolag/garant? Upphandlande myndighet kan komma

att begära in intyg. (Ja/Nej svar)". NTI:s svar på fråga A var följande. "NTI-skolan är per 2010-07-01 nybildat och ingår i koncernen Academedia AB. Vi lämnar moderbolagsgaranti. Den skickas per post. " NTI:s svar på fråga B var följande. "NTI-skolan skickar moderbolagsgaranti med posten". NTI-skolan har alltså angivit "en förklaring" enligt fråga A genom svaret att de är ett nybildat bolag som ingår i koncernen Academedia AB och att moderbolagsgarantin skickas per post. Förklaringen är således ett uppfyllt skall-krav. På fråga B har NTI angivit att den ekonomiska stabiliteten garanteras av moderbolag genom att svara "ja", varvid skall-kravet är uppfyllt. Av fråga B framgår vidare en upplysning om att upphandlande myndighet "kan komma att begära intyg". Det ankommer alltså på upphandlande myndighet, i enlighet med förfrågningsunderlaget, att begära in eventuella intyg efter anbudstidens utgång. ANT har utan anmodan från upphandlande myndighet skickat moderbolagsgarantin per post i samband med att anbudet lämnats in elektroniskt. Någon otillbörlig komplettering har aldrig kommit till stånd. Angående giltighetstiden framgår av 9 kap 9 § LOU att en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen ska underätta anbudssökandena och anbudsgivarna om beslut som fattats om att sluta ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för beslutet. Ett beslut om tilldelning har fattats om antagande av anbud i rätt tid, det vill säga den 1 juni 2011 och formellt tilldelningsbeslut har med anledning av helgdag den 2 juni 2011 inte kunnat meddelas förrän närmast påföljande arbetsdag, den 3 juni 2011, som dessutom var en klämdag. Tilldelningsbeslutet den 3 juni 2011 konfirmerar delegationsbesluten från respektive upphandlande myndighet som fattats den 1 juni 2011, det vill säga det datum vinnande anbud antagits och då anbudet fortfarande var giltigt. Att det formella tilldelningsbeslutet skickats såsom i förevarande fall torde sakna betydelse. Vad gäller bolagets påpekande angående att avtal inte ingåtts innan anbudens giltighet gått ut anser kommunerna att detta förhållande inte per automatik innebär att en upphandling måste avbrytas. Enligt Hermods resonemang skulle det kunna innebära att ej antagna anbudsgivare

vid förfrågan om förlängning av anbuds giltighetstid med ett avböjande teoretiskt skulle kunna framtvunga att en upphandling måste göras om. I och med det beslut om antagande av anbud som i förevarande fall skett den 1 juni 2011, det vill säga innan anbudstidens giltighet gått ut, så är det underförstått att parterna tecknat upphandlingskontrakt.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter 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 proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap 1 § får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada ansöka om överprövning enligt 5 eller 15 § hos allmän förvaltningsdomstol.

Enligt 16 kap 5 § ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har 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.

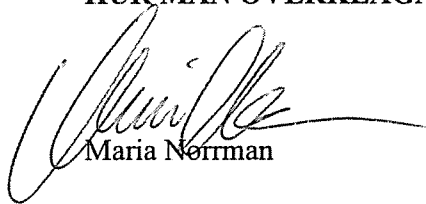
Angående Hermods förstahandsyrkande att upphandlingen ska rättas konstaterar förvaltningsrätten följande. Av förfrågningsunderlaget (4.1.4) framgår att anbudsgivaren ska ha en god och stabil ekonomi. Om företaget är nystartat kan anbudsgivaren ändå anses motsvara de krav som ställs under punkten 4.1.4 om denne lämnat en "förklaring/intyg" som visar att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. Förklaringen/intyget ska bifogas anbudet. NTI har i sitt anbud uppgett att bolaget per den 1 juli 2010 är nybildat och ingår i koncernen Academedia AB. De har

vidare anfört att de lämnar moderbolagsgaranti, som skickas per post. Av förfrågningsunderlaget framgår även att upphandlande myndighet kan komma att begära in intyg. NTI har den 3 mars 2011 inkommit med moderbolagsgaranti utan att kommunerna behövt begära in intyg. Förvaltningsrätten finner att NTI:s uppgifter om att de har skickat moderbolagsgarantin per post får anses vara en sådan förklaring som anges i förfrågningsunderlaget. Bolaget har således uppfyllt nämna skall-krav.

Angående Hermods andrahandsyrkande att upphandlingen ska göras om konstaterar förvaltningsrätten följande. Av förfrågningsunderlaget (2.2.1) framgår att anbudet ska vara bindande till och med den 1 juni 2011. Det framgår vidare (2.3.1) att tilldelningsbeslutet och skälen för detta redovisas i ett så kallat tilldelningsbesked som kommer att distribueras via fax efter avslutad anbudsutvärdering. Av handlingarna i målet framgår att tilldelningsbeslut har fattats samt att det den 1 juni 2011 skickats via fax till anbudsgivarna. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 16 maj 2005, mål nr 1031-05 uttryckt att ett giltigt avtal har kommit till stånd när leverantör får meddelande om att hans anbud har antagits. Även Kammarrätten i Göteborg har i dom den 20 mars 2006 mål nr 6589-05 (där Regeringsrätten i mål nr 2382-06 funnit att kammarrätten rätteligen överprövat upphandlingen och instämt i kammarrättens bedömning vad gäller valet av åtgärd enligt LOU) ansett att avtal kommit till stånd genom att leverantören fått meddelande om att hans anbud antagits. Förvaltningsrätten finner, i enlighet med de ovan nämnda rättsfallen, att då tilldelningsbeslut i aktuellt mål faxats till anbudsgivarna den 1 juni 2011 - det vill säga före utgången av anbudets giltighetstid - bindande avtal därmed har uppkommit mellan kommunerna och NTI. Det har således inte saknats giltiga anbud i upphandlingen på sätt Hermods har påstått.

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten således att Hermods inte har visat att kommunerna brutit mot 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Handwritten signature of Maria Nerrman in black ink, featuring a stylized, cursive script with a long horizontal flourish extending to the right.

Maria Nerrman



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