



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2014-03-06
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
866-14
Avdelning 3 Enhet 31

SÖKANDE

Thiringer Organisationspsykologi, 681031-4861
c/o Åsa Thiringer
Ringblommegatan 5
426 68 Västra Frölunda

MOTPART

Stenungsunds kommun
444 82 Stenungsund

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförts med beaktande av Thiringer Organisationspsykologis anbud.

KONKURRENSVERKET	
2014 -03- 0 6	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 254309

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag – fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00-16:00

BAKGRUND

Stenungsunds kommun har genomfört en upphandling av tilläggstjänster till företagshälsovård. Tjänsterna har upphandlats genom ett förenklat förfarande. Kommunen har förkastat Thiringer Organisationspsykologi anbud bland annat på grund av att företaget inte bifogade en kreditvärdighetsbedömning med sitt anbud. Företaget gick därmed inte vidare till utvärderingsfasen.

YRKANDEN M.M.

Thiringer Organisationspsykologi yrkar att tilldelningsbeslutet upphävs och att företagets anbudssvar utvärderas. Företaget anför i huvudsak följande. Thiringer Organisationspsykologis anbudssvar har på felaktiga grunder förkastats av Stenungsunds kommun i kvalificeringsfasen. Av tilldelningsbeslutet framgår att anbudet inte godkänts på följande punkter:

- Att företrädare undertecknat anbudet
- Att samtliga ska-krav uppfylls enligt bilaga 2
- Kreditvärdighet lägst riskklass 3 enligt UC, eller likvärdigt

Anbudet är undertecknat, uppfyller samtliga ska-krav i bilaga 2 och har riskklass 5 enligt UC. Kommunen har bekräftat att de har gjort ett misstag när det gäller de två första punkterna. Kreditvärdighetsintyget bifogades dock inte anbudssvaret, eftersom det inte uppfattades som att kommunen förväntade sig det. Förfrågningsunderlaget är inte tillräckligt tydligt i denna del. En naturlig läsning av punkten om kreditvärdighet i punkt 4.2 i upphandlingsförfarandet är att endast lägre riskklassificeringar än 3 ska redovisas och att det intyg som avses syftar på bankgarantin. Oavsett, så uppfyller Thiringer Organisationspsykologi kreditvärdighetskravet och kan redovisa ett intyg på detta. Sammanfattningsvis har företagets anbudssvar

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3
866-14

felaktigt förkastats i upphandlingen. Stenungsunds kommuns misstag i samband med upphandlingen medför dessutom att Thiringer orättvist framstår som ett slarvigt bolag.

Stenungsunds kommun anser att ansökningen ska avslås och anför i huvudsak följande. Kvalificering och utvärdering har utförts i enlighet med förfrågningsunderlaget. Vad avser de två första två punkterna, det vill säga huruvida företrädare för bolaget har undertecknat anbudet samt om samtliga ska-krav enligt bilaga 2 är uppfyllda så instämmer kommunen i att detta hanterades fel under kvalificeringen. Anbudet från Thiringer Organisationspsykologi uppfyller således dessa krav. Thiringer Organisationspsykologi har dock inte lidit skada av dessa fel då ett av ska-kraven i förfrågningsunderlaget inte var uppfyllt. Meningen "Intyg bifogas anbudet" i punkt 4.2 i upphandlingsförfarandet avser det intyg om kreditvärdighet som punkten handlar om. Flertalet anbudsgivare i den aktuella upphandlingen har också tolkat kravet på detta sätt. Denna tolkning är den enda rimliga av flera orsaker. I punkten anges att kreditvärdighetsintyg från andra aktörer än UC accepteras, vilket givetvis inte hade varit nödvändigt om kommunen skulle inhämta dessa uppgifter. Det anges också att uppgifterna ska "redovisas". Slutligen anges inte att kommunen ska inhämta de aktuella uppgifterna, till skillnad från under punkt 4.3, där detta tydligt anges. Om Thiringer Organisationspsykologi på något sätt uppfattade kravet på kreditvärdighetsintyg som oklart så fanns under anbudstiden möjlighet att ställa frågor kring detta, vilket Thiringer Organisationspsykologi underlätit att göra. Sammanfattningsvis kan det anses vara tydligt för varje anbudsgivare att intyg om kreditvärdighet ska bifogas anbudet. Om rätten skulle komma fram till att det aktuella förfrågningsunderlaget i något avseende är att betrakta som otydligt är det kommunens uppfattning att det inte kan anses vara av sådan karaktär att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling eller gemenskapsrätten har trätts förnär. Alla leverantörer har behandlats lika.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4
866-14

Thiringer Organisationspsykologi har i yttrande anfört i huvudsak följande. Konkurrensverket har i PM från den 14 januari 2009 (dnr 385/2008) klargjort att upphandlande myndighet bör se över såväl formuleringar i förfrågningsunderlag som hanteringen i upphandlingen för att bättre möjliggöra att små och medelstora företag kan delta i upphandlingen.

Thiringer Organisationspsykologi har noggrant och omsorgsfullt svarat på upphandlingen och dessutom påtalat brister i förfrågningsunderlaget underhand. Thiringer Organisationspsykologi har således agerat aktivt under anbudsprocessen och anmärkt på oklarheter/felaktigheter i förfrågningsunderlaget. I punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget står det "Anbudsgivaren ska vara registrerad hos Bolagsverket". Thiringer Organisationspsykologi skickade inte in något registerutdrag från Bolagsverket och detta har inte heller lett till någon anmärkning från Stenungsunds kommun. Direkt därpå följer meningen "Anbudsgivaren ska ha en kreditvärdighet vid anbudstillfället motsvarande lägst riskklass 3 enligt UC:s riskklasser eller annan motsvarande kreditvärdighetsbedömning". Därefter följer drygt tre rader med text rörande anbudsgivare med lägre riskklass, där krav på moderbolagssäkerhet eller bankgaranti nämns. Stycket avslutas med "Intyg bifogas anbudet". Det är således fullt rimligt att dra slutsatsen att intyg i ovanstående mening syftar på bankgarantin/moderbolagssäkerheten. Vidare är den inledande formuleringen identisk med den i punkten om registrering hos Bolagsverket, där ingen inlaga emotsågs av kommunen. Det är riktigt att Thiringer Organisationspsykologi inte ställde någon fråga angående eventuellt krav på kreditvärdighetsbedömning. Detta är dock inte uttryck för underlåtenhet eller försummelse, som kommunen hävdar, utan ett uttryck för att Thiringer Organisationspsykologi uppfattade texten i punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget så som beskrivits ovan.

Thiringer Organisationspsykologi hade vid tiden för anbudet högsta kreditvärdighet (klass 5) enligt UC. Det är säkert riktigt att ett antal anbudsgivare har skickat in kreditvärdighetsintyg i samband med upphandlingen. Det är rimligt att anta att många av dessa har deltagit i andra upphandlingar och således hade vetskap om att ett sådant intyg i allmänhet krävs. Frågeformulärets oklara utformning på denna punkt har således missgynnat anbudsgivare utan tidigare upphandlingserfarenhet, vilket är ett brott mot LOU 1 kap. 9 §. Det är riktigt att det i punkt 4.3 i frågeunderlaget står att kommunen kommer att inhämta uppgifter från Skatteverket. Att utifrån detta argumentera för att anbudsgivaren i alla andra fall där en sådan formulering saknas förutsätts skicka in handlingar ter sig märkligt. Det är värt att notera att en sådan ordalydelse inte återfinns i punkt 4.2 avseende registrering hos Bolagsverket. Kommunen hävdar i sin inlägga först att kvalificering och utvärdering har utförts i enlighet med förfrågningsunderlaget för att några rader senare konstatera att Thiringer Organisationspsykologis ansökan om överprövning i vissa avseenden har hanterats fel i kvalificeringen. Således är det inte en korrekt beskrivning att kvalificeringen har utförts i enlighet med förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av ovanstående har Thiringer Organisationspsykologis anbudssvar felaktigt förkastats i upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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).

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

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget, punkten 4.2 **Anbudets form och innehåll**, anges bland annat att anbudet ska vara undertecknat av behörig företrädare och att anbudets innehåll prövas i övrigt utifrån följande handlingar:

- Ifyllt anbudsformulär, bilaga 1.
- Ifylld kravspecifikation, bilaga 2.
- Anbudsgivare ska vara registrerade hos Bolagsverket.
- Anbudsgivare ska ha en kreditvärdighet vid anbudstillfället motsvarande lägst riskklass 3 enligt UC:s riskklasser eller annan motsvarande kreditvärdighetsbedömning. I de fall lägre riskklassificering redovisas ska anbudsgivaren ändå anses uppfylla dessa krav om anbudsgivaren lämnat en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren har motsvarande ekonomisk stabilitet, t.ex. via moderbolag eller bankgaranti. Intyg bifogas anbudet.
- Uppgifter om organisation, öppettider, tillgänglighet.
- Ifyllda referenser, bilaga 3.

Vidare anges i punkt 4.2, sista stycket, att anbudet ska utformas enligt förfrågningsunderlaget och att anbudet i annat fall kan komma att betraktas som ett ofullständigt anbud och förkastas.

I punkten **4.3 Uppgifter från Skatteverket och KFM**, anges bland annat att Stenungsunds kommun själv kommer att inhärmta upplysning från Skatteverket motsvarande information som erhålls i blankett SKV 4820.

I punkten **4.7.2 Kvalificeringsfasen**, framgår följande. Kvalificering sker efter bedömning av följande:

1. Att företrädare undertecknat anbudet.
2. Att hinder för anbudsgivarens deltagande enligt 10 kap. 1-2 §§ lag (2007:1091) om offentlig upphandling inte föreligger.
3. Att anbudsgivaren är fri från svenska skatteskulder och socialförsäkringsavgifter.
4. Att registrering för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminärskatt och arbetsgivareavgifter föreligger och
5. Att samtliga ska-krav uppfylls.
6. Referensblanketter, ifyllda och bifogade anbudet

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska följas 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. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är ostridigt i målet att företrädare för Thiringer Organisationspsykologi har undertecknat anbudet samt att samtliga ska-krav enligt bilaga 2 är uppfyllda. Den fråga som förvaltningsrätten har att pröva är om förfrågningsunderlaget i den del som

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
866-14

avser bevis på kreditvärdighet uppfyller kraven i 1 kap. 9 § LOU, främst kraven på transparens och likabehandling. Om så är fallet kan företaget inte anses ha lidit skada av att de felaktigt inte ansetts uppfylla de två andra kraven.

Principen om transparens innefattar bland annat ett krav på att förfrågningsunderlaget, som är den styrande handlingen i upphandlingen, ska vara tydligt utformad. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet medför emellertid att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Bestämmelserna i LOU hindrar inte att en upphandlande myndighet ställer krav på en leverantör i fråga om dennes ekonomiska förhållanden. Den upphandlande myndigheten kan välja att inhämta upplysningar i dessa hänseenden antingen från leverantören eller på annat sätt. När den upphandlande myndigheten uppställer krav som, om de inte uppfylls, får till konsekvens att anbudsgivaren helt utesluts från utvärderingsfasen åligger det den upphandlande myndigheten att tydligt ange vad kravet omfattar, men också vilka eventuella bevis som leverantören ska bifoga för att uppfylla kravet.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte presumeras att anbudsgivaren ska bifoga ett bevis på viss kreditvärdighet enbart på grund av att den upphandlande myndigheten här uppställt ett krav på viss kreditvärdighet. Det är vanligt förekommande i affärssammanhang att en kontroll av kreditvärdigheten för personer och företag genomförs hos till exempel UC.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 9
866-14

I punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget framgår att det är ett ska-krav att anbudsgivaren har en kreditvärdighet motsvarande lägst riskklass 3 enligt UC:s riskklasser eller annan motsvarande kreditvärdighetsbedömning. Därpå följer ett stycke som berör de fall då en anbudsgivare redovisar en lägre riskklass och inte uppfyller kravet. För dessa anbudsgivare finns en möjlighet att lämna en förklaring som klarlägger att de har motsvarande ekonomiska stabilitet. Som exempel nämns att motsvarande ekonomiska stabilitet kan finnas genom moderbolag eller bankgaranti. Härfter anges "Intyg bifogas anbudet". Förvaltningsrätten anser att det är rimligt att tolka den sistnämnda meningen som att intyg krävs om anbudsgivaren inte uppnår ska-kravet gällande kreditvärdighet. Det som talar för en sådan tolkning är dels att en leverantör som åberopar ekonomisk stabilitet på någon annan grund än en kreditvärdighetsbedömning av det egna företaget, normalt bör styrka detta genom någon form av intyg, dels att en kreditvärdighetsbedömning är att betrakta som just en bedömning och inte ett intyg.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget inte på ett tydligt sätt gör en åtskillnad mellan ska-kravet på kreditvärdighet och eventuellt krav på bevis för att styrka en sådan kreditvärdighet. Otydligheten är av en sådan karaktär att transparensprincipen får anses åsidosatt och upphandlingen har därmed inte genomförts i enlighet med LOU:s bestämmelser. Bristen i tydlighet har medfört att Thiringer Organisationspsykologi har lidit eller kan komma att lida skada då företaget har uteslutits från utvärderingsfasen. Eftersom bristen inte är av den art att potentiella anbudsgivare har förhindrats från att lämna anbud är rättelse en tillräcklig åtgärd.

Thiringer Organisationspsykologis ansökan ska därmed bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny