



SÖKANDE

IL Recycling Service AB, 556023-0194
Box 11079
161 11 Bromma

Ombud: Advokat Jonas Bergquist
c/o Magnusson Advokatbyrå AB
Box 7413
103 91 Stockholm

MOTPART

Swedavia AB, 556797-0818
Tullgränd 6
119 46 Stockholm-Arlanda

Ombud: Advokat Carin Gustavsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

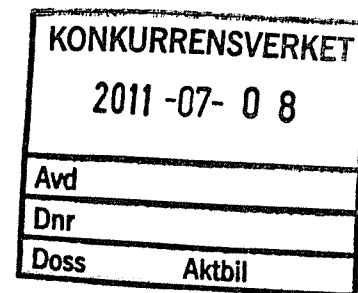
Swedavia AB:s upphandling av avfallshantering, dnr SDA 2010-001530

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (i dess lydelse före den 15 juli 2010), LUF

DOMLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND

Swedavia AB genomför en upphandling av avfallshantering. Den 18 mars 2011 meddelade Swedavia vilka anbudsgivare som gick vidare från den första kvalificeringen och som senare kommer att få lämna anbud i upphandlingen.

YRKANDEN

IL Recycling Service AB (bolaget) begär överprövning av upphandlingen och yrkar upphandlingen rättas på så sätt att bolaget ges möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om.

Swedavia bestrider bolagets yrkanden.

GRUNDER

Bolaget

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan. Den 28 december 2010 utfärdade Swedavia anbudsinvjudan avseende upphandlingen. Upphandlingen genomförs, som det får förstås, som ett selektivt förfarande. Bolaget lämnade in anbud till anbudsinvjudan den 16 februari 2011. Bolaget uppfyller samtliga skall-krav i anbudsinvjudan och tillhör de fem anbudssökande som har bäst förmåga att klara uppdraget.

Det framgår vidare av anbudsinvjudan, punkten 6.1 p. 2, att Swedavia kommer att välja de anbudssökande som bedöms ha bäst förmåga att klara uppdraget mot bakgrund av de, utan rangordning, skriftligt redovisade uppgifter som lämnats (skriftligt redovisade referenser, serviceorganisation samt kompetensresurser, teknisk kapacitet och utrustning, kreditupplysning från UC samt senaste resultatet efter finansnetto och total antal anställda). Det framgår inte på något sätt hur värderingen av dessa kriterier ska göras, utan Swedavia är oförhindrad att efter eget godtycke rangordna kriteriernas inbördes förhållande och relevans för uppdragets utförande.

I meddelande daterat den 18 mars 2011 förklarade Swedavia, utan närmare precisering av grunderna därför, att bolaget inte blivit valt som anbudsgivare. På särskild förfrågan uppgav Swedavia följande motivering till varför bolaget inte blivit valt: "Ert företag innehar Riskklass 2 from 2011-02-05 enligt vårt utdrag från UC. Därutöver kan de företag vi valt visa på en större kapacitet och förmåga att klara uppdraget". I det underlag bolaget tillhandahöll inom ramen för upphandlingen ingick ett utdrag från UC med utskriftsdatum den 15 februari 2011 som visade riskklass 3. Denna riskklass kom sedan, utan bolagets vetskap, att justeras ned till riskklass 2. Utöver utdrag från UC tillhandahölls årsredovisning från bolaget och dess moderbolag samt utdrag från UC avseende moderbolaget som visade på riskklass 5. Vid en samlad bedömning av denna dokumentation framstår det som uppenbart att bolaget med god marginal uppfyller kraven på ekonomisk och finansiell ställning. Givet omständigheterna är det även högst anmärkningsvärt att Swedavia inte erbjöd bolaget att komplettera ansökan med en förklaring av riskklassändringen. Detta i synnerhet som Swedavia måste varit medveten om att bolaget var i god tro om att kravet uppfylldes. Anbudsinbjudan är formulerad på ett sådant sätt att den ger sökanden en befogad anledning att förvänta sig en begäran om komplettering för det fall att en lägre riskklass än 3 framkommer vid en granskning. Bolaget har muntligen försökt klargöra anledningen till omklassificeringen hos UC för Swedavia samt tillställt dem ett brev angående detta. Att bolaget inte fått tillfälle att förklara den riskklassbedömning som gjorts av UC strider mot principen om berättigade förväntningar.

Bolaget är övertygat om att det tillhör de fem anbudssökande som har störst förmåga och kapacitet att klara uppdraget. Det är förbryllande att Swedavia använt sig av andra kriterier vid sitt val av anbudsgivare än de som angetts i anbudsinbjudan ("större kapacitet och förmåga att klara uppdraget" jämfört med "bäst förmåga att klara uppdraget mot bakgrund av..."). Inkonsekvensen av tillämpningen understryker Swedavias diskri-

minerande, icke transparanta och subjektiva hantering av leverantörskvalificeringen. Vidare är den mycket oprecisa, generellt hållna och godtyckligt formulerade kvalifikationsgrunden i direkt strid med de grundläggande principerna inom offentlig upphandling. Bolaget har inte kunnat ta del av ytterligare information om övriga anbud varför det är svårt att närmare analysera skillnader och/eller likheter mellan dessa. Bolaget vet heller inte hur många sökande som inbjudits att inkomma med anbud.

Swedavia har genom att åsidosätta huvudregeln om affärsmässighet i offentlig upphandling och LUF orsakat att bolaget lidit skada. Swedavia har genom att inte ange och tillämpa objektiva prövningskriterier i samband med leverantörskvalificeringen brutit mot kraven på objektivitet, transparens och icke-diskriminering samt agerat i direkt strid med den grundläggande principen om förbudet mot fri prövningsrätt. Swedavia har brutit i sin informations- och motiveringsplikt och inte kunnat motivera varför tillsynes lika anbud värderats olika. Swedavia har genom att inte erbjuda bolaget möjlighet att komplettera sitt anbud med en förklaring till riskklassbedömningen åsidosatt kraven på objektivitet och icke-diskriminering.

Swedavia

Swedavia anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Swedavia har genomfört upphandlingen som en förhandlad upphandling i enlighet med de grundläggande principerna i LUF. Bolagets anbudsansökan uppfyller inte ställda kvalificeringskrav och bolaget kan därmed inte anses lida någon skada.

I punkt 10.0 i förfrågningsunderlaget anges följande. ”Anbudssökande skall ha en stabil ekonomisk bas och finansiell styrka. Anbudssökanden skall vid Swedavias inhämtande av kreditupplysning från kreditupplysningsföretag, lägst erhålla omdöme 3 från Upplysningscentralen (nedan

kallad UC) [...] I det fall omdömet från UC inte utgör 3 eller högre, en förklaring från anbudssökandes revisor eller revisorsintyg som styrker företagens ekonomiska och finansiella förmåga Swedavia AB kommer att göra en bedömning om förklaringen är godtagbar eller inte.” Av förfrågningsunderlaget framgår med andra ord att anbudssökanden ska erhålla lägst omdöme 3 vid Swedavias inhämtande av kreditupplysning från UC. Anledningen till att tidpunkten för kontrollen är kopplad till när Swedavia kontrollerar uppgiften är att företagets kreditvärdighet varierar över tiden. För det fall det skulle visa sig att anbudssökanden erhåller lägre omdöme än 3 vid inhämtandet ska anbudssökanden till ansökan bifoga en förklaring från revisor eller revisorsintyg som styrker företagets ekonomiska och finansiella förmåga. Vid Swedavias kontroll av bolagets riskklass framgick att bolaget sedan den 5 februari 2011 innehar riskklass 2. Omständigheterna som föranledde förändringen av riskklass hade således redan inträffat när bolaget gav in sitt anbud den 16 februari 2011. Det är värt att notera att bolaget enligt utdraget hade riskklass 2 även den 21 december 2010.

Anbudssökandens ansökan ska vara komplett när den ges in. Förtydliganden eller kompletteringar av anbudet får endast ske inom ramen för vad som anges i 9 kap. 8 § LUF. Av denna bestämmelse framgår att en upphandlande myndighet får begära att en anbudsansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bolaget har uppfattat förfrågningsunderlaget på så sätt att Swedavia skulle inhämta förtydliganden från anbudssökandena för det fall de hade riskklass 1-2 när Swedavia gjorde kontrollen hos UC. Enligt Swedavia är det inte möjligt för en upphandlande myndighet att frångå de tvingande bestämmelserna i LUF som reglerar förutsättningarna för att inhämta kompletteringar eller förtydliganden. Swedavia menar att det ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv är mycket främmande att i förfrågningsunderlaget reglera en ovillkorlig skyldighet för den upphandlande myndigheten att inhämta förtydliganden efter det att en komplett ansökan ska ha

getts in. Ett sådant villkor skulle stå i direkt strid med bestämmelsen i 9 kap. 8 § LUF. Det framgår även av förfrågningsunderlaget punkt 6.0 "Kvalificering" att samtliga skall-krav ska vara besvarade och uppfyllda av anbudssökande. Eftersom bolagets ansökan inte innehöll en förklaring från revisor eller revisorsintyg som styrker bolagets ekonomiska och finansiella förmåga uppfyller bolagets ansökan inte kvalificeringskraven. Det finns enligt LUF ingen skyldighet för Swedavia att begära kompletteringar och det framgår av förarbetena att den upphandlande myndigheten ska vara restriktiv vid bedömningen av om den ska begära in sådana. De aktuella omständigheterna som föranlett bolagets sänkning av riskklassen hade redan inträffat då ansökan gavs in. En komplettering i detta avseende hade inneburit att en leverantör hade fått möjlighet att "rätta" ett skall-krav som inte var uppfyllt. Swedavia bedömde sammantaget att bolaget inte hade möjlighet att begära in komplettering från bolaget utan att detta hade inneburit att bolaget särbehandlats. Bolaget bör ha varit medvetet om att det senast i december 2010 hade riskklass 2 och att det därmed inte kan anses ha goda marginaler vid denna bedömning. Vidare bör bolaget ha varit medvetet om att den ansökan om betalningsföreläggande som gavs in mot bolaget den 25 januari 2011 och den styrelseförändring som genomförts påverkar riskklassificeringen negativt. Det är ytterst bolaget som ansvarar för att innehållet i anbudsansökan är komplett. Detta ansvar kan under nu aktuella omständigheter inte överföras på Swedavia.

Av 10 kap. 11 § LUF framgår att den upphandlande myndigheten vid ett förhandlat förfarande får använda kriterier som grundas på ett objektiva behov av att minska antalet anbudssökande till en nivå som kan anses rimlig med hänsyn till särskilda förhållanden i samband med upphandlingen och på de resurser som behövs för dess genomförande. De utvalda anbuds-sökandena ska dock vara så många att effektiv konkurrens kan uppnås. De kriterier som ska tillämpas enligt 11 kap. 10 § LUF behöver inte uppfylla de krav som uppställs vid en utvärdering av anbud enligt 12 kap. 2 § LUF.

Kraven på utvärderingskriterierna ska ses mot bakgrund av att de ska möjliggöra för den upphandlande myndigheten att erhålla det mest konkurrenskraftiga anbudet. I det nu aktuella skedet pågår en kvalificering och syftet med kriterierna i detta avseende är att erhålla ett visst antal kvalificerade leverantörer. Swedavia har i inbjudan till anbudsansökan närmare redogjort för de faktorer som kommer att beaktas när en bedömning sker av vilka anbudssökanden som ska bjudas in att lämna anbud i upphandlingen. I inbjudan till anbudsansökan punk 6.1 p. 2 anges följande. ”Därefter görs en bedömning av anbudssökandes tekniska, ekonomiska och yrkesmässiga kapacitet. De anbudssökande kommer att väljas som bedöms ha bäst förmåga att klara uppdraget mot bakgrund av de, utan rangordning, skriftligt redovisade uppgifter som lämnats enligt nedan: Skriftligt redovisade referenser. Serviceorganisation samt kompetensresurser. Teknisk kapacitet och utrustning. Kreditupplysning från UC samt senaste beslutat efter finansnetto. Totalt antal anställda.” Swedavia bestrider vad bolaget anfört om att skrivningen ovan innebär att Swedavia är oförhindrad att efter eget godtycke rangordna kriteriernas inbördes förhållande och relevans för uppdragets utförande. Kriterierna är vid bedömningen lika mycket värda, vilket även framgår av skrivningen. Swedavia har bedömt vilka av anbudssökandena som utifrån kriterierna har bedömts ha bäst förmåga att klara av uppdraget.

Med hänsyn till anbudssekretessen är Swedavia förhindrad att utveckla sin bedömning av övriga anbudsansökningar ytterligare. Genom förfarandet har Swedavia erhållit väl kvalificerade potentiella anbudsgivare. Med hänsyn till att det är flera leverantörer som tillfrågats kommer konkurrensen att upprätthållas.

Bolaget

Bolaget anför i yttrande bl.a. följande. Vad gäller frågan om bolagets ekonomiska ställning har det i praxis klargjorts att den upphandlande myndig-

heten är förpliktigad att göra en individuell bedömning av anbudssökandens ekonomiska förhållanden och vid tveksamhet bereda anbudssökande möjlighet att bemöta de upplysningar som inhämtats, jfr. RÅ 2005 ref. 47. Det var således Swedavias skyldighet att bereda bolaget möjlighet att bemöta den av Swedavia inhämtade upplysningen. Detta gäller i synnerhet som Swedavia varit fullt medvetna om att bolaget varit i god tro kring omständigheten rörande vilken riskklass bolaget tillhörde. Det torde framstått som uppenbart för Swedavia att bolagets ekonomiska förhållanden var stabila, bl.a. i beaktande av att dess moderbolag erhållit riskklass 5 samt bolagets historiska riskklassificering, och i vart fall tillräckligt stabila för att föranleda Swedavia att inhämta en förklaring på så sätt som de föreskrevit i förfrågningsunderlaget.

Det sätt som kvalificeringen genomförts på tillser inte att effektiv konkurrens uppnås i upphandlingen. Vidare är kriterierna för kvalificering inte förenliga med de grundläggande principerna om transparens och objektivitet. Det framstår som uppenbart av de kriterier som Swedavia angett för kvalificeringen att de efter eget gottfinnande beslutar och har beslutat vem som har "bäst förmåga". Hela syftet med effektiv konkurrens och en transparent och objektiv upphandlingsprocess går förlorad om rättsordningen godtar den typen av allmänt hållna kriterier för kvalificering då den upphandlande myndigheten utan att ens redovisa grunderna kan välja bort leverantörer som den upphandlande myndigheten rent subjektivt inte vill ha med i processen. Bristen på insyn i Swedavias urval synes även stå i strid med likabehandlingsprincipen. Bolaget ifrågasätter starkt om tillräckligt många leverantörer bjudits in för att tillse att effektiv konkurrens uppnås.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 24 § LUF stadgas följande. Upphandlande enheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap 1 § första stycket LUF stadgas följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LUF stadgas följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Handlingarna i målet

Av utdrag från UC den 3 mars 2011 framgår bl.a. att bolaget tillhört riskklass 2 sedan den 5 februari 2011.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida Swedavia, i de avseenden som bolaget påstått, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan tillämplig bestämmelse, och i sådant fall om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Bolaget har anfört att det ska kvalificera sig till fasen där anbud i upphandlingen lämnas då det uppfyller alla i upphandlingen ställda skall-krav enligt skäl som anges ovan. Bolaget har vidare anfört att förfrågningsunderlaget är bristfälligt och strider mot ett flertal upphandlingsrättsliga principer.

Swedavia har anfört att bolaget inte uppfyller samtliga skall-krav och att bolaget därigenom inte lidit skada. Swedavia har vidare anfört att det inte föreligger några brister i förfrågningsunderlaget.

Vad gäller frågan huruvida bolaget uppfyller samtliga skall-krav gör förvaltningsrätten följande bedömning. Det är i målet ostridigt att bolaget vid tidpunkten för inhämtande av uppgift från UC var bedömt att tillhöra riskklass 2. I förfrågningsunderlaget anges att ett bolag som inte har omdömet 3 från UC ska lämna en förklaring från anbudssökandes revisor eller revisorsintyg som styrker företagets ekonomiska och finansiella förmåga. Av handlingarna i målet framgår att någon sådan förklaring inte lämnats av bolaget. Bolaget uppfyller således inte skall-kravet i punkt 10.0 i förfrågningsunderlaget. Bolaget har invänt mot att det inte gavs tillfälle att lämna en förklaring till sin riskklassificering efter att denna inhämtats av Swedavia. Som framgår av ovan nämnda punkt i förfrågningsunderlaget framgår att anbudssökande, i samband med inlämnandet, ska lämna en förklaring till en eventuell lägre riskklass än riskklass 3. Mot bakgrund av detta anser förvaltningsrätten att bolaget getts tillfälle att ge en förklaring till sin lägre riskklass. Vad bolaget anfört gällande att det varit i god tro angående riskklassificeringen ändrar inte denna bedömning, särskilt mot bakgrund av att bolaget tillhört den lägre riskklassen sedan den 5 februari 2011. Det åligger anbudssökanden att kontrollera att anbudet är komplett vid inlämnandet. Förvaltningsrätten finner således att Swedavias handlande att inte hämta in en ytterligare förklaring angående bolagets riskklassificering inte strider mot någon bestämmelse i LUF eller de gemenskapsrättsliga principerna. Bolagets talan kan därmed inte vinna bifall på denna grund.

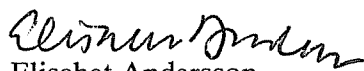
Förvaltningsrätten har då att ta ställning till om förfrågningsunderlaget varit behäftat med brister. Förvaltningsrätten gör härvid följande bedömning. I förfrågningsunderlaget punkt 6.1 p. 2 anges att de anbudssökande kommer att väljas som bedöms ha bäst förmåga att klara uppdraget mot

bakgrund av de, utan rangordning, skriftligt redovisade uppgifter som lämnats. Av denna skrivning framgår tydligt att de kriterier som anges nedanför ska bedömas utan rangordning. Vilka kriterier som ska bedömas framgår av förfrågningsunderlaget. Swedavia har därmed inte haft en fri prövningsrätt av kvalifikationskriterierna. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att kvalifikationsgrunderna i förfrågningsunderlaget inte står i strid med LUF eller de gemenskapsrättsliga principerna. Bolagets talan kan således inte vinna bifall på denna grund.

Vad bolaget anfört gällande utnyttjandet av konkurrensen föranleder inte någon åtgärd från förvaltningsrätten då bolaget inte kunnat visa att det skulle finnas några brister i detta avseende.

Mot bakgrund av ovanstående ska bolagets ansökan om överprövning avslås.

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


Elisabet Andersson
rådman

Målet har handlagts av Andreas Lund.

