



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2013-01-08
Meddelad i
Linköping

Mål nr
7227-12
Enhet 2

SÖKANDE

GoIF Tjalve, 825000-1289
Sprängstensgatan 20
603 79 Norrköping

MOTPART

Norrköpings kommun
Rådhuset
601 81 Norrköping

KONKURRENSVERKET	
2013-01-08	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 104780

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Norrköpings kommun (kommunen) upphandlar ramavtal avseende skötsel av Borgsmo IP (upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt LOU och som tilldelningsgrund tillämpas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av tilldelningsbeslut den 5 november 2012 framgår att kommunen antagit anbud lämnat av Linde Utemiljö AB (Linde).

GoIF Tjalve (Föreningen) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att Stadspartner AB ska tilldelas ramavtalet och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan yrkar i första hand att ansökan ska avvisas på grund av att Föreningen saknar talerätt och i andra hand att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Föreningen

Ansökan om överprövning grundar sig i en oro över att den vinnande anbudsgivaren inte har den rätta erfarenheten för att göra ett fullgott jobb gällande driften av en friidrottsanläggning. Föreningen vill även klaga på det bristfälliga underlaget där drift- och skötselinstruktioner egentligen inte beskriver underhåll av en friidrottsarena. Till följd av detta kan underhållet bli undermåligt även om man skulle följa kraven. I drift- och skötselinstruktionerna återfinns en mycket noggrann specifikation över hur fotbollsplanen ska skötas, trots att det sedan flera år tillbaka inte längre är en fotbollsplan. Det är inte ens en reservplan utan en kastplan och som sådan kräver den en helt annan typ av underhåll såsom lagning av nedslagshål,

jämnhetskontroll och annan klippning. Den delen av skötselinstruktionerna som gäller friidrottsutrustning saknar dels detaljer om hur arbetet ska utföras, dels hänvisning till de regler för friidrott som behöver följas vid reparationer och underhåll. En kastsektor får inte ritas hur som helst och avspärningar för säkerhet kräver noggrann precision. För att utföra en korrekt linjering för friidrott krävs distriktsdomarutbildning eller utbildning till teknisk ledare inom friidrott. Dessutom saknas specifikation eller ens exempel på vad som räknas som fast utrustning. Det finns inte heller ordentligt beskrivet vad som ingår i vaktmästeritjänsten, t.ex. är det oklart vad som gäller när idrottsplatsen används för skolidrott. I dagsläget bokas idrottsplatsen direkt hos entreprenören. Borgsmo IP är i första hand en friidrottsanläggning med krav på service i form av vaktmästare som kan verksamheten och har goda kontakter med andra brukare såsom skolor, andra föreningar, grupper av aktiva med särskilda önskemål, arrangörer som vill ha anläggningen iordningställd på ett korrekt sätt inför tävlingar etc. Gräsytor, mark och fast anläggning ska förstås också skötas på ett korrekt sätt, men de instruktioner som ges både för servicenivå och för friidrottsanläggning anser Föreningen vara otillräckliga och alltför otydliga och kan medföra att entreprenaden uppfattas som att i första hand gälla skötsel av gräsmattor, park och mark.

Vidare motsätter sig Föreningen det antagna anbudet utifrån kraven i förfrågningsunderlaget. I punkt 4.0 står det att tilltänkt anbudsgivare ska ha haft erfarenhet av liknande uppdrag under de senaste tre åren. Föreningen anser att det krävs god kännedom om friidrott för att klara av alla säkerhets- och regelkravs som ställs. Inget av de referensuppdrag som angivits av Linde är ens inom något liknande område. Linde har inte heller visat på någon speciell kompetens eller intresse för området. Föreningen känner därför oro för att det inte finns tillräckligt med kompetens för att klara skötseln av den fasta friidrottsutrustningen och den service som krävs vid tävlingar. Linde har såvitt Föreningen känner till aldrig skött en idrottsan-

läggning med vaktmästarservice, och definitivt inte vaktmästarservice för friidrott, utan betraktas i första hand som en trädgårdsfirma av Föreningen. Föreningen anser således inte att Linde uppfyller kvalificeringskraven i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivaren Stadspartner AB har tidigare varit entreprenör för Borgsmo IP och har erfarenhet av att sköta idrottsanläggningar, inklusive vaktmästarservice, sedan tidigare. Som största brukare hos beställaren, anser Föreningen att Stadspartner AB har kompetens och erfarenhet av liknande uppdrag.

I punkt 3.2 i förfrågningsunderlaget står angivet att anbudsgivare ska lämna in registreringsbevis för bolag. Det saknas information om vad man som ideell förening ska lämna in. Kommunen har vid ett flertal tillfällen uttalat att föreningarna ska driva underhåll av sina idrottsplatser, så Föreningen förutsätter att detta är ett misstag i förfrågningsunderlaget som bör justeras vid en eventuell omprövning.

I punkt 5.0 står det att anbudsgivaren ska vara ISO-certifierad eller liknande och Föreningen finner inte att Linde har presenterat någon sådan certifiering i sitt anbud. Linde har en kvalitets- och miljöpolicy, men saknar certifiering. Om det ska räcka med en kvalitets- och miljöpolicy för att uppfylla skall-kravet så vill Föreningen att texten i förfrågningsunderlaget justeras och att Föreningen får möjlighet att lämna in ett nytt anbud med Föreningens kvalitets- och miljöpolicy.

Kommunen

Föreningens avsaknad av talerätt

För att en leverantör ska ha talerätt och därmed få ansöka om överprövning av en offentlig upphandling krävs enligt 16 kap. 1 § LOU att leverantören har lidit skada eller kunna komma att lida skada. Kommunen anser inte att

Föreningen är en leverantör i lagens mening på grund av att Föreningen inte har lidit eller kan komma att lida skada. 16 kap. 1 § LOU innebär att prövningsförfarandet ”kan åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse” (se mål C-26/03, Stadt Halle mot TREA Leuna, (REG 2005, s. I-I) p.40). För att en skada ska anses ha uppkommit eller riskerar att uppkomma krävs det att leverantörens möjligheter att erhålla kontrakt minskat på grund av påstådd överträdelse mot LOU (se Falk, J-E, (2011) Lag om offentlig upphandling – en kommentar, Jure Förlag AB, upplaga 2, s. 492). Föreningen har dock genom sitt lämnade anbud i upphandlingen inte uppfyllt ställda kvalificeringskrav, nämligen registreringskyldighet för näringsverksamhet samt kravet på åtgärder för kvalitets- och miljösäkring vilket har föranlett att anbudet har förkastats. Kommunen anser därmed inte att någon överträdelse av LOU har skett eftersom detta krav är tydligt formulerat och inte kan tolkas tvetydigt. Av kravet framgår att ” *Anbudsgivaren ska ha vidtagit åtgärder för kvalitets- och miljösäkring av sina leveranser samt kunna styrka detta genom någon form av bevis. Beviset kan vara i form av ISO-certifiering eller annan typ av kvalitets- och miljösäkringssystem*”. Kravet kan således inte tolkas som att det endast kunde uppfyllas genom en ISO-certifiering. Av detta framgår snarare tydligt att kravet kunde uppfyllas även genom en annan typ av kvalitets- och miljösäkringssystem. Med anledning härav kan inte Föreningens möjligheter att erhålla kontrakt ha minskats. Föreningen har därmed inte lidit eller riskerat att lida någon skada och har inte heller på annat sätt visat att så vore fallet vilket medför att Föreningen även på den grunden saknar talerätt enligt 16 kap. 1 § LOU. Vidare anser Kommunen att Föreningen inte har processbehörighet enligt 48 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) att föra Stadspartner AB:s talan i målet, eftersom det i vart fall inte är känt för Kommunen att Föreningen har skickat in några ombudshandlingar till rätten för att kunna företräda Stadspartner AB som dess ombud i målet.

Den tilldelade entreprenörens erfarenhet och kompetens

Den av Föreningen beskrivna oron över den vinnande anbudsgivarens bristande erfarenhet är ingen rättsgrund, utan endast en känsla som Föreningen har, varför rätten inte bör ta hänsyn till den oron. Av samma skäl bör inte heller Föreningens talan, om att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller kvalificeringskraven på grund av att den i Föreningens ögon i första hand betraktas som en trädgårdsfirma, beaktas av rätten.

Föreningens invändning avseende förfrågningsunderlaget

Kommunen tillbakavisar Föreningens inställning om att förfrågningsunderlaget skulle vara bristfälligt på det viset att det är otydligt och att det således bör justeras. Kommunen anser att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att ge en förståelig och otvetydig bild av uppdraget i upphandlingen. I RÅ ref. 2002:50 konstaterar Högsta förvaltningsdomstolen att varken LOU eller EU-direktiven ger närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i de allmänt hållna beskrivningarna i LOU. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg vidare att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör 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. Med stöd av detta anser Kommunen att det aktuella förfrågningsunderlaget inte står i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. Anmärkningsvärt är även att Föreningen inte har ställt någon fråga om de påstådda oklarheterna i förfrågningsunderlaget. Det bör dessutom påpekas att den upphandlande myndigheten har ensidig rätt att utforma och tillhandahålla ett förfrågningsunderlag enligt 2 kap. 8 § LOU. Det är således end-

ast den upphandlande myndigheten som bestämmer vilka krav som ska ställas i förfrågningsunderlaget, exempelvis vilket slags underhåll det krävs för en viss anläggning eller huruvida det krävs en viss utbildning för en tjänsts genomförande. En leverantörs delaktighet i utformningen av kraven i ett förfrågningsunderlag skulle snarare riskera att strida mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Angående kravet på registreringsbevis

Kommunen tillbakavisar Föreningens påstående om att det i förfrågningsunderlaget saknas information om vad för slags bevis som krävs av en ideell förening för att uppfylla registreringskravet. Av punkt 3.2 framgår att "Företagare som bedriver näringsverksamhet i annan företagsform ska bifoga kopia på giltigt F-skattebevis (Registreringsbevis från Skatteverket)". Till "annan företagsform" hör även ideella föreningar. Föreningen har i sitt anbud visat att den har förstått kravet på detta vis, eftersom den till anbudet har bifogat ett dokument med texten: "På grund av problem med Skatteverket har vi inte fått något registreringsbevis (för ideell förening). Vi ber att få lämna detta senare." Kommunen anser att kravet på registreringsbevis är förenligt med LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext

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. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

Förfrågningsunderlaget

3.0 Kvalificeringskrav, Formella krav

Krav 3.2

Till anbudet ska bifogas kopia på företagets registreringsbevis utfärdat av behörig officiell myndighet (motsvaras i Sverige av Bolagsverket). Registreringsnummer/ärendenummer från Bolagsverket för aktiebolag under bildande ska alternativt lämnas. Aktiebolaget ska dock vara registrerat i aktiebolagsregistret vid tidpunkten för avtalstecknande. Företagare som bedriver näringsverksamhet i annan företagsform ska bifoga kopia på giltigt F-skattebevis (Registreringsbevis från Skatteverket). Stiftelser ska bifoga kopia på registreringsbevis utfärdat av Länsstyrelsen. Utländsk anbudsgivare ska skicka in motsvarande dokumentation.

4.0 Kvalificeringskrav, Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet

Upphandlingscenter kommer att göra en bedömning av huruvida anbudsgivaren har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet att fullgöra avtalet. Anbudsgivaren ska därför bevisa sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet genom att till anbudet bifoga en förteckning över de tre viktigaste uppdragen av motsvarande karaktär som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt. För anbudsgivare som avser att nyetablera ett företag för fullgörandet av avtalet gäller samma krav som enligt ovan,

men den efterfrågade kapaciteten ska då vara hänförlig till en eller flera personer i företagsledningen för företaget som kommer att etableras.

5.0 Kvalificeringskrav, Åtgärder för kvalitet- och miljösäkring

Anbudsgivaren ska ha vidtagit åtgärder för kvalitets- och miljösäkring av sina leveranser samt kunna styrka detta genom någon form av bevis. Beviset kan vara i form av ISO-certifiering eller annan typ av kvalitets- och miljösäkringssystem.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten tar emellertid först ställning till Kommunens invändning om att Föreningen inte skulle vara en leverantör i lagens mening på grund av att Föreningen inte har lidit eller kan komma att lida skada och att Föreningen således på den grunden skulle sakna talerätt. Förvaltningsrätten konstaterar att begreppet leverantör i enlighet med rättspraxis ska tolkas vidsträckt (jfr C-305/08 *Conisma* [2009] ECR I-12129). En leverantör är enligt definitionen i 2 kap. 11 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster och byggtreprenader. Något krav på att Föreningen, för att ha talerätt, måste ha lidit eller kunna komma att lida skada finns inte uppställt i LOU.

Rätten har därefter att pröva Föreningens invändning om att den vinnande anbudsgivaren brister i uppfyllandet av skall-kraven i förfrågningsunderlaget då inte någon ISO-certifiering har bifogats anbudet. Rätten finner att

skrivningen i punkt 5.0 inte innebär att en ISO-certifiering är ett skall-krav. Det är endast ett av de sätt som en anbudsgivare kan uppfylla nämnt krav på, men kravet kan även uppfyllas genom en annan typ av kvalitets- och miljösäkringssystem. Att en ISO-certifiering inte har bifogats det vinnande anbudet innebär således inte att den vinnande anbudsgivaren brister i sin uppfyllelse av skall-kravet i punkt 5.0 i förfrågningsunderlaget. Vad avser Föreningens invändning om att man vill få möjlighet att lämna in ett nytt anbud med Föreningens kvalitets- och miljöpolicy är detta inte möjligt då detta skulle innebära ett brott mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Föreningen anser vidare att det aktuella förfrågningsunderlaget är otydligt formulerat vad avser drift- och skötselinstruktioner. När det gäller denna fråga kan rätten konstatera att en upphandlande myndighet fritt får formulera förfrågningsunderlaget på det sätt som är lämpligast med hänsyn till ändamålet med upphandlingen. Ett förfrågningsunderlag måste dock vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Det är vidare den upphandlande myndigheten som är bäst lämpad att avgöra vilka krav som ska ställas på en potentiell leverantör och rätten finner inte anledning att ifrågasätta Kommunens utformning av drift- och skötselkraven i förevarande upphandling. Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen fastslagit att även om ett förfrågningsunderlag inte är optimalt utformat så får det godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Det kan inte anses att det aktuella förfrågningsunderlaget skulle vara behäftat med sådana fel att det strider mot LOU eller unionsrätten.

Föreningen har även gjort gällande att vinnande anbudsgivare inte skulle ha tillräcklig erfarenhet och kompetens för att sköta underhållet av

Borgsmo IP. Kommunen har emellertid gjort bedömningen att Linde har den kompetens och erfarenhet som krävs i aktuell upphandling och förvaltningsrätten kan konstatera att det är den upphandlande myndigheten som är bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som ställts i förfrågningsunderlaget (se Kammarrättens i Stockholm dom den 5 september 2012, mål nr 2304-12). Rätten finner inte anledning att ifrågasätta den bedömning som gjorts av Kommunen i förevarande fall.

Föreningen anser vidare att det saknas information om vad för slags bevis som krävs av en ideell förening för att uppfylla registreringskravet i punkt 3.2 i förfrågningsunderlaget. Rätten konstaterar att det av skrivningen i punkt 3.2 framgår att företagare som bedriver näringsverksamhet i annan företagsform än aktiebolag ska bifoga kopia på giltigt F-skattebevis. Således saknas det inte information avseende ideella föreningar i förfrågningsunderlaget.

Slutligen har Föreningen uttryckt att anbudsgivaren Stadspartner AB borde tilldelas kontraktet då denne har kompetens och erfarenhet av liknande uppdrag. Det är dock inte förvaltningsrättens uppgift att tilldela kontraktet i upphandlingen till en specifik anbudsgivare. Det är den upphandlande myndigheten som i enlighet med kraven som ställts i förfrågningsunderlaget utvärderar inkomna anbud för att sedan besluta om vilken anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att vad Föreningen anført i målet inte kan föranleda slutsatsen att Kommunen brutit mot bestämmelser i LOU till skada för Föreningen. Någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU kan därför inte bli aktuell. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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



Magnus Wickström

Rådman

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



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