

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2013-12-20
Meddelad i
GöteborgMål nr
12399-13 E
Avdelning 3 Enhet 31**SÖKANDE**Willis AB, 556426-5295
Fabriksgatan 7
412 50 Göteborg**MOTPART**Kungsbacka kommun, 212000-1256
434 81 Kungsbacka**ÖVERKLAGAT BESLUT**

Kungsbacka kommuns beslut den 7 november 2013, diarienummer 12/117

SAKEN

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

DOMSLUTFörvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Kungsbacka kommun (Kommunen) har genomfört en upphandling avseende försäkringsförmedlare, diarienummer 12/117. Anbud från tre leverantörer har kommit in, varav Söderberg & Partners Insurance & Investment Consulting AB har vunnit upphandlingen. Av tilldelningsbeslut den 7 november 2013 framgår att utvärdering initialt gjorts av det anbud som lämnat lägst pris samt att denna leverantör uppfyllt samtliga ställda krav i upphandlingen och fått godkänt av den referenstagning som genomförts av kommunen, varför någon utvärdering av de övriga två inkomna anbuden inte gjorts.

YRKANDEN M.M.*Willis AB*

Willis AB (Willis) begär överprövning av upphandlingen och anför i huvudsak följande. Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en förnyad utvärdering av företagen enligt punkten 3.2.2 i förfrågningsunderlaget ska göras varvid Söderberg & Partner Insurance & Investment Consulting AB:s anbud inte ska beaktas. Kommunen har utvärderat ett anbud som inte uppfyller ställda skall-krav, vilket medför att bolaget kommer att lida ekonomisk skada i form av utebliven intäkt under den aktuella avtalsperioden. Den leverantör som lämnat offert (Söderberg & Partners Insurance & Investment Consulting AB) har enligt Finasinspektionens företagsregister inga anställda sakförmedlare. Eftersom bolaget därmed inte kan/får utföra den upphandlande tjänsten har det åberopat andra företags kapacitet/underleverantörer inom koncernen i avsiktsförklaring.

I förfrågningsunderlaget anges i punkten ” 3.2.2 Ekonomisk stabilitet” bl.a. följande. Anbudsgivaren och eventuella underleverantörer ska ha en stabil

ekonomisk bas. Anbudsgivaren ska visa detta genom att bifoga ett utdrag från UC eller från likvärdig företagsupplysning som visar anbudsgivarens rating (riskklass). Ratingen ska uppgå till lägst A (3) och utdraget får inte vara äldre än 3 månader. I de fall lägre rating visas, ska anbudsgivaren ändå anses uppfylla detta krav om anbudsgivaren i sitt anbud lämnat sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. Den upphandlande myndigheten avgör om sådan förklaring anses godkänd. Kommunen kan komma att ta ytterligare upplysning på anbudsgivare och eventuella underleverantörer om så anses nödvändigt.

Av förarbetena (prop. 2006/07:128) framgår att åtagande krävs även om det företag vars kapacitet åberopas ingår i samma koncern som det anbudsgivande företaget). Begärt utdrag från UC eller likvärdig företagsupplysning avseende underleverantörer har inte bifogats anbudet. Utdrag från UC avseende S & P Assurans AB visar att bolaget inte uppnår ställt skallkrav på ekonomisk stabilitet då bolaget tilldelats rating (riskklass) 2. Till anbudet har inte heller bifogats information om underleverantörernas ekonomiska ställning, inte heller förklaring att underleverantörerna innehar motsvarande ekonomiska stabilitet. De aktuella skallkraven i punkten 3.2.2 i förfrågningsunderlaget är således inte uppfyllda. Av tilldelningsbeslutet framgår att Willis anses ha uppfyllt samtliga ställda kvalificeringskrav och att bolagets anbud därmed ska utvärderas enligt angiven metod (lägsta pris). Att efter tilldelning av kontrakt, utifrån huruvida överprövning sker eller inte, i efterhand förändra genomförd kvalificeringsprocess bör oavsett utformning av förfrågningsunderlag, strida mot flera av de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Kommunen

Kommunen bestrider ansökan och anför i huvudsak följande. Willis är inte möjlig leverantör eftersom bolaget inte uppfyller kvalificeringskraven i upphandlingen och kan därför inte vinna upphandlingen. Willis har därmed inte lidit någon skada.

Under punkten "3.2.5 Referensuppdrag (erfarenhet)" i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Ansvarig försäkringsförmedlare ska under de fem senaste åren ha genomfört minst fem motsvarande uppdrag inom offentlig myndighet. - - - Två motsvarande referensuppdrag inom offentlig myndighet ska anges nedan. - - - Om anbudsgivaren har haft ett avtal med Kommunen inom de senaste två åren ska Kungsbacka kommun anges som en av de två referenserna nedan. Kommunen kommer i detta fall att utse lämplig referensperson inom Kommunen.

Av förfrågningsunderlagets punkt "2.1.13 Anbudsprövning" framgår vidare följande. Prövning av inkomna anbud sker genom att anbudena prövas mot samtliga i denna upphandling ställda krav. Referenstagning kommer att utföras i den utsträckning som krävs för att tilldela kontrakt. För att gå vidare till nästa steg i utvärderingen ska referenstagningen resultera i godkänt resultat av samtliga ställda frågor, till båda referenterna - - - 1. Har upplevd kvalitet på levererade tjänster varit acceptabel? 2. Har kundteamets kunnande och kompetens inklusive serviceförmåga varit acceptabel? 3. Referentens syn på försäkringsförmedlarens insats som helhet under avtalsperioden? - - - Om det framgår från någon av uppdragsgivarna/referenserna att någon av ovanstående punkter ej varit acceptabla diskvalificeras anbudsgivaren och går därmed ej vidare till steg två i anbudsprövningen. Kontroll/prövning av sådana krav som rör leverantörens lämplighet under avsnitt "Kvalificeringskrav på leverantör" kan komma att genomföras enbart avseende den anbudsgivare som avses tilldelas kontrakt.

Kommunen är en av referenterna enligt punkten 3.2.5 i förfrågningsunderlaget eftersom Willis är innevarande leverantör till kommunen. Willis har under denna avtalsperiod inte varit acceptabla på samtliga de tre punkter som anges i förfrågningsunderlaget, punkten 2.1.13. Därmed diskvalificeras Willis och går inte vidare till steg två i anbudsprövningen.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 4 § 1. LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Bestämmelsen i 16 kap. 4 § LOU reglerar talerätten. Vad beträffar denna är det sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. I 16 kap. 6 § regleras förutsättningarna för domstol att ingripa mot upphandlingen med stöd av vad som anförts i ansökningen. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

Kammarrätten i Jönköping har i dom den 28 mars 2012 (mål nr 3307-11) uttalat att en leverantör som rätteligen har uteslutits från upphandlingen inte längre kan betraktas som en presumtiv leverantör. Leverantören kan

därmed inte heller anses lida skada i den mening som avses i LOU. Även Kammarrätten i Stockholm har i dom den 30 maj 2012 (mål nr 924-12) uttalat att en förutsättning för att sökandebolaget ska anses ha lidit skada är att detta bolag uppfyller skall-kraven. Domen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som i beslut den 28 augusti 2012 (mål nr 3134-12) inte meddelade prövningstillstånd.

Av utredningen framgår att Kommunen som utvärderingsgrund valt lägsta pris och att utvärdering av övriga två inkomna anbud inte gjorts då den leverantör som lämnat det lägsta priset ansetts ha uppfyllt samtliga ställda krav och fått godkänt vid kommunens referenstagning.

Kommunen har anfört att Willis inte lidit någon skada eftersom bolaget inte uppfyllt upphandlingens kvalificeringskrav genom att inte uppnå godkänt resultat i referenstagningen. Enligt förfrågningsunderlaget sker kvalificeringen av anbuden genom referenstagning. För att kvalificeras till anbudsutvärderingen ska referenstagningen resultera i godkänt resultat av samtliga tre ställda frågor, till båda referenterna. Så har inte skett eftersom Kommunen, som varit en av Willis referenser, ansett att bolaget inte uppnått godkänt resultat. Därmed skulle Willis inte kvalificerats till anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrätten anser med anledning av vad som framkommit att Willis inte har visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada av de påstådda bristerna i Kommunens upphandling. Förutsättningar för att vidare pröva ansökan saknas därför. Bolagens ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Kristina Jarnevall

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Julia Malmqvist.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.