



SÖKANDE

Stoby Måleri AB, 556128-9744
Box 133
281 22 Hässleholm

Ombud: Advokaterna Emma Broddesson och Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPARTER

1. Perstorps kommun mål nr 5992-15
284 85 Perstorp

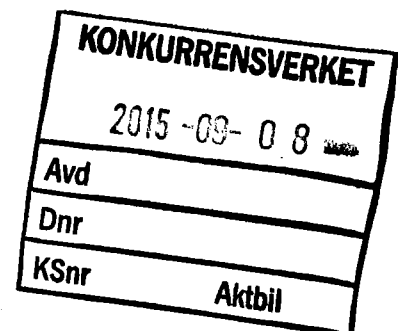
2. Perstorps Bostäder AB, 556072-8213 mål nr 5993-15
Torggatan 3
281 31 Perstorp

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Stoby Måleri AB:s ansökan om ingripande enligt LOU på så sätt att rätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom ny utvärdering vid vilken även Stoby Måleri AB:s anbud ska beaktas.



BAKGRUND

Perstorps kommun och Perstorps Bostäder AB (nedan gemensamt benämnda Perstorp) genomför en upphandling av ramavtal för Måleriarbeten 2015-2017. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU. Avtal kommer att tecknas med tre leverantörer och avrop kommer att ske utifrån rangordning. Av tilldelningsbeslut den 27 maj 2015 framgår att ramavtal tecknats med annan leverantör än Stoby Måleri AB (nedan Stoby).

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Stoby ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs, i vilken Stobys anbud beaktas. Stoby anför i huvudsak följande.

Av upphandlingsprotokollet framgår att Perstorp uteslutit Stoby p.g.a. påstående om att Stoby inte uppfyller ska-kraven gällande referenser i AFB.52 (3). I AFB.52 uppställs krav på anbudsgivarnas lämplighet, dvs. krav som Perstorp uppställer för att anbudsgivarna ska kvalificera sig för att delta i upphandlingen. Av AFB.52 (3) framgår följande.

Krav på anbudsgivaren vad gäller yrkeskompetens

Anbudsgivaren *skall* de senaste tre (3) åren ha erfarenhet av liknande uppdrag. Med liknande uppdrag avses att utföra löpande måleriarbeten i lokaler och i lägenheter med kvarboende hyresgäster. För nystartade företag gäller att samtliga nyckelpersoner skall ha motsvarande erfarenhet.

Lämnade referenser skall avse pågående eller slutförda uppdrag. Referenser äldre än tre år kommer inte att beaktas.

Till anbudet bifogas;

Referenslista över samma typ av uppdrag de senaste tre (3) åren.

Listan skall innehålla namn på företag där uppdrag utförts, kontaktperson samt telefonnummer.
Minst tre (3) referensuppdrag skall anges.

Har anbudsgivaren haft uppdrag för Perstorps kommun eller Perstorps bostäder *skall* dessa uppges som referenser.

Kvalificeringskravet är följaktligen att anbudsgivarna ska ha erfarenhet från liknande uppdrag under de tre senaste åren. Till styrkande härav krävs att anbudsgivarna anger minst tre referensuppdrag. Stoby har lämnat tre referenser avseende liknande uppdrag. Det ska inte göras någon utvärdering av referensuppdragen utöver bedömning om de är likvärdiga, dvs. avser löpande måleriarbeten i lokaler och i lägenheter med kvarboende hyresgäster. Om anbudsgivaren kan visa tidigare erfarenhet av liknande uppdrag med tre referenser så har anbudsgivaren den yrkeskompetens som krävs och är därmed kvalificerad och anbudet ska utvärderas.

Det är inte förenligt med LOU att uppställa krav på att anbudsgivarna ska ange beställaren som referens för att visa teknisk kapacitet. Om en anbudsgivare har erfarenhet från liknande uppdrag så är det oväsentligt vem som varit beställare så länge uppdragen är att betrakta som liknande. Det torde vara ostridigt att en anbudsgivare som inte haft något uppdrag för Perstorps kommun eller Perstorps Bostäder kan kvalificera sig under förutsättning att anbudsgivaren har erfarenhet av liknande uppdrag. En anbudsgivare kan aldrig vara mer eller mindre kvalificerad utan antingen är man kvalificerad eller inte. Syftet med kravet på att anbudsgivare ska ange Perstorps kommun eller Perstorps Bostäder som referens om anbudsgivaren haft uppdrag för beställarna kan endast vara att erhålla upplysning om anbudsgivaren haft uppdrag för beställaren eller inte. Kravet är följaktligen inte proportionerligt i fråga om kvalificering eftersom syftet med ett krav på yrkeskompetens är att anbudsgivaren klarar av att utföra uppdraget och inte att upplysa den upphandlande myndigheten om vem som är referens. Syftet med kravet på yrkeskompetens uppnås genom att Stoby har angett tre referenser för liknande uppdrag.

Perstorp avsåg att teckna ramavtal med upp till tre entreprenörer men enligt tilldelningsbeslutet är det endast en leverantör som tilldelats ramavtalet. Stoby har därmed lidit eller riskerar att lida skada eftersom om Stobys anbud hade utvärderats hade även Stoby tilldelats ramavtal.

Perstorp anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. De krav som ställts i förfrågningsunderlaget är inga orimliga krav. Har anbudsgivaren haft uppdrag för Perstorps Bostäder anges de som referens och har man haft uppdrag för Perstorps kommun anges de som referens. Har man haft uppdrag för båda ska båda uppges som referens. Detta är ett ska-krav som även om det inte utvärderas ska uppfyllas. Kravet medför inte plus eller minuspoäng och är därför inte diskriminerande. Kravet är oerhört enkelt för leverantören att kontrollera och besvara. Ett ska-krav som är enkelt att besvara och inte kräver särskild åtgärd från leverantören är i högsta grad proportionerligt.

Ett ska-krav som är missat från anbudsgivarens sida och inte svårt att besvara kan endast vara obesvarat p.g.a. slarv. Att anse att slarv skulle vara antingen en diskriminerande åtgärd eller ett oproportionerligt krav skulle allvarligt skada likabehandlingsprincipen. Det finns ingenting i LOU som säger att beställaren inte kan eller får anges som referens. Uppställda ska-krav är krav som ska följas. Att ta bort ett krav för någon anbudsgivare är inte att behandla anbudsgivarna likvärdigt. Perstorp ser inte att Stoby lidit eller riskerar att lida skada eftersom inlämnande av ett anbud inte automatiskt medför att anbudsgivaren blir tilldelad ett kontrakt.

Stoby har svarat bl.a. följande. Av Perstorps yttrande framgår att det mellan parterna är ostridigt att den eventuella förekomsten av tidigare uppdrag för Perstorps kommun eller Perstorps Bostäder helt saknar betydelse för bedömningen av anbudsgivarens tekniska kapacitet. Ett krav som helt sak-

nar syfte för upphandlingen och saknar koppling till upphandlingsföremålet är i strid med proportionalitetsprincipen. Det är ostridigt mellan parterna att de tre referenseruppdrag som åberopats av Stoby innebär att bolaget visat att man har efterfrågad teknisk kapacitet. Mot den bakgrunden saknas rättslig möjlighet att utesluta Stoby med hänvisning till avsaknaden av en upplysning som saknar betydelse för upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i målet att pröva om Perstorp rätteligen uteslutit Stoby ur upphandlingen.

Av Perstorps utvärderingsprotokoll den 26 maj 2015 framgår det att Stoby inte uppfyller ska-krav gällande referenser i AFB.52 (3). Någon närmare information om varför Stoby inte anses uppfylla kravet framgår inte av utvärderingsprotokollet.

Enligt AFB.52 (3) är erfarenhet av liknande uppdrag, dvs. löpande måleri-arbeten i lokaler och lägenheter med kvarboende hyresgäster, en förutsättning för att anbudsgivare ska kvalificera sig för utvärdering i upphandlingen. Som bevis på att kravet på yrkeskompetens i AFB.52 (3) är uppfyllt ska anbudsgivaren ange minst tre referenser gällande liknande uppdrag inte äldre än tre år. Har anbudsgivare haft uppdrag för Perstorps kommun eller Perstorps bostäder ska dessa uppges som referenser.

Stoby har angivit Bjuvsbostäder AB, BroGripen Syd AB och Perstorps Bostäder AB såsom referenser och till styrkande av att det aktuella kravet är uppfyllt. Såsom förvaltningsrätten förstår parternas talan i målet har Stoby uteslutits eftersom Stoby även utfört uppdrag åt Perstorps kommun men inte angivit kommunen som referens i anbudet. Eftersom detta är ett krav är det utifrån denna omständighet visat att Stoby inte uppfyller kravet om att både Perstorps kommun och Perstorps Bostäder ska uppges som referenser. Kravet kan således mot denna bakgrund inte anses vara uppfyllt enligt förvaltningsrätten.

Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Denna princip innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än som erfordras för att uppnå syftet med upphandlingen. De krav som ställs måste ha ett naturligt samband med, och stå i rimlig proportion till, det som upphandlas. Kraven som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

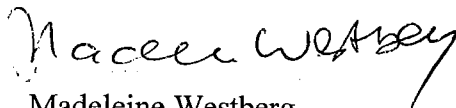
Perstorp har bl.a. gjort gällande att kravet är proportionerligt eftersom det är enkelt att besvara och inte kräver någon särskild åtgärd. Den upphandlande myndigheten har visserligen betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för sitt beslut att tilldela ett kontrakt. Dock säger det nu uppställda kravet ingenting om syftet med detta, som enligt förvaltningsrättens mening bör vara att säkerställa att den leverantör med vilken kontrakt tecknas kommer att ha den yrkeskompetens som krävs.

Stoby har till sitt anbud, och i enlighet med vad som anges i det aktuella kravet, bifogat tre referenser som enligt Stoby visar att kravet på yrkeskompetens är uppfyllt. Det har inte framkommit några uppgifter i målet som ger förvaltningsrätten anledning att ifrågasätta detta. Anbudsgivaren ska genom bifogande av referenser enbart visa att kompetenskravet är uppfyllt, kravet ska således inte utvärderas. Vid ett sådant förhållande anser förvaltningsrätten att det saknar betydelse vem referensen är. Den omständighet att Stoby även skulle ha angett Perstorps kommun som referens saknar således enligt förvaltningsrättens mening betydelse för bedömningen om Stoby har den efterfrågade kompetensen. Denna bedömning kan nämligen göras redan utifrån de referenser som Stoby bifogat anbudet.

Med beaktande av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att det inte föreligger grund för att ifrågasätta Stobys yrkeskompetens och förmåga att fullgöra kontraktet. Perstorp, som ska visa att aktuellt krav är förenligt med proportionalitetsprincipen, har inte närmare utvecklat varför det är nödvändigt att Perstorps Bostäder eller Perstorps kommun ska uppges som referenser om anbudsgivaren haft uppdrag för dessa för att syftet med upphandlingen ska kunna uppnås. Förvaltningsrätten finner således att det uppställda kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Stoby, som inte bedömts uppfylla detta krav, har uteslutits från vidare deltagande i upphandlingen. Det kan därmed enligt förvaltningsrättens mening inte uteslu-

tas att Stoby lidit skada eller kan komma att lida skada med anledning av Perstorps agerande. Upphandlingen får således inte avslutas innan rättelse har skett på så sätt att Perstorp vid ny utvärdering även ska beakta Stobys anbud.

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


Madeleine Westberg

Föredragande i målet har varit Lina Andersson.



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.

