



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Förvaltningsrättsnotarien
L Sångberg

DOM
2010-09-03
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
2986-10 E

Sida 1 (7)

SÖKANDE

Härjedalens Handelsgård, 560903-1660
Hogdalsvägen 4
840 90 Ytterhogdal

Ombud: Jur.kand. Nada Savic
Badhusgatan 4
252 21 Helsingborg

MOTPART

Härjedalens kommun

Adress:
Östersunds kommun
Upphandlingskontoret
831 82 Östersund

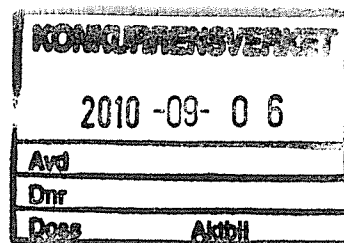
SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Förvaltningsrätten bifaller Härjedalens Handelsgårds ansökan och beslutar att Härjedalens kommuns upphandling Mottagandeservice (Turistbyråverksamhet)(referensnummer 2010-218) ska göras om.

2. Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 24 juni 2010.



Dok.Id 7647

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Härjedalens kommun (kommunen), som genomför upphandling avseende mottagandeservice (turistbyråverksamhet) i Ytterhogdal, referens-/diarienummer 2010-218, har i tilldelningsbeslut den 16 juni 2010 meddelat att avtal kommer att tecknas med Folkets Hus byggnadsförening U.P.A. Upphandlingen genomförs vidare inom ramarna för förenklat förfarande.

Härjedalens Handelsgård (HH) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. HH anför bl.a. följande. I det aktuella tilldelningsbeslutet har kommunen anfört att HH inte uppfyllt skallkraven med åberopande av att HH inte lämnat referenser från kundföretag varför kommunen inte utvärderat HH:s anbud. Det skallkrav som kommunen ställde var referenser från två kundföretag åt vilka tjänster utförts de tre senaste åren. HH har angivit, i enlighet med förfrågningsunderlaget, referenser till två kundföretag, Nordea Bank AB och SJ AB. Vidare angavs kontaktpersoners mail-adresser och växelnummer till respektive bolag. HH har således uppfyllt skallkravet gällande referenser från kundföretag och därmed har kommunen varit skyldig att utvärdera HH:s anbud. Det var först i samband med att HH erhöll tilldelningsbeslutet som HH fick veta att kommunen inte kontaktat angivna kontaktpersoner. Kommunen har inte utnyttjat möjligheten att kontakta HH och begära förtydligande beträffande referensernas kontaktuppgifter. Genom att förkasta HH:s anbud utan saklig grund har kommunen brutit mot såväl principerna om likabehandling, icke-diskriminering och transparens.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlagets *Bilaga 1: Anbudsformulär* framgår att utföraren ska ha erfarenhet av serviceverksamhet i kommersiellt syfte samt vidare att referenser ska lämnas från två kundföretag där tjänster utförts de tre senaste åren. Det är uppenbart att med kundföretag avses en kund som varit mottagare av service utförd av HH. HH har i sitt anbud angivit två referenser

från arbetsgivare. En arbetsgivare kan inte likställas med en kund och en uppgift från referenten skulle i så fall bli en andrahandsuppgift. I förfrågningsunderlaget anges också bl.a. att telefonnummer ska anges till kontaktperson hos företaget. HH har i sitt anbud angivit 0771-nummer, som är telefonnummer till funktion och inte till person, vilket gör att det inte går att nå personen i fråga. Bedömningen är att HH inte har uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget. Diskvalificeringen har skett på sakliga grunder. Kommunen har inte brutit mot principerna i LOU.

HH anför bl.a. följande. I första hand gör HH gällande att skall-kravet rörande referenser är uppfyllt. HH har i enlighet med förfrågningsunderlaget angivit referenser från två företag. Mot bakgrund av att HH angivit såväl mailadress till kontaktpersonerna som telefonnummer, har det ålagt kommunen att kontakta de i anbudsformuläret angivna kontaktpersonerna. Eftersom kommunen inte kontaktat angivna referenter, har kommunen inte heller kunnat ha någon kännedom om huruvida HH levererat tjänster till de i anbudsformulären angivna bolagen och eller kontaktpersonerna. Kommunen har således förkastat anbudet på ett antagande om att det inte varit frågan om kundföretag eller kunder. Kommunens handlande, och icke-handlande, i samband med genomförandet av upphandlingen strider mot principerna om likabehandling, icke-diskriminering och transparens som återfinns i 1 kap. 9 § LOU. I andra hand gör HH gällande att skall-kravet beträffande referenser från två företag i sig inte står i proportion till det behov som ska täckas. Enbart det faktum att HH valt att nischa sig mot privatpersoner ska inte medföra att anbudet diskvalificeras och inte utvärderas. De skall-krav som kommunen ställt beträffande referenser från kundföretag är orimligt mot bakgrund av det faktum att referensernas syfte kunde tillgodoses bl.a. genom den i formuläret angivna referensen eller genom referenserna som de enskilda konsumenterna kunnat lämna in rörande HH:s serviceutförande. Mot bakgrund av att det i anbudsformuläret framgår bl.a. att leverantörer ska ange organisationsnummer till företag,

har HH inte kunnat uppge enskilda konsumenter som referenser, utan istället hänvisat till två företag och personer vilka skulle kunna uppge omdömen beträffande HH:s serviceutförande. De skall-krav som HH har ställt beträffande referenser från kundföretag medför att nystartade företag såsom HH inte kan delta i upphandlingen. Inte heller har kommunen i förfrågningsunderlaget ställt något bör eller skall-krav beträffande leveranser till företag respektive konsumenter, varför skall-kravet beträffande referenser från två kundföretag även i detta avseende är begränsande. Det ifrågasatta skall-kravet är således inte nödvändigt för att tillgodose det eftersträvade syftet. Mot bakgrund av vad som ovan anförts löper HH en risk att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU.

Kommunen anför bl.a. följande. I anbudsformuläret framgår av punkterna 2.1 till 2.19 uppdragets omfattning och således upphandlingens eftersträvade syfte och vilka behov som upphandlingen avser att täcka. Kommunen vill understryka att upphandlingen av mottagandeservice (turistverksamhet) är viktig för utvecklingen av turismen i Ytterhogdal. Uppdraget som upphandlingen avser är av sådan karaktär att upphandlad utförare får en mycket central roll i den utvecklingen. Med anledning av uppdragets karaktär och omfattning är det rimligt att ställa som krav att utföraren ska visa på erfarenhet från serviceverksamhet i kommersiellt syfte. Det är också rimligt att utföraren ska lämna referenser från kundföretag som visar att utföraren utfört tjänster. Skall-kravet är därför inte oproportionellt.

Förvaltningsrätten har den 24 juni 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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. 2 § första stycket samma lag framgår att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen. Detta gäller även formuleringar av krav vilka syftar till att säkerställa att anbudsgivare förmår tillhandahålla föremålet för upphandlingen.

Förvaltningsrätten har i första hand att pröva huruvida HH:s anbud uppfyller uppställt skall-krav beträffande erfarenhet och i andra hand huruvida detta skall-krav strider mot principen om proportionalitet.

I förfrågningsunderlagets *Bilaga 1: Anbudsformulär*, punkt 1.3 Erfarenhet, anges följande.

”Utföraren ska ha erfarenhet av serviceverksamhet i kommersiellt syfte. Ange referenser från två kundföretag där tjänster utförts de tre senaste åren.”

Enligt förvaltningsrättens mening ger denna formulering stöd för den av kommunen förordade tolkningen, nämligen att en anbudsgivare måste ange referenser från två företag till vilka HH ska ha tillhandahållit tjänster. Kravet får vidare anses vara tillräckligt tydligt formulerat, varför dess utformning inte kan anses strida mot transparensprincipen. Av de beskrivningar som HH lämnat i sitt anbud om uppdragens omfattning framgår att de av HH lämnade referenserna inte avser sådana företag. I enlighet med vad kommunen anfört i målet kan HH:s anbud därför inte anses uppfylla det aktuella skall-kravet.

Härefter måste dock avgöras i målet huruvida det uppställda skall-kravet kan anses vara proportionerligt. Förvaltningsrätten noterar här att det framgår av förfrågningsunderlaget (under avsnitten 1 och 2 samt under rubriken 2 i anbudsformuläret) att föremålet för upphandlingen är turistbyråverksamhet samt att den anbudsgivare som tilldelas upphandlingen ska fylla en funktion som turistbyrå i området runt Ytterhogdal. Enligt förvaltningsrättens mening torde en verksamhet med en sådan funktion huvudsakligen rikta sig till privatpersoner, och endast till mindre del rikta sig till företag. Bland annat med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att uppställandet av ett skall-krav innebärande att anbudsgivare måste lämna referenser från företag inte är proportionerligt för att säkerställa att föremålet för upphandlingen kan tillhandahållas. Vad kommunen anfört i denna del, även med beaktande av vad som anges om verksamhetens omfattning under avsnittet 2.8 i anbudsformuläret, föranleder ingen annan bedömning. Kommunen har därför brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Detta förhållande får anses medföra att HH kan komma att lida skada.

Då förutsättningar för åtgärd enligt LOU således föreligger måste avgöras om upphandlingen ska göras om eller få avslutas först sedan rättelse gjorts. Här får beaktas att det ovan nämnda felet kan hänföras till förfrågningsunderlagets utformning. Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att förutsättningar finns för att besluta om åtgärd i form av att upphandlingen ska göras om.

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



Geir Nordqvist



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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, anledningen förekommer till ändring i det slut var till 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.