



| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-11- 1 1 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

KLAGANDE

Lindbergs Måleri i Lomma AB, 556198-8899
Järngatan 12 D
234 35 Lomma

Ombud: Advokat Nicklas Hansson och jur.kand. Emma Broddesson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Staffanstorps AB, 556197-4485
Box 137
245 31 Staffanstorp

Ombud: Advokat Natalie Svensson och jur.kand. Emelie Svensäter
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 4
211 38 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 5 oktober 2011 i mål nr 6821-11,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 11 oktober 2011 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

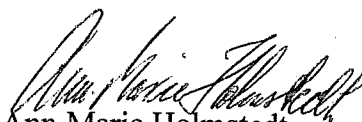
Lindbergs Måleri i Lomma AB yrkar att Staffanstorps hus AB:s upphandling av ramavtal för målningsarbeten ska rättas på så sätt att en ny utvärdering görs med beaktande av bolagets anbud. Bolaget åberopar de grunder och omständigheter som anförts i förvaltningsrätten.


SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

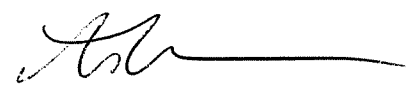
Kammarrätten gör samma bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Ann-Marie Holmstedt


Ewa Hagard Linander
referent


Eveline Nilsson


/Alexander Warnolf



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2011-10-05
Meddelad i
Malmö

Mål nr
6821-11 E

SÖKANDE

Lindbergs Måleri i Lomma AB, 556198-8899
Järngatan 12 D
234 35 Lomma

Ombud: Advokat Nicklas Hansson och jur. kand. Emma Brodesson
MAQS Law Firm Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Staffanstorps AB, 556197-4485
Box 137
245 31 Staffanstorp

Ombud: Advokat Natalie Svensson och jur. kand. Emelie Svensäter
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 4
211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Staffantorpshus AB genomför upphandling av ramavtal för målningsarbeten. Av tilldelningsbeslut den 29 juni 2011 framgår att tre leverantörer tilldelats kontrakt. Lindbergs Måleri i Lomma AB kvalificerade sig inte till utvärderingen i upphandlingen.

Lindbergs Måleri i Lomma AB (Lindbergs) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av Lindbergs anbud.

Staffantorpshus AB motsätter sig bifall till yrkandet.

PARTERNAS ARGUMENTATION

Lindbergs anför i huvudsak följande som stöd för sin talan.

Lindbergs anbud har förkastats med motiveringen att bolaget inte uppfyller kvalificeringskravet i AFB 51 eftersom det fått betyget 1 på en av frågorna som ställts till en de uppgivna referenserna. Enligt aktuellt krav ska anbudsgivare förteckna och till anbudet bifoga två referensuppdrag. Referensuppdragen ska avse måleriarbeten in och utvändigt av karaktären felavhjälpande underhåll, enklare underhållsåtgärder samt mindre projekt för om- och tillbyggnad och ska avse ramavtal/återkommande uppdrag med beställare som har kvarboende hyresgäster inom byggnaden. Referenter ska besvara frågor som ställs i påståendeform enligt en angiven värdeskala. Anbudsgivare som får betyget 1 på någon delfråga blir inte kvalificerad, oavsett betyg på övriga frågor. Detsamma gäller om det genomsnittliga betyget på svar som lämnas för angivna frågor blir lägre än 3,7.

Lindbergs har i anbudsformuläret angivit två referensuppdrag. Båda avser måleriarbeten in och utvändigt av karaktären felavhjälpande underhåll, enklare underhållsåtgärder samt mindre projekt för om- och tillbyggnad och båda avser ramavtal/återkommande uppdrag med beställare som har kvarboende hyresgäster inom byggnaden. Lindbergs uppfyller de krav på leverantörs tekniska kapacitet som lagligen kan ställas och bolagets anbud ska därför rätteligen utvärderas.

Det krav för kvalificering som uppställts av Staffanstorps hus i AFB 51 strider mot LOU och bakomliggande EU-rättsliga principer. I 11 kap. 11 § LOU finns en uttömmande uppräkningslista av på vilka sätt en anbudsgivares tekniska kapacitet får styrkas. Av punkten 1 i andra stycket framgår att den tekniska kapaciteten får styrkas genom en förteckning över slutförda byggentreprenader under de fem senaste åren åtföljd av intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna genomförts på ett tillfredställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för byggentreprenaderna och huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt. Något krav på styrkande av teknisk kapacitet i nu aktuellt avseende utöver vad som framgår av nämnt lagrum får inte ställas.

Staffanstorps hus har utöver att efterfråga en förteckning över referensuppdrag genomfört en utvärdering av kvaliteten i utförandet av dessa referensuppdrag. Någon utvärdering av kvaliteten av tidigare utförda uppdrag ska dock inte genomföras i upphandlingen. Tilldelningskriteriet är lägsta pris. Staffanstorps hus AB har sammanblandat urvalskriterier med tilldelningskriterier. Intyg rörande anbudsgivarens kapacitet och förmåga att utföra efterfrågat uppdrag får efterfrågas av anbudsgivare och kan användas i urvalsförfarandet (kvalifikationsfasen). Det saknas möjlighet för Staffanstorps hus att lägga till underkriterier till de krav som får ställas enligt lag.

Frågan om en anbudsgivare har tillräcklig teknisk kapacitet att utföra efterfrågat uppdrag kan endast besvaras jakande eller nekande. En anbudsgivare kan inte vara mer kvalificerad än en annan. Antingen har en anbudsgivare tillräcklig teknisk kapacitet eller inte. Den betygssättningsmodell som Staffantorpshus tillämpat kan inte användas bedömning av anbudsgivarnas tekniska kapacitet. Staffantorpshus har i strid med LOU utvärderat uppfyllandet av urvalskriterier som om de vore tilldelningskriterier. Förfarandet har resulterat i att Lindbergs anbud felaktigt har förkastats.

Lindbergs har lidit skada eftersom bolagets offererade pris är lägre än samtliga övriga anbud.

Staffantorpshus AB anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Det framgår av förfrågningsunderlaget, under punkten AFB 52, att det endast är de anbud som kvalificeras i enlighet med AFB 51 som kommer att utvärderas. Lindbergs anför att referenskravet som Staffantorpshus ställt upp som en del av kvalificeringen står i strid med LOU och hänvisar i denna del till 11 kap. 11 § LOU. Referenskravet har emellertid inte uppställts med hänsyn till den bestämmelsen utan i enlighet med 11 kap. 13 § samma lag. Enligt den bestämmelsen får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Eftersom kravet inte är uppställt som ett krav på teknisk kapacitet, utan som ett krav på yrkeskunnande är det inte oförenligt med 11 kap. 11 §.

Att använda referenser som en del av kvalificeringen av anbudsgivare är tillåten så länge användningen står i överensstämmelse med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Staffantorpshus har använt sig av referenser för att kunna försäkra sig om att anbudsgivaren verkligen har den organisation och det yrkeskunnande som krävs för att syftet med upphandlingen ska bli uppfyllt. Avsikten med att använda referenser är att sä-

kerställa en så objektiv och rättvisande bild av anbudsgivarnas yrkeskun-
nande som möjligt genom att begära in information om tidigare utförda
arbeten.

Av förfrågningsunderlaget framgår klart och tydligt hur referensupptag-
ningen kommer att göras, vilka krav som ställs på referensuppdragen och
vilka frågor som kommer att ställas till referenserna. Frågorna har, i enlig-
het med vad som anges i förfrågningsunderlaget, ställts i påståendeform till
de av anbudsgivaren åberopade referenserna. I förfrågningsunderlaget an-
ges även att en anbudslämnare som inte uppnår snittbetyget 3,7 eller som
får betyget 1 på någon delfråga inte kvalificerar sig för utvärdering i upp-
handlingen. Det har således tydligt framgått vad som kommer att tillmätas
betydelse vid referenstagningen samt hur referenserna att påverka kvalifi-
ceringen. Referenskravet uppfyller de grundläggande kraven på transpa-
rens och öppenhet.

Det kan inte anses oproportionerligt att sätta det lägsta accepterade snittbe-
tyget till 3,7 av 5 möjliga när betyget för godkänt motsvaras av 3. Det kan
inte heller anses oproportionerligt att en anbudsgivare som får betyget
”mycket missnöjd”, dvs. betyget 1, direkt blir diskvalificerad. Referens-
kravet uppfyller även den grundläggande principen om proportionalitet.

Referenskravet är, såsom framgår av förfrågningsunderlaget, ett kvalifice-
ringskrav och utgör därmed ett urvalskriterium. Staffantorpshus modell
med betygsättning syftar inte till att bedöma om anbudsgivarna är mer eller
mindre kvalificerade, utan utgör enbart grund för en bedömning om an-
budsgivarna är tillräckligt kvalificerade. Förfrågningsunderlaget är utfor-
mat på ett sådant sätt att frågan om en anbudsgivare är kvalificerad endast
besvaras jakande eller nekande. Det enda tilldelningskriterium som använts
i upphandlingen är lägsta pris.

Därmed har Lindbergs anbud diskvalificerats helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Anbudet har inte kunnat komma ifråga för kontraktstilldelning och Lindbergs har således inte lidit någon skada.

Lindbergs har invänt att 11 kap. 13 § LOU inte är tillämplig vid upphandling av byggentreprenader utan endast vid upphandling av varukontrakt samt att det i förfrågningsunderlaget, så vitt avser referensuppdragen, anges att beskrivningen av dessa ska innehålla de uppgifter om uppdragen som anbudsgivaren vill styrka som bevis för den *tekniska kapaciteten*.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan 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 har gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 11 kap. 10 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denne kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§.

I 11 kap. 13 § LOU anges följande. Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggentreprenad, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att ett ingripande enligt LOU kräver såväl att den sökande leverantören har lidit skada som att detta beror på att den upphandlande myndigheten brutit mot bestämmelserna i LOU. Innan rätten tar ställning till om upphandlande myndighet har gjort fel, ska därför en prövning göras av om sökanden kan påvisa någon form av skada.

Den enda grunden för tilldelning av kontrakt har varit lägsta pris och Staffanstorps hus har i rangordning antagit de tre anbudsgivare som lämnat lägst pris. Genom att Lindbergs inte har kvalificerat sig till prövningen av vilket anbud som innehåller det lägsta priset har bolaget – oavsett om beslutet att inte kvalificera bolaget var korrekt eller inte – lidit skada under förutsättning att dess anbudspris var ett av de tre lägsta bland prövade anbudsgivare. Av handlingarna framgår inte annat än att så varit fallet.

Frågan är då om Staffanstorps hus genom kvalificeringsförfarandet har brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna eller övriga bestämmelser i LOU.

Lindbergs ha gjort gällande att det av Staffanstorps kommun uppställda referenskravet i kvalificeringsfasen står i strid med LOU, eftersom det rör sig om ett krav avseende teknisk kapacitet och sådana krav enligt bolagets mening endast får kontrolleras med hjälp av de bevismedel som uppställs i 11 kap. 11 § LOU.

Förvaltningsrätten finner att det i och för sig är riktigt att beviskatalogen avseende teknisk kapacitet i upphandlingar av byggentreprenader är uttömmande reglerad i 11 kap. 11 §. Genom 11 kap. 13 § kommer dock också de särskilda begreppen yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet till uttryck i lagstiftningen. Detta är inte samma sak som teknisk kapacitet och katalogen i 11 kap. 11 § kan enligt förvaltningsrätten inte ges den innebörden att det hindrar upphandlande myndigheter att begära in fler och andra typer av bevis, under förutsättning att bevisen avser yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. En ytterligare förutsättning är självfallet att det föremål som upphandlas, i detta fall byggentreprenad i form av måleriarbeten, alls omfattas av bestämmelsen i 11 kap. 13 §.

Bestämmelsen har enligt rätten en mindre lyckad språklig utformning och kan enligt sin ordalydelse tolkas på i vart fall två olika sätt. Den ena tolkningen ger vid handen att bestämmelsen är tillämplig endast i fråga om *varukontrakt*, under förutsättning att detta eller dessa innefattar monteringsarbete, installationsarbete, tjänster eller byggentreprenader. Den andra tolkningen är att den är tillämplig dels på *varukontrakt* som innefattar monteringsarbete eller installationsarbete, dels på *tjänster* och på *byggentreprenader*.

Förvaltningsrätten kan konstatera att bägge tolkningarna är möjliga även vid en granskning av den bakomliggande direktivtexten (dir. 2004/18/EG, art. 48.5). Även i doktrinen ges uttryck för skilda åsikter (se *Forsberg*, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, Norstedts Juridik, 2009, s. 116 jämfört med *Falk*, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, Jure, 2009, s. 338 samt *Arrowsmith*, *The law of public and utilities procurement*, Sweet & Maxwell, 2005, s. 747). Några helt klagörande uttalanden finns inte heller i förarbetena till den svenska lagtexten (prop. 2006/07:128).

Bestämmelserna i LOU gäller för upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster. Syftet med 11 kap. 13 § kan enligt förvaltningsrätten inte rimligen vara annat än att möjliggöra för upphandlande myndigheter att redan i kvalificeringsfasen ta hänsyn till om efterfrågade tjänsteåtaganden av olika slag – inte varor som sådana – kan förväntas bli utförda med tillräcklig yrkesskicklighet. Det framstår därför som motstridigt om bestämmelsen skulle tolkas så att den endast avser tjänster som har direkt koppling till ett varukontrakt, men inte några andra tjänster. Mot den tolkningen talar rent logiskt också det faktum att det torde vara sällsynt med ”varukontrakt som innefattar... byggentreprenad”.

Noterbart i sammanhanget är också att det i det tidigare tjänstedirektivet (1992/50/EEG, art. 32) enbart talades om att en tjänsteleverantörs förmåga att utföra tjänsterna kan bedömas mot bakgrund av framför allt deras yrkesmässiga färdigheter, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

Till skillnad från vad Lindbergs gör gällande, anser förvaltningsrätten alltså att 11 kap. 13 § LOU är tillämplig vid byggentreprenader, utan koppling till ett varukontrakt. Förvaltningsrätten anser vidare att användandet av referenser måste kunna vara ett tillåtet sätt att få sådana bevis för yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet som avses i bestämmelsen.

Frågan är då om just det specifika förfarande med referenser som tillämpats av Staffanstorps hus i den aktuella upphandlingen står i överensstämmelse med principerna bakom upphandlingslagstiftningen.

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken ”Referensuppdrag för kvalificering av företaget” att anbudsgivare ska bifoga två referensbidrag och att anbudet ska innehålla en beskrivning av uppdragen till styrkande

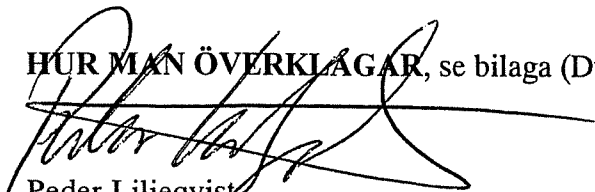
av den tekniska kapaciteten. Därutöver framgår även att referenter ska besvara och poängsätta ett antal frågor angivna frågor.

Förvaltningsrätten anser att de frågor som ska besvaras är av den arten att syftet med just dem inte kan uppfattas vara annat än att genom referenternas betygssättning utröna anbudsgivarens förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet mot bakgrund av dennes yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Det är därmed tydligt för rätten att referenternas svar på frågorna inte har syftat till att styrka den tekniska kapaciteten. Förfrågningsunderlagets utformning hindrar därför inte i sig Staffanstorps hus från att i kvalificeringsfasen använda sig av efterfrågade referenser som bevis för anbudsgivarnas yrkesskicklighet.

Referenternas poängsättning ska bevisa att anbudsgivarna har ett tillräckligt yrkeskunnande för att genomföra det aktuella kontraktet, genom att de ska uppnå viss genomsnittlig minimipoäng utan att ha fått lägsta betyg för någon delfråga. Lindbergs har inte visat att de krav på betyg från referenter som Staffanstorps hus ställt upp skulle vara oproportionerliga eller utformade på annat än objektiv och rättvisande grund.

Det har vidare helt saknat betydelse för kvalificeringen om anbudsgivaren endast fått precis den poäng som krävs eller om denne fått högre poäng än så. Poängsättningen har inte heller på något sätt påverkat den efterföljande utvärderingen; där har endast lägsta pris varit avgörande. Förvaltningsrätten anser därmed att någon sammanblandning av urvalskriterier och tilldelningskriterier inte har förekommit. Vad Lindbergs har anfört utgör således inte skäl för något ingripande enligt LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Peder Liljeqvist

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.