



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-04-12
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 13119-17

SÖKANDE

Bravida Prenad AB, 556454-1315

Ombud: Fredrik Jonsson
 Bravida Sverige AB
 Mikrofonvägen 28
 126 81 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2018-04-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Perstorps kommun
 284 85 Perstorp

2. Elsystem i Perstorp AB, 556673-9438

Ombud: advokat Nicklas Hansson och biträdande jurist Elisabeth Hallström
 MAQS Advokatbyrå Malmö KB
 Box 226
 201 22 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen Ramavtal Entreprenad inom service och underhåll vitvaror 2017 – 2019 får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering görs varvid anbudet från Elsystem i Perstorp AB inte beaktas.

BAKGRUND

Perstorps kommun genomför upphandling av ”Ramavtal Entreprenad inom service och underhåll vitvaror 2017 - 2019 med option på förlängning 12 + 12 månader”. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har Perstorps kommun beslutat att kontrakt nr 1 tilldelas Elsystem i Perstorp AB (Elsystem) och kontrakt nr 2 tilldelas Bravida Prenad AB (Bravida).

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Bravida ansöker om överprövning av den offentliga upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs där anbudet från Elsystem inte får beaktas. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande.

Kommunen har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot 4 kap. 1-2 §§ LOU samt de grundläggande EU-rättsliga principerna om proportionalitet, transparens och likabehandling. Som en följd därav har Bravida lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada i den mening som avses i 20 kap. 4 § LOU genom att inte tilldelas kontrakt.

I AFB.52 i upphandlingsdokumentet föreskrivs att anbudsgivare till anbudet ska bifoga en lista med minst tre företag för vilka anbudsgivaren utfört uppdrag inom de tre senaste åren. Minst ett av uppdragen ska omfatta arbeten inom pedagogiska eller vårdlokaler där boende, brukare eller hyresgäster bor kvar eller har pågående verksamhet under entreprenadtiden.

Elsystem har till sitt anbud bifogat en ”referenslista”. I bilagan är endast två företag upptagna, Perstorps kommun samt Perstorps Bostäder AB. Kravet på att ange tre referensuppdrag är inte uppfyllt.

Av kommunens anteckningar från kvalificeringsfasen framgår att Elsystem erhållit referenspoänget 2 på en eller flera frågor samt att en referens inte lämnat något svar. I punkt AFB.52 föreskrivs att uteblivet svar ska jämföras med referenspoänget 0. I samma punkt framgår att anbudsgivare som erhåller 0, 1 eller 2 poäng som svar från referens på någon fråga ska diskvalificeras från upphandlingen. Mot denna bakgrund står det klart att Elsystem borde ha uteslutits från upphandlingen varvid Bravida hade rangordnats som förste leverantör.

Elsystem uppfyller inte kravet på erfarenhet av vitvaror. I upphandlingsdokumentet AFB.52 har det uppställts krav på att anbudsgivarens arbetsplatsansvarige/arbetsledare ska ha minst fem års erfarenhet inom vitvaru- och servicebranschen de senaste fem åren varav minst två år som arbetsplatsansvarig/arbetsledare. Elsystems uppgivne arbetsplatsansvarige/arbetsledare saknar aktuell kompetens eller har i vart fall inte styrkt den såsom fordrats i upphandlingen. Även denna brist borde ha lett till att Elsystem uteslöts från upphandlingen.

Därtill framgår av kommunens anteckningar från kvalificeringsfasen att kommunen anser att Elsystem brister i redbarhet och därmed inte uppfyller kraven i AFB.51 varför ytterligare uteslutningsgrund föreligger. Kommunen har således utvärderat Elsystems anbud trots att det inte uppfyller uppställda krav på referenser och kompetenser. Förutsättningar för att förordna i enlighet med Bravidas yrkande föreligger därmed.

Perstorps kommun har inte yttrat sig.

Elsystem bestrider Bravidas yrkande. Elsystem anför bl.a. följande.

Elsystem och Elsystems anbud uppfyller ställda krav. Elsystem har angett tre referensuppdrag och uppfyller därmed kravet. Oavsett om kravet anses

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

uppfyllt eller inte är det oproportionerligt eftersom kommunen enbart ska kontakta två referenser. Den tredje referensen är därmed inte nödvändig för att uppfylla syftet med referenserna. Följden av att kravet inte är proportionellt är att det ska bortses ifrån. Elsystem uppfyller i vart fall kravet till den del det är proportionellt. Därtill har Elsystem haft olika uppdrag för Perstorps kommun, vilket i enlighet med förfrågningsunderlaget innebär att kommunen själv kommer att poängsätta frågorna. Några referenser är därför överhuvudtaget inte nödvändiga. I kommentaren till utvärderingen anges ”referenser från tre olika företag”. Kommentaren saknar relevans eftersom det som anges inte stämmer överens med kraven i förfrågningsunderlaget.

Elsystem vitsordar inte den av Bravida påstådda poängsättningen eftersom den inte framgår av ingivna handlingar. Tvärtom framgår av handlingarna att kommunen anser att Elsystem uppfyller kraven, jämför tilldelningsbeslutet. Vidare är förfrågningsunderlaget i aktuellt avseende utformat som utvärderingskriterier, dels såvitt avser påståendenas innehåll och dels såvitt avser poängsättningen. I fråga om påståendenas innehåll kan konstateras att flera av dessa inte avser kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1 § LOU. Poängsättningen kan därmed inte ligga till grund för uteslutning av leverantörer. Vad avser poängsättningen är den utformad som en skala, där 3 motsvarar godkänt. När det gäller kvalificering är fråga om viss leverantör uppfyller kraven eller ej, inte *hur* bra kraven uppfylls. Sistnämnda innebär att det vore i strid med LOU att utesluta anbudet från Elsystem eftersom kraven uppfylls. Denna bedömning har Perstorps kommun gjort och den är riktig.

Bravida påstår att Elsystems arbetsledare saknar aktuell kompetens alternativt att Elsystem inte har styrkt arbetsledarens kompetens. Elsystem har gett in CV anseende aktuell arbetsledare och kursintyg Bas-U. Av arbetsledarens CV framgår att han har efterfrågad erfarenhet, totalt 38 års erfarenhet, varav 12 år som arbetsledare. Elsystem uppfyller uppställda krav vilket framgår av ingivna handlingar. Det framgår även av tilldelningsbeslutet att kommunen

anser det och att kommunen bedömt att Elsystem inte ska uteslutas på den grunden.

Bravida påstår att Elsystem brister i redbarhet och därmed inte uppfyller kraven i AFB.51. Elsystem bestrider att det föreligger brister vid tidigare offentliga uppdrag som skulle medföra uteslutning samt att kommunen anser att Elsystem skulle brista i redbarhet, jämför tilldelningsbeslutet. Aktuell del av AFB.51 hänvisar till 13 kap. 3 § första stycket 3 p LOU som för uteslutning kräver att myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas. Elsystem har inte gjort sig skyldig till några allvarliga fel i yrkesutövningen. Än mindre har Bravida eller kommunen visat att sådana fel skulle ha begåtts av Elsystem. LOU:s uppräknade av uteslutningsgrunder är uttömmande. Kommunen är därför förhindrad att författa egna uteslutningsgrunder som går utöver LOU samt att tillämpa dessa genom att utesluta anbudsgivare.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § 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 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen och detta 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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i upphandlingsdokumentet.

I nu aktuellt upphandlingsdokument anges under punkten AFB.51 **Uteslutning av anbudsgivare** bl.a. följande.

Anbudsgivare kommer att uteslutas från deltagande i upphandlingen om denne eller företrädare för denne är dömd för deltagande i kriminell organisation/verksamhet, bestickning, bedrägeri eller penningtvätt mm. i enlighet med 13 kap. 1 § LOU.

Anbudsgivaren har *skyldighet* att kontrollera eventuella underleverantörer.

Brister vid tidigare uppdrag

Anbudsgivare som haft uppdrag för beställaren inom de senaste tre (3) åren, och där det bevisligen förekommit flertalet osanna fakturor, där fakturaunderlag återkommande saknats och/eller där fakturering inte skett inom rimlig tid efter färdigställt arbete (1 månad), kommer att uteslutas från deltagande i upphandlingen. Enligt 13 kap. 3.3 §.

Andra uppdrag som medfört extra arbete eller andra åtgärder från beställarens sida kan komma att utgöra grund för eventuell uteslutning.

Genom undertecknande av anbudet försäkras anbudsgivaren sanningsenligt att det inte finns några hinder eller oegentligheter som kan medföra uteslutning.

Av punkten AFB.52 i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande.

Krav på anbudsgivaren vad gäller yrkeskompetens (företaget)

[...]

Till anbudet *skall* bifogas;

[...]

Referenslista över *samma typ* av uppdrag de senaste tre (3) åren. Referenser äldre än tre år kommer inte att beaktas.

Listan *skall* innehålla namn på referensperson, telefonnummer och mailadress till tre (3) företag, varav *minst en* ska omfatta arbeten inom pedagogiska eller vårdlokaler där boenden, brukare eller hyresgäster bor kvar eller har pågående verksamhet under entreprenadtiden.

Av dessa kommer två att kontaktas för referenstagning. Referent skall besvara frågorna inom 5 arbetsdagar från utskick. Svarar inte referent blir poängen noll (0).

Referent får inte vara i jävsförhållande och inte heller person inom gemensam koncern med anbudsgivaren.
Upphandlande myndighet kommer att kontakta referenserna.

[...]

Referens kommer att svara och poängsätta på följande påståenden;

1. Entreprenören har med sitt yrkeskunnande, kvalitet och engagemang genomfört uppdraget till din fulla belåtenhet.
2. Entreprenören har bemannat uppdragen med rätt kompetens.
3. Entreprenören har sett till att genomförandet slutförs inom avtalad tid.
4. Ordningen inom entreprenörens arbetsområde har skötts väl och slutstädning var väl genomförd.
5. Fakturaunderlag och följesedlar stämmer alltid och faktura har skickats utan fördröjning (senast 30 dagar efter slutfört uppdrag).

Frågorna betygssätts enligt skalan 1-5.

- 1= Stämmer inte alls/mycket dåligt/mycket missnöjd.
- 2= Stämmer undantagsvis/dåligt/missnöjd
- 3= Stämmer oftast/godkänd
- 4= Stämmer bra/nöjd
- 5= Stämmer alltid/mycket bra/mycket nöjd

Entreprenör som erhåller en eller fler 1:or eller 2:or kommer att diskvalificeras och går inte vidare för utvärdering.
För att bli kvalificerad för vidare utvärdering krävs minst 45 poäng.

Har anbudsgivaren haft uppdrag för Perstorps kommun, kommer de fem påståendena poängsättas efter egen erfarenhet.

Krav på anbudsgivaren vad gäller arbetsplatsansvarig/arbetsledare

Anbudsgivaren *skall* ha tillgång till minst en (1) arbetsplatsansvarig/arbetsledare.

Platsansvarig/arbetsledare *skall* ha erforderlig utbildning, kompetens och praktisk erfarenhet av liknande arbete samt ha kunskap om arbetsmiljölagen och för uppdraget relevanta föreskrifter.

Arbetsplatsansvarig/arbetsledare *skall* vara namngiven och ha;

Minst fem (5) års erfarenhet inom Vitvaru- och servicebranschen de senaste fem (5) åren varav minst två (2) års erfarenhet som arbetsplatsansvarig/arbetsledare. Bevis bifogas anbudet.

Kursintyg BAS-U.

[...]

CV, alla intyg och bevis skall bifogas anbudet.

Bravida har anfört att Elsystem borde ha uteslutits från upphandlingen eftersom det framgår av Perstorps kommuns anteckningar från kvalificeringsfasen att kommunen anser att Elsystem brister i redbarhet och därmed inte uppfyller kraven i AFB.51.

I AFB.51 i upphandlingsdokumentet uppställs grunder för uteslutning av anbudsgivare. Perstorps kommun har, förutom de obligatoriska uteslutningsgrunderna som återfinns i 13 kap. 1- 2 §§ LOU, angett en fakultativ uteslutningsgrund i 13 kap. 3 § p. 3 LOU. Genom att föra in fakultativa uteslutningsgrunder i upphandlingsdokumenten menar förvaltningsrätten att det ankommer på den upphandlande myndigheten att sedan tillämpa dessa vid anbudsutvärderingen. Av handlingarna i målet framgår att kommunen vid utvärderingen av Elsystems anbud antecknat att leverantörens anbud inte uppfyller krav enligt AFB.51. Enbart den omständigheten att Perstorps kommun i utvärderingen hänvisar till AFB.51, men inte lämnar någon vidare motivering till varför Elsystem bör uteslutas ur upphandlingen, är enligt förvaltningsrätten inte tillräckligt för att anse det visat att Elsystem bör uteslutas ur upphandlingen.

Bravida har vidare gjort gällande att Elsystems anbud borde ha förkastats på grund av att kravet på att ange tre referensuppdrag i punkten AFB.52 i upphandlingsdokumentet inte är uppfyllt. Bravida gör vidare gällande att Elsystems anbud borde ha förkastats eftersom det av kommunens anteckningar från kvalificeringsfasen framgår att Elsystem erhållit referenspoäng 2 på en eller flera frågor samt att en referens inte lämnat något svar.

Av upphandlingsdokumentet framgår att om en entreprenör erhåller en eller fler 2:or vid poängsättningen kommer denne att diskvalificeras och inte gå vidare till utvärdering. Av kommunens anteckningar framgår att Elsystem har erhållit referenspoäng 2 - 5. Elsystem har inte vitsordat den av Bravida påstådda poängsättningen och anser att tilldelningsbeslutet visar att Bravida

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

inte har fog för sin ansökan. Förvaltningsrätten anser emellertid att det av kommunens anteckningar framgår att Elsystem har erhållit referenspoäng 2 på en eller flera frågor. Upphandlingsdokumentet kan inte tolkas på annat sätt än att en anbudsgivare som vid poängsättningen erhåller en eller fler 2:or ska diskvalificeras. Elsystems anbud borde därmed rätteligen ha förkastats vid utvärderingen. Med hänsyn till denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva vad Bravida i övrigt anfört avseende kravet på antal referenser.

Bravida har även anfört att Elsystems offererade arbetsplatsanvarig/ arbetsledare inte uppfyller ställda krav. Enbart påståendet att den av Elsystem uppgivne arbetsplatsledaren inte uppfyller kravet på aktuell kompetens innebär inte att Bravida har visat att påståendet är korrekt. Av det material som förvaltningsrätten har haft att utgå från vid sin bedömning finns inget som tyder på att angiven arbetsledare inte innehar aktuell kompetens varför Bravida inte har gjort påståendet sannolikt.

Det faktum att Perstorps kommun har fattat ett tilldelningsbeslut som går emot utvärderingen innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att Elsystem har uppfyllt det i upphandlingsdokumentet ställda kravet avseende poängsättning från referenter. Det har av utredningen inte framkommit annat än att Elsystems anbud av detta skäl borde ha förkastats och inte gått vidare till utvärdering. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Perstorps kommun har agerat i strid med LOU genom att anta anbudet från Elsystem. Bravida, som har placerat sig på andra plats efter Elsystem i utvärderingen, har lidit eller riskerat att lida skada genom att Elsystems anbud felaktigt utvärderats. Det finns därmed grund för ingripande enligt LOU. Då bristerna i upphandlingen inte kan anses ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt att förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att Elsystems anbud inte beaktas vid ny anbudsutvärdering.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

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



Louise af Klint

Hedvig Areskoug har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten. Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd 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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida