

KLAGANDE

Barslund Sverige AB, 556711-8004

Ombud: Advokat Robert Nylinder
Advokatfirman Wählin AB
Östergatan 21
211 25 Malmö

MOTPART

Staffanstorps kommun

Ombud: Jur.kand. Annika Andersson och advokat Johan Tollgerdt
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 23 april 2015 i mål nr 2844-15,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om avskrivning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 22 maj 2015 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Barslund Sverige AB överklagar förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten har den 22 maj 2015 beslutat att Staffanstorps kommun inte får ingå avtal innan något annat har bestärmts.

Staffanstorps kommun har här efter i yttrande till kammarrätten uppgett att kommunen den 5 maj 2015 tecknat avtal. Eftersom avtal tecknats efter avtalsspärrens utgång och innan kammarrätten meddelade interimistiskt beslut anser kommunen att det interimistiska beslutet ska upphävas och målet avskrivas från vidare handläggning.

Barslund Sverige AB medger att målet avskrivas.

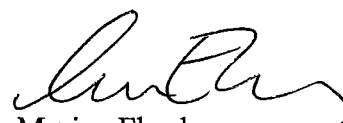
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 16 kap. 6 § andra stycket LOU får överprövning av en upphandling inte ske efter det att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Av utredningen framgår att avtal har slutits i upphandlingen efter utgången av avtalsspärren och före kammarrättens interimistiska beslut. Eftersom avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Målet ska därför skrivas av.



Niclas Falkendal



Marina Ekenberg
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2015 -04- 23
Meddelad i
Malmö

Mål nr
2844-15

Sida 1 (10)

SÖKANDE

Barslund Sverige AB, 556711-8004
Santessons väg 9
232 61 Arlov

Ombud: advokaten Robert Nylinder
Advokatfirman Wåhlin AB
Östergatan 21
211 25 Malmö

MOTPART

Staffanstorps kommun
245 80 Staffanstorp

Ombud: advokaten Johan Tollgerdt och jur. kand. Annika Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Barslund Sverige AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Staffanstorps kommun genomför upphandling benämnd "Hjärups park – Etapp 1". Upphandlingen, som avser utförandeentreprenad för nyanläggning av park, fördröjningsmagasin för dagvatten, större planteringar samt gång- och cykelvägar, genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 9 mars 2015 ska kontrakt tilldelas Peab Anläggning AB.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Barlund Sverige AB begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett genom ny utvärdering, varvid bolagets anbud tas upp till prövning. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till grund för talan anförs i huvudsak följande. Bolaget har lidit skada av att dess anbud förkastats på felaktiga grunder. Bolaget har lämnat lägst pris och skulle ha tilldelats uppdraget om dess anbud rätteligen tagits med i utvärderingen. I upphandlingen har i AFB.523 uppställts krav på att entreprenören ska redovisa tre referensuppdrag för den erbjudna platschefen. Dessa ska kontaktas och ska i samband med telefonintervju poängsätta platschefen på en skala från 1-5 på ett antal angivna frågor. För kvalificering har krävts att det genomsnittliga betyget är minst 3,4 för varje referens samt att entreprenören inte erhållit poängen 1 på någon fråga. Bolagets erbjudna platschef erhöll mycket höga poäng generellt sett, men en av referenserna satte poäng 3 på varje delfråga, varför genomsnittsbetyget endast blev 3,0. Kommunen meddelade därför bolaget att bolagets anbud inte uppfyllt de uppställda kvalificeringskraven och därför förkastats. Den bedömning och poängsättning av entreprenören som referenspersonerna har fått göra är inte tillåten vid kvalificering av entreprenörer. I det s.k. Li-anakismålet konstaterade EU-domstolen sammanfattningsvis att referenser

kan användas i samband med kvalificeringen, under förutsättning att referenstagandet enbart syftar till att kontrollera entreprenörens ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet, kort sagt förmåga att utföra projektet i fråga. Frågan är om nu aktuell referenstagning har syftat till att säkerställa leverantörens förmåga att leverera det som skall upphandlas. Det ställs i upphandlingen inga krav på en viss grad av kundnöjdhet. Kravet är att entreprenören skall kunna verifiera att platschefen har erfarenhet av ett visst antal jämförbara projekt och att platschefen ska anses ha tillräcklig kunskap och erfarenhet från dessa för att kunna genomföra det aktuella uppdraget. De aktuella frågorna mynnar ut i en utvärdering av hur nöjda tidigare kunder har varit i just de aktuella projekten. Dessa svar kan dock inte tjäna som underlag för en bedömning av sannolikheten för att det aktuella projektet kommer att kunna slutföras. Skall referenser tas i kvalificeringsfasen ska informationen från referenspersonerna endast syfta till att bedöma om en leverantör har ekonomisk och teknisk kapacitet för det aktuella projektet, inte för att bedöma hur väl uppdraget ska kunna utföras.

Redan de intyg och uppgifter om platschefens erfarenhet och kompetens som begärs är fullt tillräckliga för att utifrån de krav som ställs i förfrågningsunderlaget verifiera att platschefen har tillräcklig kompetens och erfarenhet för uppdragets genomförande. Det går således långt utöver vad som kan anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen att dessutom inhämta referenser. Det är ostridigt att det i praxis har utvecklats en acceptans för att beställare begär in referenser avseende motsvarande tidigare utförda projekt av anbudsgivarna. Det finns heller inget uttalat förbud att återopade referenser används antingen i samband med kvalificering eller i samband med utvärderingen. Om utformningen av ett krav på exempelvis referenser inte är nödvändig, lämplig eller om det är konkurrensbegränsande är det oförenligt med proportionalitetsprincipen. Det måste göras en avvägning mellan det ställda kravet och det eftersträlvade syftet i just det

specifika projektet. Det övergripande kravet i upphandlingen är tämligen lågt ställt men rimligt och ändamålsenligt.

Även om det skulle anses förenligt med proportionalitetsprincipen att utifrån kravspecifikationen i den aktuella upphandlingen kräva lämnande av referenser i och för sig, anser bolaget att den poängsättning som har gjorts och de krav på ett visst genomsnittsbetyg som har uppställts strider mot proportionalitetsprincipen. För att i ett kvalificeringsskede säkerställa att entreprenörens personal har tillräcklig kunskap och erfarenhet för att kunna slutföra entreprenaden är det fullt tillräckligt att referenspersonerna anger "ej godkänd", "godkänd" eller motsvarande. Det finns inget som säger att en platschef med genomsnittsbetyget 3,4 kommer att genomföra projektet bättre än en som fått genomsnittsbetyget 3,0. Kommunen har redan genom att anbudsgivaren fått poäng 2 eller högre fått svar på frågan om anbudsgivaren har kapacitet och kompetens att genomföra projektet. Hur väl platschefen har utfört tidigare uppdrag är helt ovidkommande i förhållande till det uttalade syftet med referenstagningen.

Kommunen har på ett otillåtet sätt försökt både ha kakan och äta den genom att dels göra en utvärdering av hur väl entreprenören kan förmodas slutföra projektet redan i kvalificeringsfasen och dels slutligen utvärdera lägsta pris i utvärderingsfasen. Det finns inget affärsmässigt eller konkurrensfrämjande skäl att sälla bort anbudsgivare som bevisligen har kapacitet och kompetens att genomföra uppdraget. Att den aktuella upphandlingen är en utförandeentreprenad är nog så betydelsefullt när man bedömer det aktuella kravet i förhållande till proportionalitetsprincipen. Vid en utförandeentreprenad svarar entreprenören endast för utförandet medan beställaren svarar för projekteringen. Hur entreprenaden fortlöper är med andra ord i allra högsta grad beroende av hur beställaren sköter sina åtaganden. Det finns därför en inbyggd intressekonflikt i frågorna som ställts. Frågorna

som har ställts har inte heller varit relevanta eftersom det rör sig om en utförandeentreprenad.

Staffanstorps kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget följer bestämmelserna i LOU och står inte i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Barslund Sverige AB har inte lidit eller riskerat att lida skada. En eventuell brist i upphandlingen är under alla förhållanden inte av sådan art och dignitet att en åtgärd enligt 16 kap. LOU är motiverad.

Referenskravet är förenligt med LOU. Kravet syftar, bland andra krav, till att säkerställa att anbudsgivaren har en sådan övergripande teknisk förmåga, kompetens och kapacitet att uppdraget kan genomföras fackmässigt och med omsorg samt även säkerställa att anbudsgivaren iakttar god yrkes sed. Det är klarlagt av EU-domstolens praxis att referenstagning får ske inom leverantörskvalificeringen. En anbudsgivare kan vara kvalificerad eller inte kvalificerad. Om anbudsgivaren får referenssvar med ett genomsnitt som överstiger eller är lika med 3,4 poäng och inte får 1 poäng på någon fråga är anbudsgivaren kvalificerad. En anbudsgivare kan inte vara mer eller mindre kvalificerad och det finns ingen utvärdering inbakad i referenskravet.

De frågor som har ställts till referenserna är väl avvägda och relevanta för den aktuella upphandlingen. Oaktat vilken entreprenadsform det är fråga om är det av stor vikt att entreprenören samarbetar med beställaren. Det finns ingenting som hindrar att ett förfrågningsunderlag innehåller flera delkrav och bevis på uppfyllandet av sådana delkrav för att visa att ett mer övergripande krav är uppfyllt. Barslund Sverige AB har inte visat att de aktuella frågorna på något sätt skulle vara oproportionerliga eller på annat sätt strida mot LOU.

Genom den aktuella värdeskalen har givits utrymme för en platschef som fått lägre poäng på någon fråga att ändå klara kravet på genomsnitt på 3,4 poäng. Den flergradiga skalen är endast till anbudsgivarnas fördel. Barslund Sverige AB har inte visat att det uppställda kravet är oförenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Kravet på en snittpoäng om minst 3,4 kan inte anses oproportionerlig. Den aktuella entreprenaden ställer höga krav på god dokumentation, att tider och budget kan hållas samt att entreprenaden även i övrigt löper smidigt. Kammarrätten i Göteborg har i mål 6749-11 funnit att en referenstagning med ett krav på genomsnittlig poäng om 3,7 på en femgradig skala inte var oproportionerligt. Förvaltningsrätten i Malmö har i mål 13091-12 prövat en i princip motsvarande referenstagning och funnit att kraven var proportionerliga. Barslund Sverige AB fick genomsnittspoäng på 3,0 av en av sin referenser och har därmed inte uppfyllt i förfrågningsunderlaget ställda krav. Kommunen har därför rätteligen förkastat bolagets anbud.

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.

Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller det som upphandlas än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till kontraktsföremålet och det behov som ska täckas.

Förfrågningsunderlaget i relevanta delar

I förfrågningsunderlaget anges under punkten AFB.523 *Krav på teknisk förmåga, kapacitet och övriga krav* bl.a. följande.

Övergripande krav

Anbudsgivaren ska ha en sådan övergripande teknisk förmåga, kompetens och kapacitet att uppdraget kan genomföras fackmässigt och med omsorg, samt även i övrigt iaktta god yrkessed.

Anbudsgivaren ska för uppdraget och i anbudet erbjuda en platschef samt en organisation som uppfyller ställda krav i förfrågningsunderlaget för att kunna fullfölja entreprenaden.

Platschef

Anbudsgivaren ska erbjuda och redovisa en platschef som ska ha erfarenhet av befattningen och ha personlig förmåga och förutsättningar att yrkes- och fackmässigt kunna genomföra sitt uppdrag.

Erfarenhet ska vara hämtad från liknande entreprenader innehållande anläggning av park och lekplats, och vara av sådan omfattning att Beställaren kan uppfatta det som tillräcklig med hänsyn till storlek och karaktär på det uppdrag som upphandlas.

Platschefen ska ha

- En utbildning som landskapsingenjör eller likvärdig.
- Minst tio års yrkeserfarenhet inom branschen
- Minst fyra år som platschef för liknande entreprenader

- Dokumenterad kunskap i Arbetsmiljölagen med tillhörande relevanta föreskrifter.

Handlingar för platschef

Anbudsgivaren ska till anbudet bifoga:

- Namngiven platschef som anbudsgivaren erbjuder för befattningen.
- CV (meritförteckning) som tydligt visar att erbjuden platschef har erforderlig utbildning och erfarenheter som krävs för uppdraget.

Referenser för offererad platschef

Platschefen ska redovisa tre referensuppdrag som slutbesiktigats för högst sju år sedan räknat från sista dag för att avlämna anbud. Två av referensuppdragen ska vara från anläggande av park. Ett av referensuppdragen ska vara från anläggandet av fördröjningsmagasin för dagvatten med tät botten. (...) Referensuppdragen ska vara av sådan omfattning att Beställaren kan uppfatta dem som tillräckliga med hänsyn till storlek och karaktär på det entreprenaduppdrag som upphandlas. Den offererade platschefen ska ha varit platschef på de redovisade referensuppdragen. Till anbudet ska bifogas en beskrivning av dessa referensuppdrag.(...) Anbudet ska innehålla kontaktuppgifter till de referenser som lämnas. (...)

Frågor till referenter för platschef:

Hur bedömer ni platschefens förmåga att hålla avtalade tider?
Hur bedömer ni platschefens bemötande gentemot er som Beställaren?
Hur bedömer ni platschefens förmåga att hålla fastställd budget?
Hur bedömer ni platschefens förmåga att hantera ÄTA-arbeten?
Hur bedömer ni platschefens förmåga att hantera dokumentation?
Hur bedömer ni platschefens förmåga att samordna arbeten med olika teknikområden?

Värdeskala omdömen:

Ej godkänd – betyg 1
Tveksamt godkänd- betyg 2
Godkänd – betyg 3
Väl godkänd- betyg 4
Mycket väl godkänd – betyg 5

För kvalificering krävs att det genomsnittliga betyget är minst 3,4 på varje referens på en femgradig skala på de omdömen som lämnas. Genomsnittligt betyg lämnas på varje referens för sig. För kvalificering krävs vidare att anbudsgivaren inte erhåller betyget 1 på någon fråga. Anbudsgivare

som erhåller betyg 1 blir således ej kvalificerad, oavsett genomsnittligt betyg på övriga frågor.

Förvaltningsrättens bedömning

Barslund Sverige AB gör gällande att Staffanstorps kommun har brutit mot LOU genom att tillämpa ett kvalificeringskrav som inte är förenligt med LOU och därmed felaktigt förkasta bolagets anbud.

Barslund Sverige AB har till grund för sin talan anfört bl.a. att den bedömning av entreprenören som referenspersonerna har fått göra inte är tillåten vid kvalificering av entreprenörer, att det strider mot proportionalitetsprincipen att inhämta referenser när det redan av de intryck och uppgifter som begärts går att verifiera att platschefen har tillräcklig kompetens och erfarenhet för uppdraget samt att frågorna som har ställts till referenspersonerna inte har varit relevanta. Bolaget har också hävdad att den poängsättning som har gjorts, och de krav på ett visst genomsnittsbetyg som har uppställts, strider mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i praxis har godtagits att referenstagning, under vissa förutsättningar, får ske i upphandlingens kvalificeringsfas (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 9 november 2011 i mål nr 6749-11). Frågan är då om det specifika referenskrav som tillämpats av Staffanstorps kommun i den aktuella upphandlingen står i överensstämmelse med LOU.

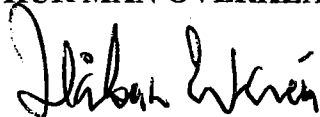
Barslund Sverige AB har ifrågasatt om den aktuella referenstagningen har syftat till att säkerställa leverantörens förmåga att leverera det som skall upphandlas. Enligt kommunen har referenskravet syftat till att säkerställa att anbudsgivaren har en sådan övergripande teknisk förmåga, kompetens och kapacitet att uppdraget kan genomföras fackmässigt och med omsorg samt även säkerställa att anbudsgivaren iakttar god yrkessed. Kommunen

har redovisat grunden för valet av frågor som ställts till referenspersonerna och syftet med värdeskalen som har tillämpats. Enligt förvaltningsrättens mening har Barslund Sverige AB inte förmått visa att den aktuella referenstagningen inte har syftat till att säkerställa leverantörens förmåga att leverera det som skall upphandlas eller av annan anledning varit oförenligt med LOU. Frågorna har inte heller visats sakna relevans för aktuell upphandling. Den omständigheten att kommunen även har begärt in andra bevis för platschefens kompetens och erfarenhet medför inte att referenskravet strider mot proportionalitetsprincipen. Detsamma gäller den omständighet att referenspersonerna har fått avge poäng istället för att bara ange "godkänd" eller "icke godkänd" på sätt som Barslund Sverige AB förordar. Vad gäller uppställda betygskrav anser förvaltningsrätten att kravet på att anbudsgivaren ska uppnå ett snittbetyg om 3,4 på en femgradig skala, och inte ha tilldelats betyget 1 motsvarande "ej godkänd", inte kan anses vara så högt, i förhållande till föremålet för upphandlingen, att det strider mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Barslund Sverige AB har anfört och åberopat inte visar att det aktuella kravet strider mot LOU. Barslund Sverige AB har erhållit genomsnittspoäng om 3,0 av en av sina referenser och har därmed inte uppfyllt kravet. Kommunen har därför rätteligen förkastat bolagets anbud.

Mot bakgrund av det ovan anförda, och då Barslund Sverige AB inte heller i övrigt anfört något som utgör grund för ingripande enligt LOU, ska ansökan härom avslås.

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



Håkan Wirén
Lena Palmér har föredragit målet.