


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 3 Enhet 32

DOM
 2015-04-15
 Meddelad i
 Göteborg

 Mål nr
 2390-15

SÖKANDE

 Svensk Markservice AB, 556420-4823
 Smidesvägen 10
 171 41 Solna

 Ombud: Liselott Fröstad, Alicia Ahlberg och Jenny Kenneberg
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPART

 Halmstads kommun
 Box 153
 301 05 Halmstad

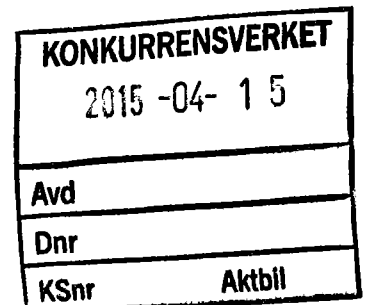
 Ombud: Richard Jonsson
 med adress som ovan

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 331349

| | | | | |
|-------------------|---------------------|--|-----------------|-----------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| Box 53197 | Sten Sturegatan 14 | 031 - 732 70 00 | 031 - 711 78 59 | måndag - fredag |
| 400 15 Göteborg | | E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se | | 08:00-16:00 |

BAKGRUND

Halmstads kommun genomför en upphandling av ramavtal avseende markarbeten inför lekplatsetablering samt montering och underhåll av lekplatsutrustning, dnr. KS 2014/1134. Upphandlingen sker genom ett öppet förfarande.

Halmstads kommun beslutade att tilldela Park och lek i väst (Park och lek) samt Peab Anläggning AB (Peab) ramavtalet. Park och lek bedömdes ha lägst pris och Peab näst lägst pris vid utvärderingen. Anbudet från Svensk Markservice AB (Svensk Markservice) togs inte upp till utvärdering med i huvudsak följande motivering. Svensk Markservice uppfyller inte skalkrav om miljöledningssystem enligt 4.3 Teknisk och yrkesmässig kapacitet. Bifogad certifiering avseende ISO 14001:2004 var endast giltig t.o.m. den 28 december 2014. Eftersom sista anbudsdag var den 2 februari 2015 är kravet på miljöledningssystem inte uppfyllt.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande:

4.3 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivare skall inneha och visa att de har dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget. Detta skall framgå av anbudet som skall innehålla en kortfattad beskrivning av det anbudsgivande företaget. I beskrivningen bör följande ingå:

- affärsidé och verksamhet
- organisation och ledning
- geografisk etablering
- översiktlig kompetensbild/struktur.

4.4 Teknisk och yrkesmässig kapacitet – referenser

Anbudsgivare skall ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning utförda under de senaste tre åren (från sista anbudsdag).

Detta skall styrkas med 2 st kundreferenser med kontaktperson, telefonnummer och e-post samt en kort beskrivning av det genomförda uppdraget.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3
2390-15

Kontaktpersonen skall ha kunskap om och kunna bekräfta att uppdraget genomförts så som det angetts i beskrivningen. Anbudsgivaren ansvarar för att kontaktpersonerna för uppdragen är vidtalade och går att nå på angiven e-post och telefonnummer samt har möjlighet att bekräfta referensuppdraget.

Referensuppdragen skall avse olika uppdragsgivare.

En anbudsgivare som inte kan ange referensuppdrag, exempelvis på grund av att verksamheten är nystartad, skall på annat sätt kunna visa att kravet är uppfyllt exempelvis genom att personer i ledande ställning har erfarenhet av motsvarande uppdrag införskaffade i tidigare anställning eller verksamhet. Uppdragen får inte vara äldre än tre år (från sista anbudsdag) från det att anbudsgivarens nystartade verksamhet etablerades.

Kommunen förbehåller sig rätten att bedöma om angivet referensuppdrag är likvärdigt eller inte.

YRKANDEN M.M.

Svensk Markservice yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att tre leverantörer ska antas och att tilldelningsgrund är lägsta pris. Under anbudstiden inkom fem anbud varav två anbud bedömdes uppfylla samtliga ställda skall-krav. Dessa lämnades av Park och lek samt av Peab. Anbuderna uppfyller dock inte samtliga krav som kommunen har ställt upp.

Park och leks svar på punkten 4.3 innehåller inte uppgifterna om vilka resurser eller vilken kompetens och erfarenhet företaget har. Det kan vidare konstateras att Park och lek i sin beskrivning inte har lämnat någon information om affärsidé, organisation och ledning, geografisk etablering

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

eller översiktlig kompetensbild/struktur, vilket enligt kravet bör ingå i beskrivningen. Park och lek har därmed inte uppfyllt kravet i 4.3.

Beträffande kravet i punkten 4.4 ska anbudsgivaren ha erfarenhet av liknande uppdrag. Det ska styrkas med två stycken kundreferenser. För det fall anbudsgivaren har en nystartad verksamhet kan kravet exempelvis uppfyllas genom att personer i ledande ställning visar motsvarande erfarenhet. Park och lek har angett att det är ett nystartat företag och har angett ett referensuppdrag där, som det förstås, en viss namngiven person har varit involverad. Kommunen har inte rätt att beakta sådan information som de har tillgång till genom annan upphandling eller ett annat avtal. Ställs det uttrycklig information om att lämna information i ett förfrågningsunderlag måste anbudsgivaren lämna sådan information. Som referensuppdrag nummer två har Park- och lek lämnat samma uppdrag som angetts som referensuppdrag nummer ett. Det strider mot kravet på att lämna två referensuppdrag. Även om det är fråga om ett nystartat företag finns det ett krav på två liknande uppdrag hos olika uppdragsgivare under de tre senaste åren. Att ställa ett lägre krav på ett nystartat företag strider mot likabehandlingsprincipen. Möjligheten att åberopa erfarenhet hos personer i ledande ställning istället för att åberopa erfarenhet hos anbudsgivande bolag får inte innebära att det övergripande kravet på teknisk yrkesmässig kompetens blir ett annat för nystartade företag. Kommunen skulle därför ha förkastat Park och leks anbud. Därmed skulle det endast ha funnits en anbudsgivare som kvalificerat sig varför upphandlingen skulle ha gjorts om. Svensk Markservice skulle därmed ha fått möjlighet att delta i en förnyad upphandling och tilldelas kontraktet. Det sätt som kommunen har genomfört anbudsprövningen på är inte förenligt med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Att kommunen har utvärderat Park och leks anbud strider mot de grundläggande principerna om öppenhet och likabehandling.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 5
2390-15

Att det ska vara fråga om två uppdrag framgår av att kravet i punkten 4.4 är skrivet i plural även för nystartade företag. Kommunen har visserligen inte någon skyldighet att avbryta upphandlingen p.g.a. bristande konkurrens men mot bakgrund av att kommunen tidigare har gjort det då utfallet var detsamma framstår det som sannolikt att så skulle ske igen.

Halmstads kommun anser att överklagandet ska avslås och anför i huvudsak följande.

Den text som har lämnats av Park och lek med anledning av punkten 4.3 i förfrågningsunderlaget innehåller en kortfattad beskrivning av den kompetens och erfarenhet som anbudsgivarens personal besitter. Personalen har tidigare arbetat med de efterfrågade tjänsterna gentemot Halmstads kommun under den tidigare avtalsleverantören. I och med att personalen besitter nödvändig kompetens och erfarenhet har anbudsgivarna även de resurser som krävs för att utföra de upphandlade tjänsterna.

I förfrågningsunderlagets punkt 4.4 ställs det inte upp ett krav på att anbudsgivaren ska uppge två referenser för personer i ledande ställning om det är fråga om ett nystartat bolag. Eftersom det alternativa sättet för nystartade företag att bevisa sin kapacitet och kompetens ej är definierat är det tillåtet att bevisa detsamma med endast en referens om det uppfyller kravet på att bevisa efterfrågad kapacitet och kompetens. Halmstads kommun gör bedömningen att Park och lek uppfyller kravet.

Även om Park och leks anbud skulle förkastas återstår Peabs anbud. Det finns inget krav eller någon regel som medför att en upphandlande myndighet måste avbryta eller göra om en upphandling på grund av att det inte inkommer så många anbud från leverantörer som den upphandlande myndigheten avser att teckna avtal med. Det finns inte heller något krav eller någon regel som medför att en upphandlande myndighet måste

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

avbryta en upphandling om det endast inkommer ett giltigt anbud under anbudstiden. En upphandlande myndighet kan avbryta en upphandling på grund av att bristande konkurrens. Den bedömningen innebär dock en möjlighet och inte en skyldighet. Bedömningen görs dessutom för varje upphandling för sig.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Tillämpliga bestämmelser*

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Halmstads kommun har genomfört upphandlingen i strid mot LOU eller det unionsrättsliga regelverket i övrigt.

Beträffande punkten 4.3 anger Park och lek följande. Firmans inriktning är att skapa utemiljöer, lekplatser och att besiktiga sådana. Den som startade firman arbetade tidigare på Svensk Markservice där han ansvarade för arbetet med det tidigare ramavtalet de hade med Halmstads kommun. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte av punkten 4.3 följa att det

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

uppställs något särskilt krav på hur leverantören ska visa att den uppfyller kraven i den aktuella punkten. Park och lek har angett en viss person såsom verksam i firman samt har angett att denne tidigare har arbetat med upphandling avseende lekplatser. Något hinder mot att ange tidigare uppdrag hos Halmstads kommun föreligger inte så länge det inte krävs att någon mer ingående information hämtas från detta uppdrag för att skallkravet ska kunna anses vara uppfyllt. Sådan information behövs inte enligt förvaltningsrättens mening. Park och lek får därmed anses ha visat att de har dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget. Genom beskrivningen av firmans inriktning får dessutom Park och lek anses ha uppfyllt kravet på att kortfattat beskriva företaget. Övriga krav är s.k. bör-krav som inte utgör grund för att utesluta en leverantör. Sammantaget har Park och lek uppfyllt kraven i punkten 4.3. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen av denna anledning.

I punkten 4.4 första stycket framgår att det finns ett skall-krav avseende två kundreferenser med kontaktpersoner. För att inte utesluta nystartade företag har Halmstads kommun valt att ställa upp ett alternativt skall-krav. Enligt detta skall-krav ska leverantören på annat sätt visa att kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet är uppfyllda. Då själva syftet med det alternativa kravet är att inkludera leverantörer som inte har utfört tillräckligt många referensuppdrag kan kravet på två referensuppdrag inte gälla för nystartade företag. Det framgår dessutom av ordalydelsen. Enligt det alternativa skall-kravet är det istället möjligt att uppfylla kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet genom att det t.ex. finns personer i ledande ställning som har erfarenhet av motsvarande uppdrag införskaffade i tidigare anställning eller verksamhet. Något krav på att erfarenheten måste avse två uppdrag framgår inte av detta alternativa skallkrav.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
2390-15

Av ett rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen framgår följande. När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. Kraven som ställs upp i förfrågningsunderlaget måste vara kopplade till det som ska upphandlas och måste ha en objektiv utformning som inte diskriminerar någon leverantör (RÅ 2010 ref. 78). Av rättsfallet framgår att den upphandlande myndigheten dels har att ställa proportionerliga krav utifrån vad som upphandlas samtidigt som likabehandlingsprincipen inte kringgås. Halmstads kommun har ansett att det utifrån vad som upphandlas är tillräckligt att uppfylla ett alternativt skall-krav med en koppling till t.ex. personer i ledande ställning. Det saknas enligt förvaltningsrättens mening skäl att ifrågasätta att detta skulle vara ett tillräckligt krav med hänsyn till vad som upphandlas. Samtliga leverantörer har haft möjlighet att åberopa detta alternativa skall-krav. Det strider därmed inte mot likabehandlingsprincipen. Då huvuddragen i bedömningen av den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten framgår av förfrågningsunderlaget har den upphandlande myndigheten inte heller handlat i strid mot principen om öppenhet.

Park och lek har angett att en person i ledande ställning har erfarenhet av motsvarande uppdrag samt har angett fyra referenspersoner inom Halmstads kommun. Med hänvisning till det alternativa skall-kravets utformning får Park och leks anbudssvar anses uppfylla kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

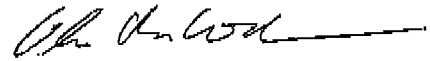
Sammantaget har det inte framkommit att Park och leks anbud står i strid med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Halmstads kommun har därmed med hänvisning till likabehandlingsprincipen varit skyldig att ta upp Park och leks anbud till utvärdering. Halmstads kommun har därför inte handlat i strid mot LOU eller det unionsrättsliga regelverket i övrigt. Ansökan ska därmed avslås.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM

Sida 9
2390-15

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



Ola Norbäck

Förvaltningsrättsfiskal



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 rättsens 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 rättsens 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.