



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet 2
 Jenny Wood

DOM
 2013-03-21
 Meddelad i
 Jönköping

Mål nr
 6521-12
 Fiskal 2:6

SÖKANDE

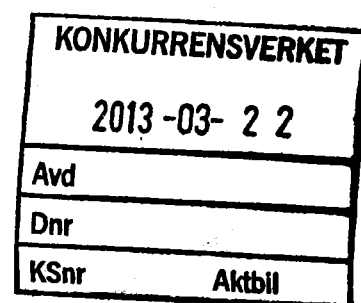
Vätter Miljö och Inrednings Aktiebolag, 556200-3052
 Box 2128
 550 02 Jönköping

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen, Jur.kand. Jenny Crafoord och
 Jur.kand. Ingrid Sandstedt
 Advokatfirman Delphi
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
 Box 1024
 551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Pernilla Larsson
 Gärde Wesslau Advokatbyrå
 Box 684
 551 19 Jönköping



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Vätter Miljö och Inrednings Aktiebolags ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Landstinget i Jönköpings län (Landstinget) genomför en upphandling av årsavtal avseende golvbeläggningsarbete 2013 – 2014, genom ett förenklat förfarande. Genom tilldelningsbeslut har företaget Edberg & Holmqvist Golv Kakel AB (Edberg & Holmqvist) tilldelats kontrakt. Anbudet från Vätter Miljö och Inrednings Aktiebolag (Vätter Miljö) kom på andra plats i anbudsutvärderingen. Vätter Miljö har ansökt om överprövning.

Dok.Id 93668

Postadress
 Box 2201
 550 02 Jönköping

Besöksadress
 Hamngatan 15

Telefon
 036-15 66 00

Telefax
 036-15 66 55

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

E-post:
 forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
 www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

YRKANDEN M.M.

Vätter Miljö

Vätter Miljö yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har gjorts genom ny utvärderingen utan beaktande av anbudet från Edberg & Holmqvist. Vätter Miljö anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlagets avsnitt AFB.31 framgår bl.a. att till anbudet ska bifogas uppgifter om omsättning de tre senaste åren för verksamhetsområdet, årsredovisning eller motsvarande för de tre senaste åren, samt uppgift om antal anställda i medeltal per år för de tre senaste åren.

Det är i målet ostridigt att Edberg & Holmqvist i sitt anbud endast har bifogat uppgifter om omsättning för 2010 respektive 2011, årsredovisningar avseende räkenskapsåren 2010 och 2011, samt uppgifter om antal anställda för 2010 respektive 2011. Eftersom Edberg & Holmqvist endast lämnat de begärda uppgifterna för de senaste två åren är det uppenbart att det aktuella ska-kravet inte är uppfyllt.

Landstinget anför att ska-kravet endast gäller för anbudsgivare som funnits under de tre senaste åren. Detta framgår dock inte av förfrågningsunderlaget, utan tvärtom är det aktuella ska-kravet generellt formulerat och ger inte utrymme för några undantag. Det är inte möjligt för Landstinget att i efterhand ändra eller efterge det uppställda ska-kravet på sätt som har gjorts (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 juni 2010 i mål nr 1132-10). Ett sådant agerande strider även mot transparens- och likabehandlingsprincipen. Landstinget måste tillämpa ska-kravet och Edberg & Holmqvists anbud skulle därför ha förkastats. Även om det aktuella ska-kravet skulle vara oproportionerligt, vilket bestrids, ger detta inte Landstinget rätt att avvika från förfrågningsunderlagets ordalydelse, utan den rätta konsekvensen är i så fall att upphandlingen ska göras om.

I förfrågningsunderlagets avsnitt AFB.31 anges vidare att anbudsgivarna ska uppge referenser eller erfarenhet avseende tidigare samarbete med offentliga beställare eller motsvarande arbete. Edberg & Holmqvist har inte visat att bolaget har den efterfrågade erfarenheten. Edberg & Holmqvist har åberopat erfarenhet som enskilda personer har tillgodogjort sig som anställda i bolaget. Det innebär att Edberg & Holmqvist, som företag, inte har uppgett någon erfarenhet av tidigare samarbete med offentliga beställare eller motsvarande erfarenhet i enlighet med kravet i AFB.31.

Den erfarenhet som enskilda anställda har av att arbeta med golvläggning är mer begränsad än den erfarenhet av frågor (om administration, arbetsledning, sekretessfrågor, ekonomihantering, att leda projekt i samarbete med en offentlig beställare m.m.) som ett företag endast kan förvärva genom att utföra uppdrag för en offentlig beställare. Enskilda personers erfarenhet av att utföra arbete som anställda i ett företag som samarbetat med offentliga beställare går inte att likställa med att anbudsgivaren själv – dvs. företaget – har den efterfrågade erfarenheten.

Av den av Edberg & Holmqvist åberopade redovisningen framgår inte annat än att personer inom Edberg & Holmqvist har utfört golvläggningsuppdrag i fastigheter som visserligen ägs av offentlig beställare, men inte att dessa personer också har erfarenhet av att samarbeta med offentliga beställare. Det är sannolikt inte någon avsevärd skillnad mellan att som anställd golvläggare utföra uppdrag i fastigheter ägda av en offentlig aktör jämfört med att utföra samma typ av uppdrag i en fastighet ägd av en privat aktör. Därför är det viktigt att anbudsgivarna kan visa att de organisatoriska förutsättningarna finns för att samarbeta med en offentlig beställare. Det skalkrav som Landstinget uppställt måste därför rimligen utgöra ett krav på att företaget som sådant ska ha referenser eller erfarenheter av tidigare samarbete med offentliga beställare.

Möjligheten att använda sig av referenser i offentlig upphandling regleras även i 11 kap. 11 § LOU. Att lagstiftaren valt att uttryckligen nämna personal i vissa punkter och inte i andra innebär att de punkter som inte tar upp personal endast avser leverantören/ansökan som sådan (det ansökande företaget). Genom att ange referenser och erfarenhet för anställda, och inte för bolaget, har Edberg & Holmqvist inte uppfyllt det aktuella ska-kravet. Edberg & Holmqvists ansökan skulle därför ha förkastats.

Vätter Miljö kom på andra plats i ansökan utvärderingen och skulle ha tilldelats kontrakt om det inte vore för Landstingets överträdelse av LOU. Vätter Miljö har således lidit skada eller riskerar att lida skada.

Landstinget

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Landstinget har visserligen ställt krav på att ansökaren ska presentera vissa uppgifter som avser de senaste tre åren. Det förutsätter naturligtvis att ansökaren har funnits de tre senaste åren. Edberg & Holmqvist registrerades först den 21 december 2009 och har därför inte kunnat lämna handlingar för mer än 2010 respektive 2011, vilket också har gjorts. Om Landstinget hade förkastat Edberg & Holmqvists ansökan på grund av att bolaget inte presenterat handlingar som bolaget omöjligen kunnat bifoga hade det inneburit ett hinder för samtliga nybildade bolag att lämna ansökan. Det är inte möjligt att tillämpa ska-kravet på det sätt som Vätter Miljö påstår eftersom det skulle medföra ett krav på att ansökarna måste ha funnits de tre senaste verksamhetsåren. En sådan tillämpning skulle vara såväl oproportionerlig som diskriminerande. För att inte bryta mot principerna om diskriminering och likabehandling har Landstinget utvärderat Edberg & Holmqvists ansökan. Det handlar således inte om att Landstinget godtyckligt har beslutat att Edberg & Holmqvist inte behöver uppfylla ett ställt ska-krav eller att Landstinget har ändrat eller övergett ett krav, utan om att Edberg & Holmqvist på samma sätt som alla nybil-

dade bolag har ett sakligt godtagbart skäl för att inte lämna de efterfrågade uppgifterna. Detta behöver inte framgå av förfrågningsunderlaget, då detta är en given följd av att anbudsgivare inte får diskrimineras och uteslutas på grund av krav på att inge bevis som är objektivt omöjliga för leverantörerna att presentera.

Det Landstinget har efterfrågat är referenser eller erfarenhet avseende tidigare samarbeten med offentliga beställare eller motsvarande. Landstinget motsätter sig att kravet skulle ha den betydelse som Vätter Miljö påstår. En juridisk person har i realiteten inte någon erfarenhet i sig utan erfarenheten finns hos de befattningshavare och anställda som verkar i den juridiska personen. Även sådana frågor som administration, arbetsledning, sekretessfrågor m.m. som Vätter Miljö nu tar upp berör enskilda personers erfarenhet. Landstinget har egen erfarenhet av flera av de personer som arbetar hos Edberg & Holmqvist, såväl anställda som ställföreträdare, eftersom dessa under flera år har utfört arbeten i Landstingets verksamheter. Edberg & Holmqvist har också åberopat dessa personers erfarenheter från arbete i Landstinget. Att dessa personer då arbetade i ett annat bolag saknar betydelse.

Kammarrätten i Göteborg uttalade i dom den 25 juni 2009 i mål nr 2607-09 att tillräcklig erfarenhet för att uppnå upphandlingens syfte kan också besittas av nya aktörer som genom sina anställda eller eventuella underleverantörer har erfarenhet av relevanta transportuppdrag och därtill hörande logistik. Även om målet rör proportionalitetsprincipen är kammarrättens uttalande tillämpligt oavsett om det handlar om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Landstinget motsätter sig även att ordalydelsen i 11 kap. 11 § LOU ska tillämpas så som Vätter Miljö påstår. Detta framgår inte minst av ovanstående dom.

Det kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget att ska-kravet endast avser företagets erfarenhet. Landstinget har inte heller på annat sätt begränsat

kravet till att endast viss erfarenhet skulle accepteras eller att denna måste ha uppnåtts på något särskilt sätt. En sådan tillämpning skulle tvärtom inte vara tillåten, eftersom det skulle vara konkurrensbegränsande på ett sätt som strider mot principerna om proportionalitet och likabehandling. Huruvida företaget som sådant har erfarenhet av offentliga beställare saknar betydelse för bedömningen av det nu ställda kravet.

Det ska även tilläggas att Landstingets krav innehåller en möjlighet att också lämna referenser som motsvarar arbete för offentliga beställare. Att kravet är utformat på detta sätt visar dessutom att Vätter Miljös tolkning av vad som ska utgöra relevant erfarenhet – och Vätter Miljös påstående om att relevant erfarenhet endast kan uppnås genom att utföra uppdrag för en offentlig beställare – är felaktigt och står i direkt strid med ordalydelsen i kravet. Vad Vätter Miljö påstår om att Edberg & Holmqvist inte har visat att bolaget har den efterfrågade erfarenheten saknar således grund och ska lämnas utan avseende.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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

I 11 kap. 2 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7-13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7-13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

Av 11 kap. 9 § LOU framgår att om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår följande. 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av aktuellt förfrågningsunderlag AFB.31 *Anbuds form och innehåll* framgår bl.a. följande. I anbudet ska det bifogas:

- Omsättning de tre senaste åren för verksamhetsområdet.
- Årsredovisning eller motsvarande för de tre senaste åren.
- Referenser eller erfarenhet avseende tidigare samarbete med offentliga beställare eller motsvarande arbete.
- Uppgift om antal anställda i medeltal de tre senaste åren.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka

omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (jfr RÅ 2009 ref 69).

Vätter Miljö gör gällande att Edberg & Holmqvists anbud inte har uppfyllt ska-kravet på bifogande av uppgifter om omsättning, årsredovisning och antal anställda de tre senaste åren samt ska-kravet på att visa erfarenhet av samarbete med offentliga beställare eller motsvarande arbete.

Enligt förvaltningsrättens mening har Vätter Miljö inte angivit några omständigheter som gör det sannolikt att förfrågningsunderlaget har sådana brister som medför att det finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

Avseende bevis för den ekonomiska kapaciteten har Edberg & Holmqvist, ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten begär, eftersom företaget registrerades först den 21 december 2009. Därtill följer det av principerna om likabehandling och icke-diskriminering att ska-kraven (avseende omsättning de tre senaste åren för verksamhetsområdet, årsredovisning eller motsvarande för de tre senaste åren samt bevis på teknisk kapacitet i form av uppgift om antal anställda i medeltal per år de tre senaste åren) får tolkas på så vis att företag som bedrivits under kortare tid än tre år inte måste inge efterfrågade uppgifter för längre tid än verksamheten har bedrivits.

Vad sedan gäller ska-kravet att referenser (eller erfarenhet avseende tidigare samarbete med offentliga beställare eller motsvarande arbete) ska bifogas anbudet kan det inte utläsas av förfrågningsunderlaget att ska-kravet endast avser leverantörens erfarenhet som juridisk person. Såvitt framkommit har Landstinget inte efterfrågat och leverantören inte utlämnat någon närmare specificerad erfarenhet. Vidare kan den upphandlande myndigheten normalt sett inte ställa alltför långtgående krav för att en leverantör ska anses uppfylla ett ska-krav avseende en allmän redogörelse

för sin organisation eller dylikt (jfr Kammarrätten i Göteborgs domar den 15 december 2009 i mål nr 5932-09 samt den 9 juni 2010 i mål nr 1325 – 1326-10). Mot denna bakgrund har Vätter Miljö inte förmått göra sannolikt att inlämnade handlingar inte motsvarar efterfrågad dokumentation.

Vätter Miljö har således, med beaktande härav samt vad som i övrigt framkommit, inte gjort sannolikt att Landstingets beslut att ta upp anbudet från Edberg & Holmqvist till prövning är felaktigt. Sammanfattningsvis har Vätter Miljö inte gjort sannolikt att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Christina Fränngård

