



SÖKANDE

Maminza AB, 556807-2275
Järnvägsgatan 10
582 22 Linköping

MOTPART

Gemensam nämnd för upphandlingssamverkan
c/o Upphandlingskontoret
Östersunds kommun
831 82 Östersund

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016 -09- 13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om vad avser del-
områdena "Affärsjuridik" och "Immaterialrätt".

BAKGRUND

Bergs, Bräcke, Härjedalens, Krokoms, Ragunda, Strömsunds, Åre och Östersunds kommuner, Jämtlands Gymnasieförbund samt Krokomsbostäder AB genomför genom **Gemensam nämnd för upphandlingssamverkan (nämnden)** upphandlingen Juridiska tjänster (dnr 598-2016). Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU och ramavtal avses tecknas med de tre leverantörer inom respektive delområde vars anbud efter utvärdering befinns vara de ekonomiskt mest fördelaktiga. Av utvärderingsprotokollet framgår att anbudet från Maminza AB (Maminza) inte befanns uppfylla kravet på erfarenhet, varför det anbudet förkastades innan utvärdering. Tilldelningsbeslut är daterat den 27 maj 2016.

YRKANDEN M.M.

Maminza ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Maminzas anbud går vidare till utvärdering. Maminza anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Maminza har lämnat anbud avseende delområdena "Affärsjuridik" och "Immaterialrätt". Nämnden har i upphandlingen ställt ett krav som inte är förenligt med LOU. Nämnden har uppgett att Maminzas anbud diskvalificerats på grund av att Maminza inte lämnat en referens från en offentlig myndighet.

I förfrågningsunderlaget under avsnitt 4.3 *Erfarenhet/kompetens – Teknisk förmåga och kapacitet* anges att anbudsgivare ska lämna två stycken referensuppdrag, och att minst en av referenserna ska vara från offentlig myndighet. I enlighet med 11 kap. LOU får den upphandlande myndigheten bedöma lämpligheten hos anbudsgivare i syfte att fastställa att anbudsgivaren har tillräcklig förmåga och kapacitet att genomföra uppdraget. Kommunens uppställda krav på referenser har formulerats så att det framgår att kravet avser att styrka anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet i enlighet med 11 kap. 10 § LOU. Krav som ställs upp i enlighet med den bestämmel-

sen får endast styrkas genom den i 11 kap. 11 § angivna förteckningen. Förteckningen är uttömmande och den upphandlande myndigheten får inte ställa krav som går utöver förteckningen. Förteckningen i 11 kap. 11 § 2 p. LOU ger inte den upphandlande myndigheten utrymme att ställa krav på att mottagare av en tjänst ska vara en viss aktör, i det här fallet en offentlig myndighet. Bestämmelsen tillåter endast att den upphandlande myndigheten får efterfråga vem som varit mottagare av tjänsten. Genom att nämnden ställt upp ett krav på att minst en referens ska vara från en offentlig myndighet har nämnden gått utöver den uttömmande förteckningen i 11 kap. 11 § LOU och kravet står således i strid med LOU.

Överträdelsen har medfört att Maminzas anbud har uteslutits från upphandlingen eftersom Maminza inte lämnat en referens från offentlig myndighet, utan lämnat två referenser från annan än offentlig myndighet vilka i sig uppfyller ställda krav. Överträdelsen har inverkat på Maminzas möjligheter att tilldelas kontraktet. Kravet att minst en referens ska vara från en offentlig myndighet strider mot de i 1 kap. 9 § LOU uppställda principerna. Maminzas anbud skulle rätteligen inte ha diskvalificerats utan anbudet skulle ha gått vidare till utvärdering.

Om Maminzas anbud hade gått vidare till utvärdering hade anbudet utgjort det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid en jämförelse av samtliga jämförelsesummor, och skulle ha gjort det även om övriga anbudsgivare erhållit maximalt mervärde och Maminza inte erhållit något mervärde. Maminza skulle således ha tilldelats kontrakt och ha rangordnats som nummer ett inom fackområdena. Maminza har lidit, eller kan komma att lida skada, till följd av att nämnden inte utvärderat Maminzas anbud.

Nämnden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det saknas skäl för ingripande enligt LOU på de av Maminza angivna grunderna. Av förfrågningsunderlaget framgår att en av de referenser som anbudsgivare

hänvisar till ska vara från en offentlig myndighet. En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma förfrågningsunderlag och bestämma föremålet för upphandlingen. Kraven måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas och får inte strida mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Syftet med 11 kap. LOU är att den upphandlande myndigheten genom kontroll av leverantörernas tekniska förmåga och yrkesmässiga kapacitet ska försäkra sig om att den eller de leverantörer som senare tilldelas kontraktet har erforderliga resurser att fullgöra det.

De krav som den upphandlande myndigheten ställer på leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet får kontrolleras endast genom de bevismedel som räknas upp i 11 kap. 11 och 12 §§ LOU. 11 § innehåller en uttömmande lista avseende vilka bevismedel en upphandlande myndighet kan begära in av leverantörer till styrkande av teknisk kapacitet. En upphandlande myndighet är fri att ställa krav på leverantörernas tekniska kapacitet så länge kraven inte står i strid med de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Kraven måste även vara kopplade till något av de uppräknade bevisen i 11 kap. 11 §. Detta innebär att det ska framgå vad leverantörer ska visa genom de begärda bevisen. För att ett krav ska anses proportionerligt och relevant för upphandlingen bör kravet dock avse samma typ av varor och tjänster. Av EU-domstolens praxis framgår även att en upphandlande myndighet kan ställa krav avseende teknisk kapacitet på att leverantörer ha erfarenhet av liknande arbete som den aktuella upphandlingen avser (mål C-31/87 Beentjes).

Maminza hävdar att det av nämnden uppställda kravet skulle strida mot LOU. Denna uppfattning är felaktig. Det uppställda kravet är mycket noga övervägt utifrån såväl myndighetens behov som andra relevanta aspekter. Kravet är i allra högsta grad proportionerligt och relevant för upphandlingen. Även i övrigt följer kravet de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Kravet är uppställt för att säkerställa att leverantörerna har erforderlig

kapacitet för att utföra kontraktet. Listan som återfinns i 11 kap. 11 § LOU står inte heller i strid med det uppställda kravet. Kravet är kopplat till de uppräknade bevisen i enlighet med lagstiftningen. Sammanfattningsvis är det visat att nämnden inte har förfarit på ett felaktigt sätt.

Maminza har härefter anfört bl.a. följande. Ett kvalifikationskrav måste i enlighet med proportionalitetsprincipen stå i rimlig proportion till, och ha ett naturligt samband med, det som upphandlas. Ett krav får således inte vara mer långtgående än vad som är motiverat med hänsyn till utförandet av aktuellt uppdrag. Det för målet aktuella kravet innebär att en anbudsgivare ska kunna visa att en tjänst har utförts åt en viss mottagare. Ett krav på viss mottagare torde svårligen ensamt kunna visa att en anbudsgivare har tillräcklig teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet och det torde inte heller vara relevant för bedömningen av den tekniska förmågan och kapaciteten. Det väsentliga som ett krav ska visa är huruvida en anbudsgivare har kunskap och erfarenhet kring uppdraget, d.v.s. att anbudsgivaren har kapacitet och förmåga att utföra uppdraget. Juridisk rådgivning till olika klienter varierar vad gäller svårighetsgrad och omfattning. Offentliga myndigheter är inte ett undantag utan även vid fall att offentlig myndighet ges juridisk rådgivning varierar svårighetsgrad, omfattning och kravställning från en myndighet till en annan. Den aktuella frågeställningen som sådan är relevant och omfattningen av ett uppdrag är relevant men vem som varit mottagare är dock inte relevant i syfte att uppvisa teknisk förmåga och kapacitet. Det av nämnden ställda kravet avseende viss mottagare står inte i rimlig proportion till det som upphandlas och kravet är inte i övrigt affärsmässigt motiverat. Kravet på viss mottagare som sådant kan på intet sätt avses styrka erforderligt tekniskt yrkeskunnande och kapacitet vid utförande av uppdrag. Vidare påpekas att det av nämnden åberopade målet från EU-domstolens praxis syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att fastställa på vilken nivå krav avseende teknisk kapacitet och förmåga får uppställas. Detta omfattar till exempel krav på viss volym, vilket till skillnad från krav på viss

mottagare kan anses stå i proportion och är väsentligt för bedömningen huruvida en anbudsgivare har kapacitet och förmåga att t.ex. leverera efterfrågad volym.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndighet ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

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 efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12. §§ (11 kap. 10 § LOU).

Den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör ska styrka sin tekniska kapacitet (11 kap. 11 § första stycket LOU). I andra stycket anges en uttömmande uppräkningslista av de sätt på vilka den tekniska kapaciteten får styrkas. Punkt 2 anger att det får ske genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare.

Utredningen i målet

I upphandlingens förfrågningsunderlag återfinns bl.a. följande krav på leverantören:

”4.3 Erfarenhet/kompetens – Teknisk förmåga och kapacitet

4.3.1 Erfarenhet

Leverantören ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag inom det/de delområden som leverantören lämnar anbud på. Lämna två stycken referensuppdrag och minst en av de jurister som ska offereras ska ha deltagit i det angivna referensuppdraget. Minst en av referenserna som anbudsgivaren lämnar ska vara från offentliga myndigheter. ...”

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad Maminza som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Av rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 följer vidare att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

I upphandlingen ställs krav på leverantörernas erfarenhet avseende teknisk förmåga och kapacitet. Kravet ställs upp under förfrågningsunderlagets punkt 4.3 och innebär att leverantören ska ha efterfrågad erfarenhet vilket ska visas genom att två referensuppdrag anges. Av dessa ska minst en vara från en offentlig myndighet. Maminza har anfört att kravet på att minst ett av referensuppdragen ska ha utförts hos en offentlig myndighet strider mot

LOU, då ett krav på att visa teknisk kapacitet genom krav på viss tidigare mottagare av den upphandlade tjänsten inte finns med i den uppräkningslista över hur teknisk kapacitet får styrkas som anges i 11 kap. 11 § LOU. Maminza har också anfört att ett sådant krav strider mot proportionalitetsprincipen, då det inte är relevant vem som varit mottagare av en sådan tjänst som upphandlas för att uppvisa teknisk förmåga och kapacitet.

Upphandlande myndigheter väljer föremålet för upphandlingen och har stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget och ange vilka krav som leverantörerna ska uppfylla. Det ifrågavarande kravet i förfrågningsunderlagets punkt 4.3 syftar till att nämnden ska försäkra sig om att anbudsgivare har sådan teknisk förmåga och kapacitet i form av erfarenhet som nämnden anser behövs för att utföra den upphandlade tjänsten. De krav som ställs i en upphandling får dock inte gå utöver vad som behövs för att säkerställa att leverantörerna har den efterfrågade erfarenheten. I förevarande upphandling avses referensuppdragen visa att anbudsgivarna tidigare har utfört uppdrag inom det eller de delområden som anbudsgivaren lämnar anbud på. Förvaltningsrätten finner att det inte kan krävas erfarenhet av att ha utfört juridiska uppdrag inom aktuella delområden för en offentlig myndighets räkning för att en leverantör ska kunna visa att denne besitter erforderlig erfarenhet, då vem som varit mottagare av den juridiska tjänsten inte har något direkt samband med det utförda uppdragets omfattning. Att nämnden ändå uppställt ett sådant krav är diskriminerande och strider mot proportionalitetsprincipen. Detta kommer också till uttryck i 11 kap. 11 § LOU, som anger på vilka sätt den upphandlande myndigheten får begära att den tekniska kapaciteten ska styrkas. Uppräkningen av vilka bevis som kan begäras är uttömmande. En upphandlande myndighet kan således inte kräva andra typer av bevis än de som uttryckligen anges i bestämmelsen. I p. 2 anges att en upphandlande myndighet får begära att anbudsgivare ska lämna en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de senaste tre åren, och därvid också ange om det varit fråga om privata eller offentliga motta-

gare av varan eller tjänsten. Det anges dock inte att den upphandlande myndigheten kan begära att anbudsgivarens tekniska kapacitet ska styrkas genom att tidigare kunder till anbudsgivaren ska ha varit offentliga eller privata, då det strider mot proportionalitetsprincipen.

Genom att kräva att anbudsgivarna ska lämna referenser på uppdrag som utförts åt en offentlig myndighet har nämnden således enligt förvaltningsrättens mening uppställt ett krav som strider mot principerna om proportionalitet, icke-diskriminering och mot 11 kap. 11 § LOU. Maminza har i vart fall riskerat att lida skada på grund av detta. Det föreligger därmed grund för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Då det är fråga om ett ska-krav som i strid med LOU utformats på ett sådant sätt att det kan ha påverkat vilka leverantörer som valt att lämna anbud i upphandlingen, är felet hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Förvaltningsrätten finner därför att felet är av sådan art att upphandlingen ska göras om vad gäller delområdena "Affärsjuridik" och "Immaterialrätt", som är de delområden Maminza ansökt om överprövning av. Ansökan ska därför bifallas i enlighet härmed.

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



Robert Dalman

tf. lagman

Målet har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 rättens 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.