



RÄTTEN

Kammarrättsrådet Barbro Stenstad, ordförande
Kammarrättsrådet Birgitta Henriksson, referent

FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE

Föredraganden Marie Andersson

KLAGANDE

1. Höganäs kommun
Stadshuset
263 82 Höganäs

2. AB Höganäshem

3. Höganäs Energi AB

4. Höganäs Fjärrvärme AB

Ombud för 2-4:

Bengt Löfgren
Höganäs kommun
Stadshuset
263 82 Höganäs

MOTPART

Stoby Måleri AB, 556128-9744
Okvägen 6
Gäddastorp
281 51 Hässleholm

Ombud: Advokaten Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 16 september 2011 i mål nr 6669-11,
6671-11, 6673-11 och 6674-11

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; fråga om
prövningstillstånd

KONKURRENSVERKET	
2011-10-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Målet föredras, varefter kammarrätten fattar följande

BESLUT

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS BESLUT

Det överklagade avgörandet får prövas av kammarrätten bara om kammarrätten har meddelat prövningstillstånd. Vad som krävs för att få prövningstillstånd framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (SFS 1971:291).

Prövningstillstånd får meddelas endast

- om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av kammarrätten (prejudikatdispens)
- om anledning förekommer till ändring av förvaltningsrättens avgörande (ändringsdispens) eller
- om det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinär dispens).

Kammarrätten har gått igenom allt material som kommit in hit och det som tidigare instanser haft tillgång till.

Kammarrätten har kommit fram till att det inte finns skäl att meddela prövningstillstånd i detta fall.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1)



Marie Andersson

Protokollet uppvisat och beslutet meddelat

2011 -10- 1 8 /BS



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Lena Palmér

DOM
2011-09-16
Meddelad i
Malmö

Sida 1 (8)

Mål nr
6669-11E
6671-11E
6673-11E
6674-11E

Bilaga A

SÖKANDE

Stoby Måleri AB, 556128-9744
Okvägen 6, Gäddastorp
281 51 Hässleholm

Ombud: Advokat Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPARTER

1. Höganäs kommun
Stadshuset
263 82 Höganäs

2. AB Höganäshem

3. Höganäs Energi AB

4. Höganäs Fjärrvärme AB

Ombud för 2-4:
Bengt Löfgren
Höganäs kommun
Stadshuset
263 82 Höganäs

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Höganäs kommuns, AB Höganäshems, Höganäs Energi AB:s och Höganäs Fjärrvärme AB:s upphandling av ramavtal för felavhjälpande underhåll och mindre ombyggnader, avseende målningsarbeten 2011-09-01 – 2012-12-31 ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Höganäs kommun, AB Höganäshem, Höganäs Energi AB och Höganäs Fjärrvärme AB (nedan Beställarna) genomför en gemensam upphandling av ramavtal för felavhjälpande underhåll och mindre ombyggnader, avseende målningsarbeten 2011-09-01 – 2012-12-31. Upphandlingen avser ramavtal, dels med avrop efter rangordnad procentuell fördelning med en eller flera entreprenörer vid arbeten upp till 5 basbelopp och där priser och villkor är fastställda, dels förnyad konkurrensutsättning vid arbeten över 5 men under 25 basbelopp. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU.

Stoby Måleri AB begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att den ska rättas på så sätt att förnyad utvärdering genomförs, vid vilken anbud från Magneklints Måleri AB och PN Måleri AB inte ska beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. I tilldelningsbeslut den 29 juni 2011 har kommunen meddelat att anbudsgivarna PN Måleri AB, Magneklints Måleri AB och Sandå Sverige AB har tilldelats uppdrag i nämnd rangordning. Anbudsgivarna Magneklints Måleri AB och PN Måleri AB uppfyller dock inte ställda kvalificeringskrav. Anbuderna från dessa leverantörer skulle rätteligen ha förkastats. Av förfrågningsunderlaget framgår avseende kvalificering bl.a. att anbudsgivaren ska ange minst tre och högst fem referenser som ska bekräfta anbudsgivarens kapacitet, kompetens och erfarenhet. Således har Beställarna valt att använda uppgifter om referensuppdrag i syfte att utreda om anbudsgivarna har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra uppdraget. Beställarna har i detta avseende ställt krav på att anbudsgivaren utfört minst tre liknande uppdrag i storlek/omfattning till andra kommuner och fastighetsbolag under de senaste tre åren. Med *liknande uppdrag i storlek/omfattning* måste förstås att hela den beräknade inköpsvolymen ska beaktas. Detta eftersom kvalificeringen av anbudsgivare avser hela uppdraget, dvs. både avrop enligt ramavtalet

och förnyad konkurrensutsättning. Referensuppdragen ska således tillsammans motsvara ca 5 MSEK per år. Detta i syfte att visa att anbudsgivare har tillräcklig kapacitet att utföra samtliga uppdrag som upphandlas. De av Magneklints Måleri AB och PN Måleri AB lämnade referensuppdragen är inte uppdrag som är liknande i storlek/omfattning med det uppdrag som upphandlingen avser. Totalt omfattar samtliga av Magneklints Måleri AB lämnade referensuppdrag arvoden om 1 250 000 kr avseende åren 2010 och 2011, medan samtliga de av PN Måleri AB lämnade referensuppdragen omfattar arvoden om 1 279 862 kr avseende åren 2010 och 2011. Totalt omfattar samtliga av Stoby Måleri AB lämnade referensuppdrag arvoden om 6 MSEK årligen. Anbuderna från PN Måleri AB och Magneklints Måleri AB skulle rätteligen ha förkastats då anbudsgivarna inte har kapacitet att utföra efterfrågade uppdrag.

Förfrågningsunderlagets enda uppgift till ledning för anbudsgivarna gällande innebörden av *liknande uppdrag i storlek/omfattning* är uppgiften om uppskattad totalvolym för samtliga uppdrag som upphandlas. Volymen om ca 5 MSEK per år måste således läggas till grund för bedömningen av om angivna referenser är tillräckliga för att anbudsgivaren ska anses ha tillräcklig kapacitet för uppdraget.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att förfrågningsunderlagets krav på liknande uppdrag i storlek/omfattning inte avser 5 MSEK per år ska upphandlingen göras om, då förfrågningsunderlaget vid denna tolkning är oklart så till vida att ordalydelsen innebär att anbudsgivaren ska ha en kapacitet att utföra uppdrag motsvarande 5 MSEK per år. Det strider mot transparensprincipen att inskränka detta krav på kapacitet till ett lägre belopp. Om det hade stått klart för Stoby Måleri AB att mindre uppdrag kunnat utgöra referensuppdrag så hade urvalet av referensuppdrag kunnat göras på annat sätt med eventuellt andra resultat i utvärderingen. Eftersom bristen är hänförlig till förfrågnings-

underlaget ska upphandlingen göras om. Stoby Måleri AB har på grund av de anförda bristerna lidit eller riskerat att lida skada.

Höganäs kommun, AB Höganäshem, Höganäs Energi AB och Höganäs Fjärrvärme AB bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det yrkas i första hand att ansökan ska förkastas i sin helhet. I andra hand yrkas att ansökan ska förkastas avseende avropsdelen. Beloppet 5 MSEK är en grov beräkning av den sammanlagda årsvolymen för kommunen och de tre bolagen av olika typer av målningsarbeten och ska vara till hjälp för anbudsgivarnas offertarbete. Beloppsuppgiften kan inte tolkas som någon beloppsgräns i kvalifikationskraven. De upphandlande myndigheterna avser att teckna avtal med tre entreprenörer på avropsdelen. Det innebär att minst tre entreprenörer kommer att dela på de sammanlagda uppdragen. Det finns därför inte heller någon logisk anledning att ha ett kvalifikationskrav på 5 MSEK. Målningsarbeten i avropsdelen upp till 5 basbelopp, dvs. ca 210 000 kr, är de mest frekventa och de flesta av dessa är under 100 000 kr. Detta är inget speciellt för Höganäs kommun utan gäller generellt för måleriarbeten i kommuner/kommunala fastighetsbolag, vilket alla måleriföretag känner väl till. Referenser/referensuppdrag specificeras separat eftersom referenserna dels ska bekräfta att man utfört liknande uppdrag och dels ska uttala sig om kvaliteten på utförda tjänster. Här finns inget angivet om att referensuppdragens storlek sammanlagt skulle uppgå till 5 MSEK. Kvalifikationskraven är i övrigt samlade och tydligt angivna på sidan 5 i förfrågningsunderlaget. Kapacitetskravet är tydligt angivet: minst fem målare totalt, varav minst två målare dagen efter beställning, vilket samtliga uppfyller. Jämförelsen fem målare x 1 800 timmar x 300 kr/tim ger 2,7 MSEK. Detta krav är fullt tillräckligt för kommunens och bolagens behov i de flesta fall. Skulle större resurser krävas för enstaka jobb är det möjligt för entreprenören att nyanställa, anställa tillfälligt eller använda sig av underentreprenör. Det är orimligt att tolka förfrågningsunderlaget så att anbudsgivare vid anbudstillfället ska ha en kapacitet motsvarande 5 MSEK.

Stoby Måleri AB känner mycket väl till förhållandena i sin bransch. Att påstå att man kunde ha gjort urvalet av referenser på annat sätt framstår därför som en efterhandskonstruktion.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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. 1 och 5 §§ 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. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Stoby Måleri AB gör i första hand gällande att det i upphandlingen utgjort ett kvalificeringskrav att anbudsgivaren ska ha en kapacitet att utföra uppdrag motsvarande 5 MSEK per år och att Beställarna brutit mot LOU genom att utvärdera och anta anbud från två leverantörer som inte uppfyller detta krav.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Samtliga krav som ställs på det som ska upphandlas ska

finnas med i förfrågningsunderlaget och det ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Uppställda krav får inte frånfallas eller ändras. Förfrågningsunderlaget ska ge leverantörerna ett tillräckligt gott underlag för att avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse och att utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

I förfrågningsunderlaget anges på sid 5 under rubriken *Kvalificeringsfasen* bl.a. följande.

Vid kvalificeringen granskas och bedöms om anbudsgivaren uppfyller de s.k. "skall-kraven" nedan, dvs.:

- Att anbudsgivaren är fri från belastning enligt LOU kap. 10 §§ 1 och 2 och inte har något brottsligt förflutet m.m.
- Att anbudsgivaren har "rent" SKV4820-intyg
- Att kreditratingintyg uppvisar en rating på minst 3
- Att minst tre och högst fem referenser angetts i anbudsbilagan 3 med alla uppgifterna ifyllda
- Att undertecknat svar på referensfrågorna från respektive referens bifogats
- Att anbudsgivarens målare har gängse yrkesmässiga kompetenser
- Att anbudsgivaren ska ha minst fem målare totalt och kunna ställa upp med minst två målare dagen efter beställning, vilket ska intygas och blir avtalsvillkor.

Anbud kommer att uteslutas från deltagande om något eller några av kvalificeringskraven i förfrågningsunderlaget inte uppfylls eller om anbudsgivaren enligt kreditupplysning inte är ekonomiskt stabil.

I förfrågningsunderlaget anges vidare på sid 4 under rubriken *Referenser som bekräftar kapacitet, kompetens och erfarenhet samt också uttalar sig om kvalitet på utförda tjänster* bl.a. följande.

Referenser från minst tre och högst fem liknande uppdrag i storlek/omfattning de tre senaste åren till andra kommuner och fastighetsbolag ska anges i anbudspriselagen. (...) Referenserna ska

1. dels bekräfta att man har önskad kapacitet, erfarenhet och kompetens (enligt kvalifikationskraven) och
2. dels uttala/bedöma kvaliteten på utförda tjänster motsvarande de vi nu upphandlar.

Anbudsgivarna ska för de externa referenserna begära in undertecknat svar på referensfrågorna enligt bilaga 4 och bifoga dessa till anbudet. Referenserna kan komma att kontaktas av kommunen för kontroll.

Hur utvärderingen av anbuderna ska ske framgår av förfrågningsunderlaget sid 5 under rubriken *Utvärderingsfasen* där följande anges.

Här utvärderas anbuderna från de anbudsgivare som kvalificerat sig till utvärdering.

Utvärdering görs vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån nedannämnda bedömningskriterier och vägningstal:

Rörligt pris (timpris) 60 %

Tjänstekvalitet m.m. på utförda uppdrag (enligt svar på referensfrågorna)
40 %

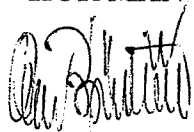
Förvaltningsrätten anser inte att vad Stoby Måleri AB anfört och åberopat visar att det i upphandlingen utgjort ett kvalificeringskrav att anbudsgivaren ska ha en kapacitet att utföra uppdrag motsvarande 5 MSEK per år. Därmed finner rätten inte heller visat att Beställarna agerat i strid med LOU genom att utvärdera och anta anbuderna från PN Måleri AB och Magneklints Måleri AB.

När det däremot gäller Stoby Måleri AB:s kritik av förfrågningsunderlagets tydlighet kan förvaltningsrätten inte annat än att instämma i att formuleringen

liknande uppdrag i storlek/omfattning, så som denna använts under rubriken Referenser som bekräftar kapacitet, kompetens och erfarenhet samt också uttalar sig om kvalitet på utförda tjänster, brister i transparens. Någon förklaring till vad Beställarna avser med den aktuella formuleringen ges över huvud taget inte. Anvisningar för vilka referensobjekt som kan lämnas och godtas måste anses vara av stor vikt, särskilt i fall som det förevarande när utvärdering kommer att ske av de uppgifter som lämnas av referenserna. Stoby Måleri AB:s tolkning att formuleringen har avsett att angivna referensuppdrag ska motsvara hela den angivna uppskattade inköpsvolymen är inte orimlig. Oklarheten i förfrågningsunderlaget innebär att anbudsgivarna inte har haft ett tillräckligt gott underlag för att välja ut vilka referenser/referensobjekt som ska åberopas och att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Kravet på öppenhet, förutsebarhet och transparens i upphandlingen kan mot bakgrund av det anförda inte anses uppfyllt.

Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten det visat att Beställarna i det aktuella upphandlingsförfarandet brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Då Stoby Måleri AB härigenom har lidit eller kan komma att lida skada föreligger grund för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till att den konstaterade bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och det konkurrensuppsökande skedet anser rätten att upphandlingen ska göras om.

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



Ola Brändström

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.