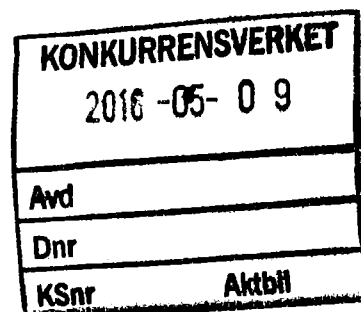




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-05-09
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2276-16



SÖKANDE

Aksab Kemi Sverige AB, 556731-6772
Tumbavägen 38
147 43 Tumba

MOTPART

Upphandlingscenter, 222000-2527
Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om att rätten ska förordna att Upphandlingscenter ska agera som referens åt Aksab Kemi Sverige AB i upphandlingen ”Maskindisk- och torkmedel samt doseringsutrustningar” med diarienummer UH-2016-14.

Förvaltningsrätten avslår Aksab Kemi Sverige AB:s ansökan om överprövning i övrigt.

Dok.Id 247746

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

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

YRKANDEN M.M.

Upphandlingscenter genomför upphandling av Ramavtal avseende Maskindisk- och torkmedel samt doseringsutrustningar med diarienummer UH-2016-14. Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrunden är lägsta pris.

Aksab Kemi Sverige AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att bolaget ska tillåtas att använda Upphandlingscenter som referens i upphandlingen där Upphandlingscenter ska intyga att kvalificeringskravet i punkten 4.0 i bilagan *Skakrav* är uppfyllt. I annat fall yrkar *Aksab Kemi Sverige AB* att upphandlingen ska göras om och kvalificeringskravet i punkten 4.0 i bilagan *Skakrav* ska skrivas om.

Upphandlingscenter anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA I HUVUDSAK HAR ANFÖRT

Aksab Kemi Sverige AB

Förfrågningsunderlaget är inte utformat för att behandla samtliga anbudsgivare lika. *Aksab Kemi Sverige AB* är i nuläget leverantör åt Upphandlingscenter och levererar maskindiskmedel samt utför service och funktionskontroller vid kommunernas förskolor, skolor och äldreboenden.

Den 21 januari 2016 hävde Upphandlingscenter nuvarande avtal med motiveringen att det fanns betydande avvikelser som gjorde att samarbetet inte kunde fortsätta. Några konkreta punkter till varför avtalet hävdes gavs inte, förutom att påpekade brister inneburit extra tid och kraft hos de kök som använt medlet etc. De brister som kommit till *Aksab Kemi Sverige*

AB:s kännedom är åtgärdade. Avvikelse som numera kommer in är endast av normalt omfång och åtgärdas enligt gällande krav.

Under perioden den 1 juni–30 september 2015 installerades 347 doseringsenheter på totalt 305 olika adresser/enheter. Underlag som påvisar detta har skickats till Upphandlingscenter. Upphandlingscenter meddelade emellertid att det inte kunde intygas att Aksab Kemi Sverige AB utfört uppdraget eftersom avtalet hävdades på grund av det inte utfördes kontraktss enligt. Svaret från Upphandlingscenter är inte tillräckligt för att vägra intyga att minst 300 enheter under fyra månader installerades.

Kravet att kunna ha tillräcklig kapacitet och teknisk kunskap att montera minst 300 enheter under 4 månader i punkt 4.0 i bilagan *Skakrav* är uppfyllt. Upphandlingscenter kan därmed inte neka att agera referens då Aksab Kemi Sverige AB under flera månader har levererat fungerande produkter samt visat att krav i nuvarande avtal följs. För det fall Upphandlingscenter inte intygar att kravet i punkten 4.0 i bilagan *Skakrav* är uppfyllt överträds lika-behandlingsprincipen.

I det fall Upphandlingscenter inte vill agera som referens och intyga att kravet i punkten 4.0 i bilagan *Skakrav* är uppfyllt, har det utformats ett förfrågningsunderlag som innebär att den upphandlande myndigheten inte tillåter Aksab Kemi Sverige AB att delta i upphandlingen. Upphandlingscenter behandlar därmed inte anbudsgivarna likvärdigt.

Upphandlingscenter hävdar att upphandlingen är proportionerlig och har en naturlig koppling till upphandlingsföremålet, vilket stämmer till viss del.

Upphandlingscenter

Aksab Kemi Sverige AB:s inställning att förfrågningsunderlaget inte är utformat för att behandla alla anbudsgivare lika tillbakavisas. Kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet är skäligt och tydligt utformat. Kravet på referensuppdrag är proportionerligt. Det har en naturlig koppling till upphandlingsföremålet och går inte utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa beställarens behov.

Det är vidare ostridigt att Aksab Kemi Sverige AB meddelades att Upphandlingscenter inte ställer upp som referensperson. Anledningen till detta är att det uppdrag till vilket Aksab Kemi Sverige AB önskat att använda Upphandlingscenter som referens har sagts upp på grund av betydande avvikelser. Upphandlingscenter kan därför inte, av uppenbara skäl, ställa upp som referens och på heder och samvete intyga att Aksab Kemi Sverige AB har utfört åberopat referensuppdrag kontraktsenligt. I förevarande krav anges dessutom att om anbudsgivaren eller referenspersonen har lämnat oriktiga uppgifter i bilagan "Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran" kommer anbudsgivarens anbud att förkastats. Det har således inte varit något alternativ att ställa upp som referens åt Aksab Kemi Sverige AB.

Vidare kan en anbudsgivare aldrig kräva att någon ska ställa upp som referensperson. I det aktuella kravet anges bland annat att den referensperson som anbudsgivaren åberopar ska vara vidtalad och godkänt att vara referensperson. Något tvång till att agera referensperson finns således inte.

Det faktum att avtalet sagts upp påvisar att det inte har fungerat som det ska och att Aksab Kemi Sverige AB inte har haft fungerande produkter och följt de krav som stått i avtalet, i varje fall inte under hela avtalsperioden. Om Aksab Kemi Sverige AB är missnöjd med tidigare hävning bör bolaget i

stället överklaga denna i särskild ordning. Huruvida det finns grunder för hävning i tidigare avtal är alltså inte relevant för bedömningen av överträdelser mot LOU i det aktuella fallet.

Syftet med kravet på referensuppdrag är just att säkerställa att anbudsgivare har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att fullgöra det uppdrag som omfattas av upphandlingen och att uppdraget utförs kontraktsevenligt under hela avtalsperioden.

Likabehandlingsprincipen har inte åsidosatts. Vidare kan tilläggas att Upphandlingscenter inte har agerat referensperson åt någon annan anbudsgivare. Aksab Kemi Sverige AB:s yrkande om rätten ska ålägga Upphandlingscenter att agera referens och på heder och samvete intyga att bolaget utfört återoppat referensuppdrag kontraktsevenligt är inte aktuellt då det faller utanför rättens prövningsram.

Sammanfattningsvis har det inte visats att det begåtts någon överträdelse mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU som medfört att Aksab Kemi Sverige AB lidit eller kan komma lida skada.

UTREDNINGEN I MÅLET

I punkten 4.0 i förfrågningsunderlaget i bilagan *Skakrav* anges bl.a. följande.

4.0 Kvalificeringskrav – Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Krav 4.1

En kontroll kommer att göras av huruvida anbudsgivaren har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att fullgöra nu aktuellt upphandlingsföremål, leverans av

maskindiskmedel- och torkmedel samt installation och service av doseringsutrustningar till minst 300 enheter under en fyra (4) månaders period.

Anbudsgivaren ska ha god kunskap och praktisk erfarenhet av upphandlingsföremålet. Anbudsgivaren ska styrka att denne minst en gång under ett av de tre (3) senaste verksamhetsåren 2015, 2014 och 2013 har installerat doseringsutrustningar till minst 300 enheter under en fyra (4) månaders period. För att styrka kravet ska en (1) referens på ett kontraktsevenligt utfört uppdrag lämnas.

[...]

Krav 4.2

Beviskrav för första och andra stycket i avsnitt 4.1 ovan är följande. Anbudsgivaren ska till anbudet bifoga ett (1) exemplar av bilaga ”Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran” för referensuppdrag som åberopas för att styrka uppställt kvalificeringskrav enligt 4.1 ovan.

Anbudsgivaren ska i bilaga ”Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran” på ett strukturerat sätt beskriva referensuppdraget som åberopas och ange övriga uppgifter som efterfrågas däri.

Den referensperson (beställare/kund) som anbudsgivaren åberopar ska vara vidtalad och godkänt att vara anbudsgivarens referensperson i denna upphandling. Referenspersonen ska vara väl insatt i det referensuppdrag som åberopas.

Anbudsgivarens referensperson ska genom egen underskrift av bilaga ”Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran” på heder och samvete intyga att anbudsgivaren utfört åberopat referensuppdrag kontraktsevenligt.

Om det framkommer att anbudsgivaren eller referenspersonen har lämnat oriktiga uppgifter i bilaga ”Referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran” kommer anbudsgivarens anbud att förkastas.

[...]

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning av upphandling tar sikte på om den upphandlande myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Förvaltningsrätten kan vid en överprövning av upphandling endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjort. Yrkandet om att förvaltningsrätten ska förordna om att Upphandlingscenter ska agera som referens åt Aksab Kemi Sverige AB och intyga att kvalificeringskravet i punkten 4.0 i bilagan *Skakrav* är uppfyllt kan således inte prövas och yrkandet härom ska därför avvisas.

I målet är ostridigt att det för upphandlingen är ett obligatoriskt krav att anbudsgivare ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet genom att styrka att anbudsgivare minst en gång under ett av de tre senaste verksamhetsåren 2015, 2014 och 2013 har installerat doseringsutrustningar

till minst 300 enheter under en fyra månader lång period. För att styrka kravet ska en referensperson intyga att anbudsgivaren utfört åberopat referensuppdrag kontraktsevenligt. Aksab Kemi Sverige AB har gjort gällande att bolaget uppfyller det aktuella kravet, men att Upphandlingscenter har vägrat att agera som referens och att likabehandlingsprincipen därför har överträtts.

Den upphandlande myndigheten ska enligt likabehandlingsprincipen behandla alla leverantörer lika och ge dessa lika förutsättningar. Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att alla leverantörer i upphandlingen har behandlats lika och att dessa har givits lika förutsättningar inför anbudslämnandet. Förvaltningsrätten anser att kravet i punkten 4.1–2 i bilagan *Skakrav* inte innebär att Aksab Kemi Sverige AB skulle ha varit förhindrad att lämna anbud i upphandlingen. Att Upphandlingscenter i egenskap av tidigare uppdragsgivare och kontraktspart väljer att inte agera som referens åt en tidigare kontraktspart innebär inte att likabehandlingsprincipen har överträtts. Skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund föreligger därmed inte.

Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndighet inte får ställa högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet i upphandlingen. Det huvudsakliga syftet i förevarande upphandling är att leverera maskindisk- och torkmedel samt att installera och utföra service av doseringsutrustningar. Upphandlingscenter har uppgett att syftet med det ställda kravet i punkten 4.1–2 i bilagan *Skakrav* är att säkerställa att anbudsgivarna har förmåga att utföra kommande uppdrag och att uppdragen utförs kontraktsevenligt under hela avtalsperioden. Förvaltningsrätten finner inte att Upphandlingscenter ställt högre krav än vad som varit nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Enligt förvaltningsrätten har det således inte framkommit att det uppställda kravet skulle strida mot

proportionalitetsprincipen. Skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund föreligger därför inte heller.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning av upphandlingen ska därför avslås.

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

Marika Ericson

Föredragande har varit Robert Larsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.