



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-08-21
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 1057-18

SÖKANDE

Kasparos AB, 556895-7756
 Eriksfältsgatan 5
 214 32 Malmö

MOTPART

Länsstyrelsen i Skåne län
 205 15 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2018-08-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Kasparos AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 438574

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Länsstyrelsen i Skåne län (Länsstyrelsen) genomför en upphandling av ramavtal för kulturhistoriska konsulttjänster Dnr 432-31100-2017. Enligt tilldelningsbeslutet har anbudet från Kasparos AB (Kasparos) förkastats med hänvisning till att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Kasparos AB (Kasparos) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen görs om. Som grund för sin talan anförs i huvudsak följande.

Kasparos anser att uppställt ska-krav på referensunderlag i punkten 3.3.5 i förfrågningsunderlaget strider mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen samt att det under pågående upphandling justerade ska-kravet brister i transparens liksom länsstyrelsens förbehåll att skönsmässigt bedöma motsvarande uppdrag och att dessa utförts med tillfredsställande resultat. I utvärderingen av anbuden har länsstyrelsen infört nya krav. Vidare har i utvärderingen hänsynstagande skett till uppdrag anbudsgivare tidigare haft för länsstyrelsen, s.k. tysta krav.

Annonstens CPV-koder

Aktuell CPV kod riktar sig enbart till en smal yrkesgrupp knuten till museiverksamhet i huvudsak. Normalt läggs denna typ av antikvariska tjänster under kod för Arkitekt- bygg- ingenjers- och besiktningstjänster. Detta innebär att man kraftigt begränsat förfrågningsunderlagets tillgänglighet för den relevanta målgruppen.

Ska-kravet i förfrågningsunderlaget punkten 3.3.5

Byggnadsantikvariernas huvudsakliga uppgift är att arbeta med dokumentation, beskrivning, värdering och förmedling av det i text och bild. En erfaren byggnadsantikvarie med dokumenterad yrkesverksamhet förväntas lösa en kulturhistorisk värdering oavsett typ av objekt. De av Riksantikvarieämbetet vedertagna metoderna för kulturhistorisk värdering - till vilken länsstyrelsen hänvisar i förfrågningsunderlaget - är inte knutna till ett visst skydd eller visst objekt. Den kulturhistoriska värderingen genomförs på samma sätt oavsett om det är en koja eller slott, byggnadsminne eller kommunalt byggnadsminne enligt PBL. Ska-kravet på referensunderlag är därmed oproportionerligt högt med hänsyn till den tjänst som efterfrågas. Det kan inte anses vara motiverat ur kvalitets- och metodperspektiv. Kravet får enbart effekten att urvalet av leverantörer begränsas på ett oskäligt sätt.

Ska-kravet beträffande referensuppdrag strider vidare mot likabehandlingsprincipen då det innebär en kraftig inskränkning av konkurrensen på så vis att det i princip endast är a) de leverantörer Länsstyrelsen i Skåne direktupphandlat eller b) indirekt beviljat bidragsmedel för framtagande av kunskapsunderlag de sista fem åren som har en rimlig möjlighet att uppfylla ska-kravet. Den aktuella upphandlingen är på detta sätt sammantaget utformad så att den undantas från LOU:s grundläggande syften. Effekten blir ett fastställande och en legitimering av en sedan länge praktiserad snedvridning av konkurrensen.

Ändring av ska-kravet i förfrågningsunderlaget

Länsstyrelsen frånfaller i publik fråga det inledande kravet på att referenserna måste omfatta byggnadsminnen enligt kulturmiljölagen. När länsstyrelsen frånfaller detta krav måste det följaktligen även innebära att myndighet-

en frånfaller att referensunderlaget enbart ska utgöras av byggnadsminnesutredningar.

Utvärdering av anbud

Länsstyrelsen lägger i anbudsutvärderingen till en kravspecifikation på omfattning ”fördjupat och heltäckande kunskapsunderlag ” som inte har stöd i förfrågningsunderlaget. Att kunskapsunderlaget ska vara ”aktuellt” innebär ett avsteg från att referensunderlaget inte behöver avse byggnadsminne. De referensunderlag som lämnats in uppfyller de obligatoriska kraven. Länsstyrelsen kan inte lägga till ytterligare kravspecifikationer i anbudsutvärderingen.

Länsstyrelsen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Utformning av krav på referensuppdrag

Av punkten 3.3.5 förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare under de fem senaste åren ska ha genomfört minst två uppdrag av motsvarande karaktär som beskrivs i upphandlingsdokumenten, med ett tillfredsställande resultat. Bedömningen om av om referensuppdragen är av motsvarande karaktär ska alltså ske mot bakgrund av de uppdrag som beskrivs i upphandlingsdokumentet, d.v.s. som länsstyrelsen avser att köpa. Avsikten med kravet är med andra ord att försäkra sig om att de leverantörer som antas har den erfarenhet som krävs.

Länsstyrelsen vill särskilt framhålla att man i förfrågningsunderlaget inte, som Kasparos påstår, ställt krav på att referensuppdragen ska innefatta byggelse som är skyddad eller byggnader som är under utredning för byggnadsminnesförklaring enligt kulturmiljölagen. Detta framgår tydligt av förfrågningsunderlaget och länsstyrelsens svar i tendsign.

Av punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget framgår att syftet med upphandlingen är att tillgodose länsstyrelsens behov av framtagande av kulturhistoriskt kunskapsunderlag.

Av punkten 4.1.2 i förfrågningsunderlaget framgår att de rapporter man avser köpa genom upphandlingen ska innehålla ”sammanställd historik och beskrivning av anläggningar i Skåne utifrån vad som är relevant ur ett kulturhistoriskt perspektiv. Av punkten 4.1.3 i förfrågningsunderlaget framgår bland annat krav på att rapporten ska innehålla beskrivningar, värderingar och dokumentation i text och bild av samtliga byggnader, krav på att rapporten ska omfatta historiebetraktning med översiktlig åtgärdshistorik samt krav på att rapporten ska omfatta en kulturhistorisk värdebeskrivning utifrån Riksantikvarieämbetets rapport Plattform Kulturhistorisk värdering.

Den centrala bedömningen av referensunderlagen är alltså huruvida leverantören har förmåga eller inte att göra en kulturhistorisk beskrivning av objekten som uppfyller de krav som länsstyrelsen ställer på uppdraget.

Marknaden för kulturhistoriska tjänster

Av punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget framgår att det arbetsområde där länsstyrelsen avser använda de kulturhistoriska kunskapsunderlagen i, är länsstyrelsens handläggning enligt 3 kap. kulturmiljölagen och det är också därför som begreppet byggnadsminne nämns i förfrågningsunderlaget. Marknaden för kulturhistoriska utredningar omfattar inte bara utredningar inför byggnadsminnesförklaringar. Kulturhistoriska utredningar görs exempelvis även inför ombyggnationer och andra myndigheter/företag som beställare. Det är också därför som länsstyrelsen i kravet på uppdraget har betonat de kulturhistoriska utredningarnas kvalitet och inte själva objektens eventuella ”klassificering” som byggnadsminne, q-märkning eller liknande.

Några kvantitativa krav ställs inte i förfrågningsunderlaget (bortsett från att det ska vara två referensuppdrag). Kraven på referensuppdrag är i högsta grad proportionerliga och väl motiverade utifrån syftet med upphandlingen och utifrån marknaden för dessa tjänster.

Vad gäller marknaden för kulturhistoriska konsulttjänster vill länsstyrelsen framhålla att fastighetsägare har möjlighet att söka bidrag för framtagande av kunskapsunderlag hos länsstyrelsen. I de fall de får bidrag väljer fastighetsägaren helt själv vem de ska anlita. Länsstyrelsen är inte beställare av dessa uppdrag och har inte heller några möjligheter att påverka vilken leverantör fastighetsägaren väljer.

Annonseringen av upphandlingen har skett enligt reglerna i LOU i annonsverktyget tendsign. Det innebär att en väsentligt större marknad än enbart de lokala aktörerna i Skåne haft möjlighet att lämna anbud. Den CPV-kod som använts är fullt tillämplig för denna typ av upphandlingar. Upphandlingen utgör varken, så som Kasparos gör gällande, arkitekt-, bygg-, ingenjör- eller besiktningstjänster som Kasparos hävdar. Sju företag har lämnat anbud varav fyra uppfyller samtliga obligatoriska krav. Detta visar på en väl fungerande marknad.

Bedömningen av Kasparos referenser

Anledningen till att Kasparos referensuppdrag förkastades var att rapporterna inte utgör någon kulturhistorisk värdebeskrivning på det sätt som avses i förfrågningsunderlaget. Vid genomläsning av referensuppdraget "Rosendal" framgår för övrigt också tydligt att syftet med detta är att utgöra underlag inför ansökan om ombyggnation samt beträffande referensuppdraget "Kv Klostret 18 och 20 samt Kv Munken" att avsikten med detta är förtätning av kvarteren. Huvudsyftena med dessa uppdrag var alltså inte att beskriva de eventuella kulturhistoriska värdena hos anläggningarna.

I tilldelningsbeslutet skriver länsstyrelsen att referensuppdraget inte utgör ett sådant "heltäckande och fördjupat kunskapsunderlag" som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Detta utgör inget nytt krav utan är ett försök att motivera länsstyrelsen beslut. Att uppdraget har ett sådant omfattande angrepsätt framgår av förfrågningsunderlaget med bilagda exempel. Svaret på frågan i tendsign utgör inte en ändring av förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § 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 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen, och på talan av leverantör, som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan en rättelse gjorts.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. Det ankommer inte på domstolen att göra en detaljerad utvärdering i upphandlingen utan domstolens prövning inskränker sig till frågan om principerna i 4 kap. 1 § LOU, samt övriga regler i LOU, har överträtts (jfr Kammarrätten i Sundsvalls domen den 22 mars 2013 i mål 2130-12).

Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att samtliga villkor

och bestämmelser i upphandlingsdokumentet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, *Pizzo*, punkt 36).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kasparos gör gällande att den CPV-kod som angetts i upphandlingsdokumentet står i strid med föremålet för upphandlingen och därmed begränsar kretsen av leverantörer som kan avge anbud. Förvaltningsrätten konstaterar i denna del att Kasparos inkommit med anbud i upphandlingen och som tagits upp till prövning. Kasparos kan därmed inte ha lidit eller riskerat att lida skada av detta. Skäl för ingripande föreligger därför inte av denna anledning.

Inte heller vad Kasparos invänt om att det uppställda kravet, d.v.s. att rapporterna ska ha Riksantikvarieämbetets rapport som utgångspunkt, kan medföra skäl för ingripande mot upphandlingen med hänvisning till bristande proportionalitet. Annat är inte visat än att kravet har ett naturligt samband med föremålet för upphandlingen och inte går utöver vad som rimligen kan krävas.

Vidare hävdar Kasparos att ska-kravet beträffande referensuppdrag strider mot likabehandlingsprincipen då det innebär en kraftig inskränkning av konkurrensen på så vis att det i princip endast är de leverantörer Länsstyrelsen i Skåne direktupphandlat eller indirekt beviljat bidragsmedel för framtagande av kunskapsunderlag de sista fem åren, som har en rimlig möjlighet att uppfylla ska-kravet. Frågan är då om länsstyrelsen otillbörligt gynnat vissa tänkbara leverantörer genom kravet på referenser. Förvaltningsrätten konstaterar i denna del att annat inte framgår än att upphandlingen annonser-

rats till en vidare krets och utformningen av referenskravet kan heller inte i sig sägas begränsa valet av leverantör. Föremålet för upphandlingen innebär naturligt ett begränsat urval av tänkbara leverantörer med rätt erfarenhet. Detta kan enligt förvaltningsrätten dock inte i förevarande fall medföra ingripande med hänvisning till att likabehandlingsprincipen åsidosatts på sätt som Kasparos gjort gällande.

Länsstyrelsen har i punkten 3.3.5 i förfrågningsunderlaget angett att anbuds-givare under de senaste fem åren ska ha utfört minst två uppdrag av motsvarande karaktär som beskrivs i upphandlingsdokumenten, med ett tillfredsställande resultat. Vidare har länsstyrelsen i samma punkt angett bl.a. att med uppdrag av motsvarande karaktär menas sammanställt material med dokumentation, beskrivning, värdering av kulturhistoriskt värdefulla miljöer och redovisade på ett tydligt och förståeligt sätt med fotografier och ritningar. Uppdrag kan avse såväl befintliga byggnadsminnen som objekt som är under utredning för eventuell byggnadsminnesförklaring.

Efter publik fråga har länsstyrelsen utvecklat vad som kan utgöra referensuppdrag på så sätt att inte bara byggnadsminnen och objekt som är under utredning för eventuell byggnadsminnesförklaring kan komma ifråga utan också andra byggnader/anläggningar med motsvarande karaktär med höga kulturhistoriska värden.

Länsstyrelsen har vidare angett att länsstyrelsen förbehåller sig rätten att avgöra vad ett uppdrag av motsvarande karaktär är och om uppdragen utförts med ett tillfredsställande resultat.

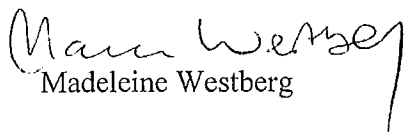
Det aktuella kravet i målet har ställts mot bakgrund av att upphandlingen avser att tillgodose länsstyrelsens behov av framtagande av kulturhistoriskt kunskapsunderlag, se punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget. Av punkten 4.1.2 i förfrågningsunderlaget framgår att de rapporter man avser att köpa

genom upphandlingen ska innehålla ”sammanställd historik och beskrivningar av anläggningar i Skåne utifrån vad som är relevant ur ett kulturhistoriskt perspektiv”.

Länsstyrelsen har i enlighet med det ovan anförda redovisat vilka krav som ska uppfyllas för att en leverantör ska tilldelas kontrakt. Förvaltningsrätten anser att de krav som länsstyrelsen ställt upp i upphandlingsdokumentet bör godtas. Kravet på referensuppdrag har en objektiv utformning och framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Vad Kasparos hävdar i fråga om att länsstyrelsen i utvärderingen av anbudet lagt till ytterligare krav kan enligt förvaltningsrätten inte medföra att utvärderingen skett i strid mot principerna om likabehandling eller transparens. Vad länsstyrelsen i sin motivering i utvärderingen ger uttryck för i fråga om att inte anta Kasparos anbud, anser förvaltningsrätten stå i samklang med tidigare uppställda krav. Kasparos har heller inte visat att länsstyrelsen i övrigt har beaktat ovidkommande omständigheter i utvärderingen.

När det gäller tillämpningen av kravet i sin helhet i punkten 3.3.5 i förfrågningsunderlaget finner förvaltningsrätten att länsstyrelsens bedömning att Kasparos inte uppfyller kravet får godtas. Med beaktande härav, och då det inte heller i övrigt framkommit några skäl att för att ingripa i upphandlingen, ska Kasparos ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1B LOU)


Madeleine Westberg

Ulrika Skogler har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten. Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.