



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2015 -02- 05
Meddelad i
Malmö

Mål nr
420-15
432--440-15

KONKURRENSVERKET	
2015 -02- 06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

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

MOTPARTER

1. Lunds kommun
2. Eslövs kommun
3. Hörby kommun
4. Höörs kommun
5. Kävlinge kommun
6. Svalövs kommun
7. Svedala kommun
8. Lomma kommun
9. Staffanstorps kommun
10. Burlövs kommun

mål nr 420-15
mål nr 432-15
mål nr 433-15
mål nr 434-15
mål nr 435-15
mål nr 436-15
mål nr 437-15
mål nr 438-15
mål nr 439-15
mål nr 440-15

Ombud för 1-10:
Birgitta Petrusson
Lunds kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Aksab Kemi Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 241660

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

Telefax
040-97 24 90
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Lunds kommun, Eslövs kommun, Hörby kommun, Höörs kommun, Kävlinge kommun, Svalövs kommun, Svedala kommun, Lomma kommun, Staffanstorps kommun och Burlövs kommun (nedan kommunerna) genomför en samordnad upphandling av maskindiskmedel, dnr KS 2014/0570. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Aksab Kemi Sverige AB (Aksab) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förfrågningsunderlaget ska korrigeras till max 100 leveransställen utspridda på fler referenser. Som grund för sin talan anför Aksab bl.a. följande. I punkt 3.1.1. anges *för att göra en bedömning av anbudsgivarens förmåga att fullgöra varukontraktet ska anbudsgivare ha erfarenhet av liknande uppdrag där leveranser skett till minst 300 leveransställen. Anbudsgivaren kan redovisa fler samtidigt pågående referensuppdrag för att komma upp i 300 leveransställen.* Detta hårda skall-krav som ställs på anbudsgivare är på tok för hårt för att kunna inbjuda fler aktörer än nuvarande leverantör att delta i upphandlingen. Att kravet ska anses vara proportionerligt med upphandlingens omfattning kan inte betraktas som rätt då det krävs många referenser för att komma upp i det stora antalet av 300 leveranser. Totalt ingår cirka 515 leveransställen och det är förvisso många men de är dock placerade i ett geografiskt närområde till varandra och enkelt för en anbudsgivare att sköta gentemot vad det är att ha 100 leveransställen som är utplacerade över hela Sverige. Det är nästan bara nuvarande leverantör och möjligen någon aktör till som skulle kunna komma upp i 300 leveransställen på ett enkelt och smidigt sätt utan att behöva använda sig av upp emot 10 referenser eller fler sammanlagt för att komma upp i 300 leveransställen och det bidrar till att konkurrensen minskar och fler anbudsgivare utesluts ur upphandlingen bl.a. Aksab. Detta

trots att Aksab har över 25 års erfarenhet och över 1 500 kunder i Sverige att samarbeta med. Genom att ställa ett alltför högt krav på referensuppdrag bryter kommunerna mot principerna om likabehandling och proportionalitet. Aksab kan förstå att kommunerna vill ha en viss säkerhet att vinnande anbudsgivare klarar av att förse behovet men det måste samtidigt vara upp till anbudsgivaren att göra en bedömning om de kan anta uppdraget. Att ställa alltför höga krav som utesluter flera erfarna och yrkeskunliga anbudsgivare är felaktigt och gynnar starkt nuvarande leverantör. Till saken hör att för att Aksab ska kunna komma upp i 300 leveransställen skulle cirka 20 procent av alla kunder behöva vara tillgängliga för att besvara e-mail eller telefon om kommunerna skulle behöva nå dem. Då nuvarande leverantör endast behöver uppge sitt nuvarande uppdrag anser Aksab att en likabehandling inte följs.

Ett förfrågningsunderlag ska vara utformat för att enkelt kunna utvärdera och skapa en likabehandling. I detta fall skapar kommunerna mycket oklarheter för sig själv och även för anbudsgivarna genom att kräva in ett så pass stort antal leveransställen att de inte på ett enkelt sätt kommer att kunna säkerställa att alla referenser fått chansen. På detta sätt ger kommunerna sin nuvarande leverantör en enorm fördel som innebär att de inte skulle behöva ange någon som helst referens då kommunerna redan vet vad som krävs av denna aktör medan alla andra anbudsgivare måste följa upp ett stort spann av referenser.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Syftet med kravet är att säkerställa att anbudsgivarna har förmåga att utföra kommande uppdrag. Leverantören kan visa på ett flertal uppdrag för att komma upp i kravet på 300 leveransställen. Det är alltså öppet för leverantörerna att lämna så många referensuppdrag som helst för att komma upp i det ställda kravet. Upphandlingen omfattar totalt över 500 leveransställen. Att ställa krav på 300 leveransställen är i allra högsta grad proportionerligt

och med anledning av att anbudsgivarna över huvud taget inte är begränsade av antalet referensuppdrag kan kravet inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen. Det står anbudsgivaren fritt att lämna hur många referensuppdrag som helst för att påvisa att denne har förmåga att leverera i enlighet med upphandlingens omfattning. Med tanke på att Aksab uppger att de har över 1 500 kunder runt om i landet torde det inte föreligga några svårigheter för Aksab att uppfylla kravet. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

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

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i punkt 3.1.1. *Leverantörens yrkeskunnande* följande. För att göra en bedömning av anbudsgivarens förmåga att fullgöra varukontraktet ska anbudsgivare ha erfarenhet av liknande uppdrag där leveranser skett till minst 300 leveransställen. Anbudsgivaren kan redovisa fler samtidigt pågående referensuppdrag för att komma upp i 300 leveransställen. Referensuppdragen ska vara pågående/ha utförts under de tre senaste åren.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det står en upphandlande myndighet fritt att bestämma vilka krav man vill använda sig av så länge kraven är förenliga med LOU och de grundläggande principerna. I förevarande upphandling har kommunerna uppställt krav på att anbudsgivare ska ha erfarenhet av liknande uppdrag där leveranser skett till minst 300 leveransställen. För att komma upp i 300 leveransställen kan anbudsgivaren lämna flera referensuppdrag.

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 maskindiskmedel till 515 leveransställen. Kommunerna har uppgett att syftet med det ställda kravet är att säkerställa att anbudsgivarna har förmåga att utföra kommande uppdrag. För att uppnå det eftersträvade syftet med upphandlingen kan det följaktligen vara nödvändigt för kommunerna att uppställa förevarande krav. Enligt förvaltningsrätten strider det uppställda kravet inte mot proportionalitetsprincipen.

Aksab har i likhet med andra potentiella anbudsgivare haft möjlighet att använda sig av ett flertal referensuppdrag för att uppnå 300 leveransställen men har så vitt framgår ansett det vara alltför påfrestande att 20 procent av deras kunder i sådant fall skulle behöva vara tillgängliga. I LOU finns det således inga krav på att det ska vara smidigt eller lätt för en anbudsgivare att visa att man uppfyller ett krav. Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit något som tyder på att det endast finns en leverantör som kan uppfylla kravet. Att den befintliga leverantören endast behöver uppge sitt nuvarande uppdrag för att uppfylla kravet innebär således inte att kravet strider mot likabehandlingsprincipen. Det är trots allt anbudsgivarna som har att visa att man uppfyller de uppställda kraven. Huruvida kommunerna kan komma att behöva kontakta olika antal referenser för anbudsgivarna är

således ovidkommande vid bedömningen av om det uppställda kravet är uppfyllt eller inte.

Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att Aksab inte förmått visa att kommunerna har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Aksabs ansökan härom ska därför avslås.

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



Jan Bratt



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.