



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

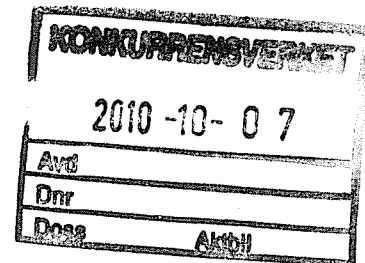
DOM
2010-10-06
Meddelad i
Linköping

Mål nr
7641-10
Rotel 2

SÖKANDE

Samhall AB, 556448-1397
Box 27705
115 91 Stockholm

Ombud: Advokat Niclas Widjeskog och jur. kand. Karolina Löf
Linklaters Advokatbyrå AB
Box 7833
103 98 Stockholm

**MOTPART**

Kriminalvården
601 80 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Kriminalvårdens upphandling "Miljöanpassad lokalvård" (dnr 2010-010591) ska göras om.

Dok.Id 22741

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kriminalvården genomför en upphandling avseende ”Miljöanpassad lokalvård (dnr 2010-010591). Upphandlingen genomförs med öppet förfarande och anbud skulle vara inkomna senast den 10 september 2010.

Samhall AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den omedelbart ska avbrytas och göras om.

Kriminalvården bestrider bifall till bolagets talan.

Rätten beslöt den 6 september 2010, på annan anbudsgivares talan (mål nr 7531-10), att upphandlingen inte får avslutas innan annat förordnats.

SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Förfrågningsunderlaget

Av punkten 3.3. - *Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet* framgår bl.a. följande. Anbudsgivare ska inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet för att kunna uppfylla de i upphandlingen ställda funktions- och kvalitetskraven. Till styrkande av förmåga och kapacitet att tillhandahålla efterfrågad tjänst ska anbudsgivaren med aktuella arbetsledare haft minst tre (3) uppdrag de två (2) senaste åren gällande städning i ofentlig miljö med en storlek om minst 20 000 kvadratmeter där uppdraget dessutom har varit delat på minst 3 olika städområden i olika lokaler.

Parternas argumentation

Bolaget anför i huvudsak följande. Det obligatoriska kravet på erfarenhet och uppvisande av referenser som Kriminalvården ställer i förfrågningsunderlaget punkten 3.3 samt i anbudsformuläret punkten 3.6, är oproportionerligt högt och strider mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Genom att Kriminalvården har brutit mot nämnda princip kan bolaget komma att lida skada. Eftersom åsidosättandet hänför sig till förfrågnings-

underlaget och därmed kan ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, är rättelse inte tillräckligt. – Bolaget är ett av Sveriges största städföretag och städverksamheten omsätter över 500 miljoner kronor per år. Bolagets arbetsledare ansvarar för 30–35 städare och ett varierande antal kunder beroende på logistik, kundsammansättning och kundkrav. En arbetsledare ska inte ha för lång resväg till sitt ansvarsområde. Av den anledningen har ingen arbetsledare haft tre kunder i den av Kriminalvården efterfrågade storleken under de senaste två åren. – Städmarknaden erbjuder relativt få uppdrag i offentlig miljö som överstiger 20 000 kvm. Eftersom en arbetsledare sällan arbetar över ett större geografiskt område blir urvalet av stora uppdrag ytterst begränsat. En anledning till att det finns få större uppdrag är att upphandlande enheter ofta bryter isär sina städuppdrag och upphandlar dem separat för att främja konkurrensen och gynna små och medelstora företag. – Det krav som Kriminalvården ställt angående anbudsgivarens och specifikt arbetsledarens referenser är oproportionerligt högt ställt i förhållande till uppdragets omfattning. Skall-kravet strider därför mot såväl det särskilda kravet på proportionalitet enligt 11 kap. 2 § LOU som den generella proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Kravet på arbetsledarens erfarenhet är oproportionerligt, eftersom det går utöver vad som krävs för att säkra kvalitén av städleveransen enligt uppdraget. Kravet är även oproportionerligt på så sätt att det är olämpligt och ineffektivt, eftersom det innebär att anbudsgivarens interna organisation blir avgörande för möjligheten att uppfylla det. Det faktum att en anbudsgivare väljer att ha fler arbetsledare i förhållande till antalet städare bör inte påverka möjligheten att vinna upphandlingen. Bolagets typ av organisation främjar snarare kvalitén och bör således vara till fördel för anbudsgivaren i upphandlingen. – Referenskravet att vardera uppdrag som aktuell arbetsledare ska ha utfört dessutom ska ha varit uppdelat i minst tre olika städområden, i olika lokaler på skilda adresser, är särskilt oproportionerligt. Ett sådant detaljerat krav kan knappast anses nödvändigt för att en anbudsgivare ska kunna kvalificeras för det uppdraget som upphandlingen avser och

står inte i rimlig proportion till kontraktsföremålet. Om erfarenhet av ett uppdrag (om totalt 20 000 kvm) fördelat på tre objekt verkligen bör väga tyngre än t.ex. erfarenhet av tre uppdrag (om totalt 20 000 kvm) fördelat på tre olika kunder kan vidare ifrågasättas. – Bolaget motsätter sig inte krav om att aktuell arbetsledare ska ha erfarenhet eller att denne ska ha erfarenhet av större uppdrag. Som kravet är utformat blir det emellertid starkt utslagsgivande och konkurrensbegränsande. Det är inte nödvändigt för att säkerställa kvalitén på uppdragets utförande att en arbetsledare under en så kort tidsperiod ska ha haft tre uppdrag av så pass stor storlek. Det kan endast vara ett fåtal arbetsledare som uppfyller ett sådant krav. Det faktum att kravet utesluter ett av Sveriges största städbolag torde betyda att det även utesluter andra etablerade städbolag. Konkurrensen begränsas därmed på ett icke önskvärt sätt. Kriminalvården hade kunnat ställa kravet på en mer lämplig nivå och ändå erhållit en erfaren arbetsledare och därmed god kvalitet på uppdraget.

Kriminalvården anför i huvudsak följande. Prövningen under kvalificeringsfasen syftar till att säkerställa leverantörernas förmåga att leverera det som anges i förfrågningsunderlaget. För att garantera detta har i förfrågningsunderlaget ställts olika krav. Det viktigaste av dessa är att anbudsgivarna ska bevisa sin tekniska förmåga och kapacitet genom tidigare erfarenheter. Förmågan ska styrkas genom att anbudsgivarna uppvisar att den arbetsledare som offereras har väl dokumenterad erfarenhet av liknande uppdrag, som i detta fall innebär administrering av städuppdrag som består av minst 20 000 kvm yta i offentlig miljö, uppdelade på tre arbetsområden. Anledningen till att 20 000 kvm angetts som kvantitativt krav är att det från sommaren 2012 finns en option om ytterligare 5 000 kvm. Kriminalvården avser att nyttja optionen i samband med att sista etappen av Kriminalvårdens hus öppnar. Uppdraget kommer under merparten av avtalstiden att omfatta totalt cirka 23 000 kvm, inklusive möjlighet till förlängning (hösten 2010–hösten 2014). – Kravet att offererad arbetsledare i närtid ska

ha utfört ett antal städuppdrag av viss större omfattning får anses lämpligt, effektivt och nödvändigt för det eftersträvade syftet att garantera Kriminalvården erforderlig kompetens och erfarenhet för objekten. Kriminalvårdens hus är en stor byggnad med verksamhet dygnet runt. Det är av yttersta vikt att lokalvården fungerar tillfredsställande året om. Det är även av vikt att de mindre enheterna (anstalterna Högsbo och Sagsjön) ägnas uppmärksamhet och inte förbises i förhållande till den större Kriminalvårdens hus. Alternativet till kravet att offererade arbetsledare i närtid ska ha utfört städuppdrag av viss större omfattning skulle kunna utgöras av t.ex. en skriftlig beskrivning för hur uppdraget ska genomföras. Ett sådant alternativ säkerställer dock inte att leverantören kommer att klara av uppdraget. Något mindre ingripande alternativ till det uppställda skall-kravet finns således inte. – Att det aktuella skall-kravet skulle vara hämmande för konkurrensen tillbakavisas. Det har inte visats att de negativa effekterna är oproportionerliga eller överdrivna jämfört med eftersträvat syfte att säkerställa kontinuitet och kvalitet i den upphandlade tjänsten.

Bolaget gemmäler bl.a. följande. Det mycket snäva och specifika skallkravet avseende arbetsledarens erfarenhet är varken nödvändigt, lämpligt eller effektivt för att påvisa anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet i relation till det aktuella uppdraget. Enligt EG-domstolens praxis ska alla åtgärder som vidtas i en upphandling vara nödvändiga, lämpliga och effektiva för att uppnå det eftersträvade syftet. Det strider således mot proportionalitetsprincipen att ställa högre krav på leverantören än vad som behövs för att uppnå syftet med upphandlingen. – Bolaget invänder mot att referenskravet är oproportionerligt utformat samt innebär att anbudsgivare med aktuell arbetsledare har haft minst tre uppdrag, att dessa uppdrag innehafts under de senaste två åren, att vardera uppdrag har omfattat minst 20 000 kvm städning i offentlig miljö samt att vardera uppdrag dessutom ska ha varit uppdelat på minst tre olika städrområden, lokaliserade på skilda adresser. En sådan snäv och begränsad utformning kan inte anses nödvändig,

lämplig eller effektiv och kan därmed inte heller anses stå i rimlig proportion till det eftersträvade syftet med upphandlingen. Såsom kravet är utformat innebär det också att nyetablerade entreprenörer saknar möjlighet att delta. Det är fullt möjligt att uppställa ett mindre långtgående och mer nyanserat referenskrav till säkerställande av leverantörens förmåga och kapacitet. Vidare kan ifrågasättas om ett referenskrav som uteslutande avser en individ kan anses som en lämplig och effektiv åtgärd. Under alla förhållanden hade det varit möjligt att uppställa referenskrav förenliga med proportionalitetsprincipen genom exempelvis krav på referenser avseende anbudsgivaren parallellt med referenskrav för arbetsledaren specifikt. I sammanhanget bör noteras att Kriminalvården i liknande upphandlingar utformat referenskravet på ett proportionerligt och icke konkurrensbegränsande sätt.

Lagtext 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 vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 11 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–15 §§. Omfattningen av den information som avses i 6–15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingsförfarandet ska bl.a. kännetecknas av icke-diskriminering, proportionalitet och likabehandling.

Kriminalvården har i förfrågningsunderlaget ställt kravet att anbudsgivare med aktuella arbetsledare ska ha administrerat minst tre uppdrag de två senaste åren gällande städning i offentlig miljö, med en storlek om minst 20 000 kvadratmeter, och där uppdraget dessutom har varit delat på minst tre olika städområden i olika lokaler. Åberopad förmåga och kapacitet ska styrkas genom att anbudsgivaren avger referenser från tre olika referenter.

Bolaget har bl.a. anfört att det uppställda skall-kravet angående anbudsgivarens och specifikt arbetsledarens referenser är oproportionerligt högt ställt i förhållande till uppdragets omfattning och att det därför strider mot proportionalitetsprincipen. Kriminalvården har i genmäle bl.a. anfört att skall-kravet får anses lämpligt, effektivt och nödvändigt för det eftersträvade syftet att garantera erforderlig kompetens och erfarenhet för objekten.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än som erfordras för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till upphandlingsföremålet. De uppställda kraven ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

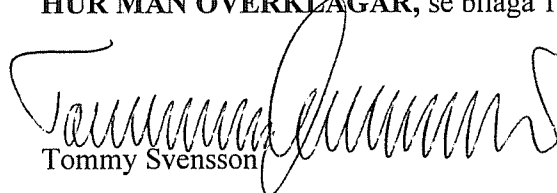
Det aktuella skall-kravet i punkten 3.3 förfrågningsunderlaget ger indirekt effekten att de anbudsgivare med arbetsledare som inte har erfarenhet av tre storleksmässigt likvärdiga uppdrag, vardera uppdelade på tre olika städområden, de senaste två åren, utesluts från upphandlingen. Bolaget, som är ett av Sveriges största städföretag, har på grund av kravets utform-

ning inte kunnat lämna anbud. Det kan vidare antas att det finns ett flertal företag i branschen som, utan att uppfylla det uppställda kravet på erfarenhet, ändå besitter fullgod kapacitet och förmåga att fullgöra det ifrågavarande uppdraget.

Syftet med kravet har enligt Kriminalvården varit att säkerställa att den leverantör med vilken kontrakt tecknas kommer att ha tillräckliga resurser för att kunna utföra uppdraget. Kravet att tidigare uppdrag ska ha varit uppdelade i minst tre olika städområden påvisar emellertid inte på ett nödvändigt, lämpligt och effektivt sätt leverantörernas förmåga och kapacitet att administrera den städverksamhet som upphandlingen avser. Det är enligt förvaltningsrättens mening inte heller nödvändigt att ställa exakt angivna kvantitativa krav beträffande tidigare uppdrag för att säkerställa att för upphandlingen aktuellt uppdrag utförs enligt avtal. Utformningen av kravet medför därutöver att de offererade arbetsledarnas tidigare erfarenheter, av en snävt definierad typ av uppdrag, blir helt avgörande vid bedömningen av anbudsgivarnas förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. En sådan utformning är enligt rättens bedömning varken lämplig eller nödvändig för att uppnå syftet med upphandlingen. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av det anförda att det ifrågavarande skall-kravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Bolaget får anses ha visat att konstaterade brister är sådana att de medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därför. Förvaltningsrätten har enligt detta lagrum att, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Med hänsyn till att konstaterade brister är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

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


Tommy Svensson

Föredragande har varit Henrik Lindblom.



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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.