



SÖKANDE

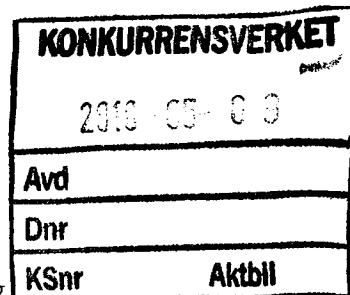
Maminza Advokatbyrå AB, 556807-2275
Järnvägsgatan 10
582 22 Linköping

MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Maminza Advokatbyrå AB:s ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling.

BAKGRUND

Botkyrka kommun (kommunen) genomför en upphandling av juristtjänster (dnr 2016:774) som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen omfattar fem olika avtalsområden. Anbudsgivarna har kunnat lämna anbud på valfritt antal avtalsområden och kommunen kommer att anta en anbudsgivare per avtalsområde. Maminza Advokatbyrå AB (Maminza), som lämnat anbud för avtalsområde 1 och avtalsområde 2 A, har enligt tilldelningsbeslut av den 27 november 2017 inte ansetts kvalificerad för deltagande i upphandlingen eftersom Maminzas referensuppdrag inte uppfyller kravet på att referensuppdragen ska avse kommunala bolag. Avtal i upphandlingen har tilldelats andra anbudsgivare än Maminza.

YRKANDEN M.M.

Maminza yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Maminzas anbud ska utvärderas avseende avtalsområde 1 och avtalsområde 2 A. Kommunen har ställt upp ett krav på att lämnade referenser ska vara från en offentlig aktör. Detta krav är inte proportionerligt i förhållande till den tjänst som upphandlas och kravet är således inte förenligt med LOU. Om Maminzas anbud hade gått vidare till anbudsutvärdering är det troligt att Maminza skulle ha tilldelats kontrakten avseende avtalsområdena 1 och 2 A. Maminza har således lidit eller riskerat att lida skada till följd av att kommunen inte har utvärderat Maminzas anbud.

Kommunen bestrider Maminzas ansökan och yrkar att den ska avslås. Kommunens krav på referenser är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i LOU. Maminza har inte uppfyllt kravet på referenser och därmed rätteligen inte kvalificerat sig till anbudsutvärde-

ringen. Maminza har inte lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av det aktuella kravet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Vad Maminza har anfört

I upphandlingsdokumentet punkt 1.2.3.7 anges att anbudsgivarna ska lämna två referensuppdrag och att referensuppdragen ska ha utförts till offentlig sektor. Enligt 14 kap. 1 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Uppställda krav måste även stå i proportion till det som ska anskaffas. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att vinnande leverantör har möjlighet att leverera efterfrågade tjänster. Av den lista av möjliga bevismedel som finns i 15 kap. 11 § LOU framgår att det inte görs någon skillnad mellan en offentlig och en privat aktör i sak. Det framkom-

mer inte att det är berättigat att utesluta en viss typ av aktörer som referenser. Vad som anges i 15 kap. 11 § LOU stöder att det inte är proportionerligt att ställa krav på att en referens måste vara en viss typ av aktör.

Kravet på att lämnade referenser ska vara från en offentlig aktör kan inte anses vara proportionerligt i förhållande till den tjänst som upphandlas då det inte finns något som tyder på att en leverantör innehar en bättre teknisk och yrkesmässig kapacitet enbart på grund av att utförd rådgivning har skett till en kund som klassificeras som en offentlig aktör. Det är förvisso korrekt att det finns skillnader kring rättsliga aspekter mellan offentliga och privata aktörer, men dessa skillnader består i de olika juridiska förutsättningarna för driften av offentlig respektive privat verksamhet. De avtalsområden för vilka Maminza har lämnat anbud avser dock rådgivning inom andra juridiska områden och inte den rättsliga reglering som avser offentliga aktörer.

När det gäller avtalsområde 1, som bl.a. består av juridisk rådgivning inom avtalsrätt, köprätt, entreprenadrätt, miljö rätt, fastighetsrätt, EU-rätt, konkurrensrätt, offentlig upphandling, immaterialrätt, associationsrätt, obeståndsrätt och fordringsrätt, finns det inte några juridiska områden som skulle hanteras annorlunda, ur en juridisk aspekt, beroende på kundens status. Rådgivningen anpassas alltid efter kundens förutsättningar och målsättning, vilket sker oberoende av om kunden är en privat eller en offentlig aktör. Beträffande avtalsområde 2, som består av juridisk rådgivning inom arbetsrätt och diskrimineringslagstiftning, finns det inte heller här någon skillnad i hur juridisk rådgivning skulle ges beroende på kundens status. Det är visserligen riktigt att den arbetsrättsliga lagstiftningen i vissa delar gör åtskillnad mellan privat och offentligt anställda. Detta innebär dock inte att kunskap och erfarenhet kring de delar som avser offentligt anställda inte kan erhållas på annat sätt än genom att en kund är en offentlig aktör.

Om kommunen hade önskat säkerställa lämpligheten kring specifika juridiska delar som avser en offentlig aktör hade kommunen haft möjlighet att ställa krav beträffande detta, till exempel genom krav på erfarenhet och kunskap inom ett visst specifikt juridiskt område som är utmärkande för offentliga aktörer. Det hade då funnits möjlighet för en anbudsgivare att visa att man har erhållit sådan erfarenhet och kunskap på annat sätt än genom att en offentlig aktör varit kund, till exempel genom att anbudsgivaren har företrätt den offentliga aktörens motpart i ett ärende som avser den arbetsrättsliga särregleringen kring offentligt anställda.

Kommunen har brutit mot LOU genom att ställa upp krav på att lämnade referenser ska vara från en offentlig aktör. Detta har medfört att Maminzas anbud har uteslutits från upphandlingen eftersom de referenser Maminza har lämnat, vilka i övrigt uppfyller ställda krav, är från privata aktörer. Maminza har lämnat det näst lägsta priset för avtalsområde 1 och det lägsta priset för avtalsområde 2 A och det är sannolikt att Maminzas anbud, om det hade utvärderats, skulle ha haft det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet för båda avtalsområdena. Maminza har således lidit skada av att kommunen inte har utvärderat Maminzas anbud.

Vad kommunen har anfört

Kravet på referensuppdrag inom offentlig sektor är ett viktigt krav för uppdragets genomförande med hänsyn till de rättsliga aspekter som finns inom den offentliga sektorn. Det finns skillnader mellan privata företag och offentliga aktörer. Det strider därför inte mot LOU att säkerställa att leverantören har erfarenhet av liknande uppdrag. I förevarande fall hade kommunen kunnat ställa referenskrav med en kommun, men har valt ett bredare spektrum för att inte utesluta relevanta leverantörer inom marknaden. Kommunen avser att köpa juristtjänster med inriktning mot kommunal verksamhet som förstärkning till interna juristresurser vid hög

belastning eller för utvalda uppdrag. Inom vissa avtalsområden, bl.a. arbetsrätt och diskrimineringslagstiftning, köper kommunen dessutom rådgivning löpande. Detta innebär att kommunens HR-specialister inom åtta förvaltningar löpande vänder sig till leverantören med invecklade fall med inriktning på kommunal sektor som kräver djup kunskap inom området för att motsvara förväntade krav. Vidare förväntas leverantören kunna representera kommunen i rätten i olika kommunala mål och krav ställs även då på god erfarenhet från kommunal sektor. Kommunen har följt de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna vid utformningen av upphandlingsdokumentet. Maminza har inte lämnat sådana referensuppdrag som efterfrågats och därmed inte kvalificerat sig till utvärderingen.

Kommunen har gjort en utvärdering avseende dels pris och dels kvalitet. Maminza för ett helt teoretiskt resonemang kring eventuella scenarion främst med priset som argument. Detta kan kommunen inte spekulera kring. Maminza har inte utvecklat på vilket sätt bolaget har eller kan ha lidit skada. Maminza har enligt kommunens uppfattning därför inte lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av referenskravet.

Förvaltningsrättens bedömning

Av punkt 1.1.2.2 i upphandlingsdokumentet, *Uppdragets omfattning*, framgår att Botkyrka kommun avser att köpa in juristtjänster inom fem olika avtalsområden, bl.a. avtalsområde 1 som omfattar avtalsrätt, köprätt, entreprenadrätt, miljö rätt, fastighetsrätt inbegripet jordabalken, PBL, VA- och expropriationslagstiftningen, EU-rätt, konkurrensrätt, offentlig upphandling, valfrihetssystem, immaterialrätt, IT-rätt, associationsrätt, obeståndsrätt samt fordringsrätt och avtalsområde 2 som omfattar arbetsrätt och diskrimineringslagstiftning. I punkt 1.1.2.2 anges vidare att leverantören inom respektive avtalsområde ska kunna bistå beställaren med utbildningskompetens, rådgivning och stöd, inbegripet ombudskap, vid förhandlingar inför

såväl domstolar och myndigheter som utomrätta vid t.ex. förhandlingar med fackförbund i arbetsrättsliga frågor. Därutöver framkommer att anbudsgivarna vad gäller avtalsområde 2 kan välja att lämna anbud på del A, rådgivning och juridiskt stöd, och del B, utbildning och kompetensutveckling. I upphandlingsdokumentet punkt 1.2.3.7, *Teknisk och yrkesmässig kapacitet samt yrkesmässigt kunnande*, anges att anbudsgivaren ska ange två referensuppdrag per avtalsområde som har en tydlig koppling till det som efterfrågas i upphandlingen. Det uppges vidare att anbudsgivaren ska beskriva referensuppdragen och att uppdragsbeskrivningen ska ha utförts till offentlig sektor.

Det är ostridigt att de referensuppdrag Maminza har lämnat i sitt anbud inte avser uppdrag där uppdragsgivaren har varit en offentlig aktör. Frågan i målet är om kravet på att referensuppdragen måste avse uppdrag som har utförts till den offentliga sektorn strider mot proportionalitetsprincipen.

Upphandlande myndigheter har en långtgående frihet att formulera kraven i ett upphandlingsdokument under förutsättning att de överensstämmer med LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. Enligt 14 kap. 1 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade vad gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet. De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som anskaffas och stå i proportion till detta. Av 14 kap. 5 § LOU följer att ett krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Myndigheten får i detta syfte särskilt kräva att leverantörerna visar att de har tillräcklig erfarenhet genom att ge in lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontrakt (se prop. 2015/16:195 s. 1095).

Den utredning en upphandlande myndighet får begära att leverantörer ska lämna in till myndigheten för att visa att man uppfyller kvalificeringskraven vad gäller leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet listas i 15 kap. 11 § LOU. Den upphandlande myndigheten får bl.a. efterfråga en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som har utförts under högst de tre senaste åren med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare (15 kap. 11 § 2 LOU). Den aktuella bestämmelsen avser vilken bevisning en upphandlande myndighet får kräva och reglerar inte vilka krav som kan ställas på leverantörerna. Av bestämmelsen framgår enligt förvaltningsrättens mening endast att en upphandlande myndighet har rätt att begära information om huruvida de referensuppdrag som åberopas av anbudsgivarna i en upphandling har haft privata eller offentliga mottagare. Frågan om det är proportionerligt att kräva att åberopade referensuppdrag har haft en offentlig mottagare får avgöras från fall till fall med hänsyn till föremålet för respektive upphandling.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i upphandlingsdokumentet ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och prop. 2009/10:180 s. 91). En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se HFD 2016 ref. 37).

Den aktuella upphandlingen avser juristtjänster till Botkyrka kommun. Kommunen har ställt krav på att anbudsgivarna ska ha erfarenhet av att leverera juristtjänster till offentlig sektor. Ändamålet med kravet måste anses vara att kommunen ska vara förvissad om att de leverantörer som tilldelas kontrakt i upphandlingen kan leverera juristtjänster med god kvalitet anpassade till kommunens verksamhet. Kravet på att anbudsgivarna

ska ha erfarenhet av att leverera juristtjänster till offentlig sektor har enligt förvaltningsrättens bedömning en tydlig koppling till upphandlingsföremålet i den aktuella upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening är det vidare en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det avsedda ändamålet. Som framhållits av kommunen finns det skillnader mellan privata företag och offentliga aktörer. Dessa skillnader finns både i regleringen beträffande privat och offentlig sektor vad gäller de rättsområden som avses i avtalsområdena 1 och 2, samt vilka delar av lagstiftningen som typiskt sett är aktuella att tillämpa för privata respektive offentliga aktörer och vad gäller det betydligt bredare synsätt en kommun normalt sett måste anlägga i sin verksamhet jämfört med privata aktörer. Förvaltningsrätten anser därför att kravet även får anses vara nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet. Den negativa effekt som kravet kan antas ha för leverantörer som inte har erfarenhet av att leverera juristtjänster till offentlig sektor kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses oproportionerlig eller överdriven jämfört med det avsedda ändamålet. Det aktuella kravet strider därmed inte mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten anser således att det av vad Maminza har anfört i målet inte framgår att upphandlingen har genomförts i strid med proportionalitetsprincipen, någon annan av de upphandlingsrättsliga principerna eller någon av bestämmelserna i LOU. Skäl för ingripande mot upphandlingen saknas därmed och Maminzas ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Katerina Petkovska

Rådman

Föredragande har varit Cecilia Larsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, 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.