



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2012-05-04
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1575-12
Enhet 2

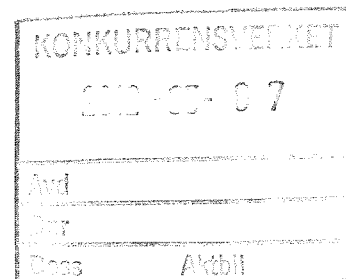
SÖKANDE

Coor Service Management Industriservice AB, 556392-7564
612 81 Finspång

Ombud: Advokat Johan Kennemyr och jur.kand. Jessica Eijvergård
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Finspångs Tekniska Verk, 556045-8811
612 80 Finspång



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen Fjärrvärmeanslutning SSAB, projektnummer 9625, ska göras om.

Dok.Id 80776

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
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Finspångs Tekniska Verk AB (FTV) genomför en upphandling benämnd *Fjärrvärmeanslutning SSAB*, projektnummer 9625. Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande där det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. I tilldelningsbeslut den 29 februari 2012 antogs annan anbudsgivare än Coor Service Management Industriservice AB (bolaget). I beslutet meddelades att bolagets anbud förkastats, eftersom skallkravet om fem års erfarenhet på ”arbetsgivare” och arbetsledare inte är uppfyllt.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

FTV bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Aktuell upphandling har genomförts i strid med LOU och gemenskapsrätten. Skallkravet på fem års erfarenhet vad gäller arbetsgivare och arbetsledare strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen. Med sitt anbud har bolaget lämnat en lista på referensuppdrag som visar att bolaget har anställda arbetsledare med minst fem års erfarenhet av liknande projekt. På den i upphandlingen aktuella marknaden är dock bolaget en ny aktör och verksamheten inom denna bransch påbörjades under 2011. Skallkravet går längre än vad som är lämpligt, effektivt, relevant och ändamålsenligt för upphandlingen. Det har på ett omotiverat och i förhållande till LOU oförenligt sätt begränsat konkurrensen. En anbudsgivare kan ha erforderlig kapacitet och besitta relevant kunskap och förmåga att utföra det aktuella uppdraget trots avsaknad av fem års tidigare erfarenhet. Sådan erfarenhet kan besittas även av nya aktörer genom att dessa, såsom i bola-

gets fall, har anställda som har minst fem års relevant erfarenhet av liknande projekt. Förfrågningsunderlaget visar inte heller på något sätt att FTV har prövat, eller övervägt att pröva, något mindre ingripande alternativ för att uppnå syftet med upphandlingen. Eftersom skallkravet gynnar etablerade företag medan det diskriminerar nya aktörer på marknaden, strider kravet mot likabehandlingsprincipen. FTV:s syfte med skallkravet – att säkerställa leverantörens kapacitet, erfarenhet och förmåga – kan både tillgodoses och garanteras genom att kravet istället uppställs på så sätt att anbudsgivaren ska kunna visa att man innehar tillräcklig kapacitet och erfarenhet genom sin personal. Vidare har bolaget inte endast en arbetsledare utan ett flertal anställda som innehar efterfrågad kompetens och erfarenhet av liknande projekt inom fjärrvärmebranschen. Bolaget har också tilldelats upphandlingskontrakt av ett antal energibolag inom den offentliga sektorn. Bolaget har lidit skada till följd av överträdelserna. Upphandlingen måste göras om.

FTV

Kravet på att anbudsgivaren och arbetsledaren ska ha minst fem års relevant erfarenhet av liknande projekt är uppställt för att säkerställa att antagen leverantör har den kapacitet, erfarenhet och förmåga som krävs för att FTV ska kunna vara säker på att leverantören är kapabel att genomföra projektet på ett godtagbart sätt. Ett uppdrag av denna storlek och komplexitet kräver, förutom en god arbetsledare med långvarig erfarenhet av liknande projekt, även en väl fungerande organisation i övrigt. Det räcker således inte att enbart ställa krav på arbetsledaren. Genomförande kan inte vila på en enskild anställd, utan kräver att företaget som sådant kan visa på en inte oväsentlig erfarenhet av verksamhetsområdet.

Fjärrvärmeledningen läggs delvis inom industriområde som till viss del består av kontaminerad mark med fortlöpande industritransporter. Kvalificerade passager över vattendrag, järnvägsspår och kraftverkstuber ska utfö-

ras. En stor del av sträckningen går också i gata, där dels huvudvattenledningen för Finspångs vattenförsörjning ligger, dels elmatning till Finspångs tätort. Vidare gäller en snäv tidsram för uppdraget. Anbudsgivare måste därför kunna visa prov på väl genomförda projekt under en längre tid. Det är inte tillräckligt att, som i bolagets fall, anställa en arbetsledare som har minst fem års erfarenhet av liknande projekt. Skallkravet är sakligt grundat och har inte uppställts för att kunna utestänga några leverantörer från att delta i upphandlingen.

Vidare har bolaget ingen erfarenhet alls av liknande projekt och hade därmed inte kommit ifråga som leverantör även om skallkravet hade omfattat färre antal års erfarenhet. Bolaget medger även självt att det är en ny aktör på den aktuella marknaden. Därmed kan bolaget inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada.

Att bolaget först nu ansöker om överprövning strider mot det skyndsammhets- och effektivitetskrav som gäller vid offentlig upphandling och som följer av gemenskapsrättslig praxis. Bolagets talan bör därför avslås även på denna grund.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av förfrågningsunderlaget, *Finspångs Tekniska Verk AB Fjärrvärmean-slutning SSAB, AMA-AF 07 Administrativa föreskrifter* framgår bl.a. följande, se AFA.21 Översiktlig information om objektet. Finspångs Tekniska Verk AB avser att ansluta SSAB i Finspång för att möjliggöra spillvärmeleveranser till fjärrvärmenätet. Aktuell entreprenad omfattar förläggning av 2 st. fjärrvärmerör DN200/355 (1 600 m) från befintligt fjärrvärmenät vid Mykärrsvägen till SSAB i Finspång enligt ritningsunderlag. Entreprenaden omfattar komplett byggnation av kulvert inklusive markarbeten, muffning-sarbeten, svetsning, provning samt inköp av allt erforderligt material. Vida-

re ingår inköp, grundläggning och montage samt montering av en rörbrygga över Myrkärret.

Av AFB.51, Prövning av anbudsgivare, framgår bl.a. att anbudsgivaren och arbetsledaren ska ha minst fem års relevant erfarenhet av liknande projekt och att detta ska styrkas med lista på referensuppdrag.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har ansökt om överprövning inom den i 16 kap. 11 § LOU angivna tidsfristen. Det saknas därför grund för att, som FTV:s yrkande får uppfattas, avvisa bolagets talan.

Den andra frågan som rätten har att ta ställning till är om FTV, genom att ställa krav på att anbudsgivaren och arbetsledaren ska ha minst fem års relevant erfarenhet av liknande projekt, kan anses ha handlat i strid mot bestämmelserna i LOU och gemenskapsrätten. Bolaget menar att FTV bryter mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen.

Likabehandlingsprincipen

Det bolaget framfört och det som framgår av åberopade handlingar visar inte att FTV utifrån fastställt förfrågningsunderlag har särbehandlat någon anbudsgivare eller gett dem olika förutsättningar. Det saknas därför stöd för att hävda att FTV brutit mot likabehandlingsprincipen.

Proportionalitetsprincipen

En upphandlande enhet är fri att välja vilka kriterier som ska ingå i anbudsvärderingen under förutsättning att dessa inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen, som en av de grundläggande principerna, innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och som får anses vara ända-

målsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

FTV:s syfte med de ställda kraven på minst fem års relevant erfarenhet av liknande projekt för anbudsgivaren och arbetsledaren får anses vara att säkerställa att antagen leverantör har den kapacitet och förmåga som krävs för att genomföra projektet på ett godtagbart sätt. Kraven framstår som både lämpliga och effektiva för att uppnå detta syfte.

Vad sedan gäller frågan om skallkraven är nödvändiga för att uppnå syftet kan förvaltningsrätten visserligen dela FTV:s bedömning att det torde vara nödvändigt att den som har att leda arbetet har erfarenhet av liknande uppdrag. Kraven riktas dock inte bara mot arbetsledaren utan även mot anbudsgivaren, dvs. organisationen. Det FTV uppgett om skälet för att rikta kravet även mot anbudsgivaren är allmänt hållet och visar inte att det kan anses nödvändigt att också företaget i sig har fem års erfarenhet av liknande uppdrag.

Förvaltningsrätten uppfattar vidare att kravet på fem års erfarenhet för anbudsgivaren medför att nystartade företag som rekryterat personal med tillräckligt erfarenhet utesluts från upphandlingen. Det kravet kan inte anses motiverat och har dessutom en starkt konkurrensbegränsande effekt.

De nu aktuella kraven är således inte förenliga med proportionalitetsprincipen och FTV har härigenom brutit mot LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna.

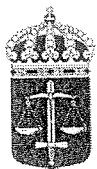
Eftersom bolaget felaktigt har uteslutits från upphandlingen, får det anses i vart fall ha kunnat komma lida skada. Det finns därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Felet gäller utformningen av förfrågningsunderlaget och det kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Ingripandet ska därför bestå i att upphandlingen ska göras om.

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



Mats Edsgården

Föredragande har varit Charlotte Jonasson.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart 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 vartill 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU