



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2019-03-21
Meddelad i Malmö

Mål nr
10463-18

Sida 1 (7)

SÖKANDE

Bortföretaget AB, 559132-7043
Marbäcksgatan 13
233 34 Svedala

MOTPART

MKB Fastighets AB, 556049-1432
Box 50405
202 14 Malmö

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019-03-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Dok.Id 466334

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

MKB Fastighets AB (MKB) genomför en upphandling avseende "Fastighetsnära tjänster 2018" (dnr 17/254). Upphandlingen avser ramavtal för fastighetsnära tjänster såsom pappersplockning, grovstädning, rensning av vindar och källare. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bortföretaget

Bortföretaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om samt att upphandlingstexten då utformas i enlighet med gällande lagstiftning. Som stöd för sin talan anför bolaget följande.

Formuleringen i förfrågningsunderlaget UF.1 Allmän orientering, Avgränsningar "Lägenhetstömningar under 2 timmar ingår inte i uppdraget, dessa omfattas av städavtalet." strider mot yrkestrafiklagen, avfallsförordningen och lagen om transport av farligt gods. Lagarna innehåller inte några undantag för arbeten som omfattar mindre än två timmars arbete. Yrkesmässiga transporter av avfall och farligt avfall kräver alltid tillstånd

Av UF.1 Allmän orientering, Övrigt framgår bl.a. följande. "Kvalificerade leverantörer som ej tilldelas något område utgör resurser i de fall någon tilldelad leverantör frånträder avtal". Denna skrivning strider mot LOU eftersom den inte behandlar alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Formuleringen tillåter alla som vill lämna anbud och bli godkända att komma in med tillstånd i efterhand. Detta innebär att anbudsgivare som innehar alla tillstånd missgynnas i förhållande till de som

inte har nödvändiga tillstånd. Den ifrågasatta formuleringen strider även mot UF3.512 Tillstånd och lagstiftning, ”Anbudsgivare ska ha för verksamheten erforderliga tillstånd. Anbudsgivare ska beakta alla lagar och föreskrifter som gäller för den verksamhet som ska utföras.” Texten strider även mot 2 § yrkestrafiklagen eftersom yrkesmässig trafik inte får bedrivas utan tillstånd.

Enligt SF3.3 Personal ska leverantören ha tillgång till minst två yrkesarbetare som ska arbeta på ett område mot MKB. Detta innebär i praktiken att leverantören ska ha minst sex yrkesarbetare till förfogande för att kunna få tilldelade tre områden. MKB lovar dock inga volymer och svarar inte på frågan i frågor och svar. MKB garanterar ingenting. De kräver att leverantörerna ska stå klara med stora resurser men garanterar ingenting. Tvärtom är det de enskilda beställarna som kan häva hela avtalet och kräva tusentals kronor i vite. MKB bryter mot LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Skrivningen i SF3.71 Kontraktsmöten strider mot LOU på grund av hur avtalsuppföljningen kommer att ske. På det sätt som MKB har utformat texten finns det utrymme att på ett godtyckligt vis stoppa entreprenörer från att tilldelas framtida avtal. Avtalstexten är genomsyrad av tveksamma och godtyckliga tolkningsbara formuleringar.

Uppföljning och kontroll av arbets- och anställningsvillkor såsom den kommer till uttryck i Kommersiella villkor och underlag för avtal strider mot LOU. Den information som MKB vill kontrollera är inte tillräckligt preciserad och tillvägagångssättet är inte rättsligt förankrat.

MKB

MKB anser att ansökan ska avslås och anför följande.

Sökanden tycks göra gällande att den omständigheten att MKB valt att exkludera vissa uppdrag från upphandlingens omfattning strider mot bl.a. LOU och yrkestrafiklagen. MKB tillbakavisar dessa påståenden. MKB har som upphandlande myndighet stor frihet att utforma upphandlingen på sätt som MKB finner lämpligt. Det är inte heller görligt att angripa en upphandling utifrån vad som inte omfattas av upphandlingen. Huruvida utförande aktör av de tjänster som är exkluderade i nu aktuell upphandling utför dessa i enlighet med all rådande lagstiftning ska inte prövas inom ramen för denna upphandling. Ansökan saknar därför grund i denna del.

Vidare tycks sökanden göra gällande att skrivningen ”Kvalificerade leverantörer som ej tilldelas något område utgör resurser i de fall någon tilldelad leverantör frånträder avtal” strider mot LOU eftersom MKB inte uppställer något krav på att inkomma med bevis om tillstånd i samband med anbuds-lämning. Genom regleringen i Kommersiella villkor, 22 § Tillstånd, ger MKB fler leverantörer möjlighet att delta i ramavtalsupphandlingen eftersom leverantörer som inte redan har de erforderliga tillstånden tillåts införskaffa dessa inom två månader efter tilldelningsbeslutet vunnit laga kraft. Detta öppnar upp för en ökad konkurrens.

Angående upphandlingens utformning vill MKB anföra följande.

MKB:s krav på två yrkesarbetande per tilldelat område är utformat för att tillse MKB:s behov av tillräcklig bemanning inom tilldelat område vid avrop och är därför i full förenlighet med LOU och de grundläggande principerna. Den omständighet att MKB inte uppställer några volymgarantier påverkar inte denna bedömning. Tvärtom utgör själva syftet med ramavtal att fastställa, helt eller delvis, villkoren för eventuella framtida anskaffningar under en förutbestämd tidsperiod. Själva ramavtalets karaktär är således sådant att några volymer inte kan förbestämmas. MKB har tydligt angett förutsättningar i upphandlingen.

Villkoren i kommersiella villkor och underlag för avtal är utformade bl.a. för att möjliggöra en god avtalsuppföljning för MKB och för att säkra goda leveranser av de aktuella tjänsterna. Villkoren är transparent redovisade i upphandlingen och inte heller i övrigt i någon mån i strid med de grundläggande principerna. Den av sökanden ifrågasatta modellen syftar till att tillse att MKB på ett transparent sätt möjliggör uppföljning både under och efter avtalstiden, för att säkra goda leveranser och seriösa leverantörer. Vidare är det MKB:s bestämda uppfattning att sökandens invändning om att avtalsvillkoren kan komma att föranleda brister i en eventuell kommande ramavtalsupphandling eller avseende hur en potentiell framtida tvist om ett eventuellt ingått avtal ska hanteras inte ska prövas inom ramen för nu aktuell upphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla alla 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.

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

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Av förfrågningsunderlaget ska det framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte tillgodoser dessa krav får inte antas.

Förvaltningsrättens bedömning

Bortföretagets invändning mot att avgränsa upphandlingsföremålet till att inte omfatta uppdrag som är mindre än två timmar

Upphandlande myndigheter har stor frihet när det kommer till att utforma förfrågningsunderlag (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50) så länge det är förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU. Bortföretaget har inte förmått visa att MKB genom att utforma en avgränsning har agerat i strid med de allmänna principerna för offentlig upphandling enligt LOU.

Bortföretagets argumentering rörande att MKB genom att inte ställa krav på bevis om erforderliga tillstånd vid anbudsinlämning har agerat i strid med LOU och likabehandlingsprincipen

Av 22 § i Kommersiella villkor och underlag för avtal framgår bl.a. att tjänsten kräver att leverantören innehar trafiktillstånd och tillstånd för att transportera farligt avfall. Vidare framgår att leverantören ska införskaffa eget tillstånd för transport av avfall, transport av farligt avfall inom två månader efter det att tilldelningsbeslutet vunnit laga kraft.

Det står en upphandlande myndighet fritt att i upphandlingsdokumentet uppställa vilka krav man vill så länge kraven är förenliga med de grundläggande principerna i LOU. Det som Bortföretaget anfört visar inte att det

ifrågasatta kravet i upphandlingen på något sätt missgynnar någon leverantör eller på annat sätt står i strid med likabehandlingsprincipen i LOU.

Bortföretagets argumentering om att kravet på två yrkesarbetande per tilldelat område inte är proportionerligt och därmed strider mot LOU.

Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet i den aktuella upphandlingen. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade syftet och de vidtagna åtgärderna. MKB har anfört att det aktuella kravet är utformat för att tillse MKB:s behov av tillräcklig bemanning inom tilldelat område vid avrop. Enligt förvaltningsrättens mening strider det uppställda kravet inte mot proportionalitetsprincipen.

Bortföretagets invändning mot hur MKB formulerat villkor rörande avtalsuppföljning

Förvaltningsrätten finner att bortföretaget inte har visat på vilket sätt bolaget lidit skada på grund av de angivna villkoren (jfr HFD 2013 ref. 53).

Sammanfattning

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att Bortföretaget inte förmått visa att MKB har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU. Bortföretagets ansökan härom ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

