



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2020-04-23

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (22)

Mål nr

29360-19

SÖKANDE

Hissgruppen Sverige AB, 556199-5563
Box 420 50
126 13 Stockholm

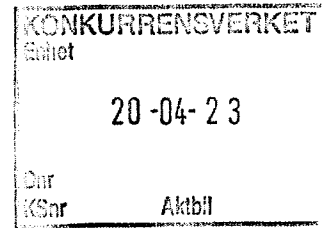
MOTPART

AB Botkyrkabyggen, 556064-6191

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och jur.kand. Sara Öwall
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 22
211 34 Malmö

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar ansökan i den del som avser överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av avtalets giltighet.

Dok.Id 1207379

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd31.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

AB Botkyrkabyggen (Botkyrkabyggen) har genomfört en upphandling avseende drift och skötsel av maskindrivna portar och hissar i Botkyrkabyggens och Fastighets AB Alfågelns fastighetsbestånd samt hantering av larmbord och jour dygnet runt under årets alla dagar. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut meddelades den 10 december 2019 varpå Schindler Hiss AB (Schindler) tilldelades kontraktet.

Hissgruppen Sverige AB (Hissgruppen) ansökte om överprövning och yrkade i första hand att förvaltningsrätten skulle besluta om rättelse på så sätt att Schindlers anbud inte skulle prövas. I andra hand yrkade bolaget att rätten skulle besluta om rättelse på så sätt att ny anbudsutvärdering skulle genomföras varvid Schindlers anbud skulle erhålla noll (0) poäng i kvalitetsavdrag samt att nytt beslut om tilldelning skulle fattas därefter. I tredje hand yrkade man att förvaltningsrätten skulle besluta om rättelse på så sätt att upphandlingen skulle göras om i sin helhet.

Avtalsspärr löpte enligt tilldelningsbeslutet till och med fredagen den 20 december 2019. Hissgruppens ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 20 december 2019. Lördagen den 21 december tecknade Botkyrkabyggen kontrakt med Schindler. Hissgruppen har därefter justerat sitt yrkande.

Hissgruppen yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att det avtal som ingåtts mellan Botkyrkabyggen och Schindler är ogiltigt. Hissgruppen vidhåller även sina tidigare framställda yrkanden. Hissgruppen erinrar vidare om förvaltningsrättens utredningsskyldighet.

Botkyrkabyggen bestrider Hissgruppens yrkanden.

GRUNDER

Hissgruppen

Avtalsspärren är automatiskt förlängd med anledning av att överklagande har inkommit innan den ordinarie avtalsspärren har löpt ut. Botkyrkabyggen har trots det ingått kontrakt med Schindler. Ett sådant avtal ska av rätten beslutas vara ogiltigt. Konsekvensen av att avtalet beslutas vara ogiltigt innebär att upphandlingen fortsatt kan överprövas.

Schindlers anbud skulle rätteligen inte ha upptagits till utvärdering då de inte uppfyller kvalificeringskraven. Schindlers anbud skulle rätteligen inte heller ha upptagits till utvärdering med anbudspris minus max kvalitetsavdrag. Botkyrkabyggen har vidare otillbörligen påverkat upphandlingen genom jäv. Botkyrkabyggen har härigenom snedvridit konkurrensen och åsidosatt likabehandlingsprincipen. De felaktigheter som förekommit är av sådan art och omfattning att förfarandet är oförenligt med upphandlingslagstiftningen. Härigenom anser Hissgruppen sig ha lidit skada eller riskerar att lida skada.

Botkyrkabyggen har inte lämnat ut relevanta handlingar från Schindlers anbud avseende bolagets fordonsflotta med hänvisning till sekretess. Förvaltningsrätten behöver självständigt begära in samtliga handlingar som utgör Schindlers anbud för att kunna bedöma vilka brister som föreligger.

Hissgruppens anbud har vidare rätteligen kvalificerats då de uppfyller alla krav i upphandlingen.

Botkyrkabyggen

Botkyrkabyggen har beaktat avtalsspärren och ingått Avtalet först efter att avtalsspärren löpt ut. Botkyrkabyggen har, visserligen felaktigt, varit i tron att avtalsspärren inte förlängts då Botkyrkabyggen underrättades om ansökan om överprövning den 23 december, dvs. efter att Avtalet ingåtts med Schindler. En upphandling kan endast överprövas innan dess att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och leverantören. Då Botkyrkabyggen har ingått avtal med Schindler saknas det grund för prövning av Hissgruppens yrkanden om rättelse av upphandlingen.

Botkyrkabyggen har inte överträtt någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Schindler uppfyller samtliga krav i upphandlingen och har uppfyllt kraven för maximalt kvalitetsavdrag och har därför rätteligen tilldelats kontraktet. Vid förnyad genomgång av Hissgruppens anbud har Botkyrkabyggen uppmärksammat en brist i anbudet. Anbudet borde mot denna bakgrund rätteligen ha förkastats vid anbudsutvärderingen. Hissgruppen har inte uppfyllt skaderekvisitet i 20 kap. 13 § LOU och det föreligger därför inte skäl för förvaltningsrätten att besluta att avtalet är ogiltigt. Även för det fall förvaltningsrätten skulle finna att Botkyrkabyggen har överträtt någon grundläggande princip eller bestämmelse i LOU ska Hissgruppen, eventuella, ansökan om ogiltighet således avslås då Hissgruppen inte uppfyller skaderekvisitet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningen i målet

Hissgruppen

Hissgruppen har bl.a. anfört att Botkyrkabyggen har tecknat avtal under den förlängda avtalsspärren och att det är endast när ett giltigt avtal har tecknats, efter att avtalsspärren gått ut, som upphandlingen inte längre kan överprövas. En annan tolkning skulle innebära att alla upphandlande myndigheter kan undgå överprövning av upphandlingar genom att omedelbart bryta mot avtalsspärren och teckna avtal direkt efter beslut om tilldelning.

Botkyrkabyggen

Botkyrkabyggen har anfört att en upphandling inte får överprövas efter det att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Förvaltningsrättens bedömning

Av handlingarna i målet framgår att tilldelningsbeslut meddelades den 10 december 2019. Avtalsspärr löpte till och med den 20 december 2019. Hissgruppens ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 20 december 2019, dvs. inom den lagstadgade avtalsspärren (20 kap. 1 § LOU). En förlängd avtalsspärr gäller således under handläggningen i förvaltningsrätten (20 kap. 8 § LOU). Botkyrkabyggen har den 21 december 2019 tecknat avtal med Schindler i strid med den förlängda avtalsspärren.

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (20 kap. 6 § andra

stycket LOU). Förvaltningsrätten är således förhindrad att överpröva upphandlingen som sådan, även om avtalet har ingåtts under tiden förlängd avtalsspärr gäller. Ansökan ska därmed avvisas i den del den avser överprövning av upphandlingen.

Frågan som förvaltningsrätten har att pröva i målet är därmed om det finns skäl att ogiltigförklara avtalet som ingåtts mellan Botkyrkabyggen och Schindler.

Efter en ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (20 kap. 4 § LOU).

Ett avtal ska förklaras ogiltigt bl.a. om det har slutits i strid med bestämmelserna om förlängd avtalsspärr i 8 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 13 § andra stycket LOU).

Jäv

Hissgruppen

Affärsområdeschefen för drift av Botkyrkabyggens fastigheter (affärsområdeschefen) har varit intern beställande part hos Botkyrkabyggen. Dennes bror är VD på Schindler. Otillbörlig påverkan undviks inte endast genom att andra personer än den beslutsfattande chefen "på pappret" deltar i upphandlingsförfarandet. Det är den verksamhetschef som ska tillämpa det

framtida avtalet som ställer kraven för vad som ska upphandlas. Upphandlaren utför upphandlingsprocessen och är inte den som på något sätt beslutar om vad som ska upphandlas med vilka krav för verksamheten. Inte heller görs detta av en annan affärsområdeschef. Det är verksamhetschefen som ställer krav på de materiella villkoren för avtalet, tillika krav på att upphandlingen verkar för att avtalet kommer till stånd. Affärsområdeschefen har ansvar att tillse att driften av fastigheter är fungerande, där hissar är en väsentlig del av fungerande drift av fastigheterna. Affärsområdeschefen har i bransch-media i december 2019 själv angett sina ansvarsområden, där de begränsningar som Botkyrkabyggen nu anger inte meddelats. Av Botkyrkabyggens egen hemsida framgår dessutom att organisationen inte är uppdelad så som beskrivits. Drift är inte uppdelat i några delområden alls. Det ska också påpekas att affärsområdeschefen ingår i bolagets ledningsgrupp. Möjligheten att fatta beslut inom drift för Botkyrkabyggen är därmed inte begränsad så som påstås.

De handlingar som har vidtagits i upphandlingsförfarandena under hösten 2019 styrker Hissgruppens ståndpunkt att affärsområdeschefen inte bara påverkat köpet utan dessutom otillbörligen påverkat upphandlingen.

Upphandling av denna tjänst har genomförts två gånger under perioden september-december 2019. Den första upphandlingen, där Hissgruppen hade lägsta pris och vinnande anbud, avbröts med motiveringen att Botkyrkabyggen förhållit sig till en felaktig budget vid upphandlingens start och att priserna därmed var för höga för att kunna antas. Budget fanns varken vid upphandlingens start eller vid anbudens öppnande eller värdering. Vid möte mellan parterna angav Botkyrkabyggen att det pris som lämnats översteg deras tänkta kostnad. Vilken kostnad detta var kunde Botkyrkabyggen inte redogöra för. På mötet angavs endast ett nytt timantal som använts för att räkna ut Botkyrkabyggens uppfattning om vad tjänsten fick kosta. Botkyrkabyggen hade inget underlag för var dessa timantal kom ifrån,

varken en budget eller statistik från tidigare års service och drift. Den 23 oktober 2019 upprättades en handling betecknad som budget. Denna efterkonstruerade beräkning innehöll ingen vidare information om någon budgetering utan endast ett högre antal timmar för delar av tjänsten än den tidigare upphandlingen. Endast 10 dagar efter beslutet att avbryta upphandlingen gick Botkyrkabyggen ut med en ny upphandling som var i princip identisk med den föregående, med undantaget av att antalet timmar ändrats i enlighet med den så kallade budgeten. Det är uppenbart för Hissgruppen att Botkyrkabyggen inte har haft en riktig budget att utgå ifrån vid någon av upphandlingarna. Den efterkonstruerade beräkningen synes snarare vara ett sätt att skapa sig en fiktiv grund för att avsluta den tidigare upphandlingen, och därefter tillföra samma efterkonstruerade siffror i en upphandling som skulle säkerställa att Schindler tilldelas kontraktet. Handlingen är en efterhandkonstruerad beräkning för att slå ut alla vinnande anbud från annan än Schindler. Med anledning av att Botkyrkabyggen dessutom vägrar att lämna ut handlingar som rätteligen ska anses allmänna och offentliga, med angivelse av sekretess med grund i affärshemligheter och konkurrensfördelar hos Schindler utan att några sådana existerar i verkligheten, kan inte Botkyrkabyggens agerande tolkas som något annat än ett försök att mörklägga samt undanhålla den otillbörliga påverkan av jäv i upphandlingen. Att agera på ett sådant otillbörligt sätt är att gravt åsidosätta konkurrensen och likabehandlingsprincipen, för att inte tala om det korrupta i handlandet. I och med detta ska upphandlingen göras om i sin helhet.

Botkyrkabyggen

Upphandlingen har inte påverkats av någon jävssituation. För genomförande av upphandlingen har Botkyrkabyggen utöver intern kompetens anlitat en upphandlingskonsult. En av Botkyrkabyggens anställda har varit ansvarig för upphandlingen. Vidare framgår det av upphandlingsdokumentet att ombud för avtalet är en annan affärsområdeschef vid Botkyrkabyggen. Vid

anbudsöppning närvarade en anställd hos Botkyrkabyggen. Dessa fyra personer har genomfört upphandlingen för Botkyrkabyggen. Den affärsområdeschef som Hissgruppen utpekat är anställd hos Botkyrkabyggen men han har inte på något sätt varit inblandad i Upphandlingen. Vad Hissgruppen anfört om en påstådd jävssituation saknar således grund.

Hissgruppens redogörelse för hur Botkyrkabyggens organisation är uppbyggd ansvars- och uppgiftsmässigt är felaktig. Botkyrkabyggen har en avdelning som benämns som "driftavdelningen". Driftavdelningen arbetar med drift för områdena el, vatten och värme. Det ligger även inom avdelnings ansvar att jobba med driftoptimering för dessa områden. Avdelningen arbetar inte med hissar eller drift av hissar.

Botkyrkabyggen har tidigare genomfört en upphandling avseende den tjänst som är aktuell för förevarande upphandling. Av beslutet att avbryta den upphandlingen framgår att skälet för avbrytande var att det fanns brister i upphandlingsdokumentet samt redogörelse för att detta utgör sakligt skäl för avbrytande. Botkyrkabyggen bestrider att Hissgruppens påstående om att den budget som tagits fram är en "efterkonstruerad beräkning". Budgeten är framtagen och beräknad utifrån Botkyrkabyggens erfarenhet och prognos för upphandlingsföremålet. Beslutet att avbryta upphandlingen blev inte föremål för ansökan om överprövning. Hissgruppen anför, så som det får förstås, att det utgör jäv när en upphandlande myndighet avbryter en upphandling på grund av brister i upphandlingsdokumenten för att sedan annonsera en ny upphandling för samma upphandlingsföremål. Denna uppfattning är felaktig, det ligger i sakens natur att en upphandlande myndighet efter att ha avbrutit en upphandling på grund av brister rättar till bristerna och sedan annonserar på nytt.

Förvaltningsrätten bedömning

Principerna om likabehandling och öppenhet är centrala i offentlig upphandling. Likabehandlingsprincipen syftar till att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan deltagarna i en upphandling och innebär att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare. Öppenhetsprincipen syftar till att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida gentemot vissa anbudsgivare eller vissa anbud.

LOU saknar uttryckliga bestämmelser om jäv och otillåtna intressekonflikter. Reglerna i förvaltningslagen (2017:900), FL, om jäv är emellertid tillämpliga i en myndighets hantering av upphandlingsärenden (prop. 2006/07:128 s. 143 och prop. 2015/16:195 s. 471 f.). I 16 § FL finns bestämmelser som anger i vilka situationer den som för en myndighets räkning tar del i handläggningen på ett sätt som kan påverka myndighetens beslut i ärendet är jävig.

Jävsreglerna syftar till att förhindra misstankar om bristande opartiskhet och ovidkommande hänsyn. Det krävs inte att en handläggare rent faktiskt har brustit i kraven på opartiskhet och objektivitet för att det ska vara fråga om jäv. Det är tillräckligt att det med ett objektivt betraktelsesätt finns någon särskild omständighet som rubbar förtroendet för handläggaren.

Jävsreglerna gäller den som ska handlägga ett ärende. Med det avses inte bara beslutsfattare utan alla som ska ta sådan befattning med ärendet att de kan tänkas inverka på utgången (se t.ex. JO:s beslut den 22 oktober 2018, dnr 753-2017).

Av tillgängliga uppgifter i målet framgår visserligen att affärsområdeschefen, anställd vid Botkyrkabyggen i en ledande befattning, är bror till Schindlers VD. Det framgår emellertid inte av utredningen i målet att

affärsområdeschefen på något sätt har deltagit i arbetet med upphandlingen. Enbart den omständigheten att det finns släktskap mellan dessa personer ger enligt förvaltningsrättens mening inte tillräckligt stöd för påståendet att upphandlingen har genomförts i strid med likabehandlingsprincipen. Det saknas vidare objektiva omständigheter som medför att opartiskheten hos någon av de personer som faktiskt har varit inblandade i upphandlingen kan ifrågasättas. Eftersom det inte är visat att affärsområdeschefen har deltagit i upphandlingen innebär hans relation till VD:n i det vinnande bolaget inte heller att det förelegat jäv på så sätt som gjorts gällande.

Bristande kravuppfyllelse hos vinnande anbudsgivare

Hissgruppen

I punkt H2 har Botkyrkabyggen uppställt ett kvalificeringskrav på att var anbudsgivare ska inkomma med en sammanställning för att styrka åtta (8) teknikernas kompetens. Ett av kompetenskraven är erfarenhet av drift och service av mekaniska portar. I punkt H2 finns ett kvalificeringskrav på att anbudsgivare ska inkomma med CV för att styrka arbetsledares kompetens på fem (5) års arbetsledning i liknande uppdrag.

Av den information som finns öppet på marknaden framgår att Schindler varken har tekniker med kompetens inom service och drift av mekaniska portar eller har arbetsledare som uppfyller kraven. Den angivna arbetsledaren innehar inte efterfrågad kompetens då den ledningserfarenhet som åberopas består av endast ca 3 år som installationsledare för hiss. Tidigare erfarenhet från chef och ledarskap avser installation och service av rulltrappor. Detta framgår av CV hämtat från LinkedIn. Kravet på kompetens och teknisk kunskap kan endast vara uppfyllt om arbetsledaren har de erfarenheter som krävs i H2, vilket inte är fallet. Kravet är ledarskap under installationer av hissar (liknande uppdrag) och inte ledning av installationer

av rulltrappor. Arbetsledaren uppfyller således inte det ställda kravet om fem (5) års erfarenhet av arbetsledning för liknande uppdrag som upphandlas. Anbudet ska därmed rätteligen uteslutas och inte prövas för tilldelning av kontrakt.

Botkyrkabyggen

Av lydelsen i punkten H2 framgår på vilket sätt anbudsgivare ska visa att kraven är uppfyllda. För tekniker ska en sammanställning bifogas där det framgår namn, utbildning och antal år som personen arbetat som tekniker. Det är således tillräckligt, för att kravet ska vara uppfyllt, att bifoga en sammanställning med detta innehåll. Schindler har till sitt anbud bifogat en sammanställning över de tekniker som bolaget har tillgång till. Av denna framgår att Schindlers anbud uppfyller kravet avseende teknikernas kompetens.

Avseende arbetsledare framgår det av punkten H2 att anbudsgivare ska bifoga CV för den person som offereras samt att det ska framgå att denna person har minst fem års erfarenhet av arbetsledning inom upphandlingens område. Av det CV som Schindler har bifogat till sitt anbud avseende offererad arbetsledare framgår att personen sedan år 2014 arbetat som Distriktschef/installationsledare. Kravet om erfarenhet inom området är således uppfyllt. Den upphandlande myndigheten har att utgå ifrån de uppgifter som Schindler har lämnat i sitt anbud. Botkyrkabyggen ifrågasätter på vilket sätt Hissgruppen menar att erfarenheten borde ha specificerats ytterligare. Botkyrkabyggen har att utgå ifrån de uppgifter som respektive anbudsgivare gett in och det saknas skäl att ifrågasätta Schindlers uppgifter.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingsdokumentets avsnitt H behandlar krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet. Under punkten H2) Teknisk personal anges bl.a. följande. All personal ska ha kunskap och erfarenhet för att utföra sina arbetsuppgifter. Anbudsgivaren ska intyga att de har tillgång till minst åtta (8) st. tekniker, utbildade och sakkunniga på arbeten omfattande drift och skötsel av maskindrivna portar och hissar. Intyg sker genom att anbudsgivaren bifogar sammanställning med namn, utbildning samt antal år som tekniker. Under punkten H2) Arbetsledare framgår att arbetsledaren ska ha minst 5 års erfarenhet av arbetsledning inom det området upphandlingen avser. För denne skall ett CV bifogas där det tydligt ska framgå att kravet uppfylls.

Av Schindlers anbud framgår att bolaget har angett att de uppfyller de angivna personal- och kompetenskraven.

Förvaltningsrätten har tagit del av den sammanställning som avser tekniker. Av denna kan inte annat utläsas än att Schindlers anbud uppfyller de uppställda kraven i punkten H2 i upphandlingsdokumentet.

Avseende arbetsledare framgår det av till anbudet bifogat CV att personen har befattning som Distriktschef/Installationsledare. Under rubriken arbets- erfarenhet framgår att arbetsledaren har haft denna befattning hos Schindler sedan 2014. Under rubriken arbetsuppgifter framgår att personen ansvarar för en grupp av servicetekniker. Vidare framgår att personen är kund- ansvarig vilket innebär att kunden alltid kan vända sig till hen för frågor som rör kundens hissar.

Enligt förvaltningsrättens mening har Botkyrkabyggen utifrån dessa uppgifter haft fog för att anse att kravet uppfylls. Hissgruppen kan inte

genom utdrag från LinkedIn i målet anses ha visat att Schindlers anbud brister avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Kvalitetsavdrag

Hissgruppen

Botkyrkabyggen har i punkt UF3.5.2.1 punkt 2.1 angett att var anbudsgivare som har fordon som uppfyller i punkten angivna krav kan bifoga en förteckning av dessa fordon, vilka slag av fordon samt att vissa för fordonen nödvändiga avtal finns i förhållande till dess drivmedel. Fordonsflottan ska kunna disponeras hos leverantören vid anbudstillfället.

Det är ovisst vilka handlingar som har bifogats av Schindler då Botkyrkabyggen har sekretessbelagt vilka slag av handlingar som bifogats samt handlingarna i sin helhet. Det synes därmed som att Botkyrka inte vill lämna ut handlingarna på grund av andra skäl, d.v.s. att handlingarna faktiskt inte visar att Schindler har en fordonsflotta som uppnår till det kvalitetsavdrag som tilldelats dem. Hissgruppen menar därmed att Schindler inte har en sådan fordonsflotta som innebär att de ska ha max kvalitetsavdrag.

Det är inte, genom den till domstolen inlämnade sammanställningen, visat att Schindler innehar den fordonsflotta som medger kvalitetsavdrag. Den ingivna handlingen är endast en mycket kort sammanställning utan bilagor. Det är just bilagorna som kan visa om fordonsflottan medger möjlighet till kvalitetsavdrag. Bilagorna saknas och därmed finns inget som styrker påståendena i sammanställningen. För det fall rätten inte fått in bilagorna till Schindlers redogörelse vill Hissgruppen påminna om HFD 2018 ref. 28.

Botkyrkabyggen

Av rubrik UF3.5.2.1 Tilldelningsgrund framgår att anbudsgivares utvärderingspris räknats fram utifrån anbudspris minus eventuellt kvalitetsavdrag. Kvalitetsavdrag kan erhållas om maximalt två miljoner kronor i förhållande till anbudsgivares andel förnybara drivmedel. I upphandlingsdokumentet under rubrik UF3.5.2.2 Utvärderingskriterier, punkten 2.1 Andel förnybara drivmedel, har Botkyrkabyggen angett att den leverantör som har en fordonsflotta där förnybara drivmedel används vid utförande av uppdraget erhåller ett mervärde (kvalitetsavdrag). Under rubriken framgår det vidare hur mervärdet räknas fram. För att visa vilka förnybara drivmedel som ska användas kan anbudsgivaren bifoga vissa handlingar.

Schindler har till sitt anbud bifogat flera handlingar till styrkande av att bolaget ska erhålla kvalitetsavdrag i utvärderingen. Botkyrkabyggen ger in den handling i vilken Schindler sammanfattat informationen som krävts. Hissgruppen har inte lämnat något stöd för sitt påstående om att Schindler inte har en sådan fordonsflotta som ska medföra maximalt kvalitetsavdrag annat än genom hänvisning till att bolaget inte tagit del av Schindlers bilagor avseende fordonsflottan. Genom de handlingar som givits in till förvaltningsrätten är det enligt Botkyrkabyggens uppfattning visat att Schindler rätteligen erhållit maximalt kvalitetsavdrag i anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Hissgruppen gör gällande att Botkyrkabyggen felaktigt tilldelat Schindler maximalt kvalitetsavdrag vid anbudsutvärderingen och har till stöd härför anfört att Schindler inte har den fordonsflotta som krävs för maximalt avdrag.

Förvaltningsrätten har tagit del av den sammanställning avseende fordonsflotta som Schindler har bifogat till anbudet. Utifrån denna saknas anledning att göra en annan bedömning än den Botkyrkabyggen har gjort avseende kvalitetsavdraget. Av tillgängliga dokument framgår även att Schindler har skickat in en omfattande dokumentation till styrkande av kravet.

Officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (HFD 2009 ref. 69). Om en part utan framgång hos den upphandlande myndigheten har begärt att få ta del av uppgifter som han önskar åberopa till stöd för sin talan ankommer det på domstolen att pröva om vissa uppgifter krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, är rätten skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten. Rätten ska ta ställning till om den behöver informationen för att kunna göra en effektiv överprövning med utgångspunkt i vad parterna anfört (HFD 2015 ref. 55).

Hissgruppen har anfört att Schindler inte har erforderlig fordonsflotta för att erhålla maximalt prisavdrag och att förvaltningsrätten därför med stöd av 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska infordra vinnande bolags uppgifter i dessa delar. Detta kan förvaltningsrätten inte finna vara tillräckligt konkreta och preciserade påståenden för att det ska finnas skäl att ifrågasätta Botkyrkabyggens bedömning och begära in handlingar för kontroll av anbudet. Mot bakgrund av detta föreligger enligt förvaltningsrättens mening inte skäl för att inom ramen för rättens utredningsskyldighet begära in de aktuella handlingarna.

Brister i Hissgruppens anbud

Hissgruppen

HFD 2013 ref. 5 anger inte en rätt för en upphandlande myndighet att ändra eller förtydliga tidigare angivna krav i upphandlingen och göra en ny utvärdering av inkomna anbud under en pågående överklagandeprocess. Domskälen behandlar endast en specifik rättsfråga och kan inte tolkas eller tillämpas e-contrario. Botkyrkabyggen har anfört omständigheter som medför att föremålet för prövning blir en annan. Hissgruppen anser att påståendet om att Hissgruppens anbud ska få omprövas, med anledning av att upphandlingens krav ska omtolkas, genom av Botkyrkabyggen nu angivet ett förtydligande, inte ska beaktas. För det fall domstolen anser att de ska omfattas av prövningen vill Hissgruppen förtydliga sin inställning nedan.

Så som kravet i H2 är utformat ska teknikerna inneha tillräcklig kompetens för att utföra uppdraget. Detta visas genom CV:s för teknikerna, där det ska framgå erfarenhet och utbildning. Denna beskrivning är endast ett förtydligande av hur ett CV ska vara uppbyggt och inte i sig ett krav på viss utbildning, eller ens någon utbildning, ska innehas av teknikerna. Inga sådana krav finns angivna i förfrågningsunderlaget. Om en tekniker inte innehar en utbildning, men ändå kan uppfylla kompetenskraven med anledning av lång erfarenhet så uppfylls kravet genom teknikernas visade kompetens, inte genom att CV:t ska innehålla angivelse av ordet utbildning.

Det stämmer att en av de redovisade teknikerna i Hissgruppens anbud saknar angivelse av utbildning. Det beror på att teknikern är upplärd genom så kallad lärlingstjänst som sedan efterföljts av lång yrkesutövning som hisstekniker. Det finns inte angivet krav på någon särskild utbildning för tekniker i branschen, kravet i H2 kan därmed inte sträckas längre än att om särskild utbildning finns så ska den anges. Tekniker med lång erfarenhet

som fått interna utbildningar anses inom branschen minst lika lämpade som nya tekniker med utbildning från utbildningsinstitut och kortare erfarenhet. Därmed kan en tekniker med lång erfarenhet anses uppfylla de tekniska kraven i punkt H2 utan utbildning. Den ifrågavarande teknikern har 21 års erfarenhet som hisstekniker och uppfyller det tekniska kravet trots avsaknad av utbildning i den ingivna bilagan. Botkyrkabyggen har uppenbarligen också ansett att teknikern uppfyller kravet eftersom Hissgruppen inte har uteslutits vid anbudsprövningen.

Den påstådda bristen i upphandlingsförfarandet skulle i sig betyda att Botkyrkabyggen frångått upphandlingsreglerna, i detta fall särskilt principen om transparens. Botkyrkabyggen anser nu att kravet endast uppfylls genom att teknikerna ska inneha någon särskild utbildning. Det framgår dock inte av upphandlingsdokumenten vilken utbildning det skulle vara. Upphandlingsunderlaget är i sådant fall så undermåligt att det måste anses bryta mot principen om transparens. Förfrågningsunderlaget, läst i sin helhet, anger krav på kompetens och erfarenhet, inte att skriva CV med krav på vissa angivna ord. Upphandlingens krav är i så fall så otydliga att upphandlingen inte uppfyller gällande rätt. Upphandlingen ska i sådana fall göras om.

Botkyrkabyggen

Den nu anförda bristen i Hissgruppens anbud medför inte att saken blir en annan. Det är tillåtet att inom ramen för den nu pågående processen anföra den först nu uppmärksammade bristen.

Kravet i punkt H2 är formulerat som ett ska-krav på anbudens form och innehåll. Hissgruppen har gett in en sammanställning, men för en av de namngivna personerna saknas redogörelse för utbildning. En upphandlande myndighet får inte ta upp ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda ska-krav till prövning. Om myndigheten bortsåg från bristen och prövade

anbudet skulle agerandet strida mot principerna om likabehandling och transparens. Hissgruppens anbud borde mot denna bakgrund rätteligen ha förkastats vid anbudsutvärderingen. Hissgruppen kan därav inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada oaktat om förvaltningsrätten finner att det föreligger brister i Schindlers anbud.

Botkyrkabyggen har inte uppställt krav på någon särskild utbildning men det är ett ska-krav att teknikerna ska ha genomgått utbildning och på att denna ska redovisas i anbudet. Hissgruppen har inte redovisat detta för samtliga offererade tekniker och bolaget har därmed brustit i ett ska-krav på anbudets form och innehåll. Hissgruppen kan inte inom ramen för en överprövning tillåtas att lämna kompletterande uppgifter om uppfyllnad av ett ska-krav i upphandlingen. Vad Hissgruppen anfört om den aktuella teknikern saknar således relevans för förvaltningsrättens prövning.

Borkyrkabyggen har aldrig påstått att en prövning har gjorts av den utbildning som anges för teknikerna. Bristen är hänförlig till att informationen inte har lämnats och det är endast detta som är av relevans för förvaltningsrättens prövning.

Förvaltningsrättens bedömning

Hissgruppen har anfört att Botkyrkabyggen inte har haft möjlighet att först vid överprövningsprocessen invända att Hissgruppen inte uppfyller ett ska-krav. Av praxis från Högsta förvaltningsdomstolen följer emellertid att grunder som åberopas först i överinstans kan prövas, om de inte innebär att saken i målet ändras (HFD 2013 ref. 5). Förvaltningsrätten konstaterar att frågan i målet gäller ingripande enligt LOU. Saken i målet ändras således inte till följd av att Botkyrkabyggen nu åberopar att Hissgruppen inte borde ha kvalificerats och att bolaget därför inte kan anses ha lidit skada.

Botkyrkabyggens invändning om Hissgruppens brist avseende ett ska-krav ska således prövas i sak.

En upphandlande myndighet har relativt stor frihet att bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla för en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de allmänna principer för offentlig upphandling som anges i 4 kap. 1 § LOU. En upphandlande myndighet får inte anta ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven enligt upphandlingsdokumentet och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i dokumentet.

De grundläggande principerna om likabehandling och transparens innefattar ett krav på att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Under punkt H2) Teknisk personal i upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande. All personal ska ha kunskap och erfarenhet för att utföra sina arbetsuppgifter. Anbudsgivaren ska intyga att de har tillgång till minst åtta (8) st. tekniker, utbildade och sakkunniga på arbeten omfattande drift och skötsel av maskindrivna portar och hissar. Intyg sker genom att anbudsgivaren bifogar sammanställning med namn, utbildning samt antal år som tekniker.

Botkyrkabyggen har således uppställt ett krav på teknikerna och för att styrka att kravet är uppfyllt ska en sammanställning bifogas. Kravet är enligt

förvaltningsrättens mening utformat som ett ska-krav innebärande att teknikerna ska ha genomgått utbildning och att utbildningen ska redovisas i sammanställningen.

Genom att precisera att sammanställningen ska innehålla uppgift om utbildning tycks Botkyrkabyggen ha tillmätt kravet på utbildning stor betydelse vid säkerställandet av syftet med det aktuella kravet, dvs att säkerställa att anbudsgivaren har tillgång till erforderlig kunnig personal för att kunna genomföra uppdraget. Mot denna bakgrund är det enligt förvaltningsrättens mening inte tillräckligt att det av anbudet framgår att en person har dokumenterat lång arbetslivserfarenhet för att kravet i punkten H2 ska anses uppfyllt.

Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att den aktuella teknikern har lång erfarenhet, något som framgår av den bifogade sammanställningen. Det framgår emellertid inte att han genomgått någon form av utbildning. Enligt förvaltningsrättens mening kan Hissgruppen således inte anses ha uppfyllt kravet i punkten H2 i upphandlingsdokumentet.

Hissgruppen har även gjort gällande att det aktuella kravet är otydligt. Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingsdokumentet till viss del är otydligt i och med att det inte framgår vilken typ av utbildning som krävs för att kravet i punkten H2 ska anses vara uppfyllt. Enligt förvaltningsrättens mening är kravet emellertid så klart och tydligt utformat att en leverantör har kunnat avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Det får anses ha framgått för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer vad sammanställningen ska innehålla i denna del.

Då Hissgruppen inte har uppfyllt kvalificeringskraven har de inte heller lidit eller riskerat att lida skada.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad Hissgruppen har anfört i målet inte visar att upphandlingen har genomförts i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller att någon annan bestämmelse i lagen har överträtts. Det saknas därför skäl att ogiltigförklara avtalet mellan Botkyrkabyggen och Schindler. Hissgruppens ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Annika Falkenborn
Rådman

Erica Malmgren har föredragit målet.



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 rättstillämpningen.
- 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.