



SÖKANDE

FSD Göteborg AB, 556720-6668
Elof Lindälvs Gata 1
414 58 Göteborg

MOTPART

Lunds kommun
Box 41
221 00 Lund

Ombud: Advokat David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Danderydsgatan 14
114 26 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Lunds kommuns upphandling av brand-sakkunnig till serviceförvaltningen, dnr KS 2015/0917, ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2017 -01- 2 6	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Lunds kommun genomför en upphandling av brandsakkunnig till serviceförvaltningen, dnr KS 2015/0917. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har kommunen beslutat att anta anbudet från FireTech Engineering Emron AB. Anbudet från FSD Göteborg AB förkastades då det enligt kommunen inte uppfyller kravet på att konsulten ska ha minst fem (5) års erfarenhet som brandsakkunnig.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

FSD Göteborg AB, nedan FSD, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan anbudsutvärderingen gjorts om med beaktande av att ingen av konsulterna i de inlämnade anbuden kan ha haft minst fem års erfarenhet som brandsakkunnig enligt BFS 2011:17. Som grund för sin ansökan anför FSD bl.a. följande. Den person som den vinnande anbudsgivaren angivit som sakkunnig brand erhöll sin certifiering enligt BFS 2011:17 den 21 juni 2012 och har inte ens varit certifierad sakkunnig inom brandskydd enligt BFS 2011:17 i fyra år när upphandlingen skickades ut och han kan således omöjligt ha minst fem års erfarenhet. FSD vill med detta påvisa att ingen av konsulterna i de inlämnade anbuden varken har, hade eller kan ha haft minst fem års erfarenhet som certifierad sakkunnig inom brandskydd enligt BFS 2011:17. Hela utvärderingen ska därför göras om. I och med att förfrågningsunderlaget var otydligt formulerat i avsnitt 4.2.2 avseende vilket krav som gällde för ”sakkunnig brandskydd” ställdes en väldigt tydlig fråga om det var sakkunnig enligt BFS 2011:17 som avsågs. Kommunen svarade då att det var detta som avsågs. Om tidigare certifieringar hade varit godkända borde kommunen ha svarat det på frågan. Nu hänvisar man väldigt tydligt till BFS 2011:17 i svaret, vilket tyder på att kommunen är ute efter den senaste kompetensnivån. Det borde vara omöjligt att som anbudsgivare ”tolka in” att även så gamla

regler som BFS 1996:54 skulle vara tillgängliga när svaret på frågan var BFS 2011:17. Det borde vara ett brott mot LOU att godkänna tidigare certifieringar som kompetenskrav. I övergångsreglerna för BFS 2011:17 framgår mycket riktigt att sakkunniga med certifikat enligt de äldre reglerna får fortsätta arbeta i ärenden som påbörjats efter 2 maj 2011 under förutsättning att den sakkunnige skaffat sig kunskap om plan- och bygglagen och plan- och byggförordningen. Den person som den vinnande anbudsgivaren angivit som sakkunnig brand har dock inte påvisat minst fem års erfarenhet som certifierad enligt BFS 2011:17 utifrån de krav för certifierad sakkunnig som anges i BFS 2011:17. Om förvaltningsrätten skulle gå på kommunens tolkning om att tidigare certifieringar för sakkunnig brand ändå skulle vara giltiga i detta fall hävdar FSD att upphandlingen i så fall blir riktad mot i princip en enda leverantör. Enligt LOU får inte kraven vara så snäva att endast en leverantör kan lämna anbud. Då är det ju ingen upphandling i konkurrens eftersom kommunen i det fallet ställt kraven så att konkurrens inte kan erhållas.

Om den upphandlande myndigheten hade gjort en korrekt prövning för samtliga anbud och även utfört och redovisat referenstagningen så hade bolaget kunnat komma med som upphandlad brandsakkunnig. Då genomgång av referenser inte redovisats i anbudsutvärderingen finns även möjlighet att FSD hade kunnat komma först på listan. Kommunens tilldelningsbeslut har medfört att FSD har lidit eller kan komma att lida skada.

Lunds kommun bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. FSD har inte förmått visa att bolaget uppfyller samtliga av kommunens obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget, 4.2.2 Egenskaper och referenser Brandsakkunnig, punkten 7 avseende konsults erfarenhet, varför anbudet uteslutits från upphandlingens utvärderingsfas. Boverkets föreskrifter och allmänna råd om certifiering av sakkunniga inom brand-skydd (BFS 2011:17) trädde i kraft den 2 maj 2011 varvid Boverkets föreskrifter och allmänna råd (BFS 1996:54) om certifiering av fristående sak-

kunniga kontrollanter inom brandområdet samt Boverkets föreskrifter om ändring av verkets föreskrifter och allmänna råd om certifiering av fristående sakkunniga kontrollanter inom brandområdet (BFS 2009:18) upphörde att gälla. Av övergångsbestämmelserna till BFS 2011:17 framgår att sakkunniga får fortsätta arbeta i ärenden som påbörjats före ikraftträdandet den 2 maj 2011 och att sakkunniga med certifikat utfärdat enligt de äldre reglerna även får fortsätta arbeta i ärenden som påbörjats efter ikraftträdandet den 2 maj 2011. Detta förutsätter att de sakkunniga skaffar sig kunskap om plan- och bygglagen (2010:900) och plan- och byggförordningen (2011:338) med tillhörande regler. Följaktligen borde anbudsgivare förstå att det är sakkunniga med certifiering enligt BFS 2011:17 eller BFS 1996:54 som efterfrågas samt att erfarenhetskravet även kan uppfyllas genom att den sakkunnige varit verksam med innehav av certifiering enligt BFS 1996:54. Eftersom kravet gäller certifiering som grundas på föreskrifter vilka kan vara gällande från viss tid till annan kan det knappast anses felaktigt att hänvisa till de gällande föreskrifterna. Kommunen bestrider att dess hänvisning till BFS 2011:17 utesluter konsulter med erfarenhet som certifierade enligt tidigare gällande föreskrifter. Likaledes bestrids att godkännande av konsulter med erfarenhet som certifierade enligt tidigare gällande föreskrifter har skett i efterhand. Genom hänvisning till de gällande föreskrifterna anser kommunen därmed att kravet är tillräckligt tydligt utformat. Förfrågningsunderlaget innehåller inget krav om att erfarenhet som certifierad sakkunnig ska styrkas genom biläggande av särskilt intyg eller annat dokument. Kravuppfyllnad i denna del styrks genom att anbudsgivare bekräftar att kravet är uppfyllt och bifogar CV för erbjuden person som styrker efterfrågad erfarenhet och kompetens med kronologisk uppställning av anställningar inklusive beskrivning av ingående arbetsuppgifter och utbildningar med årtal angivet. Den vinnande anbudsgivaren har styrkt erbjuden konsults kravuppfyllelse. FSD har gjort en felaktig tolkning av erfarenhetskravet varför bolagets invändning redan av denna anledning ska lämnas utan bifall. Kravet medför inte heller i övrigt något åsidosättande av likabehandlings-

principen. Det har med all önskvärd tydlighet framgått av förfrågningsunderlag och lämnade svar under anbudstiden hur kvalificering och utvärdering av anbuderna skulle komma att ske. Kvalificering och utvärdering har utförts i enlighet med vad som angetts varför upphandlingsförfarandet uppfyller de upphandlingsrättsliga kraven på transparens, likabehandling och proportionalitet. Om FSD:s anbud skulle ha tillåtits gå vidare till utvärderingsfasen skulle kommunen ha åsidosatt likabehandlingsprincipen då inte alla anbudsgivare hade bedömts utifrån samma krav. FSD:s anbud brister i kravöverensstämmelse i avseenden som har stor betydelse för kommunens möjlighet att bedöma bolagets tekniska förmåga och kapacitet. Bristerna har inte kunnat läkas genom begäran om komplettering/förtydligande. Lunds kommun har således haft fog för att förkasta anbudet från upphandlingen.

Syftet kravet ska tillgodose är att Lunds kommun ska erhålla erforderligt underlag för att kunna bedöma anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet att utföra uppdraget som upphandlingen avser. Kommunen anser att kravet har varit lämpligt, effektivt och nödvändigt för att tillförsäkra att de erbjudna konsulterna besitter tillräcklig kompetens för att utföra de efterfrågade tjänsterna. Omständigheten att brandkonsulter som först erhållit certifikat efter år 2011 inte får möjlighet att konkurrera om kontraktet kan inte anses vara oproportionerlig till det eftersträvade syftet. Kravet på erfarenhet ska således anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principerna om likabehandling och transparens innefattar att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt formulerat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Vidare ska förfrågningsunderlaget vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Den upphandlande enhetens 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 lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges under punkten 4.2.1 Personal, att leverantören ska tillhandahålla och offerera brandsakkunnig. Vidare anges under punkten 4.2.2 Egenskaper och referenser Brandsakkunnig följande.

Leverantören ska erbjuda minst en (1) brandsakkunnig för tjänstens utförande. Respektive erbjuden person ska uppfylla kraven nedan.

Följande egenskaper är enligt beställaren mening viktiga egenskaper för att konsulten ska klara arbetsuppgifterna:

- Konsulten ska vara utbildad brandingenjör.

- Konsulten ska vara sakkunnig brandskydd.
- Konsulten ska ha god samarbetsförmåga och ha erfarenhet att samarbeta med konstruktörer, entreprenörer, myndigheter och beställare.
- Konsulten ska ha kunskap om 4804, A8T06, ABK09, LOU, PBL, BBR med flera lagkrav och gällande författningar och branschstandarder.
- Konsulten ska ha kunskap om beställarens Projekteringsanvisningar.
- Konsulten ska vara van att läsa och utföra projekterings- och bygghandlingar.
- Konsulten ska ha minst 5 års erfarenhet som brandsakkunnig.

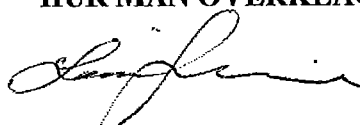
Lunds kommun har även under anbudstiden i "Frågor och svar" förtydligat vad som avses med begreppet sakkunnig brandskydd och därvid angett att det är certifierad sakkunnig brand enligt BFS 2011:17 som avses.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår av förfrågningsunderlaget samt frågor och svar att efterfrågad konsult ska vara sakkunnig brandskydd och att det med detta avses certifierad sakkunnig brand enligt BFS 2011:17. Förvaltningsrätten kan emellertid inte finna, när det gäller erfarenhetskravet på fem år, att det i förfrågningsunderlaget kan anses framgå att detta krav även skulle innefatta ett certifieringskrav under minst fem år enligt BFS 2011:17 eller att erfarenhetskravet även kan uppfyllas genom certifiering enligt BFS 1996:54. Kommunen har inte heller i frågor och svar gjort något förtydligande i detta avseende. Något krav på angivande av certifiering uppställs inte i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening riskerar den otydliga utformningen av det aktuella kravet att lämna utrymme för olika tolkningar av dess innebörd och det kan inte uteslutas att detta förhållande medfört att anbud lämnats utan tillräcklig insikt om vad som kommer att tillmätas betydelse vid prövningen av anbudet. Förfrågningsunderlaget är därför enligt förvaltningsrättens mening inte så klart och tydligt utformat som de grundläggande principerna i LOU förutsätter.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Lunds kommun därigenom har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens och att felet medfört att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således. FSD yrkar att upphandlingen ska rättas och att ny utvärdering ska ske. När förutsättningar för ingripande enligt LOU föreligger är det rätten som beslutar om upphandlingen ska rättas eller göras om (jfr HFD 2005 ref. 47). Med hänsyn till att de aktuella bristerna i upphandlingsförfarandet hänför sig till en otydlighet i förfrågningsunderlaget och därmed till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Det antecknas att förvaltningsrätten genom dom denna dag även i ett annat mål gällande samma upphandling (mål nr 8652-16) har förordnat om ingripande enligt LOU på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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



Louise af Klint

Sune Wennerberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.

