



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2015 -06- 25
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 4600-15

SÖKANDE

Avloppsjouren & Byggnadsentreprenören i Skåne AB, 556783-8056
 Rolsberga Bostofta 901
 243 96 Höör

Ombud: Therese Olausson
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

KONKURRENSVERKET	
2015 -06- 2 6	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

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

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Avloppsjouren & Byggnadsentreprenören i Skåne AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

MKB Fastighets AB genomför en upphandling av ramavtal gällande spolservicearbeten. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU. Ett första tilldelningsbeslut har meddelats den 20 april 2015, enligt vilket Avloppsjouren & Byggnadsentreprenören i Skåne AB ska tilldelas uppdraget. Detta tilldelningsbeslut har sedermera återkallats. Enligt tilldelningsbeslut den 24 april 2015 ska uppdraget istället tilldelas JiMa Högtryck AB.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Avloppsjouren & Byggnadsentreprenören i Skåne AB (Avloppsjouren) begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen rättas på så sätt att bolagets anbud utvärderas i enlighet med förfrågningsunderlaget. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

MKB Fastighets AB (MKB) motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Avloppsjouren anför i huvudsak följande. MKB har felaktigt bedömt Avloppsjurens anbud som ej kvalificerat vad avser minimikrav på yrkesmässig kapacitet. Kravet är utformat enligt följande. ”Övrig personal som offereras av anbudsgivaren skall ha arbetat med spolservice i bebodda hyreslägenheten i minst tre år (fr.o.m. 2012).” Namn och CV/meritförteckning på offererade spolarbetare skall redovisas. All personal ska kunna kommunicera svenska i både tal och skrift”. Av förfrågningsunderlaget framgår inte vilken exakt tidpunkt under 2012 som anställningen ska ha påbörjats. I ett av de CV som Avloppsjouren bifogat sitt anbud

framgår att offererad spolarbetare varit anställd sedan juni 2012, dvs. tre år i juni 2015 vid tiden för avtalsstart. Bolagets anbud uppfyller de ställda kraven vid tiden för avtalsstart och bör således utses till vinnande anbudsgivare. Att MKB i efterhand har valt att definiera exakt tidpunkt för anställningens påbörjande strider mot LOU. MKB har inte haft grund för att förkasta bolagets anbud. Prövning av anbuden har inte skett på ett öppet och förutsebart sätt. Genom att anta JiMa:s anbud trots att Avloppsjouren har lämnat lägst pris strider mot LOU. Avloppsjouren har härigenom lidit skada.

För det fallet att förvaltningsrätten anser att grund för rättelse saknas åberopas att bristerna i förfrågningsunderlaget har varit så pass stora att upphandlingen ska göras om. Avloppsjouren ifrågasätter inte huruvida det är berättigat att ställa krav på tre års yrkeserfarenhet. Kravet inskränker dock på upphandlingens syfte och utgör därmed ingen nödvändig åtgärd för att uppnå syftet. Upphandlingens syfte kan uppnås utan den ingripande åtgärden att ställa krav på att personal ska ha minst tre års yrkeserfarenhet redan vid tiden för anbuds lämning. Följden av kravet blir att entreprenören blir tvungen att knyta till sig resurser inför utförande av ett uppdrag som det ännu ej är avgjort om man får utföra eller ej. Entreprenören måste dra på sig kostnader som det helt enkelt inte finns en säker inkomst till. Denna typ av krav kan leda till kan medföra att anbudspriset ökar med 20 - 25% på grund av att man måste ta höjd för ökade lönekostnader. De negativa effekterna är oproportionerliga jämfört med det syfte som ska uppnås. Tillräckligt är att yrkesmässigkapacitet uppnås vid tiden för avtalsstart, dvs. den 1 juni 2015. MKB har därmed burit mot proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Avloppsjouren har därigenom lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada eftersom det inte kan uteslutas att bolaget skulle ha kvalificerat sig om kravet utgjort ett avtalsvillkor vilket började gälla den 1 juni 2015 och Avloppsjouren därigenom varit den som tillde-

lats kontrakt. Kravuppfyllelse av personalkapacitet bör utgöra kontraktsvillkor för att säkerställa sund konkurrens.

MKB har inte beaktat alla uppgifter i Avloppsjurens anbud. MKB tycks sluta sig till att personen ifråga endast varit yrkesverksam sedan 2012. Det är dock felaktigt att enbart se till erfarenheten från den senaste anställningen. Av aktuellt CV framgår det tydligt att personen varit anställd på tre företag, vilka genomfört tjänster inom branschen spolservice. Den anställda har genomfört kvalificerade arbetsuppgifter under minst tre år inom branschen och ska därför anses uppfylla det ställda kravet.

MKB Fastighets AB anför i huvudsak följande. Det har varit korrekt att förkasta Avloppsjurens anbud på den angivna grunden. Avloppsjurens anbud uppfyller inte personalkrav om arbete med spolservice i bebodda lägenheter under minst tre år.

Den rättsliga utgångspunkten när det gäller kravprövning inom offentlig upphandling är att relevant tidpunkt för kravuppfyllande är sista anbudsdag. En upphandlande myndighet har möjlighet att föreskriva en annan senare tidpunkt för kravuppfyllelse men enligt MKB:s uppfattning gäller huvudregeln då annat inte föreskrivits. Sista anbudsdag var den 7 april 2015. Det står därmed klart att den aktuella personen som varit yrkesverksam sedan juni 2012 inte hade tre års erfarenhet vid tidpunkten för kravprövningen. Den parentes (fr.o.m. 2012) som anges i kravet kan inte föranleda någon annan bedömning. Eftersom parentesen endast innehåller ett årtal kan inte en normalt omsorgsfull anbudsgivare dra några slutsatser av uppgiften. Parentesens innehåll kan inte läggas till grund för slutsats att MKB föreskrivit någon annan ordning än att kravuppfyllelse ska vara för handen vid anbudets inlämnande.

Kravet om tre års erfarenhet uppfyller både till sitt innehåll och till sin konstruktion de krav som följer av proportionalitetsprincipen. Syftet med kravet är att säkerställa att leverantören har tillräcklig kompetens och förmåga för uppdraget. En felaktigt utförd spolning kan få mycket allvarliga konsekvenser för både MKB och hyresgästerna. För ett snabbt, fackmässigt och kostnadseffektivt utförande av uppdraget krävs enligt MKB:s erfarenhet entreprenörer med tillgång till personal med tre års erfarenhet. Kravet är lämpligt, nödvändigt och effekterna är inte för långtgående. Huvudregeln att kravprövning sker mot förhållandena vid anbudslämnande motiveras av välgrundade skäl. Det är ägnat att leda till förutsebarhet för såväl upphandlande myndigheter som anbudsgivare att prövningen sker mot faktiska förhållanden, i motsats till förhållanden som ligger i framtiden. MKB har ett legitimt intresse att kunna kontrollera anbudsgivarnas lämplighet redan inom ramen för upphandlingen. Det är inte rimligt att en upphandlande myndighet generellt för krav gällande erfarenhet ska vara skyldig att konsekvent avstå från huvudregeln och föreskriva en senare prövningstidpunkt vid äventyr att kravet annars anses strida mot nödvändighetsmomentet inom proportionalitetsbedömningen. Med hänsyn till uppdragets komplexa innehåll och MKB:s skäl till högt uppställda krav på utförande personals praktiska yrkeserfarenhet kan det vid en samlad bedömning inte anses oproportionerligt att kravuppfyllelse visas under upphandlingens gång.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Avloppsjouren gör gällande att MKB har brutit mot LOU genom att felaktigt förkasta bolagets anbud och genom att tillämpa ett krav som strider mot proportionalitetsprincipen. Avloppsjouren anser att bolaget uppfyllt det aktuella obligatoriska kravet avseende erfarenhet samt att det inte är förenligt med proportionalitetsprincipen att använda ett erfarenhetskrav som måste vara uppfyllt redan vid tidpunkten för anbudslämnandet.

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

I det aktuella förfrågningsunderlaget i punkten 6.2.3. *Krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet* under underrubriken *Minikrav på yrkesmässig kapacitet* anges bl.a. följande.

Övrig personal som offereras av anbudsgivaren skall ha arbetat med spolservice i bebodda hyreslägenheter i minst tre år (fr.o.m. 2012). Namn och CV/meritförteckning på offererade spolarbetare skall redovisas. All personal ska kunna kommunicera svenska i både tal och skrift.

Till anbudet skall bifogas:

CV/Meritförteckning för spolarbete ska bifogas anbudet som styrker spolarpersonalens kompetens och erfarenhet. (CV/Meritförteckning ska innehålla en kronologisk uppställning av utbildningar och anställningar/verksamhet med angivelser av årtal).

Den aktuella punkten i förfrågningsunderlaget åtföljs av en symbol som betyder att texten innehåller krav som måste uppfyllas (kvalificering) och att ej uppfyllda krav kan komma att leda till att anbudsgivaren utesluts från vidare deltagande i upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget har inte angetts när det aktuella kravet ska vara uppfyllt. Förvaltningsrätten delar MKB:s åsikt att den parentes med årtalet 2012 som återfinns i kravet inte kan inte kan inte läggas till grund för slutsatsen att MKB föreskrivit någon annan tidpunkt för kravuppfyllelse än vid anbudets inlämnande.

Om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget ska ett obligatoriskt krav, ett s.k. skall-krav, som huvudregel vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudsgivandet. Detta under förutsättning att det inte kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse vid denna tidpunkt. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller det som upphandlas än vad som behövs och som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till kontraktsföremålet och det behov som ska täckas.

MKB har redogjort för syftet med det aktuella erfarenhetskravet och grunden till att kravet har utformats så som skett. Det har inte framkommit annat än att kravet på tre års erfarenhet är lämpligt och nödvändigt. Eftersom kravet tar sikte på att säkerställa att anbudsgivaren har erforderlig kompe-

tens och erfarenhet för uppdraget får det anses rimligt att det ska vara uppfyllt redan innan avtal tecknas. MKB har såsom anförts haft ett legitimt intresse att kunna kontrollera anbudsgivarnas lämplighet redan inom ramen för upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening har Avloppsjouren inte förmått visa att kravet har en oproportionerligt negativ effekt för anbudsgivarna i förhållande till det eftersträvade syftet. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Avloppsjouren har anfört inte visar att det aktuella kravet strider mot LOU.

Av det CV som Avloppsjouren bifogat anbudet för att stryka den aktuella spolarbetarens kompetens och erfarenhet framgår inte att personen ifråga uppfyllde det aktuella erfarenhetskravet vid tiden för anbudslämnandet. MKB har därför rätteligen förkastat bolagets anbud.

Utifrån det ovan anförda anser förvaltningsrätten att vad Avloppsjouren anfört och åberopat i målet inte visar att MKB i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen saknas därför. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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


Anders Mattsson

Lena Palmér 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.