


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
DOM
2015-04-07
Meddelad i
Linköping

 Mål nr
1043-15

KONKURRENSVERKET	
2015 -04- 0 7	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE
NordRen AS, 966907916

 Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vingé KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART
Tekniska Verken i Linköping AB, 556004-9727
Box 1500
581 15 Linköping

 Ombud: Advokat Erik Olsson
c/o Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN
Ansökan om överprövning av upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.id 203687

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionsd
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 11 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post:		08:00-16:00
		förvaltningsratten@linkoping.se		

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

1043-15

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Tekniska Verken i Linköping AB (Tekniska Verken) har den 1 december 2014 inbjudit leverantörer att ansöka om att få lämna anbud i dess upphandling benämnd Hämtning av hushållsavfall, dnr 14/291 (Upphandling-en). Den 22 december 2014 ingav NordRen AS (NordRen) en ansökan om att få lämna anbud i Upphandlingen.

Den 21 januari 2015 fick NordRen besked om att bolaget inte var kvalificerad för anbudsgivning i Upphandlingen.

NordRen yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse innebärande att Tekniska Verken förpliktas att bjuda in NordRen till anbudsgivning och i andra hand att Upphandlingen ska göras om.

Tekniska Verken begär att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

NordRen

I punkt 3.1 i ansökningsinbjudan finns ingen som helst information om vilken nivå på resurser som krävs för att genomföra uppdraget och hur stort uppdraget är. Till exempel saknas information om avfallsmängder eller turåthet. Det saknas också helt information om hur Tekniska Verken ska upprätthålla den grundläggande principen att nystartade företag ska ha samma möjlighet att delta i upphandlingar som existerande företag. Tekniska Verken har med hänsyn till informationen om ansökningsinbjudan varit skyldig att acceptera NordRens ansökan eller i vart fall tillåta bolaget komplettera densamma avseende krav på yrkesmässig kapacitet och erfarenhet.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN DOM
I LINKÖPING
Enhet 2

1043-15

För att nystartade företag ska få motsvarande möjlighet att delta i upphandlingar ska den erfarenhet som de personer står bakom ett sådant bolag kunna tillgodoräknas det nystartade företaget. I ansökan har NordRen mycket tydligt angett att samtliga de personer vars erfarenhet åberopas har haft ledande positioner i den branschledande leverantören RenonNorden, dvs. VD, IT-chef och driftchef. Av ansökan framgår också att denna bransch erfarenhet sträcker sig flera årtionden tillbaka. Här ska också framhållas att Tekniska Verken krävt att ansökan ska innehålla kortfattade beskrivningar, att bilagor inte får bifogas och inga hänvisningar göras. Det är fullkomligt givet att när ett företag är nytt på en marknad kan det inte som företag ha en egen erfarenhet. Om så skulle krävas kan sådana företag aldrig någonsin bli aktuella för tilldelning av kontrakt. En sådan tillämpning är i direkt strid med likabehandlingsprincipen. Att erfarenheten hos ledande personer kan kunna tillgodoräknas framgår bl.a. av Avfall Sveriges mall för upphandling av renhållningstjänster.

Krav på erfarenhet kan ställas men då nyetablerade företag ska bedömas får erfarenhetskravet kopplas till personerna som står bakom sådant företag vid bedömningen om företaget har förmåga att utföra uppdraget. Av kamrättspraxis följer tex. att ett krav på att anbudsgivaren ska ha bedrivit verksamhet i förn av bemanningstjänster i minst två år inte var motiverat med hänsyn till att ett sådant krav kan motverka konkurrensen eftersom nyetablerade företag utesluts från upphandlingsförfarandet på ett otillåtet sätt. De bevismedel som krävs för att visa på erfarenhet måste kunna ske i olika former för att inte stänga ute nya företag.

I detta fall är ledningsorganisationen den centrala i anbudsfasen. Den personal som utför själva insamlingen av avfall övergår normal sett från den existerande leverantören i enlighet med reglerna om verksamhetsövergång.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM

1043-15

Historiska uppdrag säger ingenting om det finns tillräckliga resurser för det kommande uppdraget.

Möjligheten att åberopa annans kapacitet är inte relevant i detta mål eftersom NordRen inte avser att åberopa några resurser hos RenoNorden. Att NordRen åberopar den erfarenhet som finns pga. uppdrag som RenoNorden utfört är en annan sak än att åberopa sistnämnt företags resurser för utförande av uppdraget. Något åtagande eller dyl. är inte nödvändigt för att NordRen ska kunna åberopa erfarenheten ifråga.

Vad gäller påståendet att NordRen har två anställda är denna uppgift hämtad från en kreditupplysning. Vad Tekniska Verken således har gjort är att använda en handling som avser att visa ekonomiska förhållanden för att utesluta NordRen avseende en fråga som rör personella resurser. En kreditupplysningsuppgift kan inte ligga till grund för en bedömning om en leverantör kommer att ha nödvändiga personella resurser när uppdraget ska starta. Det är därtill endast ett bör-krav att redovisa antalet anställda i ansökan.

Tekniska Verken påstår vidare att det av referensuppdragen inte framgår att dessa avser kommuner av efterfrågad storlek, att det avsett kärn- och säckavfall och haft en tidmässig omfattning om tre år. Bland de kommunala uppdrag som har åberopats ingår bl.a. Stockholms stad och Solna kommun. Det torde inte finnas någon tvekan om att dessa uppdrag uppfyller ställt kvalificeringskrav. Uppdragen avser insamling av hushållsavfall och det finns inte något i ansökan som motsäger detta. Om Tekniska Verken hade något tvivel kring detta har det ålegat Tekniska Verken att få ett klarläggande. Det ska dessutom framhållas att det i ansökningsinbjudan anges att erfarenheten ska avse liknande uppdrag, dvs. det skulle inte behöva avse den explicita typ av avfall som Upphandlingen avser. Eftersom RenoNorden är en stor aktör på den svenska marknaden så borde inte hel-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**

1043-15

Enhet 2

I ett föreliggande någon okunskap att nämnda referensuppdrag var relevanta för uppdraget. Referensuppdraget uppfyller vidare uppsättllt tidskrav. Det följer av att kravet är att referensuppdragen ska avse de närmast föregående åren, några andra uppdrag är inte aktuella. Det är i och för sig så att startdagen för kontrakten av misstag inte angivits med det vore i direkt strid med proportionalitetsprincipen om denna uppgifts frånvaro skulle medföra en diskvalificering av NordRens ansökan.

Eftersom ansökningsinjudan är bristfällig och oklar sänks också kravet på innehålllet i ansökan. Anses bister föreliggande har det åvilat Tekniska Verken att klarlägga dessa med hänsyn till inbudans oklara innehåll.

Genom att NordRens ansökan felaktigt har förkastats har bolaget lidit skada.

Inköp kopplat till tjänsten insamling av hushållsavfall faller inom lagen om offentlig upphandling (LOU) och inte lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Tekniska Verken har således genomfört Upphandlingen med stöd av fel lagstiftning och ett ej tillåtet förfarande. En öppen eller selektiv upphandling enligt LOU ställer höga krav på tydlighet och precision i förfrågningsunderlaget eftersom utrymmet för klargöranden av uppgifter i ett anbud är mer begränsat än vad som är fallet i en förhandlad upphandling. Ansökningsinjudans oklara innehåll hade inte varit möjligt i en upphandling enligt LOU. Genom det bristande innehålllet i ansökningsinjudan som en konsekvens av felaktig upphandlingsform lider eller i vart fall riskerar NordRen att lida skada.

Tekniska Verken

Syftet med ansökningsinjudan är inte att ge en fullständig bild av upphandlingsobjektet på så sätt att färdiga anbud kan inges utan endast att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
1043-15

väcka potentiella leverantörers intresse. Varken LOU eller LUF innehåller någon grundläggande princip att nystartade företag ska ha samma möjlighet att delta i upphandlingar som existerande företag. Än mindre finns det någon skyldighet för Tekniska Verken att informera leverantörer hur denna princip ska upprätthållas.

Tekniska verken kan inte vitsorda att nämnda personer i NordRens ledning har någon erfarenhet, än mindre 35-årig erfarenhet av ledande roller i företag inom renhållningsbranschen. NordRen har i sin ansökan om att få lämna anbud åberopat kapacitet hos tre personer. Samtidigt framgår det av det soliditetsutdrag som Tekniska Verken gjort att NordRen endast har två anställda. Det är således uppenbart att åtminstone en av de åberopade personerna inte är anställda hos NordRen. Inget av vad som anges i ansökan tyder heller på att de relevanta personerna faktiskt genomfört den typ av uppdrag som Upphandlingen rör. Att de tre personerna eventuellt varit involverade på ledningsnivå i sådan verksamhet är inte samma sak som att de genomfört uppdragen. Vidare innebär inte det förhållandet att personerna varit anställda i ett företag som genomfört uppdrag för en kommun med över 20 000 invånare att NordRen kan åberopa ett sådant uppdrag för att påvisa teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det är skillnad mellan att ha viss personlig erfarenhet av något och ha den faktiska kapaciteten att utföra den.

Det är vidare oklart hur NordRen menar att information om avfallsmängd och turtäthet skulle ha hjälpt bolaget att uppfylla krav vad avser teknisk yrkesmässig kapacitet. Det bör vidare framhållas att det saknar betydelse att redogörelsen ska vara kortfattad. Det hade nämligen varit väldigt lätt för en anbudsgivare som de facto utfört motsvarande uppdrag eller som kunde åberopa kapacitet hos ett företag som utfört sådant uppdrag att ytterst kortfattat svara mot det relevanta kvalificeringskravet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**

1043-15

Enhet 2

Tekniska Verken bestrider att Upphandlingen borde ha skett enligt LOU snarare än LUF. Denna fråga saknar emellertid betydelse eftersom Upphandlingen hade genomförts på samma sätt om den genomförts enligt LOU. NordRen har således inte lidit någon skada av den påstådda överträdelserna kopplad till lagval.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet rör hurvida NordRen genom sin ansökan om att lämna anbud i Upphandlingen kan anses uppfylla ställt kvalificeringskrav rörande teknisk och yrkesmässig kapacitet i punkt 3.1 i förfrågningsunderlaget. Detta krav har givits följande utförning.

L och eventuella UL skall ha yrkesmässig kapacitet och erfarenhet från liknande verksamhet som svarar mot detta uppdrags omfattning och innehåll.

L skall under de senaste fem åren haft minst tre års erfarenhet av insamling av kärn- och säckavfall åt minst två olika kommunala B, varav minst ett med över 20 000 invånare.

L skall korfattat beskriva företag och organisation utifrån de resurser som avses för att genomföra uppdraget och kunna uppfylla ställda krav.

Beskrivningen bör bland annat innehålla etableringsår, antal anställda, placeringssort och specialområden och beskrivning av nuvarande verksamhet.

I målet är ostridigt att NordRen, i egenskap av bolag, inte har haft offentliga uppdrag i sådan utsträckning att kravet i punkt 3.1 är uppfyllt. NordRen hävdar dock att bolaget, vid en prövning av yrkesmässig kapacitet och

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

Enhet 2

DOM

1043-15

erfarenhet, ska tillgodoräknas den kapacitet och erfarenhet som innehas och redovisats för tre namngivna personer i NordRens ledning.

Förvaltningsrätten finner att ordalydelsen i punkt 3.1 ger vid handen att Tekniska Verken valt att i Upphandlingen uppställa ett kvalificeringskrav som kräver att anbudsgökanden självt, eller genom åberopade av annat företags kapacitet, ska inneha den krävda erfarenheten och yrkesmässiga kapaciteten. I anknytning härtill krävs vidare in bevisning i form av en beskrivning till styrkande av att sådant krav är uppfyllt. Någon anledning till åtgärd till följd av att kravet ifråga är otydligt utformat finns således inte.

Att en upphandlande myndighet på detta sätt väljer att selektera bland potentiella leverantörer utifrån visad egen kapacitet hos varje anbudssökande kan, enligt förvaltningsrätten, inte i sig anses vara i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket, innefattande bl.a. likabehandlingsprincipen (jfr t.ex. 11 kap. 11 § punkt 2 LOU). Med beaktande av vad som framkommit i målet rörande upphandlingsföremålet bedöms inte heller aktuellt krav i Upphandlingen, till följd av att det är inriktat på anbudssökandens egen erfarenhet och kapacitet, vara alltför långtgående. Det förhållandet att Tekniska Verken, om en annan bedömning hade gjorts avseende rådande marknadsförhållanden och önskad kravbild på en leverantör av efterfrågad tjänst, haft teoretisk möjlighet att genom en annan utformning av ansökningsinjudan istället välja att godta kapacitet och erfarenhet hos vissa ledande personer inom en anbudssökandes organisation som grund för kvalificeringsprövningen förändrar inte denna bedömning (jfr t.ex. 11 kap. 11 § punkt 6).

Med beaktande av det ovanstående har inte NordRen förmått visa att bolaget uppfyller ställt krav rörande teknisk och yrkesmässig kapacitet. Någon skyldighet för Tekniska Verken att bereda NordRen möjlighet att läka sådan brist har inte förelegat. Tekniska Verken har således förfarit korrekt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**

1043-15

Baklet 2

genom att förkasta NordReus ansökan om att inkomma med anbud med den följden att bolaget inte inbjuds att lämna anbud i Upphandlingen. Vid en sådan bedömning saknas skäl att vidare pröva NordReus övriga invändningar rörande utförningen av aktuellt kvalificeringskrav och i övrigt och anbudsansökans innehåll med anledning av detta.

Bedömningen ovan, avseende aktuell åtgärd under kvalificeringsfasen i Upphandlingen, förändras inte oavsett om LOU eller LUF tillämpas. Skäl att inom ramen för detta mål särskilt pröva tillämplig lag för aktuell upphandlingsprocess föreligger således inte.

Sammantaget har inte NordRen förmått visa att Tekniska Verken förfarit felaktigt i upphandlingsrättsligt hänseende varför ansökan om överprövning ska avslås.

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


Torias Kjellgren



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. Om beslutet har meddelats vid en mündlig 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 lämnat prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättsutövningen 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 mål – 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 rätterns 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 interimsiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rätterns 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.