



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-10-01
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
2919-15

SÖKANDE

Bravida Sverige AB, 556197-4188
Mikrofonvägen 28
126 81 Stockholm

Ombud: Fredrik Jonsson
Mikrofonvägen 28
126 81 Stockholm

MOTPART

1. Vetlanda Energi & Teknik AB
Box 154
574 22 Vetlanda

2. Vetlanda kommun
574 80 Vetlanda

SAKEN

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

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2015-10-02 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Vetlanda kommun samordnar och genomför för sin och Vetlanda Energi & Teknik AB:s (nedan benämnda kommunen) räkning en upphandling, för-
enklat förfarande, av ramavtal för bredbandsutbyggnad – Svetsning, in-
stallation och optomaterial. Grund för tilldelning av kontrakt är lägst pris.
Genom tilldelningsbeslut fastställdes att avtal ska tecknas med Eksjö El-
team AB (Eksjö Elteam). Bravida Sverige AB (Bravida) placerades på
andra plats. Bravida har därefter ansökt om överprövning.

Dok.Id 171524

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Bravida yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att en ny anbudsutvärdering företas varvid Eksjö Elteams anbud inte beaktas.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkande.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bravida

Av kommunens utvärderingsprotokoll framgår att kommunen funnit att Eksjö Elteams anbud uppfyller samtliga ska-krav. Detta är inte korrekt. Anbudet brister i uppfyllelse av följande ska-krav.

”Anbudslämnaren ska ha tillgång till minst en (1) certifierad fibersvetsare för svetsning hos upphandlande myndighet”.

Till förfrågningsunderlaget har kommunen tillhandahållit ett formulär med i upphandlingen förekommande ska-krav. Eksjö Elteam har till sitt anbud fyllt i och bifogat nämnda formulär. I punkten 1.9 i nämnda dokument återupprepas kravet på certifierad fibersvetsare ytterligare en gång varefter följande anges:

”Bifoga certifikat utfärdat av ackrediterat certifieringsorgan på den/de certifierade fibersvetsare som är aktuella för uppdraget. Observera att bifogade certifikat ska vara giltiga vid anbudsinlämningen.”

Eksjö Elteam har som svar på denna begäran uppgett att bilagan har bifogats anbudet. Det bifogade intyget avser en person som såvitt Bravida känner till är anställd av bolaget Eksjö Energi Elit AB.

Bravida noterar att Eksjö Elteam inkommit med ett anställningsavtal gällande denna person men noterar samtidigt att avtalet saknar en rad grundläggande uppgifter som man förväntar sig att finna i ett anställningsavtal, t.ex. anställningsform, sysselsättningsgrad, arbetstider, arbetsplats etc. Den enda slutsats som kan dras av det aktuella anställningsavtalet är att den certifierade fiberteknikern äger rätt till 172 kr per timme för det fall han utför arbete för Eksjö Elteam. Någon arbetsplikt följer inte av det anställningsavtalet. Med hänsyn till att den certifierade teknikern är anställd på heltid av Eksjö Energi Elit AB kan han inte anses vara "tillgänglig" för svetsning hos kommunen såsom avses i upphandlingens föreskrifter. Inte minst med hänsyn till den volym fibersvetsning som är planerad att utföras. I förfrågningsunderlaget anges att "all fibersvetsning ska utföras av certifierad fibersvetsare". Någon möjlighet för den nu angivna certifierade svetsaren att utföra mer än en bråkdel av den fibersvetsning som upphandlingen avser finns inte med hänsyn till att han samtidigt arbetar heltid för ett annat bolag. Det är uppenbart att ska-kravet avseende tillgång till minst en certifierad fibersvetsare har ställts upp med hänsyn till yrkesmässig kapacitetskrav som kommunen eftersträvat i upphandlingen. Det är oförklarligt vad värdet av ett ska-krav avseende tillgång är om någon faktisk tillgång inte krävs. I annat fall är det uppenbart att aktuellt krav brister i transparens. De flesta anbudsgivare torde uppfatta aktuella kraven som att den certifierade fibersvetsaren som åberopas också ska vara faktiskt tillgänglig för att utföra del av det arbete som omfattas av upphandlingen. Upphandlingen måste i annat fall rimligen göras om så att alla anbudsgivare har möjlighet att lämna anbud på samma förutsättningar.

Kommunen

I förfrågningsunderlaget anges att anbudslämnaren ska ha tillgång till minst en (1) certifierad fibersvetsare. Det finns inget krav att certifierad fibersvetsare ska vara anställd. Med anledning av Bravidas påstående har kommunen ställt frågan till Eksjö Elteam om deras tillgång till certifierad

fibersvetsare. Kommunen har av Eksjö Elteam erhållit bevis om att personen innehar anställning där sedan 1 maj 2015.

Kommunen har inte ställt krav att anbudslämnare ska lämna uppgift om hur de har tillgång till certifierad fibersvetsare. De har endast behövt visa att de har tillgång. Anbudslämnare ska bifoga verifikat i form av certifikat utfärdat av ackrediterat certifieringsorgan på den/de certifierade fibersvetsare som är aktuella för uppdraget. Eksjö Elteam har bifogat certifikat och uppfyller ska-kravet. I sin företagspresentation har Eksjö Elteam redovisat sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet och uppfyller även ska-kravet i denna del.

Kommunen har inte krävt viss tillgång av certifierad fibersvetsare, eftersom kommunens behov är beroende av att förväntade projekt startas. Kommunen garanterar inte att utta viss bestämd kvantitet och innebörden av detta är att det skulle vara oproportionerligt att kräva en viss tillgång utan att samtidigt garantera volymen. I ramavtalsupphandlingar är det vanligt att det är svårt att med exakthet fastställa vilka volymer som blir aktuella, då ett antal parametrar inverkar på hur stor omfattningen kan bli. Detta har uttryckts på ett flertal ställen i förfrågningsunderlaget. Angivna volymer i bilaga utvärderingsmodell är relaterade till avtalstiden (två år) och att förväntade projekt startas. Behovet kan variera och kvantiteterna således över- eller underskridas. Det kan inte garanteras att uttagsvolymen kommer att bli densamma under avtalstiden. Kommunen har noga övervägt utformningen av samtliga ska-krav och ansett det proportionerligt att utforma kravet på att anbudslämnare ska ha tillgång till minst en (1) certifierad fibersvetsare för svetsning hos kommunen. Det åligger antagen leverantör att under avtalstiden följa samtliga avtalsvillkor. Antagen leverantör ansvarar naturligtvis för att anpassa sin verksamhet så att uppdraget enligt åtagandet fullgörs enligt avtalet. Av upphandlingens dokument framgår att all fibersvetsning ska utföras av certifierad fibersvetsare. Avtalet reglerar

att säljaren kan byta ut certifierad fibersvetsare, vilket kan bli aktuellt om personal slutar sin anställning eller om volymkvantiteter ökar vilket kan medföra behov av nyanställningar etc.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga av förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. En upphandlande myndighet kan själv välja vilka krav eller kriterier som den vill ställa för kvalificering av en anbudsgivare, så länge de är förenliga med de EU-rättsliga principerna. Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga principer beaktas är en upphandlande myndighet också normalt oförhindrad att själv bestämma om och - i förekommande

fall – hur anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuellt ska-krav är uppfyllt.

En upphandlande myndighet har inte någon skyldighet att kontrollera att uppgifterna i anbudet i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Normalt sträcker sig kontrollskyldigheten inte längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbudet och det krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon skyldighet att också kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan således inte anses föreligga om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana ska-krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om uppgifter blivit kända först i samband med överprövningsprocessen (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

I nu aktuell upphandling har kommunen ställt upp ett ska-krav innebärande att anbudsgivare ska ha tillgång till minst en certifierad fibersvetsare för svetsning hos upphandlande myndighet. Anbudsgivare ska även bifoga certifikat utfärdat av ackrediterat certifieringsorgan på den/de certifierade fibersvetsare som är aktuella för uppdraget. Bravida har inte anfört något som gör att det kan anses att detta krav skulle strida mot någon av de principer som gäller för offentlig upphandling.

Det är ostridigt att Eksjö Elteam har gett in certifikat för en fibersvetsare enligt ställt krav. Något krav på att anbudsgivarna ska ge in anställningsbevis eller liknande för att i övrigt styrka tillgång till certifierad fibersvetsare har inte framställts i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av vad som ovan anförts om upphandlande myndighets utredningsskyldighet har

det därmed, enligt förvaltningsrättens mening, inte ålegat kommunen att närmare kontrollera bolagets uppgifter innan tilldelningsbeslut fattades.

Sedan Bravida ansökt om överprövning har Eksjö Elteam till kommunen gett in ett skriftligt anställningsavtal beträffande namngiven certifierad fibersvetsare. Detta visar enligt förvaltningsrättens mening att det finns en överenskommelse om att denna person är tillgänglig för arbete hos Eksjö Elteam. Mot denna bakgrund, och med hänsyn till den frihet som upphandlande myndighet har att själv välja vilka krav för kvalificering man vill ställa, finner förvaltningsrätten att det som Bravida anfört inte kan leda till slutsatsen att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen genom att i utvärderingen beakta anbudet från Eksjö Elteam. Grund för ingripande enligt LOU finns därmed inte, och Bravidas ansökan ska avslås.

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

Annette Spjuth

Föredragande har varit Nina Melander.



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 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.