

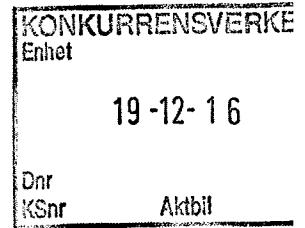


FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2019-12-16
Meddelad i Malmö

Mål nr
9524-19

Sida 1 (11)



SÖKANDE

Fastighetsservice Dennis Fransson AB, 556774-6127
Erikdalsgatan 3 B
212 16 Malmö

MOTPART

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

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Fastighetsservice Dennis Fransson AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 534622

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

MKB Fastigheter AB (MKB) genomför en upphandling avseende Fastighetsnäratjänster 2018 (ref.nr. 17/254). Upphandlingen avser ramavtal för fastighetsnära tjänster såsom pappersplockning, grovstädning och rensning av vindar och källare. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande i enlighet med LOU. 13 anbudsgivare har kvalificerat sig för utvärdering och av dessa har 11 anbudsgivare antagits. Dennis Fransson AB har rangordnats som nummer 7.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Fastighetservice Dennis Fransson AB (Dennis Fransson) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att företag som tilldelats avtal i strid med gällande lagstiftning diskvalificeras och att ny tilldelning sker. Till stöd för ansökan har Dennis Fransson anfört bl.a. följande.

Utformningen av upphandlingsdokumenten strider mot lagstiftning som reglerar upphandling och den lagstiftning som reglerar företagens rätt att erbjuda dessa tjänster. MKB har valt att tilldela företag som inte har trafikillstånd enligt yrkestrafiklagen.

De tilldelade företagen har getts möjlighet att i efterhand inkomma med erforderliga tillstånd i upp till två månader efter att tilldelningsbeslutet vunnit laga kraft. Denna utformning står i strid med gällande lagstiftning. Vidare strider förfarandet mot texten mot UF3.5121 Teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet, ”Anbudsgivaren ska ha en teknisk förmåga och en sådan yrkesmässig kapacitet att utföra uppdraget i enighet med detta förfrågningsunderlag.” UF3.5123 Tillstånd och lagstiftning ”Anbudsgivaren ska ha för verksamheten erforderliga tillstånd. Anbudsgivaren ska beakta alla lagar och föreskrifter som gäller för den verksamhet som ska utföras.”

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

I det fall MKB hade uppställt ska-krav hade MKB inte brutit mot gällande lagar och förordningar.

Utformningen bryter mot LOU och likabehandlingsprincipen då seriösa anbudslämnare med innehav av erforderliga tillstånd ska agera back-up till andra bolag som inte har tillstånd att bedriva aktuell verksamhet. Detta snedvrider konkurrensen.

Upphandlingen står också i strid med ömsesidigt erkännande och proportionalitet samt 2 § LOU.

Enligt 1 § yrkestrafiklagen döms den som uppsåtligen bedriver yrkesmässig trafik utan tillstånd för olaga yrkesmässig trafik till böter och fängelse i högst ett år. Har yrkesmässig trafik bedrivits utan tillstånd, döms den som yrkesmässigt för egen eller annans räkning beställt transporten till böter eller fängelse i högst ett år (2 § yrkestrafiklagen). Upphandlingen står alltså i strid med dessa bestämmelser.

Vidare strider upphandlingen även om avfallsförordningen, lag om yrkesmässiga transporter av avfall samt lag om transport av farligt gods.

Dessutom kan § 22 i upphandlingsdokumenten tolkas som att det endast är tillstånd för transport av avfall samt tillstånd för att transportera farligt avfall som givits en två månaders respit att införskaffa. Övriga tillstånd ska således enligt Dennis Fransson's tolkning innehas vid anbudsingivning.

Genom att tilldela leverantörer som inte har tillstånd enligt gällande regler gör MKB sig skyldiga till brott.

Vidare anser Dennis Fransson att utvärderingsförfarandet har varit bristfälligt. Protokoll från intervjuerna har efterfrågats och fått till svar att protokoll

saknas. Däremot har MKB fört minnesanteckningar. MKB har valt att kalla utvärderingsdokumentation för minnesanteckningar då minnesanteckningar inte behöver lämnas ut enligt offentlighetsprincipen. Genom detta förfarande har MKB kunnat tilldela avtal till leverantör så som MKB själv önskat. Dennis Fransson anser att bolaget felaktigt har lottats till plats nummer 7. Dennis Fransson hade alla tillstånd i ordning vid tilldelningsbeslutet och borde ha rankats högre. Enligt tilldelningsbeslutet har Dennis Fransson och de två andra företagen som innehar tillstånd rankats med de lägsta betygen och kom på 7, 8 och 11 plats.

MKB anser att ansökan om överprövning ska avslås och har anfört bl.a. följande. MKB har genomfört en korrekt upphandling, helt i enlighet med gällande rätt. Vad Dennis Fransson gör gällande visar inte att MKB har brutit mot bestämmelserna i LOU vare sig vad gäller utformningen av förfrågningsunderlaget eller vid utvärderingen av inkomna anbud. Förfrågningsunderlaget är klart och tydligt utformat och Dennis Fransson har därmed haft samma möjlighet som övriga anbudsgivare att utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Upphandlingen har vid ett tidigare tillfälle varit föremål för ansökan om överprövning (se mål 10463-18). Denna talan fördes efter anbudstidens utgång men innan tilldelningsbeslut meddelades av MKB. Ansökan om överprövning i det målet gällde bl.a. hur upphandlingen utformats gällande tillstånd för transport av farligt avfall. Dennis Fransson menade att MKB måste ställa krav på innehav av erforderliga tillstånd vid anbudsinlämningen samt bevis för detta och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Förvaltningsrätten avslag Dennis Franssons ansökan om överprövning. Kammarrätten har sedan dess beslutat att inte meddela prövningstillstånd i målet.

Efter tilldelningsbeslut har samma bolag på nytt begärt överprövning av upphandlingen. I den aktuella ansökan om överprövning vänder sig Dennis

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Fransson mot MKB:s utformning av upphandlingsunderlaget vad gäller tillstånd/trafiktillstånd. Bolagen menar att MKB måste ställa krav på att anbudsgivare innehar erforderliga tillstånd vid anbudsinlämningen. MKB tolkar det även som att Dennis Fransson menar att bevis också måste lämnas för detta. I den nu aktuella ansökan om överprövning yrkar Dennis Fransson, som det får förstås, att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan den har rättats på så sätt att utvärderingen görs om utan att MKB beaktar de anbudsgivare som inte innehar trafiktillstånd.

Som grund för ansökan anför Dennis Fransson i princip samma omständigheter som utgör en del av ansökan om överprövning i förvaltningsrättens mål nr 10463-18. MKB åberopar därför vad som anförts av MKB i tillståndsfrågan i yttranden i mål nr 10463-18. Domen i nämnda mål bör också beaktas vid prövningen av nu aktuellt mål. Frågan om MKB har brutit mot någon upphandlingsrättslig princip genom att inte ställa upp krav på att anbudsgivare har erforderliga tillstånd vid anbudsinlämningen och lämnar bevis för detta är prövad. Några nya omständigheter har inte framförts av Dennis Fransson inom ramen för det nu aktuella målet.

Härutöver vill MKB förtydliga och lägga till följande.

Det är ostridigt i målet att vissa av de tjänster som omfattas av upphandlingen kräver tillstånd enligt lag. Skrivningen i Kommersiella villkor och underlag för avtal 22 § Tillstånd, innebär att de leverantörer som efter tilldelning och avtalsskrivning kommer utföra tillståndspliktiga tjänster åt MKB ska inneha alla nödvändiga tillstånd när tjänsten väl utförs. Således utgör krav på tillstånd ett kontraktsvillkor och ett villkor för utförande av själva tjänsten. Det är upp till tilldelade leverantörer att se till att tillstånden finns på plats vid utförandet av tjänsten och i enlighet med kontraktsvillkoret. Att tillstånd krävs enligt lag för vissa tjänster som inkluderas i upphandlingen innebär inte att MKB är skyldig att utforma upphandlingsunderlaget

på så sätt att innehav av nödvändiga tillstånd utgör ett obligatoriskt krav i kvalificeringsfasen. Detta följer varken av LOU eller någon annan lagstiftning. Det är snarare så att det är upp till MKB att bestämma vilka krav som ska ställas på anbudsgivarna i kvalificeringsfasen. I 14 kap. LOU talas om vilka typer av kvalificeringskrav en upphandlande myndighet får ställa och inget annat. Av den anledningen kan ett ingripande enligt LOU inte omfatta vad som inte kravställs i kvalificeringsfasen i en upphandling. Såsom MKB har anfört i mål 10463-18 anser MKB vidare att utformningen av förfrågningsunderlaget är proportionerlig. Det är inte nödvändigt att tillstånden innehåses innan anbudsgivare påbörjar utförandet av tjänsten. Det skulle därför vara oproportionerligt och hämma konkurrensen att ställa upp ett sådant krav.

Utifrån förfrågningsunderlagets utformning finns det ingen möjlighet att rätta upphandlingen på så sätt som Dennis Fransson gör gällande. Det finns ingen möjlighet att diskvalificera anbudsgivare som inte innehar aktuella tillstånd vid anbudsgivningen. Att göra det skulle stå i strid med förfrågningsunderlagets utformning. Mot denna bakgrund och utifrån vad MKB har anfört i övrigt kan det vidare konstateras att de bilagor som Dennis Fransson har lämnat in till styrkande för att vissa anbudsgivare inte har erforderliga tillstånd är irrelevanta för prövningen i målet.

Dennis Fransson har även anfört att utvärderingsförfarandet visar på brister och inte kan vara förenligt med LOU. Dennis Fransson synes bl.a. vända sig mot att MKB har bedömt rutiner för hantering av farligt avfall för anbudsgivare som enligt bolaget inte innehar tillstånd. MKB tillbakavisar att det skulle finnas brister i utvärderingsförfarandet. Att vissa anbudsgivare möjligen saknade tillstånd vid anbudsgivningen innebär inte att erforderlig kunskap inom området inte finns hos anbudsgivaren och kan bedömas inom ramen för utvärderingen. Att MKB vid anbudspresentationerna bedömt hur

anbudsgivarna säkerställer att farligt avfall hanteras som farligt avfall innebär inte heller på något sätt att anbudsgivare medger någon form av brottslig handling. Beskrivningen är framåtsyftande för hur anbudsgivaren kommer att arbeta med detta om avtal tilldelas.

Utvärderingsgruppen som har bedömt den muntliga presentationen (se UF3.52 Prövning av anbud – utvärdering i upphandlingsdokumentet) är sammansatt utifrån medarbetarnas samlade kompetens inom området och kännedom om den upphandlade tjänsten. Under de muntliga presentationerna har minnesanteckningar förts och tjänat som underlag för de skriftliga utvärderingar med angivna betyg som upprättats för samtliga utvärderade anbudsgivare. Dessa har översänts till Dennis Fransson. Dennis Fransson har således fått de skriftliga utvärderingar som har upprättats. Vad MKB har bedömt under de muntliga presentationerna är det som framkommit utifrån de ställda frågorna. Det är inte möjligt att ta hänsyn till annan kännedom om leverantören som MKB kan ha eftersom det skulle strida mot LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 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 har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Relevanta delar av förfrågningsunderlaget

Av Kommersiella villkor och underlag för avtal 22 § framgår följande.

Tjänsten kräver att Leverantören innehar trafik tillstånd och tillstånd för att transportera avfall samt tillstånd för att transportera farligt avfall.

Leverantör ska införskaffa eget tillstånd för transport av avfall, transport av farligt avfall inom två månader efter tilldelningsbeslutet har vunnit laga kraft.

Förvaltningsrättens bedömning

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

En förutsättning för att en ansökan om ingripande mot en upphandling ska kunna vinna bifall är att sökanden visar att denne har lidit eller riskerat lida skada av den påtalade bristen i upphandlingen.

Dennis Fransson har som grund för sin ansökan anfört att MKB har brutit mot LOU genom att genomföra upphandlingen i strid med principerna om likabehandling och transparens. Dennis Fransson har angripit både förfrågningsunderlagets utformning och den genomförda anbudsutvärderingen.

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. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sådant 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.

En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att bestämma vilka krav som ska gälla i en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i LOU. Först när det kan konstateras att den upphandlande myndighets bedömningar har gjorts i strid med förfrågningsunderlaget eller i strid med de grundläggande principerna i LOU finns skäl att ingripa. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än vad som är nödvändigt och som får anses vara ändamålsenligt med upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Vidare får ett förfrågningsunderlag inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av upphandlingsdokumenten i den nu aktuella upphandlingen framgår att tjänsten kräver trafiktillstånd samt tillstånd för att transportera avfall samt tillstånd för att transportera farligt avfall. Tillstånden ska vidare införskaffas inom två månader efter att tilldelningsbeslutet har vunnit laga kraft. Något krav på att inneha erforderliga tillstånd vid anbudslämning föreligger således inte. MKB har relativt stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget såvida detta inte strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU. Att utforma förfrågningsunderlaget på det sätt som MKB har gjort står, enligt förvaltningsrättens mening, inte i strid med LOU eller de grundläggande principerna. Att någon leverantör inte har alla tillstånd på plats vid anbudsgivning kan därmed inte medföra uteslutning. Dennis Fransson har härutöver, enligt förvaltningsrättens mening, inte förmått visa på vilket sätt skrivningen avseende tillstånd har hindrat bolaget från att lägga ett

konkurrenskraftigt anbud. Den aktuella utformningen av förfrågningsunderlaget är vidare ändamålsenlig och proportionerlig i förhållande till upphandlingsföremålet. Vid dessa förhållanden har Dennis Fransson enligt förvaltningsrättens bedömning inte lidit eller riskerat att lida skada på grund av de påstådda bristerna. Något skäl för ingripande med anledning av det som Dennis Fransson har anfört angående förfrågningsunderlagets utformning finns därför inte.

Det kan i sammanhanget noteras att förvaltningsrättens tidigare dom i mål nr 10463-18 har fått laga kraft efter att Högsta förvaltningsdomstolen den 10 oktober 2019, efter att Dennis Fransson överklagat kammarrättens beslut, har beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

Dennis Fransson har även anfört att det finns brister i utvärderingsförfarandet och har sammanfattningsvis menat att MKB genom att utvärdera och anta bolag som inte har erforderliga tillstånd har brutit mot LOU. Dennis Fransson har också anfört att utvärderingsförfarandet brister i transparens då bolaget inte har fått ta del av minnesanteckningar gjorda av utvärderingsgruppen i samband med utvärderingen.

Eftersom tillstånd enligt förfrågningsunderlaget inte behöver vara införskaffade förrän efter tilldelningsbeslut meddelats har tillståndsfrågan inte någon betydelse vid utvärderingen. MKB har därmed inte heller i detta hänseende handlat i strid med LOU. Den utvärderingsgrupp som har bedömt anbudsgivarnas muntliga presentation har fört minnesanteckningar som tjänat som underlag för den skriftliga utvärderingar som upprättats för samtliga utvärderade anbudsgivare. Dennis Fransson har fått ta del av de upprättade utvärderingarna. Av dessa framgår det tydligt, att vad MKB har bedömt under de muntliga presentationerna är det som belysts genom ställda frågor. Följaktligen har MKB på ett klart och tydligt sätt delgett Dennis Fransson vad som har legat till grund för bedömningen i utvärderingen. Vad Dennis Fransson

har anfört ger inte heller i övrigt stöd för att MKB har handlat i strid med LOU avseende utvärderingen av anbudet.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten sammantaget att Dennis Fransson inte har förmått visa att MKB i den aktuella upphandlingen har agerat i strid med bestämmelserna i LOU eller någon av de upphanslingsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Dennis Franssons ansökan härom ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Henrik Hedberg
Rådman

Astrid Lindeskog 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 nyårsafton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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.

