



SÖKANDE

Bylero AB, 556489-0340

Ombud: Advokat Mikael Dubois och Jur.kand. Erik Sigfridsson
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

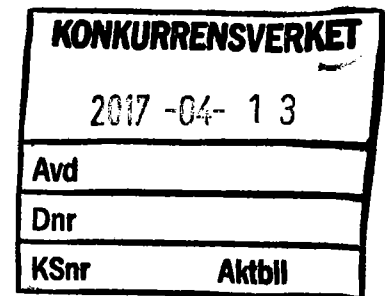
Uppsala Kommun Skolfastigheter AB, 556911-0751
Salagatan 18 A
753 30 Uppsala

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Uppsala Kommun Skolfastigheter AB (Skolfastigheter) har genomfört en upphandling avseende ramavtal: Tekniska konsulter - Projektledare, Projekteringsledare (Bas-P) Byggladare och Kontrollansvarig, dnr SFB-20116-0214. I tilldelningsbeslut den 23 september 2016 antogs anbud från andra anbudsgivare än Bylero AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas så sätt att anbudet från bolaget inte diskvalificeras. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Skolfastigheter har felaktigt ansett att det inte framgått av bolagets anbud att offererad konsult nr 3 haft rollen som byggladare eller projekteringsledare. I anbudet anges att konsulten i fråga har erfarenhet som byggladare i samtliga tre angivna referensprojekt samt som projekteringsledare i referensprojekt nr 3. Bolaget har genom att kryssa i på förhand angivna rutor visat att konsulten har erfarenhet som byggladare och projekteringsledare. Av ingiven CV för konsulten framgår även tydligt att denne har erfarenhet som byggladare, arbetsledare och platschef samt som projekteringssamordnare och projektingenjör.

Konsulten uppfyller kravet på fyra års erfarenhet som byggladare. Enligt Skolfastigheter har det endast kunnat utläsas av bolagets anbud att konsulten har 2,5 års erfarenhet som byggladare. Utöver den erfarenheten framgår det dock även av CV att konsulten har erfarenhet som arbetsledare och platschef vid Platzer Bygg AB i Gävle mellan 1980-1992, samt ytterligare ett års erfarenhet under 1998 som platschef vid Plibrico AB i Gävle. Eftersom Skolfastigheter synes medge att en person som arbetar som arbetsledare/platschef åt ett byggbolag till viss del också erhåller den erfarenhet som är relevant för uppdraget som byggladare åt en byggherre måste konsultens erfarenhet anses vara att likställa med erfarenhet som byggladare i den mening som avses i förfrågningsunderlagets erfarenhetskrav.

Skolfastigheter har vidare inte ansett att konsulten uppfyllt kravet på fyra års erfarenhet som projekteringsledare eftersom man anser att erfarenhet som projektingenjörer inte är att likställa med projektledare. Skolfastigheter har därvid menat att en projektingenjörers uppgift främst skulle vara att biträda en projektchef men inte visat något som stödjer den uppfattningen. En projektingenjör har dock mer arbetsuppgifter än att vara ett biträde till projektchefen. I en projektingenjörers arbetsuppgifter ingår bland annat att självständigt ansvara för projekteringsledning, bistå projektgruppen i projekteringsfasen av projektet samt att bistå projekten och affärsområdet med optimerade tekniska lösningar. En projektingenjör utför således sådana arbetsuppgifter som anges i punkten AUC.1 i upphandlingsföreskrifterna. Det är inte avgörande vilken rubricering som bolaget gjort vid redovisningen av erfarenheten utan vilka arbetsuppgifter som konsulten haft under sin tid som projektingenjör och om dessa varit av sådant slag som anges i förfrågningsunderlaget. Av konsultens CV framgår erfarenhet som projektingenjör vid Gävle kommun under 1999-2004. Eftersom erfarenhet som projektingenjör måste anses vara att likställa med erfarenhet som projekteringsledare i den mening som avses i erfarenhetskraven har konsulten således, utöver de 3 år och 6 månader som Skolfastigheter godkänt, uppfyllt kravet på fyra års erfarenhet.

Erfarenhetskraven i förfrågningsunderlaget står vidare i strid med proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU eftersom alla åtgärder som vidtas och krav som ställs i en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen (EU-domstolens dom den 13 juli 1994 i mål C431/93 Kommissionen mot Tyskland). EU-domstolen har också i skilda sammanhang uttalat att reglerna ska tolkas i "funktionella termer", dvs. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas. En bedömning måste göras av om

åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, eller om något mindre ingripande alternativ finns. Dessutom måste bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är proportionerlig i förhållande till syftet med åtgärden. Båda dessa krav måste vara uppfyllda för att ett krav ska anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Bevisbördan för att det inte finns något mindre ingripande alternativ än det som har valts ligger på den upphandlande myndigheten (jfr. bland annat Kammarrättens i Stockholm avgörande av den 27 oktober 2009 i mål nr 4846-09). Denna bevisbörda innebär att Skolfastigheter måste visa att det inte funnits någon mindre ingripande åtgärd för att uppfylla erfarenhetskravens syfte än att ställa krav på fyra års erfarenhet av de aktuella ledarrollerna för vardera konsulten.

Som framgår av erfarenhetskraven i förfrågningsunderlaget krävs det att anbudsgivarna ska ha minst tre konsulter som ska ha minst fyra års erfarenhet inom vardera rollen som projekteringsledare (inkl. Bas-P), projektledare samt byggleddare. Varje konsult måste således ha minst fyra års erfarenhet av samtliga dessa tre ledarroller. Dessutom ska vardera konsult ha minst totalt tio års erfarenhet inom byggbranschen. Det får antas att syftet med erfarenhetskraven är att kontrollera att de leverantörer som antas i upphandlingen har konsulter som har den erfarenhet som krävs för att genomföra de uppdrag som Skolfastigheter avser avropa. Det är dock ett mycket långtgående krav att kräva att anbudsgivarna har tillgång till tre olika konsulter som vardera har fyra års erfarenhet av de tre ledarrollerna. Ett mindre ingripande alternativ hade varit att ställa krav på ett lägre antal års erfarenhet. Ett krav på exempelvis två års erfarenhet skulle även stå i proportion till upphandlingen och vara fullt tillräckligt för att syftet med erfarenhetskraven skulle uppnås.

Av utkast till det ramavtal som Skolfastigheter avser ingå med vinnande anbudsgivare framgår att den initiala löptiden för ramavtalet är två år. Även om ramavtalet under vissa förutsättningar kan förlängas, ställer således

Skolfastigheter upp ett krav på att vardera konsulten ska ha erfarenhet motsvarande en dubbelt så lång tid som ramavtalets initiala löptid. Redan härav är det uppenbart att erfarenhetskraven inte är nödvändiga för att uppnå det efterfrågade syftet. Med beaktande av ramavtalets initiala löptid hade det varit en fullt tillräcklig åtgärd av Skolfastigheter att kräva två års erfarenhet av de aktuella ledarrollerna, även om detta också skulle ha varit ett relativt långtgående erfarenhetskrav. Att utgå från ramavtalets löptid är vidare en rimlig utgångspunkt för att bedöma om erfarenhetskraven är för långtgående för att vara förenliga med proportionalitetsprincipen. Det kan svårligen göras gällande att en konsult, för att kunna utföra ett uppdrag som löper under en viss tid, måste ha tidigare erfarenhet som överstiger det aktuella uppdragets löptid.

Om det inte skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen att kräva minst fyra års erfarenhet som projekteringsledare, projektledare och byggledare står det åtminstone i strid med proportionalitetsprincipen att kravet utformats på så sätt att anbudsgivarna måste ha minst tre konsulter med denna erfarenhet. Ett mindre ingripande alternativ hade varit att endast kräva att anbudsgivarna skulle ha minst en eller två sådana konsulter. I praxis har för långtgående krav på ett minsta antal konsulter ansetts oproportionerligt (se Kammarrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2009 i mål nr 3477-09). Det framgår även uttryckligen av utkastet till ramavtalet att en leverantör har möjlighet att tacka nej till ett uppdrag som avropas om leverantören redan har två stycken konsulter som utför uppdrag åt Skolfastigheter. Följden av detta är att det enligt ramavtalet aldrig kan krävas av leverantören att ha fler än två konsulter till förfogande. Under denna förutsättning hade det varit en fullt tillräcklig åtgärd att endast ställa ett krav på anbudsgivarna att ha minst två konsulter med den angivna erfarenheten tillgängliga för att utföra uppdraget. Bolagets två andra konsulter uppfyller ostridigt erfarenhetskraven och således kan bolaget utföra uppdraget enligt ramavtalet utan att ens behöva använda konsult nr. 3. Den aktuella situationen är jämförbar med

avgöranden från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 3477-09 och 4846-09) där domstolen bedömde att krav på ett visst antal konsulter stred mot proportionalitetsprincipen eftersom konsulterna skulle utgöra en "back-up".

Den negativa effekt som erfarenhetskravet skapat är att samtliga leverantörer som inte har tre konsulter att tillgå med efterfrågad erfarenhet har utestängts från möjligheten att lämna anbud och därmed konkurrera om tilldelningen. Denna negativa effekt är inte proportionerlig i förhållande till erfarenhetskravens syfte, särskilt med beaktande av att det uppenbarligen finns mindre ingripande åtgärder.

Skolfastigheter påbörjade tidigare en annan upphandling avseende aktuellt ramavtal som senare avbröts. I denna avbrutna upphandling uppställdes helt andra, mycket mindre långtgående, erfarenhetskrav än de som nu ställts upp. Bland annat ansåg Skolfastigheter att det var tillräckligt att konsulterna arbetat en viss tid som konsult efter utbildningen samt att de under denna tid någon gång erhållit erfarenhet av arbete från de specifika ledarrollerna projekteringsledare (inkl. Bas-P), projektledare respektive som byggledare. Dessutom kunde dessa krav uppfyllas av konsulterna gemensamt. Mot denna bakgrund är det anmärkningsvärt att Skolfastigheter i den nu aktuella upphandlingen ställer ett avsevärt mer långtgående krav på hela fyra års erfarenhet av samtliga ledarroller för vardera konsult.

Bolaget har i första hand lidit skada eftersom anbudet förkastats trots att erfarenhetskraven är uppfyllda. För det fall bolagets anbud rätteligen har förkastats är det uppenbart att bolaget i vart fall riskerat att lida skada på grund av att erfarenhetskraven står i strid med proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Om mindre ingripande krav ställts på erfarenhet än de som anges i erfarenhetskraven — exempelvis att erfarenheten endast skulle innehas av två konsulter eller att två års erfarenhet av respektive roll krävts — hade bolaget uppfyllt kraven.

Skolfastigheter bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Vid bedömningen av om en anbudsgivare uppfyller ställda krav i en upphandling får i princip enbart de uppgifter som getts in genom anbudet också läggas till grund för bedömningen. Under sådana förhållanden saknar det relevans huruvida anbudsgivaren rent faktiskt uppfyller kraven. Av förfrågningsunderlaget följde att anbudsgivare skulle ha minst tre konsulter som uppfyller samtliga krav avseende fyra års erfarenhet i rollen som projekteringsledare (inkl. Bas-P), projektledare respektive bygglidare samt totalt tio år erfarenhet inom byggbranschen. Det följde av förfrågningsunderlaget att Skolfastigheter gjorde skillnad på de olika rollerna samt vad som avsågs med respektive roll. Som bevis för att kraven var uppfyllda skulle anbudsgivaren ge in CV där det tydligt skulle framgå antalet år inom varje erfarenhet. Bolagets konsult nr 3 uppfyllde kravet på projektledare samt på erfarenhet inom byggbranschen. Det framgick att konsulten innehade erfarenhet som bygglidare men det framgick inte av CV eller referensprojekten när ett uppdrag under 2014 påbörjades eller när under 2015 det avslutades. Även med den mest generösa tolkning av dessa årtal gick det inte att utläsa mer än 2,5 års erfarenhet som bygglidare (januari 2014-juni 2016).

Det är endast vad som med tillräcklig tydlighet framgår av anbudet från en anbudsgivare som får läggas till grund för kvalificeringsbedömningen. En upphandlande myndighet ska inte behöva spekulera i och än mindre försöka fylla ut vad anbudsgivaren avser med begrepp och andra uppgifter som exempelvis när under angivet år något påbörjades eller avslutades.

Bygglidarens roll var i förfrågningsunderlaget var definierad till att representera och tillvarata beställarens/byggherrens tekniska och ekonomiska intressen och genomföra sitt uppdrag med denna utgångspunkt. Med anledning av detta beaktades inte konsultens erfarenhet som arbetsledare och platschef hos Platzer Bygg AB då erfarenheten av att leda arbetet i entreprenad åt ett byggbolag inte likställdes med erfarenheten att företräda en bygg-

herre. Det kan emellertid medges att en person som arbetar som arbetsledare/platschef åt ett byggbolag till viss del också erhåller den erfarenhet som är relevant för uppdraget som byggledare åt en byggherre. Även om Skolfastigheter medger att arbetsledare/platschef kan erhålla liknande erfarenheter som en byggherres byggledare innebär inte att Skolfastigheter likställer de båda begreppen. Skolfastigheter överlåter den bedömningen till rätten.

För erfarenhet som projekteringsledare angavs i den aktuella konsultens CV avseende projektet Coromant Innovation Center 2012-2014 följande:

”Projektet varade över 2 år där projektering och produktion gick hand i hand. En omfattande del av projektet var projekteringssamordning för att samordna alla fack att arbeta åt samma håll och att undvika kollisionkrockar mellan installationerna.”

Även om stycket till viss del var öppet för tolkning samt att projektbeskrivningen inleddes med ”Byggprojektledare för om- och -tillbyggnad [...]” så framstod det för Skolfastigheter som att bolaget menade att konsulten till viss del även ansvarat för projekteringssamordning (vilket likställs med projekteringsledning). Vilken månad under 2012 som uppdraget som byggprojektledare startade samt när under 2014 som det avslutades framgick dock inte, än mindre hur stor del av perioden som konsulten också innehade ansvaret för projekteringssamordningen. Av konsultens CV i övrigt framgick inte några ytterligare uppgifter om erfarenhet som projekteringsledare. Av referensprojekt 3 följde däremot uppgifter om ytterligare 6,5 månaders erfarenhet som projekteringsledare (perioden 24 mars - 9 oktober 2015). Av uppgifterna i CV jämte referensprojekt kunde det inte utläsas mer än 3 år och 6,5 månaders erfarenhet som projekteringsledare. Det gick därmed inte med tillräcklig tydlighet att läsa ut huruvida konsulten hade föreskriven erfarenhet om minst 4 år.

Det bestrids vidare att projektingenjör skulle vara ett begrepp allmänt ska likställas med projekteringsledare, i yart fall enligt den definition som följde av underlaget i upphandlingen. En rubricering av en tjänst är inte avgörande för redovisningen av en erfarenhet men i det aktuella fallet framgick inget

annat av anbudet än rubriceringen projektingenjör. En internetsökning på begreppet projektingenjör gav ett blandat resultat där få definitioner ens till någon del omfattade de uppgifter som följde av förfrågningsunderlaget. I stället synes i allmänhet en projektingenjör främst vara en person som "biträder en projektchef" eller på annat sätt innehar en generell supportroll i projekt. En projektingenjör kan förvisso arbeta med projekteringsledning men detta synes inte vara något som normalt ingår i rollen. En projektingenjör ska alltså inte likställas med en projekteringsledare. I vart fall är innebörden av begreppet oklar och det är bolaget som bär bevisbördan för sitt påstående om likställigheten.

Erfarenhetskraven tjänar samma syfte och är dessutom oftast likalydande vid upphandling av ramavtal som vid upphandling av enskilda konsultuppdrag. Det är under sådana förhållanden irrelevant hur lång själva ramavtalets löptid är. Att som konsult genomföra uppdrag i rollen som projektledare, projekteringsledare (inkl. Bas-P), bygglidare och kontrollansvarig ställer höga krav på kunskaper om och erfarenhet av tillämpning av bland annat AMA (främst teknisk AMA) standardavtalen AB 04 och ABT 06, plan- och bygglagen, Boverkets byggregler, arbetsmiljölagen jämte anslutande föreskrifter. Vidare är det nödvändigt att konsulten har erfarenhet av typiska situationer och problem som kan uppstå under planering, projektering och utförande av entreprenader samt hur dessa lämpligen bör lösas. Det är också viktigt att uppdragstagaren har en allmän kännedom av ett entreprenadprojekts olika delar så att konsulten verkligen kan tillvarata byggherrens intressen av ett tillfredställande tekniskt och ekonomiskt resultat. Att föreskriva lägre krav på erfarenhet än som följde av upphandlingen hade inte lett till att syftet med kraven uppnåtts, nämligen att tillse att konsulterna hade ändamålsenlig erfarenhet och kompetens med beaktande av uppdragens tänkbara omfattning. Det har inte varit möjligt att ställa lägre krav än de som följde av upphandlingen för att uppnå syftet med kraven.

Skolfastigheter är ett av Sveriges största offentliga fastighetsbolag med ett fastighetsbestånd på cirka 140 fastigheter. Samtliga fastigheter är bebyggda med för-, grund och/eller gymnasieskolor vilka främst hyrs ut till Uppsala kommun. Renoverings- och tillbyggnadsbehovet hos många av skolorna är påtagligt och det finns även efterfrågan på nya skolor. Förutom planerade entreprenader kommer det erfarenhetsmässigt under ramavtalstiden tillkomma entreprenader som i dagsläget inte är kända. Inför och under nästintill samtliga av de entreprenader som Skolfastigheter låter genomföra finns behov av de konsulttjänster som går att avropa från ramavtalet. Syftet med kravet på minst tre konsulter var att säkerställa att anbudsgivaren kunde tillhandahålla erforderligt antal konsulter till Skolfastigheters olika entreprenader. Att det enligt villkoren var tillåtet att tacka nej till avrop som tidsmässigt sammanföll med minst två andra uppdrag åt Skolfastigheter berodde på att man ville erbjuda attraktiva och balanserade avtalsvillkor. Villkoret är tänkt att endast undantagsvis tillämpas av konsulterna vid tillfälliga toppar. De av bolaget åberopade kammarrättsavgörandena (3477-09 och 4846-09) avsåg samma samordnade upphandling av rekryteringskonsulter där de upphandlande myndigheterna hade motiverat antalet konsulter med att de ytterligare konsulterna endast skulle utgöra back-up. Upphandlande myndigheter hade inte heller åberopat någon bevisning avseende proportionaliteten utan medgav istället att upphandlingen behövde göras om vilket torde ha påverkat utgången i målet. De åberopade rättsfallen har därför tveksam relevans i detta mål.

Skolfastigheter har inte heller i den tidigare, sedermera avbrutna, upphandlingen ställt lägre krav på konsulterna. I den tidigare upphandlingen skulle var och en av de tre konsulterna uppfylla vissa punkter rörande visst antal år av utbildning i kombination med minst 5 års och högst 9 års erfarenhet som projektledare, projekteringsledare, bygglidare respektive kontrollansvarig. Kraven kunde inte uppfyllas av konsulterna gemensamt. I och med den nya upphandlingen justerade Skolfastigheter dessa krav till de som är aktuella i målet.

Även om de ställda kraven på antalet konsulter och antal års erfarenhet skulle strida mot proportionalitetsprincipen har kraven i sig inte inneburit något hinder för bolaget att tilldelas något av ramavtalskontrakten och bolaget har därför inte riskerat lida skada med anledning av kraven. Det saknar därför betydelse i målet huruvida kraven strider mot proportionalitetsprincipen. Av själva anbudet var det inte visat att konsult nr 3 uppfyllde samtliga erfarenhetskrav. Detta innebär inte att Skolfastigheter ifrågasätter bolagets påstående om att konsulen rent faktiskt uppfyller kraven. Bolaget hade således trots kraven på konsulterna kunnat kvalificera sig i upphandlingen om de hade lämnat tydliga och fullständiga uppgifter i ingivet CV. Bolaget har inte lidit eller riskera lida någon skada med anledning av de aktuella kraven utan bara på grund av bristerna i anbudet.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Den aktuella upphandlingen påbörjades innan nu gällande lag (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2017. Den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) gäller dock fortfarande för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet och ska därmed tillämpas i detta mål.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning endast på de omständigheter som sökanden åberopar, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69. Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. En av dessa principer är att anbud som inte uppfyller 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 enheten ska pröva anbudet.

Bolagets anbud har förkastats på grund av att Skolfastigheter bedömt att alla ska-krav inte är uppfyllda. Den första fråga förvaltningsrätten har att pröva är om bolaget uppfyllt det aktuella ska-kravet och därför borde ha gått vidare till utvärderingsfasen. Av rättspraxis följer att det åligger anbudsgivaren att visa att ett uppställt krav är uppfyllt.

Av Skolfastigheters tilldelningsbeslut framgår att bolagets anbud avseende konsult nr 3 inte bedömts uppfylla de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlagets kravspecifikation. Bolagets anbud har därför förkastats. Bolaget gör gällande att det uppfyller upphandlingens samtliga ska-krav.

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation anges, såvitt nu är av intresse, följande.

I upphandlingens administrativa föreskrifter AUB.51.3. Teknisk och yrkesmässig kapacitet ställdes följande krav på anbudsgivarens kompetens.

3.1.1 Erfarenhet

Anbudsgivaren ska ha minst 3 st. konsulter som uppfyller vardera nedanstående krav (A, B, C och D).

- A. Konsulten ska minst inneha 4 års erfarenhet som Projekteringsledare inkl. BAS-P med liknande arbetsuppgifter som framgår under AUC. 1.

- B. Konsulten ska minst inneha 4 års erfarenhet som Projektledare med liknande uppgifter som framgår under AUC. 1.
- C. Konsulten ska minst inneha 4 års erfarenhet som Bygglidare med liknande uppgifter som framgår under AUC.1.
- D. Konsulten ska minst inneha totalt 10 års erfarenhet inom byggbranschen.

Bevis: anbudsgivaren ska redovisa genom CV att 3 st. konsulter vardera innehar kompetens enligt ovan (A, B, C och D), se anbudsformulär. Av CV ska det tydligt framgå antalet år inom erfarenhet A, B, C och D. Detta gäller såväl egen personal som ev. åberopad kapacitet (se p. 3.2.).

Skolfastigheter har i förvaltningsrätten medgett att en person som arbetar som arbetsledare/platschef till viss del också erhåller den erfarenhet som är relevant för uppdraget som bygglidare. Utifrån parternas argumentation i frågan finner förvaltningsrätten ingen anledning att komma till någon annan slutsats än att bolaget genom sitt anbud uppfyllt erfarenhetskraven gällande bygglidare. Skolfastigheter har därmed inte haft möjlighet att förkasta bolagets anbud på denna grund.

Frågan är då om bolaget uppfyllt kravet genom att offerera en konsult med minst fyra års erfarenhet som projekteringsledare. Bolaget har härvid gjort gällande att Skolfastigheter inte beaktat erfarenheten som projektingenjör vilken enligt bolaget är att likställa med projektledarerfarenhet.

I förfrågningsunderlagets avsnitt Uppdragsföreskrifter angavs under AUC.1 arbetsuppgifter för projekteringsledare (Bas-P) enligt följande.

Som Projekteringsledare ska Konsulten, främst under fas 3 (projekteringsskedet [...]), i samråd med Beställaren (främst Beställarens projektansvarige) med utgångspunkt från projektets övergripande tid och resursplaner organisera, administrera och samordna projekteringen. I detta ingår bl.a. att:

1. ta fram detaljtidsplaner, kostnadsrapporter samt att underhand biträda med utvärderingar av projekteringsresultat,
2. genom möten och övriga kontakter samordna av Beställaren anlitade projektörer (och övriga aktuella konsulter) och tillse att dessa i rätt tid presterar och leverera de handlingar som ska produceras,

3. kontrollera att den enskilda projektören som upprättat handlingen/-arna i förekommande fall
 - a. beaktat aktuella AMA-texter, rådstexter (RA) och motivtexter,
 - b. placerat kodernas lydelse under lämplig kod och rubrik,
 - c. inte föreskrivit villkor som lämpligen anges i administrativa föreskrifter eller annan handling än den som kontrolleras,
 - d. tillsett att eventuell brandskyddsbeskrivning arbetats in i de tekniska beskrivningarna och ritningarna,
 - e. tillsett att ritning- och andra handlingsförteckningar upprättas och att dess innehåll är korrekt,
 - f. tillsett att projektören vid upprättandet av sina handlingar tagit hänsyn till och tillämpat relevanta delar av arbetsmiljölagen, arbetsmiljöförordningen samt Arbetsmiljöverkets föreskrifter (inkl. kommentarer),
 - g. tillse att tekniska beskrivningarna inte innehåller funktionskrav,
 - h. tillsett att uppgifter om kommande entreprenadens utförande/entreprenörens åtagande återfinns på den plats där entreprenören kan förvänta sig finna uppgifterna [...] och därmed se till att när hänvisning görs till ritning eller annan handling så återfinns uppgiften också i den handlingen,
 - i. tillsett att vad som följer av Beskrivningshandboken (Svensk Byggtjänst, 3:e utgåvan, 2012) i övrigt har tillämpats.
4. (Bas-P): utöver vad som anges under p. 2.f. ovan tillse att de skyldigheter som enligt arbetsmiljölagen åligger Beställaren i egenskap av byggherre och som Beställaren i enlighet med AUC.3741 överlåtit på Konsultbolaget/Konsulten uppfylls under varje del av planeringen och projekteringen i projektet,
5. Utöver vad som anges ovan förteträda och tillvarata Beställarens intressen vid genomförandet av sitt uppdrag.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att även om utredningen i målet visar att det stundtals förekommer en sammanblandning av de två begreppen får det antas finnas en ursprunglig skillnad i betydelsen mellan termerna projektingenjör och projekteringsledare. Enligt rättsens mening har därvid en projekteringsledare typiskt sett det övergripande ansvaret för samordning, styrning och uppföljning av en projektering medan en projektingenjörns roll snarare är att lösa specifika uppgifter i ett projekt, i allmänhet också mer kopplat till den rena *projektledningen*. Det står därmed inte klart att en pro-

jektingenjör är att likställa med projekteringsledare. Det har varit bolagets ansvar att i sitt anbud göra tydligt att man uppfyller de ställda kraven. Eftersom bolaget i anbudet inte tydligare förklarat varför konsultens erfarenhet motsvarat det som efterfrågats har Skolfastigheter därmed haft fog för att förkasta anbudet.

Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göra om på den grunden att de uppställda erfarenhetskraven samt kravet på ett visst antal konsulter som uppfyller kraven är oproportionerliga i förhållande till upphandlingsföremålet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och att det utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. En av dessa är proportionalitetsprincipen, som innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns.

Skolfastigheter har redogjort för nödvändigheten av de erfarenhetskrav som ställts på de i upphandlingen aktuella konsulterna samt att kravet på visst antal konsulter är proportionerligt för att möta myndighetens behov baserat på de uppdrag som kommer att genomföras under kontraktstiden. Förvaltningsrätten finner utifrån vad Skolfastigheter har anfört samt vad som framgår av utredningen att det inte kan anses framkommit annat än att de aktuella kraven har varit nödvändiga och ändamålsenliga för upphandlingen. Kraven får vidare anses ha ett naturligt samband med och stå i proportion till de behov som ska täckas. Skolfastigheter har i en tidigare, avbruten,

upphandling av samma uppdrag uppställt vad bolaget uppfattar som lägre krav. Förvaltningsrätten anser att detta faktum inte ger upphov till en presumption för att ett sådant lägre krav kan uppfylla det eftersträlvade syftet. Vad som framgår av ramavtalstexten om att anbudsgivare/konsulter har en potentiell rätt att tacka nej till avrop i vissa fall innebär heller inte att kravet varit oproportionerligt. Även om avtalstexten hade kunnat uttryckas tydligare om under vilka omständigheter denna rätt inträder får det ändå stå klart att innebörden är att samtliga av en anbudsgivares tre konsulter ska utnyttjas i normalfallet och att rätten att tacka nej till uppdrag endast förväntas ske i undantagsfall. Det är därför inte fråga om att en tredje konsult endast skulle utgöra en form av back-up. I sammanhanget får det även förutsättas ligga i leverantörernas intresse att få utnyttja så många avropsmöjligheter som möjligt. Enligt förvaltningsrättens mening innebär avtalstextens lydelse i det nu aktuella avseendet inte heller i övrigt någon inskränkning av de krav på tre konsulter som framgår av förfrågningsunderlaget. Det finns därför inte skäl att ingripa mot upphandlingen heller på den grunden att kraven skulle vara oproportionerliga.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det på av bolagets anförda grunder inte finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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



Per-Erik Nistér
f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Nicklas Rydgren



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.