



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Lena Hellsson

DOM

2013-02-20

Meddelad i

Växjö

Mål nr

4221-12 och 4222-12

SÖKANDE

1. Dynacon Construction AB, 556828-2700

Gullberna Park Flaggsjär

371 54 Karlskrona

2. J Wahlqvists Måleri i Karlskrona AB, 556758-0484

Skyttevägen 2

571 41 Karlskrona

Ombud för båda

Advokat Lars Werner

Box 103

371 22 Karlskrona

MOTPART

Karlskronahem AB

Box 554

371 23 Karlskrona

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Dynacon Construction AB:s och J Wahlqvists

Måleri i Karlskrona AB:s ansökningar om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2013 02 20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 64800

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Karlskronahem AB (Karlskronahem) genomför upphandling bl.a. avseende byggservicearbeten/mindre byggtreprenader och måleriarbeten. Något tilldelningsbeslut är inte fattat eftersom Dynacon Construction AB och J Wahlqvists Måleri i Karlskrona AB (bolagen) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits av förfrågningsunderlaget. Sista dag för mottagande av anbud var den 5 december 2012.

Förvaltningsrätten beslutade den 23 november 2012 att Karlskronahem inte får ingå avtal beträffande i målen aktuell upphandling innan rätten beslutat något annat och att beslutet gällde omedelbart.

Eftersom ansökningarna avser samma upphandling och hinder mot gemensam handläggning inte föreligger företar förvaltningsrätten ansökningarna till avgörande i gemensam dom (jfr HFD 2011 ref. 29).

YRKANDEN M.M.

Bolagen ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om eller att rättelse sker på nedan påtalade punkter.

Skall-kravet i punkten AFD.515 ”*Kvalitet och miljö*” att anbudsgivaren ska inneha certifikat som är godkänt av en ackrediterad oberoende part avseende kvalitet- och miljöledningssystem väcker frågor om konkurrensbegränsning. Vidare är Karlskronahems upprepning av motsvarande krav under punkten AFB.52 ”*Organisation och ledning*” inte tillåtet.

Anbudsinbjudan omfattar sex upphandlingar som gäller byggservice, måleri, golv, plåt, VS och elarbeten. Bolagen har bibringats uppfattningen att

certifieringen avser ISO-certifiering. I förfrågningsunderlaget har ISO-certifiering som krav enbart skrivits in för byggservice, måleri och VS-arbeten. Detta väcker frågor angående konkurrensbegränsning. Kravet strider mot 1 kap. 9 § och 11 kap. 14 § LOU oavsett om certifieringen gäller ISO eller annan motsvarande certifiering. Myndighet ska godta bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder som lämnas av en leverantör. Karlskronahems krav är förvånande eftersom bolagen har motsvarande ramavtal inom samma entreprenadområden med Karlskrona kommun. Båda bolagen har kvalitetssäkringssystem som är utarbetade av bolagens egna branschorganisationer och fullt likvärdiga med den ISO-certifiering som Karlskronahem kräver. Det ska tilläggas att Joakim Andersson, som varit chef för NCC i Karlskrona i många år innan han blev chef för Dynacon, är väl förtrogen med de kvalitetskrav som föreskrivs i upphandlingen. Jörgen Wahlqvist, som är chef för Wahlqvists Måleri har mångårig erfarenhet som ledare för större måleriföretag. Wahlqvists Måleri har motsvarande ramavtal med Ronneby kommun och Ronneby kommuns fastighetsbolag, Karlshamns kommunala fastighetsbolag och Sölvesborgs kommunala fastighetsbolag.

Upphandlingen rör ramavtal om löpande servicearbeten. Beställarens krav om ovillkorad certifiering är inte ägnad att främja den fria konkurrens som såväl LOU som den Europeiska konkurrenslagstiftningen ska verka för. De arbeten som åsyftas i upphandlingen kan utföras av erfarna såväl mindre som större entreprenörer. Mindre entreprenörer som läser kvalitetskriterierna får antas lägga förfrågningsunderlaget åt sidan och avstå från att lämna anbud vilket i sig leder till konkurrensbegränsning. Förvånande är också att anbudsfrågan avser sex olika upphandlingar inom skilda servicesystem. Bland dessa ingår exempelvis el som inte har krav om särskild certifiering, vilket är anmärkningsvärt när detta krav uppställts för måleri-servicearbeten.

Under punkten AFB.52 har Karlskronahem förklarat att anbudsgivaren i sitt anbud bl.a. ska beskriva företagets organisationsmodell och bemanning samt redovisa planerad personalförteckningen för uppdraget inför utvärdering av anbuderna. Konkurrensverket anger i sin informationsskrift "Miljöhänsyn och Social hänsyn vid offentlig upphandling" liksom förvaltningsrätter i olika domar, att kriterier som är att hänföra till anbudsgivarens organisation eller kapacitet, såsom krav på kvalitets- och miljöledningssystem, är att hänföra till kvalificeringsfasen. I denna upphandling återfinns detta under punkterna AFD.512 och 513. Det är inte tillåtet att i utvärderingsfasen utvärdera och poängsätta dessa krav och detta förfaringssätt är inte ägnat att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Karlskronahem bestrider bifall till bolagens ansökan och anför följande. För kvalificering har ställts krav att leverantören ska ha kvalitets- och miljöledningssystem med godkänt certifieringsintyg av ackrediterad oberoende part. Bolagen hänvisar till andra upphandlingar som Karlskronahem har annonserat och där motsvarande krav saknas. Då varje upphandling är unik ställs kraven utifrån varje upphandlings omfattning och behov. Av Kammarkollegiets upphandlingsstöd 2010:7 framgår att "*Den upphandlande myndigheten kan ställa krav på att en anbudsgivare har någon typ av kvalitets- och/eller miljöledningssystem eller att anbudsgivaren uppfyller de krav som gäller för viss certifiering eller standard. Kravnivån på kvalitetsledningssystem måste vara proportionerlig i förhållande till entreprenaden. Den upphandlande myndigheten kan begära att anbudsgivaren ska komma in med intyg utfärdat av ett oberoende certifieringsorgan eller likvärdigt. Intyg från både svenska och europeiska organ som uppfyller europeiska standarder för certifiering godtas*". Kraven är ställda med hänsyn till omfattningen och art av efterfrågade tjänster. Det har inte ställts några krav i upphandlingen där specifikt ISO-certifiering efterfrågats, vilket klagande anför. Det framgår tydligt i förfrågningsunderlaget att begärda certifikat ska vara godkända av ackrediterad oberoende part. Det

framgår även av upphandlingens "Frågor och svar" att certifikat utfärdade av andra länder inom EU eller EES accepteras. Bolagen anför att under punkt AFB.52 "Värderingsgrunder vid prövning av anbud" kommer kvalitets- och miljöledningssystemet att utvärderas. Detta är fel. Det framgår klart och tydligt av punkt AFB. 52 att kvalitets- och miljöledningssystemet inte ingår i utvärderingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Bestämmelserna om förvaltningsdomstols hantering av mål om offentlig upphandling återfinns i 16 kap. LOU i vilket det bl.a. anges att om den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta inneburit att den leverantör som ansökt om överprövning 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.

Av 11 kap. 14 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet kräver att leverantören visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende organ om att leverantören iakttar vissa kvalitetssäkringsstandarder, ska myndigheten hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området och vilka kvalitetssäkringssystem är certifierade av organ som uppfyller europeiska standarder för certifiering. Myndigheten ska godkänna likvärdiga intyg från andra organ som är relevanta inom EES. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder som lämnas av leverantören.

Enligt flera avgöranden i Högsta förvaltningsdomstolen har en upphandlande myndighet stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Av rättspraxis följer vidare att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds förnär. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt. Vidare gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat.

Skall kravet avseende specifik certifiering

Vid prövningen av frågan huruvida det krävs ISO-certifiering eller inte framgår det av Karlskronahems anbudsinvitan, punkten AFB.515 ”**Kvalitet och miljö**”, att ”*Anbudsgivaren skall inneha certifikat som är godkänt av en ackrediterad oberoende part avseende kvalitetsledningssystem samt miljöledningssystem*”. Enligt förvaltningsrättens mening är det tydligt att det inte föreligger något krav på SISO-certifiering. Detta framgår även av åberopad information från upphandlande myndighet ”*Frågor och svar*” där frågeställningen om certifikat, bevis och intyg som är utfärdade i andra länder inom EU och/eller EES accepteras har besvarats med ”*Ja*”. Bolagens ansökan i den här delen ska således avslås.

Skall kravet om certifiering konkurrensbegränsande?

Bolagen synes också mena att kravet på certifiering framstår som onödigt och konkurrensbegränsande med tanke på upphandlingens storlek. Bolagen har hänvisat till att de redan har uppdrag för berörda kommuner.

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 91) till LOU framgår att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att delta i upphandlingen fastställs. Vidare anges (prop. 2006/07:128 s. 132) att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen av inte oväsentlig betydelse.

Upphandlingen avser byggnadsservicearbeten, måleriarbeten och VS-arbeten. Att kräva att anbudsgivaren ska inneha certifikat som är godkänt av en ackrediterad oberoende part avseende kvalitetsledningssystem samt miljöledningssystem framstår enligt förvaltningsrättens mening inte som ett oproportionerligt krav. Begäran om överprövning ska således avslås i den här delen.

Utvärdering

I EG-domstolens avgörande C-532/06 Lianakis och C-199/07 ERGA konstaterade domstolen att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Detta innebär emellertid inte något absolut hinder mot att poängsätta entreprenörens organisation och ledning, resurssättning och kompetens hos entreprenören inom ramen för tilldelningsfasen så länge detta är ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid bedömningen är kvalitet och pris av avgörande betydelse och sambandet mellan erfarenhet/kompetens. Avgörande är om erfarenhet kan förväntas leda till ökad kvalitet för den vara eller tjänst som upphandlas.

Bolagen gör gällande att de uppgifter som Karlskronahem under punkten AFB.52 efterfrågat dvs. att anbudsgivaren ska beskriva företagets organisationsmodell m.m., organisation och bemanning, redovisa den planerade personalförteckningen för uppdraget, utgör kriterier som är att hänföra till kvalificeringsfasen. Bolagen har till stöd för detta hänvisat till Konkurrensverket informationskrift "Miljöhänsyn och Social hänsyn vid offentlig upphandling" och att där anges att "*kriterier som är att hänföra till anbudsgivarens organisation eller kapacitet, såsom krav på kvalitets- och miljöledningssystem, är att hänföra till kvalificeringsfasen*". Bolagen menar att det inte är tillåtet att i utvärderingsfasen utvärdera befintliga kvalitets- och miljöledningssystem eller poängsätta olika bevis för sådana system.

Karlskronahem har i ett yttrande påpekat att kvalitets- och miljöledningssystem inte ingår i utvärderingen.

Av Karlskronahems anbudsinvjudan/anbudsinformation, punkten AFB.52 framgår att de anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt med hänsyn till vissa angivna omständigheter kommer att antas. Värdering kommer att ske genom viktning enligt:

A. Pris	50 %
B. Övrigt	50 %

Under "övrigt" anges att punkten avser bedömningen av entreprenörens förutsättningar att utföra entreprenaden på ett tillfredställande sätt med hänsyn till entreprenörens organisation och ledning, resurssättning och kompetens hos entreprenören. Punkten "övrigt" har delats upp i organisation och ledning, resurssättning, kompetens personal och kompetens arbetsledare där varje del har en delvikt.

- Organisation och ledning Delvikt 25 %

Avser att bedöma om entreprenörens organisationsmodell, besluts- och befogenhetsregler m.m. ger förutsättningar för att beställarens krav på till-

gänglighet och beslutsräddighet kan uppfyllas. Även referenser på likvärdigt utförda arbeten ska bedömas.

Anbudsgivaren skall därför i sitt anbud beskriva dels företagens organisationsmodell mm i dessa avseenden dels generell i uppdrag och dels hur organisation och beslutsvägar. Av beskrivningen skall framgå var i organisationen olika resurser finns etablerade, centralt, regionalt, affärsområdesvis (motsv.) eller lokalt i uppdraget. Tidigare likvärdigt utförda uppdrag ska anges.

- Resurssättning Delvikt 25 %

Avser att bedöma entreprenörens totala resurser och fördelningen av dessa förutsättningar för att entreprenaden kan genomföras så att Karlskronahems kvalitetskrav och att kraven på service till brukare och hyresedder kan uppfyllas.

Anbudsgivaren skall därför i sitt anbud beskriva organisation och bemanning för uppdraget i förekommande fall skall beskrivas var ev. resurspool eller liknande är lokaliserad och hur den fungerar i uppdrag.

- Kompetens Personal Delvikt 25 %

Avser att bedöma om entreprenörens personal i entreprenaden har tillräckliga kompetenser för att uppfylla de kvalitetskraven i entreprenaden.

Anbudsgivaren skall därför i sitt anbud redovisa den planerade personalförteckningen för uppdraget, uttryckt i befattningar med kompetensprofiler och behörigheter. För tilltänkt personal redovisas individuella meritförteckningar.

- Kompetens Arbetsledare Delvikt 25%

Avser att bedöma om entreprenörens arbetsledning i entreprenaden har tillräckliga kompetenser för att uppfylla de kvalitetskraven i entreprenaden.

Anbudsgivaren skall därför i sitt anbud redovisa den planerade personalförteckningen för uppdraget, uttryckt i befattningar med kompetensprofiler och behörigheter. För tilltänkta platschefer arbetsledande personal redovisas individuella meritförteckningar.

Vidare sägs att utvärderingen kommer att genomföras av en panel bestående av minst fyra av beställarna utvalda personer som ska bedöma ovanstående kriterier efter en skala 1-5. Bedömningen ska genomföras utan kännedom av de ekonomiska förutsättningarna i anbudet. Betygsskalan var följande:

- 1: Mycket dåliga förutsättningar
- 2: Dåliga förutsättningar
- 3: Godkända förutsättningar
- 4: Bra förutsättningar
- 5: Mycket bra förutsättningar

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av förfrågningsunderlaget framgår att bedömning av kriterierna "*organisation och ledning*", "*resurssättning*", "*kompetens personal*" och "*kompetens arbetsledare*" görs utifrån till anbudet bifogad dokumentation. När det gäller kriterierna "*organisation och ledning*" samt "*resurssättning*" måste det huvudsakligen vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer, dvs. förmågan och kapaciteten att utföra uppdraget och inte den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. I förfrågningsunderlaget har det inte preciserats vad som krävs för att exempelvis erhålla betyget "Mycket bra förutsättningar" för t.ex. "Organisation och ledning". Enligt förvaltningsrättens mening har Karlskronahem inte visat hur de efterfrågade kriterierna är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Karlskronahem har felaktigt använt sig av kvalificeringskriterier i utvärderings-/tilldelningsfasen. Mot bakgrund av att bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrenssökande skede strider detta förfarande därför mot 1 kap. 9 § LOU.

Skada

För att åtgärd enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU ska beslutas, krävs, förutom att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav. Det gäller även i de fall det konstaterats brister i förfrågningsunderlaget.

Bolagen har inte angett på vilket sätt de har lidit skada eller riskerar att lida skada genom de aktuella bristerna i förfrågningsunderlaget. Eftersom bolagen således inte har gjort sannolikt att de har lidit skada eller kommer att lida skada, saknas skäl att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6§ första stycket LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör att gälla

Genom förvaltningsrättens dom i målet upphör det interimistiska beslutet den 23 november 2012 att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1D-LOU)

Elisabeth Lewin



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU