



SÖKANDE

Telemäklarna i Sverige AB, 556540-4836
Storgatan 67
941 32 Piteå

MOTPART

Gällivare kommun
982 81 Gällivare

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2017 -02- 13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Gällivare kommun (kommunen) har genom förenklat förfarande upphandlat ”Totalentreprenad markradioanläggning Lapland Airport”.

Av tilldelningsbeslut den 7 december 2016 framgår att Celab Communications AB antagits som leverantör. Telemäklarna i Sverige AB (Telemäklarna) var en av anbudsgivarna men bedömdes inte uppfylla de i upphandlingen ställda kraven.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad Telemäklarna framför

Telemäklarna ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny utvärdering görs vid vilken även bolagets anbud ska utvärderas. Till stöd för sin talan framför Telemäklarna sammanfattningsvis följande.

Telemäklarna bedömdes inte vara godkända på fem punkter och bolaget vill att dessa punkter ska överprövas enligt nedan.

1. Kravet på att minst tre referenser på av anbudsgivaren pågående och/eller genomförda referensprojekt/objekt under de fem senaste åren, varav minst 1 referensprojekt/objekt ska varit på en flygplats inom EU där även tornpersonal handhar systemet, och som överensstämmer med det projekt som finns angivet i förfrågningsunderlaget

Bolaget har redovisat tre stycken egna referenskunder med DMR-radio och nio stycken flygplatser med Hytera DMR-radioanläggningar. Bolaget godkändes inte på grund av att kommunen bedömde att uppgifter om egen

kompetens avseende DMR saknas för redovisade projekt. Bolaget vill att detta resultat och varför bolaget inte blev godkända ska överprövas, men även kravet på att ett referensobjekt ska vara en flygplats.

Enligt Telemäklarnas bedömning är det inte nödvändigt att referensobjekten ska ha genomförts på en flygplats då utrustingen inte specifikt är anpassad för just flygplatser. Det är inte heller något speciellt med de byggnader eller lokaler på Lapland Airport som särskiljer sig från andra referensobjekt som bolaget genomfört. Det kan även skilja sig mellan byggnader och förfarande på flygplatser vilket kan påverka hur installationer m.m. kan genomföras. Kravet borde enligt bolagets mening ha ställts så att även liknande projekt godkänts och inte att det är en flygplats. Som leverantör är det svårt att få referenser från en flygplats om man aldrig får möjlighet att få ett sådant uppdrag. Om det endast finns en leverantör som har referenser från en flygplats finns ingen konkurrens.

Det finns ingen teknisk, installations- eller utförandemässig skillnad på en lösning för en flygplats jämfört med de referensobjekt som bolaget tidigare lämnat. Kommunens avgränsning i upphandlingsunderlaget görs för att försvåra anbudsgivare att lämna anbud. Den tekniska kapacitet som bolaget besitter med sina totalt åtta tekniker, med lång erfarenhet, tillgodoser den typen av installation som efterfrågas. Upphandlingsunderlaget ska göras så att man inte orättvist exkluderar anbudslämnare, vilket bolaget anser har skett i detta fall.

2. Översiktlig produktionstidsplan

Kommunen har inte godkänt bolagets produktionstidsplan med motiveringen att den anses vara för snäv. Bolaget anser dock att den översiktliga produktionsplanen håller. Hur lång tid ett projekt tar beror på hur många installatörer m.m. som arbetar med projektet. Bolaget har dock inga svårigheter

med att förlänga produktionsplanen om beställaren så önskar. Man kan inte utesluta en leverantör på grund av att dennes tidsplan är för snäv.

I upphandlingsunderlaget framgår inte att det ska presenteras en tidsplan för även kommunens åtaganden eller andra avgränsningar. Den tidsplan som sätts görs gemensamt mellan kund och beställare och borde i ett upphandlingsskede aldrig vara diskvalificerande för att den anses för kort för kunden. Bolaget har mångårig erfarenhet av liknande projekt vilket tidigare påpekats och dessa tidsplaner, inklusive de delar som kommunen nämnder, föranleder inte någon förändring av en initial revidering av tidsplanen.

3. Anbudsgivaren ska inneha ett väl fungerande och dokumenterat kvalitets-, miljö- och arbetsmiljösystem

Kommunen har bedömt att bolaget inte uppfyllt detta krav på grund av att anbudsgivaren lämnat en för tunn handling för att kravet ska kunna prövas. Bolaget har redovisat hur bolaget arbetar med dessa frågor men ser inte att det ställts som krav på hur ingående redovisningen ska vara för att det inte ska vara för tunt. Det finns inte heller något krav på vilket kvalitets-, miljö- och arbetsmiljösystem leverantören ska ha. Endast att man har ett fungerande system. Kommunen borde ha begärt kompletterande uppgifter i stället för att förkasta anbudet. Detta skulle inte ha gett bolaget en orättvis fördel.

4. Anbudsgivarens arbetschef eller motsvarande samt platschef ska ha genomfört minst ett referensprojekt/objekt under de senaste 5 åren innefattande merparten av de arbetsinsatser som framgår av förfrågningsunderlaget

Kommunen har bedömt att bolaget inte uppfyllt detta krav på grund av att anbudsgivaren lämnat en för tunn handling för att kravet ska kunna prövas.

Telemäklarna har redovisat att bolagets arbetschef/platschef har drivit tre referensprojekt som redovisats; Skelleftebuss, Citybuss Piteå och Havator AB vilka samtliga har DMR-system med liknande funktioner som det i upphandlingen efterfrågade. Bolaget har angett att arbetschefen/platschefen är just den person som innehar dessa roller som efterfrågas. Att det skulle vara diskvalificerande att inte specifikt skriva att medarbetaren i x-projekt hade y-roll är felaktigt, då rubriceringen av medarbetaren som person just anger att han innehar denna roll.

5. Fabrikat på produkter, system etc. som entreprenören har kalkylerat med

Telemäklarna blev inte godkända på grund av att offererad utrustning inte uppfyllde samtliga krav. Produktnummer för offererad repeater saknas.

Telemäklarna har redovisat vilka produkter med fabrikat bolaget avser att leverera. Bolaget har dock inte uppgett produktnummer på repeater, endast fabrikat. Detta påverkar dock varken pris eller funktion. I förfrågningsunderlaget anges inte heller att produktnummer ska redovisas. Telemäklarnas anbud kan inte förkastas på denna grund, utan att bolaget fått möjlighet att komplettera uppgiften. I övrigt uppfyller utrustningen samtliga uppställda krav.

Som referens har bolaget angett nio stycken flygplatser som i Europa som använder just denna utrustning och det är inte troligt att de ställer lägre krav än Gällivare kommun. Kommunen borde i stället ha bett om förtydliganden om det funnits anledning att ifrågasätta anbudet och produkterna. De offererade produkterna används förutom på flygplatser även i andra länders Blåljusverksamhet, motsvarande Sveriges RAKEL-system, vilket borde uppfylla även de mest hårdföra kravspecifikationer.

Vad kommunen framför

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan om överprövning och framför sammanfattningsvis följande.

Upphandlingen har skett i enlighet med de grundläggande principerna och bestämmelserna i LOU.

1. Kravet på att minst tre referenser på av anbudsgivaren pågående och/eller genomförda referensprojekt/objekt under de fem senaste åren, varav minst 1 referensprojekt/objekt ska varit på en flygplats inom EU där även tornpersonal handhar systemet, och som överensstämmer med det projekt som finns angivet i förfrågningsunderlaget

Kommunen har diskvalificerat Telemäklarnas anbud med anledning av att uppgifter om egen kompetens för flygplatser avseende DMR saknas för redovisade referensobjekt. Telemäklarna anför att företaget redovisat tre stycken egna referenskunder med DMR-radio samt nio stycken flygplatser med Hytera DMR-radioanläggningar. Kravet berör prövning av anbudsgivarens lämplighet enligt förfrågningsunderlagets AFB.52, punkten 3, vilket innebär att anbudsgivaren ska styrka sin tekniska kapacitet. Att Telemäklarna åberopar att nio stycken flygplatser använder sig av den utrustning företaget offererat garanterar inte kommunen ett korrekt fullgörande av kontrakt. Prövningen berör Telemäklarnas tekniska kapacitet, inte offererad utrustning.

Telemäklarna anför att kravet på att företaget ska presentera minst ett referensprojekt/objekt mot en flygplats inom EU där även tornpersonalen handhar systemet inte är relevant. Argumentet bygger på att det inte finns någon specifik utrustning som är anpassad för just flygplatser eller att byggnader och lokaler på Lapland Airport inte skiljer sig från andra referensprojekt som företaget genomfört. Detta visar att Telemäklarna missat kärnan i kvali-

ficeringskravet då prövningen rör den tekniska kapaciteten, inte offererad utrustning.

Telemäklarna framför även att byggnader och förfarande på flygplatser kan påverka hur installationer m.m. kan genomföras. Anledningen till att kommunen valt krav på att anbudsgivare ska ha utfört minst ett projekt mot flygplats beror just på att utförandet av detta projekt skiljer sig från andra liknande projekt.

Såsom Kommunen förstår anser Telemäklarna att Kommunen begränsar konkurrensen genom att ställa krav på att företaget ska kunna presentera referensobjekt mot flygplats. För denna upphandling var det två anbudsgivare som uppfyllde kravet på referensprojekt flygplats. Anbudsgiven har även en i princip oinskränkt rätt att åberopa annat företags kapacitet för att uppfylla ställda krav, vilket framgår direkt av 11 kap. 12 § LOU. Krav på referensprojekt mot flygplats står därför i samband med och i proportion till kontraktsföremålet.

2. Översiktlig produktionstidsplan

Kommunen har bedömt att Telemäklarnas anbud inte uppfyller detta krav med anledning av att redovisad översiktlig produktionstidsplan inte täcker in tid för hantering av framtagande av underlag för säkerhetsbevisning av projektering och installation av markradiosystem med godkänd utrustning på flygplats mot Transportstyrelsen. Företaget ska även bistå beställaren med erforderliga uppgifter för att beställaren ska kunna ansöka om tillstånd för frekvenser och licenser hos Post- och Telestyrelsen med tillhörande tid för handläggning och beslut från myndighet, vilket ger en för kort tidsplan.

Telemäklarnas anförande visar att de missat moment i projektets utförande då företaget enbart lyfter fram att tiden för färdigställande beror på antalet

installatörer med flera som jobbar med projektet. Många fler moment ingår för färdigställande av projektet, inte bara sådana som rör fler installatörer.

3. Anbudsgivaren ska inneha ett väl fungerande och dokumenterat kvalitets-, miljö- och arbetsmiljösystem

Telemäklarna har presenterat en för tunn handling för att krav enligt AFB.52 punkten fem ska kunna prövas. För att Kommunen ska kunna bedöma kravet kräver det att anbudsgivaren presenterar ett dokumenterat kvalitets-, miljö-, och arbetsledningssystem. Det framgår även av anbudsformulär att detta ska bifogas anbudet. Telemäklarna har bifogat en handling benämnd kvalitets-, miljö-, och arbetsmiljöledningssystem som består av en rubrik och en kortfattad text. Av bifogad handling framgår inget om hur företaget faktiskt arbetar med dessa system. Det är inte mängden sidor eller ett visst ledningssystem som avgör om företaget ska godkännas vid prövning enligt AFB.52 punkten 5. Kommunen ska däremot kunna säkerställa att anbudsgivaren klarar av de krav som ställs vid utförandet av entreprenaden. Ett godkännande av kravet baserad på bifogad handling innebär att Kommunen inte garanteras att Telemäklarna uppfyller kravet vid fullgörandet av kontraktet. Ett godkännande skulle även strida mot principen om likabehandling då Telemäklarna skulle få delta på andra villkor än övriga anbudsgivare som uppfyller kravet.

4. Anbudsgivarens arbetschef eller motsvarande samt platschef ska ha genomfört minst ett referensprojekt/objekt under de senaste fem åren innefattande merparten av de arbetsinsatser som framgår av förfrågningsunderlaget

Den av Telemäklarna presenterade handlingen är för tunn för att uppfylla kraven enligt AFB.52, punkten 4. Telemäklarna anför att företaget redovisat att offererad arbets- och platschef, vilket är samma person, har drivit tre av

de referensobjekt som åberopats av företaget. Det framgår dock inte av bifogad handling vilken roll offererad person haft i de åberopade projekten.

5. Fabrikat på produkter, system etc. som entreprenören kalkylerat med

Den utrusning Telemäklarna offererat uppfyller inte samtliga ställda krav. Telemäklarna anför att företaget redovisat vilka produkter som företaget avser att leverera samt att företaget inte har redovisat produktnummer avseende repeater. Kommunen har inte angett att produktnummer ska redovisas, Telemäklarnas anbud har inte diskvalificerats på grund av avsaknad av produktnummer utan för att tveksamhet föreligger att utrustningen inte uppfyller samtliga ställda krav. Med anledning av att Telemäklarnas anbud inte godkänts på andra väsentliga punkter har det inte heller funnits skäl att förtydliga frågan om utrustningen eller produktnummer.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har upphävts och en ny lag (2016:1145) om offentlig upphandling har trätt i kraft den 1 januari 2017. Enligt övergångsbestämmelserna gäller alltjämt den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Telemäklarna anser att bolagets anbud uppfyller de ställda kraven i upphandlingen och att kommunen därför felaktigt förkastat bolagets anbud. Bolaget har bl.a. gjort gällande att förvaltningsrätten ska överpröva kommunens bedömning av bolagets anbud avseende kravet i AFB 52. punkten 3 och menar att kravet på att ett av referensobjekten ska vara en flygplats är konkurrenshämmande och att kravet i denna del strider mot LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att en av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för sitt beslut att tilldela ett kontrakt. Förutsättningen är att kraven är proportionerliga och har anknytning till det som ska upphandlas samt att de inte är diskriminerande.

Principen om proportionalitet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade

syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven i förhållande till syftet med åtgärden.

Av **förfrågningsunderlaget AFB.52** framgår bl.a. följande.

Steg 3. LOU kapitel 11 § 2

3. Minst 3 referenser på av anbudsgivaren pågående och/eller genomförda relevanta referensprojekt/objekt under de fem senaste åren, varav minst 1 referensprojekt/objekt ska varit på en flygplats inom EU där även torpersonal handhar systemet, och som överensstämmer med det projekt som finns angivet i förfrågningsunderlaget. Angivnas referenser anges med kontaktuppgifter till referensperson.

Det framgår av utredningen att syftet med det aktuella kravet är att fastställa anbudsgivares tekniska kapacitet att utföra det nu aktuella projektet. Kommunen har i förfrågningsunderlaget beskrivit sitt behov av markradioanläggning på Gällivare flygplats och även redogjort för upphandlingens omfattning och dess syfte. Kommunen har i förvaltningsrätten anfört bl.a. att anledningen till att kommunen uppställt ett krav på att ett av referensobjekten ska ha varit på en flygplats är att utförandet av projektet skiljer sig från andra liknande projekt. Kommunen har även på ett tydligt sätt angett att prövningen är relaterad till anbudsgivarens tekniska kapacitet och inte offererad utrustning. Mot bakgrund av vad som framkommit om den nu aktuella upphandlingens karaktär och omfattning bedömer förvaltningsrätten att det uppställda kravet utgör en lämplig och effektiv åtgärd för att säkerställa syftet med upphandlingen. Med hänsyn till vikten av att säkerställa att anbudsgivaren faktiskt har förmågan att genomföra projektet måste kravet också anses nödvändigt för att uppnå sitt syfte. Kommunen har även anfört att två anbudsgivare i denna upphandling uppfyllt kravet på referensprojekt flygplats. Kommunen anser vidare att anbudsgivare i enlighet med 11 kap.

12 § LOU har möjlighet att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla kravet. Mot bakgrund av dessa anförda omständigheter kan den negativa effekten av kravet inte anses vara överdriven jämfört det eftersträvade syftet. På grund av det anförda anser förvaltningsrätten att kravet måste anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Vad Telemäklarna har anført om att kravet har en konkurrenshämmande effekt är inte tillräckligt för att frångå denna bedömning. Det har inte heller visats att det nu aktuella kravet strider mot någon annan gemenskapsrättslig princip eller någon bestämmelse i LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar därefter att det av utredningen i målet framgår att Telemäklarna har lämnat referenser från Skelleftebuss, Havator AB och Citybuss Piteå. Därtill har bolaget angett nio flygplatser som använder Hytera utrustning. Mot bakgrund av vad som framkommit om de åberopade referenserna instämmer förvaltningsrätten i kommunens bedömning att bolaget inte uppfyller det nu aktuella kravet på att ett av objekten ska ha varit på en flygplats där även tornpersonal handhar systemet.

Förvaltningsrätten gör därmed bedömningen att kommunen har agerat i enlighet med LOU när den förkastat Telemäklarnas anbud på grund av att kravet på referensuppdrag inte varit uppfyllt. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU finns därmed inte på denna grund. Vid en sådan bedömning saknas det anledning för förvaltningsrätten att ta ställning till vad Telemäklarna i övrigt har anført om att kommunen felaktigt förkastat bolagets anbud. Telemäklarnas ansökan ska följaktligen avslås.

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



Marika Pernu

Carola Andersson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.