


FÖRVALTNINGSRÄTTEN DOM
I MALMÖ

Avdelning 1

Sune Wennerberg

2013-01-30

Meddelad i

Malmö

Mål nr

11098-12 E

SÖKANDE

Mark & Parkbolaget Kromhult AB, 556374-4399

Höstbruksvägen 6

226 60 Lund

MOTPART

Lunds kommun

Rådhuset, Box 41

221 00 Lund

KONKURRENSVERKET	
2013-01-30	
Avd	
Dnr	
Föres	Aldbil

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och jur. kand. Christoffer Löfquist

Foyen Advokatfirma AB

Södergatan 15

211 34 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Mark & Parkbolaget Kromhult AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Lunds kommun genomför en upphandling med öppet förfarande enligt LOU avseende skötselentreprenad för områdena Genarp, Torn, Väster och Östra Torn/Linero. Efter utvärdering har kommunen beslutat att anta anbudet från Svensk Markservice AB och Green Landscaping AB. Anbudet från Mark & Parkbolaget Kromhult AB har inte tagits upp till utvärdering då det enligt Lunds kommun vid anbudstidens utgång inte har uppfyllt krav på entreprenören vad gäller resurser för kvalitets- och miljöledning enligt AFB.51 punkt H i förfrågningsunderlaget.

Mark & Parkbolaget Kromhult AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar rättelse på så sätt att utvärderingen ska göras om varvid bolagets anbud ska beaktas. Bolaget anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande. Kommunen gör gällande att bolaget inte uppfyllt kraven i AFB.51 punkt H i förfrågningsunderlaget gällande kvalitets- och miljöledningssystem. I sitt anbud beskrev bolaget att man just höll på att avsluta sin certifiering för ISO 9001:2008 och ISO 14001:2004 hos Det Norske Veritas (DNV). Man bifogade också ett intyg från DNV om att bolaget inom kort skulle ha slutfört sin certifieringsprocess. I förfrågningsunderlaget anges det inte vid vilken tidpunkt entreprenören ska inneha ett kvalitets- och miljöledningssystem, d.v.s. om det är när anbudet skrivs, vid anbudets förrättning, när anbudet utvärderas eller när avtalstiden påbörjas. Det kan konstateras att det i AFB.51 punkt D och E, i motsats till kravet i punkt H, noggrant anges vid vilken tidpunkt kraven ska vara uppfyllda. Bolaget vill hänvisa till EU-domstolen och de förenade målen C-226/04 och C-228/04, i vilka domstolen konstaterade att det inte finns några bestämmelser i upphandlingsdirektiven som reglerar när tidpunkten för att uppfylla urvalskriterierna infaller. EU-domstolen fastslog att varje enskilt medlemsland antingen kunde införa regler avseende detta i sin nationella lagstiftning eller lösa det genom att upphandla-

ren i sitt förfrågningsunderlag anger tidpunkt för när urvalskriterierna ska vara uppfyllda. I LOU återfinns inga bestämmelser som reglerar denna tidpunkt. Därför får man anta att upphandlaren ska ange tidpunkten i sitt förfrågningsunderlag. Bolaget skickade sitt intyg om certifiering till kommunen den 20 september 2012, d.v.s. en dryg månad innan tilldelningsmeddelandet skickades. Kommunen har vid eller innan utvärderingen haft tillgång till ett giltigt certifikat och sett att bolaget uppfyller kraven avseende AFB.51 punkt H. Kraven i sig bör enligt bolaget inte anses vara oproportionerliga. Faktum kvarstår dock att tidpunkt för uppfyllande av kraven är otydligt formulerat och det är därför högst oproportionerligt att tillämpa en så snäv bedömning om huruvida kravet är uppfyllt eller ej. Att bolaget vid tidpunkten för anbudets inlämnande inte var fullt certifierade enligt ISO 9001:2008 och ISO 14001:2004 betyder inte att man inte hade ett annat likvärdigt system. Vid denna tidpunkt hade bolaget ett kvalitets- och miljöledningssystem som på många sätt liknade ISO 9001:2008 och ISO 14001:2004, d.v.s. systemet skiljde sig från vad som efterfrågas endast på den punkten att det vid anbudets inlämnande ännu inte var andraparts certifierat. Systemet var under omarbetning för att kunna certifieras enligt nämnda ISO-standarder, d.v.s. processen pågick att korrigera de avvikelser som uppkommit under revision. Med tanke på att processen om ISO-certifiering var igång samt att det i förfrågningsunderlaget specifikt talades om nämnda ISO-standarder så valde bolaget att presentera dessa som sina kvalitets- och miljöledningssystem, men med den förtydligande informationen att certifieringsprocessen inte var fullt avslutad. Det intyg från certifieringsorganet DNV som bilades anbudet intygade inte bara att avtal om certifiering slutits utan redogjorde även för agendan, inklusive tänkt färdigställande av den pågående certifieringsprocessen. Bolaget har använt anbudsmodell 5B för att redogöra för tillämpade system. Bolaget följer alltså samma mönster som de andra utvärderade anbudena. Kammarrätten i Göteborg anför i dom i mål nr 26-12 i fråga om tidpunkt för skall-kravs uppfyllande att man "anser [...] att skall-krav som huvudregel ska vara uppfyllda

vid tiden för anbudsingivandet. Detta under förutsättning att det inte kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse vid denna tidpunkt". Det framgår att domen inte grundar sig i att skallkrav inte var uppfyllt vid anbudets inlämnande utan snarare i det att kraven vid en senare godtagbar tidpunkt fortfarande inte var uppfyllt. I nu föreliggande mål verifierade bolaget genom inlämnande av skarpt ISO-certifikat att certifiering fullföljts allt enligt den plan som genom intyg från certifieringsorganet presenterades som bilaga till anbudet. Bolaget anser att skallkravet enligt AFB.51 punkt H har uppfyllts inom den tid som kan anses vara rimlig. Certifikatet bör inte ses som en ny uppgift som förändrar anbudet, utan snarare som en bekräftelse på att tidigare lämnade uppgifter stämmer. Det är vid utförandet som det specifika skallkravet är av central betydelse. Därav bör det vara på sin plats att frånga huvudregeln och att, i brist på tydliga hålltider för upphandlingens fortlöpande, tillåta att skallkravs totala uppfyllelse sker vid tidpunkt mellan anbudsinslämnande och tilldelningsbeslut. Bolaget har innehaft kvalitets- och miljöledningssystem enligt ISO 9001:2008 och ISO 14001:2004 genom hela anbudsprocessen och certifieringen är uppfylld i och med att certifikat erhöles den 17 september 2012 och presenterades för kommunen den 20 september 2012, d.v.s. innan tilldelningsbeslut fattats. Bolaget har alltså i sin helhet uppfyllt skallkraven enligt AFB.51 punkt H.

Lunds kommun bestrider bifall till bolagets yrkande och anför i huvudsak följande. Kommunen har agerat i enlighet med principerna om likabehandling, proportionalitet och transparens i LOU samt i enlighet med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Av anbudsförfrågan framgår att anbudet ska vara tillhandat senast den 13 juni 2012. Igångsättandetiden för entreprenaden angavs till den 1 januari 2013 samt färdigställandetiden till den 31 december 2015. Anbudsgivare som inte uppfyller kraven i AFB.51 punkt H "Krav på entreprenören vad gäller resurser för kvalitets- och miljöledning" har inte kvalificerat sig till utvärdering. När det gäller de aktuella skallkraven får det anses vara

tydligt reglerat av kommunen vad som krävs av en anbudsgivare för att ett anbud ska uppfylla dessa krav och kraven kan inte anses vara oproportionerliga. Bolaget lämnade in sitt anbud till kommunen den 13 juni 2012. Av anbudshandlingarna framgick det att bolaget inte innehade och följde något kvalitetssystem som ISO 9001:2008 eller liknande. Det framgick vidare att bolaget inte heller innehade och följde något miljöledningssystem som ISO 14001:2004 eller liknande. Bolaget lämnade däremot in ett intyg upprättat av Det Norske Veritas Certification AB (DNV) utvisande att bolaget ingått ett avtal om certifiering i enlighet med standarderna ISO 9001:2008 och 14001:2004. Det framgår klart och tydligt under AFB.51 punkt H i förfrågningsunderlaget att redovisning av erforderligt kvalitets- och miljöledningssystem sker på bilaga 5B till anbudsformuläret. Av denna bilaga till bolagets anbud framgår det endast att företaget ingått ett avtal om certifiering. Varken i denna bilaga eller i något annat dokument som ingår i bolagets anbud framgår det att bolaget skulle inneha ett kvalitets- och miljöledningssystem som, såsom bolaget anför, på många sätt liknade ISO 9001:2008 och 14001:2004. Eftersom bolaget inte lämnat in några sådana handlingar, eller för den delen framfört att de över huvud taget existerar, har kommunen naturligtvis inte kunnat utgå från att bolaget innehaft ett kvalitets- eller miljöledningssystem. Ett intyg om pågående certifieringsprocess kan aldrig betraktas vara detsamma som att entreprenören innehar ett certifikat som motsvarar de ställda kraven. Den 20 september 2012 gav bolaget in certifikat från DNV utvisande att bolaget uppfyller kraven i standarden för ledningssystemen ISO 9001:2008 och 14001:2004. Tilldelningsbeslut fattades den 17 oktober 2012 och den 22 oktober 2012 skickade kommunen ut beslutet till anbudsgivarna av vilket framgår att bolaget vid anbudstidens utgång inte uppfyllt kraven i AFB.51 punkt H och därmed inte kvalificerat sig för anbudsutvärdering. Det finns inte någon generell föreskrift i förfrågningsunderlaget som anger vid vilken tidpunkt skall kraven avseende kvalitets- och miljöledningssystem ska vara uppfyllda för anbudsgivaren. Det finns vidare inte någon generell eller specifik regel i

gemenskapsrättsliga direktiv eller i svensk nationell rätt som anger vid vilken tidpunkt dessa skallkrav ska vara uppfyllda. Detta kan bl.a. utläsas av EU-domstolens avgörande i målen C-226/04 och C-228/04. I avsaknad av preciserad tidpunkt i förfrågningsunderlaget och då det inte är reglerat i gemenskapsrätten eller i svensk nationell rätt ska den upphandlande myndigheten, vad gäller uppfyllande av skallkrav, utgå från att dessa ska vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudets ingivande vilket Kammarrätten i Göteborg fastslagit i dom den 5 april 2012 i mål nr 26-12. Den nu aktuella upphandlingen av skötselentreprenader är omfattande då den avser fyra till ytan stora stadsdelar inom Lunds kommun och inbegriper en mängd olika skötselarbeten. Vidare har sex anbudsgivare lämnat in anbud för en eller flera av entreprenaderna, vilket medför att kommunen hade ett omfattande material att gå igenom vid anbudstidens slut den 13 juni 2012. Det är givetvis av central betydelse och stor vikt för kommunen att de skallkrav som uppställs ska vara uppfyllda vid tiden för anbudslämnandet. Om det inte förhåller sig på detta sätt blir en redan tungrodd och komplex utvärdering i praktiken omöjlig att hantera. Genom att följa huvudregeln att skallkraven ska vara uppfyllda vid anbudslämnandet blir förfarandet rättvist och tydligt för såväl kommunen som anbudsgivarna, vilket står i paritet med proportionalitets- och likabehandlingsprincipen. Det faktum att bolaget vid anbudsinlämnandet bifogade ett intyg från DNV utvisande att bolaget ingått ett avtal om certifiering medför inte att huvudregeln ska frånträdas. Om kommunen hanterat bolagets intyg om avtal om certifiering som om bolaget rent faktiskt hade ett ISO-certifikat hade detta varit regelvidrigt. Det hade varit ett tydligt avsteg från likabehandlingsprincipen att ställa upp tydliga skallkrav som en del anbudsgivare uppfyller och därefter låta bolagets anbud utvärderas trots att nämnda krav inte uppfyllts. Bolaget gav den 20 september 2012 in certifikat från DNV som utvisar att bolaget uppfyller de aktuella kraven. Certifikatet kom in till kommunen drygt tre månader efter anbudstidens utgång och efter det att genomgång och utvärdering av samtliga anbud färdigställts men innan tilldelningsbeslut hade fattats. När

bolaget gav in certifikatet är det inte att anse som att företaget rättar en uppenbar felskrivning, förtydligar eller konkretiserar sitt anbud utan certifikatet är en helt ny uppgift. Om kommunen valt att se certifikatet som ett förtydligande och därmed tagit med bolagets anbud i anbudsutvärderingen hade det varit att anse som att kommunen särbehandlat bolaget, då kommunen därigenom tillåtit en otillåten ändring av anbudet vilket står i strid med LOU.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges under AFB.51 att kraven A - H ska uppfyllas för att anbud ska utvärderas. Vidare anges under AFB.51 H "Krav på entreprenören vad gäller resurser för kvalitets- och miljöledning" följande. Entreprenören ska inneha ett kvalitets- och miljöledningssystem som uppfyller kraven enligt AFC.221 Kvalitetsledning och AFC.222 Miljöledning samt uppfylla kraven i AFC.221 och AFC.222 om utomstående kvalitets- och miljörevisor. Redovisning av erforderligt kvalitets- och miljöledningssystem sker på bilaga 5B till anbudsformuläret.

Under AFC.221 Kvalitetsledning anges följande. Entreprenören ska inneha och följa ett kvalitetssystem som dokumenterats i en kvalitetshandbok. Systemet ska på begäran uppvisas för beställaren. Anbud ska innehålla information om entreprenörens kvalitetssystem, se bilaga 5B till anbudsformuläret. Entreprenörens kvalitetssystem ska vara minst andra parts certifierat och årliga kvalitetsrevisioner ska vara utförda av utomstående för systemet godkänd revisor. Om entreprenören använt något annat kvalitetssystem än ISO 9001:2008 som bas för sitt kvalitetssystem ska detta speciellt anges.

I AFC.222 Miljöledning anges följande. Entreprenören ska inneha och följa ett miljöledningssystem som dokumenterats i en miljöhandbok. Systemet ska på begäran uppvisas för beställaren. Anbud ska innehålla information om entreprenörens miljöledningssystem, se bilaga 5B till anbudsformuläret. Entreprenörens miljöledningssystem ska vara minst andra parts certifierat och årliga miljörevisioner ska vara utförda av utomstående för systemet godkänd revisor. Om entreprenören använder något annat miljöledningssystem än ISO 14001:2004 som bas för sitt eget miljöledningssystem ska detta speciellt anges. Entreprenören ska i sitt miljöledningssystem verka för en bättre miljö och minska den negativa miljöpåverkan.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

När det först gäller frågan om vid vilken tidpunkt ett skallkrav ska vara uppfyllt kan förvaltningsrätten konstatera, såsom parterna i målet anför, att detta varken är reglerat i gemenskapsrätten eller i svensk nationell rätt. I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges förvisso inte uttryckligen när kravet i AFB.51 punkten H avseende kvalitets- och miljöledningssystem ska vara uppfyllt. I förfrågningsunderlaget anges emellertid dels att kravet ska vara uppfyllt för att anbudet ska utvärderas dels att redovisning av erforderligt

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

kvalitets- och miljöledningssystem ska ske på bilaga som ska bifogas till anbudet. Vidare anges att systemen på begäran ska kunna uppvisas för beställaren. Enligt förvaltningsrättens mening får det härav med tillräcklig grad av tydlighet anses framgå att det aktuella skallkravet ska vara uppfyllt vid tidpunkten för inlämnande av anbudet.

När det därefter gäller frågan om bolaget vid tidpunkten för inlämnande av anbudet uppfyller det aktuella kravet i AFB.51 punkt H kan förvaltningsrätten konstatera att det av utredningen i målet framgår att bolaget i sitt anbud på bilaga 5B endast angett att man räknar med att vara certifierade senast den 14 september samt bifogat ett intyg från Det Norske Veritas som visar att bolaget ingått ett avtal om certifiering i enlighet med standarderna ISO 9001:2008 och 14001:2004. Något gällande certifikat redovisas inte i samband med inlämnandet av anbudet och det kan enligt förvaltningsrätten inte heller i övrigt anses framgå av anbudet att bolaget uppfyller det aktuella kravet avseende kvalitets- och miljöledningssystem. Lunds kommun har därför haft skäl för att förkasta bolagets anbud från utvärderingen. Med anledning av det ovan anförda ändrar inte den omständigheten att bolaget inkommit med gällande certifikat efter det att anbudet skulle vara inlämnade förvaltningsrättens bedömning. Förvaltningsrätten finner att bolaget inte förmått visa att Lunds kommun har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan härom ska således avslås.

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



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 nå 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 3109/1B LOU