



KLAGANDE

AB Övikshem, 556103-7606
Box 912
891 20 Örnsköldsvik

MOTPART

Svensk Markservice Aktiebolag, 556420-4823
Smidesvägen 10
171 41 Solna

Ombud: Christer Gideonsson
Svensk Markservice AB
Glimmervägen 5 a
907 40 Umeå

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 8 januari 2013 i mål nr
3940-12, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och bestämmer att ansökan
om överprövning ska avslås.

KONKURRENSVERKET	
2013 -03- 07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

AB Övikshem (Övikshem) yrkar att upphandlingen ska få slutföras i enlighet med tilldelningsbeslutet den 16 november 2012. Till stöd för sin talan anför Övikshem bl.a. följande.

Övikshem har inte tagit ställning till om Västernorrlands Transport och Gräv ekonomisk förening (VTG) ensam uppfyller kraven genom de till anbudet bifogade handlingarna utan endast att man tillsammans med BDX Företagen AB (BDX) uppfyller kraven. Genom det samarbetsavtal som VTG inlämnat framgår att det finns en överenskommelse mellan de båda bolagen om ett samarbete och nyttjande av varandras resurser och kompetens. VTG tillsammans med sina medlemsföretag uppfyller väl kraven i anbudsfrågan. Övikshem har inte i förfrågningsunderlaget ställt som skall-krav att anbudsgivaren ska bifoga intyg om tillgång till andra företags kapacitet. I lagen har leverantören fått möjligheten att "när kontraktet skall fullgöras" påvisa att det finns ett dokumenterat samarbetsavtal med åsyftad samarbetspartner.

Förvaltningsrättens slutsats att VTG:s referensuppdrag avseende vinterväghållning är av "mycket begränsad omfattning i jämförelse med det nu aktuella uppdraget" är också en helt felaktig bedömning.

Svensk Markservice Aktiebolag bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande till stöd för bestridandet.


Samarbetsavtalet mellan VTG och BDX har inte förevisats tidigare i processen och har alltså nyligen överlämnats till Övikshem. Detta är en otillåten komplettering enligt LOU och upphandlingsföreskrifterna. Frågan är hur en myndighet annars ska kunna bedöma hur en anbudslämnare uppfyller de av myndigheten ställda skall-kraven och därigenom säkerställa dennes leverans av vara eller tjänst.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE


Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Övikshem har i kammarrätten inkommit med ett samarbetsavtal mellan VTG och BDx undertecknat den 1 september 2011. Skäl att ändå ifrågasätta att den vinnande anbudsgivaren, VTG kommer att förfoga över erforderliga resurser när aktuellt kontrakt ska fullgöras finns inte. Något krav på att samarbetsavtalet skulle ha bifogats i anbudshandlingarna kan inte uppställas (se t.ex. dom från Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2304-09 den 19 november 2009). Det föreligger därför inte skäl att utesluta anbudet från VTG på den grunden. Överklagandet ska därmed bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Bertil Ekholm
kammarrättspresident
ordförande

Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent


Marika Pernu
tf. kammarrättsassessor

Camilla Wernkvist
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2013-01-08
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3940-12 E

Bilaga A

SÖKANDE

Svensk Markservice Aktiefbolag, 556420-4823
Smidesvägen 10
171 41 Solna

Ombud: Christer Gideonsson
c/o Svensk Markservice AB
Glimmervägen 5a
907 40 Umeå

MOTPARTER

1. AB Övikshem, 556103-7606
Box 912
891 20 Örnsköldsvik

2. Västernorrlands Transport & Gräv ekonomisk förening, 769601-9525
Företagsvägen 5
872 34 Kramfors

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om, varvid Västernorrlands Transport och Gräv ekonomisk förenings anbud inte ska beaktas.

Dok.Id 49673

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314	Backgränd 9	0611 - 34 98 00	0611 - 34 98 10	måndag – fredag
871 27 Härnösand		E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se		08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

AB Övikshem (Övikshem) som genomför upphandling av yttre fastighetskötsel inom Övikshems fastigheter beslutade genom tilldelningsbeslut den 16 september 2012 att anta Västernorrlands Transport och Gräv ekonomisk förening (VTG) som leverantör.

Svensk Markservice AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan den rättats på så sätt att utvärderingen görs om varvid VTG:s anbud inte beaktas. Bolaget yrkar vidare att förvaltningsrätten interimistiskt förordnar att den aktuella upphandlingen inte får avslutas innan annat beslutats av förvaltningsrätten. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU innebär bl.a. att samtliga de omständigheter som en upphandlande part kan komma att tillmäta betydelse vid upphandling och utvärdering av anbud ska vara förutsebara och framgå av förfrågningsunderlag samt att alla anbudslämnare ska behandlas på ett likvärdigt sätt. Det är dessutom en förutsättning i offentlig upphandling att anbud utformas i enlighet med förfrågningsunderlag och att samtliga däri angivna skallkrav uppfylls. Om ett skallkrav inte uppfylls så är anbudet inte jämförbart med övriga anbud i upphandlingen.

Övikshem har utvärderat VTG:s anbud trots att denna leverantör inte uppfyller alla ställda skallkrav. Som skallkrav gäller att personer i ledande ställning ska ha erforderlig kompetens samt tre års erfarenhet av liknande arbeten. Kravet på den erforderliga kompetensen för att bedriva fastighetskötsel och kravet på tre års erfarenhet av densamma ska vara uppfyllda, vilket ska framgå av till anbudet bifogade CV. Av bifogat CV avseende Robert Eriksson kan det utläsas att denne besitter erfarenhet av byggnationer av markanläggningar. Det framgår dock inte att han uppfyller kravet på kompetens och erfarenhet av fastighetsskötsel. Detsamma gäller Jan-Erik Hallin som bedrivit plantskoleverksamhet.

Enligt förfrågningsunderlaget ska exempel på *uppdrag av liknande arbeten bifogas anbudet*. Nystartade företag och företag utan erfarenhet ska uppge uppdrag som utförts av personer i anbudsgivarens ledning. VTG har till sitt anbud bifogat ett dokument som beskriver verksamheten för ett annat företag, BDX Företagen AB (BDX), vars säte och verksamhetsområde är i Norrbotten. VTG uppfyller inte skullkravet beträffande exempel på uppdrag av liknande arbeten. Vid genomläsning av VTG:s anbud vidhåller bolaget att företag utan erfarenhet ska uppge uppdrag som utförts av personer i anbudsgivarens ledning. Det aktuella skullkravet är inte uppfyllt.

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren bifoga en kortfattad beskrivning av den tekniska förmågan/kompetensen i företaget samt redovisa antalet anställda som kan vara tillgängliga. Detta skullkrav har således två kravställningar, dels den tekniska förmågan/kompetensen, dels antalet anställda som kan vara tillgängliga. VTG har till sitt anbud inte bifogat dokument som styrker förmågan/kompetensen. Det aktuella skullkravet är därför inte uppfyllt.

Som skullkrav gäller att personalresurser i samband med semestrar ska redovisas i anbudet. VTG har i sitt anbud angett "arbeten pågår kontinuerligt under hela sommarperioden även under semester". Resurserna i samband med semestrar är dock inte specifikt redovisade. Skullkravet är därför inte uppfyllt.

Övikshem bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. VTG har till sitt anbud bifogat efterfrågade CV som väl uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven. Både Robert Erikssons CV och Jan-Erik Hallins CV anses väl styrka att efterfrågade krav uppfylles.

VTG har till sitt anbud bifogat skrivelse från BDX som klart beskriver erfarenhet och efterfrågade referenser. Enligt 11 kap. 12 § LOU kan en leve-

rantör åberopa andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet. BDX och VTG äger tillsammans företaget LIA frakt i Umeå. VTG har i sitt anbud påvisat att man tillsammans med sin samarbetspartner BDX uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven på teknisk förmåga/kompetens.

Under rubriken Teknisk förmåga/kompetens har VTG beskrivit efterfrågade uppgifter samt uppgivit tillgängliga resurser. Under samma rubrik har VTG redovisat erforderliga resurser samt angett att arbete pågår kontinuerligt, alltså även under semestrar.

Bolaget har i genmäle anfört bl.a. följande. 11 kap. 12 § LOU är bara tillämplig när man efterfrågar ett företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapaciteter. Som skullkrav gäller att exempel på liknande arbeten måste bifogas anbudet. Denna lagbestämmelse nämner inget om att man kan nyttja annat företags referenser eller som i detta fall exempel på uppdrag av liknande arbeten. Vid åberopande av ett annat företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet måste anbudsgivaren styrka att denne har faktisk möjlighet att utnyttja den kapacitet som denne åberopar under den period som kontraktet omfattar. Detta ska göras bl.a. genom uppvisande av samarbetsavtal, intyg eller liknande. Något skriftligt åtagande från BDX gentemot VTG finns inte.

VTG har, med hänsyn till Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i HFD 2011 ref. 29, beretts möjlighet att yttra sig i målet och anfört bl.a. följande. Övikshem anser att VTG tillfyllest uppfyllt aktuella krav. Under de senaste tre åren har VTG varit verksam som underentreprenör i nu aktuellt uppdrag.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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 (1 kap. 9 § LOU).

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling (16 kap. 4 § LOU).

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 (16 kap. 6 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§ (11 kap. 10 § LOU).

En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras (11 kap. 12 § LOU).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller 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 (se RÅ 2009 ref. 69).

För den aktuella upphandlingen gäller den s.k. förlängda avtalsspärren enligt 16 kap. 8 § LOU. Det saknas därför anledning att bifalla bolagets interimistiska yrkande. Bolagets yrkande föranleder därför inte någon åtgärd från förvaltningsrätten.

Under punkten 3.5 i upphandlingsföreskrifterna (UF) anges att prövning av anbud genomförs i två steg där första avser prövning av anbudsgivaren och det andra prövning av anbudet.

Av punkten UF3:5111 framgår vilka skallkrav som ställts på anbudsgivare. Det framgår bl.a. att personalresurser i samband med semestrar ska redovisas i anbudet, att personer i arbetsledande ställning *ska* ha erforderlig kompetens samt 3 års erfarenhet av liknande arbeten, att exempel på uppdrag av liknande arbeten *ska* bifogas anbudet och att anbudsgivare *ska* bifoga kortfattad beskrivning av den tekniska förmågan/kompetensen i företaget.

Bolaget har begärt överprövning av den aktuella upphandlingen på den grunden att VTG inte uppfyller ovan nämnda skallkrav varför VTG:s anbud rätteligen borde ha förkastats.

Av likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav.

Uppfyller VTG skallkravet avseende redovisning av personalresurser i samband med semester?

VTG har i sitt anbud specifikt angett antalet yrkesarbetare för manuella arbeten som företaget förfogar över. Under sommarperioden förfogar VTG även över en trädgårdsarbetare och erforderliga antal klippresurser och trimmer personal samt personal till övriga arbeten. I anbudet anges vidare att arbetet pågår kontinuerligt under hela sommarperioden och även under

semestertid. Bolaget har anfört att VTG:s redovisning i denna del inte är specifik. Förvaltningsrätten konstaterar dock att VTG lämnat den begärda redovisningen. Förfrågningsunderlaget ställer inte något krav på hur pass specifik denna redovisning ska vara. Enligt förvaltningsrättens mening får VTG:s redovisning vara tillfyllest. Förvaltningsrätten delar därför Övikshems bedömning att detta skallkrav är uppfyllt. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Har VTG uppfyllt skallkravet på att kortfattad beskrivning av den tekniska förmågan/kompetensen i företaget ska bifogas anbudet?

VTG har i sitt anbud bl.a. specifikt angett antalet snöröjningsfordon som företaget förfogar över. Det anges vidare att dessa fordon är av skiftande karaktär. Förvaltningsrätten konstaterar att VTG lämnat en beskrivning av den tekniska förmågan/kompetensen. Förfrågningsunderlaget ställer i nu aktuellt hänseende inte något krav på att denna beskrivning ska vara detaljerad. Förvaltningsrätten finner därför att VTG uppfyller skallkravet. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Har VTG uppfyllt skallkravet på att personer i arbetsledande ställning ska ha erforderlig kompetens samt 3 års erfarenhet av liknande arbeten och skallkravet på att till anbudet bifoga exempel på uppdrag av liknande arbeten?

Såvitt framgår av det ingivna förfrågningsunderlaget har kravet på liknande arbeten inte närmare preciserats. Vid sådana förhållanden måste den upphandlande myndigheten ha visst utrymme att bedöma vad som kan anses vara liknande arbeten. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten, med beaktande av vad som framgår av de CV som VTG bifogat sitt anbud, att skallkravet avseende erforderlig erfarenhet och kompetens hos personer

i arbetsledande ställning får anses vara uppfyllt. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller på denna grund.

Kravet på att anbudsgivare till sitt anbud ska bifoga exempel på *uppdrag av liknande arbeten* tar i första hand sikte på själva anbudsgivaren. VTG har till sitt anbud bifogat en skrivelse från BDX. I denna skrivelse beskrivs olika uppdrag som, enligt förvaltningsrättens mening, klart kan jämföras med det uppdrag som nu upphandlas. Såvitt framgår av skrivelsen från BDX har dessa efterfrågade uppdrag dock inte utförts av bolaget själv utan av BDX. Övikshem har även uppgett att VTG tillsammans med BDX uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven avseende kompetens.

Syftet med det aktuella skallkravet måste mot ovan angiven bakgrund anses vara att kontrollera att anbudsgivaren har tillräcklig kompetens och erfarenhet för att utföra uppdraget. Övikshem synes inte anse att VTG har tillräcklig kapacitet att ensamt göra det. Det förhållandet att VTG samarbetar med ett annat bolag tyder på detta. Av VTG:s referensuppdrag framgår visserligen att VTG utfört uppdrag avseende vinterväghållning och snöröjning. Dessa uppdrag synes dock till sin art vara av mycket begränsad omfattning i jämförelse med det uppdrag som nu upphandlas. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att VTG inte ensamt kan anses uppfylla kravet avseende *uppdrag av liknande arbeten*.

Övikshem har dock till stöd för sin inställning i målet åberopat 11 kap. 12 § LOU. Enligt denna bestämmelse får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt bl.a. åberopa andra företags yrkesmässiga kapacitet. Enligt förvaltningsrättens mening är denna bestämmelse även tillämplig när det gäller att åberopa andra företags referensuppdrag eller utförda uppdrag. Det krävs dock att leverantören, genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga, eller på annat sätt visar att den kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Den upp-

handlande myndigheten ska när det gäller anbudsgivarnas yrkesmässiga kapacitet kontrollera att ställda krav i detta avseende är uppfyllda (jfr 11 kap. 10 § LOU). Denna kontroll ska ske vid kvalificeringsfasen, alltså innan anbudet utvärderas och prövas (jfr Kamrätten i Jönköpings dom den 17 maj 2011 i mål nr 3454-10). VTG kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses ha visat att de kommer att förfoga över erforderlig kapacitet när kontraktet ska fullgöras. Det förhållandet att VTG och BTX gemensamt äger Lia Frakt i norrland AB saknar vid denna bedömning betydelse.

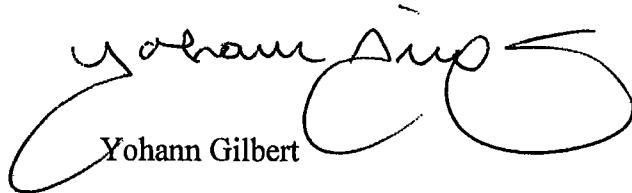
Det aktuella skalkravet kan mot denna bakgrund inte anses vara uppfyllt. Övikshem har trots detta utvärderat VTG:s anbud, vilket får anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Har bolaget lidit skada?

Under rubriken "Prövning av anbud" i UF3.52 anges att anbuden kommer att bedömas och antas efter det som har lägsta anbudspris. Av utvärderingsprotokollet framgår att bolaget lämnat det näst lägsta anbudspriset. Skaderekvisitet får därför anses vara uppfyllt. Förutsättningarna för ingripande enligt LOU föreligger därmed.

Mot bakgrund av vad som framkommit i målet finner förvaltningsrätten att ett ingripande i form av rättelse är en tillräcklig åtgärd. Överklagandet ska således bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om, varvid VTG:s anbud inte ska beaktas.

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


Yohann Gilbert