



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2019-11-18

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12163-19

SÖKANDE

Montera Plåt & Bygg AB, 556321-4146

Vattenkraftsvägen 7

135 70 Stockholm

Ombud: Advokat Per-Owe Arfwedson och biträdande jurist Erik Sollenberg

Bokwall Rislund Advokatbyrå KB

Skeppsbron 32

111 30 Stockholm

MOTPART

Svenska Bostäder AB, 556043-6429

Box 95

162 12 Vällingby

SAKEN

Offentlig upphandling

| | |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2019 11 18 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Montera Plåt & Bygg AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 1165525

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd33.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Svenska Bostäder AB (SB) genomförde upphandling avseende ramavtal för avrop av takarbeten. Upphandlingen genomfördes med öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Genom beslut den 17 maj 2019 har två andra bolag än Montera Plåt & Bygg AB (bolaget) tilldelats avtalet.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen i första hand ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

SB anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

SB har förkastat bolagets anbud med hänvisning till att bolaget inte uppfyllde kravet i upphandlingsföreskrifternas AFB.52 p. 3.1 då bolagets referensuppdrag inte innefattade flerbostadshus med kvarboende hyresgäster. Lämnat referensuppdrag avsåg takarbeten på skola med pågående verksamhet. SB:s krav avseende just takarbeten på flerbostadshus med kvarboende hyresgäster strider mot proportionalitetsprincipen. I sammanhanget är takarbeten på skola med verksamhet likvärdigt med takarbeten på flerbostadshus med kvarboende hyresgäster. Det är så eftersom själva arbetet är detsamma samt att arbetena är likvärdiga mot bakgrund av den hänsyn som måste tas till de människor som rör sig i byggnaderna oavsett om det är en skola eller ett flerbostadshus. En skola med barn kan även anses ställa ännu högre krav på utföraren. Angivet arbete i aktuell upphandling kräver inte heller åtkomst till hyresgästers privata bostäder. Berörda referensarbeten på skola utfördes

även under dagtid då personer befann sig i lokalerna. Ifrågavarande obligatoriska krav går således utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att anbudsgivares offererade arbetsledare har den kompetens och erfarenhet som krävs för att genomföra uppdraget enligt uppgiven målsättning. Det är så eftersom likvärdig kompetens och erfarenhet, liksom likvärdiga referensuppdrag, inte godtas. Det anges inte heller i upphandlingsdokumenten att anbudsgivare själva måste bevisa likvärdigheten. Enligt kammarrättspraxis ankommer det på upphandlande myndighet att begära in sådan bevisning (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 9 augusti 2019 i mål 639-19). SB har inte förklarat varför det förhåller sig på detta sätt. Att kraven i upphandlingen är oproportionerliga visas även av att sammanlagt nio anbudsgivare uteslöts. Utifrån vad som framkommit vid överprövning uppfyller upphandlingen knappast transparensprincipen när SB inte vill ta ställning till om det var möjligt att offerera en arbetsledare med likvärdig erfarenhet och likvärdiga referensuppdrag. Bolaget har sammanfattningsvis lidit skada, eller riskerat lida skada på grund av att anbudet förkastades på angivet sätt då bolagets anbudssumma var lägre än de två vinnande anbudena.

SB

Upphandlingsföreskrifternas krav i AFB.52 p. 3.1 strider inte mot proportionalitetsprincipen. Aktuellt lämnat referensuppdrag av bolaget avser takarbeten på skola, vilket inte uppfyller efterfrågat krav avseende referensuppdrag för takarbeten utfört på flerbostadshus med kvarboende hyresgäster. Kravet avser bara arbetsledare, inte övrig utförande personal. Efterfrågade takarbeten kommer att innebära att arbeten kommer behöva utföras i husens gemensamma utrymmen, likväl kan åtkomst behövas även till hyresgästers privata bostäder och arbeten i direkt anslutning till bostäderna kan komma att behöva vidtas. Utföraren kommer således behöva visa stor respekt för att aktuellt arbete kommer utföras i anslutning till hyresgästers privata hem,

och de konsekvenser detta kan medföra om det inte sköts riktigt. I detta avseende är inte takarbeten på skola med pågående verksamhet jämförbart med sådant arbete i flerbostadshus med kvarboende hyresgäster. I flerbostadshus måste utföraren räkna med att det finns människor i hemmen under dygnets alla timmar. Man kan således inte planera arbetet genom att särskilt störande moment kan läggas vid tidpunkt då hyresgäst inte förväntas vara hemma. Vid liknande arbete på skola kan störande moment förläggas utanför tider när skolverksamhet pågår, dessutom pågår undervisning normalt sett inte hela dagarna. Att ta hänsyn till annat än det som framgår av bolagets anbud skulle strida mot principerna om likabehandling och transparens. Det ankommer på en normalt omsorgsfull anbudsgivare att i annat fall påvisa likvärdighet i lämnat anbud gällande kravuppfyllnad, något som bolaget inte gjort. Det kammarrättsavgörande som bolaget hänvisar till avser en upphandling som var utformad på annat sätt och rättsfallet är inte tillämpligt i detta mål. Att nio av elva anbudsgivare uteslutits på det sätt som bolaget anfört stämmer inte, fem av elva anbudsgivare uppfyllde kraven på arbetsledares erfarenhet och referensuppdrag, medan sju av elva anbudsgivare uppfyllde kraven på företagsnivå. Att sju av elva anbudsgivare uteslutits är hänförliga till andra brister.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande regler

I 4 kap. 1–2 §§ LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa

konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

I 4 kap. 10 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 16 kap. Myndigheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,
2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och
3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§.

Vid en kontroll ska myndigheten tillämpa 15 kap.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Utredningen i målet

I upphandlingsföreskrifterna (benämnt administrativa föreskrifter) anges under AFB.52 p. 3.1 följande som är relevant för överprovningen. Anbudsgivare utser en ansvarig person för uppdraget (arbetschef, platschef eller motsvarande nedan kallad arbetsledare). Arbetsledaren ska ha minst tre års erfarenhet av arbetsledning av takarbeten på flerbostadshus med kvarboende hyresgäster. För att styrka arbetsledarens kompetens och erfarenhet enligt ovan ska minst 2 referenter redovisas i anbudsformuläret.

Förvaltningsrättens 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 eller hon grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se Högsta förvaltningsdomstolens dom i RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om bolagets anbud kan likställas med vad som efterfrågas under AFB.52 p. 3.1 i upphandlingsföreskrifterna samt om berört krav är att anse som oproportionerligt enligt upphandlingsrättsliga principer.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att en upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma föremålet för vad som upphandlas, förutsatt att de krav som ställs inte strider mot upphandlingsreglerna. Utgångspunkten är således att det är den upphandlande myndigheten som är bäst lämpad att bedöma vad som ska upphandlas (se Högsta förvaltningsdomstolens dom i RÅ 2010 ref. 78). Av praxis anges vidare att anbudsgivare förväntas vara rimligt informerade och normalt omsorgsfulla i upphandlingsförfarandet (se bl.a. EU-domstolens dom i C-27/15, Pippo Pizzo, p. 36) och förfrågningsunderlag ska vara så tydliga som möjligt, men behöver inte alltid vara optimalt utformat för att kunna godtas (se Högsta förvaltningsdomstolens dom RÅ 2002 ref. 50).

I berörd punkt avseende obligatoriskt krav att offererad arbetsledare ska ha minst tre års erfarenhet av arbetsledning av takarbeten på flerbostadshus med kvarboende hyresgäster bör kravet, enligt förvaltningsrättens mening, läsas mot uppställd målsättning för upphandlingen. SB anger i upphandlingsföreskrifterna under rubriken *Målet för upphandlingen* bl.a. följande. Bs (SB, förvaltningsrättens anmärkning) är levande miljöer. Människor ska

kunna bo och arbeta här idag och i framtiden. Därför ska alla åtgärder vidtas med stor omsorg och kvalitet. Alla arbeten ställer krav på entreprenörerna att arbetet utförs varsamt med minsta möjliga ingrepp. Som regel kommer allt arbete att ske med kvarboende hyresgäster som vistas och rör sig i fastigheterna. Det gäller därför att hålla rent och snyggt på arbetsområdet samtidigt som människorna får ett trevligt bemötande.

Förvaltningsrätten bedömer i och för sig att vissa av de efterfrågade kvalitetskraven för utförandet är allmängiltiga, som exempelvis att arbetet ska utföras med kvalitet, varsamhet samt att det ska vara rent och snyggt där arbetet utförs. Att sådana krav ställs, oavsett var och på vilken byggnad ett takarbete ska utföras, får anses ligga inom vad som generellt kan förväntas av professionella aktörer på området. Dock framgår med all tydlighet i föreskrifterna att takarbeten kommer utföras på fastigheter där människor bor och rör sig. Denna omständighet skiljer på ett klart och tydligt sätt ett flerbostadshus från flertalet andra fastigheter, även om själva arbetet i sig avser samma sak, alltså takarbeten. Precis som SB anfört så kommer arbeten i flerbostadshus innebära att arbete ständigt måste ske med hänsyn till att människor befinner sig fastigheterna samt att deras bostäder även utgör deras privata sfär. I arbete på skola bör liknande arbete självfallet utföras med kvalitet och varsamhet, och hänsyn visas. Dock utgör en skola inte en sådan fastighet där det ständigt befinner sig ett stort antal människor under dygnet alla timmar och de lokaler som utförare eventuellt behöver tillgång till utgör inte heller någons privata sfär i form av exempelvis bostad. En skola torde även utgöra ett enklare objekt att utföra störande arbete på då man kan planera arbetet utefter när lokaler inte används. Förvaltningsrätten finner, likt SB, att referensuppdrag i form av takarbete på skola med pågående verksamhet därför inte är att likställa med takarbete på flerbostadshus med kvarboende hyresgäster. Vad bolaget anfört i denna del gällande hur de uppfattar att takarbeten ska utföras, och vilka lokaler utförare kan behöva ha tillgång till i flerbostadshus, ändrar inte den bedömningen. Lämnat anbud är således

inte likvärdigt med vad som efterfrågas och bolaget har således inte uppfyllt berört obligatoriskt krav i upphandlingen.

Vad gäller frågan angående om berörd punkt i upphandlingsföreskrifterna strider mot proportionalitetsprincipen kan förvaltningsrätten konstatera, mot bakgrund av vad som ovan anförts gällande likvärdigheten, att SB haft sakliga skäl att ställa kravet på erfarenhet av arbetsledning av takarbeten på flerbostadshus med kvarboende hyresgäster, eftersom takarbeten på flerbostadshus med kvarboende är av annan beskaffenhet än takarbeten på fastigheter utan kvarboende. Det finns således ett tydligt och sakligt skäl till att kravet ställs mot bakgrund av det beaktansvärda intresse SB bör ha av att takarbeten utförs på ett fullgott sätt mot bakgrund av belysta omständigheter. Berört obligatoriskt krav i upphandlingsföreskrifternas AFB.52 p. 3.1 är således adekvata och relevanta, samt går inte utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud i upphandlingen. Sammantaget tillgodoser det aktuella kravet på ett tydligt sätt det avsedda ändamålet i upphandlingen (jfr. Högsta förvaltningsdomstolens dom i HFD 2016 ref. 37). Det uppställda kravet strider således inte mot proportionalitetsprincipen.

Sammantaget har bolaget inte visat att SB frångått någon upphandlingsrättslig princip eller annan bestämmelse enligt LOU. Skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad bolaget anförts saknas därför. Ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Karin Königsson
Rådman

Martin Menyes har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.