



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-10-14
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
4054-15

KONKURRENSVERKET	
2015-10-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

FVB Sverige AB, 556429-3743
Isolatorvägen 8
721 37 Västerås

MOTPART

Borås Energi och Miljö AB, 556527-5590
Box 1713
501 17 Borås

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Borås Energi och Miljö AB (upphandlande enhet) genomför en upphandling, öppet förfarande, som benämns Tekniska konsulttjänster fjärrvärmedistribution 2015-2017. Genom tilldelningsbeslut den 18 augusti 2015 har annan leverantör än FVB Sverige AB (bolaget) antagits. Genom ytterligare ett beslut samma dag förkastades bolagets anbud p.g.a. att anbudet med bifogat CV inte enligt punkten AUB.51 i förfrågningsunderlaget uppfyllde ställda krav på tre års erfarenhet/kompetens. Bolaget har ansökt om överprövning.

I **förfrågningsunderlaget** anges bl.a. följande. Upphandlingen avser uppdrag att projektera markförlagda distributionsledningarna och kundcentraler för fjärrvärme. Den upphandlande enheten har för avsikt att teckna avtal med två konsulter. Leverantören kommer att vara en extra resurs som den upphandlande enheten kan avropa vid tillfälliga toppar eller vid behov av

Dok.Id 175797

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	--------------------------------	---

speciell kompetens. Denna förfrågan omfattar ramavtal med en uppdragslängd om 2+1+1 år. Som tilldelningsgrund tillämpas lägsta pris. Vidare anges bl.a. följande.

I punkten AUB.31, som benämns Anbuds form och innehåll, anges bl.a. följande. Den upphandlande enheten ställer i förfrågningsunderlaget upp ett antal absoluta krav på anbud och anbudsgivare, d.v.s. krav på formalia som anbud och anbudsgivare **ska** uppfylla. Dessa krav är markerade med "ska" i fet stil. Anbud och anbudsgivare som inte uppfyller samtliga dessa absoluta krav kommer inte att prövas. --- Anbudsgivare ska i anbudet uppges och bifoga bl.a. följande:--- CV för personer tilltänkta för uppdraget tre stycken.

I AUB.5, som benämns Anbudsprövning, anges bl.a. följande. Prövningen av anbudsgivare och anbud sker genom tre steg. Det första och andra steget (prövning av eventuell grund för uteslutning av anbudsgivare samt prövning av anbudsgivares lämplighet) prövas enligt AUB.51. Om anbudsgivaren uppfyller kraven i AUB.51 går anbudsgivarens anbud vidare till det tredje steget (prövning av anbud) och prövas enligt AUB.52

I punkten AUB.51, benämnd prövning av anbudsgivare, anges under rubriken Krav avseende teknisk förmåga och kapacitet bl.a. följande. Medverkande personer som kan bli aktuella i projekten ska namnges. Personliga kvalifikationer (CV) för projektör ska ha minst 3 års erfarenhet/ fackkunskap. 3 st CV ska bifogas anbudet.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att anbudsutvärderingen görs om och att bolagets anbud då tas upp till utvärdering.

Den upphandlande enhet anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Den upphandlande enheten har brutit mot principen om öppenhet och lika-behandling enligt 1 kap. 24 § LUF. Bolagets anbud har förkastats eftersom till anbudet bifogat CV inte uppfyller krav avseende erfarenhet och fack-kompetens. Det saknas dock vad gäller punkten AUB.51 en definition av vad som krävs för att kravet om tre års erfarenhet/fackkunskap ska vara upp-fyllt. Den upphandlande enheten kan inte i efterhand definiera eller snäva in gällande krav i upphandlingen. Bifogat CV visar att personen ifråga tog re-levant ingenjörsexamen och anställdes under 2012. Bolaget hade tilldelats ramavtalet om anbudet inte hade förkastats och har således lidit skada.

Den upphandlande enheten

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LUF och de unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Det saknas därför skäl för förvalt-ningsrätten att förordna att upphandlingen ska rättas på det sätt som bolaget gör gällande. I punkten AUB.51 i förfrågningsunderlaget ställs krav på att anbudsgivarna ska ha viss förmåga och kapacitet. Kravet är obligatoriskt. Det har i förfrågningsunderlaget vidare ställts upp obligatoriskt krav på att de konsulter som kan bli aktuella i de projekt som omfattas av upphandling-en åtminstone ska ha tre års erfarenhet/fackkunskap. Av det CV som bolaget bifogat sitt anbud, daterat juli 2015, framgår under rubriken ”Anställningar” att konsulten varit anställd hos bolaget sedan år 2012 och haft uppdraget som energikonsult. Under rubriken ”Projekterfarenhet” anges följande upp- drag som konsulten har erfarenhet av;

2015 Göteborg Energi AB – Konstruktion av undercentralen till en stor kund enligt PED. Framtagning av underlag för konstruktions-kontroll, spänningsanalyser, bygghandlingar, svetslistor, material-specifikationer samt nödvändig dokumentation.

2014 Göteborg Energi AB – Projektering av en reinvestering i fjärrvärmenätet. En ca 500 m lång DN 350 betongkulvert läggs om till DN 400 plaströr. Teknisk konstruktion med bygghandlingar, remisshantering mot andra ledningsägare och kontakter med markägare/fastighetsägare.

2014 Tibro kommun – Ledningsprojektering för nyanslutningar av fjärrvärme, ca 1 km. Teknisk konstruktion, upprättande av bygghandlingar.

2013 Göteborg energi AB – Löpande projektering för nyanslutningar av fjärrvärme, fjärrkyla och gas. Teknisk konstruktion med bygghandlingar, remisshantering mot andra ledningsägare och kontakter med markägare/fastighetsägare.

2013 Jönköping Energi AB – Anläggningskonstruktion vid ombyggnad av en tryckväxlarstation i Jönköping. Spänningsanalys utfördes samt bygghandlingar för nya rörinstallationer DN200 upprättades.

Av ovanstående projekt framgår alltså att den aktuella konsulten enbart har deltagit i projekt sedan någon gång under 2013 och varit anställd hos bolaget sedan någon gång under år 2012. Aktuellt CV är upprättat i juli 2015. Den upphandlande enheten har därmed uppfattat ingivet CV som att konsulten har erfarenhet/fackkunskap endast sedan år 2013. Det går av ingivet CV inte dra slutsatsen att konsulten den 5 augusti 2015 hade tre års erfarenhet/fackkunskap. Det framgår inte heller av bolagets anbud att konsulten hos bolaget varit anställd sedan första halvan av år 2012 och att denne därmed, vid tidpunkten för anbudets ingivande, hade tre års erfarenhet/fackkunskap. Bolaget har därmed inte förmått visa att den aktuella konsulten har den erfarenhet/fackkunskap som krävs. Det obligatoriska kravet om teknisk förmåga och kapacitet är således inte uppfyllt.

Ett anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i en upphandling får varken antas eller ens utvärderas utan ska rätteligen förkastas (se bl.a. EU-domstolens domar i mål nr C-243/89, *Stora Bält*, och i mål nr C-561/12, *Nordecon*, Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 4064-10, Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 5078-10, Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 981-11 och Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 1220-13).

Den upphandlande enheten har inte på något sätt avvikit från eller i efterhand definierat de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget angående kravet på teknisk förmåga och kapacitet. Bolagets anbud har således rätteligen förkastats och bolaget kan därför inte anses ha lidit eller kan komma att lida skada.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter 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 § LUF anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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

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).

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, inte ska beaktas vid utvärdering. Kraven måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndig-

heten får inte heller ändra uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet. Om myndigheten skulle bortse från att en anbudsgivare inte uppfyller ett eller flera ska-krav och ändå utvärderar anbudet skulle myndigheten bryta mot likabehandlingsprincipen (se bl.a. Kammarrättens i Jönköping dom den 10 juni 2011 i mål nr 981-11, Kammarrättens i Göteborg den 6 december 2010 i mål nr 4064-10 och Kammarrättens i Stockholm dom den 12 november 2010 i mål nr 5078-10).

Vad som uttalas om LOU och upphandlande myndigheter gäller enligt förvaltningsrättens mening även avseende LUF och upphandlande enheter.

I punkten AUB.51 i förfrågningsunderlaget anges avseende krav på teknisk förmåga och kapacitet att de personer som är aktuella för uppdraget ska ha minst tre års erfarenhet/fackkunskap. Bolaget har anfört att det i förfrågningsunderlaget saknas en definition av vad som menas med tre års erfarenhet. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de unionsrättsliga principerna inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Även om det i förfrågningsunderlaget inte närmare anges vad som menas med tre års erfarenhet, framstår det som klart att det är yrkeserfarenhet som avses. Förvaltningsrätten anser att kravet om tre års erfarenhet/fackkunskap är tillräckligt klart och tydligt och utgör ska-krav.

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att medverkande personers erfarenhet ska styrkas med CV. Det underlag som bolaget lämnat visar inte att den person som nu aktuellt CV avser har tre års yrkeserfarenhet. Bolaget har därmed inte förmått visa att anbudet uppfyller i förfrågningsunderlaget ställt krav på minst tre års erfarenhet/fackkunskap. Bolaget har heller inte förmått visa att den upphandlande enheten i efterhand inskränkt eller på annat sätt ändrat innebörden av nämnda ska-krav.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att de omständigheter som bolaget åberopat inte medför att den upphandlande enheten brutit mot principen om öppenhet och likabehandling enligt 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i denna lag. Bolaget har därmed inte lidit eller kan komma att lida skada i LUF:s mening. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Annette Spjuth

Föredragande har varit David Film.



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. 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.