FÖRVALTNINGSRÄTTEN I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2010-05-12
Meddelad i Stockholm

Mål nr
28414-10
Enhet 15

SÖKANDE
Heving & Hägglund AB, 556521-9226
Västberga Allé 60
126 75 Stockholm

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och Jur. kand. Jenny Crafoord
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART
Stockholms Stad
Fastighetskontoret
Box 8312
104 20 Stockholm

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Heving & Hägglund AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens beslut den 16 april 2010 upphör därmed att gälla.

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

Telefax
08-561 680 01

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND & YRKANDEN

Fastighetskontoret i Stockholms stad (fastighetskontoret) har genomfört en upphandling av totalentreprenör, dnr NC1668600. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. I tilldelningsbeslut daterat den 8 april 2010 beslutade fastighetskontoret att anta annat anbud än anbudet från Heving & Hägglund AB.

Heving & Hägglund AB (bolaget) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU.

Förvaltningsrätten har den 16 april 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska bifalla ansökan och förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Fastighetskontoret har brutit mot proportionalitetsprincipen och därmed mot 1 kap. 9 § LOU genom att i förfrågningsunderlaget ställa högre krav på projektledares utbildning än vad som är nödvändigt med hänsyn till vad som upphandlas. Bolaget har till följd av detta lidit skada eller riskerar att lida skada genom att inte ha fått möjlighet att tilldelas ramavtal avseende denna mycket värde- och betydelsefulla upphandling. Att påstå att bolaget inte lidit skada till följd av att det oavsett skall-kravet inte hade haft någon möjlighet att vinna upphandlingen är felaktigt. I praxis har prövning skett av överträdelser av LOU utan att skaderekvisitet prövats alls (jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 5042-08). För ingripande enligt LOU krävs inte att sökanden *har* lidit skada utan endast att *risk* för skada föreligger. Om kravet på projektledares utbildning hade varit ställt på ett proportionerligt sätt skulle bolagets anbud ha kvalificerat sig

för utvärdering och bolaget med stor sannolikhet ha tilldelats ramavtal i upphandlingen. Då bristerna rör förfrågningsunderlagets utformning och därmed hör till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska förvaltningsrätten förordna att upphandlingen görs om. Både i yttrande av NOU (dnr 2005/0088-29) samt från EU-domstolens praxis framgår hur proportionalitetsprincipen ska beaktas. Fastighetskontorets krav att dels projektledare, dels biträdande projektledare ska ha för området relevant högskole- och/eller universitetsexamen saknar relevans och är inte en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Bolaget har i sitt anbud angivit en projektledare, Anders Blomberg, och en biträdande projektledare, Leif Selin. Anders Blomberg har arbetat i bolaget i tolv år och haft ansvar för ett stort antal projekt av varierande storlek och komplexitet. Han är väl meriterad och väl lämpad som projektledare trots avsaknaden av högskole- och/eller universitetsexamen. Leif Selin har arbetat som platschef för byggservice hos bolaget sedan 2005. Han har 20 års erfarenhet som arbetsledare och platschef, har lång och bred erfarenhet av projekt av varierande storlek och komplexitet och är således väl meriterad och lämpad som projektledare trots avsaknaden av högskole- och/eller universitetsexamen. Båda två har därutöver kontinuerligt vidareutbildat sig.

Bolaget vill härefter redogöra för hur de tre av EU-domstolen formulerade kumulativa kriterierna inte är uppfyllda av fastighetskontoret.

Lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet
Fastighetskontorets krav på utbildning syftar till, såsom bolaget uppfattar det, att kontrollera de offererade projektledarnas kunskaper inom färdigställande av projekt med partneringkaraktär och hantering av korta ledtider och hårda ekonomiskt styrda ramar. Det är bolagets uppfattning att också en person som saknar formell utbildning men som har många års praktisk erfarenhet av att leda och styra uppdrag mot fastlagda mål är väl så lämplig för uppdraget som projektledare som en person med formell utbildning. I

byggbranschen, som bolaget är verksamt inom, är det mycket vanligt att man istället för en formell utbildning arbetar sig upp till högre positioner och större ansvar. En projektledare med 20 års erfarenhet kan vara bättre lämpad än en person med formell utbildning som saknar eller endast har kortare erfarenhet av att leda byggprojekt. En nyutexaminerad projektledare eller biträdande projektledare som i och för sig uppfyller det uppställda skall-kravet är tveklöst mindre väl lämpad än en projektledare/biträdande projektledare utan formell utbildning men med mångårig praktisk erfarenhet. Skall-kravet är därför inte en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet.

Skall-kravet är inte nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ

Fastighetskontoret hade, genom krav på praktisk erfarenhet istället för formell utbildning, kunnat uppnå det eftersträvade syftet att anbudsgivarna skulle kunna erbjuda för uppdraget lämplig personal på ett mindre ingripande sätt. Genom det uppställda kravet stänger fastighetskontoret dörren för många anbudsgivare. Det är i huvudsak bara mycket stora byggföretag som har projektledare med akademisk utbildning. Den efterfrågade kompetensen går att skaffa utan den formella utbildning som fastighetskontoret kräver. I praxis har en upphandling med i allt väsentligt samma förutsättningar som den förevarande upphandlingen bedömts kunna ha mindre ingripande alternativ till ett skall-krav gällande krav på utbildning (Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 1903-05). Kravet på formell utbildning är inte nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet utan hade kunnat uppnås genom att anbudsgivarna skulle offerera personal med relevant kunskap och erfarenhet för uppdraget på ett mindre ingripande sätt än att kräva högskole- och/eller universitetsexamen. Genom de skall-krav som fastighetskontoret också har ställt upp avseende anbudsgivarnas erfarenhet, kontakt med referenser och frågor angående anbudsgivarnas förmåga att fullgöra uppdrag torde fastighetskontoret i tillräcklig utsträckning ha kon-

trollerat anbudsgivarens och dess personals lämplighet för uppdraget utan att därutöver ställa krav på formell utbildning.

Den negativa effekten för bolaget som skall-kravet får är oproportionerlig och överdriven jämfört med det eftersträvade syftet

Den negativa effekten som skall-kravet får för bolaget är oproportionerlig och överdriven jämfört med det eftersträvade syftet eftersom bolaget till följd av skall-kravet gått miste om möjligheten att tilldelas ramavtal trots att bolaget objektivt sett skulle kunna fullgöra de uppdrag som ramavtalet avser.

Fastighetskontoret bestrider yrkandet att upphandlingen ska göras om och yrkar att ansökan avslås. Till stöd för talan anförs bland annat följande. Fastighetskontoret anser inte att kravet på formell utbildning är oproportionerligt med hänsyn till de komplexa och ansvarsfulla arbetsuppgifter som fastighetskontoret kommer att uppdra till totalentreprenörens projektledare. Det bestrids också att bolaget har lidit skada eftersom det även utan villkoret om högskole- och/eller universitetsutbildning skulle ha förlorat upphandlingen. Fastighetskontoret ifrågasätter inte den trestegsbedömning av proportionalitetsprincipen som bolaget åberopar. Fastighetskontoret vill emellertid ha en mer nyanserad bild av hur metoden tillämpas och att det är den enda metoden. Att myndigheterna har en stor frihet att ställa upp krav som de anser är nödvändiga i en upphandling finner stöd i doktrin och praxis. Det syfte som fastighetskontoret önskar uppnå genom de höga kraven på totalentreprenören och dess projektledare är följande. Den projektledare som efterfrågas är inte en vanlig projektledare utan en integratör för totalentreprenader som ska ha ett mycket nära samarbete med fastighetskontoret och ska fungera som projektledare/beställare i samtliga delar av entreprenaden. Detta är en komplex uppgift som innebär ett mycket stort ansvar och kräver mycket hög kompetens. Projektledaren ska vara samordnare i relation till hyresgästen, fastighetskontorets förvaltare, driftavdel-

ning och ledning. Ett minimikrav för att klara denna komplexa arbetsuppgift är att projektledaren har högskole- och/eller universitetsutbildning. En sådan ger underlag och kunskaper inom fastighetsförvaltning, fastighetsekonomi och hyresjuridik. Projektledaren måste också vara insatt i driftoptimering, kundbemötande, informationshantering och ha en hög IT-kompetens. Det rör sig således inte om någon traditionell byggledare. Eftersom projektledaren också ska samarbeta med högskoleutbildade personer såsom arkitekter, ekonomer, jurister och ingenjörer anser fastighetskontoret att det också av detta skäl är lämpligt och önskvärt att projektledaren har motsvarande kompetens. Fastighetskontoret har parallellt med den aktuella upphandlingen genomfört två upphandlingar avseende arkitekt och teknisk konsult. Dessa två ska hela tiden få sina förslag godkända av fastighetskontorets ledningsgrupp och förvaltningschef, till skillnad från projektledaren som ska genomföra en totalentreprenad från ax till limpa och vara företrädare för fastighetskontoret utåt. När fastighetskontoret anställer interna projektledare ställs krav på högskolekompetens. En kommunal myndighet med ansvar för skattebetalarnas pengar har rätt att ställa upp höga krav när kommunen lägger över ett stort ansvar på ett privat företag. Det är också i denna kontext som kravet på högskolekompetens bör bedömas. Kravet på högskolekompetens är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det beskrivna syftet. Även i upphandlingen av den tekniska konsulten fanns initialt ett krav på att projektledarna skulle ha högskolekompetens. Efter frågor från potentiella anbudsgivare korrigerade fastighetskontoret detta krav och tillät även anbud med projektledare som hade lång erfarenhet utan högskoleutbildning. I samband med detta övervägdes huruvida man skulle ändra kravet för totalentreprenören men valdes att inte göra detta eftersom den tjänsten är mer komplex och kräver högre kompetens och utbildningsnivå.

Bolaget hävdar att det eftersträvade syftet kan uppnås genom krav på praktisk erfarenhet istället för formell utbildning. Fastighetskontoret har mot-

satt uppfattning om detta, som anförts ovan. Samtliga tre kvalificerade företag har offererat personer med teknisk universitetsutbildning. Fastighetskontoret bedömer att de två personer som bolaget erbjudit har en helt annan profil än den som fastighetskontoret efterfrågat. Det finns ingenting i deras profil som visar att dessa personer har kunskap eller erfarenhet av till exempel hyresförvaltning, affärsutveckling och fastighetsekonomi. Mot denna bakgrund anser fastighetskontoret sig ha visat att det uppställda kravet på högskolekompetens var nödvändigt för att erhålla de kompetenta projektledare som behövs för uppdraget. Det eftersträvade syftet skulle inte kunna uppnås med en lägre kompetens.

Bolaget skulle även om det godkänts i kvalificeringen ändå inte ha kommit i fråga eftersom bolaget hamnade på fjärde plats i utvärderingen. Bolaget skulle således inte ha erhållit uppdraget även om skall-kravet till exempel varit att lång erfarenhet skulle kunna jämställas med högskole- och/eller universitetsutbildning. Effekten av skall-kravet blir därmed varken oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 2 § LOU anges följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

U2.4 Personal och kompetenskrav

Anbudsgivare skall kunna tillhandahålla projektledare med för området relevant högskole- och/eller universitetsutbildning. Krav ställs på den som ska leda uppdraget och dennes ersättare är att de har avlagt högskoleexamen inom ämnesområdet. Ha kunskap om kraven på BAS-P (Byggarbetsmiljösamordnare Projektering) och BAS-U (Byggarbetsmiljösamordnare Utförare).
Projektledare som leder uppdraget skall besitta bred kunskap inom färdigställande av projekt med partneringkaraktär, där samspelet med beställare – projektörer – leverantörer – användare och andra har varit nära. Även kunskap och erfarenhet från hantering av korta ledtider och hårda ekonomiskt styrda ramar krävs.

Länsrättens bedömning

LOU innehåller inte någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantörernas förmåga eller vilka krav som får ställas på tjänsten. En begränsning är emellertid att den upphandlande myndigheten ska iaktta proportionalitetsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU.

Proportionalitetsprincipen hör enligt EU-domstolen till gemenskapsrättens allmänna principer. Principen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses 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 följer att bedömningen av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska utföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen i tre steg. Till en början bedöms om åtgärden i fråga är lämplig och effektiv för att åstadkomma det uppgivna syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms huruvida den negativa effekten som åtgärden

medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, i detta fall kvalificeringskravet, är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet (se Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 3477-09).

Fråga är om uppställt skall-krav om högskole- och/eller universitetsutbildning är en lämplig och effektiv åtgärd för att åstadkomma det uppgivna syftet att erhålla personer med rätt kompetens för uppdragen projektledare och biträdande projektledare. Förvaltningsrätten finner att fastighetskontoret visat att skall-kravet har ett naturligt samband med upphandlingen och är lämpligt och effektivt med hänsyn till komplexiteten i de angivna tjänsterna och de krav på kunskaper som ställs på de aktuella tjänsterna.

Är åtgärden nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet eller finns det något mindre ingripande alternativ? Av förfrågningsunderlaget följer att det inte enbart är formell utbildning som krävs för tjänsterna utan även kompletterande erfarenhet är nödvändig. Detta innebär enligt förvaltningsrättens mening att vad bolaget har anfört om att en person med formell utbildning men utan erfarenhet är mindre lämpad än en person utan formell utbildning men med lång och adekvat erfarenhet inte är relevant eftersom en person med enbart formell utbildning utan praktisk erfarenhet inte kan komma ifråga.

Kammarrätten i Stockholm har i en dom i mål nr 1903-05 underkänt en upphandlande myndighets skall-krav som inneburit krav på viss utbildning. Kammarrätten anförde att det i den aktuella upphandlingen hade varit tillräckligt med en kombination av skall-krav som tar sikte på såväl leverantörens erfarenhet som teoretiska meriter. Domstolen fann således att ett mindre ingripande alternativ var tillräckligt för att uppfylla syftet med upphandlingen.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Förvaltningsrätten finner att fastighetskontoret väl har motiverat varför det uppställda kravet på högskoleutbildning är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Detta är främst det faktum att tjänsterna kräver sådan kompetens i ekonomi, juridik, teknik med mera som endast uppnås genom studier på högre nivå. Även skillnaden i komplexitet och ansvarsnivå gentemot upphandlingen av den tekniska konsulten bidrar till att peka på nödvändigheten med skall-kravet. Fastighetskontoret har således visat att åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet och det har inte framkommit något mindre ingripande alternativ som kan garantera syftet med upphandlingen.

Fråga är om den negativa effekt som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämförd med det eftersträvade syftet. Den negativa effekt som åtgärden får innebär att bolaget utesluts från upphandlingen. En annan eventuell negativ effekt kan vara risken för att andra bolag på grund av det uppställda skall-kravet valt att inte delta i upphandlingen. Det eftersträvade syftet är att anbudsgivaren har projektledare och biträdande projektledare som har tillräcklig och adekvat kompetens för den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten finner att med hänsyn till vad som framkommit i målet om vikten av det aktuella skall-kravet att de negativa konsekvenserna inte är oproportionerliga eller överdrivna.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte är visat att fastighetskontoret genom det uppställda skall-kravet brutit mot proportionalitetsprincipen. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1a)

Barbro Lundholm
Rådman
Föredragande har varit Berit Hamrén.

SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltn ingsrätten **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 nås 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

DV 3109/1A • 2007-08 • Producerat av Domstolsverket