



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2016-06-02
Meddelad i
Växjö

Mål nr
227-16

SÖKANDE

EcoPuts Sverige AB, 556880-1731
Arabygatan 49
352 46 Växjö

MOTPART

Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-06-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 136057

Postadress Box 42 351 03 Växjö	Besöksadress Kungsgatan 8	Telefon 0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	Telefax 0470-255 02	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	-------------------------------	---

YRKANDEN M.M.

Älmhults kommun (*kommunen*) genomförde en offentlig upphandling av fönsterputsning. Tre anbudsgivare inkom med anbud i upphandlingen. Genom tilldelningsbeslut den 18 januari 2016 utsågs ISS Facility Services AB till leverantör.

EcoPuts Sverige AB (*EcoPuts*) ansöker om överprövning och yrkar att EcoPuts anbud utvärderas alternativt att upphandlingen görs om. EcoPuts anför bl.a. följande. Kommunen har felaktigt diskvalificerat deras anbud eftersom den offererade arbetsledaren möter de ställda kraven. Vid sista dagen för anbudsinslämning hade offererad arbetsledare 1 år och 348 dagars erfarenhet från EcoPuts. Återstående 17 dagar vägs mer än väl upp av 9 års erfarenhet från arbetsledning och fönsterrengöring från framförallt anställningarna hos McDonalds och Arnolds glasmästeri samt då de 9 åren faller in under "likvärdig verksamhet". Skall-kravet talar inte om när kriteriet ska uppfyllas. Enligt punkten 1.3 är den beräknade starten av avtalet april 2016. Då har offererad arbetsledare 2 år och 3 månaders erfarenhet. Vid anbudsutvärderingen 18 januari 2016 har arbetsledaren ifråga 2 år och 18 dagars erfarenhet. Vid eventuellt tecknande av avtal hade arbetsledaren besittit 2 år och 28 dagars erfarenhet.

Kommunen yrkar att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. ISS Facility Services AB tilldelades uppdraget för fönsterputsning av fastigheter i kommunen då bolaget uppfyllde de för upphandlingen ställda kraven och offererade det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget kapitel 4.2.3 om arbetsledning ställdes följande obligatoriska krav: "Leverantören ska hålla namngiven arbetsledare som är ansvarig för anlitad personal till Älmhults kommun. Denne arbetsledare ska under arbetstid vara tillgänglig, t ex via mobiltelefon för köparens personal. Arbetsledning ska kunna svenska i skrift och

tal. För köparen anlidade arbetsledare ska minst ha två års erfarenhet av arbetsledning inom likvärdig verksamhet, alternativt bedrivit egen företagsverksamhet inom likvärdig bransch inom de senaste tre åren. Leverantören ska namnge arbetsledaren och bifogar hans/hennes CV. Ifall leverantören byter ut arbetsledaren gäller samma villkor enligt ovan och den nya arbetsledaren ska godkännas av köparen innan den anlitas till kommunens uppdrag.” Leverantören lämnade i sitt anbud bifogat CV för den offererade arbetsledaren. Gällande erfarenhet inom likvärdig verksamhet beaktades enligt det ställda skall-kravet anställningar under de senaste tre åren, dvs. den 15 december 2012 till och med 14 december 2015 när anbudstiden gick ut. Skall-kravet innebär två delkrav: arbetsledaren ska minst ha två års erfarenhet 1) av arbetsledning och 2) inom likvärdig verksamhet. Den offererade arbetsledaren har under den tiden en erfarenhet av arbetsledning inom likvärdig verksamhet under anställningen på EcoPuts. Denna anställning började i januari 2014, alltså som längst möjligt från och med 1 januari 2014 och beräknades till och med den 14 december 2015, vilket inte är två år och uppfyller således inte det nämnda skall-kravet. De andra anställningarna av den offererade arbetsledaren sedan december 2012, inom fordonsindustrin och inom heminredningsbranschen, uppfyller inte delkravet av erfarenhet inom likvärdig verksamhet och kan därför inte godkännas och räknas till erfarenheten som arbetsledare på EcoPuts. Någon erfarenhet av egen företagsverksamhet nämndes inte för den offererade arbetsledaren och var således inte aktuell att ta med i bedömningen. Frågan om när ett skall-krav ska vara uppfyllt har bedömts i ett flertal rättsfall och den samstämmiga uppfattningen är att om inget annat anges, vilket inte gjordes i detta fall, ska ställda skall-krav vara uppfyllda vid anbudstidens utgång. EcoPuts har således inte uppfyllt ställt skall-krav och har därför diskvalificerats.

EcoPuts har därutöver yttrat bl.a. följande. Gällande skall-kravets påstådda två delkrav föreligger frågetecken med anledning av skall-kravets meningsbyggnad. Med nuvarande meningsbyggnad ställs kravet att arbetsledaren

ska ha två års erfarenhet under obegränsad tid eller bedrivit eget företag under obegränsad tid under de senaste tre åren. För att två delkrav ska kunna utläsas borde meningsbyggnaden lyda: "För köparen anlidade arbetsledare ska minst ha två års erfarenhet av arbetsledning inom likvärdig verksamhet, alternativt bedrivit egen företagsverksamhet inom likvärdig bransch, inom de senaste tre åren." Oavsett innebörd så framgår inte någonstans i anbudsfrågan när kravet ska uppfyllas. Det är mer regel än undantag vid upphandling av fönsterputs att tidpunkten för uppfyllandet av skall-kraven i anbudsfrågan som helhet inte nämns, däremot är det vanligt att ett eller flera specifika skall-krav ska uppfyllas vid avtalsstart eller senare för att ge mindre leverantörer möjlighet att delta i upphandlingen. Därtill bör syftet med skall-kravet beaktas. Frågan är om det är viktigt för kommunen att arbetsledaren har exakt 730 arbetsdagens erfarenhet, vilket är en omöjlighet på en tvåårsperiod, eller om det är viktigare att arbetsledaren har två års erfarenhet. Det vanligaste i fönsterputsbranschen är lågsäsong med oftast stängd verksamhet under slutet av december till mitten av mars. Hade offererad arbetsledare anställts två veckor tidigare hade han varit kvalificerad trots att hans två veckor gått åt till jul- och nyårsledighet. I detta fall har arbetsledaren arbetsledarerfarenhet från en annan bransch vilket bör räknas med då ledarskap och ledarskapsutbildningar inte är branschspecifikt. I den vinnande leverantörens arbetsledares CV framgår flera års erfarenhet inom ISS som teamledare. Det framgår dock ingenstans inom vilken verksamhet de varit teamledare eller vilka arbetsuppgifter de har haft. Kommunen verkar ha antagit att offererade arbetsledare har rätt erfarenhet. Alternativt har kommunen godtagit ISS alla olika verksamheter, såsom bl.a. mat och dryck och kontorstjänster som likvärdiga verksamheter till skillnad från fordonsindustrin som kommunen valt att inte anse som likvärdig verksamhet. Begreppet likvärdig verksamhet förefaller i sådant fall vara högst godtyckligt. Enligt formuleringen i anbudsfrågan efterfrågas i skall-kravet att en arbetsledare offereras. ISS har offererat två arbetsledare men även detta har kommunen valt att ha överseende med.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 1 kap. 9 § LOU följer att 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.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 4 § 1 LOU överpröva en upphandling.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten, enligt 16 kap. 6 § LOU första stycket, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange de omständigheter som utgör grunden för talan. Vidare gäller att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och

att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (RÅ 2002 ref. 50, RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48 I-II).

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget obligatoriska krav, dvs. skall-kraven, inte ska beaktas vid utvärderingen. Kraven måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. EcoPuts gör i huvudsak gällande att kommunen felaktigt diskvalificerat företagens anbud då offererad arbetsledare möter ställda krav och att det avseende upphandling av fönsterputsning är vanligt att ett eller flera specifika skall-krav ska uppfyllas vid avtalsstart eller senare för att ge mindre leverantörer möjlighet att delta i upphandlingen. Frågan i målet är därmed om EcoPuts anbud bort beaktas vid utvärderingen och således om diskvalificeringen av EcoPuts anbud utgjort ett förfarande i strid med reglerna i LOU.

Av det skall-krav utifrån vilket kommunen har diskvalificerat EcoPuts anbud framgår att offererad arbetsledare ska ha minst två års erfarenhet av arbetsledning inom likvärdig verksamhet, alternativt bedrivit egen företagsverksamhet inom likvärdig bransch inom de senaste tre åren. På frågan om vid vilken tidpunkt ett skall-krav ska vara uppfyllt framgår av kammarrättsavgöranden bl.a. följande. Om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget ska skall-krav som huvudregel vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet. Detta under förutsättning att det inte kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse vid denna tidpunkt (se Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 april 2012, mål nr 26-12 respektive den 11 december 2014, mål nr 3688-14). Det är ostridigt mellan parterna att det inte framgår av anbudsfrågan när skall-kravet ifråga ska vara uppfyllt. Förvaltningsrätten finner inte att det framkommit omständigheter som innebär att det varit oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse avseende arbetsledarens erfarenhet vid

tidpunkten för anbudsingivandet. Av upphandlingsprotokollet framgår att sista anbudsdagen var den 14 december 2015. Enligt förvaltningsrättens mening ska bedömningen av om skall-kravet varit uppfyllt i detta fall således utgå från denna tidpunkt.

EcoPuts har uppgett att den offererade arbetsledaren vid sista dagen för anbudsinslämning hade en erfarenhet av arbetsledning under 1 år och 348 dagar på EcoPuts. EcoPuts har även anfört att de återstående dagarna mer än väl kan vägas upp av 9 års erfarenhet från arbetsledning och fönsterrengöring från tidigare anställningar vilket på så sätt möter kravet på minst två års erfarenhet av arbetsledning inom likvärdig verksamhet. Kommunen har anfört att den arbetslivserfarenhet som EcoPuts offererade arbetsledare har inte kan accepteras som arbetslivserfarenhet från en likvärdig bransch. Frågan blir härnäst om kommunen haft fog för att diskvalificera EcoPuts anbud på den grunden att den offererade arbetsledaren inte har två års erfarenhet av arbetsledning från likvärdig verksamhet.

Av CV:t för den offererade arbetsledaren från EcoPuts framgår att han påbörjade sin anställning som arbetsledare på EcoPuts i januari 2014. Såsom kommunen anfört kan hans erfarenhet av arbetsledning från EcoPuts således räknas tidigast från och med den 1 januari 2014. Av CV:t framgår vidare att den offererade arbetsledaren har erfarenhet av arbete som arbetsledare på McDonalds mellan åren 2002–2006, att han har arbetat som montör och gruppleddare på Volvo under åren 2011–2014 samt att han har arbetat som säljare/handledare på IKEA under januari–april 2013. Enligt förvaltningsrättens mening kan dessa verksamheter inte anses vara likvärdiga verksamheter i förhållande till fönsterputsning.

Av CV:t framgår vidare att den offererade arbetsledaren även arbetat på ett glasmästeri under åren 2006–2011. Av beskrivningen framgår att arbetet inneburit bl.a. kundservice, konstruktions- och reparationsarbete, tillverk-

ning av isolerglas och plexiglasdetaljer till kyl- och frysanläggningar och ansvar för en större isolerglasmaskin med allt ifrån service och underhållning i den dagliga driften. Det framgår dock inte att den offererade arbetsledaren har arbetat som arbetsledare. Även om verksamheten i och för sig skulle kunna vara hänförlig till begreppet likvärdig verksamhet i aktuellt fall saknar den av EcoPuts offererade arbetsledaren erfarenhet av arbetsledning från sådan likvärdig verksamhet. Eftersom skall-kravet om arbetsledning inte varit uppfyllt vid anbudsingivandet har kommunen förfarit riktigt genom att inte beakta EcoPuts anbud vid utvärderingen. Vad EcoPuts anfört i övrigt utgör inte grund för ingripande med stöd av LOU. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Anders Poulsen
rådman

Föredragande: Cecilia Degerhammar



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.