



**SÖKANDE**

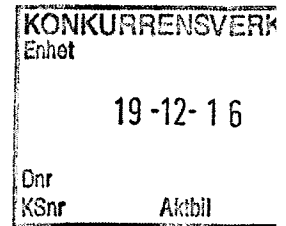
Bortföretaget AB, 559132-7043  
Marbäcksgatan 13  
233 34 Svedala

**MOTPART**

MKB Fastighets AB, 556049-1432  
Box 50405  
202 14 Malmö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Bortföretaget AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

## BAKGRUND

MKB Fastigheter AB (MKB) genomför upphandling avseende Fastighetsnär-tjänster 2018 (ref.nr. 17/254). Upphandlingen avser ramavtal för fastig-hetsnära tjänster såsom pappersplockning, grovstädning och rensning av vindar och källare. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande i en-lighet med LOU. 13 anbudsgivare har kvalificerat sig för utvärdering och av dessa har 11 anbudsgivare antagits. Bortföretaget AB har rangordnats som nummer 11.

Innan tilldelningsbeslut meddelades ansökte Bortföretaget AB om överpröv-ning av upphandlingen. Förvaltningsrätten avslog den 21 mars 2019 i mål 10463-18 ansökan. Kammarrätten i Göteborg meddelade inte prövningstill-stånd den 27 augusti 2019. Målet överklagades till Högsta förvaltningsdom-stolen som den 10 oktober 2019 beslutade att inte meddela prövningstill-stånd.

## YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

**Bortföretaget AB** (Bortföretaget) ansöker om överprövning av upphand-lingen och yrkar att en ny tilldelning ska göras. Som skäl för sin ansökan har Bortföretaget anfört bl.a. följande. Utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot LOU, yrkestrafiklagen, avfallsförordningen, yrkesmässiga trans-porter av avfall samt lagom transport av farligt gods. MKB har brutit mot dessa lagar genom att tilldela företag som inte har några eller endast delvis har de tillstånd som krävs enligt nämnda lagar. Det är fel av MKB att i Kommersiella villkor och underlag för avtal 22 § Tillstånd, inte använda di-rekta skallkrav utan utforma texten som att alla anbudsgivare som vill lämna anbud blir godkända för tilldelning av kontrakt och att leverantörerna två månader efter tilldelning kan lämna in erforderliga tillstånd. Denna formüle-

ring är lagstridig. Dessutom strider detta mot andra delar av förfrågningsunderlaget. Enligt UF3.5121 Teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet, ska anbudsgivare ha en teknisk förmåga och en sådan yrkesmässig kapacitet att utföra uppdraget i enlighet med detta förfrågningsunderlag. Vidare ska anbudsgivare, enligt UF3.5123 Tillstånd och lagstiftning, ha för verksamheten erforderliga tillstånd och beakta alla lagar och föreskrifter som gäller för den verksamhet som ska utföras. MKB hade således kunnat undvika att bryta mot LOU och övriga nämnda lagar genom att utforma texten om tillstånd som skallkrav. Enligt yrkestrafiklagen döms den som har bedrivit yrkesmässig trafik utan tillstånd till fängelse i ett år. Utvärderingsförfarandet påvisar så stora brister att det inte kan vara förenligt med LOU. Hur kan anbudsgivares redovisade rutiner bedömas ha goda eller mycket goda kunskaper och erfarenheter av något som man inte har haft tillstånd att göra. Dessa anbudsgivare som inte innehar tillstånd gör sig enligt Yrkestrafiklagen skyldiga till brott. Genom MKB:s utformning av förfrågningsunderlaget har anbudsgivare inte haft samma möjlighet att konkurrera på lika villkor. MKB har öppnat för att illegala företag ska kunna ge ett konkurrenskraftigt anbud. Fastighetservice Dennis Fransson AB, Bortföretaget och Bortföretaget AB uppfyller samtliga tillståndskrav och erbjuder alla efterfrågade tjänster som nämns i upphandlingsdokumentet. Övriga företag har tilldelats torts att de inte innehar alla erforderliga tillstånd och därmed inte uppfyller alla skallkrav.

Bortföretaget har dessutom blivit betygsatt av en utvärderingsgrupp som tillsynes inte har haft erforderlig kompetens. Bortföretaget har begärt ut protokollen från utvärderingsmötena, så att MKB kunnat redovisa att de behandlat leverantörerna på ett likvärdigt, icke-diskriminerande och öppet sätt samt att MKB har genomfört upphandlingen i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. MKB kunde bara redovisa minnesanteckningar, inte några protokoll. MKB har beslutat att inte lämna ut dessa minnesanteckningar. Om MKB inte kan redovisa minnesanteckningarna

borde de redovisa vilken kompetens och erfarenhet som MKB:s utvärderingsgrupp innehar. Bortföretaget delar inte den bedömning som utvärderingsgruppen gjort av bortföretagets muntliga presentation. Många av de brister som MKB gör gällande att ha haft i sin presentation är saker som MKB redan reglerar i sitt anbudsunderlag. Återigen har MKB aktiva val att frångå sina egna krav att föra ett protokoll möjliggjort en tillsynes godtycklig bedömning som har ett direkt avgörande till tilldelningen av avtal.

Det har förflutit 12 månader sedan avtal var ämnade att tecknas. Trots detta verkar det som att företagen som tilldelats inte har velat eller kunnat införskaffa kompletta erforderliga tillstånd.

Bortföretaget upplever att MKB motarbetar och nedvärderar den branschkunskap som Bortföretaget besitter. MKB har dessutom inkluderat tillstånd av farligt avfall med tillstånd för farligt avfall såsom farligt gods. Detta är två olika tillstånd och kan inte tolkas tillsammans. MKB:s tolkning inryms inte i lagstiftningen. MKB redovisar inte hur kontrollerna ska ske efter två månader för övriga anbudslämnare och inte heller vem på MKB som har ansvaret för detta.

Bortföretaget rankades som nummer 11 av 11. Tilldelningsbeslutet innebär att företag som inte innehar erforderliga tillstånd har blivit tilldelade och rankade före Bortföretaget som vid anbudsöppnandet innehade alla tillstånd. Bortföretaget AB har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

**MKB** anser att ansökan om överprövning ska avslås och har anfört bl.a. följande. MKB har genomfört en korrekt upphandling, helt i enlighet med gällande rätt. Vad Bortföretaget gör gällande visar inte att MKB har brutit mot bestämmelserna i LOU vare sig vad gäller utformningen av förfrågningsunderlaget eller vid utvärderingen av inkomna anbud. Förfrågningsunderlaget

är klart och tydligt utformat och Bortföretaget har därmed haft samma möjlighet som övriga anbudsgivare att utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Bortföretaget har tidigare ansökt om överprövning av upphandlingen (se mål 10463-18). Denna talan fördes efter anbudstidens utgång men innan tilldelningsbeslut meddelades av MKB. Bolagets ansökan om överprövning i det målet gällde bl.a. hur upphandlingen utformats gällande tillstånd för transport av farligt avfall. Bortföretaget menade att MKB måste ställa krav på innehav av erforderliga tillstånd vid anbudsinlämningen samt bevis för detta och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Förvaltningsrätten avslog Bortföretagets ansökan om överprövning. Högsta förvaltningsdomstolen har sedan dess beslutat att inte meddela prövningstillstånd i målet.

Efter tilldelningsbeslut har Bortföretaget på nytt begärt överprövning av upphandlingen. I den aktuella ansökan om överprövning vänder sig Bortföretaget återigen mot MKB:s utformning av upphandlingsunderlaget vad gäller tillstånd/trafiktillstånd. Bortföretaget menar återigen att MKB måste ställa krav på att anbudsgivare innehar erforderliga tillstånd vid anbudsinlämningen. MKB tolkar det även som att Bortföretaget menar att bevis också måste lämnas för detta. I den nu aktuella ansökan om överprövning yrkar Bortföretaget, som det får förstås, att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan den har rättats på så sätt att utvärderingen görs om utan att MKB beaktar de anbudsgivare som inte innehar trafiktillstånd.

Eftersom Bortföretaget anför i princip samma omständigheter som grund för ingripande i nu aktuellt mål som i mål 10463-18 åberopar MKB det som MKB anfört i tillståndsfrågan i mål 10463-18. Domen i nämnda mål bör också beaktas vid prövningen av nu aktuellt mål. Frågan om MKB har brutit mot någon upphandlingsrättslig princip genom att inte ställa upp krav på att

anbudsgivare har erforderliga tillstånd vid anbudsinlämningen och lämnar bevis för detta är prövad. Några nya omständigheter har inte framförts av Bortföretaget inom ramen för det nu aktuella målet.

Härutöver vill MKB förtydliga och lägga till följande.

Det är ostridigt i målet att vissa av de tjänster som omfattas av upphandlingen kräver tillstånd enligt lag. Skrivningen i Kommersiella villkor och underlag för avtal 22 § Tillstånd, innebär att de leverantörer som efter tilldelning och avtalsskrivning kommer utföra tillståndspliktiga tjänster åt MKB ska inneha alla nödvändiga tillstånd när tjänsten väl utförs. Således utgör krav på tillstånd ett kontraktsvillkor och ett villkor för utförande av själva tjänsten. Det är upp till tilldelade leverantörer att se till att tillstånden finns på plats vid utförandet av tjänsten och i enlighet med kontraktsvillkoret. Att tillstånd krävs enligt lag för vissa tjänster som inkluderas i upphandlingen innebär inte att MKB är skyldig att utforma upphandlingsunderlaget på så sätt att innehav av nödvändiga tillstånd utgör ett obligatoriskt krav i kvalificeringsfasen. Detta följer varken av LOU eller någon annan lagstiftning. Det är snarare så att det är upp till MKB att bestämma vilka krav som ska ställas på anbudsgivarna i kvalificeringsfasen. I 14 kap. LOU talas om vilka typer av kvalificeringskrav en upphandlande myndighet får ställa och inget annat. Av den anledningen kan ett ingripande enligt LOU inte omfatta vad som inte krävs i kvalificeringsfasen i en upphandling. Såsom MKB har anfört i mål 10463-18 anser MKB vidare att utformningen av förfrågningsunderlaget är proportionerlig. Det är inte nödvändigt att tillstånden innehåses innan anbudsgivare påbörjar utförandet av tjänsten. Det skulle därför vara oproportionerligt och hämma konkurrensen att ställa upp ett sådant krav.

Utifrån förfrågningsunderlagets utformning finns det ingen möjlighet att rätta upphandlingen på så sätt som Bortföretaget gör gällande. Det finns

ingen möjlighet att diskvalificera anbudsgivare som inte innehar aktuella tillstånd vid anbudsgivningen. Att göra det skulle stå i strid med förfrågningsunderlagets utformning. Mot denna bakgrund och utifrån vad MKB har anfört i övrigt kan det vidare konstateras att de bilagor som Bortföretaget har lämnat in till styrkande för att vissa anbudsgivare inte har erforderliga tillstånd, är irrelevanta för prövningen i målet.

Bortföretaget har även anfört att utvärderingsförfarandet visar på brister och inte kan vara förenligt med LOU. Bortföretaget synes bl.a. vända sig mot att MKB har bedömt rutiner för hantering av farligt avfall för anbudsgivare som enligt bolaget inte innehar tillstånd. MKB tillbakavisar att det skulle finnas brister i utvärderingsförfarandet. Att vissa anbudsgivare möjligen saknade tillstånd vid anbudsgivningen innebär inte att erforderlig kunskap inom området inte finns hos anbudsgivaren och kan bedömas inom ramen för utvärderingen. Att MKB vid anbudspresentationerna har bedömt hur anbudsgivarna säkerställer att farligt avfall hanteras som farligt avfall innebär inte heller på något sätt att anbudsgivare medger någon form av brottslig handling. Beskrivningen är framåtsyftande för hur anbudsgivaren kommer att arbeta med detta om avtal tilldelas.

Utvärderingsgruppen som har bedömt den muntliga presentationen (se UF3.52 Prövning av anbud – utvärdering i upphandlingsdokumentet) är sammansatt utifrån medarbetarnas samlade kompetens inom området och kännedom om den upphandlade tjänsten. Under de muntliga presentationerna har minnesanteckningar förts och tjänat som underlag för de skriftliga utvärderingar med angivna betyg som upprättats för samtliga utvärderade anbudsgivare. Dessa har översänts till Bortföretaget. Bortföretaget har således fått de skriftliga utvärderingar som har upprättats. Vad MKB har bedömt under de muntliga presentationerna är det som framkommit utifrån de ställda frågorna. Det är inte möjligt att ta hänsyn till annan kännedom om leverantören som MKB kan ha eftersom det skulle strida mot LOU.

## MÅLETS HANDLÄGGNING

Förvaltningsrätten har hållit muntlig förhandling i målet den 9 december 2019.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Tillämpliga bestämmelser*

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla alla 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.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### *Relevanta delar av förfrågningsunderlaget*

Av Kommersiella villkor och underlag för avtal 22 § framgår följande.

Tjänsten kräver att Leverantören innehar trafik tillstånd och tillstånd för att transportera avfall samt tillstånd för att transportera farligt avfall.

Leverantör ska införskaffa eget tillstånd för transport av avfall, transport av farligt avfall inom två månader efter tilldelningsbeslutet har vunnit laga kraft.



*Förvaltningsrättens bedömning*

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

En förutsättning för att en ansökan om ingripande mot en upphandling ska kunna vinna bifall är att sökanden visar att denne har lidit eller riskerat lida skada av den påtalade bristen i upphandlingen.

Bortföretaget har som grund för sin ansökan anfört att MKB har brutit mot LOU genom att genomföra upphandlingen i strid med principerna om likabehandling och transparens. Bortföretaget har angripit både förfrågningsunderlagets utformning och den genomförda anbudsutvärderingen.

De grundläggande principerna om likabehandling och transparens innefattar ett krav på att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sådant sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att bestämma vilka krav som ska gälla i en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i LOU. Först när det kan konstateras att den upphandlande myndighets bedömningar har gjorts i strid med förfrågningsunderlaget eller i strid med de grundläggande principerna i LOU finns skäl att ingripa. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre

krav på leverantören än vad som är nödvändigt och som får anses vara ändamålsenligt med upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Ett förfrågningsunderlag får inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Av upphandlingsdokumenten i den nu aktuella upphandlingen framgår att tjänsten kräver trafik tillstånd samt tillstånd för att transportera avfall och tillstånd för att transportera farligt avfall. Tillstånden ska vidare införskaffas inom två månader efter att tilldelningsbeslutet har vunnit laga kraft. Något krav på att inneha erforderliga tillstånd vid anbudslämning föreligger således inte. MKB har relativt stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget såvida detta inte strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU. Att utforma förfrågningsunderlaget på det sätt som MKB har gjort står, enligt förvaltningsrättens mening, inte i strid med LOU eller de grundläggande principerna. Att någon leverantör inte har alla tillstånd på plats vid anbudsgivning kan därmed inte medföra uteslutning. Bortföretaget har härutöver, enligt förvaltningsrättens mening, inte förmått visa på vilket sätt skrivningen avseende tillstånd hindrat bolaget från att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Den aktuella utformningen av förfrågningsunderlaget är dessutom ändamålsenlig och proportionerlig i förhållande till upphandlingsföremålet. Vid dessa förhållanden har Bortföretaget enligt förvaltningsrättens bedömning inte lidit eller riskerat att lida skada till följd av de påstådda bristerna. Något skäl för ingripande med anledning av det som Bortföretaget har anfört angående förfrågningsunderlagets utformning finns därför inte.

Bortföretaget har även anfört att det finns brister i utvärderingsförfarandet och har sammanfattningsvis menat att MKB genom att utvärdera och anta bolag som inte har erforderliga tillstånd har brutit mot LOU. Bortföretaget har också anfört att utvärderingsförfarandet brister i transparens då bolaget

inte har fått ta del av minnesanteckningar gjorda av utvärderingsgruppen i samband med utvärderingen.

Eftersom tillstånd enligt förfrågningsunderlaget inte behöver vara införskaffade förrän efter tilldelningsbeslut meddelats har tillståndsfrågan inte någon betydelse vid utvärderingen. MKB har därmed inte heller i detta hänseende handlat i strid med LOU. Den utvärderingsgrupp som har bedömt anbudsgivarnas muntliga presentation har fört minnesanteckningar som tjänat som underlag för den skriftliga utvärderingar som upprättats för samtliga utvärderade anbudsgivare. Bortföretaget har fått ta del av de upprättade utvärderingarna. Av dessa framgår det tydligt, att vad MKB har bedömt under de muntliga presentationerna är det som belysts genom ställda frågor. Följaktligen har MKB på ett klart och tydligt sätt delgett Bortföretaget vad som har legat till grund för bedömningen i utvärderingen. Vad Bortföretaget har anfört ger inte heller i övrigt stöd för att MKB har handlat i strid med LOU avseende utvärderingen av anbudet.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten sammantaget att Bortföretaget inte har förmått visa att MKB i den aktuella upphandlingen har agerat i strid med bestämmelserna i LOU eller någon av de upphandlingsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Bortföretagets ansökan härom ska därför avslås.

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

Henrik Hedberg  
Rådman

Astrid Lindeskog 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 nyårsafton, 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](http://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.

