



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-10-28
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 6892-16
 6896-16
 6897-16

SÖKANDE

ThyssenKrupp Elevator Sverige AB, 556192-7525
 Box 2016
 127 02 Skärholmen

Ombud: advokaten Liselott Fröstad och jur. kand. Maja Löfgren
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Ystads kommun
 Nya Rådhuset
 271 80 Ystad

2. Ystads Industrifastigheter AB, 556081-7271
 Nya Rådhuset
 271 80 Ystad

3. AB Ystadbostäder, 556073-8857
 Stortorget 2A
 271 43 Ystad

4. ALT Hiss AB, 556489-1835
 Ilabäcksvägen 6
 342 32 Alvesta

KONKURRENSVERKET	
2016-10-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Ystads kommuns, Ystads Industrifastigheter AB:s och AB Ystadbostäders upphandling av hisservice inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras varvid anbudet från ALT Hiss AB inte får beaktas.

Dok.Id 337740

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
 E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag-fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Ystads kommun, Ystads Industrifastigheter AB och AB Ystadbostäder (Ystads kommun med bolag) genomför en gemensam upphandling av hisservice, ref. nr 16/14. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslutet har ALT Hiss AB (ALT Hiss) tilldelats kontraktet. ThyssenKrupp Elevator Sverige AB (ThyssenKrupp) har lämnat det näst bästa anbudet.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

ThyssenKrupp ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU och förordna om rättelse på så sätt att en förnyad anbudsutvärdering genomförs där ALT Hiss anbud inte tas upp till utvärdering.

Som grund för sin talan anför ThyssenKrupp bl.a. följande. ALT Hiss har tilldelats kontrakt i upphandlingen trots att ALT Hiss anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Den felaktiga hanteringen av ALT Hiss anbud har medfört att anbudet tagits upp till bedömning i utvärderingsfasen i stället för att rätteligen förkastas. ThyssenKrupp hade vid en korrekt hantering av ALT Hiss anbud tilldelats kontraktet i upphandlingen.

Bristerna i upphandlingen har inneburit att ThyssenKrupp har lidit eller riskerat lida skada.

Krav på teknisk förmåga

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska styrka att denne har innehaft två referensuppdrag av samma typ och omfattning. Varje referensuppdrag ska innehålla uppgifter om uppdragets art, ansvarig arbetsledare, tidsperiod för genomförandet, volym/omfattning samt uppdragsgivare med kontaktuppgifter för referenspersonen. Kraven är så kallade ska-krav som

samtliga anbudsgivare måste uppfylla. ALT Hiss anbud uppfyller inte ska-kraven. Det är inte fråga om ska-krav av ordningskaraktär utan krav för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbuden korrekt.

Krav på yrkesmässig kapacitet

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att den arbetsledning som anbudsgivaren avser att tillhandahålla ska ha minst tre års dokumenterad erfarenhet av arbetsledning för motsvarande uppdrag. Till anbudet bifogas cv eller motsvarande som bekräftar ställda krav på arbetsledning. Ska-kravet beträffande Bengt Qvists erfarenhet är inte uppfyllt. ThyssenKrupp anser att Ystads kommun med bolags påstående att Bengt Qvist inte ska agera i egenskap av arbetsledare och därmed inte behöver uppfylla ska-kravet på yrkesmässig erfarenhet är en efterhandskonstruktion.

Ystads kommun med bolag bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Krav på teknisk förmåga

ThyssenKrupps påstående att ALT Hiss saknar vederbörliga referenser är visserligen korrekt men omständigheterna i nu aktuellt fall innebär att man inte har brutit mot reglerna. Förutsättningar för att ingripa enligt LOU saknas därmed. Ystads kommun med bolag har tidigare samarbetat med ALT Hiss och bolaget är därför känt. Referensen för Sundsfastigheter HSB saknar uppgifter om uppdragets art, ansvarig arbetsledare, tidsperiod samt volym/omfattning. Bristerna utgör dock inte något brott mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Bristerna kan därför inte anses vara av så allvarlig karaktär att de utgör grund för att upphandlingen ska rättas. Vissa krav i förfrågningsunderlaget är mer av ordningskaraktär.

Praxis från kammarrätten har visat att upphandlande myndighet kan bortse från brister i förfrågningsunderlaget som är av ordningskaraktär och som inte har betydelse för själva upphandlingen. Det är viktigt av effektivitetsskäl och samhällsekonomiska skäl att skilja på krav som myndighet ställer för konkurrensen och likabehandlingen av anbudsgivare och krav som upphandlande myndighet ställer av ordningsskäl, vilka främst har till syfte att underlätta för den upphandlande myndigheten att hantera anbuden. Att myndigheten använt sig att ett formkrav som ett obligatoriskt krav i upphandlingen bör därför inte leda till att anbud per automatik förkastas om anbudsgivaren inte uppfyller dessa krav.

Krav på yrkesmässig kapacitet

ALT Hiss har angett Göran Svensson som arbetsledare i anbudet. Göran Svensson uppfyller erfarenhetskraven. Bengt Qvist är servicetekniker och inte arbetsledare. Bengt Qvists cv ska därför inte bedömas utifrån ställda krav på erfarenhet.

ALT Hiss anför bl. a. följande. ALT Hiss har lämnat de uppgifter som ALT Hiss anser har varit behövliga för att Ystads kommun med bolag ska kunna utvärdera anbudet. Möjligheten att begära in kompletteringar har också funnits. Anbudet är underskrivet på "heder och samvete" vilket innebär att ALT Hiss uppfyller efterfrågade uppgifter även om inte alla uppgifter har blivit nedtecknade. Arbetsledaren är också regionens servicechef och den som idag är ansvarig för servicen av nu aktuella hissar. Han uppfyller kravet på "yrkesmässig kapacitet".

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget. I nu aktuell upphandling är förfrågningsunderlaget utformat på sådant sätt att Ystads kommun med bolag ska välja det anbud som har lägst sammanlagda pris under förutsättning att anbudsgivaren uppfyller samtliga ska-krav.

ThyssenKrupp har gjort gällande att ALT Hiss anbud rätteligen skulle ha förkastats då ALT Hiss inte uppfyllt ska-kraven vad gäller krav på teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet.

Krav på teknisk förmåga

Ystads kommun med bolag har bekräftat att ALT Hiss inte uppfyller ska-kraven beträffande teknisk förmåga i förfrågningsunderlaget. Ystads kommun med bolag har dock invänt att ena företaget, för vilka uppgifter saknats, varit känt för Ystads kommun med bolag och att man inte anser att kravet är nödvändigt för att kunna utvärdera upphandlingen korrekt.

Ystads kommun med bolag har i förfrågningsunderlaget som ska-krav beträffande teknisk förmåga angett att anbudsgivaren ska styrka att anbudsgivaren haft två uppdrag av samma typ de tre senaste åren. Referensuppdragen ska ha utförts för olika uppdragsgivare och ska innehålla uppgifter om uppdragets art, ansvarig arbetsledare, tidsperiod för genomförandet, volym/omfattning och uppdragsgivare med kontaktuppgifter för referenspersonen.

Enligt förvaltningsrätten är det inte fråga om ska-krav av ordningskaraktär utan ska-krav som måste vara uppfyllt för att det ska vara möjligt att utvärdera anbuderna korrekt. Det är ostridigt att ALT Hiss inte har angett efterfrågat ska-krav beträffande krav på teknisk förmåga. ALT Hiss har alltså inte lämnat fullständiga uppgifter, vilket innebär att ALT Hiss anbud rätteligen inte skulle ha beaktats vid utvärderingen av inkomna anbud.

Krav på yrkesmässig kapacitet

Ystads kommun med bolag har gjort gällande att Bengt Qvist inte ska agera i form av arbetsledare och att han därför inte behöver uppfylla ska-kravet beträffande yrkesmässig erfarenhet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att den arbetsledning som anbudsgivaren avser att tillhandahålla ska ha minst tre års dokumenterad erfarenhet av arbetsledning för motsvarande uppdrag samt att cv eller motsvarande som bekräftar erfarenheten ska bifogas anbudet.

Med hänsyn till att ALT Hiss bifogat både Göran Svenssons och Bengt Qvists cv till sitt anbud anser förvaltningsrätten att Ystads kommun med bolag rimligtvis har haft att utgå från att både Göran Svensson och Bengt Qvist ska tillhandahålla arbetsledning. Bengt Qvist uppfyller emellertid inte det ställda ska-kravet beträffande erfarenhet som arbetsledare.

Sammanfattning

Eftersom ALT Hiss inte har uppfyllt samtliga ställda ska-krav i upphandlingen har Ystads kommun med bolag agerat i strid med lika-behandlingsprincipen när ALT Hiss anbud har godtagits. Förvaltningsrätten finner således att Ystads kommun med bolag i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Då ThyssenKrupp till följd härav har lidit eller riskerat att lida skada föreligger grund för ingripande mot upphandlingen. Upphandlingen bör rättas genom att förnyad anbudsutvärdering genomförs, i vilken anbudet från ALT Hiss inte ska beaktas.

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


Anders Mattsson

Ulrika Skogler har föredragit målen.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.