



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-04-02
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1677-15

SÖKANDE

Aktiebolaget LM-Transport, 556219-1626
Industrigatan 82
291 36 Kristianstad

Ombud: Advokat Emma Brodesson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Fortifikationsverket
631 89 Eskilstuna

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS

KONKURRENSVERKET	
2015-04-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 203190

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Fortifikationsverket genomför genom förenklat förfarande enligt LUFSS upphandling av ramavtal för markarbeten område Kristianstad med beteckning *dnr 5200/2014*. Tilldelningsgrund i upphandlingen är de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Genom tilldelningsbeslut den 5 mars 2015 rangordnade och antog Fortifikationsverket anbud från Björntjänst i Vittskövle, Gösta Ahlquist AB, Peab Anläggning AB, S-Schakt AB samt Svevia AB.

Aktiebolaget LM-Transport (LM) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse i form av en ny anbudsutvärdering där LM:s anbud beaktas. Om grund för rättelse ej skulle bedömas föreligga yrkar LM att upphandlingen ska göras om.

Fortifikationsverket motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

LM

Av upphandlingsprotokollet i upphandlingen framgår att LM uteslutits pga. att bolagets anbud saknar uppgift om kulturhistoriska byggnader.

Enligt AFB.523 ska anbudsgivarna bifoga en CV/meritförteckning som visar arbetsledarens erfarenhet och tidigare objekt denne arbetat med. Av bifogat CV framgår den av LM offererade arbetsledaren Michael Larssons erfarenhet och tidigare objekt han arbetat med. Att det av ingiven CV ska framgå hur förtrogen med arbete med kulturhistoriska byggnader arbetsledaren är, är inte ett krav enligt AFB.523 utan enbart att arbetsledaren ska vara väl förtrogen med arbete med kulturhistoriska projekt.

LM har kunnat konstatera att ytterligare tre anbudsgivares anbud saknar uppgift om kulturhistoriska objekt enligt anbudsprotokollet. Det är följaktligen inte endast LM som tolkat underlaget så att bevis eller uppgift om arbetsledarens förtrogenhet inte krävs utöver att anbudsgivaren i anbudet bekräftar att alla krav enligt förfrågningsunderlaget uppfylls.

Utöver att arbetsledaren ska vara väl förtrogen med arbeten med kulturhistoriska objekt ska denne bl.a. kunna kommunicera (i tal och skrift) på svenska språket (se AFD.342). Något krav på att inge bevis eller annan dokumentation att arbetsledaren kan kommunicera på svenska och är väl förtrogen med arbeten med kulturhistoriska objekt finns inte i förfrågningsunderlaget. Det räcker med att anbudsgivaren anger att arbetsledaren uppfyller kraven. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 6845-12 funnit att en utesluten anbudsgivare hade uppfyllt skall-krav genom att kryssa i att kravet uppfylldes trots att bifogad prislista saknade begärt antal gardintextilier. Detta eftersom det saknades krav på att anbudsgivaren skulle styrka riktigheten av sitt svar.

Fortifikationsverkets fråga i "Frågor & svar" avser uttryckligen vilka två referensobjekt som anbudsgivaren anser uppfyller kraven i AFD.342. De krav som uppställs är att arbetsledaren ska ha dokumenterad erfarenhet från byggservicearbeten från minst två objekt med en volym på 1 MSEK per år och beställare. I motsats till vad som görs gällande av Fortifikationsverket så finns det inget krav i förfrågningsunderlaget att de två referensuppgifterna ska visa arbetsledarens förtrogenhet med arbeten med kulturhistoriska objekt.

Michael Larsson kan kommunicera på svenska och är även väl förtrogen med arbetet med kulturhistoriska objekt. LM har emellertid inte särskilt angivit att han kan kommunicera på svenska och inte heller att han är väl

förtrogen med arbete på kulturhistoriska objekt. LM har däremot i anbudet bekräftat att alla krav enligt förfrågningsunderlaget uppfylls och bolaget uppfyller därmed de aktuella kraven. Att Michael Larsson är väl förtrogen med arbeten med kulturhistoriska objekt kan dessutom bekräftas av de referenser som LM angivit.

Eftersom Fortifikationsverket inte angivit att det saknas uppgift om Michael Larssons förmåga att kommunicera på svenska i upphandlingsprotokollet har de accepterat att kravet är uppfyllt i och med att LM i anbudet bekräftat att alla krav är uppfyllda. Detsamma gäller uppenbarligen inte för uppgifter om arbete med kulturhistoriska objekt. Fortifikationsverkets tillämpning av förfrågningsunderlaget och dess krav brister därmed i transparens.

Det Fortifikationsverket har anfört om att kravet på att arbetsledaren ska kunna kommunicera på svenska skulle vara ett kontraktsvillkor medan kunskap om arbete med kulturhistoriska objekt är ett kvalificeringskrav bestrids av LM. Att så inte är fallet framgår bl.a. av att båda kraven anges under avsnitt AFB.52 "Prövning av anbudsgivares lämplighet" (AFB.523 Yrkeskunnande). LM menar att båda dessa krav är krav på leverantören och att de är jämförbara då de båda avser kunskaper som arbetsledaren ska ha.

Vidare har Fortifikationsverket genomfört en upphandling avseende ramavtal markarbeten för området Revingehed. Av förfrågningsunderlaget framgår att det ställts identiska krav i förevarande upphandling som i upphandlingen avseende Revingehed såvitt avser yrkeskunnande enligt AFB.523 och att dessa krav ska styrkas enligt AFD.342. LM har inkommit med anbud även i upphandlingen avseende Revingehed och har inte heller där uttryckligen angivit i Michael Larssons CV att han är väl förtrogen med arbete med kulturhistoriska projekt. LM har däremot, precis som i

förevarande upphandling, bekräftat i anbudet att bolaget uppfyller ställda krav. I upphandlingen avseende Revingehed har LM:s anbud utvärderats samt rangordnats som nummer två och tilldelats kontrakt. Fortifikationsverket har således uppställt identiska krav i de två upphandlingarna och har godtagit LM:s uppgifter i upphandlingen avseende Revingehed men däremot inte i förevarande upphandling. Enligt LM står det därigenom klart att Fortifikationsverket i förevarande upphandling har förkastat bolagets anbud på oriktig grund.

LM gör även gällande att Fortifikationsverkets tillämpning av förfrågningsunderlaget och den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerligt jämfört med det eftersträvade syftet. Michael Larsson är väl förtrogen med arbeten med kulturhistoriska objekt och att utesluta LM:s anbud pga. att bolaget inte uttryckligen skrivit ” Michael Larsson är väl förtrogen med arbeten med kulturhistoriska objekt” är oproportionerligt då det är en oväsentlig och irrelevant avvikelse från ett krav som inte är klart och tydligt angivet. Det väsentliga är att kravet är uppfyllt, vilket det är i LM:s fall. Bolagets anbud skulle rätteligen ha utvärderats.

Om rätten finner att upphandlingen inte kan rättas anser LM att upphandlingen ska göras om på följande grunder.

Fortifikationsverkets uteslutning av LM:s anbud pga. att det saknas uppgift om kulturhistoriska byggnader är inte förenligt med 1 kap. 11 § LUFSS. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vad Fortifikationsverket kräver för att en arbetsledare ska vara ”väl förtrogen” med arbete med kulturhistoriska objekt. Det framgår inte om det räcker med att arbetsledaren varit delaktig i ett projekt eller om det krävs t.ex. tio projekt. Något krav på dokumentation beträffande förtrogenhet anges inte heller. Förfrågningsunderlaget är således varken förutsägbart eller transparent och strider därmed

mot kraven i LUF5. Detta styrks av att ytterligare tre anbudsgivares anbud saknar uppgift om kulturhistoriska objekt.

Bristerna i förfrågningsunderlaget har gjort att LM inte har kunnat lämna ett optimalt anbud då det inte gick att utläsa av förfrågningsunderlaget vad som krävdes för att en arbetsledare skulle anses vara väl förtrogen med kulturhistoriska objekt och inte heller hur denna kunskap skulle redovisas. LM har lidit skada eftersom en korrekt utförd utvärdering skulle ha resulterat i att bolaget rangordnats som nummer ett då LM:s anbud är på 340 200 kr vilket är det lägsta priset redan innan hänsyn tagits till mervärde från referenstagningen. Detta innebär att LM har offererat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Fortifikationsverket

Av AFB.523 framgår att krav på yrkeskunnande som anges i AFD.342 ska styrkas genom till anbudet bifogad CV/meritförteckning gällande offererad arbetsledare eller person med arbetsledande funktion på arbetsstället (här- efter endast arbetsledare). För att kravet ska anses uppfyllt har således krävts att anbudsgivare i CV/meritförteckning har angivit att offererad arbetsledare är väl förtrogen med kulturhistoriska objekt. Det är ostridigt att LM inte har angivit detta i till anbudet bifogat CV.

Fortifikationsverket anser inte att LM endast genom undertecknande av anbuds brevet har uppfyllt det aktuella kravet. Avsikten med att låta anbudsgivare bekräfta att samtliga krav är uppfyllda genom undertecknande av anbuds brev är att anbudsgivaren därigenom lämnar en försäkran om att lämnade uppgifter i anbudet är riktiga och att uppställda krav är uppfyllda genom lämnade uppgifter. Ett undertecknande har således ingen reparativ verkan för det fall en anbudsgivare har försummat att styrka visst krav på sådant sätt som har angivits i förfrågningsunderlaget.

Med anledning av att några anbudsgivare inte hade styrkt arbetsledares förtrogenhet med kulturhistoriska objekt samt att det i vissa anbud var otydligt på vilket sätt kravet avseende dokumenterad erfarenhet från bygg-servicearbeten från minst två objekt med en volym på 1 MSEK per år och beställare var uppfyllt valde Fortifikationsverket att ge samtliga anbudsgivare möjlighet att förtydliga sitt anbud i denna del genom att ställa följande frågor.

”Uppfyller arbetsledaren/arbetsledarna kraven i AFD.342? Om så är fallet, vilka 2 referensuppdrag uppfyller dessa krav? Vi har granskat ert anbud men har lite svårt att kontrollera detta med hjälp av ert inkomna CV.”

LM:s svar på frågorna innehöll ingen bekräftelse på att offererad arbetsledare är väl förtrogen med arbete med kulturhistoriska objekt.

Kraven uppställda i AFD.342 utgör kontraktsvillkor, innebärande att dessa ska uppfyllas underkontraktets genomförande. Hänvisningen från AFB.523 till AFD.342 medför att de krav som är hänförliga till arbetsledarens yrkeskunnande även utgör kvalificeringskrav. Fortifikationsverket anser att kravet på att arbetsledare ska kunna kommunicera i tal och skrift på det svenska språket inte utgör ett krav avseende arbetsledares yrkeskunnande och att det därför endast har varit uppställt som ett kontraktsvillkor. Kravet på förtrogenhet med arbetet med kulturhistoriska objekt utgör däremot en del av arbetsledares yrkeskunnande varför uppfyllande av detta krav skulle ha styrkts genom bifogat CV. Varken förfrågningsunderlaget eller Fortifikationsverkets tillämpning av detta har således stått i strid med transparens- eller proportionalitetsprincipen. Fortifikationsverket är vidare av uppfattningen att eventuell otydlighet avseende kravet har läkts genom den möjlighet till att inkomma med förtydligande som har beretts samtliga anbudsgivare.

Vad avser LM:s invändning om att bolaget blivit godkända i annan upphandling där motsvarande krav på arbetsledare har ställts upp så vitsordas detta av Fortifikationsverket. Beslut om tilldelning i en upphandling medför dock ingen bundenhet i förhållande till annan upphandling. Fortifikationsverket anser att bedömningen i förevarande upphandling är korrekt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 11 § LUFS ska upphandlande myndigheter eller enheter 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. 6 § LUFS framgår att om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § eller någon annan bestämmelse i LUFS 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.

I 12 kap. 11 § LUFS anges bl.a. följande. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling ange vilka av de uppgifter som anges i andra stycket som den har valt och vilka andra uppgifter som måste tillhandahållas. Den tekniska kapaciteten får styrkas på ett eller flera av följande sätt:

[...]

6. när det är fråga om byggentreprenadkontrakt, tjänstekontrakt eller varukontrakt inbegripet monterings- och installationsarbeten eller monterings- och installationstjänster, genom uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i före-

taget, särskilt om den eller dem som ska ansvara för tillhandahållande av tjänsterna eller leda byggentreprenaden

Fortifikationsverket har ansett att LM:s anbud inte uppfyller ett enligt myndighetens uppfattning obligatoriskt krav rörande yrkeskunnande.

Det krav på teknisk kapacitet som är ifråga återfinns i AFD.342 Arbetsledning (Mark) vari står

Arbetsledare eller person med arbetsledande funktion ska ha dokumenterad erfarenhet från byggservicearbeten från minst två objekt med en volym på 1 MSEK per år och beställare.

Med arbetsledare eller person med arbetsledande funktion menas den som leder det dagliga arbetet på plats.

Arbetsledare eller person med arbetsledande funktion ska kunna kommunicera (i tal och skrift) på svenska språket.

Arbetsledare eller person med arbetsledande funktion får ej bytas ut under pågående entreprenad utan beställarens medgivande.

Arbetsledare eller person med arbetsledande funktion ska vara väl förtrogen med arbeten med kulturhistoriska objekt.

I förfrågningsunderlaget AFB.523 "Krav på yrkeskunnande" anges ifråga om krav på uppgifter i anbudet följande:

Krav på yrkeskunnande enligt AFD.342.

Ovanstående ska styrkas genom att till anbudet bifoga CV/ meritförteckning gällande offererad arbetsledare eller person med arbetsle-

dande funktion på arbetsstället som visar dennes erfarenhet och tidigare utförda objekt han har arbetat i.

Rätten konstaterar att det står den upphandlande myndigheten fritt att ställa krav på leverantörerna så länge som de allmänna principer som uppstår LUFS efterlevs. De krav på bevisning vad gäller krävd teknisk kapacitet som kan uppställas i en upphandling är dock begränsad till vad som är tillåtet enligt 12 kap. 11 § LUFS.

Det krav som är ifråga är enligt förvaltningsrätten tydligt kopplat till yrkeskunnandet hos den person som anbudsgivare anger ska leda byggentreprenadarbetet. Något hinder att uppställa krav på bevisning rörande erfarenhet av kulturhistoriska objekt jämlikt 12 kap. 11 § punkt 6 LUFS föreligger således inte. Frågan är därmed om Fortifikationsverket kan anses ha krävt att anbudsgivare ska styrka sin kapacitet genom sådan bevisning i sitt anbud i Upphandlingen.

Mot bakgrund av den språkliga formuleringen i AFB.523 och därvid den direkta hänvisningen till de krav på yrkeskunnande som återfinns i AFD.342 finner rätten att Fortifikationsverket har krävt att anbudsgivarna ska inkomma med bevisning som styrker att erbjuden person i arbetsledande ställning har det yrkeskunnande, däribland att vara väl förtrogen med arbeten med kulturhistoriska objekt, som specificeras i sistnämnd punkt.

Det förhållandet att Fortifikationsverket inte närmare preciserat begreppet "väl förtrogen" utgör enligt förvaltningsrätten inte någon brist av betydelse i upphandlingshänseende och kan i vart fall inte utgöra skäl för anbudsgivarna att underlåta att inkomma med någon form av bevisning avseende yrkeskunnandet i aktuellt hänseende. Inte heller kan den omständigheten att bevisning inte avkrävts avseende språkkunskaper befria anbudsgivarna

att inkomma med nu aktuella uppgifter som, till skillnad från allmängiltiga kunskaper i t.ex. språk, är tydligt kopplat till yrkeskunnandet hos arbetsledande personal.

I målet är ostridigt att sökanden med sitt anbud inte tillhandahållit någon dokumentation till styrkande av att erbjuden arbetsledares har erforderligt yrkeskunnande kopplat till kulturhistoriska objekt. Utifrån i målet befintligt underlag finns vidare inte något stöd för att det i målet aktuella kravet och tillämpningen av detta skulle brista i form av transparens och proportionalitet.

Med beaktande av att LM således genom sitt anbud inte förmått styrka att bolaget uppfyller samtliga krav för kvalificering har Fortifikationsverket förfarit korrekt genom att förkasta bolagets anbud innan slutlig anbudsutvärdering. Skäl för begärd åtgärd jämlikt 16 kap. 6 § LUFSS föreligger således inte varför ansökan om överprövning ska avslås.

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

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



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 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.