



SÖKANDE

Bricon AB, 556944-1875
Varvsgatan 10
871 45 Härnösand

Ombud: advokaterna Annika Andersson och Johan Tollgerdt
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

MOTPART

Lunds kommun
Box 41
221 00 Lund

Ombud: advokaten David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Danderydsgatan 14
114 26 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Lunds kommuns upphandling av brand-sakkunnig till serviceförvaltningen, dnr KS 2015/0917, ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2017-01-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Lunds kommun genomför en upphandling av brandsakkunnig till serviceförvaltningen, dnr KS 2015/0917. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har kommunen beslutat att anta anbudet från FireTech Engineering Emron AB. Anbudet från Bricon AB förkastades då det enligt kommunen inte uppfyller kravet på att konsulten ska ha minst fem (5) års erfarenhet som brandsakkunnig.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bricon AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett genom ny utvärdering vid vilken anbudet från bolaget ska beaktas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har förkastat bolagets anbud trots att detta uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav. Som grund för förkastande har kommunen angivit att anbudet från bolaget inte uppfyller obligatoriska krav avseende att offererad konsult ska ha minst fem (5) års erfarenhet som brandsakkunnig enligt punkt 4.2.2 i förfrågningsunderlaget. Det har vidare framkommit att kommunen har grundat sin bedömning om förkastande av anbudet på att bolagets offererade konsult inte har varit certifierad brandsakkunnig under minst 5 år. Ett sådant krav kan dock inte utläsas av punkten 4.2.2 i förfrågningsunderlaget.

Det framgår av aktuellt krav att offererad konsult ska vara sakkunnig brandskydd. Det framgår även att offererad konsult ska ha minst 5 års erfarenhet som brandsakkunnig. Under anbudstiden har kommunen förtydligt vad som avses med begreppet sakkunnig brandskydd och därvid angett att det är certifierad sakkunnig brand enligt BFS 2011:17 som avses. Kommunen har däremot inte gjort något motsvarande förtydligande av vad som avses med kravet på att offererad konsult ska ha minst 5 års erfarenhet som brandsakkunnig. Det finns inga uppgifter, varken i förfrågningsunderlaget eller i un-

der anbudstiden avgivna svar från kommunen, om att kravet på 5 års erfarenhet som brandsakkunnig skulle innefatta ett krav på att offererad konsult ska ha varit certifierad sakkunnig brand enligt BFS 2011:17 under minst 5 år. Att detta inte heller har varit syftet styrks också av att det då saknas anledning att först i strecksats nr 2 ange att konsulten ska vara certifierad och sen i strecksats nr 7 ange att konsulten ska ha innehaft certifieringen i minst 5 år, eftersom det medför att kravet i strecksats nr 2 helt saknar mening. De krav som har utgjort grund för kommunens beslut att förkasta bolagets anbud har alltså aldrig uppställts i förfrågningsunderlaget. Det kan noteras att fyra av fem anbud, dvs. samtliga anbud med undantag för det vinnande anbudet, har förkastats av kommunen på denna grund. Det finns vidare ingen definition av begreppet brandsakkunnig eller sakkunnig i förfrågningsunderlaget. Den omständigheten att viss konsult inte innehar ett certifikat, innebär emellertid inte per automatik att konsulten inte är sakkunnig. Det bör även vara möjligt att bevisa sin sakkunnighet på annat sätt än genom att uppvisa ett certifikat. Det går med andra ord inte att dra den slutsatsen att begreppet brandsakkunnig per automatik innebär certifierad sakkunnig inom brandskydd enligt BFS 2011:17 eller BFS 1996:54. I förfrågningsunderlaget uppställs inte något krav på angivande av certifiering. Kravet om att offererad konsult ska ha erfarenhet som brandsakkunnig under fem år anger inte annat än att konsulten ska ha haft särskild sakkunskap och erfarenhet inom området brand under fem år. Om kommunen hade utfört anbudsprövningen utifrån de krav som de facto uppställts i förfrågningsunderlaget hade bolagets offererade konsult uppfyllt de i förfrågningsunderlaget ställda kraven. Bolagets konsult är certifierad sakkunnig enligt BFS 2011:17 och har 10 års erfarenhet som brandkonsult/brandsakkunnig. Varken bolaget eller övriga icke-kvalificerade anbudsgivare, dvs. samtliga anbudsgivare utom en, har insett innebörden av sakkunnighetskravet, vilket medfört att de offererat konsulter som inte varit certifierade enligt BFS 2011:17 eller BFS 1996:54 under fem år. Det kan inte anses ligga inom ramen för det upphandlingsrättsliga kravet på transparens att anbudsgivare ska tolka kraven i förfråg-

ningsunderlaget med hjälp av de frågor och svar som avgetts under anbuds-förfarandet och som gäller andra uppställda krav. Varje krav bör således kunna förstås självständigt. Om kravet ska tolkas på det sätt som kommunen anför så har kommunen brustit i transparens under upphandlingsförfarandet, på ett sätt som står i strid med reglerna i LOU.

För det fall förvaltningsrätten skulle komma fram till att kommunen i förfrågningsunderlaget har uppställt ett krav på att offererad konsult ska ha varit certifierad sakkunnig brand enligt BFS 2011:17 under minst 5 år så är detta krav oförenligt med den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om proportionalitet. De av anbudsgivarna offererade konsulterna ska ha certifierat sig inom cirka fem veckor från ikraftträdandet av BFS 2011:17 vilket varken är rimligt eller proportionerligt. Endast ett av de anbud som inkommit under anbudstiden har innehållit en offererad konsult som varit certifierad sakkunnig brand under minst fem år. Denna omständighet ger ytterligare stöd för att kravet i förfrågningsunderlaget varit såväl otydligt som oproportionerligt utformat.

Bolaget har lämnat anbud med lägst anbudsumma och bolaget skulle ha fått högsta möjliga avdrag för referenser vid en uträkning av anbudets jämförelsesumma. Bolaget hade därmed tilldelats ramavtal i upphandlingen om bolagets anbud inte förkastats och skulle även ha tilldelats kontrakt i upphandlingen om det oproportionerliga kravet, som utgjort grund för förkastandet, aldrig hade uppställts i förfrågningsunderlaget. Bolaget har under alla omständigheter riskerat att lida skada på grund av kommunens förfarande.

Lunds kommun bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Bolaget har inte förmått visa att det uppfyller samtliga av kommunens obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. Bolaget har utslutits på grund av att det inte har uppfyllt kravet om att konsulten ska ha minst 5 års erfarenhet som brandsakkunnig. Erfarenhet som brandsakkunnig avser av konsulten bedriven verksamhet som certifierad brandsakkunnig

enligt BFS 2011:17. Omständigheten att kravet anger dels sakkunnig brandskydd avseende certifiering och dels brandsakkunnig avseende erfarenhet borde inte ge upphov till någon oklarhet. En normalt omsorgsfull anbudsgivare borde ha insett att kravet på fem års erfarenhet som brandsakkunnig avser tid då den sakkunnige varit verksam som certifierad sakkunnig brandskydd enligt BFS 2011:17. Sakkunnig brandskydd förtydligas i svar från kommunen som därvid angett det är certifierad sakkunnig brand enligt BFS 2011:17 som avses. Enlig 4-7 §§ i nämnda föreskrifter framgår att det är fråga om samma kompetens och verksamhet som förfrågningsunderlaget behandlar med benämningen brandsakkunnig. Vid tolkning av kravet om att den efterfrågade konsulten ska ha minst ”5 års erfarenhet som brandsakkunnig” borde anbudsgivare utifrån de tidigare nämnda kravens lydelse förstå att brandsakkunnig” och ”sakkunnig brandskydd” syftar på samma sak, det vill säga en sakkunnig inom brandskydd. Då upphandlingens krav på den sakkunniges kompetens hänvisar till ingenjörsutbildning och certifiering och kravet på erfarenhet avser sakkunnigs verksamhet ”som brandsakkunnig” borde det stå klart för anbudsgivare att kompetens- och erfarenhetskraven är korrelerade. Ordvalen ”som brandsakkunnig” bildar en konjunktionsfras utvisande att den sakkunnige ska ha innehaft efterfrågad kompetens under förvärvandet av efterfrågad erfarenhet. Det är enligt kommunen av vikt att betona att kravets utformning i dess helhet tydliggör att kompetens- och erfarenhetskrav är sammanlänkade. Även i det fall kravet inte anses vara helt optimalt formulerat saknas tillräckliga skäl för att kravet ska anses stå i strid mot principen om transparens. Båda definitionerna avser den för uppdraget erbjudne konsulten varför de inte borde vålla någon förväxlingsrisk för anbudsgivarna. Kravet medför därmed inte något åsidosättande av vare sig likabehandlingsprincipen eller principen om transparens.

Boverkets föreskrifter och allmänna råd om certifiering av sakkunniga inom brandskydd (BFS 2011:17) trädde i kraft den 2 maj 2011 varvid Boverkets föreskrifter och allmänna råd (BFS 1996:54) om certifiering av fristående

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

sakkunniga kontrollanter inom brandområdet samt Boverkets föreskrifter om ändring av verkets föreskrifter och allmänna råd om certifiering av fristående sakkunniga kontrollanter inom brandområdet (BFS 2009:18) upphörde att gälla. Av övergångsbestämmelserna till BFS 2011:17 framgår att sakkunniga får fortsätta arbeta i ärenden som påbörjats före ikraftträdandet den 2 maj 2011 och att sakkunniga med certifikat utfärdat enligt de äldre reglerna även får fortsätta arbeta i ärenden som påbörjats efter ikraftträdandet den 2 maj 2011. Detta förutsätter att de sakkunniga skaffar sig kunskap om plan- och bygglagen (2010:900) och plan- och byggförordningen (2011:338) med tillhörande regler. Följaktligen borde anbudsgivare förstå att det är sakkunniga med certifiering enligt BFS 2011:17 eller BFS 1996:54 som efterfrågas samt att erfarenhetskravet även kan uppfyllas genom att den sakkunnige varit verksam med innehav av certifiering enligt BFS 1996:54. Eftersom kravet gäller certifiering som grundas på föreskrifter vilka kan vara gällande från viss tid till annan kan det knappast anses felaktigt att hänvisa till de gällande föreskrifterna. Bolaget har gjort en felaktig tolkning av erfarenhetskravet varför bolagets invändning redan av denna anledning ska lämnas utan bifall. Kravet medför inte heller i övrigt något åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Syftet kravet ska tillgodose är att Lunds kommun ska erhålla erforderligt underlag för att kunna bedöma anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet att utföra uppdraget som upphandlingen avser. Kommunen anser att kravet har varit lämpligt, effektivt och nödvändigt för att tillförsäkra att de erbjudna konsulterna besitter tillräcklig kompetens för att utföra de efterfrågade tjänsterna. Omständigheten att brandkonsulter som först erhållit certifikat efter år 2011 inte får möjlighet att konkurrera om kontraktet kan inte anses vara oproportionerlig till det eftersträlvade syftet. Kravet på erfarenhet ska således anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principerna om likabehandling och transparens innefattar att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt formulerat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Vidare ska förfrågningsunderlaget vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Den upphandlande enhetens krav ska ha angivits på ett 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. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges under punkten 4.2.1 Personal, att leverantören ska tillhandahålla och offerera brandsakkunnig. Vidare anges under punkten 4.2.2 Egenskaper och referenser Brandsakkunnig följande.

Leverantören ska erbjuda minst en (1) brandsakkunnig för tjänstens utförande. Respektive erbjuden person ska uppfylla kraven nedan.

Följande egenskaper är enligt beställaren mening viktiga egenskaper för att konsulten ska klara arbetsuppgifterna:

- Konsulten ska vara utbildad brandingenjör.
- Konsulten ska vara sakkunnig brandskydd.
- Konsulten ska ha god samarbetsförmåga och ha erfarenhet att samarbeta med konstruktörer, entreprenörer, myndigheter och beställare.
- Konsulten ska ha kunskap om 4804, A8T06, ABK09, LOU, PBL, BBR med flera lagkrav och gällande författningar och branschstandarder.
- Konsulten ska ha kunskap om beställarens Projekteringsanvisningar.
- Konsulten ska vara van att läsa och utföra projekterings- och bygghandlingar.
- Konsulten ska ha minst 5 års erfarenhet som brandsakkunnig.

Lunds kommun har även under anbudstiden i "Frågor och svar" förtydligat vad som avses med begreppet sakkunnig brandskydd och därvid angett att det är certifierad sakkunnig brand enligt BFS 2011:17 som avses.

Bolaget har i målet anfört att Lunds kommun när det gäller aktuellt krav har brustit i transparens under upphandlingsförfarandet på ett sätt som står i strid med reglerna i LOU. Kommunen har anfört att den omständigheten att kravet anger dels sakkunnig brandskydd avseende certifiering och dels brandsakkunnig avseende erfarenhet inte borde ge upphov till någon oklarhet och att en normalt omsorgsfull anbudsgivare borde ha insett att kravet på fem års erfarenhet som brandsakkunnig avser tid då den sakkunnige varit verksam som certifierad sakkunnig brandskydd enligt BFS 2011:17 eller BFS 1996:54.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1


DOM

Enligt förvaltningsrättens mening framgår av förfrågningsunderlaget samt frågor och svar att efterfrågad konsult ska vara sakkunnig brandskydd och att det med detta avses certifierad sakkunnig brand enligt BFS 2011:17. Förvaltningsrätten kan emellertid inte finna när det gäller erfarenhetskravet på fem år att det i förfrågningsunderlaget kan anses framgå att detta krav även skulle innefatta ett certifieringskrav under minst fem år enligt BFS 2011:17 eller att erfarenhetskravet även kan uppfyllas genom certifiering enligt BFS 1996:54. Kommunen har inte heller i frågor och svar gjort något förtydligande i detta avseende. Något krav på angivande av certifiering uppställs inte i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening riskerar den otydliga utformningen av det aktuella kravet att lämna utrymme för olika tolkningar av dess innebörd och det kan inte uteslutas att detta förhållande medfört att anbud lämnats utan tillräcklig insikt om vad som kommer att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuden. Förfrågningsunderlaget är därför enligt förvaltningsrättens mening inte så klart och tydligt utformat som de grundläggande principerna i LOU förutsätter.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Lunds kommun därigenom har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens och att felet medfört att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således. Med hänsyn till att de aktuella bristerna i upphandlingsförfarandet hänför sig till en otydlighet i förfrågningsunderlaget och därmed till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Det antecknas att förvaltningsrätten genom dom denna dag även i ett annat mål gällande samma upphandling (mål nr 8331-16) har förordnat om ingripande enligt LOU på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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



Louise af Klint

Sune Wennerberg har föredragit målet.



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 nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behövs 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.

