



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-04-02
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
15379-12 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Åkericentralen Ekonomisk förening i Falkenberg, 749000-1356
Box 14
311 21 Falkenberg

Ombud:

Johannes Johansson, adress som ovan

MOTPART

Falkenbergs kommun, 212000-1231
311 80 Falkenberg

Ombud: Kanslichef Henrik Lundahl, adress som ovan

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Falkenbergs kommuns upphandling av
Entreprenadmaskiner, dnr KS2012-307, i den del det avser grävlastare ME
nr 26.3213 och grävlastare ME nr 26.3214 ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2013 -04- 0 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**

DOM

Sida 2
15379-12 E

BAKGRUND

Falkenbergs kommun tillsammans med Vatten och Miljö i Väst AB, Falkenbergs Vatten och Renhållnings AB samt Falkenberg Energi AB har genom Falkenberg kommuns upphandlingsavdelning inbjudit intresserade leverantörer till anbudsgivning avseende avtal för Entreprenadmaskintjänster, dnr KS2012-307. I tilldelningsbeslut den 19 december 2012 har Falkenbergs kommun beslutat teckna avtal beträffande bl.a. grävlastare, ME nr 26.3213 med Knowledge Ground Construction AB samt beträffande grävlastare ME nr 26.3214 med angiven rangordning (1) Bertil Svedberg Grav AB, (2) Olssons Entreprenad AB och (3) Knowledge Ground Construction AB.

YRKANDEN M.M.

Åkericentralen Ekonomiskförening i Falkenberg (Åkericentralen) ansöker om överprövning av upphandlingen med Falkenbergs kommun som motpart och framför i huvudsak följande. I ME nr 26.3213, där Åkericentralen ligger på 3:e plats i utvärderingen, uppfyller Transportcentralen i Halmstad och Knowledge Ground Construction (KGC) ej skallkravet avseende yrkeskvalifikationer och utbildning (punkt 3.1. jämförd med punkterna 1.2 och 5.7 i förfrågan). I ME nr 26.3214, där Åkericentralen ligger på 5:e plats i utvärderingen, uppfyller Bertil Svedberg Gräv AB, Knowledge Ground Construction (KGC), Lofix, Olssons Entreprenad AB, Transportcentralen i Halmstad AB och Tångabergs Schakt ej skallkravet om yrkeskvalifikationer och utbildning. (punkt 3.1. jämförd med punkterna 1.2 och 5.7 i förfrågan). Kommunen har i förfrågningsunderlaget under punkt 3.2. angett att anbudsgivaren vid anbudsskedet ska bevisa att kraven uppfylls men att de därefter ska uppfyllas under hela avtalstiden. I punkten 1.2. nämns att det för vissa körningar erfordras EBR intyg, detta nämns även under punkt 5.7 där det står: "Förare av maskiner enligt ovan ska inneha

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
15379-12 E

gällande förarbevis, samt godkänd utbildning i "säkerhet på väg". Samtliga förare ska ha erforderliga tillstånd. Vid arbete på eller invid väg eller gata gäller Trafikverkets bestämmelser om skyltning och varselmärkning av fordon och utrustning. Varselkläder klass III fodras för förare av fordon inhyrda av kommunen. För arbeten där EBR intyg fodras skall detta innehas." Kommunen har även i underlaget skrivit "samtliga förare ska ha erforderliga tillstånd" och med detta torde t.ex. EBR-intyg avses, särskilt då kommunen upplyst om att sådant fodras för viss verksamhet. Med stöd av ovanstående resonemang ger förfrågningsunderlaget stöd för att EBR-intyget är ett erforderligt tillstånd och som omfattades av ett skall-krav. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska påvisa att den uppfyller skallkraven. Att påvisa måste betyda att bevisa att skallkravet uppfylls. Det är således inte endast tillfyller att svara ja på en fråga. Den anbudsgivare som inte har bifogat EBR-intyget har inte påvisat att erforderliga tillstånd fanns varför uteslutning från fortsatt deltagande i upphandlingen ska ske. Genom att kommunens uppfattning av ordet påvisa avviker från Svenska Akademiens skapar detta en situation där transparensen och förutsebarheten har trätts för när. Med tanke på bristerna i underlaget måste betraktas vara väsentliga är det inte möjligt att genomföra upphandlingen på ett korrekt sätt, varför det enda rimliga är att upphandlingen måste avbrytas. – Utöver detta uppfyller Transportcentralen i Halmstad AB ej skallkraven avseende förarens arbets- och yrkeslivserfarenhet då referenserna skall avse liknande relevanta uppdrag som upphandlingen avser (punkt 4.4 i förfrågan). Transportcentralen i Halmstad AB har lämnat in 3 stycken gemensamma referenser för samtliga cirka 30 förare och har därmed inte uppfyllt skallkravet om tre referenser per förare.

Falkenbergs kommun bestrider bifall till ansökan och framför i huvudsak följande. EBR-intyg Av förfrågningsunderlaget 3.1 (under kapitel 3 "Kravspecifikationen") framgår att "förfrågan innehåller ett antal obligatoriska skall-krav, som måste uppfyllas, för att anbudet, skall kunna tas upp till

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 4
15379-12 E

prövning och eventuellt antas. Anbudsgivaren skall påvisa att dessa uppfylls vid anbudstillfället, men kraven skall fortsätta att uppfyllas under hela avtalstiden.' – Anledningen till att ordet "påvisa" används istället för "bevisa" i förfrågningsunderlaget, är att kraven på bevisning varierar utefter vad som i sammanhanget efterfrågas. Det framgår när bevisning skall medskickas. Utöver de punkter där bevisning krävs förekommer även krav där anbudsgivaren själv genom att svara "ja" eller "nej" aktivt besvarar att ett krav är uppfyllt utan bevisning. Åkericentralen skulle således enligt deras egen bedömning inte kvalificerats på punkt 3.4 Fordon, om ordet "påvisa" skall betyda "bevisa". I förfrågningsunderlaget finns en mängd skall-krav och det har ansetts orimligt att begära bevisning på dem alla. Genom att aktivt svara "ja" på frågan huruvida anbudsgivaren uppfyller kraven i punkt 3.3 (Personal)"... Samtliga förare skall ha erforderliga tillstånd..." samt aktivt svara "ja" på frågan som handlar om att acceptera avtalsvillkoren 3.2 (Avtalsvillkor) "Detta förfrågningsunderlag innehåller avtalsvillkor (kapitel 5 Kommersiella villkor) som anbudsgivaren skall acceptera i sin helhet för att kvalificera sig till utvärdering.", så har de berörda anbudsgivarna påvisat vad som efterfrågats i frågan om EBR-intyg. Åkericentralens påpekande att alla skall-krav endast kan påvisas uppfyllda genom medskickande av bevis är således felaktigt. Den upphandlande myndigheten har vid anbudskvalificering bedömt att samtliga anbudsgivare genom att acceptera avtalsvillkoren även har accepterat kravet på EBR-intyg för verksamhet enligt 5.7 och därmed kvalificerat sig. Åkericentralens åsikt i frågan, att samtliga parter som ej i anbud angivit att de innehar EBR-intyg skall förkastas är således felaktig. – Referenser Transportcentralen i Halmstad AB har i sitt anbud bifogat en lista där man angivit förare och även bifogat 3 stycken omfattande referenser där samtliga uppgifter som efterfrågats i förfrågningsunderlagets punkt 4.4 anges. Eftersom referenserna avser stora objekt där många personer varit inblandade, samt att anbudsgivaren själv svarat att det som efterfrågats bifogats, är det rimligt att anta att samtliga förare som avses anlitas under avtalstiden för de totalt 6 stycken

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 5
15379-12 E

enskilda fordonsklasser som Transportcentralen i Halmstad AB tilldelats, har medverkat i samtliga tre referensobjekt. Med detta anses Åkericentralens åsikt, att Transportcentralen i Halmstad AB i sitt anbud saknar de referensuppgifter som efterfrågats, ej vara korrekt. Skada Upphandlande myndighet anser att eftersom anbudsgivarna Lofix samt Tångabergs Schakt ej antagits och rimligtvis därmed ej kan utgöra skada som avses i 16 kap. 6 LOU, så bör frågan angående kvalificeringen av dessa vara irrelevant.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att en leverantör, som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning av en upphandling.

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

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 beaktas.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 6
15379-12 E

LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Av vägledande rättsfall framgår att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Yrkeskvalifikationer och EBR-intyg

Av förfrågningsunderlaget framkommer bl.a. att handlingarna i förfrågningsunderlaget kompletterar varandra. Förekommer mot varandra stridande uppgifter handlingarna gäller exempelvis Avtalet med tillhörande bilagor före Förfrågningsunderlag inkl. kompletteringar avtalsvillkor (se punkt 5.22 i förfrågningsunderlaget).

Förvaltningsrätten noterar här först att EBR, enligt Svensk Energi, är ett system för att planera, bygga och underhålla eldistributionsnät på ett säkert, rationellt och miljömässigt rätt sätt. EBR-intyg i nu aktuell upphandling torde därmed vara aktuellt för maskinförare som deltar i byggandet och underhållet av elnätet.

Ordet "yrkeskvalifikationer" saknas i Svenska akademins ordbok. Däremot anges att ordet kvalifikation avser förmåga som gör personen i fråga kvalificerad för något. Vad gäller ordet "påvisa" anges i Svenska akademins ordbok att avses "lägga fram bevis för (förekomsten av) ngt" medan ordet bevisa anges avse 1) oemotsägligt fastställa riktigheten av ngt påstående e.d.,

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 7
15379-12 E

vanl. genom framläggande av fakta el. genom logiskt resonemang (jfr överbevisa) och 2) ge omisskännligt tecken på <ngt åld.>.

Förvaltningsrätten anser att i förfrågningsunderlaget 13 november 2012 presenterade krav avseende yrkeskvalifikationer och EBR-intyg är motstridiga. Å ena sidan anges att EBR-intyg ska innehas vid vissa arbeten enligt avsnitt 5. Kommersiella villkor (avtalstext) punkt 5.7 Personal, medan kravet inte anges i avsnitt 3. Kravspecifikationen punkt 3.3. Kravspecifikation personal i förfrågningsunderlaget. Eftersom EBR-intyg därtill måste bedömas vara ett bevis om en yrkeskvalifikation ska uppgift om denna yrkeskvalifikation, enligt avsnitt 4. Bedömning av anbudsgivare och anbud punkt 4.4 Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet, även bifogas till anbudet. I avtalstexten (avsnitt 5.7) krävs att förare skall inneha gällande förarbevis, samt godkänd utbildning i "Säkerhet på väg". Vidare ska samtliga förare ha erforderliga tillstånd, ha varselkläder klass III samt inneha EBR-intyg för arbeten där detta erfordras.

I förfrågningsunderlaget anges vidare under avsnitt 3. Kravspecifikation, punkt 3.1 Kravspecifikationens innehåll, att anbudsgivaren skall påvisa att obligatoriska skall-krav, som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna tas upp till prövning och eventuellt antas, uppfylles vid anbudstillfället, men att kraven skall fortsätta att uppfyllas under hela avtalstiden. I avsnitt 5. Kommersiella villkor (avtalstext) punkt 5.7 Personal, anges däremot att för arbeten där EBR intyg fordras skall detta innehas. Förvaltningsrätten tolkar det sistnämnda som krav på att EBR-intyget ska innehas vid tidpunkten då arbetet genomförs.

Sammantaget finner Förvaltningsrätten att skallkraven i förfrågningsunderlaget och däri redovisad avtalstext vad avser yrkeskvalifikationer och innehav av EBR-intyg även för en normalt noggrann och insatt anbudsgivare inte kan bedömas klara och entydliga. Härvid beaktar förvaltningsrät-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 8
15379-12 E

ten även det som sökande och motpart framfört om tolkningen av begreppen påvisa och bevisa i förfrågningsunderlaget samt yrkeskvalifikationer i förfrågningsunderlaget.

Referenser

Av avsnitt 4 Bedömning av anbudsgivare och anbud punkt 4.4 Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet framkommer att anbudsgivare skall ha erfarenhet, teknisk förmåga och kapacitet att åta sig uppdraget. Vad gäller förare av entreprenadmaskiner krävs att de under den senaste treårsperioden skall ha arbetat med likvärdiga uppdrag. Dessutom ställs för förare av hjul och banddrivna grävmaskiner att de ska ha erfarenhet av schaktning i redan uppbyggt nät (dvs. ej nyanläggning).

Efter att ha redovisat ovanstående anges i förfrågningsunderlaget att uppgifter skall lämnas för varje tänkt förare som bilagor med anbudet och att dessa bilagor ska innehålla förarens namn samt förarens arbetslivserfarenhet och yrkeskvalifikationer. Vidare skall uppgift lämnas om 3 st referenser på tidigare arbets- och/eller uppdragsgivare.

För att visa att ovanstående skall-krav är uppfyllda ska anbudsgivaren dels ange om kraven uppfylls med ja eller nej samt dessutom ange med ja eller nej om det som efterfrågas bifogas.

Till skillnad från kravet på förarens namn och förarens arbetslivserfarenhet och yrkeskvalifikationer anges inte uttryckligen att referenserna ska avse föraren. Förvaltningsrätten bedömer, med beaktande av de uppgifter som ska lämnas om referenserna – bl.a. uppgifter om beställare och värde för tjänsten – att referenserna torde avse anbudsgivarens erfarenhet, teknisk förmåga och kapacitet.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 9
15379-12 E

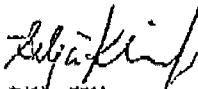
Förvaltningsrätten finner med hänsyn till det ovan sagda att Transportcentralen i Halmstad AB:s anbud där tre referenser angivits inte kan underkännas på den grund som Åkericentralen angivit, dvs att 3 referens inte angetts för varje tänkt förare.

Skada

Åkericentralen måste bedömas ha lidit skada genom att den inte kunnat förutse vilka skallkrav som gällt och därmed inte kunnat anpassa sitt anbud till vad som efterfrågats.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att eftersom bristen vad gäller EBR-intyg och yrkeskvalifikationer hänför sig till den konkurrensuppsökande delen av upphandlingen att rättelse ske genom att upphandlingen i nu aktuella delar görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1b LOU)


Silja Klint
Rådman



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU