



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2016-09-15
Meddelad i Malmö

Mål nr
5649-16

SÖKANDE

Helsingborgs Byggplåt AB, 556722-7532
Diabasgatan 5
254 68 Helsingborg

Ombud: advokaten Henry Oscarson
Oscarson Advokatbyrå AB
Thure Röings gata 2
252 25 Helsingborg

MOTPART

Landskrona stad
261 80 Landskrona

Ombud: advokaten Catharina Piper
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Helsingborgs Byggplåt AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 333715

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

Landskrona stad (staden) genomför en upphandling av Dammhagskolans idrottshall, dnr 2016/374. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslutet har anbudet från Helsingborgs Byggplåt AB (HBAB) förkastats med hänvisning till att man inte har lämnat in något TIB-auktorisationsbevis.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

HBAB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering görs varvid även HBAB:s anbud utvärderas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sin talan anför HBAB bl.a. följande. I punkt AFB.522 har staden uppställt ett skall-krav avseende teknisk förmåga och kapacitet med innebörden att anbudsgivaren måste inge ett TIB-auktorisationsbevis. Av 11 kap. 11 § LOU framgår vilka bevis en upphandlande enhet får kräva i detta avseende. Det aktuella skall-kravet om auktorisationsbevis kan inte placeras i någon av de i bestämmelsen uppräknade kategorierna och är således inte tillåtet.

HBAB har inte getts möjlighet att på annat sätt visa att man uppfyller krav motsvarande TIB-auktorisering. Det finns flera möjligheter till tredjemans-auktorisering för takläggare bl.a. genom AB Tätskiktsgarantier i Norden AB (TG Norden) och materialtillverkaren Trebolit. HBAB:s dotterbolag Bra Tak Entreprenad AB har auktorisering genom TG Norden och Trebolit vilket har angetts och åberopats i anbudet. HBAB har till sitt anbud inte bifogat auktorisationsbevis för TG Norden eller Trebolit då detta inte utgjort

ett krav i upphandlingen. HBAB kan således inte uteslutas för att man vid anbudsinlämningen inte ingett sådana auktorisationsbevis.

HBAB har getts möjlighet att komplettera sitt anbud med auktorisationsbevis från TIB. Någon möjlighet att komplettera med bevis över Trebolit-auktoriseringen eller medlemsuppgifter avseende TG Norden har inte getts. Genom att endast erbjuda komplettering av intyg över TIB-auktorisering har staden missgynnat de leverantörer som har likvärdig auktorisation. För att upprätthålla principen om likabehandling skulle staden även ha erbjudit leverantörerna att komplettera med TIB-auktorisering eller motsvarande auktorisation. Trebolit-auktoriseringen, anslutningen till TG Norden och Trebolit-yrkesbeviset är i vart fall likvärdigt med TIB-auktorisering. Auktorisationen är inte en obligatorisk förutsättning för att utföra tjänsten. Även Trebolit-auktorisering och utfärdandet av Trebolit-yrkesbevis förutsätter utbildning. Ur ett kvalitémässigt perspektiv är således kraven högre vid en auktorisation enligt Trebolit än vid TIB.

I Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr 2590-14 gavs anbudsgivarna möjlighet att visa att man hade ett likvärdigt alternativ. I nu aktuellt mål har staden dock uppställt kravet att det ska vara just TIB-auktorisering och ingen annan. Staden har bortsett från uppgiften om likvärdig auktorisation genom TG Norden och Trebolit-certifiering.

Det aktuella kravet uppfyller inte kravet på proportionalitet. Enligt principen bör, om det finns flera alternativ, det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande. Det finns inga hållbara argument för att endast peka ut ett av flera auktorisationsorgan. Om staden hade tillåtit likvärdiga auktorisationer hade konkurrensen gynnats utan att staden hade behövt nöja sig med en ”sämre” auktorisation. Staden bryter även mot principen om ömsesidigt erkännande eftersom inga andra bevis än svenska TIB-

auktorisationsbevis har accepterats. Utländska anbudsgivare har således inte kunnat inkomma med motsvarande bevis från utländska organisationer eller myndigheter. Av förfrågningsunderlaget framgår inte varför staden har ställt krav på TIB-auktorisation. Förfrågningsunderlaget brister således i transparens.

Skall-kravet om obligatorisk auktorisation av en privat intresseorganisation strider mot likabehandlingsprincipen och har en konkurrensbegränsande effekt då endast fem företag i Skåne är auktoriserade. Som en jämförelse kan nämnas att det bara i närområdet finns t.ex. 51 tak- och tätskiktsföretag i Malmö och 8 i Landskrona. Det måste finnas starka skäl om staden per automatik ska tillåtas utesluta 95 procent av anbudsgivarna, utländska bolag oräknade, vid en upphandling. Inga utländska företag är auktoriserade av TIB. Kravet har således en indirekt diskriminerande effekt. Kravet framstår även som absolut då det inte ges möjlighet att åberopa någon likvärdig auktorisation från någon annan privat intresseorganisation eller företag.

Efter kvalificeringen har staden förhandlat med anbudsgivarna. Det är oklart under vilka former denna har ägt rum och varför endast vissa delar har förhandlats om. Henrik Andersson Byggnads AB har lämnat lägst anbud, 1 990 000 kr, av de anbud som utvärderats. HBAB:s anbud uppgick till 1 634 000 kr och var således lägst. Vid den slutliga bedömningen av vilket anbud som varit fördelaktigast har man således bortsett från delpriserna avseende invändiga arbeten och fasadskivor. Genom detta förfarande har staden i realiteten frångått att lägst anbudspris vinner. Dessutom har upphandlingsföremålet förändrats. Staden synes dessutom ha valt ett anbud som efter förhandling inte var billigast. HBAB har lämnat det lägsta anbudet och har således lidit skada. Genom att frångå de utvärderingsprinciper som anges i förfrågningsunderlaget har staden även brutit mot kravet på transparens.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

I punkt AFB.522 finns ett uppställt obligatoriskt krav att entreprenören ska vara auktoriserad enligt TIB. Av punkten framgår att blanketten Entreprenörsdeklaration_tib ska fyllas i och bifogas anbudet samt att ett TIB-auktorisationsbevis ska bifogas anbudet. Det har således varit tydligt och förutsägbart i förfrågningsunderlaget vad som har ställts för krav i upphandlingen. Av den av HBAB ifyllda blanketten framgår att HBAB inte uppfyller samtliga ställda krav då man svarat nekande avseende två krav. Enligt kraven uppfyller HBAB varken krav på dokumenterad kompetens eller är auktoriserad enligt TIB. På blanketten har HBAB bl.a. angivit Trebolit yrkesbevis och ansluten till TG Norden. HBAB har emellertid inte lämnat in något bevis eller intyg som visar att HBAB är Trebolit-auktoriserad eller vad medlemskap i TG Norden innebär. Vidare framgår det av begäran om komplettering att HBAB kunde åberopa tredjeparts auktorisation avseende TIB dvs. underentreprenörers auktorisation. HBAB svarade dock att de anser att de har likvärdig auktorisation genom TG Norden och Trebolit. Inte heller i samband med begäran om komplettering skickade HBAB in några bevis, intyg eller certifikat som visade att HBAB var auktoriserade. Staden har därför inte haft någon reell möjlighet att jämföra vad HBAB angett i anbud och i samband med komplettering med vad som ställts för krav i förfrågningsunderlaget trots att förfrågningsunderlaget genom sin formulering kring likvärdiga utförande skulle ha kunnat godkänna en annan auktorisation som var likvärdig med TIB.

TIB är tak- och tätskiktsentreprenörernas branschorganisation i Sverige. TIB är organisatoriskt oberoende av fabrikanter, leverantörer och beställare. Ett företag behöver inte vara medlem i TIB för att få TIB-auktorisering. TIB-auktorisering utfärdas till företag som uppfyller och har dokumenterat ställda kriterier kring kompetensutveckling, kvalitetsarbete, myndighetskrav och seriöst företagande i övrigt. Detta framgår klart och av TIB:s hemsida.

Ett TIB-auktoriserat företag har minst uppnått följande utbildningsnivå:

- En representant i företagsledande ställning har genomgått TIB:s företagsledarkurs.
- En representant i arbetsledande ställning har genomgått TIB:s arbetsledarkurs steg 1 (motsvarar för närvarande TIB:s teorikurs för tätskiktsmontörer).
- Hälften av all producerande personal har genomgått TIB:s teorikurs för tätskiktsmontörer och innehar kompetensbevis. Övrig personal har erkänd yrkeserfarenhet.
- Samtliga tätskiktsmontörer innehar giltigt certifikat för Heta Arbeten.
- Auktorisationen baseras på antal redovisade Tätskiktsmontörer.

Ett TIB-auktoriserat företag:

- Har dokumenterad erfarenhet och tekniskt kunnande
- Har kvalitetsledningssystem och miljöpolicy
- Har erlagt skatter och avgifter till skattemyndigheten
- Följer aktuell leverantörs produkt- och montageanvisning
- Följer gällande lagar och förordningar
- Innehar erforderliga försäkringar

Av ovan framgår att TIB-auktorisation är relevant vid utförande av kvalitativa takarbeten. Staden har också stor erfarenhet av uppdrag som upphandlingen avser och kravet på auktorisation bygger därmed på tidigare erfarenheter. Det är även vanligt förekommande vid upphandling av takarbeten att TIB-auktorisation är ett krav. Detta då en auktorisation enligt TIB bl.a. bygger på att en viss utbildning ska ha genomförts och att leverantören ska ha viss typ av kompetens. Syftet med TIB-auktorisationen är att kvaliteten vid utförandet av takarbetena ska garanteras. Genom TIB-auktorisation får staden en tredjepartskontrollant som kan intyga att ställda krav är uppfyllda. TIB-auktorisationen är vidare en lämplig och effektiv åtgärd för att säkerställa kvalitet på arbetena och en garanti för arbetenas

kvalitativa utförande. Att ställa krav på TIB-auktorisation är således en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet att få en leverantör som kan leverera vad som efterfrågas med hög kompetens och kvalitet. Det finns inget mindre ingripande alternativ då det inte i Sverige finns någon annan aktör som auktoriserar med samma oberoende och på samma efterfrågade nivå som TIB. Den negativa effekten som kravet får för eventuella leverantörer är varken oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet att få en leverantör som kan leverera uppdraget med bevisad kvalitet, hög kompetens och relevant utbildning.

TIB är en större fristående branschförening med mer än 100 medlemmar. Enligt TIB är 50 procent av alla medlemmar auktoriserade och de som vill bli auktoriserade ökar. TIB-auktoriserade takläggare finns i hela landet och det finns minst fem TIB-auktoriserade takläggare inom en radie av 10 mil från staden. Enligt TIB består medlemmarna av tak- och tätskiktsföretag och TIB auktoriserar takläggare oberoende av vilka underleverantörer av takmaterial som takläggarna använder. Vidare innebär TIB-auktorisering att representanter från det auktoriserade bolaget inte bara har gått utbildningar hur olika material ska hanteras utan genomgår även teoretiska utbildningar som innefattar bl.a. matematik, ritningslära, entreprenadjuridik samt företagsledande kurser m.m.

Varken TG Norden eller Trebolit utfärdar tredjepartsauktorisation, i vart fall inte auktorisationer som är jämförbara eller likvärdiga med TIB-auktorisationen. Det framgår inte att HBAB vid tidpunkten för utvärderingen innehåft TIB-auktorisation eller likvärdig auktorisation. HBAB har inte heller lämnat in något bevis eller intyg om samarbetspartnerns eller under-entreprenörernas auktorisation som styrker detta. HBAB har vid tidpunkten för anbudets inlämnande och inför tilldelningsbeslutet inte visat att de har haft någon auktorisation gällande de upphandlande tjänsterna. HBAB

har inte uppfyllt krav avseende TIB-auktorisering vilket är såväl ett tillåtet som relevant krav att ställa i en upphandling. HBAB har inte uppfyllt ställda obligatoriska skall-krav i upphandlingen och staden har därför rätteligen förkastat anbudet. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Då förfarandet var ett förenklat förfarande har staden kunnat förhandla med samtliga leverantörer som har kvalificerat sig i upphandlingen. Syftet med förhandlingen var att anpassa de inlämnade anbuden till underlaget och få fram det bästa anbudet. Vid förhandlingen har staden förhandlat om pris och iakttagit de grundläggande principerna. En förhandling får omfatta samtliga aspekter av de inlämnade anbuden inklusive priset. Om HBAB hade kvalificerat sig är det därför inte säkert att HBAB hade lämnat lägst pris.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget, punkt AFB.522 *Teknisk förmåga och kapacitet*, anges att entreprenören ska vara auktoriserad av TIB. Blanketten Entreprenörsdeklaration_tib ska fyllas i och bifogas anbudet. Ett TIB-auktorisationsbevis ska bifogas anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

Staden har genomfört upphandlingen med förenklat förfarande enligt LOU. Av 15 kap. 2 § LOU följer inte att 11 kap. 11 § även ska tillämpas vid upphandlingar enligt 15 kap. Inte heller anges på annat ställe i 15 kap. LOU att 11 kap. 11 § är tillämplig vid förenklat förfarande. Vad HBAB anfört i denna del kan därför inte läggas till grund för ingripande enligt LOU.

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget. Det står en upphandlande myndighet fritt att uppställa vilka krav man vill så länge kraven är förenliga med LOU och de grundläggande principerna. I förevarande upphandling är förfrågningsunderlaget utformat på sådant sätt att staden väljer det anbud som har lägsta pris under förutsättning att anbudsgivaren uppfyller samtliga uppställda obligatoriska krav s.k. skallkrav.

I aktuell upphandling har staden uppställt ett skallkrav innebärande att entreprenören ska vara auktoriserad av TIB. För att visa att kravet är uppfyllt ska anbudsgivaren till anbudet bifoga blanketten entreprenörsdeklaration samt TIB-auktorisationsbevis. HBAB:s anbud har förkastats med hänsyn till att något TIB-auktorisationsbevis inte har lämnats in.

I anbudsformuläret har HBAB angett att företaget inte är auktoriserat genom TIB men att man innehar Trebolit-auktorisering och att man är medlem i TG Norden. Till sitt anbud har HBAB varken bifogat bevis på auktorisering eller på medlemskap.

Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndighet inte får ställa större krav än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet i den aktuella upphandlingen. Enligt staden är syftet med det aktuella kravet på TIB-auktorisering att garantera kvaliteten vid utförandet av takarbetena. Detta då TIB-auktorisering utfärdas till företag som uppfyller och har dokumenterat ställda kriterier kring kompetensutveckling, kvalitetsarbete, myndighetskrav och seriöst företagande i övrigt. Att det förhåller sig på sådant sätt framgår av reglementet för TIB-auktorisering.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att kravet på TIB-auktorisering framstår som en lämplig och effektiv åtgärd för att säkerställa kvaliteten i arbetena. Vidare anser rätten att något mindre ingripande alternativ för att uppnå detta syfte inte har framkommit. Att kravet medför att ett mindre antal aktörer på marknaden kan komma i fråga som leverantörer innebär inte i sig att kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Enligt förvaltningsrätten strider det uppställda kravet varken mot proportionalitets- eller lika-behandlingsprincipen. Rätten finner inte heller att förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen.

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg och certifikat som utfärdats av behöriga myndigheter i något medlemsland måste godtas i övriga medlemsländer. Staden har anfört att man kan komma att godkänna annan likvärdig auktorisering. Förvaltningsrätten finner det inte visat att det uppställda kravet strider mot principen om ömsesidigt erkännande. Därtill har HBAB inte visat hur företaget lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av att en eventuell utländsk anbudsgivare eventuellt inte kan uppfylla det ställda kravet.

Eftersom HBAB inte uppfyller det ställda kravet på TIB-auktorisering har man i anbudsformuläret uppgett att man innehar annan auktorisering som är likvärdig. Med hänsyn till att HBAB mycket väl visste om att man inte upp-

fyllde det ställda kravet anser förvaltningsrätten att HBAB rimligtvis borde ha bifogat bevis på sådan likvärdig auktorisation till sitt anbud för att visa att man har kompetens att åta sig uppdraget. Detta trots att det uttryckligen inte framgår av förfrågningsunderlaget att likvärdiga bevis är tillåtna.

HBAB har även getts möjlighet att komplettera sitt anbud med TIB-auktorisationsbevis men har likväl inte skickat in sådant bevis eller bevis på likvärdig auktorisation. Eftersom HBAB har uppgett att företaget innehar likvärdig auktorisation men inte bifogat bevis på sådan auktorisation har staden inte heller getts möjlighet att bedöma om HBAB:s auktorisation är likvärdig med det uppställda kravet på TIB-auktorisering. Att staden gett HBAB möjlighet att komplettera sitt anbud strider inte mot likabehandlingsprincipen. Eftersom HBAB inte uppfyller det ställda skall-kravet eller har visat att man har likvärdig auktorisation har staden haft fog för att förkasta anbudet på angiven grund.

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att HBAB lidit eller kan komma att lida skada. Oavsett hur utvärderingen genomförts kommer HBAB:s anbud likväl att vara uteslutet från fortsatt deltagande i upphandlingen. Härav följer att HBAB inte kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva huruvida staden frångått angiven utvärderingsgrund eller inte.

Sammanfattande slutsats

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att HBAB inte förmått visa att staden har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. HBAB:s ansökan härom ska därför avslås.

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

Anders Mattsson

Maria Persson 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 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.