

PM

Till: Thomas Sass, Nacka kommun

Från: John Hane och Hampus Ek, Foyen Advokatfirma

Kopia:

Ort och datum: Stockholm den 3 mars 2014

ANG. DRIFTSENTREPRENAD SIMHALLAR

Frågeställning och förutsättningar

Vi har av Nacka kommun och Thomas Sass fått i uppdrag att gå igenom handlingar med koppling till kommunens upphandling av driftsentreprenad för två simhallar inom Nacka kommun. Vår uppgift med genomgången har varit att bedöma lagligheten i uppställda ska-krav avseende erfarenhet i anledning av att en av två anbudsgivare har förkastats när kraven inte kunnat anses vara uppfyllda. Vidare har vi ombetts att lämna synpunkt hur kommunen lämpligast går vidare med ärendet. Det har vidare ifrågasatts om inte den upphandlade tjänsten rätteligen är en s.k. A-tjänst och därmed på grund av dess värde skulle ha handlats upp enligt EU:s regler och inte genom förenklat förfarande.

För vår genomgång har vi tillställts förfrågningsunderlag, upphandlingsföreskrifter, anbud svarsbilaga, och dokumentet frågor och svar.

Anbud och förslag på tilldelning

Två anbud har inkommit i upphandlingen. Det ena uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda ska-krav medan det andra anbudet uppvisar brister i förhållande till två sådana krav. Mot den bakgrunden har det i en tjänsteskrivelse daterad den 23 januari 2014 föreslagits att anbudsgivaren som lämnat anbud som uppfyller ställda krav också skall antas.

AF-delens upphandlingsföreskrifter anger både att lägst pris och ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas. Detta är något tvetydigt men då inget annat än pris beskrivs i utvärderingsdelen måste det stått klart för varje normalt informerad anbudsgivare vad som gällt, jfr 5.0 och 5.2.

Uppställt krav på erfarenhet

De upphandlingsrättsliga kvalificeringskraven, ska-kraven, framgår av dokumentet anbud – svarsbilaga som ska-krav SK1-SK10.

SK4 innebar att anbudsgivaren skulle beskriva sin erfarenhet från liknande uppdrag samt lämna minst två referenser från 2010 och framåt med kontaktuppgifter.

Det noteras att krav på erfarenhet på detta sätt är vanligt förekommande vid offentlig upphandling när det är fråga om tjänster och entreprenader, dvs. arbeten som pågår under en längre tid och inte på något sätt är oproportionerligt att ställa i och för sig. Av 11 kap 11 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten får ställa krav på den tekniska kapaciteten genom att efter fråga en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren. Vi har inte tagit del av anbudet men väl protokoll där brist i förhållande till detta krav finns antecknad.

Anbudsgivare nr 2 uppfyller inte ovan angivet krav.

I dokumentet anbud svarsbilaga angavs vidare att det var ett ska krav att samtlig personal har erforderlig utbildning med hänvisning till FFU sid. 12 Personalutbildning

I förfrågningsunderlaget framgår att rubriken Personalutbildning rätteligen finns på sid. 18. Det är alltså på detta ställe som det anges att HLR och D-HLR var krav för samtliga i personalen.

Anbudsgivare nr 2 uppfyller inte ovan angivet krav.

Bedömning

Vi bedömer till en början att de båda ovan beskrivna kvalificeringskraven varit proportionerliga och som sådana helt förenliga med LOU att ställa. Fråga är om en inte helt okomplicerad tjänst av viss varaktighet över tid där det näppeligen kan anses föreligga någon skyldighet för kommunen i och för sig att öppna upp för konkurrens från anbudsgivare utan tidigare erfarenhet och/eller utbildning. Därtill kommer den möjlighet som i och för sig medges i LOU för anbudsgivare att i kvalificeringshänseende åberopa underleverantörs eller annan samarbetspartners kvalifikationer (utbildning och erfarenhet) för att på så vis ändå kunna komma ifråga. Det kan tilläggas att om vi tillfrågats som rådgivare till kommunen om hur kvalificeringskraven skulle ha utformats inför upphandling, hade vi föreslagit kommunen att ta in motsvarande krav.

Kommunen har därmed gjort rätt som förkastat anbudsgivare nr 2 då denne inte uppfyllt de i upphandlingen uppställda kvalificeringskraven. Varje annat agerande vore att agera i strid med LOU. Man kan till exempel inte begära att en anbudsgivare kompletterar sitt anbud med något som är hänförligt till ett sådant kravs uppfyllnad utan att likabehandlingsprincipen i 1 kap 9 § LOU träds för när.

Vidare har man som upphandlande myndighet ingen skyldighet att avbryta en upphandling av den anledningen att endast ett anbud återstår efter kvalificering, däremot har man rätt att göra det man har s.k. sakliga skäl. Att kommunen valt att tilldela kontrakt trots att endast ett anbud funnits kvar att utvärdera är därför inte något anmärkningsvärt i sig. Tvärtom är det ganska vanligt förekommande och brukar som regel grundas på en affärsmässig bedömning från ansvariga tjänstemän om anbudet ryms inom budget och även i övrigt framstår som rimligt ekonomiskt och att motiv för att göra om upphandlingen därmed inte föreligger.

När tilldelningsbeslut meddelas är det klokt att bifoga ett upphandlingsprotokoll med beskrivning av hur två anbud inkommit och att anbud nr 2 förkastat eftersom det inte uppfyllt skakraven SK 4 och SK 5 samt att anbud nr 1 antas såsom anbud med lägst pris enligt förfrågningsunderlaget.

Vi kan slutligen inte se att det finns fog för att bedöma den upphandlande tjänsten som hänförlig till fastighetsförvaltning som det får antas ha gjorts gällande utan att fråga är om en tjänst hänförlig till fritids- och idrottsverksamhet och därmed också en B-tjänst i LOU:s mening.

Med vänlig hälsning



John Hane



Hampus Ek