



SÖKANDE

Climacare AB, 556769-4202

MOTPART

Kungsbacka kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Climacare AB:s ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2019-07-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Kungsbacka kommun (Kommunen) genomför en upphandling med beteckningen Hantverkstjänster Rör, dnr 18/105. Upphandlingen avser installations- och reparationsarbeten samt mindre ny-, till- och ombyggnadsarbeten, löpande drift, underhållsservice och felsökning inom hantverkskategorin rör, för kommunens byggnader såsom skolor, förvaltningskontor, sporthallar, förskolor, m.fl. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande och syftar till att ramavtal ska tecknas med minst fem leverantörer.

Kommunen meddelade tilldelningsbeslut i upphandlingen den 8 april 2019. Av tilldelningsbeslutet framgår att Kommunen avsåg att teckna kontrakt med åtta leverantörer. Vidare framgår att Climacare AB:s (Climacare) anbud uteslutits från fullständig utvärdering med anledning av att det inte bedömdes uppfylla de ställda kvalificeringskraven.

YRKANDEN M.M.

Vad Climacare yrkar och anför

Climacare ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att ny utvärdering ska göras där bolagets anbud får ingå. I andra hand yrkar Climacare att upphandlingen ska göras om. Climacare anför i huvudsak följande.

Efter att tilldelningsbeslut meddelats begärde Climacare information om i vilket avseende dess anbud inte uppfyllde ställda krav. Kommunen uppgav att angivet Referensuppdrag 1 i bolagets ansökan, vilket avsåg Ramavtal VS-arbeten Marks Bostads AB, inte ansågs uppfylla kraven. I övrigt hade Kommunen inga synpunkter. Upplyningsvis vill Climacare påpeka att tre

ramavtalsupphandlingar genomfördes av samma upphandlande enhet och samma upphandlare. I två av dessa upphandlingar är Climacare antaget som leverantör. De parallella upphandlingarna avsåg hantverkstjänster Ventilation och hantverkstjänster Styr och regler.

Climacare har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen. Climacare anser att det angivet Referensuppdrag 1 var en fullgod referens och utgör bevis på att bolaget kan utföra uppdrag av efterfrågad typ.

Som ytterligare stöd för yrkandena vill Climacare poängtera att beloppsgränsen om 50 000 kronor för förnyad konkurrensutsättning är lågt satt och att kravet på en uppdragsvolym om 500 000 kronor för Referensuppdrag 1 är oproportionerligt högt med tanke på att ramavtalsvolymen som helhet beräknades till 900 000 kronor och att ramavtalet sannolikt innebär en stor volym beställningar, men där varje enskild beställning utgör ett mindre värde.

Då ingen ytterligare värdering, poängsättning eller bedömning av referenserna har gjorts anser Climacare att Kommunen felaktigt förkastat bolagets anbud och att det i anbudet tydligt framgår att Climacare har den kompetens och organisation som krävs för att leverera efterfrågade tjänster på ett betryggande sätt. Bolaget har utfört arbeten med betydligt större volym än vad som efterfrågas i denna upphandling, något bolaget försökt belysa i anbudet. Som stöd för detta bifogas handlingar som visar omfattningen av ett uppdrag som Climacare genomfört tidigare.

Tillägg med anledning av Kommunens yttrande

Med anledning av ramavtalets utformning, där förnyad konkurrensutsättning sker vid 50 000 kronor, där den totala volymen beräknas uppgå till 900 000 kronor per år och där kommunen upphandlat åtta stycken

leverantörer anser Climacare att volymkravet är oproportionerligt högt i förhållande till den storlek på de tjänster som kan förväntas utgöra merparten av beställningarna.

Kommunens inställning i målet

Kommunen anser att Climacares ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Climacares anbud har diskvalificerats på korrekta grunder och kommunen har i övrigt följt de gemenskapsrättsliga principerna, inklusive proportionalitetsprincipen.

Climacares anbud (avseende Referens 1) uppfyller inte kommunens krav i upphandlingsdokumentet på tidigare genomförda uppdrag (AFB.52 Referensuppdrag) och har därför diskvalificerats. Kommunen har i kravformuleringen efterfrågat två referensuppdrag, varav det ena uppdragets värde ska uppgå till minst 500 000 kronor. Redovisat uppdrag ska dessutom vara genomfört och godkänt (AFB.52, stycke fyra). Climacare har i sitt anbud för Referens 1 angett ett ramavtalsuppdrag med ett totalt levererat värde understigande 500 000 kronor. Kommunen har genom kontakt med den referensperson som angetts i anbudet fått bekräftat att Climacare, sedan uppdragets avtalsstart den 1 januari 2019, inte har levererat till efterfrågat värde med slutlig och godkänd leverans. Det angivna referensuppdraget är således inte en fullgod referens och anbudet har rätteligen förkastats av Kommunen.

Kommunen har vid sin bedömning inte haft utrymme att ta hänsyn till andra referensuppdrag än de som angetts i anbudet. Det skulle innebära en enligt upphandlingslagstiftningen otillåten komplettering av uppgifter. Kommunen kan naturligtvis inte heller ta hänsyn till ny dokumentation på genomförda uppdrag som bifogats till ansökan om överprövning. Vad gäller

Kommunens tidigare upphandlingar av hantverkstjänster Ventilation respektive Styr och regler, har Climacare inte i sina anbud angett samma referensuppdrag som i anbudet i nu aktuella upphandling. Att Climacares anbud antagits i tidigare upphandlingar saknar därför helt relevans för denna överprövning.

Referenskravets uppdragsvolym om 500 000 kronor är inte oproportionerligt högt, som Climacare anger i sin ansökan. Climacares resonemang kring ramavtalsvolym, antalet beställningar och deras värde ser ut att vara rena antaganden. Kontraktsvärdet på aktuell upphandling uppgår de facto till cirka 4 miljoner kronor (cirka 900 000 kronor per år). Avropen/förnyade konkurrensutsättningar kan under avtalstiden variera både vad gäller värde och kvantitet. Det finns således inget som stödjer Climacares resonemang om oproportionerligt krav.

Med hänvisning till vad som anförts har Climacare inte lidit och riskerar inte att lida skada. Bolagets ansökan ska därför avslås.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Upphandlingsdokumentet

I punkten *AFA.21 Översiktlig information om objektet* med underrubriken *Förutsättning gällande rangordning* anges följande.

- ”Kvalificerade leverantörer kommer att rangordnas utifrån lämnat timpris och avrop kommer att göras på löpande räkning upp till 50 000 kr.”

I avsnittet med underrubriken *Förutsättningar gällande förnyad konkurrensutsättning* anges följande.

- ”Avrop kommer att göras till samtliga kvalificerade leverantörer från 50 000 kr och uppåt utifrån fast pris, om inget annat anges.”

- ”Beräknad ramavtalsvolym inom detta område är ca 900 000 SEK/år.”
- ”Kommunen garanterar dock inga volymer.”

I avsnittet med underrubriken *Avtalsperiod* anges bland annat följande.

- ”Avtalet löper i fyra år.”

I punkten *AFB.31 Anbuds innehåll och form*, där innehållet är markerat som ett obligatoriskt krav, anges bland annat följande.

- ”Anbudsgivaren ska i anbudet visa att den uppfyller förutsättningarna och kraven i förfrågningsunderlaget. Ett anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav kommer att förkastas.”

I punkten *AFB.52 Prövning av anbudsgivares lämplighet*, underrubriken *Referensuppdrag*, anges bland annat följande.

- ”Anbudsgivare ska under, de tre senaste åren, fram till sista anbudsdag ha genomfört minst två motsvarande uppdrag för olika uppdragsgivare och personer.”
- ”Referensuppdragen ska avse arbeten där värdet på respektive uppdrag överstiger 500 000 kr respektive 250 000 kr. De angivna beloppsgränserna ska utgöra rörentreprenadens del av projektets totala entreprenadsumma.”
- ”Observera att inlämnade/inlämnat uppdrag ska vara slutbesiktigat/slutbesiktigade och godkända/godkänt.”

I anbudsutrymmet i anslutning till nyss nämnda punkt finns rubriken *Referens 1* under vilken det anges ”Värde minst 500 000 kr”. Det framgår att det är fråga om ett obligatoriskt krav.

Climacare har i anbudsutrymmet uppgett att bolaget är aktivt i avtalet sedan den 1 januari 2019 och att avtalet gäller till och med december 2020 med möjlighet till förlängning.

Förvaltningsrättens bedömning

Utgångspunkter

Frågan i målet är om Kommunen genom utesluta Climacares anbud från fortsatt utvärdering kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I så fall får också prövas om Climacare lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

Inledningsvis antecknar förvaltningsrätten att obligatoriska krav som en upphandlande myndighet ställer upp i upphandlingsdokumenten i allmänhet får antas ha avsevärd betydelse för upphandlingens genomförande eller för den fortsatta användningen av föremålet för upphandlingen. Det ankommer på den som ansöker om överprövning av en upphandling att visa att ett uppställt krav inte har något godtagbart samband med föremålet för upphandlingen eller på annat sätt är oproportionerligt.

Är de obligatoriska kraven uppfyllda?

Av upphandlingsdokumenten framgår att Kommunen som obligatoriskt krav begär att de anbud som lämnas ska innehålla uppgifter om två referensuppdrag som var avslutade innan anbudstiden löpt ut och hade genomförts under de senaste tre åren. Det ena referensuppdraget (Referens 1) skulle ha haft ett värde för anbudsgivaren om sammanlagt minst 500 000 kronor.

Det är klarlagt och ostridigt i målet att det referensuppdrag som Climacare hänvisade till som Referens 1 inte var slutfört när anbudstiden löpte ut. Det har heller inte framkommit annat än värdet av de uppdrag som eventuellt var utförda vid den tidpunkten understeg 500 000 kronor. Det står följaktligen klart att Climacares anbud inte uppfyllde de uppställda obligatoriska kraven i denna del. Förvaltningsrätten antecknar i detta sammanhang att uppgifter om tidigare utförda uppdrag som Climacare tillfört målet inte kan beaktas

eftersom de inte ingick i själva upphandlingen. I målet är det den upphandlande myndighetens genomförande av upphandlingen som ska bedömas.

Var kraven oproportionerliga?

Climacare gör gällande att kravet på att anbudsgivare tidigare skulle ha fullgjort något liknande uppdrag till ett sammanlagt värde om 500 000 kronor var oproportionerligt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det sammanlagda värdet på de tjänster som upphandlas uppgår till cirka 3,6 miljoner kronor enligt Kommunens prognos (900 000 kronor/år x 4 år). Förvaltningsrätten anser inte att Climacare visat att kravet på utfört uppdrag av liknande slag till ett sammanlagt värde om minst 500 000 kronor är oproportionerligt. Det får också anses ha klart samband med föremålet för upphandlingen.

Förvaltningsrätten antecknar också att Climacare inte närmare har klargjort på vilket sätt företaget skulle ha lidit skada till följd av kravets utformning.

Sammanfattande bedömning

Som framgår av ovanstående har inte Climacare visat att Kommunen i upphandlingen brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i den lagen. Någon grund för ingripande i upphandlingen från förvaltningsrätten sida har därmed inte framkommit. Climacares ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Susanne Nilsson
Chefsrådman

Föredragande i målet har varit fördragande juristen Per Olofsson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

