



SÖKANDE

Construera Sverige AB, 556735-3080

Ombud:

Advokat Christoffer Stavenow och biträdande jurist Max Thimmig
Stavenow Advokatbyrå AB
Skeppsbron 40
111 30 Stockholm

MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-10-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun (kommunen) genomför en upphandling ”Fastighetsunderhåll, byggservice”, dnr 2019:217. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 3 juni 2019 framgår att kommunen har för avsikt att anta andra ramavtalsleverantörer än Construera Sverige AB (bolaget) och att det bedömdes att bolagets anbud inte uppfyllde ställda krav på referensprojekt.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse av upphandlingen på så sätt att bolagets anbud ska antas som leverantör på ramavtalet. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Kommunens krav på referensuppdrag är utformat på ett sätt som strider mot principen om transparens på det sätt som avses i 4 kap. 1 § LOU. På grund av kommunens otydliga och oförutsebara utformning av kravet har bolaget lidit skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU. Kommunen har ställt krav på att ”minst ett” av två referensuppdrag ska ha en minsta omsättning om 20 miljoner kronor. Kommunen har även i sitt svar på en fråga om omsättningskravet angivit att ”ett uppdrag” ska uppgå till minst 20 miljoner kronor. Bolaget tolkade kommunens svar i frågor och svar som att det var tillräckligt att enbart ett referensuppdrag var ett ramavtal och hade en omsättning om minst 20 miljoner kronor. Bolaget har i anbudet angivit ett uppdrag på 53 miljoner kronor och ett uppdrag på 9 miljoner kronor. Bolaget har flera referensprojekt som överstiger 20 miljoner kronor och hade angivit två sådana om det hade varit tydligt att det var två som krävdes. Det andra referensuppdraget låg inom ett ramavtal vars sammanlagda omsättning var 36 miljoner kronor, vilket innebär att bolaget klarar kravet även med det andra referensavtalet. Referensuppdraget utfördes åt kommunen.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Kommunen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen, vilket innebär att bolaget inte har lidit skada eller kan komma att lida skada. Det framgår av upphandlingsdokumenten att det gäller ”två (2) referensuppdrag av samma typ och omfattning”. Kravet om omfattning gäller båda uppdragen. Detta framgår dessutom av lydelsen ”20MSEK/referensuppdrag”. Kommunen klargör vidare att minst ett av dessa uppdrag ska vara ”ramavtal med återkommande arbeten”. Detta krav om referensuppdrag avseende ramavtal gäller alltså inte båda referensuppdragen. Det framgår tydligt av bolagets bilaga i anbudet att kravet för referensuppdrag inte är uppfyllt. I frågor/svar klargör kommunen att omfattning för ramavtal ska beräknas på summan av de återkommande arbetena, dvs. på helheten av avrop i aktuellt ramavtal och inte för ett enskilt projekt. Svaret säger inget om att omsättningskravet 20MSEK/referensuppdrag bara gäller det ena referensuppdraget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens prövning avser om det finns skäl för ingripande enligt LOU på de grunder bolaget har anfört (jfr RÅ 2009 ref. 69). Bolaget har anfört att kommunens krav på referensuppdrag är otydligt utformat och strider mot transparensprincipen.

I AFB.52.2 under *Referensuppdrag* anges:

För att styrka anbudsgivarens förmåga avseende yrkeskunnande, erfarenhet och tillförlitlighet inom området ska denna förteckna och bifoga två (2) referensuppdrag av samma typ och omfattning som är genomförda eller pågående under de senaste tre (3) åren, räknat från sista anbudsdag i denna upphandling. Uppdragen ska vara utförda av två (2) olika beställare.

Minst ett av uppdragen ska avse ramavtal eller liknande med återkommande arbeten och kontraktssumman ska ha uppgått till minst 20MSEK/referensuppdrag.

[...]

Som svar på fråga om kommunen menar att ett av ramavtalen ska uppnå 20MSEK eller ett projekt i ramavtalet ska uppnå 20MSEK angav kommunen:

Vi menar att ett uppdrag ska vara av karaktären ramavtal eller liknande med återkommande arbeten med en minsta omsättning 20MSEK.

Av principen om transparens i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50). Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00 SIAC Construction Ltd).

Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget visserligen hade kunnat utformas med större tydlighet. Det anges dock att anbudsgivaren ska lämna två referensuppdrag av samma typ och omfattning samt att kontraktssumman ska ha uppgått till minst 20MSEK/referensuppdrag. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör måste ha stått klart vad som efterfrågades. Förvaltningsrätten anser därför att kravet inte står i strid med transparensprincipen. Vad som framgår av frågor och svar förändrar inte bedömningen. Förvaltningsrätten anser att det inte heller framkommit att kravet står i strid med någon annan bestämmelse i LOU. Bolagets anbud uppfyller inte kravet på två referensuppdrag med en omsättning på 20 miljoner kronor per uppdrag. Vad bolaget i förvaltningsrätten har anfört om att det underkända uppdraget låg inom ett större ramavtal för kommunen innebär inte att anbudet kan godtas. Grund för ingripande enligt LOU saknas därmed. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Anneli Berglund Creutz
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Sofia Hellblom har handlagt målet.



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 nyårsafton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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.

