



SÖKANDE

Gunnar Karlsen Sverige AB, 556607-5692

Ombud: advokat Göran Andersson och
jur. kand. Markus Garfvé
Hellström Advokatbyrå KB
Box 7305
103 90 Stockholm

MOTPART

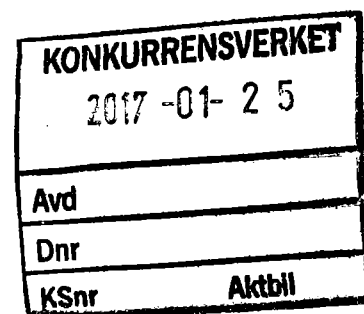
Bodens kommun
961 86 Boden

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND

Bodens kommun (kommunen) har genom förenklat förfarande upphandlat ramavtal för kylarbeten 2016 (dnr KS 600-16).

Av tilldelningsbeslutet den 16 november 2016 framgår att Friginor Kylmontage & Service AB (Friginor) antagits som leverantör nr 1 med lämnad anbudssumma om 499 980 kr. Gunnar Karlsen Sverige AB (GK) med angiven anbudssumma om 506 000 kr har antagits som leverantör nr 2 av tre antagna leverantörer.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad GK framför

GK ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att Friginors anbud inte ska beaktas vid utvärderingen.

Till stöd för sin talan framför GK sammanfattningsvis följande.

Friginors anbud uppfyller inte det obligatoriska kravet på referensobjekt i punkten AFB.52. Friginors referensuppdrag är pågående och inte slutgodkända, dvs. avslutade. Eftersom kravet att ange slutgodkända referensuppdrag utgör ett obligatoriskt krav i upphandlingen skulle Friginors anbud rätteligen ha förkastats. Som en konsekvens av detta har kommunens möjligheter att kontrollera Friginors tekniska kapacitet försämrats avsevärt.

En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska yrkesmässiga kapacitet (11 kap. 2 § LOU). Vilka bevis som kan krävas gällande att anbudsgi-

varen har rätt teknisk kapacitet framgår av 11 § samma kapitel. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 2 februari 2011 (mål nr 6528-10) funnit att det inte föreligger något hinder mot att i förfrågningsunderlaget ange att referensuppdrag kan vara pågående. Enligt bolagets mening får rättsläget förstås som att för att pågående referensuppdrag ska godtas för att styrka en anbudsgivares tekniska kapacitet krävs att det tydligt angivits i förfrågningsunderlaget att dylika referensuppdrag godtas.

Av praxis rörande utformningen av förfrågningsunderlag framgår att dessa måste vara utformade så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka förfrågningsunderlaget på samma sätt. I aktuellt fall har kravet formulerats som så att anbudsgivaren ska ha genomfört minst tre liknande godkända referensobjekt. Det är svårt att förstå hur en anbudsgivare ska kunna tolka formuleringen som att pågående uppdrag accepteras som referensuppdrag. Något som är genomfört är också avslutat. I AFB.52 har även angetts att med liknande referensobjekt avses ramavtal eller entreprenader som har omfattat kylarbeten. Någon skillnad mellan ramavtal och entreprenader har inte gjorts i förfrågningsunderlaget. Därutöver framgår av formulering i AFB.52 att arbetena ska vara slutgodkända. Begreppet ”godkända” har vidare definierats som att uppdragen ska ha utförts i enlighet med kontraktshandlingarna. Till detta har också ordet slut lagt till. Sett tillsammans kan skrivningen inte förstås på annat sätt än att uppdraget slutligt bedömts utförts enligt kontraktshandlingarna. För att en sådan bedömning ska kunna göras krävs att uppdragen avslutats. Om ett ramavtal lämnats som referensobjekt så får förfrågningsunderlaget, enligt bolaget, förstås som att arbetet enligt ramavtalet inklusive gjorda avrop, har utförts enligt kontraktshandlingarna och är avslutade.

Att gå från en skrivning som anger att ramavtal godtas som referensuppdrag till att det ska vara underförstått att dessa inte behöver vara avslutade är en oerhört extensiv tolkning. Det framgår ingenstans att kravet inte gäller ram-

avtal. Ett obligatoriskt kravs direkta ordalydelse ska självfallet ha företräde framför eventuella extensiva tolkningar. Något annat vore direkt i strid med likabehandlings- och transparensprincipen. Rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan inte förväntas gissa sig till den upphandlande myndighetens extensiva tolkningar av uppställda krav i förfrågningsunderlaget. Om kommunen avsett att pågående ramavtal skulle vara undantagna från kravet på att pågående lämnade referensuppdragen måste vara avslutade hade detta behövt anges i förfrågningsunderlaget. Av de gemenskapsrättsliga principerna följer att kommunen heller inte har någon möjlighet att i efterhand frånfalla uppställda krav i förfrågningsunderlaget.

Sammanfattningsvis får det uppställda kravet uppfattas omfatta vilken typ av referensobjekt som än anges. Detta innebär att även ramavtal, såsom entreprenader och avrop från ramavtal ska vara avslutade. För att pågående ramavtal ska kunna godtas som referensobjekt krävs uttryckligt stöd i förfrågningsunderlaget.

GK:s anbud placerades på andra plats varför GK har lidit eller riskerat att lida skada av kommunens agerande.

Vad kommunen framför

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan om överprövning och framför sammanfattningsvis följande.

I upphandlingen inkom tre anbud och samtliga ansågs uppfylla de obligatoriska kraven och gick därmed vidare till utvärderingen. Utvärdering har skett enligt lägsta totala anbudspris och Friginor lämnade den lägsta anbudssumman och rangordnades därmed på första plats. GK:s anbud hade den näst lägsta anbudssumman och rangordnades därmed på andra plats.

Friginors anbud uppfyller de ställda kraven på teknisk kapacitet i upphandlingen. Friginor lämnade tre referensobjekt; ett ramavtal med Coop Norrbotten samt två serviceavtal med Ica Kvantum och Coop Arena. Samtliga avtal är pågående och nu gällande ramavtal. Avtalen har varit gällande i 23 år, 18 år samt ett år med årliga avrop om mellan 100 000-1 000 000 kr per år. Ett serviceavtal/ramavtal innebär ett kontrakt med löpande avrop av specifika arbeten/objekt under avtalstiden.

Det är korrekt såsom GK påstår att bifogade referensramavtal är alltfjämt pågående. Det innebär dock inte att de av den anledningen inte skulle vara godkända referensobjekt enligt de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget utförligt beskrivit vad som avses med slutgodkända referensobjekt. Med godkända avses att uppdragen utförts i enlighet med kontraktshandlingar. Ett godkänt referensobjekt är därmed ett uppdrag som utförts i enlighet med kontraktshandlingarna. Ett ramavtal kan aldrig bli slutgodkänt utan det är enbart specifika objekt, dvs. avgränsade arbeten som kan bli slutgodkända. Ett ramavtal nyttjas för löpande avrop av specifika objekt/separata avgränsade arbeten under dess avtalstid. Därmed kan man inte tillämpa lydelsen att ett ramavtal måste vara avslutat (icke giltigt) för att uppfylla kravet på teknisk kapacitet i upphandlingen. Av den anledningen har kommunen beskrivit att den med godkända referensobjekt avser att arbetena – i detta fall avropen på gällande ramavtal/serviceavtal – ska vara utförda i enlighet med kontraktshandlingarna. Kommunen har även tydligt angett att den både godkänner separata objekt (beställningar) och ramavtal såsom bevis på att den tekniska kapaciteten uppnåtts.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget mycket detaljerat redogjort för vad som är ett slutgodkänt arbete. Ett slutgodkänt arbete innebär att arbetet är

utfört i enlighet med kontraktshandlingarna. Det är arbetena som kommunen bedömer – inte ramavtalet i sig. Ett arbete kan antingen utföras enligt ett separat upphandlat kontrakt eller såsom ett avrop under ett befintligt ramavtal. Ett ramavtal möjliggör att flertalet arbeten utförs utifrån de i ramavtalet givna förutsättningarna. I det fall en anbudsgivare väljer att avlämna separata arbeten (objekt) som bevis på att de uppfyller kravet på teknisk kapacitet så bedömer kommunen de enskilda arbetena och då ska de specifika arbetena vara utförda i enlighet med kontraktshandlingarna. För att kommunen ska kunna göra den bedömningen måste de specifika arbetena vara slutgodkända, dvs. inte pågående. Om en anbudsgivare däremot avlämnar ramavtal som referensobjekt – vilket möjliggörs ordagrant med lydelsen i kravet – är det inte ramavtalet som ska vara avslutat utan de specifika arbetena som avropats från ramavtalet.

Friginor har i anbudet intygat att arbetena har utförts i enlighet med gällande kontraktshandlingar. De har även beskrivit att avrop har skett på de avlämnade ramavtalen/serviceavtalen med ett värde om minst 100 000 kr per år. Kommunens krav på referensobjekt om minst 50 000 kr uppfylls därmed mer än väl. Det har inte framkommit några uppgifter om att de arbeten som avropats på dessa objekt inte skulle vara i enlighet med kontraktshandlingarna. De bifogade referenserna uppfyller därmed kommunens krav om slutgodkända uppdrag.

Kravet på referensobjekt och vad kommunen avser är mer än tillräckligt tydligt. Det kan för en normalt kunnig anbudsgivare inom avsedd bransch inte förekomma minsta tvivel om vad kommunen avser. Kommunen har även definierat vad som avses med slutgodkända arbeten just för att förtydliga förutsättningarna. Det är väl känt för en anbudsgivare inom entreprenadbranschen att det är separata arbeten/objekt som blir slutgodkända och att arbeten som utförs genom avrop från ramavtal ska utföras i enlighet med kontraktshandlingarna (i enlighet med ramavtalet). Det förekommer inte att

ramavtal blir slutgodkända så de är avsedda för löpande avrop. Däremot kan de specifika avropen bli slutgodkända.

Kommunen vill också påpeka att någon utvärdering av kvaliteten på referensobjekten inte görs. Kommunen har enbart krav på att arbetena ska vara utförda i enlighet med kontraktshandlingarna. Detta är möjligt att bedöma även från pågående ramavtal under förutsättning att avrop skett från ramavtalen – vilket har skett i Friginors fall.

De tre ramavtalen som Friginor hänvisat till har alla tre haft löpande avrop under mer än ett år – i vissa fall under så lång tid som över 20 år. Det är dessa arbeten som ska vara slutförda i enlighet med kontraktshandlingarna. Det är därför inte relevant huruvida ramavtalen/serviceavtalen är nu gällande eller inte.

Det skulle motsatsvis vara ett oproportionerligt krav om kommunen krävde att ramavtalen skulle vara avslutade då det inte finns någon koppling mellan teknisk kapacitet och att ramavtalen skulle vara avslutade. Det som är viktigt är att det skett avrop av arbeten från ramavtalet och att de uppfyller kravet på att vara utförda i enlighet med kontraktshandlingarna.

Aktuellt förfrågningsunderlag uppfyller de gemenskapsrättsliga principerna och har upprättats i enlighet med LOU. Anbudet från Friginor uppfyller de i upphandlingen ställda kraven. Friginors referensobjekt uppfyller kravet på att vara utförda i enlighet med kontraktshandlingarna.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har upphävts och en ny lag (2016:1145) om offentlig upphandling har trätt i kraft den 1 januari 2017. Enligt övergångbestämmelserna gäller alltså den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter ska 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 iaktas.

I 16 kap. 6 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. En upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma hur förfrågningsunderlaget ska utformas under förutsättning att detta inte strider mot LOU:s bestämmelser eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen.

GK gör gällande att Friginors anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, varför bolagets anbud rätteligen borde ha förkastats. GK menar därvid att Friginors referensobjekt är pågående, varför anbudet inte uppfyller kravet på slutgodkända referensobjekt i punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har anfört att den omständigheten att Friginors referensobjekt alltjämt är pågående inte innebär att dessa av den anledningen inte skulle vara godkända referensobjekt enligt de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Kommunen anser att det uppställda kravet ska tolkas på så sätt att ett slutgodkänt arbete innebär att arbetet är utfört i enlighet med kontraktshandlingarna och att kravet inte innebär att ramavtalet måste vara avslutat.

Av **Administrativa föreskrifter punkten AFB. 52** anges följande.

Anbudsgivaren ska ha genomfört minst tre (3) liknande godkända referensobjekt utförda åt 3 olika privata eller offentliga mottagare under de senaste 5 åren där kontraktssumman uppgått till 50 000 SEK per objekt. Med liknande referensobjekt avses ramavtal eller entreprenader som har omfattat kylarbeten. Om nyckelpersons referensobjekt åberopas ska detta anges i anbudsformuläret.

OBS! Anbudsgivaren ska avlämna tre referensobjekt som uppfyller ovan angivna punkter. Arbetena ska vid anbudsinlämningen vara slutgodkända. Med godkända avses att uppdragen utförts i enlighet med kontraktshandlingarna.

Frågan i målet är således hur det nu aktuella kravet på referensobjekt i punkten AFB.52 ska tolkas och om Friginors anbud uppfyller kravet.

Syftet med det aktuella kravet på referenser är att fastställa anbudsgivares tekniska kapacitet att utföra uppdraget och kravet utgör ett obligatoriskt krav som hänför sig till leverantörskvalificeringen.

Förvaltningsrätten konstaterar att Friginor har lämnat tre referensobjekt samt att samtliga tre referensuppdrag är fortfarande pågående ramavtal. Avtalen har varit pågående i cirka 23 år, 18 år och ett år och avrop har skett med minst 100 000 kr per år. Förvaltningsrätten anser förvisso att kommunens formulering av kravet i AFB.52 inte är optimalt utformat men samtidigt att en annan tolkning än den kommunen gjort inte låter sig göras. Att tolka kravet såsom att även ett ramavtal som pågått under cirka tjugo års tid måste vara *avslutat* för att vara *slutgodkänt* skulle enligt förvaltningsrättens mening strida mot proportionalitetsprincipen. Ett sådant ramavtal kan per definition rimligen inte bli slutgodkänt utan godkänt per avgränsat arbete. Förvaltningsrätten bedömer även att kravet är så klart och tydligt utformat i förfrågningsunderlaget att normalt omsorgsfulla anbudsgivare har haft möjlighet att förutse vad kommunen har avsett med kravet och därigenom lämna konkurrenskraftiga anbud.

Förvaltningsrätten anser därmed att de lämnade referenserna inryms under det krav kommunen har ställt. GK har följaktligen inte framfört något som visar att kommunen brutit mot bestämmelserna i LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna när den godkänt de lämnade referensobjekten. Skäl för ingripande enligt LOU finns därmed inte, varför ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga).



Marika Pernu

Carola Andersson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.