



SÖKANDE

Indoor Energy Services Sweden AB, 556396-5911
Vretenvägen 4
171 54 Solna

Ombud: Filiph Persson-Kangas
Indoor Energys Services Sweden AB
Eskilstunavägen 7
611 56 Nyköping

MOTPARTER

1. Klimatteknik Industri & Fastighetservice i Sverige Aktiebolag, 556958-8113
Finntorpsvägen 2 B
611 45 Nyköping

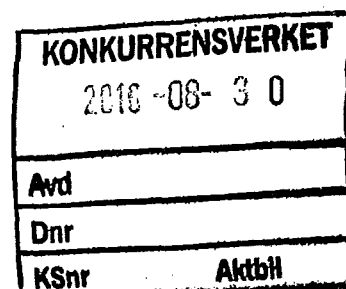
2. Nyköpings kommun
611 83 Nyköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen avseende fackområde Kyla och kylanläggning får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny anbudsutvärdering, varvid anbudet från Klimatteknik Industri & Fastighetservice i Sverige Aktiebolag inte får beaktas.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Nyköpings kommun (Kommunen) genomför en upphandling avseende *Hantverkstjänster för avrop*, dnr KK15/642. Upphandlingen är uppdelad i 14 fackområden och genomförs som öppet förfarande enligt LOU. Anbud kan lämnas för ett eller flera fackområden och Kommunen avser att anta tre leverantörer per fackområde, som rangordnas utifrån tilldelningsgrunden lägsta pris. Kommunen meddelade den 17 maj 2016 ett tilldelningsbeslut avseende fackområde Kyla och kylanläggning enligt vilket anbud från KlimattekniK Industri & Fastighetsservice i Sverige Aktiebolag (KlimattekniK), Indoor Energy Services Sweden AB (Bolaget) och Plåt & Ventilation i Nyköping AB antogs och KlimattekniK rankades som nummer 1 och Bolaget som nummer 2.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen avseende fackområde Kyla och kylanläggning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse med innebörden att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från KlimattekniK.

Kommunen och KlimattekniK begär att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

KlimattekniKs anbud uppfyller inte upphandlingens samtliga obligatoriska krav.

Jäv

Av förfrågningsunderlaget och sedermera referensbilagan framgår vad gäller referenser att det är viktigt att referenten värderar leverantörens arbetsinsats så objektivt som möjligt, att lämnade referenser kommer att ligga till grund för leverantörens möjligheter att kvalificera sig till anbudsutvärdering samt att betyget 0 på någon av de frågor som referenten ska besvara innebär att leverantören kommer att uteslutas.

Klimattekniks styrelseordförande och ägare [REDACTED] har som referent angivit sin bror [REDACTED] för företaget PEAB Bostadsproduktion – Stockholm (PEAB). Då personen i fråga misstänks vara partisk då han står i en form av beroendeställning till anbudsgivaren föreligger det ett jävsförhållande.

Kommunen anför att enbart omständigheten att referenten är direkt anhörig till anbudsgivaren inte innebär en presumtion för att likabehandlingsprincipen träffs för när. Bolaget ifrågasätter naturligtvis Kommunens inställning. Syftet med referenstagningen i aktuell upphandling är att säkerställa att anbudsgivarna har den erfarenhet som krävs för att utföra uppdraget. Av förfrågningsunderlaget framgår att lämnade referenser ska utvisa att uppdraget har utförts till mottagarens fulla belåtenhet. Eftersom referenstagningen har genomförts på så sätt att referenten ska intyga antalet uppdrag och att uppdragen utförts till beställarens fulla belåtenhet följer det att den som intygar inte kan ha ett uppenbart eller uttalat egenintresse av att anbudsgivaren erhåller uppdraget. Det är upp till referenserna att intyga att de uppgifter som anbudsgivaren har lämnat stämmer med verkligheten. Det är därför viktigt att referenten är objektiv vid sitt upprättande av sitt svar. Att anbudsgivaren och referenten är bröder innebär av naturliga skäl att kravet på objektivitet samt även syftet med själva referenstagningen åsidosätts och träds för när.

Omständigheten att jäv inte uttryckligen regleras i LOU innebär inte att den upphandlande myndigheten kan agera på ett sådant sätt att principen om transparens och likabehandling sätts ur spel. Det finns även rikligt med rättsfall som behandlar frågan om jäv i offentlig upphandling.

Vid en korrekt genomförd utvärdering ska Klimatteknik erhålla 0 poäng för aktuell referens. Av förfrågningsunderlaget följer då att anbudet ska förkastas. Kommunen har genom att inte förkastas Klimattekniks anbud agerat i strid med LOU och likabehandlingsprincipen.

Angående bifogat CV

██████████ utgör för Klimatteknik en nyckelperson. Klimatteknik har specifikt angivit att ██████████ kommer att vara platschef. Av förfrågningsunderlaget framgår att det i anbudet ska bifogas en redovisning av anbudsgivarens organisation med namn på arbetsledning och CV/meritförteckning där det framgår att efterfrågad erfarenhet finns.

Informationen som finns angiven i ██████████ CV om att han under den tid han arbetade på Bolaget (då under firmanamnet ITS Indoor Service i Solna) 2006-2010 skulle ha ansvarat för över 100 Statoil bensinstationer och 20 SEB kontor i Mellansverige stämmer inte. Det går därmed inte att klargöra att Klimatteknik har den efterfrågade kompetensen som krävs för uppdraget. Anbudet uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet enligt punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget.

Vid bedömningen om huruvida Klimattekniks personal ██████████ uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget har Bolaget utgått ifrån den information som Klimatteknik uppgett i sitt anbud. Bolaget har aldrig påstått att meritförteckning skulle ha upprättats på ett felaktigt sätt. Däremot gör Bolaget

gällande att [REDACTED] som nyckelperson inte innehar den erfarenhet som efterfrågas.

Åberopande av andra företags kapacitet

Av förfrågningsunderlaget framgår att om anbudgivaren avser att åberopa andra företags ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet ska detta anges i anbudsformuläret. Klimatteknik har i sitt anbud angivit [REDACTED] som OVK/Injusterare utan att specificera att [REDACTED] inte är anställd på Klimatteknik. Klimatteknik har tagit med [REDACTED] i sin organisationsplan vilket tydliggör att dennes yrkesmässiga kapacitet kommer att nyttjas inom ramen för upphandlat uppdrag. Om det inte föreligger behov för Klimatteknik att nyttja [REDACTED] eller Lilja Ventilation AB ifrågasätter Bolaget varför Klimatteknik tagit med denna resurs i sin organisationsplan.

Klimatteknik har i sitt anbudsformulär inte angivit att annat företags kapacitet kommer att åberopas vid utförande av aktuella tjänster. Anbudet uppfyller därmed inte det ställda obligatoriska kravet.

Skada

Klimatteknik har placerat sig på första plats i rangordningen och Bolaget på en andra plats. För det fall Klimattekniks anbud förkastas kommer Bolaget att tilldelas första plats i rangordningen. Bolaget kommer då att som nummer ett i rangordningslistan tillfrågas först. Bolaget har därmed lidit skada på grund av Kommunens brott mot LOU.

Kommunen

Kommunen har inte brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Vad gäller det som Bolaget fört fram om jäv kan konstateras att LOU inte innehåller några bestämmelser om jäv. Frågan om eventuellt jäv hos den åberopade personen har därför inte någon självständig betydelse i målet. Vad som ska prövas i målet är om åberopade omständigheter medför att kommunen agerat på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen. Det förhållandet att en av de personer som åberopats i ett referensuppdrag är anhörig till anbudsgivaren kan visserligen medföra att förtroendet för att en opartisk bedömning görs rubbas. Enbart den omständigheten kan dock inte anses innebära en presumtion för att likabehandlingsprincipen träts för när. Det ankommer då på Bolaget att visa att likabehandlingsprincipen åsidosatts. Vidare bör beaktas att det som efterfrågats primärt är referensuppdrag som sådant och inte en referensperson.

Bolaget anser i sin ansökan att [REDACTED] ansvarsbeskrivning överdrivits i bifogad CV/meritförteckning, och att detta bör anses som en mycket allvarlig osanning. Klimatteknik/[REDACTED] anger i bilaga Företagsberättelse till anbudet, att han vid sin anställning 2006-2010 på ITS Indoor Service i Solna redan efter ett år blev ledande servicemontör och ansvarade över 100 Statoil bensinstationer och 20 SEB kontor i mellan Sverige. Bolaget har inte närmare preciserat var denna osanning består i och om uppgiften överhuvudtaget inte stämmer eller om den är förvanskad eller överdriven. Kommunen har inte funnit skäl att ifrågasätta att [REDACTED] under den aktuella tiden var anställd hos ITS Indoor Service i Solna. Vad avser vilka arbetsuppgifter han utfört i praktiken respektive vad hans formella ansvar var så står ord mot ord. Kommunen anser vidare att [REDACTED] påstående om hans erfarenhet som ledande servicemontör med ansvar för 100 bensinstationer och 20 bankkontor inte på avgörande sätt påverkat Kommunens bedömning av Klimattekniks förmåga att utföra efterfrågade uppdrag, då [REDACTED] endast är en del av Klimattekniks samlade resurser och kompetens. Klimatteknik har åtta medarbetare och torde enligt Kommunens bedömning,

med hänsyn till sin organisationsbeskrivning, besitta de resurser som krävs för utförande av efterfrågade uppdrag.

Kommunen anser att huruvida [REDACTED] är anställd av Klimatteknik eller utför uppdraget som underleverantör saknar betydelse för Klimattekniks förmåga att utföra sitt uppdrag, eller på annat sätt menligt påverkar Klimattekniks förmåga att bistå med den kompetens, förmåga och resurser som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Det finns heller inget uttryckligt förbud mot att använda sig av underleverantör för utförare av uppdrag. Kommunen anser därmed att det saknats anledning att göra vidare efterforskningar gällande denna punkt.

Det är Kommunens bedömning all dessa ovan nämnda faktorer inte på avgörande sätt påverkat Kommunens bedömning av anbudsgivarens kompetens och därmed dess förmåga att utföra i förfrågningsunderlaget efterfrågade arbeten. Mot bakgrund av ovanstående anser Kommunen att ansökan om överprövning bör avslås.

Klimatteknik

Klimatteknik anser att bolaget kan välja vilken referens det vill åberopa, eftersom det inte finns någon bestämmelse gällande jäv i LOU. Klimattekniks referens är giltig och den poäng som är satt är inte överdriven.

Bolaget hävdar att det i [REDACTED] CV/Meritförteckning förekommer osanningar och att han inte har ansvar och utfört arbeten mot bensinstationer och SEB kontor när han tidigare var anställd på Bolaget. Detta är en allvarlig osanning från Bolagets sida. Bolaget har inte heller någon som helst aning vad Stefan Frost har gjort efter han slutade hos Bolaget och det är därför felaktigt att hävda att Klimatteknik inte har kompetens att bedriva aktuell verksamhet.

Bolaget hävdar att Klimatteknik kommer att nyttja ett annat företags ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet och missat att fylla i det i förfrågningsunderlaget. Klimatteknik har angivit att bolaget kan komma att ta hjälp av [REDACTED] som även har ett eget aktiebolag (Lilja ventilation AB) som underentreprenör eftersom Klimatteknik även räknade på ramavtal för fackområdet Ventilationsarbeten. Att [REDACTED] finns med i Klimattekniks organisationsplan är ett sätt att visa Kommunen att personen eventuellt kan tänkas bistå Klimatteknik som vilken underentreprenör som helst när Klimatteknik själva inte har tid eller möjlighet. Dessutom har Klimatteknik inte behov att nyttja Lilja ventilation AB:s ekonomiska eller tekniska kapacitet för att utföra arbetet mot Kommunen. I LOU finns inget om att man inte får använda sig av underentreprenörer. Kommunen har därför gjort en korrekt bedömning.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 2691-15).

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

Referensen PEAB

Bolaget har gjort gällande att Klimattekniks referens PEAB borde ha åsatts betyget 0 då referensbolagets kontaktperson [REDACTED] är bror till Klimattekniks ägare och styrelseordförande [REDACTED] och att jävsförhållande därmed föreligger samt att Klimattekniks anbud enligt vad som anges i förfrågningsunderlaget borde ha förkastats.

Av punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande i här aktuellt avseende.

Anbudsgivaren ska ange tre uppdrag över liknande efterfrågade arbeten utförda under de tre senaste åren [...]. Referensuppdragets utförande kommer att ligga till grund för kvalificering. [...] Referensuppdragets utförande kommer att bedömas av referenten [...]. Total betygsumma som kan erhållas är 63 poäng (21 poäng x 3 referenter). Total betygsumma på 40 poäng eller lägre innebär att anbudsgivaren utesluts från vidare prövning. Betyget 0 på enskild fråga leder direkt till uteslutning.

Förvaltningsrätten finner att den omständigheten att referensbolagets kontaktperson är anhörig till en person i ledande ställning hos anbudsgivaren i sig inte innebär att det är fråga om en sådan situation där en konkurrensfördel per automatik ska anses föreligga. Något förbud att mot att åberopa referensperson som är släkt med någon hos anbudsgivaren kan inte heller utläsas av förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av det anförda och vad som i övrigt framkommit av utredningen finner förvaltningsrätten att Bolaget inte har visat att Klimattekniks referens inte uppfyller ställda krav och därför skulle åsatts 0 poäng. Skäl för ingripande med grund i vad Bolaget anfört i denna del kan således inte anses föreligga.

Stefan Frosts kompetens

Bolaget har gjort gällande att [REDACTED] som nyckelperson i Klimatteknik inte innehar den erfarenhet som efterfrågas i upphandlingen då en del av den erfarenhet som beskrivs i hans CV inte är korrekt.

Av punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska ha tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet. Anbudsgivaren ska ha erfarenhet och kompetens, metoder och resurser för offererade arbeten.

I anbudet ska bifogas en redovisning av anbudsgivarens organisation med namn på arbetsledning och CV/meritförteckning där det framgår att efterfrågad erfarenhet finns.

Förvaltningsrätten konstaterar att det aktuella kravet innebär att anbudsgivaren ska lämna en beskrivning av sin organisation med uppgift om vilka personer som utgör arbetsledning och deras erfarenhet i syfte att kontrollera att anbudsgivare har den erfarenhet som erfordras för utförandet av de arbeten som är föremål för upphandlingen. Klimatteknik har lämnat efterfrågade uppgifter och således uppfyllt det ställda kravet. Av lämnad information kan enligt förvaltningsrättens mening inte utläsas att Klimatteknik saknar förmåga eller kapacitet att utföra uppdraget. Förvaltningsrätten anser inte att Kommunen haft någon anledning att ifrågasätta riktigheten i lämnade uppgifter och har därmed inte heller haft någon skyldighet att kontrollera om de stämmer eller inte. Förvaltningsrätten finner för övrigt att Bolaget endast inkommit med påståenden om att osanningar förekommit och således inte heller förmått visa att de lämnade uppgifterna är oriktiga. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU med anledning av vad Bolaget angett därvidlag.

Åberopande av andra företags kapacitet

Bolaget har gjort gällande att Klimatteknik genom att i sitt anbud utpeka [REDACTED] som OVK/Injusterare utan att specificera att [REDACTED] inte är anställd på Klimatteknik åberopat annat företags kapacitet vilket enligt förfrågningsunderlaget ska anges i anbudet.

Av punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande ifråga om detta krav.

Anbudsgivaren ska ha tillgång till en organisation lämplig för uppdraget. Anbudsgivare som avser att åberopa andra företags ekonomiska, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet för att uppfylla ställda krav, ska vid eventuellt kontrakttecknande visa att denne förfogar över dessa resurser under hela kontraktperioden. Anges i anbudsformuläret om detta kommer att användas.

I anbudsformuläret (bilagan Skakrav) uppges under punkten 5.0 Andra företags kapacitet följande.

Krav 5.1

Ange om leverantör avser att använda annat företags kapacitet för att utföra efterfrågade arbeten.

Förvaltningsrätten konstaterar att Kommunen i förfrågningsunderlaget har ställt ett klart och tydligt obligatoriskt krav på att anbudsgivare som avser att använda sig av andra företags kapacitet för att uppfylla ställda krav eller för att utföra efterfrågade arbeten ska ange detta i anbudsformuläret. Klimatteknik har i målet vidgått att [REDACTED] inte är anställd hos Klimatteknik samt att Klimatteknik i anbudformuläret inte angett att bolaget avser att använda sig av [REDACTED] som underleverantör under kontraktstiden. Förklaringen till detta uppges vara att omnämmandet av [REDACTED] i Klimattekniks organisationsplan endast avsåg att visa att sådan resurs fanns att tillgå för det fall att Klimatteknik inte skulle ha möjlighet att utföra aktuell tjänst med egna resurser under kontraktstiden.

Förvaltningsrätten finner att alldeles oavsett i vilken utsträckning som KlimattekNIK vid anbudsgivning bedömde att [REDACTED] resurser skulle behöva nyttjas vid utförande av efterfrågade tjänster står klart att KlimattekNIK, genom att bolaget omnämnt denna resurs som del av sin erbjudna organisation, har haft för avsikt vid behov kunna använda honom som underentreprenör under kontraktstiden. KlimattekNIK har med beaktande härav, utifrån ordalydelsen i punkt 5.1 ovan, varit skyldigt att tydliggöra detta förhållande i anbudsformuläret vilket inte har skett.

Genom att kvalificera KlimattekNIK i upphandlingen trots att bolaget, i enlighet med det ovan sagda, inte uppfyller ett obligatoriskt krav har Kommunen agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Bolaget har rangordnats på andra plats vid tilldelningen av kontraktet och har därmed lidit skada genom Kommunens agerande. Det finns därmed grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom bristen inte avser det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen finner förvaltningsrätten att det är tillräckligt med en rättelse och då i form av en ny anbudsutvärdering varvid anbudet från KlimattekNIK inte får beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/ID-LOU).

Tomas Kjellgren

Rådman

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.