



SÖKANDE

Innova XSE AB, 556454-0101
Enebybergsvägen 21
182 48 Enebyberg

Ombud: Pontus Almberg
c/o Innova XSE AB
Enebybergsvägen 21
182 48 Enebyberg

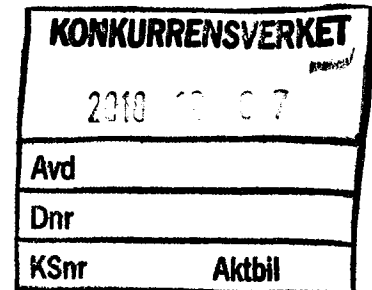
MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

Ombud: Advokaten Göran Andersson och biträdande juristerna Gustav
Delén och Ted Thyrén
Hellström Advokatbyrå KB
Box 7305
103 90 Stockholm

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sundsvalls kommun (kommunen) genomför en upphandling av ett komplett bilpoolssystem inklusive alkolås och ISA med automatisk övervakning för uppföljning och kontroll (dnr UH-2017-724). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande och med utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till användarvänlighet, garantier och servicenivåer. Av tilldelningsbeslutet framgår att uppdraget tilldelats 2MA Technology AB.

Innova XSE AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att vinnande anbud ska förkastas och att bolagets anbud ska antas. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan. Det vinnande anbudet uppfyller inte samtliga ska-krav. Av punkt 3.6.1 i Administrativa föreskrifter framgår att referensuppdragen ska vara slutförda under de tre (3) senaste åren räknat från denna upphandlings sista anbudsdag. Ska-kravet innebär inte att avtalen ska vara avslutade men att de redovisade uppdragen ska vara slutförda. 2MA Technology AB har för samtliga sina referensuppdrag angett startdatum och sedan ”löpande” som tid för uppdraget. Det kan inte tolkas som att uppdragen uppfyller kravet på att vara slutförda. 2MA Technology AB har därigenom inte visat att referensuppdragen är slutförda och därmed att ska-kravet är uppfyllt. Det strider mot transparens och likabehandling att 2MA Technology AB vann upphandlingen trots att samtliga ska-krav inte var uppfyllda. Bolaget har lidit skada genom att inte stå som vinnande anbud.

Kommunen motsätter sig bolagets ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. I upphandlingen hade utöver bolaget även 2MA Technology AB inkommit med anbud. Vid utvärderingen bedömdes inte bolagets anbud eftersom bolaget inte kunde vinna även om full poäng hade utdelats. Bolaget hävdar att 2MA Technology AB inte uppfyller det obligatoriska kravet som följer av punkten 3.6.1 i Administrativa föreskrifter. Detta påstående är felaktigt. Det är förvisso riktigt att 2MA Technology AB angett att

ifrågavarande referensuppdrag för närvarande är löpande. Detta medför emellertid inte att 2MA Technology AB inte uppfyller det obligatoriska kravet i punkten 3.6.1 i Administrativa föreskrifter.

Kommunen har uppställt ifrågavarande krav för att försäkra sig om att anbudsgivare har erforderlig erfarenhet för att kunna utföra och fullfölja de uppdrag som nu är föremål för upphandling. Kravet utgör ett obligatoriskt krav som hänför sig till leverantörskvalificeringen. Syftet har härvid varit att kunna förkasta anbud från leverantörer som alldeles nyligen startat sin verksamhet och inte heller inom ramen för tidigare verksamheter har erfarenhet av att slutföra leveranser av bilpoolsystem. Ett uppenbart syfte med användandet av referensuppdragen är att upphandlande myndighet ska ges möjlighet att kontrollera presumtiva leverantörers förmåga att uppfylla uppställda krav. 2MA Technology AB har lämnat tillräcklig och erforderlig information om referensuppdragen i sitt anbud och kommunen har därigenom haft möjlighet att kontrollera kravuppfylland. Kommunen har kontaktat de personer som 2MA Technology AB har angivit i sitt anbud i syfte att kontrollera och verifiera att 2MA Technology AB levererat enligt åberopade referensuppdrag. De kontroller som kommunen har företagit har på ett entydigt sätt visat att 2MA Technology AB levererat inom ramen för avtalen. Det innebär i samtliga fall att bolaget har slutfört efterfrågade leveranser.

Samtliga referensuppdrag som 2MA Technology AB har hänvisat till är pågående ramavtal. Avtalen har varit pågående i mellan två till fem år. En jämförelse kan göras med Förvaltningsrätten i Luleås dom den 24 januari 2017 i mål nr 2510-16, där en fråga av liknande karaktär var föremål för prövning. Domstolen konstaterade i det fallet att leveranser inom ramen för pågående ramavtal skulle anses vara ”slutgodkända”. På ett liknande sätt bör bedömningen i förevarande fall rimligen bli att de pågående ramavtal som 2MA Technology AB har hänvisat till inte behöver vara avslutade för att vara slutförda. I det här fallet har leveranserna av bilpoolsystemet skett enligt avtal. Leveranserna av de system som omfattas av ramavtalen är slut-

förda. Ramavtalen som sådana fortsätter emellertid att löpa för eventuella framtida åtaganden och ytterligare leveranser under avtalets löptid, vilka i sin tur också kan bli slutförda. I sammanhanget ska särskilt framhållas att ramavtal av detta slag per definition rimligen inte heller blir slutförda i sin helhet, utan endast per avgränsat arbete. Det är därför inte relevant huruvida ramavtalen nu är gällande eller inte. Med beaktande av att de leveranser som 2MA Technology AB företagit inom ramen för de åberopade referensuppdragen de facto är slutförda, saknar det betydelse att avtalen som sådana fortfarande löper. En annan ordning skulle enligt kommunens mening strida mot proportionalitetsprincipen. 2MA Technology AB uppfyller därmed de obligatoriska krav som följer av punkten 3.6.1 i Administrativa föreskrifter. Bolaget har inte heller gjort gällande att de avrop som följer av de åberopade ramavtalen inte skulle ha slutförts av 2MA Technology AB, varför skäl för ingripande enligt LOU saknas.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Av 4 kap. 1 § LOU följer att 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.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

Av 14 kap. 1 § första stycket LOU följer att en upphandlande myndighet i upphandlingen får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,

2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

Vidare följer av 14 kap. 1 § andra stycket LOU att de krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga. Myndigheten ska i annonsen eller i en inbjudan att bekräfta intresse ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in.

Ett krav enligt 1 § första stycket 3 får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard (14 kap. 5 § LOU).

Utredningen i målet

Av dokumentet Administrativa föreskrifter framgår bl.a. följande.

3.6.1 Erfarenhet

Anbudsgivaren ska ha utfört minst två (2) liknande uppdrag som denna upphandling omfattar, där anbudsgivaren har tagit ett helhetsansvar för genomförande av uppdragen. Därutöver ska uppdragen:

- vara slutförda under de tre (3) senaste åren räknat från denna upphandlings sista anbudsdag,
- omfattat leveranser av liknande varor och/eller tjänster som denna upphandling avser, samt
- omfattat motsvarande volymer som denna upphandling avser.

Anbudsgivaren ska styrka kravet genom att minst två (2) referenser anges för uppdragen enligt ovan. Kommunen kan komma att kontakta angivna referenser för att verifiera lämnade uppgifter.

En anbudsgivare som inte kan ange referensuppdrag enligt ovan, exempelvis på grund av att verksamheten är nystartad, ska på annat sätt kunna visa att kravet är uppfyllt exempelvis

genom att personer i ledande ställning har tidigare erfarenhet av liknande uppdrag införskaffade i tidigare anställning eller verksamhet under de tre (3) senaste åren.

Kravet bekräftas i Bilaga: Skallkrav/ESPD och referensuppdrag redovisas i Bilaga: Referensförteckning.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Prövningen är begränsad till vad sökanden har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har i målet anfört att det strider mot transparens och likabehandling att 2MA Technology AB vann upphandlingen utan att uppfylla samtliga skalkrav. Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte närmare har förklarat på vilket sätt det faktum att 2MA Technology AB tilldelats kontrakt i upphandlingen strider mot transparens och likabehandling. Vad bolaget anfört i denna del medför därför inte att det finns skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen.

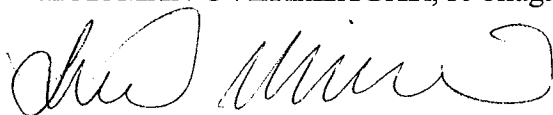
Bolaget har vidare i målet anfört att det vinnande anbudet inte uppfyller skalkravet i punkt 3.6.1 i Administrativa föreskrifter eftersom 2MA Technology AB angett att referensuppdragen är löpande. Detta kan enligt bolaget inte tolkas som att referensuppdragen är slutförda. Kommunen har förklarat att referensuppdragen som 2MA Technology AB har hänvisat till är pågående ramavtal och att ramavtal av detta slag per definition rimligen inte blir slutförda i sin helhet, utan endast per avgränsat arbete. Kommunen menar vidare att eftersom de leveranser som 2MA Technology AB företagit inom ramen för de återopade referensuppdragen inom ramavtalet de facto är slutförda, saknar det betydelse att ramavtalen som sådana fortfarande löper. En

annan ordning skulle enligt kommunens mening strida mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten finner att en tolkning av ska-kravet i punkt 3.6.1 i Administrativa föreskrifter måste göras utifrån syftet med kravet. Syftet är att säkerställa leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Begreppet ”slutförda” behöver inte innebära att ramavtalen i sig, som anbudsgivare hänvisar till genom angivandet av referensuppdrag, tidsmässigt har löpt ut. Det ligger i sakens natur att ramavtal kan vara långvariga och den tolkning som kommunen gjort att kravet avser själva uppdraget inom ramavtalet, är enligt förvaltningsrättens mening den enda rimliga. Detta stämmer också överens med ordalydelsen i 3.6.1 där det anges ”Därutöver ska uppdragen: vara slutförda under de tre (3) senaste åren räknat från denna upphandlings sista anbudsdag.” Enligt förvaltningsrättens mening är det tillräckligt att ett avgränsat arbete inom ett pågående ramavtal (uppdraget) är slutfört för att ska-kravet ska anses vara uppfyllt. Att tolka ska-kravet på det sätt som bolaget gör gällande skulle, enligt förvaltningsrättens bedömning, strida mot proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten finner att det bolaget anfört inte visar att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Några skäl att ingripa mot upphandlingen föreligger således inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Tina Montelius.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

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

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.