



SÖKANDE

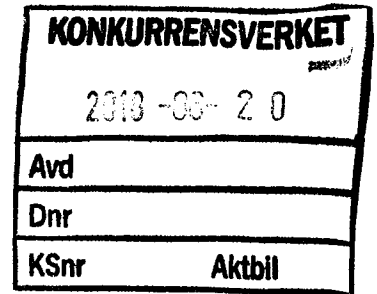
Ingenjörgruppen Ståhlkloo AB, 556160-2722
Nybrogatan 23
791 72 Falun

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Uppsala kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal benämnd ”Projekterande konsulter fastighet”, dnr KSN-2017-3447.

Ingenjörgruppen Ståhlkloo AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Kommunen har uppställt ett antal krav som står i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet i 4 kap. 1 § LOU. Kommunen har slagit ihop flera olika tjänster i ett och samma avtal, fastställt för höga golvpriser och uppställt ett tillgänglighetskrav som i praktiken ger fördel åt de som håller med lokal på platsen. Kraven är sådana som var och en, men även sammantaget, har förhindrat bolaget att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. Överträdelserna har medfört skada för bolaget i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Det är konventionella tjänster inom respektive teknikområde som efterfrågas, det finns ingenting i uppdragets specificering som kräver någon form av specialistkunskap etc. Det krav som ställs i upphandlingsdokumentet, att samtliga kompetensområden ska levereras av anbudsgivaren, står inte i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas. Kravet står inte i proportion till det behov som ställs. Vidare exkluderar kravet majoriteten av leverantörerna, är inte relevant utan av oväsentlig betydelse. Det finns ingen vinning för kommunen att enbart fråga efter en leverantör av samtliga tjänster då det minskar konkurrensmöjligheten för flera företag. Konkurrensen snedvrids då i princip endast en handfull företag har alla efterfrågade teknikområden inom sin egen verksamhet. Det medför ett stort hinder för övriga teknikföretag som måste ha dokumenterat samarbete i referensprojekt. I branschen är det separata teknikområden som

levereras av separata konsulter. Den oerhörda bredden, som krävs av en anbudsgivare, med sju stycken separata teknikområden sammanslagna till ett, gör att nuvarande upphandling inte främjar konkurrensen.

Skälen som kommunen anger är inte motiv för att kräva att samtliga teknikområden ska finnas hos anbudsgivaren. Kommunen anger att man vill ha en part som ansvarar för hela processen och som har det juridiska ansvaret vid fel. Men detta omfattas inte av upphandlingen då ingen projektledning ingår i denna upphandling. Vidare anger kommunen att en lösning med separata avtal per kompetensområde skulle medföra ett betydande merarbete för beställaren att sätta samman och samordna en projekteringsgrupp med nödvändiga kompetenser. Detta är heller inget giltigt skäl då samordningen av projektgruppen sköts av projekterings- och projektledaren som inte omfattas av denna upphandling. Det finns ingen grund för att det är betydligt enklare att sätta samman en projekteringsgrupp för projektledaren. Det går att genomföra som ett enkelt förfarande genom avrop. Att spara någon timme per teknikområde är inte proportionerligt. Det är inte lättare att utkräva ansvar vid fel om man har en än om man har sju leverantörer. Det är snarare en nackdel om ett projekt kan bli helt stoppat vid en tvist. Missnöjet bland teknik konsulter är mycket större då dessa utestängs från att konkurrera än om de riskerar att komma på andra eller tredje plats i ett avtal. Konkurrensen begränsas genom att det endast finns en handfull svenska teknikbolag som har samtliga kompetensområden. Att åberopa andra leverantörers kompetens är mycket svårgenomförbart och tekniskt komplicerat då olika kvalitets- och miljösystem etc. ska redovisas.

Vidare förhindrar kommunens golvpriser konkurrens. Rättelse av timpris-sättning mot ett förutbestämt golvpris har uteblivit. Kommunen meddelade i en tidigare version av denna upphandling att detta skulle rättas. Bolaget får, med sin förmåga att konkurrera med lägre timpris, fast med samma kompetens och kvalitet, inte möjlighet att göra detta. Golvpriserna förefaller satta

helt utan hänsyn till marknadens struktur och vad som i branschen de facto utgör normala prissättningar. För att uppnå ändamål såsom kompetens och kvalitet är det inte nödvändigt att sätta golvpriser, som tillika är såväl höga som omotiverade. En mindre ingripande åtgärd är att i enlighet med 16 kap. 7 § LOU begära att anbudsgivare förklarar enskilda anbudspriser som kommunen uppfattar som låga.

Utvärderingskriterierna minskar möjligheten för icke lokala teknikkonsultföretag att konkurrera. I ett av mervärdeskriterierna finns ett krav på närvaro för tillgänglighet och närvaro på plats i Uppsala. Ständig fysisk närvaro på platsen är inte nödvändig för att bereda beställaren god tillgänglighet i frågor som rör projektet. Fysiska möten är i många fall mer tidskrävande än exempelvis telefonkonferens. I de fall platsbesök är nödvändiga finns det ingen garanti för att en aktör med lokaler på platsen skulle kunna inställa sig snabbare än en aktör med andra lösningar för effektiv närvaro. Det finns sålunda mindre ingripande alternativ. Bolaget, som har lokal i närliggande kommun och därmed kan infinna sig inom loppet av ett par timmar, kan likväl täcka behovet men kommer inte att ges full mervärdespoäng i anbudsutvärderingen. Utvärderingskriterierna begränsar även konkurrensen när det gäller kriterierna samordning, resurser, planering och styrning samt kvalitetssäkring.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Bolaget har inte lidit någon skada. Kraven i upphandlingsdokumentet strider inte mot proportionalitetsprincipen eller likabehandlingsprincipen och det är i övrigt inte behäftat med något fel som föranleder att upphandlingen görs om eller rättas.

Skälen till kommunens krav på att anbudsgivaren ska kunna tillhandahålla konsulter inom efterfrågade kompetensområden är att komplexiteten och

tidspressen i de byggnadsprojekt som kommunen arbetar med kräver detta för att kunna genomföras på ett ändamålsenligt sätt. Med en leverantör som kan tillhandahålla samtliga kompetensområden blir det betydligt enklare för en projektledare att snabbt och effektivt sätta ihop en projekteringsgrupp med nödvändig kompetens. Det är även en stor fördel för kommunen att ha en avtalspart istället för många olika avtalsparter, bl.a. vid eventuellt utkrävande av ansvar för fel. Kommunen har tidigare haft ramavtal inom varje enskilt kompetensområde, vilket ledde till komplicerade och tidskrävande avropsprocesser med ett omfattande merarbete för projektledaren att få till stånd en projekteringsgrupp med samtliga erforderliga kompetenser. Den tidigare lösningen innebar även en risk för förseningar och otydliga ansvarsroller i projekten. Att ha många avtal med många olika leverantörer innebär också att de leverantörer som ligger långt bak i ramavtalens rangordning sällan får uppdrag, vilket leder till missnöje och minskat intresse av att göra affärer med kommunen. Detta drabbar kommunen hårt eftersom kommunen befinner sig i en expansiv fas och konkurrerar med privata byggherrar om ett begränsat antal konsultkompetenser på marknaden. Det eventuella negativa som upphandlingens utformning innebär är proportionerligt i förhållande till det avsedda syftet. Den enda negativa effekten är att mindre leverantörer kan behöva samarbeta med andra leverantörer under återopande av varandras kapacitet. Vad bolaget har framfört om svårigheterna att samordna och hantera flera olika leverantörer är liknande svårigheter som kommunen själv upplevt vid genomförandet av tidigare projekt. Kommunens mål med upphandlingen och dess utformning är att kunna köpa tjänster som är samordnade av leverantören på ett bra sätt, för att i så stor utsträckning som möjligt undvika sådana svårigheter. Upphandlingens utformning är befogad utifrån kommunens behov.

Upphandlingen innebär inte att konkurrensen snedvrids. Krav på årsomsättning har sänkts och krav avseende referensuppdrag omformulerats för att

möjliggöra för fler och mindre aktörer att delta. Kommunen har i den aktuella upphandlingen fått in 12 anbud.

Kommunen uppfyller kravet på att motivera varför myndigheten inte delat upp kontrakt i separata delar.

Kommunen ser hellre att leverantörerna konkurrerar med kvalitet än att de konkurrerar genom att pressa priser. Bolagets påstående om att upphandlingen inte har rättats i enlighet med det tidigare avbrytandebeslutet är felaktigt. Det har aldrig varit kommunens avsikt att frångå modellen med ett angivet golvpris för konsulterna.

Angående bolagets invändning att mervärdeskriterierna minskar möjligheten för icke-lokala företag att konkurrera kan konstateras att bolaget inte lagt något anbud. Bolaget kan inte ha lidit någon skada av utvärderingskriterierna. Närvarokriteriet är en viktig aspekt i projekt som rör lokalt byggande inom Uppsala kommun. En leverantör som tillhandahåller en tjänst åt en kommun måste alltid vara beredd på att tjänsten ska levereras inom den aktuella kommunens gränser. Kommunen har inte ställt krav på att anbudsgivaren ska ha säte eller kontor inom Uppsala kommunen, men önskar däremot en redogörelse från leverantören hur tillgänglighet och närvaro kommer att säkerställas. Det är fullt möjligt för flera anbudsgivare – oavsett om dessa har kontor i Uppsala eller inte – att erbjuda lösningar som visar exceptionell god tillgänglighet/närvaro och därmed erhålla det högsta mervärdesavdraget. När det gäller mervärdeskriteriet avseende kvalitetssäkring är det relevant och utgör inte något brott mot de upphandlingsrättsliga principerna.

Bolaget har inte lidit någon skada. Flera av de synpunkter som bolaget framfört är sådana att bolaget uppenbart inte lidit någon skada av dem.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 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. För att domstolen ska finna grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada, utan sökanden ska också visa att så har varit fallet på grund av de brister som har påtalats (se HFD 2013 ref. 53).

Bolaget har huvudsakligen anfört dels att kravet på att samtliga kompetensområden ska levereras av anbudsgivaren är oproportionerligt, dels att kommunens golvpriser förhindrar konkurrens och dels att utvärderingskriterierna minskar möjligheten för icke lokala teknikkonsultföretag att konkurrera.

Krav på att samtliga kompetensområden ska levereras av anbudsgivaren

Bolaget har anfört att kommunens krav på att samtliga kompetensområden ska levereras av anbudsgivaren är oproportionerligt och exkluderar ett stort antal leverantörer. Kommunen anser att kravet är motiverat med hänsyn till att komplexiteten och tidspressen i de byggnadsprojekt som kommunen arbetar med kräver detta för att kunna genomföras på ett ändamålsenligt sätt.

Kravet på att samtliga kompetensområden ska levereras av anbudsgivaren innebär att kommunen väljer att genomföra upphandlingen som en helhet istället för att dela upp den i mindre delar.

Det kan inledningsvis konstateras att en upphandlande myndighet har en stor frihet när den närmare bestämmer föremålet för upphandlingen (RÅ 2010 ref. 78). En upphandling får dock inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU). Det kan samtidigt konstateras att det inte föreligger någon grundläggande rätt för leverantörer att ges möjlighet till att lämna anbud i förekommande upphandlingar inom sitt verksamhetsområde.

Genom nuvarande upphandlingslagstiftning har särskilt slagits fast möjligheten för en upphandlande myndighet att besluta att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar (4 kap. 13 § LOU). Det har också införts en bestämmelse om att då en upphandlande myndighet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges (4 kap. 14 § LOU). Bestämmelserna är en implementering av art. 46.1 andra stycket i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014. I direktivet infördes en möjlighet, men inte skyldighet, för medlemsstat att göra det obligatoriskt att tilldela kontrakt i form av separata delar (artikel 46.4), vilket inte genomfördes i den svenska lagstiftningen (se även prop. 2015/16:195 s. 450). I skälen till direktivet uttalades att den offentliga upphandlingen bör anpassas till de små och medelstora företagens behov (skäl 78). I förarbetena till LOU diskuterades vilka kontrakt som kan delas upp varvid det uttalades att det med ledning av skältexterna (skäl 78 och skäl 79) kunde sägas att det ska röra sig om att det görs en större anskaffning av en vara, tjänst eller byggtreprenad och att ett kontrakt kunde delas upp på antingen kvantitativ eller kvalitativ grund (prop. 2015/16:195 s. 451). I direktivet angavs att den upphandlande myndigheten bör ha skyldighet att överväga huruvida det är lämpligt att dela upp kontrakt i delar, samtidigt som det står den fritt att självständigt fatta sitt

beslut på grunder den anser vara relevanta, utan att underkastas administrativ eller rättslig kontroll (skäl 78). I förarbetena konstaterades att upphandlande myndigheter självständigt ska bestämma upphandlingsföremålet och att de enligt direktivet inte har någon skyldighet att dela upp kontrakt. Ett beslut i fråga om uppdelning eller inte är ett sådant förberedande, internt övervägande som inte i sig kan bli föremål för en ansökan om överprövning. Om en upphandlande myndighet i något fall skulle använda bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i ett otillbörligt syfte att styra utfallet på ett konstgjort sätt (jfr artikel 18.1 andra stycket i direktivet), måste detta kunna kontrolleras inom ramen för en rättslig prövning av upphandlingen som sådan (prop. 2015/16:195 s. 455).

Det finns således inte något grundläggande krav på att upphandlande myndigheter ska dela upp en upphandling i flera delar. Förvaltningsrätten anser inte att kravet på att samtliga kompetensområden ska levereras av anbudsgivaren framstår som oproportionerligt. Detta krav behöver enligt förvaltningsrättens uppfattning inte heller underkastas en proportionalitetsbedömning. Vad gäller den aktuella upphandlingen finner förvaltningsrätten att de olika delområdena är näraliggande inom tekniksektorn för fastighetsskötsel. Enligt förvaltningsrättens bedömning har kommunen anfört objektiva skäl för att lägga samman delområdena i en enda upphandling. Kommunen har inte ansett det affärsmässigt motiverat att dela upp upphandlingen i mindre delar med hänsyn till komplexiteten och tidspressen i byggnadsprojekten och har bl.a. hänvisat till behovet av att underlätta samordning och ansvarutkrävande. Det får vidare anses att, även om antalet potentiella anbudsgivare reducerats, det fortfarande föreligger tillräcklig konkurrens. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att det inte finns en skyldighet för kommunen att dela upp upphandlingen i flera delar. Det har inte heller visats att kommunen skulle ha brustit i skyldighet att motivera sitt beslut på sätt som bolaget kunnat lida skada av.

Golvpris

Bolaget har gjort gällande att kommunens golvpriser förhindrar konkurrens. Bolaget får, med sin förmåga att konkurrera med lägre timpris fast med samma kompetens och kvalitet, inte möjlighet att göra detta. Kommunen framhåller däremot att kommunen hellre ser att leverantörerna konkurrerar med kvalitet än att de konkurrerar genom att pressa priser.

Det kan konstateras att frågan, om det kan innebära ett brott mot de upphandlingsrättsliga principerna att bestämma ett lägsta tillåtna pris, för närvarande är under Högsta förvaltningsdomstolens prövning. Högsta förvaltningsdomstolen beslutade den 19 december 2017, mål nr 5924-17, att bevilja prövningstillstånd för överklagandet av Kammarrätten i Stockholms dom den 3 oktober 2017, mål nr 533-17, där kammarrätten fann det tillåtet att ställa upp krav på lägsta pris.

Förvaltningsrätten anser inte - oavsett tillåtligheten av krav på lägsta pris - att bolaget kan anses lida skada av de i upphandlingsdokumentet uppställda golvpriserna, eftersom bolaget inte lagt anbud och det inte visats att kravet haft en avgörande betydelse för att hindra bolaget från att lägga anbud.

Lokal närvaro som mervärdeskriterium

Bolaget har också anfört att upphandlingsdokumentets utvärderingskriterier, med mervärdeskriteriernas krav på lokal närvaro, minskar möjligheten för bolaget att konkurrera. Kommunen har framhållit att närvarokriteriet är en viktig aspekt i projekt som rör lokalt byggande inom Uppsala kommun.

Det kan konstateras att krav på lokal närvaro varit under prövning i domstolsavgöranden med olika resultat (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 19 januari 2017, mål nr 2222-16, och Kammarrätten i Jönköpings dom den 1 november 2017, mål nr 2096- -2104-17). Eftersom bolaget inte lagt anbud i upphandlingen och detta såvitt framgår inte på något avgörande sätt berott

på mervärdeskriteriet ifråga, har dock bolaget inte lidit skada, varför kravet inte kan föranleda något upphandlingsrättsligt ingripande.

Övrigt

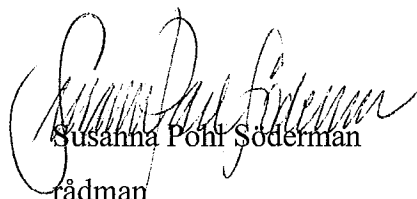
Bolaget har även anfört att utvärderingsmodellen begränsar konkurrensen när det gäller kriterierna samordning, resurser, planering och styrning samt kvalitetssäkring. Förvaltningsrätten finner inte att det visats att dessa kriterier varit i strid med de upphandlingsrättsliga principerna och konstaterar även att det inte framgått att bolaget skulle ha kunnat lida någon skada av dessa krav.

Sammanfattning och slutsatser

Förvaltningsrätten har funnit att kommunen haft rätt att ställa krav på att samtliga kompetensområden ska levereras av anbudsgivaren och således inte dela upp upphandlingen i mindre delar. Eftersom kravet vilar på objektiva skäl och framstår som berättigat kan bolaget inte anses lida skada av det. När det gäller de andra villkoren, som bl.a. rör golvpriser och lokal närvaro, kan konstateras att det inte framgått att de skulle vara av avgörande betydelse för att hindra bolaget, som inte lagt något anbud, från att lägga anbud. Bolaget kan därmed inte heller ha lidit skada av dessa krav.

Ansökan om överprövning ska mot denna bakgrund avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)


Susanna Pohl Söderman
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

