



KONKURRENSVERKET	
2019-02-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Kulturmålarerna i Norrköping AB, 556435-2887

MOTPART

Lejonfastigheter AB, 556477-7851

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Lejonfastigheter AB (Lejonfastigheter) genomför en upphandling av ramavtal avseende målning, dnr UPH-2018-0023, som öppet förfarande enligt LOU. Tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Kulturmålarerna i Norrköping AB (Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att den ska göras om.

Lejonfastigheter bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

I de Allmänna föreskrifterna under AFA.21 står det att "Den årliga uppdragsvolymen på detta ramavtal kan uppskattas till cirka 6 000 000 kronor per år". I upphandlingsdokumentet under 4.40 Kreditvärdighet föreskrivs att "Omsättningen ska under de tre senaste åren ha överstigit 20 miljoner sek/år". Bolaget anser att detta krav strider mot 14 kap. 4 § LOU. Det finns inga skäl till detta omsättningskrav varken i upphandlingsdokumenten eller särskild rapport, och Bolaget hävdar att kravet är oskäligt högt.

Att omsättningen under de tre senaste åren ska ha överstigit 20 miljoner sek/år anser Bolaget strider mot proportionalitetsprincipen enligt 4 kap. 1 § LOU. Bolaget anser inte att omsättningskrav tre år tillbaka i tiden kan ha någon relevans för kontraktarbeten som ska utföras enligt upphandlingen kommande år.

Lejonfastigheter menar att "Options- och förlängningsklausuler ska ingå som om de hade utnyttjats i uppskattningen av upphandlingens värde". Bolaget menar att det inte går att göra en sådan beräkning på ett rättvist sätt. Omsättningskravet och uppdragsvolymen för ramavtalet bör vägas på samma premisser för att inte snedvrیدا konkurrensen. Antingen så baserar man ramavtalets uppskattade värde per år, och entreprenörens omsättning per år, eller så baserar man ramavtalets uppskattade värde för samtliga år och då bör entreprenörens omsättning räknas på samma antal år. Lejonfastigheter hänvisar till ramavtalets potentiella 4 år (24 miljoner kr) och vill jämföra ett omsättningskrav på 20 miljoner kr med entreprenörens årsomsättning vilket strider mot proportionalitetsprincipen samt 14 kap. 4 § LOU.

Lejonfastigheter har vid tidigare upphandling 2015 inte ansett att detta omsättningskrav har behövts. Inte heller ansåg de att detta omsättningskrav behövdes när de annonserade upphandlingen tidigare i år, en upphandling som avbröts två dagar innan slutdatum (november 2018). När upphandlingen annonserades igen var stora delar ändrade, samt att ett orimligt omsättningskrav tillkom. Att sätta ett krav på en orimligt stor årsomsättning tre år tillbaka i tiden, ett behov som inte funnits enligt tidigare upphandlingar, strider mot proportionalitetsprincipen.

I mål nr 10974-17 (Förvaltningsrätten i Stockholm) har Vallentuna kommun satt ett omsättningskrav på 8 miljoner kr per år, då det uppskattade värdet var 4 miljoner kr per år. Detta är således inte jämförbart då Lejonfastigheter inte beräknar på samma sätt. I målet har kommunen också satt ett omsättningskrav på två år, och inte tre som i detta fall. Målet visar snarare hur beräkningen bör gå till när man jämför omsättning och uppskattade uppdragsvolym.

Inte heller mål nr 21765-11 (Förvaltningsrätten i Stockholm) är jämförbart då Bostadsstiftelsen Signalisten i Solna har, precis som ovan, baserat sina krav per år. Även i detta mål rör det sig om ett omsättningskrav på två år tillbaka, och inte tre som i denna upphandling. Även detta mål visar hur beräkningen bör göras.

Såsom upphandlingen är utformad kommer Bolaget, i och med omsättningskravet, få sitt anbud förkastat. Bolaget kommer därför att gå miste om möjligheten att utföra tjänster till ett omsättningsvärde på cirka sex miljoner kr per år.

För det fall att aktuellt ramavtal skulle anses omfattas av 19 kap. LOU så vidhålls att kravet ifråga står i strid med proportionalitetsprincipen.

Lejonfastigheter

Lejonfastigheter har genomfört upphandlingen helt i enlighet med LOU och har iakttagit samtliga grundläggande principer i 4 kap 1 § LOU. Det föreligger ingen överträdelse av bestämmelserna i LOU och Bolaget kan följaktligen varken lida eller riskera att lida skada i den mening som avses i 20 kap 6 § 1 st. LOU.

I Administrativa föreskrifter anges att: "Den årliga uppdragsvolymen på detta ramavtal kan uppskattas till cirka 6 000 000 kronor per år." Options- och förlängningsklausuler ska ingå som om de hade utnyttjats i uppskattningen av upphandlingens värde. Det uppskattade värdet av upphandlingen är därmed totalt 24 miljoner kr, då ramavtalet löper i maximalt fyra år (2+1+1 år).

Lejonfastigheter ställer krav på att årsomsättningen under de tre senaste åren ska ha överstigit 20 miljoner kr. I 14 kap. 4 § första stycket LOU anges att ett krav på minsta omsättning enligt 3 § andra stycket 1 inte får bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen. Lejonfastigheter anser därmed att man inte ställt krav på årsomsättning som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen.

Lejonfastigheters fastighetsbestånd består till stor del av förskolor och skolor, omsorgsboenden och andra offentliga lokaler såsom idrottsanläggningar. Gemensamt för dessa är att planerade underhållsarbeten i största möjliga mån bör utföras vid tidpunkter då pågående verksamhet inte störs. Enligt tidigare erfarenhet och kommande behov i fastighetsbeståndet sker därmed avropade måleriarbeten samtidigt i flera fastigheter. Ofta sker dessa arbeten under lov- och semesterperioder vilket i sin tur ställer stora krav på entreprenörs tillgänglighet och kapacitet. Under lov- och semesterperioder

störs verksamheter i Lejonfastigheters fastighetsbestånd så lite som möjligt och Lejonfastigheter ser det därmed som en icke godtagbar risk att entreprenör inte har tillräcklig kapacitet att leverera flera samtidiga målningsuppdrag under lov- och semesterperioder. Ett ytterligare skäl till omsättningskravet är att en mindre entreprenör under ett fyraårigt avtal inte får hamna i allt för stor beroendeställning till Lejonfastigheter.

Lejonfastigheter anser därmed att kravet på årsomsättning de tre senaste åren står i överensstämmelse med 14 kap 4 § LOU samt även i övrigt är proportionerligt i förhållande till syftet med kravet.

Omständigheterna i den aktuella upphandlingen liknar de omständigheter som föreligger i mål nr 10974-17 och nr 21765-11 från Förvaltningsrätten i Stockholm vari liknande omsättningskrav bedömts vara i enlighet med LOU.

Det är inte Lejonfastigheter som menar att kontraktsvärde ska beräknas inklusive options- och förlängningsklausuler, utan begreppet kontraktsvärde definieras tydligt i LOU 5 kap 3 §; "Värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats."

Angående omsättningskravets formulering rekommenderar Upphandlingsmyndigheten i skriften "Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden?" att "upphandlande myndigheter och enheter under mellantiden, utom i vederbörligen motiverade fall, begränsar kraven på årsomsättning till två gånger kontraktsvärdet." Den enda definition av "kontraktsvärde" som finns i LOU är ovan nämnda 5 kap 3 § nämligen det totala

beloppet för kontraktet inklusive optioner och förlängningsklausuler. Upphandlingsmyndigheten förordar här tolkningen att årsomsättning ska ställas i relation till det totala kontraktsvärdet.

Två av Upphandlingsmyndighetens jurister har i sin frågetjänst även uttalat följande "Såsom paragrafen och artikeln i direktivet är utformad kan båda tolkningarna vara möjliga, men bestämmelsens ordalydelse anger trots allt att omsättningen inte får bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen. – Någon hänvisning till att det skulle vara frågan om det uppskattade värdet på upphandlingen delat på antalet år kontraktet kommer löpa går inte att utläsa. – [Det] finns ett visst utrymme att tolka reglerna på olika sätt men inget uttryckligt stöd för att det uppskattade värdet på upphandlingen ska delas på antalet år kontraktet kommer att löpa när nivån på omsättningskravet ska räknas ut."

Då frågan om innebörden av begreppet kontraktsvärde i 14 kap 4 § LOU inte prövats av domstol har Lejonfastigheter lutat sig mot lagens formulering samt Upphandlingsmyndighetens rekommendation och uttalanden. Lejonfastigheter anser vidare att omsättningskravet är proportionerligt och ändamålsenligt med hänsyn taget till uppdragets art och omfattning, samt specifika krav på tidpunkter för uppdragets utförande.

Att kravet på omsättning får sträcka sig tre år tillbaka i tiden framgår av LOU och måste även anses proportionerligt då upphandlingen avser ett fyra år långt kontrakt.

Om upphandlingen anses omfattas av 19 kap. LOU anser Lejonfastigheter att kravet ifråga är proportionerligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandling under relevant tröskelvärde

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingen avser ett ramavtal för kommande avrop av målningsuppdrag, in- och utvändigt, avseende underhållsarbete eller om- och tillbyggnader. Ramavtal som omfattar sådana entreprenadarbeten utgör enligt bilaga 1 till LOU byggentreprenadkontrakt. För sådana kontrakt vars värde beräknas understiga 52 620 561 kr finner regleringen i 19 kap. LOU tillämplig. Eftersom beräknat värde för aktuellt ramavtal inte uppgår till nyssnämnt belopp ska bedömningen i målet ske utifrån 19 kap. LOU. Det förhållandet att Lejonfastigheter valt att annonsera upphandlingen i form av en öppen upphandling medför inte att det nationella regelverk som följer av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU blir gällande.

Kravet på ekonomisk och finansiell ställning

I 19 kap. 2 § LOU finns inte någon hänvisning till de lagregler som återfinns i 14 kap. 3 – 4 §§ LOU rörande krav på ekonomiskt och finansiell ställning. Den upphandlande myndigheten har således vid fastställande av kvalificeringskrav av denna typ att förhålla sig till de allmänna principer som följer av 4 kap. 1 § LOU.

Bolaget har i målet gjort gällande att det i punkten 4.40 i anbudsformuläret ställda obligatoriska kravet på att anbudsgivarens omsättning under de senaste tre åren ska ha överstigit 20 miljoner kr per år är oproportionerligt.

Av punkten AFA.21 i Administrativa föreskrifter för upphandlingen framgår att den årliga uppdragsvolymen på ramavtalet uppskattas uppgå till cirka

6 miljoner kr per år. Av punkten AFD.4 framgår att avtalstiden för ramavtalet beräknas föreligga under perioden 1 april 2019–31 mars 2021 samt att Lejonfastigheter därefter har rätt att förlänga avtalet med ytterligare ett plus ett år, dvs. att ramavtalet maximalt löper i fyra år till den 31 mars 2023. Utifrån nämnda förutsättningar konstaterar förvaltningsrätten att värdet av den aktuella behandlingen kan beräknas till cirka 24 miljoner kr (6 miljoner kr per år x 4 år).

Med hänsyn till upphandlingen värde och vad Lejonfastigheter framfört rörande behovet av en leverantör med tillräcklig tillgänglighet, kapacitet och som inte riskerar att hamna i en beroendeställning till Lejonfastigheter finner förvaltningsrätten att kvalificeringskravet rörande ekonomiskt och finansiell ställning både vad gäller krav på omsättning och tidsram är motiverat och inte för långtgående med hänsyn till dess syfte. Det ställda kravet står således inte i strid med proportionalitetsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Något skäl att på grund av det Bolaget gjort gällande i målet förordna om ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU har således inte framkommit. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Tomas Kjellgren
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



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 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.

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 avisar 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.