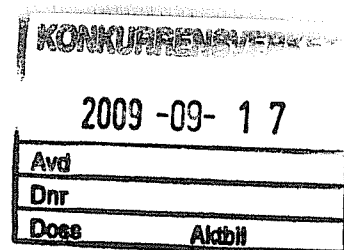


LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-09-15
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
17348-09
Rotel 223



SÖKANDE

Svenska RegMaster AB
Erik Segersälls väg 34
126 50 Hägersten

556376-6285

MOTPART

AB Sollentunahem

556191-9191

Ombud: Lena Wennerklint och Rickard Andersson
Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 42059
126 13 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Svenska RegMaster AB:s ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 27 augusti 2009.

BAKGRUND M M

AB Sollentunahem inbjöd entreprenörer att inkomma med anbud i en upphandling avseende "Årsavtal - Byggarbeten". Upphandlingen skulle ske genom ett öppet förfarande enligt LOU.

I de administrativa föreskrifterna, punkt AFB.52, angavs att Sollentunahem AB avsåg att anta de fem entreprenörer som placerade sig först i utvärderingen. De som även tillhörde de tre första skulle komma att utföra löpande arbeten/servicearbeten enligt följande fördelning.

Den entreprenör som placerar sig på första plats i utvärderingen skulle erhålla 40-50 % av löpande arbeten. Entreprenör som placerar sig på andra plats skulle erhålla 30-40 % och den entreprenör som placerar sig på tredje plats skulle erhålla 10-30 % av de löpande arbetena. Fördelningen skulle gälla under förutsättning att respektive entreprenör har erforderlig kapacitet och har utfört tidigare avrop i enlighet med avtalsvillkor och god yrkessed.

Vidare angavs under samma punkt, AFB.52, följande.

För större arbeten (normalt över ca 1 Mkr) och som kan definieras i omfattning gäller att beställaren normalt gör en förnyad konkurrensutsättning bland samtliga fem antagna entreprenörer. Vid förnyad konkurrensutsättning inom ramavtal kommer den entreprenör som accepterar de tidsvillkor och andra förutsättningar som gäller för objektet och som lämnat det lägsta priset att antas.

För definierade ombyggnadsprojekt (normalt över ca 3 Mkr) kan beställaren antingen komma att göra förnyad konkurrensutsättning bland antagna entreprenörer eller genomföra en ny upphandling enligt LOU.

Under rubriken "Utvärderingskriterier" i de administrativa föreskrifterna punkt AFB.52 antecknades att de fem ekonomiskt mest fördelaktiga anbud som uppfyller kraven enligt AFB.51 skulle komma att antas. Utvärderingen, såvitt avser pris, skulle ske enligt följande.

Justerat pris = Anbudspriser x Nedjusteringsfaktor. Anbud med lägst justerat pris antas.

Anbudspriset beräknas fiktivt som summan av timtid 100 timmar (ej lärling) + material för ca 10 000 kr + påslag för UE och hjälpmedel på ett belopp om 13 000 kr.

För timarvoden under 300 kr/tim gäller att endast 20 % av underliggande timarvode räknas i prisutvärderingen. T ex ett timarvode på 290 kr beräknas här med 298 kr.

Genom ett den 20 augusti 2009 daterat tilldelningsbeslut underrättades samtliga anbudsgivare om att Sollentunahem AB hade beslutat att teckna ramavtal med fem av dessa. I tilldelningsbeslutet angavs att utvärdering hade gjorts enligt de administrativa föreskrifterna (förfrågningsunderlaget). Kopia på utvärderingen fogades till nämnda tilldelningsbeslut.

ANSÖKAN M M

Svenska RegMaster AB, som var en av de leverantörer som ingett anbud men inte hamnat bland de fem första, har hos länsrätten ansökt om överprövning. Svenska RegMaster AB har därvid yrkat att rätten skall besluta att upphandlingen avseende "Årsavtal Byggarbeten" skall göras om. Vidare har Svenska RegMaster AB yrkat att rätten skall meddela verkställighetsförbud och förordna att upphandlingen inte får avslutas tills annat har beslutats. Som stöd för sina yrkande har Svenska RegMaster AB åberopat att förfrågningsunderlaget innehåller konkurrensbegränsande klausuler att utvärderingsmodellen är otydlig samt att upphandlingen blandar ihop olika ramavtalsstyper på ett otillåtet sätt. Vidare har Svenska RegMaster AB uppgett bl a följande. Ifrågavarande upphandling avser i första hand "vanliga ramavtal" där avrop kommer att ske utifrån villkoren i ramavtalet. Det anges också i AFB.52 och i de administrativa föreskrifterna att det också kan förekomma förnyad konkurrensutsättning mellan de antagna anbudsgivarna. En sådan sammanblandning av olika ramavtalsstyper är inte tillåten enligt praxis. Att i prisutvärderingen endast räkna 20 % av priset understigande 300 kr/tim innebär en uppenbar begränsning i anbudsgivarnas möjlighet att konkurrera med priset. En sådan begränsning kan inte vara tillåten i offentliga upphandlingar. Bolaget som lämnat priser understigande 300 kr/tim har således missgynnats i utvärderingen eftersom man inte observerat bestämmelsen vid anbudsgivningen. Även i övrigt är utvärderingsmodellen gällande pris svårförståelig. Utvärderingsmodellen verkar innebära att alla anbud skall belastas med samma kostnad för material. Detta saknar logik då materialkostnaden inte kommer att påverka den inbördes relationen mellan anbudsgivarna. Bolaget har försökt att kontrollräkna det i tilldelningsbeslutet angivna anbudspriset utifrån den angivna modellen utan att lyckats få fram samma belopp som Sollentunahem.

Länsrätten beslutade den 27 augusti 2009 att Sollentunahem tills vidare inte fick avsluta upphandlingen avseende ”Årsavtal - Byggarbeten”.

YTTRANDEN

AB Sollentunahem har i avgivet yttrande bestritt bifall till inkommen ansökan om överprövning och därvid anfört bl a följande.

Upphandlingen avser två delar enligt följande.

Del 1 – Löpande arbeten/servicearbeten

För denna del gäller att de tre leverantörer som placerat sig på plats ett till tre i utvärderingen erhåller avtal och uppdrag fördelas enligt angiven rangordning.

Del 2 – Större arbeten

För denna del gäller att de fem leverantörer som placerat sig på plats ett till fem i utvärderingen erhåller avtal och uppdrag erhålls efter förnyad konkurrensutsättning med villkor enligt förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget framgår förutsättningarna för upphandlingen. D v s att arbeten under 1 Mkr sker genom rangordning och större arbeten över 1 Mkr sker genom förnyad konkurrensutsättning. En gräns är således satt för vilka arbeten som avser del 1 respektive del 2. Kombinationen rangordning för mindre jobb och förnyad konkurrensutsättning för större jobb är förenligt med LOU. Även om rätten skulle finna att det inte är tillåtet att kombinera rangordning och förnyad konkurrensutsättning i samma upphandling har i vart fall Svenska RegMaster AB inte lidit skada eftersom det inte blivit antagen vare sig på del 1 eller 2.

Av förfrågningsunderlaget framgår att vid timarvoden som understiger 300 kr/tim kommer 20 % av den understigande delen att beaktas. Inom byggbranschen förekommer tyvärr att oseriösa företag i vissa fall konkurrerar med onormalt låga timarvoden och för att få en lönsamhet i uppdraget används svart arbetskraft eller fusk med antal debiterade timmar. Det förekommer även att företag tar lite betalt för arbetet men mycket betalt för materialet. Detta förfarande gör att ju mer material ett företag använder ju mer lönsamt blir uppdraget. AB Sollentunahem vill av ekonomiska och miljömässiga skäl hålla nere mängden material. Syftet med att vid extremt låga timarvoden endast räkna med en del av det lägre arvodet är att i anbuds-givningen stimulera företagen att ta rimligt betalt för rätt del. Låga priser har inte utestängts utan har endast fått en kortare hävstång vid extremt låga nivåer. Det är således inte förbjudet att lämna ett lägre timarvode men anbudsgivaren får inte tillgodoräkna sig lika stor del av skillnaden under angiven nivå. Möjligheten fanns att istället för att sänka timarvode sänka materialpriserna och/eller påslagen för underentreprenörer och hjälpmedel. Det har tydligt framgått i förfrågningsunderlaget hur timarvode beräknas. AB Sollentunahem kan inte belastas för att Svenska RegMaster AB inte läst igenom hela förfrågningsunderlaget. Det är tillåtet att vikta priser olika inom olika intervall om det framgår av förfrågnings-

underlaget. Det fanns även fler utvärderingskriterier än pris varför det fanns möjlighet att utforma sitt anbud så att övriga kriterier blir förmånliga.

AB Sollentunahem anser att utvärderingsmodellen för pris är transparent. Modellen innebär inte att alla anbudsgivare belastas med samma kostnad för material. En viktning/summering av de materialpriser som anbudsgivarna lämnat har gjorts så att summan motsvarar ca 10 000 kr. Varje anbudsgivare har belastats med lika många kilo betong, lika många meter sockel, lika många kvadratmeter gipsskiva osv. Det var således väsentligt att lämna bra priser på material. Svenska RegMaster AB har under anbuds-tiden inte ställt några frågor om utvärderingen av pris.

Till sitt yttrande har Sollentunahem AB fogat en kopia av utförd utvärdering av pris.

Efter att ha tagit del av AB Sollentunahems yttrande, har Svenska RegMaster AB framfört bl a följande.

Gränsen i anbudsförfrågan mellan de arbeten som skall avropas enligt rangordning och de som skall vara föremål för förnyad konkurrensutsättning är inte så fast som Sollentunahem vill göra gällande. Det lämnar gott om utrymme för Sollentunahem att godtyckligt välja mellan de olika ramavtalen då det enligt AFB.52 framgår att större arbeten ”normalt” skall överstiga ”ca” 1 Mkr och kunna definieras i omfattning. Ramavtal får endast tilldelas på två grunder, lägsta pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. I detta fall finns dock inget samband mellan utvärderingskriterierna i upphandlingen av ramavtal och vilken anbudsgivare som kommer att tilldelas kontraktet vid en förnyad konkurrensutsättning. I upphandling av ramavtalet utvärderas timpriser, materialpriser och vissa mjuka parametrar. Vid tilldelning av kontrakt skall dock endast lägsta pris avgöra. Detta pris avser dock inte timpris och materialpris utan fasta priser. Vid tilldelningen av kontrakt vid den förnyade konkurrensutsättningen skall inte heller de mjuka parametrarna spela någon roll. Det kan därmed konstateras att det helt saknas samband mellan upphandlingen av själva ramavtalet och tilldelning av kontrakt. För det fall AB Sollentunahem tillåts kombinera avrop enligt rangordning och förnyad konkurrensutsättning i samma upphandling innebär detta förstås att AB Sollentunahem kommer att utnyttja denna möjlighet till förnyad konkurrensutsättning istället för att handla upp dess entreprenader sedvanligt genom vanligt upphandlingsförfarande. Eftersom bolaget skulle ha haft möjlighet att lämna anbud i sådana förfaranden men inte i förnyad konkurrensutsättning är det uppenbart att bolaget drabbats av skada till följd därav.

Det saknas stöd i LOU för den metod som Sollentunahem valt för att stävja påstått fusk inom byggbranschen. Enligt 12 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet, efter att ha begärt en förklaring till det låga priset utan att få ett tillfredställande svar, förkasta ett anbud om den finner priset onormalt lågt. Sollentunahem har haft möjlighet att förkasta alla anbud som är onormalt låga. Det finns inte stöd i LOU att som AB Sollentunahem gjort inte beakta anbudet i den del de understiger AB Sollentunahems godtyck-

ligt valda beloppsgräns. Utvärderingsmodellen för pris har inte framgått av förfrågningsunderlaget och det har i förväg inte angivits vilka mängder som kommer att användas i utvärderingen.

SKÄL FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 5 kap 1 § samma lag får en upphandlande myndighet ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster i denna lag.

Enligt 5 kap. 2 § samma lag skall kontrakt som grundar sig på ett ramavtal tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

Enligt 5 kap. 6 § samma lag gäller att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

Kontrakt skall tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

Enligt 5 kap. 7 § gäller att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, skall parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Vid tillämpning av första stycket skall

1. den upphandlande myndigheten för varje kontrakt som skall tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,
2. den upphandlande myndigheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,
3. anbuden lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten inte ta del av innehållet i dem innan den angivna svarstiden har löpt ut, och

4. den upphandlande myndigheten tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Enligt 12 kap. 1 § samma lag gäller följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Enligt 16 kap. 2 § samma lag skall rätten besluta att en upphandling skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, 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 lidit eller kan komma att lida skada.

Länsrätten gör följande bedömning

Parallella avropsordningar

Den första fråga som länsrätten har att ta ställning till är om det strider mot LOU att vid en upphandling av ramavtal använda sig av parallella avropsordningar (rangordning vid samtliga villkor fastställda och förnyad konkurrensutsättning). Denna fråga har inte reglerats i LOU. Inte heller i rättskälorna kan utläsas om ett ramavtal får innehålla flera avropsmodeller. Enligt den definition av begreppet tilldelning av kontrakt som omnämns i förarbetena till LOU måste förstas att det är först vid avropstillfället som valet mellan de två avropsordningarna skall ske för det enskilda kontraktet, förutsatt att ramavtalet tillåter flera avropsordningar. Utformningen av bestämmelserna i 5 kap. 6 och 7 §§ LOU tar dessutom sikte på hur tilldelning av kontrakt skall ske enligt ett redan gällande ramavtal. Vid angivna förhållanden anser länsrätten att det är möjligt att i ett ramavtal inkludera flera avropsordningar som upphandlande myndighet/avropande myndigheter kan välja mellan, dock under förutsättning att de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU är uppfyllda.

I förevarande ramavtalsupphandling har AB Sollentunahem kombinerat de två avropsordningarna och valet av avropsordning har baserats på objektiva grunder, främst genom den beloppsgräns som angetts i de administrati-

va föreskrifterna. Något utrymme för AB Sollentunahem att godtyckligt välja modell finns inte.

Enligt länsrättens mening uppfyller ifrågavarande ramavtal med parallella avropsordningar samtliga gemenskapsrättsliga principer.

Utvärderingsmodellen gällande pris

Det står upphandlande myndigheter fritt att välja vilken tilldelningsgrund som ska tillämpas. Vidare har en upphandlande myndighet stor frihet att välja vilka kriterier den skall använda vid en utvärdering och vilken betydelse dessa skall tillskrivas vid en eventuell viktning. Den utvärderingsmodell gällande pris som AB Sollentunahem använt i upphandlingen ifråga är godtagbart utformad i de administrativa föreskrifterna. Något hinder att i en upphandling använda sig av denna modell gällande pris finns inte. Vidare har annat inte framkommit än att samtliga anbudsgivarna har behandlats och bedömts på samma sätt vad gäller utvärderingen av kriteriet pris. De gemenskapsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling har därmed tillgodosetts.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att det inte finns grund för ingripande enligt LOU. Svenska RegMaster AB:s ansökan om överprövningskall därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)


Mildred Hägerström
rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarien Carolina Andersson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

