


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**
DOM
2016-06-13
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
657-16 E

SÖKANDE

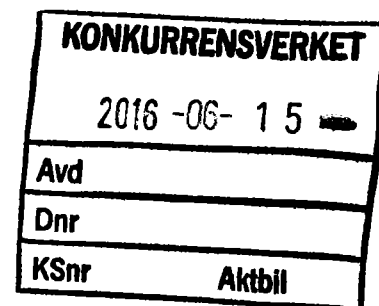
MAF Arkitektkontor AB, 556528-8387
Storgatan 24
972 32 Luleå

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

SAKEN

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


FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och meddelar rättelse på så sätt att tilldelningsbeslutet den 23 februari 2016 i upphandlingen (dnr UH-2015-10), tekniska konsulter område arkitekt, undanröjs. Förvaltningsrätten förordnar i stället att tilldelningsbeslutet den 9 februari 2016 ska gälla.

Dok.Id 109348

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sundsvalls kommun (kommunen) upphandlar ramavtal med tekniska konsulter område arkitekt (dnr UH 2015-10). Upphandling sker i form av öppet förfarande med tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen rangordnade i ett första tilldelningsbeslut den 9 februari 2016 fem leverantörer, varav MAF Arkitektkontor AB rangordnades på plats nummer fyra. Kommunen rangordnade ytterligare två leverantörer på plats nummer sex och sju i ett senare tilldelningsbeslut den 23 februari 2016.

MAF Arkitektkontor AB (MAF) ansöker om överprövning och yrkar att det första tilldelningsbeslutet ska gälla. MAF anför i huvudsak följande. Det senare tilldelningsbeslutet följer inte förfrågningsunderlaget. I punkten AUA.21 i förfrågningsunderlaget anges att kommunen avser att teckna avtal med 3-5 leverantörer. I det senare tilldelningsbeslutet medger kommunen att ytterligare två leverantörer får teckna avtal utöver de som fanns med i det första tilldelningsbeslutet. MAF kommer att lida skada eller riskerar att lida skada genom att ytterligare två leverantörer ges möjlighet att lämna anbud vid så kallad förnyad konkurrensut-sättning. Det innebär en utspädning av den möjliga uppdragsvolymen.

Genom agerandet har kommunen ändrat förutsättningarna för tilldelningen genom att leverantörer som har ett väsentligt högre timpris erbjuds att teckna avtal. Detta strider mot likabehandlingsprincipen. Att lämna anbud till offentliga beställare avseende arkitekturtjänster innebär omfattande arbete. Om de ändrade förutsätt-ningarna hade varit kända för MAF hade bolaget förmodligen använt resurserna för att lämna anbud i någon annan upphandling. Motivet till det ändrade förfaran-det är också konstigt, eftersom ingen överprövning begärts av den ursprungliga tilldelningen. Om ingen ramavtalsleverantör har möjlighet att utföra efterfrågade uppdrag kan kommunen genomföra förenklade upphandlingar eller direktupp-handlingar. Med redovisning av bakgrunden i det andra tilldelningsbeslutet fram-står det som att kommunen vill vidmakthålla avtal med nuvarande leverantörer.

Kommunen motsätter sig yrkandet och anför i allt väsentligt följande. I punkten AUA.21 i förfrågningsunderlaget uppskattades behovet, vid tidpunkten för framtagandet av förfrågningsunderlaget, till ca 5000 timmar och det beräknade antal avtal som kommunen avsåg att teckna var 3-5 stycken. Behovet av arkitekttjänster är avsevärt större än inom övriga kompetensområden och störst inom nivå 2-4. Uppskattad beställningsvolym är av naturliga orsaker svårbedömd och därför kan volymen inte garanteras. Avrop från ramavtalet sker via rangordning vid uppdrag under 200 000 kr och genom förnyad konkurrensutsättning vid uppdrag överstigande detta belopp. Erfarenheten har under senare tid visat att ramavtalsleverantörer väljer att tacka nej till avrop via rangordning och enbart önskar delta vid förnyad konkurrensutsättning trots att de lämnat anbud under givna förutsättningar. Detta har lett till stora leveransproblem i verksamheterna. Under det år upphandlingsarbetet pågått har ytterligare behov av arkitekttjänster framkommit med anledning av den investeringsplan som fastslagits, varför kravet på adekvat och tillgänglig kompetens under hela avtalsperioden således har ökat.

Vid tilldelningen konstaterade kommunen att antalet tillgängliga konsulter inom nivå 2 var betydligt lägre än inom övriga områden och för att säkerställa tillgången till denna kompetens valde kommunen att ändra tilldelningsbeslutet och teckna avtal med resterande två leverantörer som kvalificerat sig. Åtgärden utgör inte en väsentlig förändring av förutsättningarna eller att likabehandlingsprincipen satts ur spel. Kommunen instämmer inte heller i att MAF kommer att lida skada. Rangordningen har inte ändrats och MAF har samma förutsättningar att delta och vinna avrop som genomförs genom förnyad konkurrensutsättning. Det kan tilläggas att den tid leverantörer avsätter för att utforma anbud aldrig kan garantera ekonomiska resultat i form av ett kontrakt, då det beror på vilka anbud som kommit in och hur de placerat sig efter genomförd utvärdering.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upp-

handlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. (1 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet får ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster i LOU (5 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas. (12 kap. 1 § LOU).

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 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågorna i målet gäller om kommunens ändring av det första tilldelningsbeslutet står i strid med LOU:s principer och om MAF riskerat att lida skada till följd av kommunens agerande.

I det allmänna kravet på transparens ligger att anbudsgivarna ska kunna utforma sina anbud på ett sådant sätt att de är så konkurrenskraftiga som möjligt utifrån de i förfrågningsunderlaget givna förutsättningarna. Anbudsgivarna ska också kunna räkna med att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen följer det redovisade tillvägagångssättet (Kammarrätten i Göteborg mål nr 4278-09). Från leverantörsperspektiv är det viktigt med ett viss mått av förutsägbarhet så att leverantörer

kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal (RÅ 2010 ref. 97; prop. 2006/07:128 s. 173 ff.).

Det är ostridigt att kommunen i samband med tilldelningen utökat antalet rangordnade leverantörer efter anbudstidens utgång från 3-5 rangordnade leverantörer till 7 rangordnade leverantörer. Kommunen har som skäl till ändringen bl.a. anfört ändrade behov under upphandlingstiden samt att erfarenheten visat att ramavtalsleverantörer väljer att tacka nej till avrop via rangordning och enbart önskar delta vid förnyad konkurrensutsättning.

Förvaltningsrätten konstaterar att punkten AUA.21 i förfrågningsunderlaget anger att kommunen avser att tilldela 3-5 leverantörer avtal. Förvaltningsrätten finner därför att förändringen av tilldelningskriterierna i och för sig utgör ett brott mot LOU. Att förutsättningarna för upphandlingen förändrats under den tid som kommunen upphandlat, medför inte att kommunens agerande är förenligt med LOU.

För att ett ingripande enligt LOU ska ske krävs dock att MAF även riskerat att lida skada. MAF har anfört att den möjliga uppdragsvolymen kommer att spädas ut, när kommunen rangordnat ytterligare två leverantörer. Kommunen har hävdad att rangordningen inte har ändrats och att MAF i likhet med det tidigare tilldelningsbeslutet kommer ha samma förutsättningar att delta och vinna avrop som genomförs genom förnyad konkurrensutsättning.

Skadebegreppet är kopplat till det kontrakt (ramavtal) som ska tilldelas. Den skada eller risk för skada som avses i 16 kap. 6 § LOU innebär således att leverantören ytterst gått miste om det ekonomiska värde som kontraktet innebär (Asplund, Anders, *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 213). Förvaltningsrätten finner att de kostnader som MAF kan ha haft för att förbereda anbudet faller utanför det som omfattas av skadebegreppet i LOU. Förvaltningsrätten finner inte heller att de ytterligare leverantörer

som rangordnats (leverantör nummer sex och sju) i det senare tilldelningsbeslutet, förändrat förutsättningarna för tilldelning i de uppdrag som understiger 200 000 kr (<200 tim; punkten AUC i förfrågningsunderlaget).

Kommunen har dock inte visat att de två tillkommande leverantörerna inte skulle medföra en ökad konkurrens till skada för MAF i de uppdrag som uppgår till 200 000 kr eller mer (>200 tim; punkten AUC i förfrågningsunderlaget). Det som MAF anført om att det kan komma att ske en utspädning i den delen, finner förvaltningsrätten därför för sannolikt och MAF:s möjligheter att tilldelas uppdrag får därmed anses ha försämrats. I avsaknad av utredning som visar annat har därför kommunens agerande medfört att MAF riskerat att lida skada i den betydelse som avses i 16 kap. 6 § LOU. Genom att kommunen brutit mot transparensprincipen och frångått grunderna för tilldelning i förfrågningsunderlaget föreligger det skäl att ingripa enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner att rättelse av upphandlingen är en tillräcklig åtgärd. Då inga befogade skäl framkommit mot att det första tilldelningsbeslutet varit riktigt, ska det andra tilldelningsbeslutet den 23 februari 2016 undanröjas och det första tilldelningsbeslutet den 9 februari 2016 ska gälla i stället. Vad kommunen och MAF anført i övrigt ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Ansökan ska därför bifallas genom att upphandlingen rättas på detta sätt.

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



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Benjamin Älmedal.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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.