

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2017-08-21
Meddelad i LinköpingMål nr
4425-17**SÖKANDE**RC Hisservice AB, 556461-0821
Box 1116
432 15 VarbergOmbud: Advokat Anna Hofling Johansson och Jur.kand. Rebecka Hansson
Advokatfirman Vinge KB
Box 11025
404 21 Göteborg**MOTPART**Härryda kommun
435 80 MölnlyckeOmbud: Advokat Per-Ola Berqvist och Jur.kand. Laura Gashi
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö**SAKEN**

Överprövning enligt lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU")

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2018-05-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 297928

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Härryda kommun ("Kommunen") upphandlar ramavtal för service av lyftanordningar (diarenummer 2017KS211). Upphandlingen omfattar service, planerat underhåll, akut underhåll och mindre ombyggnader av lyftanläggningar i skolor, förskolor, ålderdomshem, bibliotek, idrottshallar och övriga kommunala byggnader. Ramavtalet är utformat som en komboavtal varvid vissa angivna volymer avropas enligt fast avropsordning och andra genom förnyad konkurrensutsättning. Tilldelningsbeslut fattades den 19 maj 2017 genom vilket bolagen Schindler Hiss AB ("Schindler") och R.C. Hisservice ("Bolaget") tilldelades ramavtal i fallande ordning. Avropsberättigade enligt ramavtalet är Kommunen och Härryda Energi.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska rättas.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

I upphandlingsdokumenten finns olika delvis motstridiga föreskrifter om hur ersättning ska utgå enligt ramavtalet. För att ta ett konkret exempel kan nämnas att à-pris enligt anbudsformuläret ska inkludera kostnad för servicebil, medan samma kostnad enligt de särskilda föreskrifterna utgör tillägg till á-priset. Detta medför att anbudsgivarna inte har kunnat förutse hur ersättning enligt ramavtalet kommer att beräknas. Det finns mot denna bakgrund en överhängande risk att anbudspriserna inte är jämförbara.

Bolaget har i sin beräkning av anbudspris utgått från att alla kostnader enligt anbudsformuläret ska medräknas i angivna à-priser. Om det hade varit tydligt vilka kostnader som ska medtas i à-priserna så hade Bolaget haft möjlighet att avge ett mer konkurrenskraftigt anbud. – Kommunens tolkning av formuleringen i anbudsformuläret jämfört med vad som anges i de särskilda föreskrifterna är direkt missvisande. Begreppet ”tillägg” innebär givetvis i detta sammanhang att något läggs till den ersättning som enligt fast pris eller à-pris har offererats. Det är inte heller samma kostnader som anges i anbudsformuläret respektive de särskilda föreskrifterna. Som exempel på detta anges i anbudsformuläret att ”Maximalt 1 tim restid/uppdrag och dag får faktureras”. I de särskilda föreskrifterna anges restid som ett av de tillkommande tilläggen. Olika begrepp används även för samma företeelse (vägtullar respektive biltullar).

Vad gäller avropsmodellen anges att olika typer av standardavtal ska tillämpas när avropsordning respektive förnyad konkurrensutsättning tillämpas. Det standardavtal (AB 04 och ABT 06) som ska användas vid förnyad konkurrensutsättning omfattar s.k. utförandeentreprenader och totalentreprenader som är något helt annat än den sedvanliga service som ramavtalet täcker. Nämnda förhållande indikerar att Kommunen kommer att använda ramavtalet för en mängd olika typer av uppdrag som till sin art och omfattning är mycket olika. Det finns ingen vägledning i upphandlingsdokumenten kring detta vilket står i strid med LOU. Vidare kan konstateras att de enda begrepp som används i de sammanhang där avgränsningen mellan rangordning och förnyad konkurrensutsättning berörs är ”avrop” i punkten UF3.13 och ”arbete” i punkten SF2.7 utan att någon närmre definition ges vad som avses med detta. De nu nämnda bristerna medför i vart fall risk för skada för Bolaget under ramavtalets löptid. – Genom att begreppen avrop och arbete inte definieras får Kommunen fritt skön att avgöra vilka och hur omfattande åtgärder som ska anses vara den ena eller det andra. Kommunen kan utan att bryta mot avtalet dela upp uppdrag/åtgärder på flera avrop/arbeten som

därmed hamnar under beloppsgränsen på två prisbasbelopp. Den påstådda tydliga beloppsgränsen är således endast en chimär. Att upphandlingen skulle omfattas mindre ombyggnader framgår bara av punkten UF1. Något pris för annat än servicearbeten har inte heller begärts och någon reglering av vite för arbete enligt AB 04 eller ABT 06 finns inte. Någon definition av vad som avses med mindre ombyggnader anges inte och denna del av affären konkurrensutsätts inte genom vald prismodell vilket får anses vara missvisande. Eftersom begreppen avrop eller arbete inte är definierat ger ramavtalet i denna del Kommunen möjlighet att köpa mer omfattande tjänster enligt rangordning. Även valet av standardavtal avgör vilken inköpsmodell som ska tillämpas trots att detta inte framgår uttryckligen av upphandlingsdokumenten. Inte heller anges hur bedömningen görs vilket standardavtal som ska användas.

Schindler har inte förmått visa att man uppfyller krav på erforderlig finansiell styrka. Av företagsupplysningen framgår att Schindler har en rating om 70 hos Creditsafe. Kreditvärde 70 hos Creditsafe motsvarar inte minst riskklass 3 hos UC (se Kamrarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4845-15). Att beakta det utdrag från UC som ingetts i målet skulle uppenbart strida mot likabehandlingsprincipen. – Schindler har vidare genom bifogad kvalitetsplan, miljöplan och företagsupplysning angivit mer information än vad som efterfrågats i strid med ett obligatoriskt krav. Schindlers anbud borde därför rätteligen ha förkastats.

Kommunen

Servicebil ska enligt både anbudsformulär och texten i punkten SF6.11 vara inkluderad. Kommunen anser inte att föreskrifterna är motstridiga eller otydliga på det sätt Bolaget beskrivit. Vad gäller frågan om restid kunde den ha uttryckts tydligare men Kommunens avsikt har varit att för arbeten som

ersätts efter faktiskt tidsåtgång ersätta maximalt en timmes restid per uppdrag.

Ramavtalet är enligt punkten UF1 inte begränsat till enbart service. Standardavtalet ABFF 04 är inte anpassat för att reglera arbeten av sådant slag som kräver mer ansvar från entreprenörens sida. Det finns en tydlig beloppsgräns när den förnyade konkurrensutsättningen ska tillämpas och valet av standardavtal kommer att göras beroende av karaktären på uppdraget och beskrivas i underlaget för den förnyade konkurrensutsättningen.

En definition av arbete finns i ABFF 04. Vidare är det helt naturligt att avrop inte definieras. Det är själva denna handling som leder till ett kontrakt. Det är inte konstigt att ”mindre ombyggnader” inte nämns i de särskilda föreskrifterna under punkten SF1. Dessa särskilda villkor ska ju tillämpas enkom vid avrop enligt rangordning. Vid större avrop ska AB 04 eller ABT 06 gälla.

Det finns inget i den finansiella information som Schindler åberopat som medför att bolagets finansiella styrka bör ifrågasättas. Ett inhämtat intyg från UC av den 6 juli 2017 visar vidare att Schindler har en kreditrating motsvarande riskklass 5. – Det förhållandet att Schindler bifogat sina policys i annat format än Bolaget innebär inte att man lämnat mer information än vad som efterfrågats.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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.

I målet har Bolaget dels gjort gällande att upphandlingsdokumentens utformning i vissa delar står i strid med LOU:s krav på transparens och lika-behandling dels att Schindlers anbud inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav. Förvaltningsrätten väljer att först pröva de invändningar som gjorts mot Kommunens upphandlingsunderlag (jfr bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1225-12).

Vad gäller underlaget för prissättning av à-priser anges i det anbudsformulär som anbudsgivarna ska fylla i och bifoga tillsammans med sitt anbud att offererat à-pris ska täcka uppkomna kostnader för t.ex. servicebil, bilskatt, skyddsutrustning och vägtullar. Vidare står att maximalt en timme restid/uppdrag och dag får faktureras. Andra tillägg utöver detta ersätts inte. Enligt de kontraktsvillkor som återfinns i de särskilda villkoren (punkten SF6.11) ska under avtalstiden erbjuda à-priser utgöra underlag för ersättning och inkludera alla kostnader enligt ABFF 04 punkt 36: 2,3,4,6,7 och 8 med vissa särskilt angivna tillägg för t.ex. arbetsledning, servicebil och restid. – Enligt förvaltningsrättens förmenande finns det en logisk och tydlig koppling mellan den instruktion för prissättning som återfinns i anbudsformuläret och därtill hörande reglering för löpande ersättning i kontraktsvillkoren. Av båda regleringarna kan utläsas att erbjuda à-priser ska täcka tillkommande särskilt angivna merkostnader. Det förhållandet att inte alla de kostnader som ska inkluderas i à-priset uttryckligen anges i anbudsformuläret samt att vissa uttryck inte är exakt överensstämmande utgör enligt förvaltningsrätten inte någon brist i transparens eftersom det av formuläret framgår att listan inte är uttömmande och det därtill finns en utförlig reglering vad ersättningen ska täcka i de särskilda föreskrifterna. Inte heller finner förvaltningsrätten att den begränsning som görs i anbudsformuläret rörande fakturerbar restid är utformad på ett sådant otydligt sätt att denna skrivning kan föranleda att Kommunen brutit mot LOU och dess allmänna principer. Sammantaget bedöms således att vad bolaget angett rörande ut-

formningen av villkoren för prissättning av à-priser inte ger skäl för begärd åtgärd.

Ifråga om grunderna för val av avropsform, fast avropsordning eller förnyad konkurrensutsättning, kan följande sägas. I målet står klart att Kommunen i sitt upphandlingsdokument (punkten UF3.13) har angett att vid avrop som beräknas överstiga två prisbasbelopp kommer Kommunen, istället för fast avropsordning, att tillämpa förnyad konkurrensutsättning där lägsta pris på förfrågning underlag/offert gäller. Vidare anges att för kontrakt under två basbelopp gäller ABFF 04 och för kontrakt över två basbelopp gäller AB 04 eller ABT 06. Genom denna ordning har Kommunen dels förbundit sig att beroende på sin beräkning av avtalsvärdet på visst kontrakt under ramavtalet tillämpa den ena eller den andra avropsordningen dels även pekat på att kontrakt över två basbelopp till sitt innehåll kommer att vara sådana entreprenadkontrakt som lämpligen regleras genom AB 04 och ABT 06. Även om det inte närmare specificeras innehållet i de avrop eller arbeten som kan förväntas förekomma under kontraktstiden får ovan angiven reglering, enligt förvaltningsrätten, anses vara tillräckligt tydlig för att hindra Kommunen från att efter eget skön välja vilken typ av avropsmodell som ska nyttjas vid varje enskilt avropskontrakt under ramavtalstiden. Inte heller det förhållandet att priset för avrop över två basbelopp inte konkurrensutsatts i ramavtalsupphandlingen kan anses utgöra en brist i upphandlingsrättsligt hänseende eftersom den förnyade konkurrensutsättningen förutsätter att ramavtalsleverantörernas priser mäts mot varandra vid det enskilda avropet under ramavtalstiden.

Mot bakgrund av det ovan angivna anser förvaltningsrätten att upphandlingsdokumenten i upphandlingen på av Bolaget angivna grunder inte står i strid med LOU och dess allmänna principer.

Bolaget har vidare invänt att Schindlers inte uppfyller ett obligatoriskt kvalificeringskrav rörande finansiell ställning och att Schindler i sitt anbud ingett överflödigt information i strid med ett administrativt krav. Det är Bolaget som har den primära bevisbördan att visa att påstådda brister föreligger. Vad gäller påståendet att Schindler inte har en tillräckligt stark finansiell ställning finner förvaltningsrätten att de uppgifter som inkommit i målet inte ger stöd för att Schindler inte skulle inneha en erforderlig finansiell styrka för att kunna fullgöra kontraktet.

Ifråga om det administrativa kravet att anbudet endast ska innehålla information som efterfrågas får syftet antas vara att anbudsgivare inte ska tynga anbudet med uppgifter som Kommunen inte önskar granska och värdera. Den aktuella informationen avseende kvalitets- och miljöledningssystem som Schindler presenterat i sitt anbud är dock av allt att döma Schindlers gällande planer som Kommunen efterfrågat. Det förhållandet att innehållet i dessa dokument i alla stycken inte är det av Bolaget förväntade kan därvid inte innebära att Schindlers anbud är behäftad med sådan brist att det ska förkastas. Inte heller av Bolaget framförda invändningar mot Schindlers anbud föranleder således någon åtgärd enligt LOU.

Av det ovan följer att Bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Tommas Kjellgren

Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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-post-adress, 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 rättens 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 rättens 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.