


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

 Föredraganden
Karolina Sölsnaes

DOM
2011-10-06
Meddelad i
Växjö

 Mål nr
2126-11

SÖKANDE

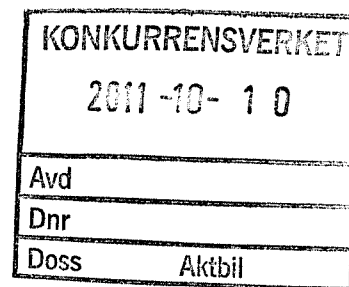
 Stoby Måleri AB, 556128-9744
Okvägen 6, Gäddastorp
281 51 Hässleholm

 Ombud: Advokat Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

 Karlshamnsbostäder AB, 556526-8355
Rådhusgatan 28
374 36 Karlshamn

SAKEN

 Överprövning av upphandling enligt lagen om offentlig upphandling
(LOU)


FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

 Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 32206

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Karlshamnsbostäder AB (Karlshamnsbostäder) genomför en upphandling av ramavtal avseende golvarbeten där tre entreprenörer kommer att antas. Anbud har inkommit från Colorama Ronneby AB, Colorama Karlshamn AB, Stoby Måleri AB och Sandå Sverige AB. Den 9 juni 2011 beslutade Karlshamnsbostäder att anta anbuderna från Colorama Ronneby AB (1), Colorama Karlshamn AB (2) och Stoby Måleri AB (3).

Stoby Måleri AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Som princip för tilldelning av kontrakt anges i punkten B.22 i entreprenadbeskrivningen, som utgör en del av förfrågningsunderlaget, att "för större arbeten (normalt över 100 000 kr) kan beställaren göra en förnyad konkurrensutsättning bland samtliga tre antagna entreprenörer". Detta står i strid med LOU. Det är inte möjligt att kombinera tilldelning av kontrakt efter bästa anbud enligt 5 kap. 6 § andra stycket LOU och tilldelning efter förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § LOU på det sätt som Karlshamnsbostäder ställt upp som förutsättning för upphandlingen. Förutsättningarna för tilldelning av kontrakt innebär i princip att Karlshamnsbostäder har fritt skön att välja mellan de båda tilldelningsmodellerna för kontrakt som av Karlshamnsbostäder anses vara "större arbeten". De grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och proportionalitet ska iakttas vid upphandling av ramavtal. Kravet på likabehandling innebär bland annat att tilldelningskriterierna enligt ramavtal inte får ge den upphandlande enheten valfrihet vid tilldelning och kravet på transparens innebär bland annat att en leverantör ska kunna på förhand veta hur tilldelning av kontrakt enligt ett ramavtal kommer att ske. I synnerhet avser detta frågan om när förnyad konkurrensutsättning kan komma att ske eftersom detta förfarande medför ytterligare kostnader som ska beaktas inför avgivandet av anbud. Av förfrågningsunderlaget framgår att Karlshamnsbostäder anger såväl bästa an-

bud som förnyad konkurrensutsättning som metod för tilldelning av kontrakt vid ”större arbeten”. Det framgår dock inte under vilka förutsättningar som respektive metod kommer att tillämpas. Istället anges att Karlshamnsbostäder kan göra en förnyad konkurrensutsättning. Förfrågningsunderlaget uppfyller inte kraven på likabehandling och transparens eftersom Karlshamnsbostäder har en valfrihet i fråga om tillämpning av modell för tilldelning av vissa kontrakt. Upphandlingen har därför skett i strid med de grundläggande principerna för upphandling. Frågan har prövats i rättsfallet RÅ 2010 ref. 97. För att en kombinationsmodell ska vara tillåten ska det klart framgå i vilka situationer en upphandlande myndighet ska tillämpa förnyad konkurrensutsättning. Så har inte varit fallet i upphandlingen.

Påståendet från Karlshamnsbostäder om att man kan göra en förnyad konkurrensutsättning inom ramen för LOU går inte att utläsa av förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget kan inte heller tolkas som att den upphandlande myndigheten ska göra en förnyad konkurrensutsättning utan att den kan om den så önskar. Vad som utgör större arbeten definieras inte heller. Förfrågningsunderlaget anger endast att det är fråga om arbeten ”normalt över 100 000 kr”. Karlshamnsbostäder har därmed valfrihet att avgöra om ett arbete för 100 000 kr ska anses utgöra ett större arbete eller inte. Karlshamnsbostäder skulle likväl kunna välja att definiera arbeten för 90 000 kr som större arbeten. Sammantaget är de villkor som ställs upp i förfrågningsunderlaget otydliga och inte jämförbara med de av Karlshamnsbostäder åberopade domarna av Förvaltningsrätten i Stockholm. Förfrågningsunderlaget är utformat på ett sätt som innebär att det kan uppkomma situationer när båda tilldelningsmodellerna blir tillämpliga och ger Karlshamnsbostäder en valmöjlighet som strider mot LOU. Anbudsgivarna ansvarar inte för att påpeka brister i förfrågningsunderlaget under upphandlingen och vad Karlshamnsbostäder anför i detta avseende saknar därför relevans. Bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada eftersom man inte kunnat utforma ett optimalt anbud. Detta på grund av att bolaget inte

kunnat förutse hur tilldelningen av kontraktet skulle komma att ske och därmed vilka eventuella framtida kostnader som ska beaktas. Förfrågningsunderlaget strider således mot kravet på transparens och likabehandling och upphandlingen ska därför göras om.

Karlshamnsbostäder motsätter sig bifall till bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har inte skett i strid med LOU. Punkten B.22 i förfrågningsunderlaget, entreprenadbeskrivning, anger att fördelningsnyckel med fastställd rangordning kommer att tillämpas för löpande arbeten. Vidare anges att ”för större arbeten (normalt över 100 000 kr) kan beställaren göra en förnyad konkurrensutsättning [...]”. Bolagets tolkning att det av ordalydelsen i 5 kap. 6 § andra stycket och 6 kap. 7 § LOU skulle framgå att det inte är tillåtet att i ett och samma förfrågningsunderlag upphandla både en avropningsmodell med samtliga villkor fastställda och förnyad konkurrensutsättning har inte stöd i lagen eller det bakomliggande gemenskapsrättsliga direktivet och är inte heller förenlig med lagstiftarens intentioner. I rättsfallet RÅ 2010 ref. 97 hade den upphandlande myndigheten valt att, i ett och samma ramavtal, tillämpa en kombinerad avropsmodell med dels samtliga villkor fastställda, dels förnyad konkurrensutsättning. För avrop upp till 20 basbelopp kunde avrop ske enligt fastställd rangordning och för avrop mellan 5 – 40 basbelopp, dvs. 214 000 kr – 856 000 kr, kunde förnyad konkurrensutsättning komma att ske. Vid sådana förhållanden har den upphandlande myndigheten fritt skön att välja vilken tilldelningsmodell som ska användas. Regeringsrätten konstaterade att kravet på likabehandling innebär att tilldelningskriterierna inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelning av kontrakt kommer att ske. Det är av betydelse att veta i vilken mån förnyad konkurrensutsättning blir aktuell. Regeringsrättens dom medför således inte ett absolut förbud mot kombinerade avropsmodeller så länge principerna om likabehandling och transpa-

rens upprätthålls. I målet inhämtade Regeringsrätten yttrande från Konkurrensverket. I punkten 27 i Konkurrensverkets yttrande angavs att den avropande myndigheten i målet hade en obegränsad valfrihet hur de båda urvalsmodellerna skulle användas eftersom det saknades föreskrifter i förfrågningsunderlaget som styrde val av urvalsmodell. Avsaknaden av objektiva och tydliga kriterier för när vilken av de två urvalsmodellerna skulle tillämpas medförde en risk att avropande myndighet lät sig styras av andra hänsyn än rent ekonomiska. Vidare angavs i punkten 30 i yttrandet att förekomsten av två urvalsmodeller i ett och samma ramavtal inte innebär att den avropande myndigheten själv kan välja mellan de båda urvalsmodellerna. Om det i ett förfrågningsunderlag finns tydliga villkor för när vilken urvalsmodell som ska användas så är detta förenligt med principerna om likabehandling och transparens. Karlshamnsbostäder har tydligt angett att det vid löpande arbeten tillämpas en fast rangordning men för större arbeten, dvs. 100 000 kr, tillämpas förnyad konkurrensutsättning. Vid sådana förhållanden föreligger inte någon obegränsad valfrihet för Karlshamnsbostäder och anbudsgivarna kan vid anbudsgivningen på ett tydligt sätt få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt kommer att ske. I förfrågningsunderlaget anges tydliga föreskrifter och objektiva kriterier som styr val av urvalsmodell. Karlshamnsbostäder har uppfattat att bolaget inte anser att det är otillåtet att kombinera avropsmodeller om det klart och tydligt framgår i vilka situationer en upphandlande myndighet ska tillämpa förnyad konkurrensutsättning. Bolaget har närmast hakat upp sig på att Karlshamnsbostäder angett att man kan göra en förnyad konkurrensutsättning. Vad Karlshamnsbostäder avser är givetvis att Karlshamnsbostäder kan göra en förnyad konkurrensutsättning inom ramen för LOU. Karlshamnsbostäder åberopar Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 21 december 2010 i mål nr 44 557-10 och 47 068--47 237-10. I det här målet är omständigheterna i allt väsentligt de samma som i målet från Förvaltningsrätten i Stockholm, då det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget hur val av urvalsmodell kommer att ske samt att det inte heller föreligger någon risk

för överlappning. Bolaget har vidare angett att man inte kunnat utforma ett optimalt anbud. Bolagets anbud kom sist av samtliga anbud som kvalificerade sig eftersom man lämnat betydligt högre anbudssummor än övriga anbudsgivare samt tilldelats relativt dåliga poäng både avseende utvärderingskriteriet miljö och utvärderingskriteriet kvalitet. Det skiljer 117 poäng mellan det vinnande anbudet och bolagets anbud. Oaktat om Karlshamnshälsö bostäder angett ordet ska istället för kan så är det uppenbart att bolaget aldrig skulle tilldelats kontrakt. Bolaget har vare sig lidit eller riskerat att lida skada. Det saknas således stöd i LOU för att förordna om att upphandlingen ska göras om.

Det åligger bolaget att visa att upphandlingen skett i strid med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Karlshamnshälsö bostäder vidhåller att det måste anses lite märkligt att anbudsgivare anför att förfrågningsunderlaget är så oklart att det inte gått att formulera ett konkurrenskraftigt anbud samtidigt som anbudsgivaren inte under anbudstiden hört av sig, ställt några frågor eller på annat sätt gett Karlshamnshälsö bostäder en antydning om att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 5 kap. 6 § LOU framgår 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 ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

Av 5 kap. 7 § LOU framgår att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska 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 ska, enligt andra stycket punkt 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 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att 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.

I punkten B.22 i förfrågningsunderlaget anges följande.

Utvärderingskriterier

Endast anbud som uppfyller samtliga krav enligt B.21 kommer att utvärderas. 3 st olika entreprenörer kommer antas.

Den entreprenör som placerar sig på första plats i utvärderingen kommer att för löpande arbeten erhålla 50-70% av dessa. Entreprenör som placerar sig på andra plats i utvärderingen kommer att erhålla 30-50% av de löpande arbetena och entreprenör som placerar sig på tredje plats utgör reserv.

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 anses.

För mer omfattande projekt som nyproduktion och större ombyggnader genomförs normalt en helt separat upphandling enligt LOU.

Ovanstående fördelning för löpande arbeten gäller under förutsättning att resp. entreprenör har erforderlig kapacitet och har utfört tidigare avrop i enlighet med avtalsvillkor och god yrkes sed.

För större arbeten (normalt över 100 000 kr) kan beställaren göra en förnyad konkurrensutsättning bland samliga 3 antagna entreprenörer.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Principerna om likabehandling och transparens (öppenhet och förutsebarhet) är några av de grundläggande principerna för upphandling. Kravet på likabehandling innebär bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten eller enheten obegränsad valfrihet och kravet på öppenhet och förutsebarhet innebär bl.a. att det av förfrågningsunderlaget ska framgå hur utvärdering kommer att göras och bedömas samt vilken metod som ska användas.

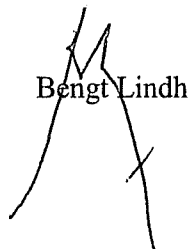
Bolaget har gjort gällande att det inte är möjligt att kombinera de båda tilldelningsmodellerna på så sätt som Karlshamnsbostäder har gjort eftersom förfrågningsunderlaget inte uppfyller kraven på likabehandling och transparens samt ger Karlshamnsbostäder möjlighet att efter fritt skön välja mellan de båda tilldelningsmodellerna för kontrakt som av Karlshamnsbostäder anses vara "större arbeten". Karlshamnsbostäder har å sin sida anfört att det tydligt framgår att det vid löpande arbeten tillämpas en fast rangordning men för större arbeten, dvs. 100 000 kr, tillämpas förnyad konkurrensutsättning och att det därför inte föreligger någon obegränsad valfrihet för Karlshamnsbostäder samt att anbudsgivarna på ett tydligt sätt kan få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt kommer att ske.

När ett förfrågningsunderlag ger den avropande myndigheten en valfrihet i fråga om vilken urvalsmodell som ska användas vid tilldelning av kontrakt uppfyller det inte kraven på likabehandling och transparens. För att vara förenligt med principerna om likabehandling och transparens torde det krävas att det i förfrågningsunderlaget till ett ramavtal för varje typ av tilldelningssituation föreskrivs tydliga villkor för vilken urvalsmodell som ska användas samt att dessa föreskrifter inte lämnar något utrymme för avropande myndighetens fria skön (jfr RÅ 2010 ref. 97).

Av punkten B.22 i förfrågningsunderlaget i målet framgår att löpande arbeten ska fördelas på så sätt att den entreprenör som placerar sig på första plats i utvärderingen kommer att erhålla 50-70 procent, att den entreprenör som placerar sig på andra plats kommer att erhålla 30-50 procent och att den entreprenör som placerar sig på tredje plats blir reserv. Vidare framgår att beställaren vid större arbeten (normalt över 100 000 kr) kan göra en förnyad konkurrensutsättning bland samtliga tre antagna entreprenörer. Enligt förvaltningsrättens mening innebär formuleringen ”att beställaren vid större arbeten (normalt över 100 000 kr) kan göra en förnyad konkurrensutsättning” att det inte tillräckligt tydligt framgår vilken urvalsmodell som ska användas. Det framgår inte heller av ordalydelsen att det vid arbeten över 100 000 kr ska göras en förnyad konkurrensutsättning. Karlshamnshälsö har därmed utrymme att efter fritt skön avgöra om ett arbete är att anse som ett större arbete eller inte och därmed också välja vilken urvalsmodell som ska tillämpas.

Förvaltningsrätten finner att upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet och förutsebarhet i 1 kap. 9 § LOU. Det kan inte uteslutas att bolaget kan komma att lida skada till följd av bristen i förfrågningsunderlaget. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

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



Bengt Lindh



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1D LOU