



KONKURRENSVERKET	
2020-04-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

ED Bygg Sverige AB, 556484-8918

Ombud: Advokat Sebastian Katsinas och Advokat Henrik Willquist
Advokatfirman Glimstedt Östergötland KB

MOTPART

AB Stångåstaden, 556041-6850

Ombud: Advokat Katarina Ibold och advokat Cecilia Lundh
Advokatfirman Delphi i Östergötland AB

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

AB Stångåstaden (Beställaren) genomför upphandling av *Ramavtal Nyproduktion* (Upphandlingen) som ett öppet förfarande enligt LOU. Ramavtal kommer att tecknas med maximalt fyra leverantörer och tilldelningsgrund är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Av tilldelningsbeslut den 18 oktober 2019 framgår att ED Bygg Sverige AB (Bolaget) inte tilldelats kontrakt i Upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar i första hand att Upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkas att rättelse ska ske gen-

om att en ny utvärdering företas där anbuden från SEFAB, Åhlin & Ekeroth Byggnads AB, Skanska AB samt Erlandsson Bygg i Mitt AB inte beaktas.

Beställaren motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Av upphandlingsdokumentet framgår att Beställaren under en kommande fyraårsperiod avser att uppföra cirka 1600 lägenheter. En oklar del av dessa 1600 lägenheter omfattas av Upphandlingen. En oklar andel av dessa 1600 lägenheter kan komma att ”nyttjas” av andra upphandlingar och andra avtal. I Upphandlingen är kvalificeringskraven angivna i anbudsformuläret under punkterna A-G. Därefter följer utvärderingskraven under punkterna H-J. Utvärderingen är emellertid uppdelad i två steg; först utvärderas endast lämnat arvode och de sex anbudsgivare som har angett lägst arvode går vidare till steg 2 av utvärderingen då punkterna H-J utvärderas avseende dessa sex anbudsgivare. Bolaget placerade sig som åttonde anbud efter arvodesgranskningen och således kom dess anbud inte att utvärderas i steg 2.

I Upphandlingen saknas uppgift om hur avrop ska ske. Av upphandlingsdokumentet framgår blott att Beställaren förbehåller sig rätten att fråga flera (dvs. andra än den som lämnat bästa anbudet i Upphandlingen). Det förefaller alltså helt saknas rangordning eller annan fördelningsnyckel i ramavtalet. Det leder till ett komplett godtycke vid avrop vilket inte är förenligt med LOU. Av förarbetena (prop 2015/16:195 sid 519) framgår bl.a. följande.

”Det från upphandlingsrättslig synpunkt centrala är att valet vid ett avrop av vilken leverantör som ska utföra en viss uppgift måste göras i enlighet med de grundläggande principerna och får därmed inte bero på den upphandlande myndighet-

ens godtycke. En fördelningsnyckel ska göra det möjligt att förutse enligt vilka grunder och hur valet av leverantör kommer att gå till i en viss given situation. Det ska också kunna gå att konstatera i efterhand vilka faktorer som gjorde att en viss leverantör valdes som utförare framför en annan.”

Ovanstående information saknas i upphandlingsdokumentet. Bolaget gör gällande att denna brist inte kan läkas på annat sätt än att Upphandlingen görs om och förtydligas i sagda avseende. Bolaget har lidit skada av detta eftersom man utifrån ovanstående riskerar att inte tilldelas något avrop.

Bolaget har därtill i målet riktat invändningar mot såväl definitionen av upphandlingsföremålet och ramavtalets omfattning som mot utvärderingsmodellen och dess tillämpning. Bolaget menar att det föreligger stora oklarheter i vad som upphandlas, hur inkomna anbud ska utvärderas samt kring referenstagningen i Upphandlingen. Därtill anför Bolaget att de vinnande anbuden brister i kravuppfyllnad.

Beställaren

Beställaren har under hösten 2019 genomfört upphandling av ramavtal för nybyggnation av 1600 bostäder i Linköping. Inför Upphandlingen bjöd Beställaren in till leverantörsdialog i vilken bl.a. Bolaget deltog. Syftet med Upphandlingen var att teckna ramavtal med fyra entreprenörer och i ett tidigt skede involvera dessa i planeringen av nybyggnationer för att få bästa möjliga beslutsunderlag inför byggnationer av nya lägenheter. Elva anbudsgivare lämnade anbud i Upphandlingen. Av dessa elva leverantörer har sex stycken gått vidare till utvärdering i steg 2 och Beställaren har den 18 oktober 2019 tilldelat fyra av anbudsgivarna kontrakt. Bolaget har inte gått vidare till steg 2 i utvärderingen och har inte tilldelats kontrakt.

Såvitt avser Bolagets invändning om att det saknas uppgift om hur avrop ska ske i Upphandlingen så finns det inte något krav på att ett ramavtal ska

innehålla en rangordningslista, utan avrop från ett ramavtal kan ske även på annat sätt. Det förhållandet att det saknas en rangordningslista i ramavtalet utgör därför inte någon brist.

Vad gäller det Bolaget anfört i övrigt mot Upphandlingen så menar Beställaren att det inte föreligger någon otydlighet eller annan brist varken i utvärderingsmodellen eller upphandlingsdokumentet. Inte heller har Beställaren brutit i sin referenstagning i Upphandlingen och utvärderingen har skett i enlighet med såväl de krav som angetts i upphandlingsdokumentet som de krav som följer av LOU. Slutligen har det inte förelegat någon grund för att förkasta något av de vinnande anbuden.

Avseende skadebedömningen så har inte de brister, hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, som Bolaget gör gällande påverkat Bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget har således inte lidit eller riskerat att lida skada. När det gäller utvärderingsskedet så krävs att minst två anbudsgivare med lägre anbudspris än Bolaget fått sina anbud förkastade för att Bolaget ska ha lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom det inte förelegat skäl att förkasta de vinnande anbuden så har Bolaget inte heller i denna del lidit eller riskerat att lida någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har i målet riktat invändningar mot såväl definitionen av upphandlingsföremålet och ramavtalets omfattning som mot utvärderingsmodellen och referenstagningen i Upphandlingen. Därtill har Bolaget gjort gällande att det föreligger otydlighet hur avrop kommer att ske samt att vinnande anbud brister i kravuppfyllelse.

När en anbudsgivare i ett mål enligt LOU har gjort gällande flera skäl för ingripande bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se bl.a. Kammarrättens i Sundsvall dom den 29 augusti 2012 i mål 1225-12).

Förvaltningsrätten tar inledningsvis ställning till vad Bolaget anfört avseende avsaknad av rangordning vid avrop under ramavtalet.

De grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU gäller vid all upphandling, så även vid upphandling av ramavtal. Krav på transparens och likabehandling innebär bland annat att ett ramavtals tilldelningskriterier inte får medföra att den upphandlande myndigheten ges obegränsad valfrihet vid tilldelning samt att de anbudsgivare som tar del av upphandlingsdokumentet förstår hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske (se RÅ 2010 ref. 97). Detta innebär att det måste finnas en rangordning eller annan i

upphandlingsdokumentet redovisad fördelningsnyckel av de antagna leverantörerna som möjliggör att avrop kan ske på ett objektivet och förutsebart sätt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förevarande ramavtal inte finns någon rangordning eller annan fördelningsnyckel beskriven i upphandlingsdokumentet. Det fria bedömningsutrymme vid enskilda avrop under ramavtalet som detta förhållande ger Beställaren under ramavtalstiden anser förvaltningsrätten står i strid med de upphandlingsrättsliga transparens- och likabehandlingsprinciperna.

Eftersom ovanstående brist rör en absolut grundläggande förutsättning för planerade inköp under ramavtalstiden bedöms konstaterad överträdelse ha påverkat det konkurrensuppsökandet skedet i upphandlingen på sådant sätt att skada jämlikt 20 kap. 6 § LOU uppkommit för Bolaget. Upphandlingen därför ska göras om. Ansökan ska i enlighet härmed bifallas.

Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva de övriga grunder för ingripande enligt LOU som Bolaget har gjort gällande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Tomas Kjellgren
Rådman

Föredragande jurist har varit Andrea Ritzer.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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.

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 avvisar 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 rättstillämpningen.
- 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.