



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2012-03-28
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
737-12
Enhet 1

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119

Ombud: Advokat Maria Pedersen och jur. kand. Camilla Nilsson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

AB Enköpings Hyresbostäder

Ombud:
Carl-Göran Ek
Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 42069
126 13 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2012 -03- 2 9	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLANDRAD UPPHANDLING

AB Enköpings Hyresbostäders upphandling av måleriarbeten

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökningen och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDE

AB Enköpings Hyresbostäder (Hyresbostäder) genomför en upphandling av måleriarbeten. Sandå Sverige AB (Sandå) är en av anbudsgivarna. Enligt Hyresbostäders tilldelningsbeslut, daterat den 31 januari 2012, har anbud från andra anbudsgivare än Sandå antagits.

Sandå ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Hyresbostäder bestrider yrkandet.

GRUNDER

Sandå anför bland annat följande.

Fördelningsnyckel

Hyresbostäder har använt sig av en fördelningsnyckel som är i strid med LOU och rådande praxis. Hyresbostäder har föreskrivit en fördelningsnyckel som innebär att anbudsgivare som inte har angett det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet erhåller avrop. Fördelningsnyckeln är utformad på ett sådant sätt att den anbudsgivare som har lämnat det mest fördelaktiga anbudet inte erhåller samtliga avrop. Förfrågningsunderlagets utformning uppfyller inte kraven på likabehandling och transparens. Med avropsmodellen att beställaren avropar enligt fastställd rangordning tryggas att beställaren kan få arbeten utförda under exempelvis semestertider. Den andra modellen är förnyad konkurrensutsättning. Krav eller önskemål från politikerna i de politiskt styrda organisationerna avseende främjandet av det lokala näringslivet och småföretagarna på orten är i strid med LOU. Villkoren för tilldelning är inte fastställda då Hyresbostäder har sammanblandat de båda modellerna för avrop i 5 kap. LOU.

Rätt att förkasta anbud

Hyresbostäder har på felaktiga grunder och i strid med LOU förbehållit sig rätten att förkasta anbud. I förfrågningsunderlaget anges att Hyresbostäder förbehåller sig rätten att förkasta samtliga anbud enbart på den grunden att förutsättningar för anbudsinfordran under anbudstiden förändras. Då denna skrivning är godtycklig och ger den upphandlande myndigheten fri prövningsrätt att avgöra när samtliga anbud ska förkastas är skrivningen i strid med LOU och dess grundläggande principer om likabehandling och transparens. Hyresbostäder förbehåller sig också rätten att förkasta anbud med onormalt låga priser. Med detta synes Hyresbostäder vilja göra gällande att det har en ovillkorlig rätt att förkasta anbud med onormalt låga anbud. Den upphandlande myndigheten har inte någon sådan rätt.

Rätten att frångå uppställda skallkrav

I förfrågningsunderlaget anges att Hyresbostäder kan komma att förkasta ett anbud om det inte uppfyller ställda skallkrav, det vill säga att Hyresbostäder har en valfrihet att avgöra huruvida redan uppställda skallkrav ska upprätthållas eller inte. Denna skrivning är i direkt strid med de grundläggande principerna i LOU och rådande praxis. Anbudsgivaren liksom den upphandlande myndigheten måste följa de krav som myndigheten har ställt upp. Den upphandlande myndigheten tillåts inte företa en fri prövningsrätt och kan inte frångå de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget.

Kombinerade avropsmodeller

Hyresbostäder har gjort en kombinerad modell av de två avropsmetoder som stipuleras i 5 kap. LOU, vilket är i strid med LOU och rådande praxis. I förfrågningsunderlaget anges att entreprenörerna ska rangordnas och att avrop kommer att ske i enlighet med denna rangordning. Vidare anges i förfrågningsunderlaget att Hyresbostäder har för avsikt att även tillämpa förnyad konkurrensutsättning. Högsta förvaltningsdomstolen har slagit fast att en kombination av avrop där samtliga villkor har fastställts med en för-

nyad konkurrensutsättning inte är tillåten enligt LOU. Högsta förvaltningsdomstolen har anfört att ett ramavtal antingen kan innehålla fullständiga villkor för senare anskaffning på grundval av ramavtalet eller inte göra det. Högsta förvaltningsdomstolen har konstaterat att kravet på likabehandling innebär bland annat att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och kravet på transparens innebär att en leverantör som tar del av ett förfrågningsunderlag ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtal kommer att ske. Hyresbostäders upphandling är inte förutsebar och strider mot transparensprincipen.

Av förfrågningsunderlaget framgår att valet av avropsmodell är beloppsstyrt. Det framgår däremot inte av förfrågningsunderlaget hur avropen kommer att beräknas. Detta innebär att Hyresbostäder förbehåller sig fri prövningsrätt. Som förfrågningsunderlaget är utformat står det Hyresbostäder fritt att välja mellan att dela upp ett större avrop av entreprenader i delentreprenader och på så vis undgå förnyad konkurrensutsättning. Likväl står det Hyresbostäder fritt att efter eget tycke välja att slå samman flera små avrop till en och samma entreprenad och därmed uppnå sina subjektivt utformade kriterier för att tillämpa förnyad konkurrensutsättning. Hyresbostäder kan således fritt styra vilken entreprenör som ska tilldelas ett specifikt kontrakt beroende på hur stor omfattning arbetena ska vara. Som förfrågningsunderlaget är utformat snedvrids konkurrensen och möjligheterna att avge ett konkurrenskraftigt anbud försvåras. Ett flertal förvaltningsrätter har funnit att avropsmodeller där den upphandlande myndigheten hade angett en beloppsstyrd avropsmodell inte är förenligt med LOU.

Hyresbostäder kan välja att dela upp arbeten så att flera småarbeten ska utföras under en utspridd tidsperiod och då dessa inte ska utföras vid samma tidpunkt ska dessa anses utgöra mindre avrop som ska ske enligt rangordning. Om Hyresbostäder i stället ensidigt väljer att arbetena ska utföras

vid en och samma tidpunkt ska dessa arbeten i stället anses som ett större avrop som ska tilldelas med förnyad konkurrensutsättning. Något förutsebart med detta subjektiva och godtyckliga förfaringssätt kan Sandå inte se. Fråga uppkommer vad som avses med tidpunkt. Det finns ingen logik i vad Hyresbostäder har anfört om objektet är avgränsat till adress/byggnad. Vidare tolkar Hyresbostäder in begreppet fastigheter i sin definition.

Sandå har lidit skada

De brister och fel som förfrågningsunderlaget är behäftat med har medfört att Sandå har förhindrats att avge ett konkurrenskraftigt anbud och således har lidit skada.

Hyresbostäder anför bland annat följande. Vid anbudsprövningen framkom att jämförelsepriset för Sandå var 33 procent högre än det företag som hade lägsta jämförelsepris. Jämförelsepriset är en del i utvärderingen för att hitta de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Sandå placerade sig näst sist i utvärderingen.

Fördelningsnyckel

Hyresbostäder har i upphandlingen inte rangordnat anbudsgivarna efter lägsta pris. Det är de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden som har tilldelats kontrakt. För att leva upp till likabehandlingsprincipen ligger det i Hyresbostäders intresse att även små och medelstora leverantörer ska ha möjlighet att inkomma med anbud. Av det skälet har krav ställts på att anbudsgivaren ska ha minst tre målare anställda. I en offentlig upphandling kan ingen på förhand veta varifrån det eller de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden kommer. Av det skälet tillämpas i upphandlingen en fördelningsnyckel som innebär att även anbudsgivare som har placerat sig på andra plats kommer att erbjudas uppdrag, om än i mindre omfattning än den som har placerat sig på första plats. Förfarandet tryggar på detta sätt Hyresbostäders tillgång till måleritjänster även under sommarhalvåret, vid sjukdom

och vid andra ospecifika händelser som kan inträffa under kontraktstiden. I det fall förfarandet inte skulle vara tillåtet skulle det resultera i att kraven måste ställas så att endast de största måleriföretagen kan lämna anbud. Fördelningsnyckeln är transparent och tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget. Villkoren för tilldelning är fastställda. Fördelningsnycklar lyfts fram i förarbetena till LOU. Även det nationella upphandlingsstödet anger i sina vägledningar att fördelningsnycklar med procent kan tillämpas. Hyresbostäder har inte sökt främja vissa anbudsgivare. Med ambitionen att så många som möjligt ska inbjudas att inkomma med anbud sattes resurskravet till tre målare. Med den resursen bedömde Hyresbostäder att det är möjligt att uppfylla kravet på måleriarbeten. Skulle det bli så att de företag som placerade sig på första, andra och tredje plats är företag som samtliga endast hade tre anställda skulle det kunna bli svårigheter. Av det skälet har Hyresbostäder bestämt att samtliga tre antagna entreprenörer ska tilldelas uppdrag, om än med olika tilldelning av tillgänglig volym.

Rätt att förkasta anbud

Hyresbostäder har inte skaffat sig en ovillkorlig rätt att godtyckligt förkasta anbud. Om det skulle bli aktuellt att förkasta anbud beskrivs tillvägagångssättet i 12 kap. 3 § LOU. I första hand framförs att texten i förfrågningsunderlaget inte har formulerats på ett felaktigt sätt. I andra hand får lyftas fram det faktum att Sandås anbud inte har förkastats och att Sandå därför inte har lidit skada eller kan komma att lida skada oberoende av om texten i förfrågningsunderlaget har varit korrekt eller inte.

Rätten att frånga uppställda skallkrav

Entreprenadbeskrivningens punkt B.21 inleds med texten ”För att anbudet ska utvärderas ska följande krav (A-H) uppfyllas. Utöver dessa krav måste anbud uteslutas om det har ankommit för sent eller inte är lämnat på erforderligt sätt”. Det som behandlas i de administrativa föreskrifterna i punkt AFB.31 har bäring på övriga delar i anbudet. Meningen är att inskräpa vik-

ten av formalia så att samtliga anbudsgivare ska bli bedömda på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Hyresbostäder har inte, vilket Sandå felaktigt har framfört, skrivit att det ska kunna frångå några krav. I upphandlingen har inte frångåtts något krav och detta har inte påståtts av Sandå. Sandå har inte lidit skada eller kan komma att lida skada oberoende av om texten i förfrågningsunderlaget har varit korrekt eller inte.

Kombinerade avropsmodeller

Upphandlingen består till stor del av enhetspriser på olika behandlingar av förekommande utrymmen i bostäder. Dessa priser ska gälla såväl vid styckebeställning som vid behandling av hela lägenheter. Vid samtidig ommålning av en hel lägenhet adderas de enskilda styckepriserna. Det ligger i sakens natur att dessa styckepriser är dyrare än priset för ett större samtidigt åtagande. Av det skälet har Hyresbostäder beskrivit vid vilka tillfällen och på vilket sätt Hyresbostäder ska förfara för att hålla nere priset för måleritjänster. Det är tydliggjort vilken avropsmetod som ska tillämpas vid vilket tillfälle. Hyresbostäder har en koppling till objekt och har definierat vad ett objekt avser och vid vilka värden vilken avropsmetod ska tillämpas. Objektet är även avgränsat. Flera små arbeten räknas som ett objekt. Det stämmer inte att Hyresbostäder kan välja om avrop ska avse till exempel flera trappuppgångar i olika fastigheter då det i upphandlingen har definierats att ett objekt avser arbete på en adress/byggnad. Olika fastigheter är olika byggnader och därmed olika objekt. Den samlade volymen beställda måleriarbeten står i proportion till resultatet av de årliga hyresförvandlingarna. Av det skälet kan någon bestämd volym måleriarbeten inte utlovas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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 iaktas.

I 5 kap. 6 § LOU stadgas följande. 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.

I 5 kap. 7 § första stycket LOU stadgas följande. 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.

I 16 kap. 5 § LOU anges 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.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagen eller mot någon av de principer som lagstiftningen bygger på, nämligen principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Fördelningsnyckel

Sandå gör gällande att den tillämpade fördelningsnyckeln innebär att den anbudsgivare som har avgett det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte erhåller samtliga avrop och att detta strider mot LOU. Hyresbostäder gör å sin sida gällande att fördelningsnyckeln är transparent och tydligt beskriven och att villkoren för tilldelning är fastställda.

Tilldelning av kontrakt ska ske utifrån det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller lägsta pris (12 kap. 1 § LOU). Om ett ramavtal har träffats med flera leverantörer ska kontrakt tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som har angetts i ramavtalet (5 kap 6 § LOU). I förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 175) uttalas att ett ramavtal måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivet sätt. Vidare uttalas att det inte är motiverat att avstå från att kräva att ramavtal ska innehålla en fast rangordning i det fall det inte är möjligt eller förenat med påtagliga nackdelar.

I punkten B.22 ”Utvärderingskriterier” i förfrågningsunderlaget anges bland annat följande. ”Tre entreprenörer kommer att antas. De ekonomiskt mest fördelaktiga anbuderna kommer att antas. Den entreprenör som placerar sig på första plats i utvärderingen kommer att för löpande arbeten erhålla ca 50 – 70 procent av dessa. Entreprenör som placerar sig på andra plats i utvärderingen kommer att erhålla ca 30 – 50 procent av de löpande arbetena och entreprenör som har placerat sig på tredje plats blir reserv.”

Det framgår således av förfrågningsunderlaget att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuderna kommer att antas och att leverantörerna kommer att tilldelas kontrakt utifrån detta med en viss procentandel. Enligt förvaltningsrättens bedömning måste en rangordning utifrån ekonomiskt mest fördelaktiga anbud innebära att den leverantör som har lämnat det mest fördelaktiga anbudet alltid utnyttjas i första hand. Det är först när högst rankade leverantörer inte kan leverera som den upphandlande myndigheten bör avropa från dem som kommer längre ned på rangordningslistan. En annan ordning skulle kunna innebära att principen om att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas inte upprätthålls.

Enligt förfrågningsunderlaget kommer den leverantör som har lämnat det näst mest fördelaktiga anbudet att tilldelas kontrakt avseende 30 – 50 procent av de löpande arbetena. Det framgår inte att denna leverantör kommer att tilldelas kontrakt först när den leverantör som står högst upp på rangordningslistan inte kan leverera. Enligt förvaltningsrättens bedömning är detta således en brist i förfrågningsunderlaget. Sandås möjligheter att er hålla kontrakt i upphandlingen har emellertid inte minskat på grund av överträdelsen. Det är således inte visat att Sandå har lidit skada av den nu aktuella bristen i förfrågningsunderlaget vilket därmed inte föranleder något ingripande enligt LOU.

Rätt att förkasta anbud

Sandå gör gällande att Hyresbostäder i strid med LOU har förbehållit sig rätten att förkasta anbud om förutsättningarna för anbudsinfordran förändras samt anbud med onormalt låga priser.

I punkten AFB.15 i de administrativa föreskrifterna anges följande. ”Beställaren har rätt att förkasta samtliga [anbud]och upphäva anbudsinfordran om förutsättningarna för anbudsinfordran under anbudstiden förändras eller om anbud är på en högre nivå än beställarens budget. (...) I enlighet med LOU kan anbud med onormalt låga priser förkastas.”

Av förfrågningsunderlaget (punkten B.1) framgår att entreprenaden omfattar löpande måleriarbeten, det vill säga ommålning och tapetsering i Hyresbostäders förvaltade fastigheter med lägenheter och lokaler, samt i förekommande fall utomhusmålning, ombyggnader och lokalanpassning. Föremålet för upphandlingen är således beskrivet i förfrågningsunderlaget. Förutsättningarna för anbudsinfordran måste således förstås utifrån beskrivningen av föremålet för upphandlingen. En upphandlande myndighet har rätt att avbryta upphandlingen om det finns sakliga skäl härför. I förevarande fall har Hyresbostäder varken förkastat Sandås anbud eller avbrutit

upphandlingen och det har inte heller hävdats av Sandå. Skrivningen i förfrågningsunderlaget härom har således inte medfört att Sandå har lidit skada. Det föranleder därmed inte förvaltningsrätten att göra något ingripande enligt LOU.

Rätten att frångå uppställda skallkrav

Sandå gör gällande att Hyresbostäder har förbehållit sig rätten att avgöra huruvida i förfrågningsunderlaget ställda skallkrav ska upprätthållas. Hyresbostäder hävdar att förfrågningsunderlaget inte medger att det kan frångå några krav och att så heller inte har skett.

I förfrågningsunderlaget (punkten AFB.31) anges att om anbud saknar klar och tydlig redovisning av efterfrågade uppgifter eller innehållsmässigt inte överensstämmer med anbudsfrågan samt om förbehåll och reservationer inte är klart och tydligt prissatta kan anbudet komma att lämnas utan att beaktas respektive förkastas. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte har framkommit eller ens gjorts gällande att Sandås anbud har förkastats med anledning härav, utan Sandås anbud kvalificerades sig till utvärderingen och hamnade på femte plats i denna. Den av Sandå här ifrågasatta skrivningen i förfrågningsunderlaget har således inte haft några konsekvenser för Sandå som därmed inte kan anses ha lidit skada. Det finns därmed inte skäl för förvaltningsrätten till åtgärder med stöd av LOU.

Kombinerade avropsmodeller

Sandå har gjort gällande att Hyresbostäder har gjort en kombinerad modell av två avropsmodeller, dels rangordning och dels förnyad konkurrensutsättning, och att detta strider mot LOU. Sandå har härvid bland annat hävdats att det inte framgår hur avropen kommer att beräknas och att Hyresbostäder således fritt kan styra vilken entreprenör som ska tilldelas ett specifikt kontrakt. Hyresbostäder har å sin sida gjort gällande att det har tydlig-

gjort vilken avropsmetod som ska tillämpas vid vilket tillfälle genom en koppling till objekt som har definierats.


Högsta förvaltningsdomstolen har i sitt avgörande i RÅ 2010 ref. 97 uttalat att kravet på likabehandling innebär bland annat att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och att kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet ska ske. I avgörandet har Högsta förvaltningsdomstolen vidare hänvisat till förarbetena till LOU vari anges att ett ramavtal antingen kan innehålla fullständiga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet eller inte göra det. Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär detta emellertid inte att en upphandlande myndighet skulle vara förhindrad att ha en kombinerad avropsmodell för tilldelning av kontrakt. Det som klargjordes i Högsta förvaltningsdomstolens avgörande var att ett förfrågningsunderlag som ger avropande myndigheter en valfrihet ifråga om vilken modell som ska användas vid tilldelning av kontrakt inte uppfyller kraven på likabehandling och transparens.

I punkten B.1 "Omfattning" i förfrågningsunderlaget i förevarande upphandling anges bland annat följande. "För större sammanhängande objekt kommer avrop att ske enligt följande: Objekt under 100 000 kronor avropas enligt fördelning. Objekt mellan 100 000 – 200 000 kronor tilldelas genom förnyad konkurrensutsättning. Objekt över 200 000 kronor upphandlas genom ny separat upphandling. Med objekt avses arbeten på samma adress/byggnad som ska utföras vid en viss tidpunkt. Flera små arbeten på samma adress/byggnad som ska utföras vid samma tidpunkt räknas som ett objekt. Förnyad konkurrensutsättning gäller bland samtliga tre antagna entreprenörer." I punkten B.22 "Utvärderingskriterier" stipuleras, som tidigare har citerats, att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden kommer att

antas och att leverantörerna kommer att tilldelas kontrakt utifrån detta med en viss procentandel.

Av förfrågningsunderlaget framgår således att objekt under 100 000 kronor fördelas enligt den utifrån punkten B.22 fastställda rangordningen och att objekt om 100 000 – 200 000 kronor tilldelas genom förnyad konkurrensutsättning. Enligt förfrågningsunderlaget är valet av avropsmodell beloppsstyrt. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid inte hur objekten kommer att beräknas eller vad som avses med "tidpunkt". Det kan även ifrågasättas om definitionen av objekt är tillräckligt tydlig. Oklarheten i dessa avseenden medför att Hyresbostäder har ett stort utrymme att välja modell för tilldelningen. Enligt förvaltningsrättens bedömning brister förfrågningsunderlaget i tydlighet och uppfyller inte kravet på förutsebarhet och transparens. Mot bakgrund av detta strider förfrågningsunderlaget mot LOU och de principer som lagstiftningen bygger på. Sandå har riskerat att lida skada till följd av felaktigheten och grund för ingripande föreligger. Eftersom felaktigheten är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet måste upphandlingen göras om.

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



Peter Lif
rådmän

Målet har handlagts av Linnea Åman.

