



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2013-09-25
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 16638-13

SÖKANDE

Bravida Sverige AB, 556197-4188

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur. kand. Jenny Kenneberg
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPART

Micasa Fastigheter i Stockholm AB, 556581-7870

Ombud: Advokat John Hane
 Foyen Advokatfirma AB
 Box 7229
 103 89 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2013 -09- 2 6	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bravida Sverige AB:s ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 8 juli 2013 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 391215

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeledsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Micasa Fastigheter i Stockholm AB (Micasa) genomför en offentlig upphandling avseende tillsyn, skötsel och felavhjälpande underhåll, av del av Micasas fastighetsbestånd (Fastighetsdrift 2013 – 2017). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och syftar till att träffa avtal med den entreprenör som erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Bravida Sverige AB (Bravida) har hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning av upphandlingen innan något tilldelningsbeslut fattats i upphandlingen.

Förvaltningsrätten har den 8 juli 2013 interimistiskt förordnat att Micasa tills vidare inte får ingå avtal avseende Fastighetsdrift 2013 – 2017 innan något annat har bestämts. Samma dag beslutade även förvaltningsrätten att inte hålla någon muntlig förhandling i målet. Besluten gällde omedelbart.

Micasa har yrkat att förvaltningsrätten ska upphäva det interimistiska beslutet från den 8 juli 2013. Förvaltningsrätten avslag detta yrkande i beslut den 17 juli 2013 vilket innebär att beslutet från den 8 juli 2013 står fast.

Bravida yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för yrkandet anför bolaget följande. Förfrågningsunderlaget innehåller så mycket otydligheter att Bravida inte kan lämna något anbud, därmed brister upphandlingen i transparens. Micasa har även brutit mot principen om likabehandling eftersom den leverantör som tidigare haft kontraktet lättare kan bilda sig en uppfattning om vad som efterfrågas i förevarande upphandling. Förfrågningsunderlaget innehåller även oskäliga avtalsvillkor

i form av att entreprenören ska ersätta den utrustning som avlägsnas från fastigheterna.

Micasa bestrider bifall till Bravidas yrkande att upphandlingen ska göras om eftersom det genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

I 1 kap. 9 § LOU anges bl.a. 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 iakttas. Likabehandling förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Kravet på att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt ger uttryck för principen om transparens och öppenhet, som bl.a. innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. En anbudsgivare ska exempelvis genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas.

Av 16 kap. 6 § 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 gjorts.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad Bravida anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som

anges i 16 kap. 6 § LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Förfrågningsunderlaget och upphandlingens omfattning

Det ingår inte i förvaltningsrättens prövning att bedöma om villkoren i ett kommande avtal är oskäligen eller inte utan förvaltningsrätten har endast att pröva om upphandlingen och dess beredande strider mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Förvaltningsrätten ska bedöma om beskrivningen av kontraktarbetena i förfrågningsunderlaget inte uppfyller kraven på transparens och likabehandling utifrån de omständigheter som Bravida har angett.

För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det ska ske på lika villkor, krävs ett så klart och tydligt utformat förfrågningsunderlag att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att en leverantör med utgångspunkt i

förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Bravida har framfört att beskrivningen av kontraktsarbetena inte uppfyller kraven på transparens och likabehandling samt att det är omöjligt för entreprenören att förutse i vilken utsträckning det felavhjälpande underhållet kommer att avropas. Detta medför att det inte går att avgöra omfattningen av arbetena i det som upphandlas. Det av *Micasa* annonserade förfrågningsunderlaget innebär ett betydande avsteg från vad som normalt sett gäller för kontrakt av det här slaget men *Micasa* har inte tillfört erforderlig information om innebörden av åtagandet.

Anbudslämnaren kan därför inte bilda sig en uppfattning om omfattningen av åtagandet och jämföra med det i upphandlingen angivna priset. Det är även oskäligt att entreprenören ska ersätta den utrustningen som avlägsnas från fastigheterna eftersom det är så svårt att förutse hur mycket det kommer att bli, speciellt med tanke på att flera av fastigheterna utgör boenden för psykiskt sjuka.

Micasa menar att omfattningen av åtagandena är klart och tydligt utformat och att det vid denna typ av avtal är mer eller mindre gängse att ansvar för underhåll ligger kvar hos fastighetsägaren medan det felavhjälpande underhållet utförs av driftentreprenören. Planerat underhåll utförs enligt en fastslagen underhållsplan. Villkoret att entreprenören ska stå för felavhjälpande underhåll "oberoende orsaken till funktionsbortfallet" är inte oskäligt och skrivningen är hämtad från ABFF. Det finns statistik på hur mycket av möblerna som har gått sönder och fastigheterna är försäkrade med egendomsskydd. Villkoren är inte otydliga. Det ankommer på den driftsentreprenör som tar på sig att utföra felavhjälpande underhåll att återställa en funktion – vanligen genom reparation eller utbyte – till det skick den hade då avtalet ingicks. Entreprenörens förpliktelse är att se till att funktioner upprätthålls, inte att förbättra dem. Det planerade underhållet

går många gånger ut på att byta ut komponenter som anses nedgångna innan de tagit slut eller upphört att fungera. På så vis sker ett samspel i praktiken mellan beställarens behov av planerat underhåll och det felavhjälpande underhåll som behövs utföras. Det finns inget stöd i vare sig ABFF eller i Aff-definitionerna för att tolka ett begrepp som felavhjälpande underhåll på annat sätt än enligt sin ordalydelse. Det är riktigt att Micasa handlar upp entreprenaden till ett i förväg fast pris. Priset är dock inte helt låst under kontraktstiden utan kontraktet innehåller regler för att möjliggöra en justering av det fasta priset vid ändrade förhållanden. Det är inte ovanligt vid driftentreprenader att upphandlingen sker till ett i förväg fast pris, inte minst när man som i förevarande fall upphandlar en funktion. Priset grundar sig på synnerligen väl genomarbetade kalkyler om vilka åtgärder med drift, tillsyn, skötsel och felavhjälpande underhåll som har behövts tidigare och kan förväntas behöva ske under avtalstiden med betydande utrymme för vinst för driftsentreprenören. Poängen för en beställare med en sådan prismodell är att slippa att enskilda anbudsgivare underprissätter entreprenaden och i gengäld försöker att rubricera en betydande mängd arbete som utförs till ändrings- och tilläggsarbete och som inte ingår att utföra för den fasta ersättningen. Av samma skäl har också tydligt angivits att felavhjälpande underhåll på grund av skadegörelse, åverkan, handhavandefel och motsvarade ingår att utföra liksom att ersätta materiel som saknas.

I förfrågningsunderlagets bilaga Kontrakt anges följande under punkten 1.1 "Omfattning".

Entreprenaden omfattar:

- Drift (tillsyn, skötsel och media försörjning) av byggnader och installationer
- E:s tillsyn ska också omfatta att observera och rapportera förhållanden, som iakttas under entreprenadarbetenas genomförande, även om dessa förhållanden eller orsaker inte ingår i Entreprenaden
- Felavhjälpande underhåll
- Beredskap dygnet runt
- Vissa administrativa arbetsuppgifter

I samma bilaga under punkten 1.1.2. anges följande.

Det åligger E att inom ramen för den fasta ersättningen utföra felavhjälpande underhåll på allt som erfordras för att återställa funktionen på ett förvaltningsobjekt som nått en oacceptabel nivå oberoende av orsaken till funktionsbortfallet. E förväntas ha god kunskap om och erfarenhet av drift av de fastighetskategorier som är aktuella i denna entreprenad och verksamheter i dessa. B har som underlag för E:s anbud tillhandahållit en omfattande statistik över omfattningen och arten av de felavhjälpande underhållsarbeten som avses.

Av statistiken framgår t.ex. att E:s åtagande omfattar också reparation/utbyte som är föranledd av skadegörelse, åverkan, inbrott eller s.k. handhavandefel. Skadestånd/ersättning som utfås från den som vållat eller ansvarar för skadegörelsen, motsv. ska tillfalla E.

I E:s åtagande ingår att, som felavhjälpande underhåll, ersätta material/utrustning som av olika anledningar saknas eller har avlägsnats av brukare och andra externa personer.

Under punkten 1.3.2 "Beställarens investeringar och planerade underhåll" anges följande.

I sammanhanget antecknas upplysningsvis att B har ett program för investeringar och planerat underhåll i fastighetsbeståndet, som innebär en successiv förbättring i fastigheterna. Detta innebär dock inget åtagande från B att utföra investeringar/planerat underhåll vid specifika tider/intervaller eller med viss omfattning.

Under punkten 1.6.1. anges följande.

B genomför som ett normalt inslag i sin verksamhet fortlöpande åtgärder för fastighetsutveckling och underhåll. Detta kan från tid till annan minska behovet av drift och underhåll.

Till att börja med konstaterar förvaltningsrätten att det står den upphandlande enheten fritt att välja vad den vill upphandla och på vilket sätt, så länge detta inte strider mot LOU eller de EU-rättsliga principer som bär upp lagen.

Det är rimligt att kräva att anbudslämnare i någon mån måste prissätta viss risk och osäkerhet i sina anbud och att den upphandlande enheten kan välja en styrning som innebär viss riskfördelning men att det inte kan ske på bekostnad av att förfrågningsunderlaget inte når upp till kravet på transparens. Av förfrågningsunderlaget framgår att underhåll ligger kvar

hos fastighetsägaren medan det felavhjälpande underhållet utförs av driftentreprenören. Detta kan enligt förvaltningsrätten inte i sig vara otydligt eller strida mot transparensprincipen. Enligt Micasa genomförs det planerade underhållet enligt en fastslagen underhållsplan vilket betyder att detta är förutsägbart för anbudsgivaren. Priset är inte helt fast utan kontraktet innehåller regler för att möjliggöra en justering av det fasta priset vid ändrade förhållanden. Micasa har för att räkna ut priset kalkylerat med vilka åtgärder med drift, tillsyn, skötsel och felavhjälpande underhåll som har behövts tidigare och kan förväntas behöva ske under avtalstiden med betydande utrymme för vinst för driftsentreprenören. Eftersom priset till viss del går att justera enligt 6.2 i förfrågningsunderlagets dokument "Kontrakt" och att det finns en bestämd underhållsplan för det fasta underhållet finner förvaltningsrätten att det som Bravida anfört inte innebär att förfrågningsunderlaget strider mot principen mot transparens eller är otydligt beträffande entreprenörens skyldigheter angående felavhjälpande underhåll.

Förvaltningsrätten anser inte att förfrågningsunderlaget i denna del skulle strida mot principen om likabehandling av den anledningen att tidigare kontraktinnehavare lättare kan bilda sig en uppfattning av kontraktets omfattning.

Grund för ingripande enligt LOU föreligger således inte till följd av vad Bravida har anfört i dessa delar.

Väsentligt förändrade villkor

Nästa fråga som förvaltningsrätten ska bedöma är om Bravidas invändning att villkor ändrats väsentligt utgör grund för ingripande enligt LOU.

Bravida anför följande i denna del. *Micasa* har under processen i förvaltningsrätten uppgett att det har skött det planerade underhållet och att det kommer att göra detta under avtalstiden. Dessa uppgifter har inte tidigare framkommit och stämmer alltså inte överens med de kalkyleringsförutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget vilket innebär att det är en förändring av stor praktisk betydelse för upphandlingens konkurrensuppsökande skede. En sådan förändring kan *Micasa* inte göra efter anbudstidens utgång. För det fall *Micasa* redan i förfrågningsunderlaget hade tydliggjort att man har och även i fortsättningen åtar sig att sköta det planerade underhållet hade kalkyleringsförutsättningarna varit väsentligt annorlunda än vad som är fallet att *Micasa* uppger att man inte garanterar att något planerat underhåll kommer att utföras alls.

Micasa anför att påståendet att man skulle ha kommit med två nya påståenden under handläggningen i förvaltningsrätten inte stämmer. *Bravida* har inte visat på vilket sätt dessa två påståenden skulle skilja sig från förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten anser inte att förfrågningsunderlaget har förändrats på sådant sätt som *Bravida* gör gällande och att det därför skulle krävas att upphandlingen görs om. Detta eftersom det i förfrågningsunderlaget finns information om det planerade underhållet och att det där utfästs att fastighetsbeståndet successivt ska förbättras samt att det är ett normalt inslag i beställarens (*Micasas*) verksamhet att fortlöpande utveckla och underhålla fastigheterna. Grund för ingripande saknas därför även i denna del.

Upphandlingens kontraktstid

Det framgår varken av LOU eller av gemenskapsrätten hur lång tid ett upphandlingskontrakt får omfatta när det gäller upphandlingar som inte avser ramavtal. Av EU-domstolens rättspraxis följer att avtal som ingås för obegränsad tid som utgångspunkt strider mot de allmänna principerna. Samtidigt finns det ingen absolut tidsfrist för upphandlingskontrakt (jfr EU-domstolens dom i mål C-454/06 Presstext p. 73-75).

Kontraktet i förevarande mål kommer att gälla från och med 2013-11-01 till och med 2017-09-30. Beställaren har möjlighet att ensidigt förlänga kontraktet med ytterligare fyra (4) år från och med 2017-10-01 till och med 2021-09-30. Beställaren kommer att meddela om förlängning kommer att ske minst sex (6) månader innan 2017-09-30. (se förfrågningsunderlaget UF1.1. samt 4.2 i bilaga Kontrakt)

Bravida hävdar att detta är en alldeles för lång kontraktstid i förhållande till det som upphandlas. Entreprenörens åtagande innebär inte några större tekniska investeringar, personalövertaganden eller andra faktorer som motiverar en så lång avtalstid. I synnerhet när det är frågan om en så stor upphandling som den nu aktuella får åtta års avtalstid en konkurrenshämmande effekt på marknaden. Den långa avtalstiden och omständigheten att *Micasa* har en ensidig rätt att förlänga avtalet bidrar även till att ytterligare förstärka osäkerheten kring entreprenörens åtagande.

Micasa anför å sin sida att det är vanligt förekommande vid driftsentreprenader att avtalens längd överstiger de normalt gällande fyra åren. Även i rättspraxis godtas längre avtalstid än fyra år när leverantören tvingas att göra investeringar som har längre avskrivningstid än så. Detta resonemang kan appliceras i förvarande fall. Driftsentreprenaden omfattar

68 fastigheter och cirka 1 miljon m² yta. Det tar lång tid att lära känna ett sådant fastighetsbestånd och alla dess tusentals förvaltningsobjekt på vilka tillsyn, skötsel och felavhjälpande underhåll löpande utförs. Man räknar normal med att en driftsentreprenör under det första året i ett avtal som det förevarande gör förluster och att man under andra året går plus minus noll för att först därefter kunna göra vinst. Entreprenören som tilldelas kontraktet har normalt att anställa 20–30 personer vilket även det är en investering som måste få ta tid att räkna hem. Därför är en längre tidsrymd än fyra år nödvändigt för att kunna erbjuda rätt lönsamhet till driftentreprenören och därmed även få den effektiva konkurrensutsättning som LOU föreskriver.

Det har inte framkommit några omständigheter som ger förvaltningsrätten anledning att ifrågasätta Micasas beskrivning av kontraktsföremålet. Eftersom avtalet inte löper under obegränsad tid och att kontaktet är omfattande både i storlek och i arbetsbörda finner förvaltningsrätten att en kontraktstid på knappt fyra år med möjlighet till förlängning med ytterligare fyra år inte kan anses strida mot LOU. Skäl för ingripande föreligger därmed inte heller till följd av vad Bravida har anfört i denna del.

Skada

Eftersom förvaltningsrätten på grundval av vad Bravida har anfört inte funnit att Micasa vid upphandlingsförfarandet brutit mot LOU eller någon princip som bär upp lagen, kan heller inte Bravida ha lidit någon skada. Det saknas mot den bakgrunden anledning att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan ska därför avslås i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Susanne Bagge

Rådman

Elin Vidlund har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 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.