



**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

DOM
2010-01-11
Meddelad i
Falun

Mål nr
2793-09 E
Rotel 1

SÖKANDE

Svensk Markservice AB, 556420-4823
Norra Järnvägsgatan 19
791 35 Falun

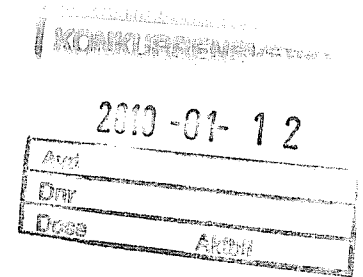
Ombud: Olof Johnson
Projektjuridik AB
Gärdstuguvägen 14
192 51 Sollentuna

MOTPART

Falu kommun
791 83 Falun

SAKEN

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



LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Svensk Markservice AB:s ansökan om överprövning.

Länsrätten avvisar Svensk Markservice AB:s yrkande om att länsrättens interimistiska beslut av den 5 oktober 2009 ska gälla till dess lagakraftvunnen dom föreligger i målet.

Dok.Id 73300

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 S-791 21 Falun	Kullen 4	023-484 00 E-post: lansrattenidalarna@dom.se	023-484 80	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Falu kommun genomför en upphandling avseende drift och underhåll av parkmark och vägområde för område Söder (dnr T&F0192/08-330). Genom beslut den 24 september 2009 tilldelades Peab Sverige AB (Peab) upphandlingen.

Svensk Markservice AB (SMAB) begär överprövning av upphandlingen och yrkar, såsom bolaget slutligt har bestämt sin talan, att upphandlingen ska göras om, samt att meddelat interimistiskt beslut ska bestå till dess lagkraftvunnen dom föreligger i målet.

Falu kommun bestrider bifall till ansökan om överprövning.

Till stöd för sin talan anför SMAB i huvudsak följande. Inom angiven tidsfrist har SMAB ingivit anbud i enlighet med det anbudsformulär som fanns bilagt förfrågningsunderlaget jämte diverse andra handlingar som också efterfrågats av kommunen. Till anbudsformuläret har anbudsgivarna lämnat priser enligt bilagda mängdförteckningar, vilka sammanställts till en angiven total anbudssumma i formuläret. Prissatta mängdförteckningar samt anbudssumma har efterfrågats av kommunen under anbudstiden. I kompletterande förfrågningsunderlag av den 15 september 2009 har SMAB, Peab och en tredje anbudsgivare också lämnat en prisuppgift avseende ändrings- och tillägsarbeten på visst sätt. Frågan om tillägsarbeten har dock överhuvudtaget inte berörts i den annonsering som föregick upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Att upphandla ÄTA-arbeten (ändrings-, tilläggs- och avgående arbete) utan att annonsera upphandlingen är under vissa förutsättningar tillåtet. För upphandlingar över tröskelvärdena finns bestämmelser i 4 kap. 8 § första stycket 2 LOU. Det framgår av ordalydelsen i paragrafen att avrop av ÄTA ska, för att vara tillåtet utan föregående annonsering, ha annonserats i den ursprungliga upphandlingen. Dessutom krävs att eventuella ÄTA-arbeten ska ha prissatts till sitt fulla

värde. Det är således inte tillåtet att göra avrop utan att dessa villkor är uppfyllda. I det aktuella fallet har inte den upphandlande myndigheten begränsat sin rätt att göra avrop av ÄTA i vare sig annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget. Om upphandlingen hade genomförts med stöd av bestämmelsen i 4 kap. 8 § hade således villkoren för att upphandla de arbeten som avses i den aktuella upphandlingen inte varit för handen p.g.a. bristande transparens. Emellertid har kommunens upphandling genomförts med stöd av bestämmelsen i 15 kap. 5 § 4 LOU. Den paragrafen är till sin ordalydelse inte lika detaljerat utformad som sin motsvarighet i 4 kap. LOU. Det får dock inte tolkas så att kravet på transparens inte skulle gälla även vid upphandlingar som genomförs med tillämpning av 15 kap. LOU. Kravet på att upprätthålla de gemenskapsrättsliga principerna gäller vid tillämpningen av hela lagen. I den aktuella upphandlingen har inte kontraktstilldelningen redovisats i enlighet med gällande rätt och omfattningen av de kontrakt som kan tilldelas med stöd av 15 kap. 5 § 4 har inte redovisats. Upphandlingen har strukturerats så att den kan ge den upphandlande myndigheten en möjlighet att tilldela kontrakt utan att annonsera upphandlingar eller genomföra tilldelningar av kontrakt oavsett kontraktens antal och värde. Bristen på transparens leder därför till en brist på likabehandling. En leverantör som inte är fullt insatt i kontraktets potentiella värde har begränsade möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. – Kommunen har valt att tillämpa den äldre lagen om offentlig upphandling, trots att det är den nu gällande lagen (2007:1091) som gäller för upphandlingen. Detta betyder dock inte något materiellt. Upphandlingsmeddelandet är otydligt. Enligt de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget tycks utvärderingsgrunden vara ”det lägsta anbudspriset”, men enligt tilldelningsbeslutet har anbudsutvärderingen genomförts med tilldelningsgrunden ”det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet”. Det går inte att av tilldelningsbeslutet utläsa vad som är skälen till beslutet. Kommunens anbudsutvärdering har inte varit transparent och inte rättvis. Beslut om tilldelningskontrakt får inte vara intetsägande, vilket det är i det här fallet.

Falu kommun anför i huvudsak följande. Falu kommun har genomfört upphandlingen med transparens och likabehandling. Annonsering har gjorts i Allego och Dalarnas tidningar. Dessutom har samtliga tre anbudsgivare ombetts att komplettera sina anbud med timpris, vilket samtliga har gjort och som ingår i utvärderingen. SMAB påpekar att frågan om ÄTA-arbeten inte har berörts i förfrågningsunderlaget. Detta är felaktigt. I de administrativa föreskrifterna finns rubrikerna AFC.23 ÄTA-arbeten samt AFC.611 Ersättning förändringar och tillägsarbeten, med tillhörande text. I utvärderingen inklusive beslut nämns inget om priset, utan endast att Peab antas som entreprenör. I tilldelningsbeslutet till Peab finns heller ingen skrivning av det slag som SMAB påstår. I tilldelningsmeddelandet till SMAB finns nämnt att Peab lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Oavsett om man använder benämningen ”lägsta pris” eller ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” påverkas inte utgången av upphandlingen eftersom Peab har det lägsta priset. SMAB har inte under upphandlingen klagat på denna eller reserverat sig, utan har tvärtom godtagit samtliga förutsättningar genom att lämna anbud.

SMAB genmäler i huvudsak följande. Kommunen tycks mena att även om man använt sig av utvärderingsgrunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” så skulle PEAB ha fått anbudet. Genom olika uppgifter i förfrågningsunderlaget och meddelandet om tilldelningsbeslut går det inte att fastställa vilken utvärderingsgrund som kommunen slutligen valt att tillämpa. Kommunen tillåter sig att utvärdera anbuden med tillämpning av metoden fri prövningsrätt, vilket inte är tillåtet. Av ordalydelsen i upphandlingsmeddelandet tycks anbuden ha utvärderats efter grunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. Om så har varit meningen måste utvärderingskriterierna viktas eller anges i prioritetsordning, men så har inte gjorts. Det är helt oklart hur anbuden har utvärderats med avseende på både utvärderingsgrund och utvärderingskriterier. De kriterier som tillämpas i upphandlingen har huvudsakligen bäring på förmågan att genomföra upphandlings-

kontraktet och inte för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det är därtill oklart om de tillämpats överhuvudtaget. Eftersom den aktuella upphandlingen förutsätter kontinuerliga avrop under en längre tid är upphandlingen en upphandling av ett ramavtal. Vid beräkningen av ett ramavtals värde ska det högsta sammanlagda värdet av samtliga avrop under ramavtalets löptid utgöra grunden för ramavtalets värde. Något sådant värde har inte fastställts i upphandlingen. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget om ÄTA-arbeten ska ingå i anbudsutvärderingen. Det framgår inte heller av upphandlingsmeddelandet om ÄTA-arbeten har ingått i anbudsutvärderingen. Kommunens hänvisning till koderna AFC.23 och AFC.611 saknar helt relevans för förevarande prövning. De har inte med upphandlingen att göra utan avser hur ersättningsrätten och prissättningar av ÄTA-arbeten ska hanteras mellan kommunen och entreprenören under kontraktstiden.

Falu kommun genmäler i huvudsak följande. Kommunen har inte utvärderat enligt grunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga”. Under AFB.52 i de administrativa föreskrifterna finns angivet att kommunen kommer att anta det anbud som uppfyller samtliga krav, samt lägsta pris. Kommunen har prövat alla ska-krav samt i utvärderingen medtagit anbud och prissatt timprislista. I anbudsutvärderingen i tilldelningsbeslutet har kommunen inte angivit ”det mest ekonomiskt fördelaktiga”. I tilldelningsmeddelandet till SMAB har dock ett skrivfel insmugit sig. Kommunens avsikt har hela tiden varit att anta lägsta pris och så har gjorts. Kommunen har från samtliga tre anbudsgivare begärt in komplettering innan anbudsutvärdering slutförts. Det framgår av utvärderingen att timprislista för ÄTA-arbeten ingår. Upphandlingen är inte ett ramavtal som fordrar kontinuerliga avrop. SMAB har inte lidit skada och det finns ingen anledning att göra om upphandlingen.

SMAB genmäler i huvudsak följande. Av det tilldelningsmeddelande som skickades till SMAB förra gången kommunen upphandlade den aktuella

entreprenaden framgår att kommunen angett ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. Det förefaller märkligt att kommunen skulle göra samma skrivfel två gånger i rad och i synnerhet när kammarrätten beslutat att upphandlingen skulle göras om. Beträffande de ÄTA-arbeten som ska upphandlas så har de inte angivits till sina värden och kan då knappast utvärderas av kommunen. Kommunen tycks ha missuppfattat att den angivna uppskattade mängden skulle utgöra ett sådant värde. Kommunens upphandling av ÄTA-arbeten förutsätter inte annat än att undantagsbestämmelsen i 15 kap. 5 § p 4 LOU ska tillämpas, vilket inte är förenligt med LOU. Man kan inte upphandla kontrakt som förutsätter att undantagsbestämmelser måste tillämpas för att kontraktet ska kunna genomföras.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämplig lagstiftning

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU följer 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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.

Handlingarna i målet

I de administrativa föreskrifterna (AF) som utgör handling 09 i förfrågningsunderlaget anges att för entreprenaden gäller AB04 samt att vid upphandlingen tillämpas 6 kap. LOU. Vidare anges att upphandlingen sker som förenklad upphandling och avser en kontraktstid av fem år fr.o.m. den 1 november 2009 t.o.m. den 31 oktober 2014, med optionsrätt för beställaren med ytterligare ett plus ett år.

Av AFB.52 "Värderingsgrund för prövning av anbud" framgår att kommunen kommer att anta det anbud som uppfyller samtliga krav samt erbjuder lägsta pris.

Under rubriken AFC. 23 "ÄTA-arbeten" anges bl.a. följande. ÄTA-arbeten ska anses beordrade först sedan de beställts skriftligen av beställaren, se AFC.611 beträffande ersättning av ändringar och tilläggsarbeten.

Under rubriken AFC. 611 "Ersättning för ändringar och tilläggsarbeten" anges följande. ÄTA-arbeten ska anses beordrade först sedan de beställts skriftligen av beställaren. Har detta inte skett ska entreprenören i god tid före arbetets utförande göra anmälan till beställaren om arbetet anses medföra kostnader utöver kontraktssumman. ÄTA-arbeten regleras enligt följande:

- i första hand enligt anbud
- i andra hand enligt löpande räkning

Till förfrågningsunderlaget hör även en mängdförteckning på vilken total anbudssumma ska anges, samt ett anbudsformulär.

Av handlingarna i målet framgår även att det den 21 september 2009 utgick ett e-postmeddelande från Trafik- och fritidsförvaltningen i Falu kommun, i vilket fanns en begäran om att anbud skulle kompletteras med

bifogad timprislista. Den bifogade handlingen har rubriken ”Timprislista avseende ändringar, samt tilläggs- och avgående arbeten”. I handlingen anges följande:

Historiskt har under år 2008 för område Söder, debiterats Ätor med mantimmar, för ca 40.000 kr

Vid arbete på löpande räkning för arbetsuppgifter, utgår ersättning enligt följande timpris. Timpriset ska omfatta samtliga kostnader inklusive kostnader för räntor, administration och vinst, för i kontraktshandlingars mening färdig enhet av arbete. Reseersättningar och traktamenten, samt servicebil ska ingå. Även arbetsledning ska ingå i nedanstående timpris. Reglering sker årsvis efter redovisad tid.

<u>Arbetare</u>	<u>Enhet</u>	<u>Mängd</u>	<u>Timpris</u>	<u>Summa</u>
Mantid	tim	R100		

I anbudsutvärderingen har beloppen under rubrikerna ”Prissatt MF” och ”Prissatt timprislista” räknats samman till ett belopp som anges under rubriken ”Anbudspris”. Vid en jämförelse av de tre anbudspriserna har Peab det lägsta anbudspriset.

I tilldelningsmeddelande sänt till SMAB anges att Peab har lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet och kommer att antas som entreprenör för objektet. I tilldelningsbeslut skickat till Peab anges inte vilken utvärderingsgrund som har tillämpats.

Länsrättens bedömning

Länsrätten konstaterar inledningsvis att den aktuella upphandlingen har påbörjats efter ikraftträdandet den 1 januari 2008 av nu gällande lag om offentlig upphandling (2007:1091), varför det är denna lag som är tillämplig.

SMAB har anfört att det är oklart vilken utvärderingsgrund som har tillämpats samt, för det fall utvärderingsgrunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” har tillämpats, haft invändningar gällande avsaknad av eller

felaktig tillämpning av utvärderingskriterier, samt avsaknad av viktning. Länsrätten finner följande. I förfrågningsunderlaget anges otvetydigt att det är det anbud som har lägst pris som kommer att antas. I det tilldelningsmeddelande som har skickats till SMAB anges dock att Peab har lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Falu kommun har uppgett att kommunen tillämpat utvärderingskriteriet "lägsta pris", i enlighet med vad kommunen angett i förfrågningsunderlaget. Av anbudsutvärderingen framgår också att Peabs anbud har det lägsta priset. Enligt länsrättens mening finns det därför inte, oaktat formuleringen i tilldelningsmeddelandet till SMAB, något som tyder på att annan utvärderingsgrund än den i förfrågningsunderlaget angivna har tillämpats. Då frågan om angivande av utvärderingskriterier och viktning endast aktualiseras när upphandlande myndighet har valt utvärderingsgrunden "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet", finns inte anledning för länsrätten att närmare gå in på SMAB:s invändningar i dessa delar. Även om det tilldelningsmeddelande som har skickats till SMAB innehåller brister, finner inte länsrätten att detta i sig är en omständighet som föranleder ett ingripande enligt LOU.

SMAB har också anfört att det inte framgår av förfrågningsunderlaget om ÄTA-arbeten ska ingå i anbudsutvärderingen och att det inte heller framgår av upphandlingsmeddelandet om ÄTA-arbeten har ingått i anbudsutvärderingen. Länsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget anges hur ÄTA-arbeten ska regleras, dvs. i första hand enligt anbud och i andra hand enligt löpande räkning, men däremot sägs inte något om hur ersättning för sådana arbeten ska beaktas vid anbudsutvärderingen. Anbudsgivarna har dock fått möjlighet att komplettera sitt anbud såvitt avser ÄTA-arbeten genom att fylla i den timprislista som Falu kommun har skickat ut. Den omständigheten att denna komplettering kunnat göras efter att anbudstiden har gått ut har inte, enligt vad som framkommit, i sig medfört någon skada för SMAB, som fyllt i timprislistan och skickat in den till Falu kommun. I timprislistan anges mängden ÄTA-arbeten till hundra timmar mantid och

anbudsgivarna har därefter kunnat ange ett timpris. SMAB har angett timpriset 385 kr. Av anbudsvärderingen framgår att Falu kommun har beaktat anbuden avseende ÄTA-arbeten på så sätt att det timpris som anbudsgivaren har angett har multiplicerats med hundra. Detta belopp har sedan adderats till de anbud som lämnats i anbudsskylten. Även om förfrågningsunderlaget och den kompletterande timprislistan inte är optimalt utformade finner länsrätten att det ändå framgår med tillräcklig tydlighet hur ÄTA-arbetena skulle ingå i anbudsvärderingen. Vidare framgår att de också har ingått i anbudsvärderingen på detta sätt. Länsrätten finner inte att fråga är om ett ramavtal eller att det föreligger någon skyldighet för Falu kommun att i annonserna om upphandlingen särskilt ange att ÄTA-arbeten skulle komma att ingå. Vad SMAB anför i fråga om ÄTA-arbeten är enligt länsrättens mening inte sådana omständigheter som bör medföra ett ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis föreligger enligt länsrättens mening inte förutsättningar att bifalla ansökan om överprövning, varför denna ska avslås. Länsrätten har inte någon laglig möjlighet att förordna att länsrättens interimistiska beslut av den 5 oktober 2009 ska gälla till dess lagakraftvunnen dom föreligger i målet. SMAB:s yrkande härom ska således avvisas.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c).



Helena Tyni
länsrättsfiskal