



KONKURRENSVERKET	
2014-03-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

1. Täby kommun
183 30 Täby

2. Täby Fastighets AB, 556007-4642

Ombud:

Upphandlingschefen Kristine Nilsson
Adress se ovan

MOTPART

Bravida Sverige AB, 556197-4188

Ombud:

Advokaten Liselott Fröstad och Jur.kand. Jenny Kenneberg
Box 3124
103 62 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 1 juli 2013
i mål nr 4510-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Täby kommun och Täby Fastighets AB (kommunen) yrkar att kammarrätten förordnar att upphandlingen får avslutas i enlighet med tidigare meddelat tilldelningsbeslut. Kommunen uppger bl.a. följande till stöd för sitt överklagande.

Förvaltningsrätten skriver att kommunen skulle ha "tydliggjort vilket eftersatt underhåll beträffande förvaltningsobjekten som förelåg inför kommande avtalsperiod". I förfrågningsunderlaget finns en bilaga, "07.1 Objektlista.xls" med statusrapport på värme och ventilation, med en underhållsprioritering för respektive byggnad/fastighet. I denna ges information om vilka delar av förvaltningsobjektet som var i störst behov av underhåll. Det är oklart om denna bilaga uppfattats av rätten, varför det är oklart om rätten anser att beställarens informationsskyldighet sträcker sig längre än så. Statusrapporter, eller motsvarande, kan inte i detalj redovisa varenda funktion i en byggnad, i vart fall inte som information till anbudsgivare i en upphandlingssituation. Det rör sig om en alltför omfattande informationsmängd att hantera under den begränsade anbudstid som finns.

Det finns normalt inte en så komplett, uppdaterad förteckning över objektets underhållstatus att den kan ligga till grund för en exakt beräkning av driftsättagandets omfattning. Det vore olyckligt om domstolens tolkning av LOU och dess krav på transparens och beräkningsbarhet, skulle leda till krav på omfattande dokumentation, som i övrigt helt saknar affärsmässig och driftsmässig grund.

Det är för en beställare svårt och i vart fall oerhört resurskrävande att övervaka och kontrollera utförandet av huvuduppdraget. Å andra sidan fruktar entreprenörerna att beställaren skulle kunna upphöra helt med eller

minimera det planerade underhållet för att istället stjälpas över ansvaret på driftsentreprenören genom felavhjälpande.

En modell som vuxit fram inom branschen är att entreprenören får bära kostnaden för en viss "självrisk" vid felavhjälpande. Om självriskan sätts till ett sådant belopp att det blir billigare för entreprenören att under den ordinarie skötseln/tillsynen åtgärda mindre brister än att bära självriskan vid ett senare avhjälpande, åstadkoms en mer rationell incitamentsmodell. Man bör här notera dels att kostnaderna för alla större felavhjälpanden i allt väsentligt stannar på beställaren, dels att driftsentreprenören i de flesta fall kommer att genomföra felavhjälpandet, som ett tillkommande uppdrag, och därmed kan göra viss förtjänst på det uppdraget genom olika påslag, reglerade i avtalet/prisformuläret. I den aktuella upphandlingen har man valt att lägga hela genomförandet av felavhjälpande på entreprenören, men med en självrisk för entreprenören om 1 500 kr per tillfälle.

På fråga från anbudsgivare om det planerade underhållets omfattning, svarade kommunen att det under senaste 5-årsperioden legat på cirka 200 Mkr, inklusive åtgärder på grund av myndighetskrav. Detta planerade underhåll upphandlas separat i olika upphandlingar och har således inget direkt samband med driftsentreprenören. Det är därför inte ens teoretiskt aktuellt att denna summa skulle kunna övervältras på driftsentreprenören. De kostnader som skulle komma att belasta entreprenören är istället självriskan multiplicerat med antalet feltillfällen. Det är oklart om rätten uppfattat att entreprenörens risk är avgränsad till självriskens storlek multiplicerat med antal skadefall eller om man möjligen vilseletts av storleken på det planerade underhållet.

Förvaltningsrätten anger att det inte framgår vilka "funktioner" som ingår i upphandlingen. Eftersom underlaget, bilagorna "02.1 Tekniska arbetsuppgifter" och "02.2 Administrativa arbetsuppgifter" tämligen detaljerat redogör för vilka moment eller åtgärder som ingår, är

formuleringen ”funktioner” förvirrande. Eftersom begreppet dyker upp i ställningstagandet kring den omedelbart föregående bedömningen av riskfördelning kring avhjälpande, kan det möjligen mer sammanfattande syfta på dessa risk- och osäkerhetsbedömningar. Ett krav på att underlaget ska ange vilka fel som kommer att uppstå så att anbudsgivare i detalj ska kunna kalkylera sitt anbud baserat på detta är praktiken närmast verklighetsfrämmande. Ingen beställare (fastighetsägare) kan redovisa detta, inte ens för den kommande månaden och än mindre för en kommande avtalsperiod. Det är således oklart hur detaljerat rätten anser att ”funktioner” ska beskrivas i ett underlag för upphandling av driftsrentreprenad.

Även om bolaget rent hypotetiskt skulle ha utformat sitt anbud annorlunda om underlaget hade varit tydligare, skulle det inte kunnat påverka utgången av upphandlingen på så sätt att bolaget skulle komma i fråga för att tilldelas kontraktet. Bolaget hade ju ett avsevärt högre pris än flertalet andra anbudsgivare. Kommunen ger in bl.a. ett utlåtande av Per Ollas.

Bravida Sverige AB anser att överklagandet ska avslås och uppger bl.a. följande. Det finns ingen anledning att ifrågasätta om förvaltningsrätten tagit del av och förstått innebörden av det material som parterna har åberopat i målet. Antalet reparationer som utförs är direkt relaterat till fastigheternas skick och omfattningen av planerat underhåll som utförs under kontraktstiden. Om det planerade underhållet minskar så ökar det felavhjälpande underhållet. Enligt det upphandlande avtalet är det kommunen som beslutar om att utföra planerat underhåll på fastigheterna. I förfrågningsunderlaget finns dock ingen uppgift om kommunen avser att utföra planerat underhåll enligt de drift- och skötselinstruktioner som finns, eller om kommunen helt kommer att underlåta att utföra planerat underhåll. I och med att det saknas information rörande omfattningen av det planerade underhållet kan inte driftrentreprenören skapa sig en uppfattning om omfattningen av det felavhjälpande underhållet och därmed inte heller prissätta uppdraget med ett fast pris.

Beställaren kan aldrig vältra över ansvaret för fastigheternas bristande skick och risken för att det kommer att krävas stora insatser vad gäller felavhjälpande underhåll, för att upprätthålla en godtagbar funktion, på en upphandlande driftentreprenör. Även om det finns ett tak avseende kostnad per åtgärdsfall i form av systemet med självrisker så ger inte det en förutsägbarhet vad gäller antalet tillfällen eller omfattning. Skillnaden mellan entreprenörens skötseluppdrag och kommunens ”uppdrag” att utföra planerat underhåll är att det senare inte finns angivet som en förutsättning i parternas avtal. Kommunen har således ingen skyldighet att utföra planerat underhåll och kan helt underlåta att göra det utan att det berättigar entreprenören till ersättning för tillkommande felavhjälpande underhåll. Detta visar tydligt på bristerna i kommunens resonemang i detta avseende.

Syftet med kommunens upphandling, att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har förfelats eftersom anbudslämnarna har prissatt uppdraget utifrån gissningar. Som upphandlingen utformats med ett åtagande som inte är definierat och med en utvärderingsmodell som utvärderar ett fast pris för en okänd mängd arbete, leder den inte till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan antas. Det strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och det har inneburit en skada eller i vart fall risk för skada för bolaget som inte tilldelats kontraktet. Kommunen är den enda som kan ha kännedom om fastigheternas skick och även den enda som kan påverka detta genom reinvesteringar och underhåll. Eftersom en anbudslämnare inte har någon möjlighet att förhandla om villkoren för anbudet ska samtliga förutsättningar för avtalet vara redovisade redan i förfrågningsunderlaget. En brist leder till anbud som inte är jämförbara och tillämpningsproblem framöver. Bolaget ger in bl.a. ett rättsutlåtande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens i den del det avser uppdragets omfattning och, om detta kan konstateras, bolaget kan lida eller har lidit skada.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten eller enheten tillmäter i betydelse vid upphandlingen.


Transparensprincipen innebär att man i varje enskilt fall måste bedöma om en upphandling har genomförts tillräckligt öppet och förutsebart för rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer (jfr C- 19/00).

I förfrågningsunderlaget anges att entreprenaden bl.a. omfattar felavhjälpande underhåll i och på fastigheten tillhörande byggnader, tekniska system och installationer, mark och markutrustning. Bifogat till förfrågningsunderlaget finns bl.a. objektlistor samt statistik avseende felavhjälpande underhåll under 2011.


Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det är klarlagt att felavhjälpande underhåll inkluderar s.k. planerat underhåll som inte utförts av kommunen. Den aktuella upphandlingen omfattar ett stort antal fastigheter och byggnader. Att redovisa alla detaljer kring fastighetens skick och det underhåll som planeras av kommunen är enligt kammarrättens mening varken möjligt eller nödvändigt för att kravet på transparens ska anses vara uppfyllt. Däremot måste alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ges möjlighet att,

på grundval av den information som lämnas, kunna förutse omfattningen av det felavhjälpande underhållet och därmed beräkna ett konkurrenskraftigt anbud. Den information som har lämnats i form av bl.a. objektlistor och statistik i den aktuella upphandlingen är enligt kammarrättens bedömning inte tillräcklig för att leverantörerna ska kunna skapa sig en bild av omfattningen av det felavhjälpande underhållet. Den riskfördelningsmodell som kommunen tillämpar i upphandlingen förändrar inte denna bedömning. Kammarrätten anser därför att förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet i fråga om åtagandets omfattning. Det innebär att förfrågningsunderlagets utformning i denna del är ett brott mot principen om transparens. Förfrågningsunderlagets brist i detta avseende har medfört att bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Eva Lindeblad
kammarrättsråd
ordförande

Åke Kärnell
kammarrättsråd


Susanne Widding-Gidlund
tf assessor
referent

✓
Maria Wetterholm
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2013-07-01
Meddelad i
Stockholm

Bilaga A

Mål nr
4510-13

Sida 1 (29)

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

1. Täby kommun, 212000-0118
183 80 Täby
2. Täby Fastighets AB, 556007-4642
Stationsvägen 13
187 30 Täby

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 337732

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

YRKANDEN M.M.

Täby kommun och Täby Fastighets AB (kommunen) genomför en offentlig upphandling Förvaltningsentreprenad – Teknisk & Administrativ förvaltning (dnr 10/2012-28). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelning sker enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt en så kallad avdragsmodell. Tilldelningsbeslut skickades till samtliga anbudsgivare den 13 februari 2013 med innebörden att avtal avsågs tecknas med annan leverantör än Bravida Sverige AB.

Bravida Sverige AB (Bravida) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Upphandlande myndighet

Det går inte att utläsa av förfrågningsunderlaget om Täby Fastighets AB utgör upphandlande myndighet eller inte och det är en klar brist vad gäller tydlighet och transparens då det är av vikt att kunna avgöra vilka som kommer bli avtalsparter. Upphandling ska därför göras om redan på den grunden.

Beskrivningen av kontraktarbetena uppfyller inte kravet på transparens.

Av förfrågningsunderlaget följer att den upphandlande entreprenaden omfattar det som kommunen benämner ”eftersatt planerat underhåll”. Den ändring kommunen gjort avseende formuleringen kring felavhjälpande underhåll har i praktiken inte inneburit någon förändring. Begreppet ”eftersatt planerat underhåll” är inte definierat i ABFF (Allmänna bestämmelser för entreprenader inom fastighetsförvaltning och verksamhetsanknutna

tjänster) och det är inte heller ett allmänt vedertaget begrepp i branschen. Anbudslämnarna ska utifrån förfrågningsunderlaget kunna bilda sig en uppfattning om vad åtagande kontraktet innebär och med den utgångspunkten lämna ett konkurrenskraftigt anbud. För leverantörer är det ett problem om förfrågningsunderlaget inte lämnar tillräckliga uppgifter för att det ska kunna läggas till grund för en kostnadskalkyl. Ett förfrågningsunderlag måste vara kalkylerbart för att uppfylla kravet på transparens. I förfrågningsunderlaget anges att det i uppdraget bl.a. ingår att utföra felavhjälpande underhåll, vilket är definierat i ABFF. Det kan antas att samtliga potentiella leverantörer i branschen känner till innebörden av begreppet och vad det är för typ av arbete som ska utföras i det avseendet. Mot detta kan ställas någonting som kallas planerat underhåll och det utförs mot särskild ersättning och efter särskild beställning. Det kommunen har lagt till i upphandlingen är att felavhjälpande underhåll ska utföras oavsett om den tekniska livslängden för objektet har passerat eller inte, d.v.s. även det som av kommunen kallas för "eftersatt planerat underhåll" ingår i åtagandet. Eftersom anbudslämnarna i anbudsskedet aldrig kan förutse hur kommunen väljer att utföra planerat underhåll under kontraktstiden går det inte att avgöra i vilken omfattning som underhållet kommer bli eftersatt. För leverantörerna är det inte möjligt att göra en uppskattning om hur många ärenden detta kan föranleda. Även om kommunen får göra avsteg från vad som normalt sett gäller enligt ABFF uppstår problem med transparensen när ett sådant avsteg görs utan att det i förfrågningsunderlaget närmare förklaras vad avsteget innebär i praktiken. Ingen har kunnat förklara vad avsteget egentligen innebär vad avser kontaktarbetenas omfattning. Det är ett faktiskt krav att förfrågningsunderlaget ska vara så tydligt och klart att det framgår både vad som upphandlas och på vilket sätt det upphandlas. Denna otydlighet kring åtagandets omfattning ska inte anbudslämnare behöva hantera såsom en risk i anbudslämnandet. En helt annan sak är att man i kontraktet kan ha en riskfördelning som gör att anbudslämnaren enligt kontraktet tar en större risk för vissa omständigheter. Detta är dock inte vad

kommunen gjort i detta fall. Utan att känna till omfattningen av arbetena som kommunen påstår ska ingå i det fasta priset är det omöjligt att bilda sig en uppfattning om vad som är ett rimligt anbudspris och anbudet blir därmed inte heller jämförbara. De anbud som inkommit skiljer sig mycket åt när det gäller anbudssummorna. Skillnaden mellan anbudet med lägsta och högsta prisutvärdering är 71 procent. Marginalerna i branschen ligger normalt sett på ett par procent. När anbudssummorna skiljer sig så väsentligt brukar det vara en tydlig indikation på att anbudet inte har räknats fram utifrån samma förutsättningar och därför inte är jämförbara. Problemet i upphandlingen ligger inte i att det är en så kallad "funktionsupphandling" utan i att det inte klart framgår vilka funktioner som upphandlingen omfattar. Den beskrivning av efterfrågad funktion som gjorts uppfyller inte de krav som ställs på ett förfrågningsunderlag enligt 6 kap. LOU. I samband med den muntliga anbudsredovisningen ställde bolaget frågan om vad som avses med begreppet "eftersatt planerat underhåll". Kommunen angav att det är planerat underhåll som inte utförts, men lämnade inga uppgifter om vad det fanns för eftersatt planerat underhåll på förvaltningsobjekten.

På samma sätt förhåller det sig med bristen på mängduppgifter. Det är av vikt att leverantörerna vid anbudslämnandet kan göra en rimlig uppskattning av vilken mängd arbete som kommer ingå i åtagandet eftersom det annars finns risk för ett alldeles för lågt eller högt pris. Att ange att det förekommer i normal omfattning för kommunala fastigheter är inte tillräckligt för att anbudslämnarna ska kunna bilda sig en uppfattning om åtagandets omfattning.

Det finns ingen skyldighet för en anbudslämnare att påtala brister i ett förfrågningsunderlag under anbudstiden utan ansvaret för tydligheten i de annonserade handlingarna ligger hos den upphandlande myndigheten.

Huruvida anbudslämnarna ställt frågor eller inte under anbudstiden saknar helt relevans för domstolens prövning av de i målet påtalade bristerna.

Avsaknaden av uppgifter i förfrågningsunderlaget innebär att nuvarande leverantör gynnas i strid med likabehandlingsprincipen

En anbudslämnare har inte lidit skada av bristerna och otydligheterna i förfrågningsunderlaget och det är det bolag som har nuvarande avtal om fastighetsdrift m.m. Detta bolag har som enda anbudslämnare kunnat göra beräkningar av kostnaderna för uppdraget baserat på det verkliga utfallet från den tidigare avtalsperioden. Den stora prisspridningen som finns mellan anbudena, där nuvarande leverantör har lägsta pris, talar för att den leverantören har fördel av informationsövertaget om upphandlingsföremålet. Informationsövertaget handlar om kännedom om omfattningen av eftersatt underhåll på förvaltningsobjekten och kännedom om vissa mängder som inte angetts i förfrågningsunderlaget även om det skett förändringar i förhållande till befintligt avtal. Även om det ligger i sakens natur att den som tidigare haft kontraktet har ett informationsövertag är den upphandlande myndigheten skyldig att så långt som möjligt likställa anbudslämnarna. Det har inte kommunen gjort i detta fall. Det ankommer inte på övriga anbudslämnare att ställa frågor till den upphandlande myndigheten för att få samma information som tidigare leverantör.

Sammanblandning har skett av kvalificerings- och utvärderingskrav

Den utvärderingsmodell som kommunen tillämpar i upphandlingen ska säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. De frågor som ställs till referenterna i upphandlingen (avser samarbetsförmåga, proaktivitet, service samt förmåga att vidta korrigeringar vid anmärkningar) är till största delen hänförliga till anbudslämnarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet och inte till föremålet för det upphandlade kontraktet. Att inom

ramen för utvärderingen av anbudena även utvärdera leverantörens kapacitet är att sammanblanda utvärderingen med kvalificeringsfasen vilket inte är tillåtet enligt de upphandlingsrättsliga principerna och strider mot praxis som finns gällande hantering av tilldelningskriterier. Bravida har lidit eller i vart fall riskerar att lida skada av att det har skett en sammanblandning eftersom bolaget annars hade utformat anbudet på ett annat sätt. Potentiellt hade även bedömningen av referenskriterierna fallit ut på ett annat sätt för Bravida eller någon övrig anbudslämnare. Kommunen saknar kännedom om de strategiska överväganden bolaget gjort vid utformningen av anbudet, dels hur en eventuell referenstagning i kvalificeringen av anbudena skulle ha inverkat på det slutliga resultatet av upphandlingen.

En väsentlig förändring av förutsättningarna för upphandlingen har skett

Kravet på att leverantörerna skulle lämna option på att utföra löpande hyresförvaltning för externa hyresgäster var ursprungligen utformat som ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Även om det synes vara ett mindre krav är det en stor uppgift som många leverantörer inte har kompetens att utföra. Att först ställa som krav att leverantören ska kunna utföra den uppgiften och sedan helt ta bort kravet innebär en väsentlig förändring i upphandlingen och strider mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Upphandlingen skulle rätteligen ha avbrutits och annonserats på nytt när det blev känt för kommunen att kravet skulle ändras. I "Beskrivning av Administrativa uppgifter" finns under rubriken A1 en redogörelse för de arbetsmoment som ingår i optionen och som således utgör obligatorisk kompetens hos anbudslämnarna. Denna kompetens utifrån beskrivningen av arbetsmomenten finns normalt sett inte hos ett företag som tillhandahåller teknisk förvaltning och fastighetsskötsel. Förändringen innebär ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen på grund av att kravet har begränsat ett stort antal leverantörers möjligheter att lämna anbud eftersom det är relativt ovanligt att leverantörer som innehar den tekniska kompetensen

även innehar den efterfrågade administrativa kompetensen. Det är en helt annan typ av verksamhet som bl.a. inkluderar inkassering av hyror och hantering av hyresavtal. Båda dessa moment kräver särskilda program och administrativa funktioner. Det är således mer en fråga om att leverantören ska inneha kompetensen för att kunna uppfylla det obligatoriska kravet än att det inverkar på anbudspriset. Den väsentliga förändringen består inte i den potentiella omfattningen av optionen utan i att det är ett obligatoriskt krav. Huruvida det är en option eller inte samt det ekonomiska utfallet vid ett potentiellt avrop saknar betydelse. Det anses lika allvarligt att ta bort stränga obligatoriska krav som att lägga till sådana. Även för bolagets anbud har förändringen medfört negativa konsekvenser. Den aktuella optionen omfattade 55 fastigheter innehållande 765 lägenheter. Om man uppskattar genomsnittlig hyra till 4 500 konor ger det ett kapital om 41 310 000 kronor som entreprenören har ansvar för att förvalta på årsbasis.

I upphandlingen har även skett en förändring av ersättningsformen för arbeten som avser "Rengöring av tak från is och snö" I fråga 11 punkt 5 i frågelistan ändrades ersättningen för arbetet från fast till rörlig ersättning. Just snöhantering är händelsestyrt och omfattningen kan variera mellan 50 000 kronor och 500 000 kronor beroende på hur mycket det snöar. Det kan sättas i relation till att det vinnande anbudet hade offererat ett fast pris om ca 600 000 kronor. Förändringen är av väsentlig betydelse för anbudspriset.

Kommunen har ställt krav på att upphandlande produkter ska ha visst märke

Kommunen har uttryckligen formulerat det som ett obligatoriskt krav att offerera produkter från Cylinda vilket är i strid med 6 kap. 4 § LOU. Att det som upphandlas rör i huvudsak en driftentreprenad medger inte undantag från denna bestämmelse. Summan av utvärderingspriset avseende

materialkostnader är 2 419 200 kronor och av det beloppet hänför sig 1 019 200 kronor till varor där kommunen föreskrivit att leverantören ska offerera produkter av märket Cylinda. Den kategori som berörs av kravet har haft stor inverkan på prissättningen och utvärderingen. Kravet är dessutom oproportionerligt eftersom det finns en stor mängd produkter med fullt likvärdiga kvaliteter och tekniska egenskaper.

Oavsett om de leverantörer som lämnar anbud i upphandlingen kan få ungefär liknande priser på de efterfrågade produkterna innebär kravställningen ett missgynnande i sig. Därtill finns inget som säger att leverantörerna inte skulle kunna få ett bättre pris om en produkt av valfritt varumärke offereras. Huruvida kommunen utlovat beställningsvolym eller inte av produkten är oväsentligt eftersom det är en del av utvärderingen och dessutom ett obligatoriskt krav i upphandlingen att offerera produkter av märket Cylinda. Bravida kunde ha utformat anbudet på ett mer konkurrenskraftigt sätt om detta krav inte funnits.

Skada

De brister som framförs har var för sig medfört att Bravida har lidit skada eller i vart fall riskerar att lida skada. Om samtliga förutsättningar varit kända i ett tidigare skede hade bolaget valt att utforma anbudet på ett annat sätt och hade därmed haft en bättre möjlighet att tilldelas kontraktet i upphandlingen.

Till stöd för sin talan har Bravida bl.a. bifogat dokumentet "Beskrivning av Administrativa uppgifter", Kammarrätten i Stockholms dom den 19 december 2008 i mål 5512-08 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 13 februari 2009 i mål 3474-08 och hänvisar till EU-domstolens domar i mål C-199/07 och C-532/06.

Täby kommun och Täby Fastighets AB (kommunen) bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Upphandlande myndighet

Kommunen anser att det av underlaget tillräckligt tydligt framgår att det är Täby kommun och Täby Fastighets AB som upphandlar entreprenaden. Det kommer inte vara aktuellt med olika driftentreprenörer för kommunen respektive Täby Fastighets AB. Även om överprövningen hittills formellt omfattar kommunen så kommer utfallet av prövningen rent praktiskt att få samma effekter för båda organisationerna. Den processuella frågan kring Täby Fastighets AB:s deltagande torde därmed sakna reell betydelse för parternas intressen.

Förfrågningsunderlaget är transparent

Eftersatt underhåll är en fråga som diskuterats inom branschen under flera år och även om begreppet inte definieras i ABFF är det uppenbarligen så vanligt förekommande att ledande företrädare för Bravida skrivit debattinlägg om företeelsen. I den aktuella upphandlingen har kommunen valt att fördela risken på så sätt att ansvaret för felavhjälpande skulle landa på entreprenören. Inledningsvis benämndes detta "eftersatt underhåll" men justerades senare i "Frågor och svar". Inom ramen för den fria avtalsrätten är man oförhindrad att göra denna typ av avsteg från ABFF. Kommunen anser att man tydligt angivet att ansvaret för underhåll av fastigheten ska ligga på entreprenören. Detta styrks av att ingen av de övriga anbudsgivarna ställt frågor kring detta. Kommunen har valt att tydliggöra att entreprenören inte kommer att undgå ansvaret för felavhjälpande genom att hänvisa till kommunens påstådda bristande underhåll. Det är ett affärsmässigt grundat och proportionerligt krav från köparens sida. Detta medför en risk som en genomsnittlig anbudsgivare lär prissätta och som kommunen valt

att betala i form av riskpåslag – hellre än att behöva diskutera varje enskild insats under avtalstiden. Det finns inget krav enligt LOU på att förfrågningsunderlaget ska vara kalkylerbart, i vart fall inte i den meningen att alla moment ska kunna beräknas exakt. Underlaget ska istället vara förutsägbart. Kommunen anser att det för anbudsgivare kan ingå att sätta pris på risk och osäkerhet trots att dessa inte är kalkylerbara. I offentlig upphandling är det snarare regel än undantag att samtliga omständigheter inte är kända för köparen och därmed varken kan anges eller uppskattas med sådan exakthet som krävs för att vara kalkylerbara vid den tidpunkt då ett förfrågningsunderlag annonseras. Bravida och sju andra bolag har lämnat anbud och torde därmed ha uppfattat riskfördelningen och kunnat beräkna riskpåslag.

Kommunen har i det ursprungliga underlaget, SF.1, angett vad som avses med felavhjälpande underhåll. Denna formulering utgick 12-12-18 genom KFU 2. Bravida resonerar om ”eftersatt planerat underhåll” trots att detta begrepp inte längre förekommer i underlaget. Kommunen bedömer därför att Bravidas resonemang kring detta begrepp saknar relevans för målet. Bravida påstår att begreppet diskuterades vid anbudspresentationen. Eftersom begreppet inte förekom i underlaget saknades enligt kommunen anledning att diskutera saken. De medarbetare vid kommunen som deltog i mötet uppfattade att Bravidas representanter under avslutningen av mötet ställde en fråga om vad som skulle hända om kommunen helt stoppade sitt planerade underhåll. På detta svarade kommunen att det inte var aktuellt att stoppa det planerade underhållet, men att det annars skulle medföra att fler brister skulle få hanteras som felavhjälpande. Frågeställningen som sådan får anses närmast hypotetisk. Det handlar om att hantera riskfördelning – kommer kommunen sköta sitt planerade underhåll respektive kommer entreprenören utföra all skötsel och tillsyn? För att i detalj slippa följa upp all tillsyn och skötsel, vilket skulle kräva oproportionerliga insatser, har kommunen valt en ekonomisk styrmodell. Kommunen måste ha rätt att

styra riskfördelningen på det sätt man önskar – givetvis med de konsekvenser i form av riskpåslag som det kan medföra.

Relevanta mängduppgifter finns angivna. Det inkom ett antal frågor kring mängder från främst Bravida och kommunen besvarade med aktuella mängder/antal etc. avseende huvuddelen av dessa. Beträffande vissa typer av utrustning bedömde kommunen det som orimligt att ange exakta mängder (exempelvis ljuskällor) och angav istället att de förekommer i normal omfattning för kommunala fastigheter. Situationer där exakt mängd inte finns tillgänglig och/eller inte kan tas fram utan oproportionerliga insatser är förutsedd i ABFF. De mängder och kostnader som skulle kunna hänföras till sådan utrustning som överlämnas till anbudsgivarens fackmannamässiga bedömningar i enlighet med ABFF bedöms motsvara tämligen marginella belopp särskilt i relation till uppdraget i sin helhet. Det ska även betonas att ingen av anbudsgivarna ställde fler frågor kring dessa mängder trots att tid för frågor fanns.

Enligt kommunens uppfattning bör domstolen vid bedömningen av huruvida ett underlag är oklart eller inte definitivt väga in aspekter som om anbudsgivare ställt frågor kring ett visst krav eller inte.

Kommunen uppfattar stora delar av Bravidas resonemang som i direkt konflikt med begreppet "funktionsupphandling". Bravida efterfrågar som kommunen uppfattar det ett så detaljerat underlag att varje moment ska kunna kalkyleras. Kommunen anser att det inte är rimligt att dokumentera på sådan detaljnivå och får stöd av detta i kommentarerna till ABFF. Om det varit eventuella smärre brister i denna del kan det knappast resultera i prisskillnader motsvarande mer än en bråkdel av kontraktssumman. Givet de anbudspriser som lämnats kan Bravida inte ha lidit skada. Kommunen ser det som självklart att man som köpare har rätt att beskriva vilket uppdrag man vill upphandla och förutsättningarna för detta.

Nuvarande leverantör har inte gynnats i strid med LOU

Det finns inga otydligheter eller brister som skulle kunna gynna befintlig leverantör i strid med LOU. Befintlig leverantör kan ha vissa naturliga konkurrensfördelar men det strider inte enligt etablerad praxis mot LOU:s bestämmelser om likabehandling. Kommunen har i underlaget, inklusive "Fråga och svar", lämnat sådana uppgifter kring utfall som bedömts vara relevanta för anbudsgivarna (antal felavhjälpan den m.m.). Det har stått anbudsgivarna fritt att efterfråga annan och ytterligare information. Vissa förändringar har gjorts i befintligt avtal, så även befintlig entreprenör tvingades göra samma avvägningar och bedömningar som övriga anbudsgivare. Flera anbud låg i relativ närhet till det vinnande anbudet beträffande det fasta åtagandet. Den vinnande leverantören i det nuvarande avtalet har ett pris på ungefär samma nivå som det offererade. De lämnade priserna i en enskild upphandling har inte enbart med underlagets utformning att göra. Man kan inte enbart av prisskillnader mellan anbud dra slutsatser om att underlaget gynnat viss anbudsgivare.

Referenser tydligt inriktade på utvärderingsfasen

Referenser kan användas som en del i anbudsvärderingen som ett led i att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En referenstagning i en entreprenad kommer ofrånkomligen att rent språkligt avse det anbudsgivande "företaget" men innebär inte att all referenstagning obönhörligen ska anses höra till kvalificeringsfasen. De påståenden som referenterna fått bedöma har enligt kommunens uppfattning tydlig bäring på kvaliteten i respektive anbud och är därmed fullt rimliga och lämpliga för att avgöra vilket anbud som är det mest fördelaktiga. Bravidas anbud skulle oavsett utfall vid referenstagningen inte kunnat bedömas som det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt utvärderingsmodellen och kan således inte anses lida någon skada.

De referenser som tagits syftar till att avgöra hur de olika anbudsgivarna kommer att leverera kvalitet i ett eventuellt kommande uppdrag. Uppgifter som handlar om hur uppdrag genomförs, hur kontakt med kunder tas, hur avvikelser hanteras bedömer kommunen som uppenbart inriktade på kvalitetsaspekter kring genomförandet av uppdraget. Det faktum att man vid entreprenader inte lika tydligt kopplar exempelvis referenstagning till individers kompetens kan inte medföra att alla referenser vid entreprenadupphandlingar med nödvändighet ska anses tillhöra kvalificeringsfasen.

Inga väsentliga förändringar har skett

Den aktuella upphandlingen handlar om att på helårsbasis sköta driften av hundratals fastigheter med en uppskattad årsomsättning om ca 18 miljoner kronor. Upphandlingen är annonserad som driftentreprenad med CPV-koderna för fastighetsförvaltning, reparation och renovering samt reparation och underhåll. Det har således inte i annonsen nämnts särskilt att hyresadministration eventuellt skulle kunna ingå. Det har inte funnits möjlighet för eventuella renodlade hyresadministratörsföretag att lämna anbud enbart på den delen. De arbetsuppgifter som inledningsvis nämndes under optionen är av tämligen okomplicerad karaktär och för de företag som har kapacitet och kompetens inom huvuduppdraget fastighetsdrift måste optionen vara närmast av rutinkaraktär. Detta kan inte ha avgjort företags deltagande eller inte i upphandlingen. Det rör sig därtill om en option – det var således oklart om det överhuvudtaget skulle komma att bli aktuellt att utföra dessa tjänster. Den möjliga omfattningen av optionen, ca 200 000 kronor, skulle utgöra ett moment motsvarande drygt 1 % av omsättningen i relation till det obligatoriska huvuduppdraget. Kommunen menar att restriktiviteten kring förändringar bör vara mindre sträng när det handlar om att delar/moment utgår till skillnad från förändringar som består av tillägg. Detta eftersom förbudet mot väsentliga förändringar främst siktar på att skydda presumtiva anbudsgivare mot att upphandlingen växer. I denna del

vill kommunen tillämpa den inom gemenskapsrätten vedertagna principen om huvudsaklighet – en upphandling avser det som är kontraktets huvudsakliga föremål. Kommunen anser inte att innehållet i eller omfattningen av de administrativa uppgifter som ingick i optionen kan ha utgjort en väsentlig förändring när kommunen tog bort optionen. Kommunen har i underlaget beskrivit att leverantören ska skicka ut hyresavier, ta emot hyrorna på ett särskilt klientmedelkonto samt månatligen överföra inkomna medel till beställaren. Att som Bravida beskriva detta som ett ansvar för att på årsbasis förvalta drygt 41 miljoner kronor är missvisande.

I underlaget angavs ursprungligen att snöröjning ingår i entreprenaden och i den fasta ersättningen. När frågor inkom från presumtiva anbudsgivare kring rimligheten i detta förtydligade kommunen först (fråga 5.1.) att det var snöröjning till följd av så kallad snölast (röjning p.g.a. volymen och tyngden på taket) som ingick i fasta åtagandet. Då flera frågor kring snöröjning inkom förtydligade kommunen ännu en gång att vissa typer av snöröjning ingick i det fasta åtagandet samt ändrade en typ av snöröjning (rengöring av tak från snö och is) så att denna fortsättningsvis skulle ersättas särskilt. Denna ändring bedömdes inte påverka uppdraget i övrigt avseende kompetenser eller resurser, men bedömdes kunna minska ovissheten hos anbudsgivarna.

Krav på visst varumärke

Kommunen har bedömt att den aktuella upphandlingen huvudsakligen avser driftentreprenad, dvs. fastighetstekniska tjänster. Som anbudsgivare kommer enbart företag inom fastighetsbranschen att förekomma. Formuleringarna i 6 kap. 4 § LOU bör därför läsas i relation till vilka företag som faktiskt deltar i den aktuella upphandlingen. De anbudsgivare som kan komma ifråga har alla möjlighet att införskaffa utrustning av samma fabrikat. Det finns vidare ett relativt stort antal återförsäljare/grossister avse-

ende de flesta vanligt förekommande fabrikat, inklusive Cylinda. De anbudsgivare som är aktuella för entreprenaden kan alla erhålla nästintill identiska priser, vilket även styrkts av de lämnade priserna. Efterson det inte är aktuellt för vitvarugrossister eller vitvarutillverkare att delta i upphandlingen finns det inga anbudsgivare som gynnas eller missgynnas. De relativt begränsade mängder vitvaror som kan bli aktuella inom entreprenaden handlar om ersättningsköp till kommunens befintliga utrustningar. När det är fråga om kompletterande köp måste det ligga inom köparens stora frihet att beskriva föremålet att kunna upprätthålla den enhetlighet som man byggt upp som ett led i strävan efter kostnadseffektivisering. Kommunen har inte utlovat någon viss volym kring någon av materialtyperna. Eventuella brister har i vart fall inte gjort att Bravida skulle komma ifråga för tilldelning av kontraktet. Av den samlade detaljerade jämförelsen framgår att prisskillnaderna mellan samtliga anbudsgivare kring materialkostnader var marginella. Om man beaktar materialkostnadernas inverkan på det totala utvärderingspriset så blir eventuella differenser närmast försumbara.

Kommunen har inte uppfattningen att LOU utgör hinder för den typ av affärsmässigt grundade avvägningar som gjorts avseende riskfördelning kring avhjälpande eller effektivisering som eftersträvas genom enhetligt sortiment. Den typen av bedömningar måste ligga inom upphandlande myndighets stora frihet att utforma upphandlingen och beskriva föremålet på det sätt man vill.

Till stöd för sin talan hänvisar Täby kommun och Täby Fastighets AB till Kammarrätten i Göteborgs dom från den 3 februari 2009 i mål 7332-08 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 27 oktober 2011 i mål 2129-11 samt RÅ 2002 ref 50 och bifogar artikeln "Här är våra skall-krav, säger leverantören" från den 29 november 2012.

SKÄLEN 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 bolaget anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det ankommer normalt inte på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av upphandlande myndighets beslut.

Förvaltningsrätten kommer i målet att ta ställning till följande frågor:

1. Om kommunen brutit mot någon bestämmelse eller några bestämmelser eller principer i LOU.

2. Om dessa eventuella brott mot LOU medfört att Bravida lidit eller kan komma att lida skada.

Av dokumentet "Kontrakt avseende upphandling av förvaltningsentreprenad" framgår att entreprenaden ska utföras i överensstämmelse med bl.a. eventuella förändringar av förfrågningsunderlaget (Frågor & svar, kompletteringar) och förfrågningsunderlag i form av upphandlingsföreskrifter inkluderat anbudsformulär.

Förvaltningsrättens bedömning

Förfrågningsunderlaget och kravet på transparens vad gäller upphandlande myndighet samt beskrivning av kontraktsarbetena

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att det i underlaget framgår med tillräcklig tydlighet att det är Täby kommun och Täby Fastighets AB som upphandlar den i målet aktuella entreprenaden. I förfrågningsunderlaget 1.1. anges att Täby kommun och Täby Fastighets AB inbjuder till att lämna anbud avseende Förvaltningsentreprenad. Det finns därmed inte skäl att på denna grund besluta att upphandlingen ska göras om.

Frågan blir därefter om beskrivningen av kontraktsarbetena i förfrågningsunderlaget uppfyller kravet på transparens.

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, förut-

sebarhet 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 rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Av transparens- och likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt 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 kravet på transparens och att kommunen inte har sett till att omfattningen av entreprenörens åtagande enligt det upphandlade kontraktet är förutsägbart. Det är inte möjligt för anbudslämnarna att göra en rimlig uppskattning av i vilken utsträckning det planerade underhållet kommer att bli eftersatt eftersom det kommer att utföras efter särskild beställning från kommunen. Det finns inte heller tillräckliga uppgifter vilka mängder som ingår i åtagandet. Det är av vikt att leverantörerna vid anbudslämnandet kan göra en rimlig uppskattning av vilken mängd arbete som kommer ingå i åtagandet eftersom det annars finns risk för ett alldeles för lågt eller högt pris. Brist i dessa avseende leder till att anbuden inte blir jämförbara. Denna otydlighet ska inte anbudslämnare behöva hantera såsom en risk i anbudslämnandet.

Förvaltningsrätten beaktar att upphandlingen till största del utgör en s.k. funktionsupphandling. Det anges i de särskilda föreskrifterna (SF) till förfrågningsunderlaget under punkten SFO.34 att merparten av upphandlingen genomförs som en funktionsupphandling som innebär att beställaren anger vad som ska åstadkommas men lämnar åt leverantören/entreprenören att bestämma hur arbetet ska genomföras. Beställaren beskriver sina krav på prestationen och anger kvalitetskrav i förfrågningsunderlaget.

Av det ursprungliga underlaget, SF.1 beträffande entreprenadens omfattning anges följande:

”Entreprenaden omfattar:

- administrativ och teknisk förvaltning,
- tillsyn, skötsel och felavhjälpande underhåll av mark och byggnader, inkl. service av fastighetstekniska system.”

”Med felavhjälpande underhåll avses ”underhåll som syftar till att återställa en funktion som oförutsett nått en oacceptabel nivå” (AFF definition). Ett underhållsbehov som uppstår kan vara både felavhjälpande och planerat. Alla underhållsbehov som uppstår skall, med ändring av ABFF, hanteras och ersättas som felavhjälpande underhåll även om den tekniska livslängden för förvaltningsobjektet har passerats, för vad som kan anses vara ett normalt underhållsintervall. Med andra ord kommer eftersatt planerat underhåll att ersättas med samma villkor som felavhjälpande underhåll.”

Det anges vidare under samma punkt att vid felavhjälpande underhåll ingår alla kostnader för material, arbete och övrigt upp till 1 500 kronor i den fasta ersättningen för entreprenaden och att eventuella överskjutande kostnader får debiteras beställaren.

Formulering angående vad som avses med felavhjälpande underhåll utgick delvis den 18 december 2012 genom att formuleringen ersattes i ”Frågor och svar” med följande text:

”När en funktion nått en oacceptabel nivå (fel) ska, med ändring av ABFF, dessa hanteras och ersättas som felavhjälpande underhåll även om den tek-

niska livslängden för förvaltningsobjektet har passerats, eller gränserna för vad som kan anses vara ett normalt underhållsintervall överskridits.”

Av förfrågningsunderlaget följer att den upphandlande entreprenaden omfattar bland annat det som benämns felavhjälpande underhåll. Kommunen har genom ovan redogjorda ändring tagit bort begreppet ”eftersatt planerat underhåll” från underlaget men enligt förvaltningsrättens mening innebär förändringen i praktiken ingen skillnad. Den del av åtagandets omfattning som rör ”eftersatt planerat underhåll” kvarstår i entreprenörens åtagande även om begreppet inte särskilt anges i nuvarande formulering utan uppgifterna utgör en del i det felavhjälpande underhållet.

Det är ostridigt i målet att begreppet ”eftersatt planerat underhåll” inte definierats i ABFF. Det har inte heller definierats i förfrågningsunderlaget. Bravida har framhållit att bolaget vid begäran om förtydligande av begreppet under anbudstiden fått svaret att det är planerat underhåll som inte utförts. Kommunen har anfört att Bravida påstår att begreppet diskuterades vid anbudspresentationen men eftersom begreppet inte förekom i underlaget saknades enligt kommunen anledning att diskutera saken. Kommunen har i ”Frågor och svar” under publik fråga 6 angett vid fråga att för planerat underhåll och myndighetskrav har det den senaste 5-årsperioden totalt lagts ner ca 200 miljoner svenska kronor.

I och med att kommunen har valt att entreprenören ska ha ansvaret för felavhjälpande och angett att underhåll ska utföras även om den tekniska livslängden för förvaltningsobjektet har passerats eller gränserna för vad som kan anses vara ett normalt underhållsintervall överskridits inkluderas därmed ”eftersatt planerat underhåll” och det får då anses ha krävts att kommunen tydliggjort vilket ”eftersatt planerat underhåll” beträffande förvaltningsobjekten som förelåg inför kommande avtalsperiod. Detta för att anbudsgivarna ska ha en möjlighet att bilda sig en uppfattning av omfatt-

ningen av åtagandet vad gäller felavhjälpande. Det är rimligt att kräva att anbudslämnare i viss mån måste prissätta viss risk och osäkerhet i sina anbud och att kommunen 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. Det framgår enligt förvaltningsrättens mening inte tillräckligt tydligt vilka funktioner som upphandlingen omfattar och anbudsgivarna har därmed inte på ett tillräckligt förutsägbart sätt kunnat bilda sig en uppfattning om omfattningen av åtagandet (jfr 6 kap. LOU). Detta får anses ha medfört svårigheter för leverantörerna att prissätta uppdraget. Med hänsyn till vad som framkommit ovan anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlagets utformning i denna del, beträffande uppdragets omfattning, strider mot principen om transparens. Bristen är av sådan art och omfattning att kraven på förutsebarhet åsidosatts. Förvaltningsrätten anser således att kommunens förfarande inte är förenligt med principerna i LOU.

Vad gäller brister gällande mängduppgifter gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Bravida har i "Frågor och svar" ställt frågor kring mängduppgifter i publik fråga 6, delfrågorna 3-10 beträffande högspänningssystem, ljuskällor och glimtändare över 3 meter, brandgasventilationer, brunnsgaller och silar, brandposter, handbrandsläckare, sprinkler samt batteridriven reserv- eller nödkraft. När det gäller mängduppgifter har kommunen i "Frågor och svar" angett att det inte längre ingår i entreprenaden att utföra vissa typer av åtgärder med högspänningssystem och batteridriven reserv- eller nödkraft. Vad gäller handbrandsläckare och sprinkler har mängder angetts och vad gäller övriga kvarstående punkter har angetts att "mängduppgifter saknas, förekommer i normal omfattning för kommunala fastigheter".

Kommunen har anfört att beträffande vissa typer av utrustning har kommunen bedömt att det varit orimligt att ange någon exakt mängd och hän-

visar till en sorts stödregel i kommentaren till ABFF där det anges att "då det således saknas uppgift om något för anbudskalkylen relevant förhållande skall anbudsgivaren utgå från ett optimistiskt antagande grundat på fackmässig erfarenhet".

Förvaltningsrätten konstaterar att de mängduppgifter som efterfrågats av Bravida och som kommunen inte kunnat ange mängduppgifter beträffande rör relativt få utrustningar sett till beskrivningen av tekniska arbetsuppgifter avseende förvaltningsentreprenaden. Domstolen anser att förfrågningsunderlaget är tillräckligt transparent i denna del och att det därmed inte föreligger någon grund för ingripande avseende denna del gällande mängduppgifter.

Krav på visst varumärke

Bravida har i sin ansökan anfört att kommunen uttryckligen formulerat det som ett obligatoriskt krav att offerera produkter från Cylinda vilket är i strid med 6 kap. 4 § LOU.

I anbudsformuläret under punkten 3.2 anges att Täby kommun har standardiserat inom materialgrupperna Vitvaror och Torkskåp – där skall fabrikatet vara Cylinda; för övriga väljer entreprenören lämpligt fabrikat.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen genom att efterfråga specifikt varumärke ifråga om materialgrupperna Vitvaror och Torkskåp angett en teknisk specifikation, varför 6 kap. 4 § LOU är tillämplig.

Av 6 kap. 4 § LOU följer att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Av andra

stycket samma bestämmelse anges vidare att sådana uppgifter och hänvisningar dock får förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Kommunen har efterfrågat materialgrupperna Vitvaror och Torkskåp med hänvisning till varumärke. Sådana begränsningar får en upphandlande myndighet dock göra så länge det inte leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Bravida har anfört att det har eller kan komma att lida skada på grund av kommunens agerande eftersom bolaget hade kunnat utforma anbudet på ett mer konkurrenskraftigt sätt om detta krav inte funnits och att det därtill inte finns något som säger att leverantörerna inte skulle kunna få ett bättre pris om en produkt av valfritt varumärke offereras. Bolaget har vidare angett att den kategori som berörs av kravet har haft stor inverkan på prissättningen och utvärderingen. Summan av utvärderingspriset avseende materialkostnader är 2 419 200 kronor och av det beloppet hänför sig 1 019 200 kronor till varor med märket Cylinda. Kommunen har framhållit att anbudslämnarna kan erhålla nästintill identiska priser, vilket kommunen menar styrks av lämnade priser och vid beaktande av materialkostnadernas inverkan på totala utvärderingspriset har eventuella skillnader varit närmast försumbara. De företag som kan komma att delta i upphandlingen har alla möjlighet att införskaffa utrustning av samma fabrikat. Kommunen anför vidare att inget företag därmed missgynnats eller gynnats genom kravet på varumärke.

Förvaltningsrätten finner att bolaget inte gjort sannolikt att det finns risk att bolaget har missgynnats genom kommunens förfarande särskilt mot bakgrund mot att det inte framkommit att bolaget inte haft samma möjligheter att införskaffa utrustning av samma fabrikat samt med beaktande av att leverantörerna lämnat närmast identiska priser. Mot denna

bakgrund finner förvaltningsrätten att kommunen genom att uppställa krav på att anbudsgivarna ska offerera angivet material med specifikt varumärke i form av ersättningsköp i detta fall inte har agerat i strid med 6 kap. 4 § LOU och således föreligger inte skäl för ingripande i denna del.

Väsentlig förändring av förutsättningarna för upphandlingen

I underlaget har ursprungligen angetts beträffande snöröjning att det ingår i entreprenaden och i den fasta ersättningen. I punkt T2.1 i dokumentet "Beskrivning av tekniska arbetsuppgifter" anges att "Rengöring av tak från snö och is vid behov". I svar till publik fråga 11 punkt 5 i frågelistan har kommunen angett att punkt T2.1 (se även fråga 9 punkten 2) ersätts med texten rengöring av tak från snö och is ska utföras vid behov samt efter samråd med beställaren och att rengöringen sker mot särskild ersättning på fastighet och insatstillfälle. Det har vidare angetts som svar att i fasta ersättningen ingår dock övriga angivna arbetsmoment och acceptanskriterier under angiven punkt.

Bravida har med anledning av detta anfört att kommunen genom detta ändrat ersättningen för arbetet från fast till rörlig ersättning. Just snöhantering är händelsestyrt och omfattningen kan variera stort beroende på hur mycket det snöar. Bolaget har vidare angett att förändringen varit väsentlig i förhållande till anbudspriset.

Kommunen har angett att det skett en ändring i förhållande till det ursprungliga underlaget avseende en del av uppgiften snöröjning men att ändringen inte bedöms påverka uppdraget i övrigt gällande kompetenser och resurser och att ändringen bedömdes kunna minska ovissheten hos vissa anbudsgivare.

Denna förändring, att byta ersättningsform för en del i entreprenörens åtagande beträffande snöröjning, måste beaktas och torde ha viss betydelse för anbudsgivarna om än, enligt förvaltningsrättens mening, inte i sådan uträkning att detta varit av den betydelse att upphandlingen borde ha avbrutits. Förvaltningsrätten finner att denna förändring inte varit av den omfattning att den är att anse som väsentlig och således föreligger inte skäl för ingripande i denna del.

Bravida har därtill framhållit att kommunen har ställt upp som obligatoriskt krav att leverantörerna skulle lämna option på att utföra löpande hyresförvaltning men sedan under anbudstiden helt tagit bort kravet vilket innebär en väsentlig förändring i upphandlingen och därmed borde upphandlingen avbrutits och annonserats på nytt. Detta förfarande menar bolaget strider mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Av 2 kap. 8 § LOU samt förarbetena till lagen framgår att med förfrågningsunderlag avses sådant underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller leverantör. Till förfrågningsunderlaget hör även handlingar som kompletterar det (jfr prop. 2006/07:128 s. 189).

I de särskilda föreskrifterna under rubriken "Tid för hyresförvaltning", punkten SF4.34 anges att "som option skall E kunna utföra löpande hyresförvaltning för bostäder med externa hyresgäster som är registrerade i förvaltningsobjekten".

I det som publicerats som publik fråga nr 6 i "Frågor och svar" under anbudstiden har kommunen som svar på frågor rörande optionen på hyresförvaltningen uppgett att "optionen utgår helt se nytt anbudsformulär".

I LOU saknas såväl detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag

ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. Kammarrätten i Göteborg har i sitt avgörande i mål 1132-10 från den 2 juni 2010 ansett att en upphandlande myndighet inte är förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbudet ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget, under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten finner att gjorda förändring inte kan anses väsentlig i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget eller i förhållande till föremålet för upphandlingen. Inte heller är förändringen väsentlig i förhållande till omfattningen prismässigt. Därmed finner förvaltningsrätten att förändringen inte inneburit ett åsidosättande av likabehandlings- och öppenhetsprincipen och skäl för ingripande i denna del föreligger således inte.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskrav

Bravida har anfört att de frågor som ställs till referenterna i upphandlingen till största delen är hänförliga till anbudslämnarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet och inte till föremålet för det upphandlade kontraktet och att det därmed har skett en sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskrav i strid med LOU. Vidare har framhållits att Bravida har lidit eller i vart fall riskerar att lida skada av att det har skett en sammanblandning eftersom bolaget annars hade utformat anbudet på ett annat sätt. Potentiellt hade även bedömningen av referenskriterierna fallit ut på ett annat sätt för Bravida eller någon övrig anbudslämnare.

Att utse vinnande anbud i en upphandling sker i två steg. Först kontrolleras *anbudsgivarnas lämplighet* vilket kallas för kvalificeringsfasen, i det andra

steget kontrolleras *anbud*en vilket är anbudsutvärdering. Det framgår av både direktivet och EU-domstolens praxis att kvalificeringen och anbudsutvärderingen styrs av olika regler.¹ Stegen kan utföras samtidigt men det är ändå två separata bedömningar som ska göras utifrån olika kriterier.

Frågan blir då om det sätt på vilket referenser använts vid anbudsutvärderingen i förevarande fall strider mot LOU.

I bilaga UF:2 till upphandlingsföreskrifterna och som en del till förfrågningsunderlaget anges vad gäller extern referenstagning att kompetensen bedöms utifrån hur anbudsgivaren i tidigare uppdrag levererat kvalitet. Referenser ska kunna styrka anbudsgivarens höga kvalitet och personalens kompetens och egenskaper. I den aktuella upphandlingen har referenspersoner kontaktats för betygsättning av vissa påståenden. Påståenden lämnas till referent angående samarbetsförmåga, kreativitet och kvalitet där lämnade referensbetyg vägs samman till ett medelbetyg, som poängsätts till sammanlagt totalt högst 15 poäng. Varje erhållet poäng ger vid utvärderingen ett fiktivt prisavdrag på 15 000 kronor. Påståendena som ställs är om företaget har god förmåga att samarbeta och kommunicera med beställaren, har ett proaktivt beteende och ger löpande förslag till förbättringar, levererar god service till hyresgäster/brukare och har god förmåga att vidta snabba korrigerande åtgärder vid anmärkningar.

I kvalificeringsfasen ska anbudsgivarnas kapacitet godkännas, men kapaciteten ska sedan inte påverka den utvärdering av *anbud*en som syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet hos kvalificerade anbudsgivare. Något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen kan inte utläsas vare sig i LOU eller av EG-domstolens praxis så länge som dessa kriterier syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr dom från den 24 januari 2008 i mål C-

¹ Se C-31/87 p. 16 och C-532/06, Linakis-domen.

532/06, Lianakis, punkterna 30-31, jfr med Kammarrätten i Stockholms dom den 19 december 2008 i mål 5512-08, Kammarrätten i Sundsvalls dom den 13 februari 2009 i mål 3474-08 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2009 i mål 7332-08).

Enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU gäller följande. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I den aktuella upphandlingen måste kriterierna för referensupptagningen enligt förvaltningsrättens mening inhämtats i huvudsakligt syfte att bedöma föremålet för kontraktet och hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras och därigenom även till att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunens förfarande är således förenligt med principerna i 1 kap. 9 § LOU och skäl för ingripande föreligger inte i denna del.

Skada

Frågan blir fortsättningsvis om Bravida kan lida eller har lidit skada av kommunens agerande i denna upphandling.

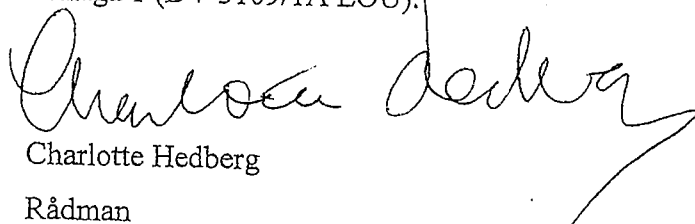
Med hänsyn till att det är fråga om brist i förfrågningsunderlaget gällande kontraktets omfattning och att det därför är oklart hur anbuden hade utformats om inte bristen hade funnits blir skadebedömningen av hypotetisk art. En av förfarandereglerens viktigaste funktioner är att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud till den upphandlande myndigheten. Det framstår inte som osannolikt att Bravida

skulle ha lagt upp sitt anbud på ett annat sätt om den överträdelse som skett av principerna i LOU inte hade förekommit. Förvaltningsrätten anser att bristen gällande kontraktets omfattning har påverkat Bravidas utformning av anbud och prissättning samt bolagets möjlighet att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Förvaltningsrätten finner, med hänsyn till att Bravida genom den aktuella bristen i förfrågningsunderlaget har kunnat förlora möjligheten att lämna vad bolaget anser vara sitt bästa anbud i upphandlingen, att bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Det finns därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom bristen hänför sig till upphandlingens konkurrens-
uppsökande skede ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Charlotte Hedberg
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Martina Dackander har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

[Faint, illegible markings or text in the top left corner, possibly bleed-through from the reverse side of the page.]