



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-03-25
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
483-11 och 842-11
Enhet 1

SÖKANDE

Markitekten AB, 556477-3405
Österängsgatan 6 B
753 28 Uppsala

MOTPART

Uppsala kommun, Kommunledningskontoret
Upphandling
753 75 Uppsala

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 31 januari 2011 och den 18 februari 2011 upphör härigenom att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-03-28	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Kommunledningskontoret i Uppsala kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende ramavtal för ingenjörstjänster anläggningsarbeten, objektnummer 10-076. Kommunen meddelade i tilldelningsbeslut den 21 januari 2011 att kontrakt tilldelas WSP Sverige AB, Bergsäker AB, Bjerking AB, Atkins Sverige AB, Ramböll Sverige AB och Karavan arkitektur & landskap AB.

Kommunen har även genomfört en upphandling avseende ramavtal för ingenjörstjänster mark/väg, objektnummer 10-077. Kommunen meddelade i tilldelningsbeslut den 3 februari 2011 att kontrakt tilldelas Bergsäker AB, Bjerking AB, Ramböll Sverige AB, BGC – trafikonsult, WSP Sverige AB samt Miljö- och projektbyrå i Mälardalen AB.

Förvaltningsrätten har genom interimistiska beslut den 31 januari 2011 och den 18 februari 2011 förordnat att upphandlingarna inte får avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

YRKANDEN

Markitekten AB (bolaget) begär överprövning av kommunens upphandlingar och yrkar i första hand att upphandlingarna ska göras om och i andra hand att rätten förordnar om annan lämplig rättelse.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

GRUNDER M.M.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Det är uppenbart att bolaget lider skada av att inte ha tilldelats ramavtal eller att bolaget riskerar att lida skada därav.

Förnyad konkurrensutsättning

Kommunens förfrågningsunderlag ger inte klart besked huruvida kommunen enbart avser att avropa enligt reglerna om förnyad konkurrensutsättning eller om man kommer att använda en kombination av rangordning och förnyad konkurrensutsättning. Kraven för öppenhet och transparens är enligt LOU inte uppfyllda. Kommunen förbehåller sig fri prövningsrätt i fråga om när man ska avropa i rangordning till löpande räkning enligt priser angivna i anbudet eller när man kommer att använda förnyad konkurrensutsättning. Tilldelningskriterierna i ramavtalet avser bl.a. å-priser som inte kan utvärderas på nytt. Under rubriken förnyad konkurrensutsättning beskrivs att man vid en sådan kan komma att laborera med uppdragsspecifika förutsättningar, vilket definieras som fast pris, kvalitet, tillgänglighet, leveranstid, tidpunkt för leverans, genomförandetid, inställelsetid, kapacitet, samarbetsförmåga, miljökrav samt krav på viss typ av kunskap, erfarenhet och referenser. Kommunen ställer härigenom upp helt nya tilldelningskriterier än dem som angivits för och använts vid utvärderingen av hela ramavtalet, vilket strider mot LOU.

Ej relevanta prisuppgifter

Av anbudsinbjudan samt en komplettering framgår att utvärdering av anbud kommer att ske enligt kriterierna lägsta pris och kommer att beräknas genom ett å-pris för uppdragsledare x 40 timmar, handläggare x 80 timmar och biträdande handläggare x 80 timmar. Både WSP Sverige AB och Bjerking AB, som har tilldelats kontrakt, har offererat biträdande handläggare med en krona per timma, vilket är påfallande lågt. Det finns inget krav som tvingar antagen leverantör att tillhandahålla just biträdande handläggare. Så länge det bara finns personella resurser kommer således anbudsgivare som har offererat biträdande handläggare för den symboliska ersättningen en krona per timma vid avrop kunna bemanna projekten och på så vis ta ut ett betydligt högre arvode. Bolaget är inte obekant med strategisk prissättning. Rimligtvis bör dock krävas att det i ramavtalet löpande kommer att

utföras arbete som fördelar sig procentuellt i huvudsak i enlighet med den fördelning med 20 procent vikt på uppdragsledare och 40 procent vikt vardera på handläggare respektive biträdande handläggare. Genom att det inte finns några som helst mekanismer i ramavtalet som tvingar ramavtalsleverantörerna att tillhandahålla biträdande handläggare och inte heller någon koppling till den procentuella viktning som kommunen gjort har prissättning av biträdande handläggare kommit att bli utan alla relevans för den tjänst som kommer att utföras.

Oproportionerligt betungande kontraktsvillkor

Kommunen har även använt sig av flera oproportionerligt betungande kontraktsvillkor. Bolaget har uppmärksammat ett antal kommersiella villkor som skiljer sig markant från vad beställare och konsulttjänster i motsvarande ställning som kommunen normalt sett begär och får igenom. Det lägger en oproportionerligt börda på anbudsgivare. Bolaget lider i likhet med alla anbudsgivare skada av att kommunen uppställt villkor i strid med proportionalitetsprincipen på så sätt att för det fall villkoren i stället varit väl avvägda hade bolaget inte nödgats ta höjd i sitt anbud.

Tolkningsföreträde

Det är en sedvanlig regel att ha en rangordning mellan olika kontraktshandlingar i händelse att det föreligger motsidiga uppgifter i kontraktshandlingarna, vilket också återfinns i ABK 09. Kommunen har emellertid lagt in en formulering som saknar motstycke i andra upphandlingar av liknande tjänster, där man förbehåller sig rätten till tolkningsföreträde i de fall handlingarna inte ger ett entydigt svar.

Kollektivavtalsbundenhet

Kommunen har ställt krav på att en ramavtalsleverantör inte får vidta åtgärd som kan antas åsidosätta kollektivavtal för arbetet. Även om kommu-

nen inte uttryckligen kräver att leverantören måste ha ett kollektivavtal blir effekten av den ifrågavarande bestämmelsen densamma.

Rangordning

Tiden för varje uppdrag ska bestämmas vid avrop. Beställaren kan komma att välja ramavtalsleverantör med hänsyn till möjligheterna för denne att ställa upp med kort varsel. Kommunen har därigenom, genom att föra in en ytterligare förutsättning att beställaren kan komma att välja leverantör med hänsyn till dennes möjlighet att ställa upp med kort varsel, frångått rangordningen.

Vidsträckt hävningsgrund

Enligt punkt åtta i förfrågningsunderlaget anges att om en ramavtalsleverantör bryter mot någonting som räknas upp i de bestämmelserna som be-tecknats som avvikelse från ABK 09 utgör detta hävningsgrund. Det talas inte om väsentligt kontraktsbrott och inte heller finns det någon sedvanlig skyldighet för den part som påstår sig vara utsatt för kontraktsbrott att uppmana den felande parten att först vidta rättelse eller motsvarande.

Förbehåll om äganderätt

Det är i högsta grad sedvanligt att det för arkitektupphandlingar följer en mer eller mindre omfattande nyttjanderätt till handlingarna, så att beställaren inte i onödan låses i sitt framtida nyttjande av handlingarna. Kommunen har dock inte nöjt sig med det utan skrivit in att man ska ha äganderätt till originalhandlingarna. Kravet är närmast obegripligt mot bakgrund av att kommunen dessutom förbehåller sig full nyttjanderätt till resultatet av uppdraget. Genom att beställaren tillskriver sig äganderätten medför det dock att kommunen exempelvis kan mångfaldiga samtliga arkitekturritningar som produceras i projektet och sälja dem vidare till tredjeman

Kommunen anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen anger förnyad konkurrensutsättning som metod för tilldelning av kontrakt. Förfrågningsunderlaget ger inte kommunen någon valfrihet i fråga om vilken modell som ska användas vid tilldelning av kontrakt och uppfyller därmed kraven på likabehandling och transparens. Vid de förnyade anbudsgivningarna ska de villkor gälla som framgår av ramavtalet. Dessa villkor får i och för sig kompletteras med andra villkor, dock under förutsättning att dessa andra villkor angetts redan i förfrågningsunderlaget. Kommunen anser att anbudsgivarna redan på upphandlingsstadiet kunnat bilda sig en välgrundad uppfattning om vilka slags behov den upphandlande myndigheten kan komma att vilja tillgodose genom en förnyad konkurrensutsättning och vilka villkor som då kommer att gälla.

Lägsta pris kommer att antas. Såsom förfrågningsunderlaget och anbudsformuläret är utformade finns det enligt kommunens mening inte något hinder att ange ett mycket lågt pris. Kommunen bestrider påståendet om att kontraktsvillkoren är oproportionerligt betungande i sak. För att rätten ska kunna besluta om att upphandlingen ska göras om eller rättas krävs att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada. Kommunen är av den uppfattningen att bolaget i förevarande fall vare sig lider eller riskerar att lida skada eftersom skälet till att bolagets anbud inte antogs var att man inte hade lägsta pris. Detta skäl sakar helt samband med fråga om de av bolaget påstått oproportionerligt betungande kommersiella villkor i förfrågningsunderlaget som bolaget för övrigt uppfyllde. Bolaget har således kunnat delta i upphandlingen på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra

upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 5 kap. 2 § LOU anges att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal med flera leverantörer ska tilldelas enligt 5 kap. 6 eller 7 §.

Enligt 5 kap. 6 § LOU får, om ramavtal ingåtts med flera leverantörer, tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

I 5 kap. 7 § första stycket LOU sägs att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Utredningen i målet

I anbudsinbjudan anges bl.a. följande.

5. Omfattning

Ramavtal förutsättes tecknas med minst tre och högst sex leverantörer per fackområde. Specifika uppdrag kommer under avtalstiden att tilldelas genom s.k. förnyad konkurrensutsättning.

5.2 Tilldelning av avtal

Anbudet anges vid tilldelningen i löpnummerordning per fackområde. Lägst löpnummer har det anbud som vid anbudsvärderingen ansetts som mest fördelaktigt. Vid avrop/kontraktstilldelning av ett specifikt uppdrag, kommer alla antagna leverantörer per fackområde att skriftligen tillfrågas genom en förnyad konkurrensutsättning. Utifrån angivna förutsättningar tilldelas den leverantör som är bäst ett kontrakt.

5.3 Förnyad konkurrensutsättning

Vid förnyad konkurrensutsättning kan, utifrån en tidplan och en kortfattad beskrivning av uppdraget samt andra uppdragsspecifika förutsättningar, anbud infordras. Sådana förutsättningar kan vara, fast pris, kvalitet, tillgänglighet, leveranstid, tidpunkt för leverans, genomförandetid, inställelse-tid, kapacitet, samarbetsförmåga, miljökrav samt krav på viss typ av kunskap, erfarenhet och referenser för den namngivna personal som ska arbeta med uppdraget.

29. Prövning av anbud

Inkomna anbud kommer att granskas i tre steg; 1. Kvalificering av anbud, 2. Utvärdering av anbud, 3. Kvalificering av anbudsgivare.

Vid utvärderingen baseras kostnadsberäkningen på ett antaget konsultuppdrag omfattande 200 timmar. Observera att anbudsgivaren ska ange pris för samtliga nivåer på handläggare – även om anbudslämnaren är ett enmansföretag.

31. Utvärderingskriterier

Anbud med lägsta pris kommer att antas.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen brutit mot någon bestämmelse eller princip i LOU och om dessa eventuella brott föranleder att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. För ingripande från förvaltningsrättens sida krävs vidare att bolaget har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

Beträffande ramavtal uttalas i förarbetena till LOU bl.a. följande. En viktig utgångspunkt inför ett upphandlingsförfarande är att den upphandlande myndigheten tar ställning till om upphandlingen lämpligen bör genomföras genom att använda ramavtal och – om ramavtal väljs – hur upphandlingen ska utformas så att konkurrensen inte påverkas negativt. Ett ramavtal kan antingen innehålla fullständiga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet eller inte göra det. I det senare fallet ska leverantörerna bjudas in för att på nytt lämna anbud på grundval av de villkor som anges i ramavtalet. Från ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett visst mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är parter i ramavtal kan uppskatta

och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Ett krav på ramavtalets innehåll bör därför införas i den meningen att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivi t sätt (prop. 2006/07:128 s. 173 ff.).

Principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och proportionalitet gäller vid all upphandling, således även vid upphandling av ramavtal. Kravet på likabehandling innebär bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten o begränsad valfrihet och kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske. Det är t.ex. av betydelse att veta i vilken mån förnyad konkurrensutsättning blir aktuell eftersom detta är förenat med ytterligare arbete och därmed kostnader. Om det inte är tydligt vad ramavtalet innebär beträffande tilldelningen kan leverantörer komma att avstå från att lämna anbud i upphandlingen av ramavtalet.

Bolaget har gjort gällande att det är oklart vilken metod kommunen kommer att tillämpa vid tilldelning av kontrakt. I anbudsinbjudan samt avtalsvillkoren anges uttryckligen att vid avrop/kontraktstilldelning av ett specifikt uppdrag, kommer alla antagna leverantörer per fackområde att tillfrågas genom en förnyad konkurrensutsättning. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att upphandlingen inte strider mot kraven på likabehandling och transparens. Upphandlingen har därför i denna del skett på ett öppet och förutsägbart sätt som förutsätts enligt LOU.

Bolaget har vidare gjort gällande att kommunen har genom att använda ett utvärderingskriterium, prisuppgift för en konsultkategori, som saknar relevans för den tjänst som kommer att utföras har brutit mot LOU.

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Principen om transparens medför främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet, att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Regeringsrätten har beträffande överprövning av förfrågningsunderlag uttalat att 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 (RÅ 2002 ref 50). I detta får anses ligga att inte varje brist som en leverantör kan göra gällande i en utvärdering utgör grund för ingripande enligt LOU.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angivit att anbuderna kommer att utvärderas baserat på kostnadsberäkningen för ett antaget konsultuppdrag omfattande sammanlagt 200 timmar utifrån pris för tre konsultkategorier, däribland biträdande handläggare. Utformningen av modellen framgår således av förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget har varit utformat på så sätt att priser skulle anges för var och en av de tre konsultkategorierna och, såsom förfrågningsunderlaget är utformat, har det inte funnits något hinder mot att lämna ett lågt pris för någon av kategorierna. Bolaget har hävdat att kriteriet, pris för biträdande handläggare, saknar relevans för den tjänst som kommer att utföras eftersom det inte finns något krav på att en antagen leverantör ska tillhandahålla just biträdande handläggare. Fråga är om ett ramavtal där tilldelning av specifika uppdragskontrakt kommer att ske efter förnyad konkurrensutsättning. Beroende på de specifika uppdragens specifika förutsättningar kommer, enligt förfrågningsunderlaget, krav på bl.a. viss typ av kunskap att ställas vid den förnyade konkurrensutsättningen. Mot den bakgrunden kan det inte anses visat att det inte finns

en koppling mellan den av kommunen valda modellen för att identifiera den lägsta totalkostnaden och föremålet för upphandlingen. Förfrågningsunderlag med bilagor är enligt förvaltningsrättens mening tillräckligt tydligt i detta avseende för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget har således haft möjlighet att offerera ett konkurrenskraftigt anbud. Det är således inte visat att kravet på affärsmässighet åsidosatts. Inte heller i övrigt har det visats att förfarandet strider mot de krav som uppställs i lagen om offentlig upphandling.

Bolaget hävdar att kommunen har använt sig av oproportionerligt betungande kontraktsvillkor och har därigenom brutit mot de grundläggande principerna i LOU. Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida de aktuella avtalsvillkoren strider mot proportionalitetsprincipen och för att rätten ska besluta om åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU krävs, förutom att den upphandlande enheten har brutit mot LOU, att den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd av detta.

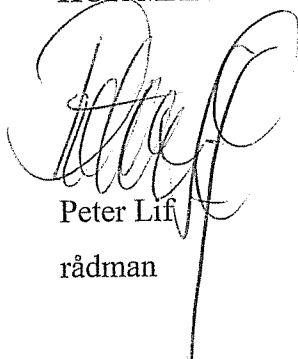
Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Den upphandlande myndigheten får alltså inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt med den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Kommunen bestrider påståendet om att kontraktsvillkoren är oproportionerligt betungande. Kommunen är av den uppfattningen att bolaget i förevarande fall varken lider eller riskerar att lida skada eftersom skälet till att bolagets anbud inte antogs var att man inte hade lägsta pris. Detta skäl saknar helt samband med fråga om de av bolaget påstått oproportionerligt betungande kommersiella villkor i förfrågningsunderlaget som bolaget för

övrigt uppfyllde. Bolaget har således kunnat delta i upphandlingarna på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt. Dessutom har kommunen gjort gällande att bolaget uppfyller de aktuella avtalsvillkoren. Bolaget har dock hävdade att de på grund av de oproportionerligt betungande avtalsvillkoren har fått nödgats ta höjd i sina anbud. Med ett mer konkurrenskraftigt anbud hade bolaget kunnat hävda sig i konkurrensen och tilldelats kontrakt.

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer föremålet för upphandlingen och den har vid utformningen av upphandlingen stor frihet. Med hänsyn härtill och mot bakgrund av vad som har framkommit i målet finner förvaltningsrätten inte visat att de aktuella avtalsvillkoren är så betungande i relation till vad som är föremål för upphandlingen att de kan anses strida mot proportionalitetsprincipen. Samtliga anbud som getts in i upphandlingarna har dessutom uppfyllt avtalsvillkoren vilket, med bolagets resonemang, har inneburit att samtliga anbudsgivare i upphandlingarna är lika missgynnade. Bolaget har därmed inte visat fog för sitt påstående om att bolagets anbud hade kunnat hävda sig bättre i konkurrensen utan de aktuella avtalsvillkoren. Förvaltningsrätten anser därför att bolaget inte har lidit skada eller kan komma att lida skada. Bolagets ansökningar ska därför avslås.

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



Peter Lif
rådman

Målet har handlagts av Maria Karlsson