



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-09-17
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 5134-18

SÖKANDE

Infratek Sverige AB, 556702-6934
 Box 42002
 126 12 Stockholm

Ombud: advokaten Peter Thors
 Advokatbyrån Hellgren Linander KB
 Box 24053
 104 50 Stockholm

MOTPART

Kävlinge kommun
 244 80 Kävlinge

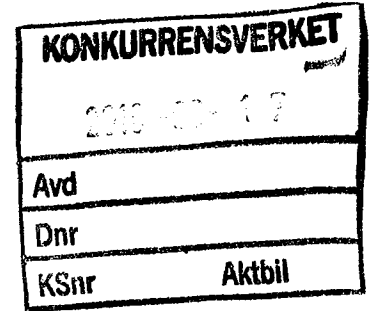
Ombud: advokaten Annika Andersson och jur.kand. Sarah Ottosson
 Advokatfirman Lindahl KB
 Studentgatan 6
 211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Infratek Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.



Dok.Id 444596

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
Telefax
 040-97 24 90
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Kävlinge kommun genomför upphandling avseende drift och underhåll av offentlig belysning. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 4 maj 2018 ska kontrakt tilldelas Krafringen Service AB.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Infratek Sverige AB (Infratek) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till grund för talan anförs i huvudsak följande.

I koden AFC.1 anges att entreprenaden omfattar drift och underhållsåtgärder av anläggningar för Kommunens allmänna belysning för gator, vägar, torg, parker med flera platser. Enligt vad som anges i koden AFC.114 förbehåller sig kommunen rätten att göra separata upphandlingar av belysningsanläggningar för exploatering eller gatuombyggnader samt arbeten som inte omfattas av periodiskt underhåll. Detta betyder att avtalet, i alla delar som inte avser periodiskt underhåll, utgör ett (icke exklusivt) ramavtal. I upphandlingen skulle leverantörerna lämna priser på ett stort antal olika arbeten i en mängdförteckning på 49 sidor. Vid en summering av de poster i mängdförteckningen som avser ”periodiskt underhåll” uppgår dessa till mindre än 25 procent av totalkostnaden. Detta innebär att den helt övervägande delen av uppdraget avser ”ramavtalsdelen”. Det huvudsakliga ändamålet med upphandlingen får därför anses vara att upphandla ett ramavtal. Under 2017 avsåg mindre än 10 procent av debiterade kostnader arbete med ”periodiskt underhåll”.

Ramavtalet har en löptid om totalt åtta år inklusive optioner. Enligt 7 kap. 2 § LOU får ett ramavtal löpa längst under fyra år om det inte finns

särskilda skäl. Några särskilda skäl för att tillåta en längre löptid än fyra år för detta avtal finns inte. Upphandlingen står därför i strid med LOU. Infratek, som är en potentiell leverantör av de aktuella tjänsterna, riskerar att drabbas av skada på grund av detta.

Kävlinge kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Kommunen har genomfört upphandlingen enligt LOU och Infratek har inte lidit eller riskerat att lida skada. Infrateks påstående att upphandlingen avser ett ramavtal och att löptiden därför är för lång är felaktigt. Det framgår av förfrågningsunderlaget att det rör sig om ett avtal som ska tecknas med en leverantör. Aktuellt avtal ska löpa under viss tid och avser att täcka kommunens behov under löptiden. Kommunens avsikt är som utgångspunkt att samtliga belysningsarbeten ska utföras av vinnande leverantör och att endast större ombyggnader och exploateringsprojekt där det krävs flera olika tekniska discipliner ska upphandlas separat.

Enligt 1 kap. 20 § LOU avses med ramavtal ett avtal som ingås med en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod. En upphandling av ramavtal förutsätter att upphandlingen innehåller bestämmelser om senare tilldelning. Vidare innehåller ramavtal som utgångspunkt inga fastställda volymer. Förfrågningsunderlaget saknar bestämmelser om senare tilldelning och innehåller fastställda volymer. Avtalet saknar således sådana särdrag som är kännetecknande för ramavtal. Upphandlingen avser de facto anskaffning och inte endast eventuell framtida anskaffning. Det faktum att det i viss utsträckning finns möjlighet till kompletterande beställningar medför inte att avtalet ska anses utgöra ett ramavtal. Inte heller det faktum att kommunen i undantagsfall förbehåller sig rätten att göra separata upphandlingar påverkar denna bedömning. Arbeten som omfattas av periodiskt underhåll utgör under alla omständigheter cirka 60 procent av den uppskattade totala kostnaden för de arbeten som anbuds-

givarna lämnat pris för. För det fall att domstolen anser att resterande del, cirka 40 procent av den uppskattade totala kostnaden, är att hänföra till ramavtal kan konstateras att den övervägande delen av uppdraget är hänförligt till sedvanligt avtal, varför bestämmelserna om avtal i LOU ska tillämpas. Påståendet att endast 10 procent av debiterade kostnader för 2017 avser arbeten hänförliga till periodiskt underhåll är inte korrekt. Vidare är 2017 och åren dessförinnan inte representativa för beräkning av periodiskt underhåll eftersom kommunen de senaste åren gjort större investeringar än vad som är brukligt. Detta medför att andelen periodiskt underhåll under de senaste åren har varit lägre än vad normalt sett är fallet. Upphandlingen avser således inte ett ramavtal, i vart fall inte huvudsakligen, och det finns därmed inte heller någon lagstadgad begränsning avseende avtalstid. För det fall att domstolen skulle anse att upphandlingen avser ett ramavtal anser kommunen att det finns särskilda skäl för att ramavtalets löptid ska vara längre tid. Uppdraget kräver stora investeringar i form av inköp av dyra maskiner.

Infratek invänder i huvudsak följande. Den avgörande skillnaden mellan ett ramavtal och ett kontrakt är om avtalet bara fastställer villkoren för en eventuell anskaffning eller om anskaffning sker redan genom avtalet och det inte förutsätter att några andra omständigheter inträffar, t.ex. att ett behov uppstår av de varor, tjänster eller byggtreprenader som avtalet omfattar. I detta fall är entreprenaden uppdelad i två delar, dels arbeten som ersätts med fast pris per år och dels arbeten som regleras enligt å-prislista. De enda arbeten som leverantören är garanterad att få utföra under kontraktstiden redovisas i koden YYY.6391. Värdet av de poster i mängdbeskrivningen som avser faktisk anskaffning motsvarar mindre än 25 procent av det totala värdet av de arbeten som redovisas i mängdbeskrivningen. Det får antas att mängderna som redovisas i mängdbeskrivningen motsvarar de mängder och den fördelning som kommunen förväntar sig genomsnittligt utföras under avtalstiden. Förvaltningsrätten ska därför i första hand utgå från mängderna i

mängdbeskrivningen. Infratek vidhåller dock att även den historiska fördelningen av arbeten styrker att det är fråga om ett ramavtal. Det kan medges att i den del upphandlingen faktiskt avser periodiskt underhåll, i den normala definitionen av detta begrepp, är det fråga om en faktisk anskaffning. För att komma upp till summan 60 procent måste dock kommunen ha räknat in åtskilligt arbete som definitionsmässigt inte är periodiskt underhåll. Det finns inte några särskilda skäl att tillåta en längre avtalstid än fyra år. Genomförandet av uppdraget kräver inga stora investeringar.

Infratek delar inte kommunens uppfattning om att ett avtal som inte innehåller uttryckliga bestämmelser om tilldelning av kontrakt inte kan utgöra ett ramavtal. Avgörande är i stället om det de facto är fråga om att kontrakt tilldelas senare. När det gäller påståendet att förfrågningsunderlaget innehåller fastställa volymer motsägs detta av upphandlingsdokumenten. De mängder som hänvisas till är huvudsakligen en redovisning av de befintliga belysningspunkter som idag omfattas av entreprenörens uppdrag. Detta är inte en redovisning av fastställda volymer som ingår i avtalet. Av mängdbeskrivningarna framgår att detta är ”fiktiva mängder”.

Det föreligger ytterligare en grund för att upphandlingen ska göras om. Kävlinge kommun har i upphandlingen uppställt krav på hur anbudsgivarna i visst avseende skulle prissätta sina anbud. Enligt vad som angavs i den mängdbeskrivning som anbudsgivarna skulle prissätta fick materialpris inte överstiga totalpriset. Av tilldelningsbeslutet framgår att Infrateks anbud har förkastats på grund av att bolaget i sitt anbud angivit ett högre materialpris än totalpris på två positioner i mängdbeskrivningen. Fråga är om en mycket liten del av den totala omfattningen av uppdraget. Högsta förvaltningsdomstolen har i mål nr 5924-17 fastslagit att det inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att ange att ett anbud med ett timarvode under viss nivå anses oskäligt lågt och därmed inte kommer att antas. Infrateks uppfattning är att avgörandet innebär att den i den nu aktuella upphandlingen föreskrif-

ten - att materialpris inte får överstiga totalpris - inte heller är förenligt med upphandlingslagstiftningen eftersom den begränsar anbudsgivarens möjlighet att fritt prissätta sitt anbud. Det faktum att föreskriften enligt sin ordalydelse inte sätter ett "golvpris" (som i HFD:s mål) utan ett "takpris" förändrar inte detta. Föreskriften kunde lika gärna ha formulerats på motsatt sätt, att totalpriset inte fick understiga materialpriset, vilket innebär att effekten av föreskriften är densamma som om kommunen istället hade föreskrivit ett "golvpris". Infratek har av misstag för några positioner angivit lägre å-pris (totalpris) än materialpris. Värdet av den felaktiga prissättningen i anbudet uppgår endast till några hundra kronor per år. Detta i en entreprenad värd i vart fall 2 - 3 miljoner kronor per år. Om kommunen hade tillämpat bestämmelsen om onormalt låga anbud hade Infrateks anbud inte kunnat förkastas med hänvisning till de låga "totalpriserna". Eftersom det är fråga om ett relativt takpris och inte ett absolut takpris kommer takpriserna också att vara olika höga för olika anbudsgivare beroende på hur de prissatt övriga delar av sitt anbud. Detta är inte förenligt med likabehandlingsprincipen. Upphandlingen står även i denna del i strid med LOU.

Kävlinge kommun invänder bl.a. följande. Anbudsgivare ska lämna å-pris avseende alla kostnader för komplett arbete inklusive erforderligt material, etablering, transport, ev. omhändertagande av material med tippavgift, hantering av miljöfarliga ämnen samt central administration (Totalpris) samt lämna materialpris för reglering av vissa underhållsåtgärder och vid arbeten bl.a. med trafikskador (Materialpris). Kommunen har uppställt ett obligatoriskt krav som föreskriver att materialpriset inte får överskrida totalpriset. Aktuell reglering utgör inget golvpris, utan tvärtom ett takpris avseende material. Anbudsgivaren är således oförhindrad att konkurrera med låga priser. Takpriser är inte lika ingripande som golvpriser och kan inte likställas. Infrateks påstående att regleringen motsatsvis utgör golvpris är felaktigt. Anbudsgivare ska lämna två separata priser, ett totalpris och ett materialpris.

Avseende totalpris finns inga begränsningar medan det avseende materialpris har satts ett tak i förhållande till totalpriset.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 20 § LOU framgår att med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Infratek anför till grund för sin ansökan att Kävlinge kommun har brutit mot LOU genom att upphandla ett ramavtal med en löptid som är längre än fyra år utan att det finns särskilda skäl för detta samt genom att uppställa krav på hur anbudsgivarna i visst avseende ska prissätta sina anbud.

Infratek gör gällande att det avtal som Kävlinge kommun upphandlar utgör ett ramavtal i alla delar som inte avser periodiskt underhåll. Till grund för sin uppfattning anför bolaget bl.a. att de enda arbeten som leverantören är garanterad att få utföra under kontraktstiden motsvarar mindre än 25 procent av det totala värdet av de arbeten som redovisas i mängdbeskrivningen. Bolaget hänvisar också till att förfrågningsunderlaget inte innehåller några fastställda volymer eftersom de mängder som hänvisas till huvudsakligen är en redovisning av de befintliga belysningspunkter som idag omfattas av entreprenörens uppdrag.

Enligt Kävlinge kommun utgör avtalet emellertid ett sedvanligt avtal som innebär en anskaffning. Kommunen hänvisar till att avtalet saknar sådana särdrag som är kännetecknande för ramavtal och framhåller att förfrågningsunderlaget saknar bestämmelser om senare tilldelning och innehåller fastställda volymer. Kommunen anför vidare att arbeten som omfattas av periodiskt underhåll under alla omständigheter utgör cirka 60 procent av den uppskattade totala kostnaden för de arbeten som anbudsgivarna lämnat pris för.

Av förfrågningsunderlaget framgår att entreprenaden omfattar drift och underhållsåtgärder av anläggningar för Kävlinge kommuns allmänna belysning för gator, vägar, torg, parker med flera platser. Det aktuella avtalet ska tecknas med en leverantör och avser att täcka kommunens behov av den upphandlade tjänsten under löptiden. Såsom anförts av den upphandlande myndigheten saknar förfrågningsunderlaget bestämmelser om senare tilldelning av kontrakt. Därtill finner förvaltningsrätten att det inte visats att övervägande del av det aktuella uppdraget avser andra arbeten än periodiskt underhåll. Infrateks uppfattning att det upphandlade avtalet utgör ett ramavtal vinner enligt förvaltningsrättens mening således inte tillräckligt stöd i förfrågningsunderlaget eller utredningen i övrigt i målet. Förvaltningsrätten

gör mot denna bakgrund bedömningen att Infratek inte förmått visa att den av kommunen tillämpade avtalstiden strider mot LOU.

Infratek gör vidare gällande att av kommunen uppställt krav på hur anbudsgivarna i visst avseende ska prissätta sina anbud strider mot LOU.

En upphandlande myndigheter har en relativt stor frihet att bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla i en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Av upphandlingsunderlaget framgår att anbudsgivare ska lämna à-pris avseende alla kostnader för komplett arbete inklusive erforderligt material, etablering, transport, ev. omhändertagande av material med tippavgift, hantering av miljöfarliga ämnen samt central administration (Totalpris) samt lämna materialpris för reglering av vissa underhållsåtgärder och vid arbeten bl.a. med trafikskador (Materialpris). Vidare framgår att materialpriset inte får överskrida totalpriset. Det är ostridigt i målet att detta utgör ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Infratek är av uppfattningen att det uppställda kravet att materialpriset inte får överskrida totalpriset strider mot likabehandlingsprincipen och upphandlingslagstiftningen bl.a. eftersom det begränsar anbudsgivarens möjlighet att fritt prissätta sitt anbud. Till stöd för sin uppfattning åberopar Infratek Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 5924-17, i vilken fastslagits att det i princip inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att ange att anbud med ett timarvode under viss nivå anses oskäligt lågt och därför inte kommer att antas.

Den åberopade domen gäller s.k. golvpriser. Kävlinge kommuns aktuella krav avseende prissättning innebär istället att ett takpris avseende material

ställs upp. Kravet är enligt förvaltningsrättens uppfattning inte att jämställa med ett golvpris av det slag som det åberopade rättsfallet gäller och kan inte anses strida mot LOU:s regler gällande onormalt låga anbud. Enligt förvaltningsrättens mening kan kravet inte heller anses begränsa anbudsgivarnas möjlighet att utarbeta ett konkurrenskraftigt anbud och att konkurrera med pris på sådant sätt att det är oförenligt med likabehandlingsprincipen. Den omständigheten att takpriset är relativt och bestäms av anbudsgivarens prissättning i övrigt föranleder ingen annan bedömning i detta avseende. Mot bakgrund av det anförda gör förvaltningsrätten bedömningen att Infratek inte förmått visa att det aktuella kravet avseende prissättning strider mot LOU.

Vid nu angivna förhållanden och då Infratek inte heller i övrigt anför något som visar att Kävlinge kommun i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerat att lida skada saknas skäl för ingripande mot upphandlingen. Infratek Sverige AB:s ansökan ska således avslås.

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

Louise af Klint

Lena Palmér har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.