


FÖRVALTNINGSRÄTTEN DOM
I STOCKHOLM

Avdelning 32

2016-11-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12610-16

SÖKANDE

Color Off i Stockholm AB, 556360-6523

 Ombud: Advokat Björn Yrlid och jur.kand. Karin Söderén
 Lindskog Malmström Advokatbyrå
 Box 27707
 115 91 Stockholm

MOTPART

 Stockholms Stad, Fastighetskontoret
 Box 8312
 104 20 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-11-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 787808

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag-fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms Stad, Fastighetskontoret, upphandlar ramavtal avseende klottersanering, klotterskydd och där tillhörande tjänster (dnr 2.4-123/2016). Upphandlingen har gjorts genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut i upphandlingen meddelades den 10 juni 2016. Enligt tilldelningsbeslutet antogs anbud från Aremo Group AB (Arema Group).

Color Off i Stockholm AB (Color Off) ansöker om överprövning och yrkar att rättelse ska ske på så sätt att en ny utvärdering av anbuden genomförs varvid anbudet från Arema Group inte ska beaktas. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Arema Groups anbud borde ha förkastats och denna brist innebär att upphandlingen har genomförts i strid med förfrågningsunderlaget, LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som styr offentlig upphandling.

Ett obligatoriskt krav i upphandlingen är att anbudsgivaren ska ange ett referensuppdrag som avser ett ramavtal/årsavtal för klottersanering under de tre senaste åren räknat från sista anbudsdag där anbudsgivaren ska ha tilldelats en omsättning om minst fem miljoner kronor. I sitt anbud har vinnande bolag intygat att en lämnad referens från AB Svenska Bostäder (Svenska Bostäder) avsett ett sådant ramavtal/årsavtal, trots att referensen inte avser ett avtal utan tre avtal. Det första avtalet har gällt under perioden den 1 mars 2013 – den 31 december 2013, det andra under perioden den 1 april 2014 – den 30 juni 2014 och det tredje under perioden den 1 juli 2014 – den 29 februari 2016. Inget av de tre avtalen har omfattat en total omsättning tilldelat anbudsgivaren om minst fem miljoner kronor. Således uppfyller inget av avtalen det obligatoriska omsättningskravet.

Avtalen avser nya avtalsförhållanden. Den civilrättsliga avtalsläran bygger på att det finns olika typer av avtal. Ramavtalet från 2008 mellan Svenska Bostäder och Aremo Group är att se som ett konsensusavtal. Arbetet som Aremo Group utfört under perioden efter att ursprungsavtalet löpt ut har istället sin grund i ett realavtal. Eftersom det är fråga om en annan typ av avtalsbundenhet mellan parterna kan det inte bli fråga om en förlängning av det ursprungliga avtalet utan det är i stället fråga om ett nytt avtal. Realavtalet har sedan ersatts med nya konsensusavtal. Även denna gång är det alltså fråga om nya avtalsförhållanden.

Svenska Bostäder omfattas av LOU och avtal som ingås ska således ha upphandlats med stöd av den lagen. De tre avtalen Svenska Bostäder har haft med Aremo Group har dock inte upphandlats enligt LOU och är därför inte giltiga. Ramavtalet från 2008 kunde inte gälla mer än fyra år. Eftersom ramavtalet med stöd i lag samt dess lydelse inte kunnat gälla efter den 30 oktober 2012 är det inte ramavtalet som har utförts de senaste tre åren. Förlängningarna är därför att anse som nya och från ramavtalet separata överenskommelser. Under perioden den 31 oktober 2012 – 28 februari 2013 har något skriftligt avtal mellan parterna inte förelagat. Enligt LOU föreligger ett kontrakt endast om det finns ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan upphandlande myndighet och leverantör och undertecknas av parterna eller skrivs under med en elektronisk underskrift. Eftersom avtal inte funnits för denna period saknades ett avtal att förlänga då ramavtalet upphörde den 31 oktober 2012. Tiden för ramavtalets giltighet är ett väsentligt avtalsvillkor och avtalen avseende perioderna den 1 mars 2013 – den 31 december 2013 samt den 1 januari 2014 – den 30 juni 2014 är sådana ändringar av ramavtalet att dessa även på den grunden är att anse som nya avtal, som krävt nya upphandlingar. Avtalen för dessa perioder har gällt belopp över tröskelvärdet och det har därför saknats grund för att genomföra direktupphandling med hänsyn till kontraktets värde. Avtalen har således

behövt upphandlas med föregående annonsering, vilket inte skett, varför avtalen är ogiltiga enligt LOU.

Det kan inte utgöra ett brott mot likabehandlingsprincipen att diskvalificera en anbudsgivare som åberopat en offentlig beställare som referens när dennes avtal med referensen är ogiltigt till följd av offentlighetsregler. Det står varje anbudsgivare fritt att välja de referenser som åberopas. Att lagstiftningen för ett åberopat referensavtal kan skilja sig åt beroende på vem motparten är måste anbudsgivaren vara medveten om samt bära risken för.

Mot denna bakgrund uppfyller Aremo Groups anbud inte samtliga obligatoriska krav som Stockholms stad har uppställt i förfrågningsunderlaget och borde ha förkastats. Color Off borde rätteligen ha tilldelats kontrakt och har därmed lidit eller kan komma att lida skada.

Stockholms stad bestrider ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Svenska Bostäder tecknade den 6 oktober 2008 ett ramavtal med Aremo Group. Avtalstiden var den 1 november 2008 – den 30 oktober 2010 med option för Svenska Bostäder att förlänga med ett år i taget t.o.m. den 30 oktober 2012. Avtalet kom först att förlängas i två år i enlighet med ramavtalet. Därefter kom avtalet att förlängas utöver vad som var angivet i ramavtalet. Detta skedde först genom en kortare muntlig förlängning och därefter genom de två förlängningsavtalen t.o.m. den 30 juni 2014 som bolaget har åberopat. Även därefter har bolaget haft fortsatt uppdrag avseende klottersanering med Svenska Bostäder enligt ett interimsavtal under perioden den 1 juli 2014 – den 29 februari 2016. Stockholms stad har vid anbudsutvärderingen kontrollerat Aremo Groups referensuppdrag med angiven kontaktperson som har bekräftat att uppgifterna är korrekta. Mot denna bakgrund får Aremo Group anses ha visat att bolaget kontinuerligt har haft uppdrag avseende klottersanering hos Svenska Bostäder mellan den 1 november 2008 och den 29 februari 2016. Under denna tid har bolaget

således först haft ett ramavtal som förlängts fem gånger och därefter ett interimsavtal. Att det rör sig om förlängningar och inte separata avtal framgår mycket klart av förlängningarna som tydligt hänvisar till ramavtalet och inte anger några ändringar i avtalsvillkoren. Aremo Group har åtminstone mellan den 6 oktober 2008 och den 30 juni 2014 haft ett kontinuerligt ramavtal med likadana villkor med Svenska Bostäder.

Utgångspunkten är att reglerna i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) gäller. Även muntliga avtal är enligt avtalslagen bindande och avtal kan både tillkomma och förlängas genom ett konkludent handlande. Förlängningen mellan den 1 november 2012 och den 28 februari 2013 rör samma parter, samma villkor och samma objekt som i det ursprungliga ramavtalet och utgör därför en förlängning. Reglerna i LOU om längsta tid för ramavtal, skriftlig form för kontrakt och regler om otillåtna direktupphandlingar är offentligrättsliga regler som ställs på upphandlande myndigheter när de ska köpa in varor och tjänster. Dessa regler kan inte läggas till grund för bedömning av ett civilrättsligt avtal som åberopas som referens. De påstådda överträdelserna enligt LOU avser dessutom en annan upphandlande enhet och är inte uppe till prövning i detta mål. Ingen domstol har prövat om Svenska Bostäder har gjort någon otillåten direktupphandling eller om ett överskridande av fyraårsgränsen varit tillåten. Det torde inte heller finnas utrymme för exempelvis en ogiltighetstalan av förlängningsavtalen, då förlängningarna ligger långt tillbaka i tiden. Det kan inte vara avgörande om en leverantör åberopar en privat eller offentlig beställare som referens i en upphandling. En anbudsgivare som åberopar ett avtal med en privat beställare skulle aldrig kunna bli diskvalificerad utifrån de grunder som åberopas i målet, då en privat beställare inte lyder under reglerna i LOU. Detta skulle utgöra ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Kravet på omsättningsbelopp är kopplat till ramavtalet som helhet och inte endast till de tre senaste åren. Den totala omsättningen för det aktuella ramavtalet med bortseende från interimsavtalet blir drygt tio miljoner kronor. Interimsavtalet uppgår till ca 3,5 miljoner kronor. Aremo Group får således härigenom anses ha visat att bolaget har haft ett referensuppdrag omfattande en total omsättning om minst fem miljoner kronor.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att den leverantör som ansökt om överprövning lidit, eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I förfrågningsunderlaget uppställs bl.a. följande krav på referensuppdrag (UF3.51, Krav 4 Referensuppdrag): Anbudsgivaren ska påvisa företagets tidigare erfarenhet av att arbeta med uppdrag av motsvarande storlek och art. Detta visas genom lämnande av två (2) referensuppdrag som uppfyller kraven i enlighet med förutsättningarna nedan:

Referensuppdrag nr ett (1) ska:

- ha utförts (utförs) åt extern beställare
- avse ett ramavtal/årsavtal för klottersanering omfattande total omsättning tilldelat anbudsgivaren om minst fem (5) miljoner SEK

- vara utfört (utförs dvs. även pågående ramavtal/årsavtal accepteras) under de senaste tre (3) åren räknat från sista anbudsdag
- ha utförts enligt avtalade villkor

Förvaltningsrättens bedömning

Det referensuppdrag som Aremo Group har angett i sitt anbud avser ett uppdrag avseende klottersanering som har förlängts ett antal gånger. Förlängningarna har löpt tidsmässigt direkt efter varandra och villkoren mellan avtalsparterna har varit oförändrade. Förvaltningsrätten bedömer därmed att det har varit fråga om samma avtalsförhållande. Det är inte visat annat än att Aremo Group genom återopat referensuppdrag uppfyller det krav på omsättning som Stockholms stad har ställt upp.

Color Off har gjort gällande att avtalen borde ha förklarats ogiltiga enligt regler i LOU. Förvaltningsrätten konstaterar dock att civilrättsliga regler måste läggas till grund för bedömningen huruvida ett avtal föreligger i fall som förevarande. Inget av de avtal som ligger till grund för den i målet aktuella referensen har heller ogiltigförklarats enligt LOU. Inte heller vad Color Off har anfört i övrigt föranleder förvaltningsrätten att göra någon annan bedömning angående det aktuella avtalsförhållandet.

Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att Color Off inte har visat att Stockholms stad genom att godkänna anbudet från Aremo Group har frångått förfrågningsunderlaget eller på annat sätt brutit mot LOU. Det saknas därmed grund för att på av Color Off anförda grunder ingripa med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Bolagets ansökan ska således avslås.

Hur man överklagar, se nästa sida.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Sara Uhrbom

Förvaltningsrättsfiskal

Peter Collert har föredragit målet.