



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2014 -02- 2 0
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 12946-13

SÖKANDE

Stoby Måleri AB, 556128-9744
 Okvägen 6, Gäddastorp
 281 51 Hässleholm

Ombud: advokaten Nicklas Hansson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
 Box 226
 201 22 Malmö

MOTPART

Hörby kommun
 242 80 Hörby

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014 -02- 2 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Hörby kommuns upphandling av tim-arvoden för 2014 avseende service- och mindre underhållsarbeten ska göras om.

Dok.Id 192701

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Hörby kommun genomför en upphandling av timarvoden för 2014 avseende service- och mindre underhållsarbeten för bygg-, inrednings-, målnings-, golv-, tak-, byggplåt-, glas-, lås-, ventilations-, el- och VVS-arbeten. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Stoby Måleri AB (Stoby) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Stoby bl.a. följande. I anbudsfrågan framgår såvitt kan förstås att kommunen avser att teckna avtal avseende service-, reparations- och eventuella ombyggnadsarbeten som inte kan definieras. Avsikten torde mot denna bakgrund vara att teckna ramavtal.

I anbudsfrågan anges i punkten AFB.52 *Värderingsgrunder vid anbudsprövning* följande:

”Samtliga anbudsgivare kan komma att antas och i första hand beställs arbeten i förhållande till timarvodets storlek och företagets möjlighet att utföra arbetet. Se också text under Allmänna förutsättningar”.

I anbudsfrågan anges i punkten AFA.12 *Allmänna villkor* följande:

”Beställare förbehåller sig rätten att avropa efter bedömd totalkostnad (inkluderande ev. körersättning och timarvode) och/eller bedömd kapacitet för varje enskilt arbete. Detta betyder att inte alltid huvudsaklig rangordning efter timarvodets storlek kommer kunna följas. Vid ev. heta arbeten erfordras också att entreprenören har tillstånd för detta samt att tillståndsansvarig person inom företaget är utsedd.

Vid större arbeten över ett basbelopp görs normalt separat upphandling.”

I annonsen som publicerats av kommunen framgår att upphandlingen har genomförts med förenklat förfarande. Som framgår av 15 kap. 2 § LOU ska 1 kap. och 5 kap. tillämpas på upphandlingen. Av 5 kap. 2 § LOU framgår att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 5 kap. 4, 6 eller 7 § LOU. I de fall det är fråga om ramavtal med fler än en leverantör framgår av 5 kap. 6 och 7 §§ LOU de två former för tilldelning av kontrakt som är tillåtna.

Huvudregeln vid tilldelning av kontrakt vid ramavtal med flera leverantörer är att den upphandlande myndigheten tillämpar en på förhand bestämd rangordning inom vilken avrop ska göras från den leverantör som lämnat bäst anbud i första hand. Kan den leverantören inte leverera ska avrop göras från nästa leverantör i rangordningen. I de fall samtliga villkor inte är angivna i ramavtalet ska en förnyad konkurrensutsättning genomföras.

Anbudsförfrågan innehåller inte tillräcklig ledning för hur tilldelning av kontrakt ska ske. Av underlaget kan utläsas att kommunens avsikt är att tilldela kontrakt efter en bedömning av bedömd totalkostnad och kapacitet men även att någon typ av rangordning ska tillämpas. Underlaget saknar ledning i fråga om hur rangordningen ska fastställas vilket är en överträdelse av transparensprincipen. Vidare kan utläsas att kommunen förbehåller sig rätten att frångå rangordningen i vissa icke specificerade situationer. Den modell för tilldelning som tillämpats ger kommunen fullständig frihet att godtyckligt tilldela anbudsgivare kontrakt och därigenom ge sig fri prövningsrätt. Kommunens valfrihet i fråga om vilken modell som ska användas vid tilldelning av kontrakt uppfyller inte kraven på likabehandling och transparens och strider mot 5 kap. 6 och 7 §§ LOU. Modellen är vidare oförutsebar eftersom det inte på förhand går att förutse vilken av de kon-

trakterade leverantörerna som ska ges enskilda kontrakt under ramavtalsstiden eller på vilket sätt denna tilldelning kommer att ske.

Kommunen har vidare angivit att separat upphandling normalt ska göras vid större arbeten över ett basbelopp. Genom denna formulering förbehåller sig kommunen rätt att tillämpa nu aktuellt ramavtal även avseende arbeten som överstiger ett basbelopp. Förbehållet medför stor oförutsebarhet i fråga om ramavtalets omfattning och medför en överträdelse av principen om transparens. Att en ny upphandling kan komma att genomföras innebär en otillåten kombination av avropsmodeller, jfr RÅ 2010 ref. 97. Detta då anbudsförfrågans formulering måste förstås som att en förnyad konkurrensutsättning kan komma att genomföras vid vissa arbeten.

Kommunen synes i den ”rangordning” som återfinns i tilldelningsbeslutet ha utgått ifrån en kalkyl över timersättning kontra körersättning. Grunderna för denna kalkyl är okända och anbudsförfrågan innehåller inte någon ledning i denna fråga. Utvärderingskriteriet är således i detta avseende okänt för anbudsgivarna. Det kan inte utläsas hur kommunen har kommit fram till angivet resultat. Anbudsförfrågan anger inte hur körersättning ska anges. Eftersom anbudsgivarna tolkat detta krav på olika sätt och angivit körersättning baserat på olika storheter kan en jämförelse omöjliggöras. Trots detta har kommunen utvärderat kostnader för körersättning. Förfarandet är i strid med principerna om transparens och likabehandling.

Bristerna har föranlett skada eller risk för skada för Stoby eftersom det saknats förutsättningar att förutse hur anbuderna ska utvärderas och i synnerhet hur tilldelning av kontrakt ska ske under ramavtalets löptid. Det har därmed varit omöjligt för Stoby att avge ett optimalt anbud.

Hörby kommun anför följande. I anbudsunderlaget anges att kommunen kommer att bedöma efter timarvode, körersättning m.m. varför man har

gjort en ungefärlig uppskattning i tilldelningsbeslutet om vad en dags arbete kostar. I kalkylen har tagits hänsyn till att de olika anbudsgivarna också har olika sätt att debitera körersättning vilket kommunen inte avsett att styra genom att ange någon särskild ersättningsmodell. Detta för att underlätta för företagen att använda sina modeller på det sätt som de önskar. Kommunen kommer förvisso att göra separat upphandling om ett enstaka målerijobb är över ett basbelopp men om det behöver göras än större målerijobb där det enstaka fallet handlar om basbelopp som överstiger gränser för direktupphandling kommer kommunen definitivt att göra särskild upphandling enligt LOU:s regler.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

I 15 kap. 2 § LOU anges att vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 5 kap. (ramavtal), utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §.

I 5 kap. 6 § LOU anges att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer får 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 förarbetena till LOU (se prop. 2006/07:128 s. 175 f.) uttalas bl.a. följande. 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 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 objektivt sätt. En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten ska tillhandahålla. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten ska kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll. Sammanfattningsvis bör det krävas att ett ramavtal med flera leverantörer och som innehåller samtliga villkor för tilldelning av kontrakt som bygger på ramavtalet genom en rangordning eller i övrigt genom utformningen av innehållet i ramavtalet tillhandahåller objektiva grunder för att fastställa i vilken ordning leverantörerna ska ha möjlighet att leverera. För att den upphandlande myndigheten ska kunna frångå den i ramavtalet fastställda ordningen mellan leverantörerna bör särskilda skäl föreligga med hänsyn till föremålet för upphandlingen t.ex. att det är fråga om upphandling av produkter vars priser ofta ändras eller

om en jävssituation föreligger. Det bör framgå av ramavtalet att särskilda skäl av sådant slag som nu nämnts kan komma att åberopas.

Förvaltningsrättens bedömning

En anbudsförfrågan ska vara så klart och tydligt utformad att en leverantör på grundval av denna kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Den upphandlande myndigheten ska hålla sig till den anbudsförfrågan som den tagit fram och får under upphandlingens gång inte ändra förutsättningarna för upphandlingen.

Ett ramavtal med flera leverantörer där alla villkor är fastställda ska enligt förarbetena till LOU innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen, dvs. i vilken ordning leverantörerna ska leverera, sker på ett objektivt sätt. För att kunna frånga den i ramavtalet fastställda rangordningen mellan leverantörerna bör särskilda skäl föreligga med hänsyn till upphandlingsföremålet samt att det bör framgå av ramavtalet att särskilda skäl kan komma att åberopas.

Av aktuell anbudsförfrågan framgår att anbudsgivaren i sitt anbud ska redovisa timarvode och rese/körersättning. Därtill anges att arbeten i första hand beställs i förhållande till timarvodets storlek. Det framgår emellertid inte av anbudsförfrågan att kommunen ska tillämpa en utvärderingsmodell i form av en kalkyl över timersättning kontra körersättning. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen strider mot principen om transparens.

Av anbudsförfrågan framgår att i första hand beställs arbeten i förhållande till timarvodets storlek och företagets möjlighet att utföra arbetet. Vidare framgår att kommunen förbehåller sig rätten att avropa efter bedömd totalkostnad (inklusive ev. körersättning och timarvode) och/eller bedömd ka-

pacitet för varje enskilt arbete. Detta betyder att inte alltid huvudsaklig rangordning efter timarvodets storlek kommer kunna följas. Enligt förvaltningsrätten framgår inte annat än att kommunen härigenom har fritt skön att välja avropsmodell vid tilldelning av kontrakt. Det framgår inte heller några särskilda skäl till att frånga rangordningen avseende timarvodets storlek. Förfarandet strider således mot principerna om likabehandling och transparens.

Vidare anser förvaltningsrätten att det råder otydlighet avseende innebörden av kommunens skrivning att vid större arbeten, över ett basbelopp, görs normalt separat upphandling.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Stoby har visat att kommunen brutit mot LOU och att skaderekvisitet är uppfyllt. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger alltså. Då bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget och det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

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


Anders Mattsson

Maria Persson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.