



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2016-09-22
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
5204-15

SÖKANDE

Sandå Örebro AB, 556585-9021

Ombud:

Advokat Maria Pedersen
Advokat Ingrid Sandstedt Norfeldt
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

Örebroporten Fastigheter AB, 556167-8276
Box 33520
701 35 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016 -09- 23 →	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Sandå Örebro AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 159394

Postadress Box 568 651 12 Karlstad	Besöksadress Rådhuset, Stora torget	Telefon 054-14 85 00 E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se	Telefax 054-14 85 30	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	--	---	--------------------------------	---

BAKGRUND

Örebroporten Fastigheter AB (Örebroporten) genomför en offentlig upphandling av ramavtal för entreprenadarbeten 2016-2017.

I administrativa föreskrifter AFB.13 Entreprenadform anges att ramavtalet avser totalentreprenad såväl som utförandeentreprenad. För totalentreprenader gäller AFD och för utförandeentreprenader gäller AFC i AF-AMA. Övriga kapitel är gemensamma för entreprenadformerna.

PARTERNAS TALAN

Sandå Örebro AB (Sandå) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför Sandå i huvudsak följande. Örebroporten har brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen genom att tillämpa ett förfrågningsunderlag som är så otydligt att det inte är möjligt för anbudsgivarna att på förhand förstå hur anbudsgivarna ska beräkna pris eller hur avrop kommer att göras. Förfrågningsunderlaget innehåller otydlig information, bl.a. avseende förutsättningar som anbudsgivarna ska ta hänsyn till vid utformningen av sina anbud. Otydligheterna har lett till att Sandå inte har beretts möjlighet att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud avseende priser.

Otydlighet avseende förutsättningar för prissättning

I de administrativa föreskrifterna avsnitt AFC.61 anges följande.

AFC.61 Ersättning

Arbeten som avropas mot ramavtal ska kostnadsregleras med självkostnadsprincipen i enlighet med AB 04/ABT 06 kap 6 § 9 och 10. med följande debiteringsgrunder:

- | | |
|---------------------------|---|
| 1. Materiel och varor | verifierad självkostnad med ev. procentpåslag |
| 2. Arbetsledning | skall ingå i punkt 3 och 8 |
| 3. Yrkesarbetare | täcknad enl. ramavtal |
| 4. Hjälpmedel | verifierad självkostnad |
| 5. Underentreprenader | verifierad självkostnad |
| 6. Försäkringar, avgifter | skall ingå i punkt 3 och 8 |

7. övrigt	skall ingå i punkt 3 och 8
8. Entreprenörsarvode enl. punkt 8, inkl. ersättning för punkt 2, 6 och 7	procentpåslag enligt ramavtal på kostnader enligt punkt 1 och 4
Entreprenörsarvode enligt punkt 8 på punkt 5	procentpåslag enligt ramavtal på kostnader enligt punkt 5
9. Entreprenörsarvode enl. punkt 9	utgår inget arvode

I AFC.61 hänvisar Örebroporten till självkostnadsprincipen enligt AB 04 och ABT 06. AB 04 och ABT 06 är standardavtal som används inom byggbranschen. Det finns avgörande skillnader mellan de båda standardavtalen. AB 04 används när det rör sig om utförandeentreprenad, dvs. beställaren har utfört projektering och lämnar med förfrågningsunderlaget exakta bygghandlingar. I en entreprenad som utförs enligt AB 04 behöver entreprenören enbart utföra arbeten som normalt kan utföras av en yrkesarbetare. ABT 06 används när beställaren inte har utfört utredning och projektering utan entreprenören ska utföra både utredningar och projektering och därmed ta fram bygghandlingarna. Projektering utförs normalt sett inte av en yrkesarbetare utan en tjänsteman eller konsult. I och med dessa två fundamentala skillnader skiljer sig offererade priser åt. En yrkesarbetare offereras vanligen med 200-400 kronor per timme medan en projektör vanligen offereras med 800-1200 kronor per timme. Det rör sig därför om stora skillnader i offererade priser om projektering ska ingå eller inte. Eftersom Örebroporten har begärt priser för samma position enligt både AB 04 och ABT 06 är det inte möjligt för anbudsgivarna att komma in med kalkylerade priser. Anbudsgivarna får nämligen inte någon ledning i hur många timmar som rör projektering respektive rent utförande.

Otillåten avropsmodell

Av de administrativa föreskrifterna avsnitt AFB.14 framgår vidare hur avrop kommer att ske. Av avsnittet framgår att Örebroporten kommer att tillämpa avropsmodellen rangordning avseende avrop upp till 750 000 kronor. För avrop mellan 750 000 kronor och 1 000 000 kronor kommer förnyad konkurrensutsättning att ske. Trots att Örebroporten har uppsatt beloppsgränser föreligger det en stor möjlighet för Örebroporten att efter fritt skön

från fall till fall konstruera hur stort ett avrop ska uppskattas vara, beroende på hur uppdelning av en entreprenad görs från fall till fall. Här finns det således ingenting som hindrar att Örebroporten en viss gång gör ett större avrop med en beräknat hög kostnad och nästa gång delar upp entreprenader och tilldelat enligt rangordning. På så vis får Örebroporten en möjlighet att som en efterhandkonstruktion välja vilka belopp som kommer att utgöra gränsen för val av avropsmodell. Denna omständighet medför att den angivna avropsmodellen är otydlig och innebär att Örebroporten har en stor möjlighet att manipulera modellen genom att själv bestämma om rangordning eller om förnyad konkurrensutsättning ska gälla. Genom ovanstående får Örebroporten följaktligen stor möjlighet till en fri prövningsrätt i att välja mellan att använda den fastställda rangordningen eller att tillämpa förnyad konkurrensutsättning. Detta innebär även i praktiken att Örebroporten får möjlighet att styra vilken entreprenör som ska tilldelas ett specifikt kontrakt. Att denna typ av modell strider mot LOU har upprepade gånger klargjorts i praxis (se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1247-13 samt Förvaltningsrätten i Uppsalas domar i mål nr 8153-10 och 3200-12). Enligt RÅ 2010 ref. 97 innebär en sådan kombinerad modell att förfrågningsunderlaget brister i transparens i och med att anbudsgivarna inte ges möjlighet att kalkylera hur uppdragen ska fördelas. Örebroporten har således utformat förfrågningsunderlaget i strid med LOU och upphandlingen uppfyller därmed inte kraven på likabehandling och transparens.

Sandå har lidit eller riskerat att lida skada

Förfrågningsunderlaget har varit otydligt på så sätt att det bl.a. inte tydliggjorts vilka förutsättningar som anbudsgivare ska ta hänsyn till vid utformningen av sina anbud och hur avrop kommer att tilldelas. Otydligheterna i förfrågningsunderlaget har lett till att Sandå inte har beretts möjlighet att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud bl.a. avseende priser.

Örebroporten bestrider bifall till Sandås ansökan och anför i huvudsak följande. I AMA betyder AFC Entreprenadbestämmelser vid utförandeent-

reprenad och AFD Entreprenadbestämmelser vid totalentreprenad. Texterna i Administrativa Föreskrifter, AFC.61, respektive AFD.61, beskriver sättet att göra avrop och ersättningsgrunder för avropen, Kostnad för projektering/utredning finns i alla projekt oavsett om det är AB eller ABT som gäller. Därför har Örebroporten valt att utvärdera yrkesarbetare, då priset för en yrkesarbetare inte skiljer sig åt om man använder AB eller ABT som avtalsgrund. LOU är mycket tydlig på att en uppdelning av en upphandling inte är tillåten (15 kap. 3§) varför Örebroporten anser att avropsmodellen är tydlig.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

I 15 kap. 3 a § LOU anges att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Förvaltningsrättens bedömning

I målet är fråga först om förfrågningsunderlaget är så otydligt vad gäller förutsättningarna för prissättning att Sandås yrkande om att upphandlingen

ska göras om ska bifallas av det skälet. Av förfrågningsunderlaget AFB.53 Prövning av anbud, framgår att anbuderna kommer att rangordnas efter det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid värderingen kommer timpris för yrkesarbetare att viktas till 50 procent, entreprenörsarvode 20 procent, kvalitets- och miljösystem 25 procent samt referenser 5 procent. Ramavtal kommer sedan att tilldelas flera anbudsgivare inom respektive fackområde.


Såsom Sandå anfört i sin ansökan anges i AFC.61 Ersättning, som avser entreprenadföreskrifter vid utförandeentreprenad, att arbeten som avropas mot ramavtal ska kostnadsregleras med självkostnadsprincipen i enlighet med AB 04/ABT 06 kap. 6 § 9 och 10 med vissa angivna debiteringsgrunder. Det framgår vidare av handlingarna i målet att enligt 6 kap. 9 § AB 04 innebär punkten ”7 Övrigt” de kostnader som inte anges i 6 kap. 10 § medan punkten ”7 Övrigt” enligt 6 kap. 9 § ABT 06 innebär kostnader för utredning och projektering samt kostnader i övrigt som inte anges i § 10 p 2 i detta kapitel. Punkten 7 i ABT 06 omfattar således utredning och projektering vilket punkten 7 i AB 04 inte gör.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det ifrågasättas om inte hänvisningen till ABT 06 i AFC.61 är en felskrivning då AFC-delen avser utförandeentreprenader som regleras i AB 04. Även med en korrekt hänvisning i AFC.61 hade emellertid förutsättningarna för prisutvärdering enligt AFB.53 varit oklara då fördelningen mellan utförande- och totalentreprenader inte på något sätt framgår av förfrågningsunderlaget. Det hade således ändå inte varit möjligt för anbudsgivarna att förutse den fördelningen och kunna avge ett anbud utifrån redovisade förutsättningar i förfrågningsunderlaget i stället för de rena gissningar som anbudsgivarna nu varit hänvisade till. Mot nämnda bakgrund finner förvaltningsrätten att Örebroporten brutit mot principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU genom missvisande hänvisning till ABT 06 och att använda en utvärderingsmodell som inte är ägnad att få in anbud baserade på relevant information om upphandlingsföremålet. Överträdelsen

har medfört att presumtiva leverantörer, däribland Sandå, har riskerat att lida skada genom att närmast slumpmässigt antingen avge för låga eller för höga priser med följd att uppdraget kunnat bli ekonomiskt olönsamt eller att inte komma ifråga på grund av att någon annan anbudsgivare utgått från annan fördelning. Leverantörerna har således inte haft möjlighet att avge konkurrenskraftiga anbud i den mening som avses i LOU. Då bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Sandås ansökan ska således bifallas i enlighet med detta.

Med hänvisning till bedömningen ovan saknas det skäl att närmare pröva Sandås andra invändning om otillåten avropsmodell. Förvaltningsrätten utgår emellertid från att Örebroporten följer 15 kap. 3 a § LOU i tillämplig utsträckning och ser ingen omedelbar risk för Sandå att lida skada till följd av avrop och förnyad konkurrensutsättning enligt den modellen. Något hinder mot att kombinera de två alternativen för tilldelning av kontrakt föreligger inte heller och enligt förvaltningsrättens mening är förutsättningarna för tilldelning tydligare i förevarande fall än i det av Sandå åberopade rättsfallet RÅ 2010 ref. 97. Det kan dock finnas skäl för Örebroporten att när upphandlingen ska göras om, överväga om avropsmodellen ytterligare kan förtydligas.

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



Hans-Erik Jonasson
f.d. lagman



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.