



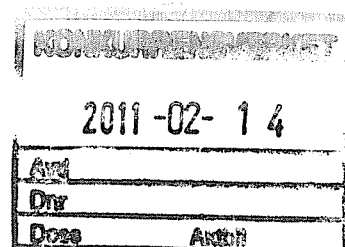
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

DOM
2011-02-10
Meddelad i Västerås

Mål nr
8153-10 E
Enhet 2

SÖKANDE
Sandå Sverige AB

jur.kand. Maria Pedersen
Ombud: Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm



MOTPART
Salabostäder AB
Box 63
733 21 Sala

ÖVERKLAGAT
Salabostäder AB:s upphandling avseende ramavtal för måleriarbeten

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

DOMSLUT

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

Dok.Id 24041

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1001 721 26 Västerås	Sigurdsgatan 22	018-16 73 00 E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se	021-13 20 25	måndag – fredag 08:30-12:00 13:00-16:30

BAKGRUND

Salabostäder AB (Salabostäder) har genomfört en upphandling av ramavtal för måleriarbeten av Salabostäders förvaltade fastigheter. Ett av de bolag som lämnat anbud är Sandå Sverige AB (bolaget). Enligt tilldelningsbeslut den 30 november 2010 har bolaget inte antagits som leverantör i upphandlingen för måleriarbeten i ytterområden och bolaget placerade sig först på tredje plats avseende måleriarbeten i tätort.

YRKANDE M. M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Salabostäder har gjort en kombinerad modell av de två avropsmetoder som stipuleras i 5 kap. LOU. I förfrågningsunderlaget under punkten AFB.15 anges bl.a. att entreprenörerna ska rangordnas och att avrop kommer att ske i enlighet med denna rangordning. Vidare anges under samma punkt att beställaren vid arbeten över normalt cirka 200 000 kr kan välja att antingen göra en förnyad konkurrensutsättning bland samtliga fyra antagna entreprenörer eller att göra en helt ny upphandling. Regeringsrätten har i mål nr 3344-09 och 3345-09 slagit fast att en kombination av avrop där samtliga villkor fastställts med en förnyad konkurrensutsättning inte är tillåtet enligt LOU. I nu aktuell upphandling har Salabostäder angett att vid större arbeten kommer förnyad konkurrensutsättning att genomföras. Salabostäders upphandling är därför, liksom upphandlingarna i de åberopade rättsfallen, inte förutsebar och strider mot transparensprincipen. Då upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens har upphandlingen inte skett i enlighet med LOU. Pga. ett felaktigt utformat förfrågningsunderlag har bolaget inte kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget har således lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada.

Salabostäder bestrider bolagets yrkande och anför bl.a. följande. För avrop upp till 200 000 kr är samtliga villkor fastställda och dessa avrop sker enligt rangordning. För avrop över 200 000 kr är inte samtliga villkor fastställda då detta rör sig om större objekt med ytterligare krav än de fastställda i förfrågningsunderlaget. För avrop över 200 000 kr sker därför en förnyad konkurrensutsättning enligt förfrågningsunderlaget. Inget fritt val finns för beställaren och Regeringsrättens dom är därmed inte relevant.

Bolaget har därefter i yttrande uppgett bl.a. följande. Salabostäder har uppgett att de under år 2009 avropat ungefär 9,5 miljoner på det tidigare ramavtalet som nu upphandlas på nytt. Vid en fördelning på tolv månader innebär detta avrop om cirka 800 000 kr per månad. Det kan ske ett avrop likaväl som 16 avrop per månad. Salabostäder har således förbehållit sig att fritt välja mellan avropsmodeller. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur avropen kommer att beräknas. Exempelvis kan Salabostäder välja att fördela avropen så att ett avrop avser bara en lägenhet eller en trappuppgång likaväl som att Salabostäder kan välja att ett avrop ska avser renovering av flera trappuppgångar eller fastigheter. Såsom förfrågningsunderlaget är utformat står det alltså Salabostäder fritt att välja mellan att dela upp en större entreprenad i delentreprenader och på så vis undgå förnyad konkurrensutsättning. Likväl står det dem fritt att efter eget tycke välja att slå samman flera små avrop för att få en ny konkurrensutsättning. Bolaget hänvisar till lagens förarbeten, prop. 2006/2007:128 s. 132, om transparens samt Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 4 mars 2010, mål nr 18577-10. Förvaltningsrätten i Stockholm fann i målet att den omständigheten att beställaren kunde välja avropsalternativ beroende på om avropet understeg 200 000 kr eller inte, i sig, innebar en betydande osäkerhet för leverantören och de ansåg inte att metoden med dubbla avropsmodeller utifrån ett kriterium med beloppsgräns kan anses vara förenlig med LOU. Vidare uppgav bolaget att Salabostäder har utfört värderingen av referenser i strid med LOU. I förfrågningsunderlaget anges

att referenser för arbetsledare kommer att kontaktas och att fem frågor kommer att ställas. Av utvärderingen framgår att Salabostäder ställt fyra av frågorna till referenserna. Vilka frågor som ställts framgår inte.

Salabostäder har i yttrande därefter anfört bl.a. följande. Enligt förfrågningsunderlaget gäller att ”vid förnyad konkurrensutsättning inom ramavtal kommer den entreprenör som accepterar de tidsvillkor och andra förutsättningar som gäller för objektet och som lämnat det lägsta priset att antas”. Det enda kriteriet som värderas vid förnyad konkurrensutsättning är alltså pris. Det finns dessutom en möjlighet att överpröva denna tilldelning. Beträffande osäkerhet gällande vad en entreprenör eventuellt kan få leverera framgår av förfrågningsunderlaget bl.a. att lägenhetsmålning är dominerande, hur många bostäder som finns och deras storlek samt att utvärdering av pris sker enligt priskorgar. Enligt priskorgarna stipulerar att, förutom enhetspriser som står för den allra största delen, utvärderas 325 timmar samt ackord 250 000 kr i respektive utvärdering. Av förfrågningsunderlaget går alltså att utläsa att lägenhetsmålning som beställs löpande är dominerande men att beställaren har rätt att begära in anbud på enskilda (enstaka) uppdrag. Priskorgarna ska spegla köpta tjänster och där utgör den absolut största delen enhetspriser, alltså löpande och endast en mindre del objekt som beställts på fast pris eller ackord. Endast en mindre del av arbetena är större objekt som kommer att avropas efter en förnyad konkurrensutsättning. Angående referenstagning är fem frågor ställda och de ställda frågorna framgår av Salabostäders bilaga (aktbilaga 13).

Bolaget har därefter i yttrande uppgett bl.a. följande. Förnyad konkurrensprövning är förknippad med ytterligare arbetsinsatser för entreprenören och därmed kostnader. Anbudsgivare ska kunna kalkylera kostnaderna för att delta i en upphandling av förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget står att den anbudsgivare som accepterar de tidsvillkor och andra förutsättningar som gäller för objektet och som lämnar det lägsta priset kommer

att antas. Vad som avses med andra förutsättningar anges inte i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlagets information om yta och pris ger inte tydlig information om vilken avropsmodell som kommer att tillämpas. Fråga uppstår vad som menas med enskilda uppdrag, i förhållande till vad. Tröskelvärdet för byggentreprenader uppgår år 2010 till 48 193 215 kr vilket innebär att Salabostäder för en ramavtalstid om två år med option om ytterligare två år sannolikt uppskattat värdet för avropen till cirka 12 000 000 kr per år. Med en så pass omfattande tilltänkt avropsvolym är det av yttersta vikt att förfrågningsunderlaget i alla delar är transparent, inte minst vid val av avropsmodell.

Salabostäder har därefter i yttrande uppgett bl.a. följande. Det är uppdragets storlek som bestämmer rangordning eller inte. Ett måleriuppdrag är inte ett godtyckligt avrop utan ett arbete med en klart fysisk definierad utbredning. De vanligaste avropen rör sig om att en lägenhet, eller en fasad på ett hus, ska målas om. Dvs. uppdragets omfattning bestäms av den faktiska ytan på uppdraget och beställaren har därmed inte gjort något fritt val av avropsmodell. Beställaren har tydligt beskrivit att den entreprenör som accepterar villkoren gällande aktuellt objekt och som lämnat det lägsta priset kommer att antas. Exempel på sådana villkor är tidsvillkor, utförandekrav och eventuell säkerhet enligt vad som anges i punkten AFD.63. Vid förnyad konkurrensutsättning kommer endast pris att beaktas. Förnyade konkurrensutsättningar kommer inte att överstiga 1 – 2 stycken per år. Övriga arbeten avropas enligt rangordningsprincipen. Beställaren menar att det av förfrågningsunderlaget varit transparent och tydligt att upphandlingen rör sig om löpande underhållsarbeten och att detta faller under begreppet tjänst och fastighetsförvaltning inom kategori 14. Salabostäder hänvisar även till Länsrätten i Stockholms läns dom den 15 september 2009, mål nr 17348-09. I målet fann länsrätten att de i målet dubbla avropsmodellerna, baserade på främst beloppsgräns, uppfyllde samtliga gemenskapsrättsliga principer.

Bolaget har slutligen anfört bl.a. följande. Det framgår inte hur uppdragets omfattning ska bestämmas. I förfrågningsunderlaget finns varken information avseende omfattningen eller utbredningen. Om Salabostäder hade uppgett att de vanligaste avropen rör sig om att en lägenhet eller en fasad på ett hus ska målas om redan i förfrågningsunderlaget hade detta ökat öppenheten och transparensen. Under punkten AFD.63 framgår att säkerhet kan komma att begäras vid specifika eller större uppdrag. Om annat inte avtalats ska för totalentreprenader enligt ABT 06 10 procent av kontraktssumman ställas som säkerhet. Då det inte ur förfrågningsunderlaget går att utläsa hur många avrop som kommer att drabbas av denna extra kostnad är det omöjligt att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare, enligt samma paragraf, principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 2 kap. 15 § 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 för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

Av 5 kap. 2 § LOU framgår att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal med flera leverantörer ska tilldelas enligt 5 kap. 4, 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 § LOU anges bl.a. följande. 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.

I 16 kap. 5 § LOU anges följande. 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 lagens förarbeten anges bl.a. följande. Med transparens avses främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen (prop. 2006/2007:128 s. 132).

Regeringsrätten har i dom den 19 oktober 2010, mål nr 3344-09 och 3345-09, anfört bl.a. följande. Upphandlingsbolaget anger såväl bästa anbud som förnyad konkurrensutsättning som metod för tilldelning av kontrakt. Annat framgår inte än att avropande myndigheter har fritt skön att välja mellan dessa två tilldelningsmodeller för kontrakt till ett värde som uppgår till mellan 5 och 20 prisbasbelopp. Kraven på likabehandling och transparens uppfylls därmed inte. Upphandlingen har därför inte skett på ett så öppet och förutsägbart sätt som förutsätts i LOU. Upphandlingen ska därmed göras om.

Handlingarna i upphandlingsärendet

Salabostäder har genomfört ett öppet upphandlingsförfarande avseende invändigt och utvändigt måleriarbeten på fastigheter, som ägs av Salabostäder. Upphandlingen sker i två delentreprenader: *Ytterområden*, varvid en entreprenör antas och *Tätort*, varvid tre entreprenörer fördelas på ett närmare angivet sätt, vilket innebär att den först rankade entreprenören får den största delen av det löpande arbetet. I tilldelningsbeslutet har ett annat bolag placerats på första plats vid båda delentreprenaderna medan bolaget vid delentreprenaden *Tätort* placerades på tredje plats.

I förfrågningsunderlaget under punkten AFB.15 anges bl.a. följande. För större arbeten, normalt över cirka 200 000 kr, gäller att beställaren kan välja att göra en förnyad konkurrensutsättning bland samtliga fyra antagna

entreprenörer eller göra en helt ny upphandling enligt LOU. Förnyad konkurrensutsättning gäller bland samtliga fyra antagna entreprenörer. Vid förnyad konkurrensutsättning inom ramavtal kommer den entreprenör som accepterar de tidvillkor och andra förutsättningar som gäller för objektet och som lämnat det lägsta priset att antas.

Under punkten AFA.21 i förfrågningsunderlaget anges information om upphandlingsobjektet såsom t.ex. totalt antal lägenheter och kvadratmeter. Under punkten AFD.61 framgår att beställaren har rätt att begära in anbud från kontrakterade entreprenörer på enskilda uppdrag. Beställaren avgör om anbudspris eller löpande räkning ska tillämpas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

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 obegränsad avtalsfrihet 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 ramavtal (jmf Regeringsrättens dom i mål nr 3344-09 och 3345-09).

Det är i målet således fråga om två olika urvalsmodeller för ramavtalet; avrop och förnyad konkurrensutsättning. Utöver dessa två urvalsmodeller kan den upphandlande myndigheten även välja att genomföra en helt ny upphandling. En helt ny upphandling eller förnyad

konkurrensutsättning ska göras för större arbeten, normalt över cirka 200 000 kr, och avrop ska, såsom förvaltningsrätten tolkar förfrågningsunderlaget, således göras på mindre arbeten under cirka 200 000 kr.

Salabostäder menar att det av förfrågningsunderlaget går att utläsa att lägenhetsmålning, som beställs löpande, är dominerande men att beställaren har rätt att begära in enskilda (enstaka) uppdrag. Bolaget har anfört att det utifrån förfrågningsunderlaget står Salabostäder fritt att välja om varje lägenhet ska avropas var för sig eller om ett större antal lägenheter ska avropas tillsammans.

Om en förnyad konkurrensutsättning väljs är det, enligt Salabostäder, enbart priset som avgör vilken entreprenör som ska antas. Av förfrågningsunderlagets ordalydelse framgår dock att det vid en förnyad konkurrensutsättning är den entreprenör som accepterar de *tidsvillkor* och *andra förutsättningar* som gäller för objektet och som lämnat det *lägsta priset* som ska antas.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget varken framgår vad som avses med begreppet ”större” arbeten eller vilket kostnadsintervall som avses med ”cirka” 200 000 kr. Inte heller framgår det några tydliga villkor för om och när ett uppdrag ska upphandlas ensamt eller tillsammans med flera uppdrag eller vilka övriga villkor som påverkar när ett uppdrag blir ett ”större” arbete. Slutligen framgår inte tydligt vilka kriterier som skulle komma att tas i beaktande vid en förnyad konkurrensutsättning. Avsaknaden av tydliga villkor för vilken urvalsmodell som ska användas vid varje typ av tilldelningssituation lämnar därför utrymme för Salabostäders fria skön att fritt välja urvalsmodell och leverantörer skulle sakna möjligheter att utifrån förfrågningsunderlaget ta reda på vilka omständigheter som kommer att

tillmäta betydelse vid valet av urvalsmodell. Förfrågningsunderlaget uppfyller således inte kraven på likabehandling och transparens. Upphandlingen har därför inte skett på ett så öppet och förutsägbart sätt som förutsätts i LOU. Eftersom upphandlingen skett i strid med LOU och bristerna har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande fas ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1a)



Bernt Åkerblom
rådman

Målet har föredragits av Ida Annerstedt.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.