



KLAGANDE

Color Off i Stockholm AB, 556360-6523

Ombud:

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

MOTPARTER

1. Stockholms stad
Fastighetskontoret
Box 8312
104 20 Stockholm

2. Aremo Group AB, 556623-1212

Ombud:

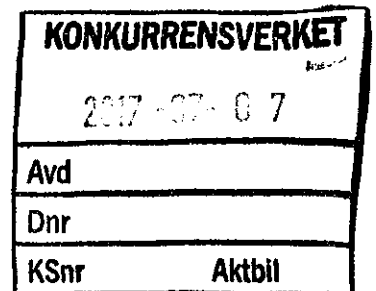
Sara Dahlén
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 23 november 2016
i mål nr 12610-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling



KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar, med ändring av förvaltningsrättens dom, att Stockholms stads upphandling av ramavtal avseende klottersanering, klotterskydd och där tillhörande tjänster (dnr 2.4-123/2016) får avslutas först efter rättelse på så sätt att utvärderingen sker utan beaktande av Aremo Group AB:s anbud.

YRKANDEN M.M.

Color Off i Stockholm AB (Color Off) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska besluta att den aktuella upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering av anbuderna genomförs, varvid Aremo Group AB:s (Aremo) anbud inte ska beaktas. Till stöd för sin talan anför Color Off bl.a. följande.

Det i målet aktuella ska-kravet är tydligt och kan inte missförstås. Endast ett ramavtal skulle åberopas per referens och detta avtal måste uppfylla omsättningskravet. Aremo har haft tre avslutade avtal med AB Svenska Bostäder (Svenska Bostäder) under de aktuella åren. Dessa avtal kan inte ens civilrättsligt anses vara ett och samma avtal. Därtill kan konstateras att ramavtalet från 2008 enligt dess lydelse inte fick förlängas efter den 30 oktober 2012, varför det omöjliga kan ha varit fråga om samma avtalsförhållande.

Aremos anbud borde ha förkastats eftersom det inte uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Color Off kom på andra plats i utvärderingen men skulle rätteligen ha tilldelats kontraktet. Eftersom så inte har skett har upphandlingen genomförts i strid med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Color Off har mot bakgrund av detta lidit skada.

Stockholms stad bestrider bifall till överklagandet, hänvisar till vad som tidigare har anförts i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande. Både Aremo och Svenska Bostäder är överens om att det har funnits ett avtal. Stockholms stad delar förvaltningsrättens bedömning att avtalet mellan Aremo och Svenska Bostäder ska betraktas som ett och samma avtal.

Aremo bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Aremo uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Aremo har åberopat ett

ramavtal som referensuppdrag. Ett ramavtal kan dock bestå av flera avtal i form av förlängningar och avropsavtal. Det har därmed inte rört sig om separata avtal utan förlängningsavtal av ramavtalet, vilket tydligt har framgått i förlängningsavtalen. I dessa har hänvisningar till ramavtalet gjorts och avtalsvillkoren är oförändrade. Därtill löper förlängningarna tidsmässigt efter varandra.

Ramavtalet som Aremo har angett som referensuppdrag har avsett att besvara kravet i förfrågningsunderlaget avseende anbudsgivarnas kapacitet att utföra uppdraget. Det kan vidare ifrågasättas om kravet i förfrågningsunderlaget att ett ramavtal ska åberopas ska tolkas på så sätt att det är ett enda enskilt ramavtal som avses. En tolkning som ligger nära till hands är att det i stället är ett avtalsförhållande som avses.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av krav 4 i det aktuella förfrågningsunderlaget (krav 4) följer att anbudsgivaren ska påvisa företagets tidigare erfarenhet av att arbeta med uppdrag av motsvarande storlek och art. Detta ska visas genom lämnande av två referensuppdrag, varav det första bl.a. ska:

- avse ett ramavtal/årsavtal för klottersanering omfattande total omsättning om minst fem (5) miljoner kronor, och
- vara utfört (även pågående ramavtal/årsavtal accepteras) under de senaste tre (3) åren räknat från sista anbudsdag.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det inte har kommit fram några skäl att tolka ovanstående krav på något annat sätt än att det avser ett (1) ramavtal/årsavtal. Vad Stockholms stad har anfört i kammarrätten ger vidare stöd åt att det är just på det sättet som kravet har varit avsett att tolkas.

Kammarrätten noterar vidare att det ramavtal/årsavtal som ska åberopas som referensuppdrag ska ha varit gällande någon gång under de senaste tre åren räknat från sista anbudsdag, dvs. från den 17 april 2013 till den 17 april 2016.

Av utredningen framgår att Svenska Bostäder och Aremo slöt ett ramavtal med en kontraktstid som löpte från den 1 november 2008 till den 30 oktober 2010 (ramavtalet). Ramavtalet innefattade en ensidig option för beställaren (Svenska Bostäder) att med oförändrade villkor förlänga ramavtalet med ett år i taget, dock inte längre än till den 30 oktober 2012. Ramavtalet förlängdes i två omgångar till den 31 oktober 2012.

Därefter fortsatte Svenska Bostäder och Aremo att tillämpa ramavtalet med samma villkor från den 1 november 2012 till den 28 februari 2013 (avtal 1). Under denna period slöts inget skriftligt avtal. Efter detta förlängdes ramavtalet i ytterligare två omgångar, från den 1 mars 2013 till den 18 december 2013 (avtal 2) respektive från den 19 december 2013 till den 30 juni 2014 (avtal 3).

Kammarrätten konstaterar att även om avtalsinnehållet i avtal 1–3 är i huvudsak detsamma som i ramavtalet avser dessa förlängningar avtalstider som inte omfattades av ramavtalet. I en sådan situation är det enligt kammarrätten tydligt att det krävs ett aktivt handlande från båda parter för att förlängningar ska komma till stånd. Avtal 1–3 får därmed var för sig anses utgöra nya avtal.

Detta medför att ramavtalet, tillsammans med de förlängningar som gjordes i enlighet med vad som stadgades i ramavtalet, inte kan tillgodoräknas vid bedömningen av om Aremo uppfyllt krav 4, eftersom det inte var gällande under den period som anges i förfrågningsunderlaget. Detsamma gäller avtal 1. När det sedan gäller avtal 2 och 3 har det varken kommit fram eller


gjorts gällande att dessa avtal var för sig har uppnått kravet på en total omsättning om minst fem miljoner kr.


Från den 1 juli 2014 till den 29 februari 2016 gällde slutligen ett interimramavtal mellan Svenska Bostäder och Aremo. Av utredningen framgår att den totala omsättningen avseende detta avtal har uppgått till ca 3,5 miljoner kr. Således uppfyller inte heller detta avtal kravet på en total omsättning om minst fem miljoner kr.


Kammarrätten finner sammantaget att Aremos anbud inte uppfyller krav 4 i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till likabehandlingsprincipen får ett anbud i princip inte antas om det inte uppfyller de obligatoriska krav som ställts upp i ett förfrågningsunderlag. Det har inte kommit fram några skäl att göra någon annan bedömning än att Stockholms stad genom att beakta Aremos anbud vid utvärderingen har handlat i strid med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Color Off, som kommit på andra plats i utvärderingen, har därigenom lidit skada. Det finns därför grund för ett ingripande med stöd av LOU.

En utgångspunkt vid bedömningen av om en upphandling ska rättas eller göras om är att en mer ingripande åtgärd än vad som är nödvändigt inte bör tillgripas. Med hänsyn till att den felaktighet som konstaterats gäller ett obligatoriskt krav ska upphandlingen inte göras om utan rättas på så sätt att Aremos anbud inte ska utvärderas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Patricia Schömer
kammarrättsråd
ordförande


Pernilla Flank
kammarrättsråd


Omar Bembli
tf. kammarrättsassessor
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 32

DOM
2016-11-23
Meddelad i Stockholm

Mål nr
12610-16

SÖKANDE

Color Off i Stockholm AB, 556360-6523

Ombud: Advokat Björn Yrliid 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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

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 anbuderna 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. Arbete 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.

SKÄLEN 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 åberopat 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.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.