



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2014-06-11
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
6780-13
Enhet 2

SÖKANDE

Roslagens Energi & Driftteknik AB, 556359-2327

Ombud:

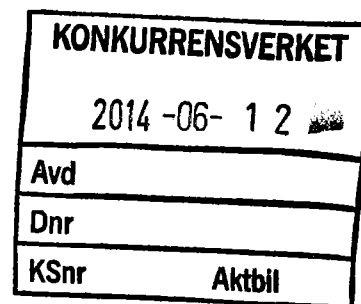
Fastighetsjurist Tony Albinsson
Sektor Juridik
S:t Göransgatan 78
112 38 Stockholm

MOTPART

Sigtuna kommun
195 85 Märsta

SAKEN

Offentlig upphandling



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 120984

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

Telefax
018-16 73 43
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Sigtuna kommun (kommunen) har gjort en upphandling benämnd "Fastighetsteknisk drift – Sigstuna kommun: Ramavtal, Drift och underhåll av fastigheter", dnr UH-2013-107. Kommunen har fattat ett tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Svealands Fastighetsteknik AB.

YRKANDEN M.M.

Roslagens Energi & Driftteknik AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens och är inte kalkylerbart. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vilka funktioner som upphandlingen omfattar och det går därmed inte att bilda sig någon uppfattning om omfattningen av det åtagande som anbudsgivare ska lämna anbud på. Enligt förfrågningsunderlaget ska felavhjälpande underhåll understigande 10 000 kr per åtgärd räknas in i det fasta arvodet. Vid åtgärder till högre kostnader ska anbudsgivaren stå för 10 000 kr. Det föreligger ansvar för alla fel oavsett hur de uppkommit. Det finns inte någon statistik över tidigare års kostnader för detta att tillgå. Kommunen har dessutom förbehållit sig rätten att i efterhand vid statuskontroll avgöra vilka skador/fel som ska ingå i entreprenörens fasta åtagande och har därmed tillskansat sig möjligheter att själv avgöra omfattningen av entreprenörens åtagande. Detta meddelas entreprenören i efterhand och först efter det att avtal tecknats. Kommunen har inte ens angett vilken metod som kommer att användas och förbehåller sig rätten att i efterhand avgöra om ett visst fel ska anses ingå i felavhjälpande underhåll eller planerat underhåll. Det är statuskontrollen som bestämmer ett objekts status och som avgör om ett visst arbete ska anses vara planerat underhåll eller felavhjälpande underhåll. I förfrågningsunderlaget (SF 2. 31) anges att det är kommunen som ensidigt bestämmer vilket arbete som ska utföras som felavhjälpande un-

derhåll med självrisk. Kommunen har på detta sätt satt normala regler om statuskontroll i ABFF ur spel. ABFF förutsätter att statuskontrollen är en gemensam funktion för beställaren och entreprenören.

Av förfrågningsunderlaget framgår även att skadegörelse från tredje man ska ersättas enligt samma princip som ovan. Dessutom ska anbudsgivaren bära risken att tredje man inte betalar. Det är inte möjligt för en anbudsgivare att bedöma eller förutse omfattningen av skadegörelse och vad tredje man kommer att betala. Kommunen har även, i anledning av att fråga ställts under upphandlingen, valt att hemlighålla totala kostnader för skadegörelse.

Kommunen har i sitt underlag redovisat statistik över antal ärenden 2011 och 2012 men ingen statistik om den tidigare kostnaden. I åtagandet ingår att anbudsgivaren inom sitt fasta arvode ska svara för upp till 4 167 fel per år, vilket ger en möjlig total kostnad med 41 670 000 kr per år.

Genom att förfrågningsunderlaget brister i transparens har bolaget lidit skada.

Förfrågningsunderlaget missgynnar även bolaget och är inte konkurrensneutralt, med hänsyn till att bolaget såsom nuvarande entreprenör har en större kunskap om underhållskostnaderna än sina konkurrenter och därigenom lidit skada. Bolaget har tvingats att kalkylera med kostnader för underhållsåtgärderna som är betydligt högre än vad konkurrenterna kalkylerat för. Kommunen har haft möjlighet att publicera relevant information men har valt att hemlighålla denna för övriga anbudsgivare. Bolagets tidigare erfarenhet av kostnaderna leder till att bolaget inte har möjlighet att hänvisa till bestämmelsen i ABFF 1 kap. 9 §. I kommentaren till denna anges att då det saknas uppgift om något för anbuds-kalkylen relevant förhållande ska anbudsgivaren utgå från ett antagande grundat på fackman-

namässig erfarenhet. Förfrågningsunderlaget strider i dessa delar mot principen om likabehandling. Omfattningen av tillsynen och skötseln styrs inte av förfrågningsunderlaget. Bolaget har, till skillnad från övriga anbudsgivare, full kännedom om vilken standard och vilken nivå som kommunen och dess brukare/hyresgäster förväntar sig och har att i enlighet med ABFF 1 kap. 2 § uppfylla detta. Kommunen har haft möjlighet att publicera information men valt att hemlighålla denna. Kommunen har inte angett att ABFF 1 kap. 2 § inte gäller för entreprenaden. Bolaget har full kännedom om ingående status och kan inte hävda statusanmärkningar p.g.a. ABFF 1 kap. 2 och 9 §§ varför risken blir mycket större för bolaget i förhållande till andra anbudsgivare. Samma gäller för åtgärder i anledning av skadegörelse.

Det förekommer vidare otillåtna kvalificeringskrav i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivares tekniska kapacitet får endast styrkas på sätt som anges i 11 kap. 11 § LOU. Kommunen har dock i upphandlingen angett att man avser att bedöma den tekniska kompetensen bl.a. med hjälp av referenser, som kommer att kontaktas för att svara på ett antal frågor, varvid betyg sätts. Frågorna går utöver vad som får krävas enligt 11 kap. 11 och 13 §§ LOU för att styrka anbudsgivares kompetens. Frågorna innehåller bl.a. subjektiva bedömningar. Det är även otillåtet att, som kommunen avser göra, förkasta ett anbud därför att referensen inte finns tillgänglig.

Vad gäller fråga om avtalets längd och förlängning innehåller avtalet även ett ramavtal, som berörs av giltighetstiden. Sammantaget kommer det att föreligga en giltighetstid om 7 år. Det föreligger inga särskilda skäl för detta. Den långa giltighetstiden är otillåten och resulterar i, som Högsta förvaltningsdomstolen fastslog i mål nr 572-14, att även anbudsgivare riskerar att lida skada. Ramavtalet innehåller inte någon frivillighet utan kommunen har oinskränkt rätt att avropa från avtalet, varvid anbudsgivaren har en absolut leveransskyldighet. Entreprenören tvingas därför hålla en

beredskap för en helt okänd mängd arbete för att kunna fullgöra de mycket långtgående avtalsenliga skyldigheter för en entreprenör som avtalet innehåller. I sig är även detta ett krav som till sin omfattning är helt oförutsägbart för en anbudsgivare.

Bolaget har inkommit med yttranden från f.d. adj. professorn John Sandblad, som bl.a. anför följande.

I föreliggande upphandling har beställaren i huvudsak, mer än till 95 %, inriktat förfrågan mot ett fast lägsta pris för alla delar av entreprenaden. Detta följer inte känd kunskap och erfarenheter från fastighetsförvaltning. Den tillämpade modellen är inte kalkylerbar eller förutsägbar för någon anbudsgivare och den tidigare entreprenören har på denna grund blivit skadelidande. De allmänna mål som enligt förfrågningsunderlaget ska följas är så allmänt beskrivna att de knappast i praktiken innebär en avtalsförpliktelse för en ny entreprenör, medan nuvarande entreprenör inte kan bortse från hur driften och den tekniska förvaltningen sköts idag och måste följa detta i sin anbudskalkylering. Vad gäller felavhjälpande underhåll avgör beställaren enligt förfrågningsunderlaget "hur åtgärdsstatistiken definieras och beräknas", vilket således inte är klarlagt i förfrågningsunderlaget. Andra exempel på att det inte går att använda förfrågningsunderlaget som kalkylförutsättning är kommunens metodik för statusbesiktning och kommunens krav på att vissa utförare ska användas. En ny entreprenör kan, till skillnad från den nuvarande, relativt lätt minska sina kostnader och kan hänvisa till att förfrågningsunderlaget varit oklart samt till praxis i andra uppdrag. När det gäller bestämmelsen om skadegörelse är det oklart om entreprenören verkligen kan företräda kommunen och ställa kravet mot den som orsakat skadan. Tidigare entreprenör måste, till skillnad från en ny, räkna med att få betala utan att kunna erhålla ersättning från kommunen. När det gäller gränsdragningen mellan skötsel och felavhjälpande underhåll är denna rent teoretiskt definierad, medan gränsen i praktiken är fly-

tande. En ny entreprenör kan, till skillnad från nuvarande, genom låg nivå på skötsel korrigera många småfel och så nå upp till maxgränsen 4 167 fel. Genom självriskan på 10 000 kr ökar kalkylosäkerheten och risken markant. Av förfrågningsunderlaget framgår att det är beställaren som ensidigt bestämmer metod för statuskontroll och om en nedsatt status ska åtgärdas. En nedsatt status innebär ökade kostnader för felavhjälpande underhåll. Eftersom statusen på olika sätt styrs av beställaren är underhåll som beror på byggnadens status inte kalkylerbart. Enligt de administrativa bestämmelserna i förfrågningsunderlaget ska entreprenören avropa felavhjälpande underhåll från utförare med vilken kommunen har eller kan komma att teckna ramavtal. Sådana kostnader, med en självrisk på 10 000 kr, är inte kalkylerbara. Oklarheter i förfrågningsunderlaget föreligger vidare på områden som tillsyn och skötsel, rena tjänstedelar och avtal om energioptimering.

Det är klarlagt att upphandlingen inte uppfyller det krav på kalkylerbarhet och förutsägbarhet som krävs vid en upphandling av en komplex tjänsteentreprenad till ett i huvudsak fast pris. Den nuvarande entreprenören är till följd av oklarheterna i förfrågningsunderlaget missgynnad. Det går inte att på ett entydigt sätt räkna på förfrågningsunderlaget. Entreprenören lider därmed skada. Bristerna i förfrågningsunderlaget kan inte rättas på annat sätt än att kommunen gör om upphandlingen.

Det är ett rimligt krav på en upphandling av teknisk fastighetsdrift att den ska kunna förstås av driftsentreprenörer som inte har tillgång till Aff-specialister eller jurister. Även mindre lokala entreprenörer måste kunna lämna anbud om förfrågan inte ska vara konkurrensbegränsande. Förfrågan ska också kunna förstås av utländska entreprenörer som inte känner till och har vana vid Aff.

Kommunen bestrider bifall till ansökan. Till stöd för sin talan anför kommunen i huvudsak följande.

Något planerat underhåll ingår inte i entreprenaden. Däremot ingår felavhjälpande underhåll som uppstår p.g.a. att planerat underhåll inte är utfört eller senarelagt. Det vanliga upplägget för en funktionsbaserad entreprenad är enligt praxis i branschen att hela det felavhjälpande underhållet ingår i omfattningen. Det förekommer att ersättningsformen är uppdelad i fast eller rörlig ersättning.

Vad gäller statistik över tidigare års kostnader anser kommunen att tidigare utfall av kostnader för utförande av entreprenader generellt sett bör undvikas som kalkylförutsättningar, eftersom kostnadsutfallet är en direkt spegling av tidigare entreprenörs arbetsmetodik, effektivitet, kostnadsnivå, faktureringsrutiner m.m. Det är viktigt att kalkylförutsättningarna är så objektiva och neutrala som möjligt och bygger på tidigare utförarens egna förutsättningar. Kommunen har därför valt att använda felstatistik som förutsättning för den del av kalkylen som avser det felavhjälpande underhållet. Felstatistik påverkas inte av sådant som är utförarspecifikt.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag framgår kraven på vilka tjänster som ska levereras, vilket är en förutsättning för att bedöma arbetsmomenten. I förfrågningsunderlaget finns relevanta mängduppgifter med för att det ska kunna göras en rimlig bedömning av omfattningen av tillsyn och skötsel.

För att beräkna arbetsinsatsen för varje arbetsmoment krävs ett relevant mängdunderlag. För tillsyn och skötsel i ett förfrågningsunderlag av denna karaktär handlar det främst om att specificera vad det finns för typ av förvaltningsobjekt, hur många de är samt i vilka fastigheter de finns placerade. I aktuellt förfrågningsunderlag kan konstateras att de relevanta

mängduppgifterna, utifrån entreprenadens karaktär, finns med för att kunna göra en rimlig bedömning av omfattningen av tillsyn och skötsel.

Att bedöma omfattningen av felavhjälpande underhåll är svårare eftersom det påverkas av flera olika faktorer och dessutom kan förändras över tid. Detta förhållande minskar dock på en aggregerad nivå, t.ex. för ett helt fastighetsbestånd, vilket är fallet i denna entreprenad, eftersom förändringar i enskilda fastigheter har en tendens att ta ut varandra.

Kommunen har, för att eftersträva kalkylerbarhet, sammanställt historisk statistik över vad som tidigare har gjorts i anläggningarna avseende felavhjälpande underhåll. Andra uppgifter, såsom anläggningars skick, entreprenörens insatser, brukares beteende, om planerat underhåll är utfört eller senarelagt är inte optimal information.

För att minska risken för att felavhjälpande underhåll ökar i omfattning med tanke på att statistiken avser historiska uppgifter får entreprenören enligt förfrågningsunderlaget rätt till rörlig ersättning för hela kostnaden för felavhjälpande underhåll som överstiger statistiken med 10 %.

Det är inte korrekt att kommunen skulle ha förbehållit sig rätten att i efterhand vid statuskontroll avgöra vilka skador som ska ingå i entreprenörens fasta åtagande. Vid avvikelser finns två möjligheter för entreprenören, dels tilläggsarbete med rätt till ersättning för att lyfta anläggningen till funktionskravens nivå, dels att sänka funktionskravet till anläggningens faktiska nivå. Tilläggsarbete ligger inte inom ramen för fast ersättning. Däremot kan entreprenadens omfattning påverkas av statuskontrollen.

Det är inte heller korrekt att kommunen förbehållit sig rätten att i efterhand avgöra om ett visst fel ska anses ingå i felavhjälpande underhåll eller om det t.ex. ska vara planerat underhåll. Statuskontrollens syfte är inte att defi-

niera om ett åtagande under pågående entreprenad utgör en felavhjälpande åtgärd eller ett planerat underhåll. Statuskontrollens syfte är att dokumentera vilket skick anläggningarna har vid entreprenadens början d.v.s. säkerställa att de uppfyller de funktionskrav som ställs i entreprenaden.

Skadegörelse ingår i felavhjälpande underhåll, vilket innebär att omfattningen av skadegörelse ingår i redovisad statistik och således kan bedömas.

Vad gäller bolagets påstående om att det skulle kunna föreligga en total möjlig kostnad om 41 670 000 kr är detta helt teoretiskt och saknar relevans. Underlaget har varit kalkylerbart och prisskillnaden mellan det lägsta och det högsta anbudet är, med bortseende från det sökande bolagets anbud, endast 35 %. Anbudet från den sökande ligger i genomsnitt 100 % över samtliga övriga anbud.

Kommunen har i sin förfrågan ingalunda valt att hemlighålla information utan istället valt att forma ett underlag som är neutralt för alla anbudsgivare att räkna på. Aff, ABFF 12 och entreprenadrätten är konstruerad på sådant sätt att de bygger på konkurrensens princip, dvs. anbudsgivarna ska kunna räkna på lika villkor och anbuderna ska vara jämförbara vid en utvärdering. Anbudsgivarna ska endast räkna på det som står i förfrågningsunderlaget och bolaget har därvid inte någon nackdel av att ha mer kännedom om föremålet för upphandlingen. Enligt ABFF 12 kap. 1 § är det vad som faktiskt står i handlingarna som är entreprenadens omfattning och inte annan kunskap utanför handlingarna. Såvitt gäller krav och utfästelse som saknas ska dessa enligt ABFF 12 kap. 1 § 2 tolkas utifrån förfrågningsunderlaget. Genom att anbudsgivarna endast ska räkna på det som framgår av förfrågningsunderlaget skyddas innevarande entreprenör och dennes informationsövertag "neutraliseras".

Kommunen gjorde en kalkyl av förfrågningsunderlaget innan det skickades ut för anbudsberäkning. Kalkylen byggde på de förutsättningar som gäller för förfrågningsunderlaget och hamnade på 6 711 648 kr, vilket är på samma nivå som genomsnittspriset för de tre övriga anbudsgivarna. Detta visar att samtliga anbudsgivare med undantag av bolaget har gjort samma tolkning av förfrågningsunderlaget som kommunen.

Kvalificeringskraven har varit tydliga och samtliga anbudsgivare har kvalificerat sig.

Referensupptagningen tillhör kvalificeringsfasen i en offentlig upphandling. Frågorna rörde här anbudsgivarens yrkeskunskande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Poängsättningen framgick av förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna har haft alla möjligheter att i förväg kontrollera sina referenser och den poängsättning som referenspersonerna skulle komma att avge vid den faktiska referenstagningen. Situationen då en referent inte kan nås och anbudet därför ska förkastas var förutsägbar och hade relevans för upphandlingens föremål. Eftersom inget anbud förkastats på denna grund har anbudsgivarna inte kunnat lida någon skada i den delen.

Upphandlingen avser inte något ramavtal. Att så felaktigt angetts av kommunen i ett kompletterande yttrande beror på en brist i nomenklaturen i det upphandlingsverktyg som kommunen använt sig av. Det finns inte på förhand fastställda villkor för senare tilldelning eller avrop. Det finns däremot en möjlighet för den vinnande entreprenören att teckna avtal med hyresgäster eller brukare. Det finns också möjlighet att teckna sidoentreprenörsavtal på kortare tid än entreprenadtiden. Oavsett detta finns särskilda skäl att ha en längre avtalstid än som stipuleras för ramavtal i LOU. En kort avtalstid om maximalt fyra år skulle kunna orsaka svårigheter för en entreprenör att bemanna uppdraget och det skulle också leda till bristande kontinuitet. Den

ekonomiska uppoffringen blir också oproportionerligt stor vid en kort avtalstid.

Kommunen har inkommit med yttranden från konsulten Per Ollas, som anför i huvudsak följande.

I offentliga upphandlingar avseende driftentreprenad står nästan alltid priset för en mycket stor del, 60 – 80 % av de totala kriterierna. Oftast tilldelas den som har lägst pris entreprenaden. Offentliga fastighetsägare typ kommun och landsting utbetalar normalt fast ersättning för tillsyn och skötsel och delvis fast ersättning för felavhjälpande underhåll. För ”rena tjänstedelar” utgår rörlig ersättning enligt förfrågningsunderlaget. För administrativa arbetsuppgifter är det ytterst ovanligt att de standardiserade arbetsuppgifterna ersätts rörligt. Förfrågningsunderlaget innehåller en rad verktyg som reglerar den osäkerhet som finns i upphandlingen, som är av komplex natur. Bolaget är såsom tidigare entreprenör inte missgynnad av upphandlingen, eftersom entreprenadens innehåll framgår med tydlighet i förfrågningsunderlagets bestämmelser och dessa gäller lika för alla anbudsgivare inklusive nuvarande entreprenör. När det gäller felavhjälpande underhåll har bolaget samma möjlighet som en nykomling att hänvisa till otydligt förfrågningsunderlag. Vad gäller skadegörelse ingår detta i redovisad statistik, vilket gör det kalkylerbart. Felavhjälpande underhåll registreras i felanmälningssystem vilket försvårar fifflande med statistik. Förfrågningsunderlagets modell är utformad så att den entreprenör som arbetar i förebyggande syfte belönas. Det naturliga är att det är beställaren som bestämmer metoden för statuskontroll, eftersom denna annars skulle växla mellan olika entreprenörer. I detta ligger ingen risk för entreprenören eftersom kravet sänks för denne om anläggningen inte lever upp till kravet. I förfrågningsunderlaget finns statuskontroller tillsammans med statistik, vilket gör det kalkylerbart. När det gäller avrop från ramavtal har detta inte någonting med entreprenörens självrisk att göra. Sidoentreprenörer avser

inte denna entreprenad. Påståendet att tekniken inte skulle vara nerbruten i detalj motsvarande funktionskravet är felaktigt. Vad gäller rena tjänstedelar är administrativa arbetsuppgifter detaljerat beskrivna. Av förfrågningsunderlaget framgår att det endast ska tas fram rutiner för energioptimering.

Vad gäller avtalstiderna har Aff-entreprenader p.g.a. dess karaktär med bl.a. stora initiala investeringar generellt långa avtalstider. Vanligen föreligger en längre inledande avtalsperiod om 3 – 5 år, varefter det nästan alltid föreligger möjlighet till en eller flera förlängningsperioder.

Bolagets resonemang bygger på att bolaget förväntas räkna på förutsättningar som inte finns med i förfrågningsunderlaget. Bolaget kan dock som alla andra anbudsgivare peka på de förutsättningar som ges av förfrågningsunderlaget för att hävda sin ståndpunkt.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att, enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

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 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har 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.

Vid en ansökan om överprövning av upphandling är det den sökande parten som har att ange de omständigheter som han vill åberopa till stöd för att

förutsättningarna för ett ingripande är uppfyllda (se RÅ 2009 ref. 69). För att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas krävs att det sökande bolaget visar att det lidit skada eller kunnat komma att lida skada (se HFD 2013 ref. 53).

Särskilda utgångspunkter för förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att det föreligger ett antal fel i upphandlingen vid utformningen av förfrågningsunderlaget. Bolaget har därvid gjort gällande att förfrågningsunderlaget inte är kalkylerbart, att bolaget vid anbudsgivningen p.g.a. informationsövertag såsom tidigare entreprenör har varit särskilt missgynnat, att förfrågningsunderlaget innehåller otillåtna kvalificeringskrav och att det föreligger ett ramavtal med otillåten tidslängd.

I upphandlingen inkom fyra stycken anbud. Tilldelningsgrund var lägsta pris. Anbudet uppgick till 6 009 250 kr, 7 054 732 kr, 8 130 350 kr och 14 289 900 kr. Det högsta anbudet lades av det sökande bolaget. Det högsta anbudet överstiger det lägsta med mer än det dubbla.

Det sökande bolaget måste, för att vinna bifall, både visa att det föreligger fel i förfrågningsunderlaget och att bolaget till följd av detta riskerat att lida skada. Eftersom de fel som påstås föreligga i upphandlingen är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, måste det inte visas, såsom då fråga är om rättelse av upphandling, att bolagets anbud sannolikt skulle ha antagits. Det måste däremot framgå att bolaget hindrats att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Den betydande prisskillnaden mellan det sökande bolagets anbud och övriga anbud utesluter därför att bolaget skulle kunna vinna bifall endast på grund av påvisade smärre fel vid det konkurrensuppsökande skedet. Bolaget måste, med hänsyn till att det kalkylerat med den dubbla anbudssumman, göra sannolikt att det begåtts ett fundamentalt fel vid upphandlingen och att det t.ex. med fog varit omöjligt att i någon mån förutse omfattningen av det felavhjälpande underhållet.

Förfrågningsunderlagets kalkylerbarhet

Det är ostridigt att det i målet är fråga om en upphandling av en funktionsbaserad entreprenad. Den entreprenör, som tecknar kontrakt, ska svara för felavhjälpande underhåll för av entreprenaden omfattade objekt. Entreprenörens totala skyldighet är begränsad på så sätt att denne är skyldig att högst rätta upp till 4 167 fel, dvs upp till en avvikelse på 10% från det statistiska underlaget, med en självrisk på 10 000 kr per fel. Den högsta teoretiska kostnaden uppgår därmed till 41 670 000 kr.

Det får i och för sig anses som legitimt att den upphandlande myndigheten ingår kontrakt där ekonomisk risk överförs till den kontrakterande entreprenören och att denne förväntas försäkra mot vissa typer av kostnader. Att ett offentligt kontrakt innebär viss osäkerhet om framtida utfall innebär inte att förfrågningsunderlaget i sig brustit i transparens. I en situation som den aktuella, bör dock underlaget vara tydligt så att det är möjligt för anbudsgivaren att på ett rimligt sätt prissätta den risk som denne förväntas bära.

Det sökande bolaget har invänt att historiska kostnader inte framgår av det i upphandlingen föreliggande statistiska underlaget. Kommunen har mot detta invänt bl.a. följande. Den tidigare entreprenörens kostnader är inte relevanta eftersom dessa är beroende av entreprenörens metodik, effektivitet m.m. Som underlag för kalkylering av entreprenadens omfattning har i förfrågningsunderlaget angetts kraven på tjänsterna som ska levereras och specificering av förvaltningsobjekt, varvid deras typ, antal och placering angivits. Vidare har kommunen angett att historisk statistik sammanställts, där det framgår vad som tidigare gjorts i anläggningarna avseende felavhjälpande underhåll. Kommunen har gjort en egen beräkning på förväntade kostnader utifrån anbudsgivarnas förutsättningar i förfrågningsunderlaget och angett den beräknade kostnaden till 6 711 648 kr, vilket ungefärligt sett svarar mot ett genomsnitt av övriga anbud.

Förvaltningsrätten har inte i målet beretts tillgång till de statistiska uppgifterna. Följande kan dock konstateras. I förfrågningsunderlaget begränsas det antal fel som entreprenören är skyldig att åtgärda. Den osäkerhet, som entreprenören måste bära enligt kontraktet, består av två komponenter. För det första finns en begränsad osäkerhet om vilket antal fel som måste åtgärdas, eftersom det är först vid en avvikelse på 10% som rörlig ersättning utgår. För det andra finns en osäkerhet om vad framtida fel kommer att kosta att åtgärda, särskilt då entreprenören ska bära en självrisk på 10 000 kr. Det är denna osäkerhet som bolaget anfört bidrar till att förfrågningsunderlaget inte är kalkylerbart. Med anledning av detta kan följande anmärkas. För att osäkerheten ska resultera i bristande kalkylerbarhet måste den genomsnittliga kostnaden för varje åtgärd i framtiden väntas kunna avvika märkbart från vad som framgår av det historiska underlaget. En sådan avvikelse skulle kunna uppkomma antingen om underlaget är bristfälligt formulerat, så att det föreligger dolda kostnader, eller om av någon anledning, såsom hur tidigare underhåll skötts och planerats, en viss typ av fel kan förväntas bli mer frekvent i framtiden. Om däremot sådana brister inte är förhanden, måste det i underlaget stora antalet historiskt redovisade åtgärder av statistiska skäl göra det osannolikt att den genomsnittliga kostnaden, av orsaker hänförliga till avtalsobjektet, skulle komma att öka väsentligt i framtiden.

Förvaltningsrätten gör mot nämnda bakgrund följande bedömning. Rätten finner ingen anledning att anmärka mot självrisken som sådan. Rätten delar även kommunens uppfattning att det inte finns anledning att redovisa tidigare entreprenörs kostnader i det statistiska underlaget, eftersom sådana kostnader typiskt sett inte bara är hänförliga till avtalsobjektet utan även till förhållanden hos entreprenören. Det sökande bolaget har inte konkretiserat varför det statistiska underlaget inte skulle vara fullgott att räkna på, t.ex. genom att exemplifiera dolda kostnader. Kommunen har presenterat

en egen beräkning som är i paritet med övriga anbudsgivares. Förvaltningsrätten finner utifrån bevisläget ingen anledning att anse att förfrågningsunderlaget objektivt sett inte är kalkylerbart.

Bolaget har särskilt invänt att kommunen ensidigt väljer metod för statuskontroll. Förvaltningsrätten finner dock att det är oklart hur kommunen därigenom skulle kunna tillskansa sig fördelar i förhållande till entreprenören med hänsyn till att antalet fel som entreprenören ska åtgärda på egen bekostnad är begränsat. Som kommunen påpekat skulle en statuskontroll där en metod används som leder till låg status resultera i ett stort antal fel, vilket i sin tur leder till att entreprenören kan vänta sig rörlig ersättning. Bolaget har inte konkretiserat hur val av statuskontroll skulle kunna leda till en väsentlig förändring av den genomsnittliga kostnaden för de åtgärder som ingår i entreprenörens fasta åtagande.

Bolaget har också invänt att möjligheten att erhålla ersättning för skadegörelse är oklar. Frågan avser dock endast en begränsad del av entreprenörens skyldighet att avhjälpa fel. Denna oklarhet kan, med hänsyn till bolagets höga anbud, inte ha varit av avgörande betydelse för bolaget. Bolaget har således inte kunnat lida skada därav.

En ytterligare invändning som anförts mot förfrågningsunderlagets kalkylerbarhet är att det försvårar för mindre företag, med otillräcklig tillgång till expertis inom Aff-området, att lägga anbud. Enligt förvaltningsrättens bedömning bör dock inte det faktum att olika entreprenörer har olika förutsättningar hindra att en upphandlande myndighet utformar förfrågningsunderlaget för att tillgodose dess affärsmässiga behov. Att ett förfrågningsunderlag kan uppfattas som svårt att kalkylera för vissa entreprenörer kan således inte i sig anses begränsa konkurrensen.

Det har i målet anförts att upphandlingen med hänsyn till dess komplexitet inte bort haft tilldelningsgrunden lägsta pris. Mot bakgrund av att förfrågningsunderlaget av förvaltningsrätten bedömts vara kalkylerbart finner rätten ingen anledning att anmärka på kommunens val av tilldelningsgrund.

Frågan om förfrågningsunderlaget är kalkylerbart vid en funktionsupphandling har tidigare behandlats i praxis. I ett relativt nyligen avgjort mål från Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4777-13, fann kammarrätten att förfrågningsunderlaget inte var kalkylerbart. Kammarrätten uttalade att den information som hade lämnats i form av bl.a. objektlistor och statistik i den aktuella upphandlingen inte var tillräcklig för att leverantörerna skulle kunna skapa sig en bild av det felavhjälpande underhållet. Förvaltningsrätten har i förhandenvarande mål inte tagit del av statistiken i förfrågningsunderlaget. Rätten har inte funnit skäl att ifrågasätta kommunens uppfattning att underlaget innehållit de relevanta uppgifterna som krävts för att kalkylera omfattningen av åtagandet, särskilt som entreprenörens åtagande inom ramen för det fasta priset tydligt begränsats såvitt gäller antalet åtgärder.

Förvaltningsrätten konstaterar sammanfattningsvis att bolaget inte uppfyllt sin bevisbörda för att det skulle föreligga fel i upphandlingen såvitt gäller förfrågningsunderlagets kalkylerbarhet och att bolaget skulle kunnat ha lidit skada därav. Bolaget har visserligen framställt i sig trovärdiga argument för att förfrågningsunderlaget brister i kalkylerbarhet. Dessa argument har emellertid bemötts väl av kommunen. Av allt att döma har en tämligen omfattande statistik ingått i förfrågningsunderlaget, samtidigt som entreprenörens åtagande inom ramen för det fasta priset begränsats vad gäller åtgärder. Därtill kommer den stora prisdifferens, som föreligger mellan det vinnande anbudet och det sökande bolagets anbud. Det har inte enligt förvaltningsrättens uppfattning framkommit omständigheter av tillräck-

lig konkretion, för att dra slutsatsen att förfrågningsunderlaget brustit i kalkylerbarhet på sätt som bolaget kunnat lida skada av.

Bolagets situation såsom tidigare entreprenör

Bolaget har i målet vidare anfört att det, såsom tidigare entreprenör, är särskilt införstått med kostnaderna för att avhjälpa fel och därför kan bli bundet till större åtaganden genom att ingå kontrakt med kommunen. Kommunen har mot detta hävdad att samma förutsättningar, nämligen vad som framgår av förfrågningsunderlaget, gäller för bolaget på samma sätt som för andra anbudsgivare.

Förvaltningsrätten konstaterar att en part i ett kontraktsförhållande kan bli civilrättsligt bunden vid kunskap och insikt som erhållits i tidigare avtal mellan parterna. Frågan är om det faktum att bolaget varit entreprenör för tidigare uppdrag skulle påverka den civilrättsliga ställningen i förhållande till kommunen för det fall att bolaget hade tilldelats kontraktet i den nuvarande upphandlingen. Bolaget har härvid hänvisat till tillämpningen av regler i standardavtalet ABFF. Förvaltningsrätten finner dock inte, med hänsyn till det material som presenterats rätten i föreliggande mål, att det visats att bolaget skulle bli bundet till ett större åtagande på sätt som skulle motivera den betydande skillnaden mellan bolagets anbud och anbudsvinnarens. Detta skulle förutsätta att den tidigare entreprenören vore tvungen att kalkylera med ett dubbelt så stort åtagande. Även om det kan ha förelegat en rättslig risk för bolaget att det skulle kunna bli bundet till ett större åtagande än andra anbudsgivare, är det därmed i vart fall inte med hänsyn till prisdifferensen mellan anbudsvinnaren och det sökande bolaget möjligt att utifrån utredningen i målet dra slutsatsen att bolaget lidit skada.

Frågor om otillåtna kvalificeringskrav och om ramavtal m.m.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte har åberopat och än mindre visat att det lidit skada eller kunnat komma att lida skada till följd av

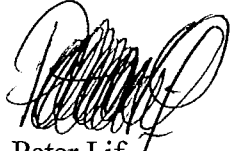
kommunens förfarande vid utformningen av förfrågningsunderlaget såvitt gäller utformningen av kvalificeringskraven. När det gäller referenstagningen har bolagets anbud inte diskvalificerats till följd av denna och bolaget har därmed inte lidit till skada på grund av hur denna bestämmelse utformats. Mot bakgrund av att bolaget inte visat att det kunnat lida skada saknas således skäl för rätten att ta ställning till om det förelegat fel vid utformningen av kvalificeringskraven.

När det gäller frågan om det föreligger ramavtal har det inte framgått att det i enlighet med definitionen på ramavtal i 2 kap. 15 § LOU i entreprenaden skulle förekomma i förväg fastställda villkor för senare tilldelning av kontrakt. Att kommunen för upphandlingen valt att inkludera benämningen "ramavtal" ändrar inte detta förhållande. Det har i övrigt inte framkommit skäl att anmärka på avtalstidens längd. Med hänsyn till den betydande prisdifferensen mellan det vinnande anbudet och det sökande bolagets anbud kan heller inte avtalets längd och utformning i realiteten ha påverkat bolagets möjlighet att vinna upphandlingen.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammantaget att det saknas skäl att ingripa i föreliggande upphandling. Det har inte utifrån bevisningen i målet framgått att förfrågningsunderlaget brustit i kalkylerbarhet på sätt som bolaget kunnat lida skada av eller att bolaget kunnat lida skada därför att det varit särskilt missgynnat såsom tidigare entreprenör. Bolaget har inte heller visat att det lidit skada till följd av kvalificeringskraven eller att det skulle föreligga ett ramavtal med otillåten tidslängd. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Peter Lif
rådman.

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

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. 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.

