



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2016-12-02
Meddelad i Uppsala

Mål nr
1718-16 E

Enhet 1

KONKURRENSVERKET	
2016-12-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Carpenter i Mälardalen AB, 556707-9156

Ombud:

Advokaten Göran Johansson
GoJo Advokatbyrå AB
Västerstigen 11 B
163 52 Spånga

MOTPART

Bostads AB Mimer

Ombud:

Advokaten Per-Ola Bergqvist och biträdande juristen Linnéa Gustafsson
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Bostads AB Mimer (Mimer) har genomfört en upphandling avseende ramavtal för ombyggnation av lägenheter och övriga underhålls- och reparationsåtgärder inom Mimers fastigheter i Västerås stad, dnr 201520, i form av ett öppet förfarande.

YRKANDEN

Carpenter i Mälardalen AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, principerna om transparens och proportionalitet. Förfrågningsunderlaget är dessutom utformat på ett sätt som i onödan begränsar konkurrensen. Den valda fördelningsnyckeln för avrop strider vidare mot 5 kap. 6 § LOU och principerna om likabehandling och transparens. Eftersom bristerna påverkar det konkurrensuppsökande skedet är det rimligt att upphandlingen måste göras om.

Ombyggnation på löpande räkning respektive genom samverkansavtal

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur Mimer kommer att dra gränsen mellan mindre ombyggnationer som ska utföras mot löpande räkning och större ombyggnationer som ska genomföras med samverkansavtal. Det anges under AFD.1 i såväl AF del 1 som AF del 2 exakt samma formulering: "Entreprenaden omfattar ramavtal gällande reparations- och ombyggnadsarbeten inom Bostads AB Mimers fastigheter i Västerås stad". Det görs således ingen skillnad på ombyggnationernas omfattning i de båda AF delarna. Det är möjligt att Mimer vill behålla friheten att välja om ombyggnationerna ska avropas som jobb på löpande räkning eller med samverkansavtal.

Eftersom en helt annan ersättningsmodell ska tillämpas när det är fråga om samverkansavtal/partnering, är det av intresse vid anbudskalkylerandet att veta vilken entreprenadstorlek eller typ som kommer ske på löpande räkning respektive genom samverkan. Med den informationen hade anbudsgivarna kunnat uppskatta vilken ersättningsform som kommer att tillämpas i störst utsträckning, vilket i sin tur skulle påverkat prissättningen.

Mimer har således inte angett denna viktiga gränsdragning. Det medför att förfrågningsunderlaget brister i transparens på ett sätt som försvårar för anbudsgivare att beräkna ett konkurrenskraftigt anbud som kan utgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Det är fundamentalt vid allt anbudskalkylerande att volymen påverkar priset, exempelvis genom att en större förväntad volym ger möjlighet att kalkylera med lägre timpriser. Den aktuella oklarheten försvårar också för potentiella anbudsgivare som bolaget att tillämpa strategisk anbudsgivning. Mimer synes anse att strategisk anbudsgivning skulle vara otillåtet. Så är inte fallet.

Omsättningskrav

Mimer kräver att anbudsgivarna under det senast fastställda räkenskapsåret ska ha uppnått en årsomsättning om lägst 75 miljoner kr. Bolaget har innehaft samma uppdrag för Mimer under tio år och årsomsättningen uppgår de senaste åren till ungefär en tredjedel av det nu uppskattade årsbeloppet, dvs. 25 miljoner kr. Bolaget har dessutom klarat av uppdraget i alla år utan att ha en omsättning på 75 miljoner kr.

Bolaget ifrågasätter dessutom valet att ”baka ihop” upphandlingen av mindre ombyggnationer med större ombyggnationer med effekten att det blir en mer omfattande upphandling som innebär att samtliga lokala mindre och medelstora byggföretag i Västerås utesluts från att delta i upphandlingen. Enligt bolagets uppfattning utgör valet att baka ihop upphandlingarna i kombination med det höga kravet på senaste årsomsättning dels ett åsidosät-

tande av proportionalitetsprincipen eftersom det finns mindre ingripande alternativ, dels en onödig begränsning av konkurrensen.

Ersättningsform för ombyggnation på löpande räkning

I upphandlingsföreskrifterna som gäller för både de ombyggnationer som ska ske på löpande räkning och de ombyggnationer som ska ske genom samverkansavtal anges att den ersättningsform som gäller är "Löpande räkning, MEPS kan bli aktuellt, anges vid avrop" (se UFB.14). Att MEPS kan bli aktuellt är förvirrande eftersom det är en alternativ ersättningsform till löpande räkning. MEPS är ett system som är baserat på en standard där man mäter arbetsmängd i stället för lägsta timpris. För att MEPS ska kunna tillämpas förutsätts att leverantörerna anger vilka priser de avser att tillämpa för de enheter som MEPS är uppbyggt av. Dessa enheter är kända för de beställare och leverantörer som tillämpar MEPS och förutsätter att olika priser anges för olika enheter. I det anbudsformulär som gäller för upphandlingen ombeds inte anbudsgivarna att ange vilka priser de avser att tillämpa om MEPS blir aktuell vid ett avrop. Här ska noteras att de timpriser och påslag för material och underentreprenörer som ska anges enligt anbudsformuläret inte kan tillämpas i MEPS-systemet. Detta skapar en betydande osäkerhet för anbudsgivarna genom att de inte vet vilka priser som gäller ifall Mimer vid ett enskilt avrop kommer att säga att avropet inte kommer att ske mot löpande räkning utan att MEPS ska tillämpas. Genom att inte avkräva anbudsgivarna deras MEPS-priser men samtidigt ange att MEPS kan komma att tillämpas har Mimer bestämt en ersättningsform som inte säkerställer att det bästa anbudet tilldelas kontraktet vid ett enskilt avrop. MEPS-priserna ingår heller inte i det utvärderingsexempel som ingår i förfrågningsunderlaget. Att Mimer angett att MEPS kan bli aktuellt innebär således att ersättningsformen brister i transparens. Eftersom anbudsgivarna inte behöver ange sina MEPS-priser men MEPS ändå kan komma att tillämpas säkerställs inte likabehandling mellan leverantörerna, då MEPS-priserna kommer att fastställas och överenskommas först i samband med de enskilda avropen.

Ersättningsform för ombyggnation genom samverkansavtal

Som anges ovan gäller UFB.14 även för de ombyggnationer som ska ske genom samverkansavtal. Det borde betyda dels att även dessa ombyggnationer ska ske på löpande räkning och att MEPS kan bli aktuellt, dels att de priser som anges i anbudsformuläret gäller även för ombyggnationerna som ska ske genom samverkansavtal.

I bestämmelserna om ersättning i de administrativa föreskrifter som gäller för ombyggnationer genom samverkansavtal (se AFD.61 i AF del 1) tillkommer emellertid en reglering som inte återspeglas i vare sig anbudsformuläret eller utvärderingsexemplet.

För det första anges i AFD.61 att i skede 1 under samverkan ersättningsformen är rörligt arvode enligt allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsverksamhet, ABK 09. Bostads AB Mimer efterfrågar emellertid inte i anbudsformuläret vilket rörligt konsultarvode anbudsgivarna begär under skede 1 i samverkan. Detta betyder att det är helt öppet vilket pris som kommer att gälla och accepteras av Mimer när ett avrop gjorts. Detta utgör ett åsidosättande av transparensprincipen. Dessutom säkerställs inte likabehandling mellan leverantörerna, eftersom det ligger helt i Mimers händer vilket rörligt konsultarvode som kommer att accepteras efter ett enskilt avrop. Inte heller säkerställs att tilldelning sker till det bästa anbudet enligt 5 kap. 6 § andra stycket LOU. Avrop sker ju efter volym (se ovan) och det rörliga konsultarvodet är uppenbarligen tänkt att förhandlas och överenskommas mellan tilldelad leverantör och Bostads AB Mimer först efter att tilldelning skett.

För det andra anges i AFD.61 att i skede 2 under samverkan ersättningsformen är löpande räkning mot överenskommen riktkostnad med kostnadsincitament. Den överenskomna riktkostnaden för ett enskilt avrop är av mycket stor betydelse, eftersom den påverkar om leverantören i slutändan får en premie eller avdrag (se AFD .61). Även i detta fall är det uppenbarligen av-

sett att avrop och tilldelning ska ske först och att den utvalde leverantören och Mimer sedan ska komma överens om riktkostnaden. Vad Mimer anför i sitt yttrande betyder att man vidgår att riktkostnaden ska överenskommas först efter det att avrop och tilldelning skett. Detta innebär att likabehandling inte säkerställs mellan leverantörerna, eftersom det ligger helt i Mimers händer vilken rikt kostnad som kommer att accepteras efter ett enskilt avrop. Därmed säkerställs inte att tilldelning sker till det bästa anbudet enligt 5 kap. 6 § andra stycket LOU.

Ersättningsformen för de ombyggnationer som ska ske genom samverkan brister även i transparens genom att det är i högsta grad oklart hur regleringen i UFB.14 upphandlingsföreskrifterna förhåller sig till dels anbudsformuläret dels ersättningsbestämmelserna i AFD.61 i AF del 1.

Fördelningsnyckel

Vad gäller hur avrop under ramavtalet är tänkt att gå till har Mimer bestämt en likadan fördelningsnyckel för såväl de ombyggnationer som ska ske mot löpande räkning som de som ska ske genom samverkansavtal. Den fördelningsnyckel som Mimer valt är en så kallad volymfördelning. Se AFD.19 i AF del 1 och AF del 2 där det framgår att:

- För uppdrag kommer den entreprenör som är rangordnad som nr 1 att erbjudas 40 – 60 procent av årsvolymen.
- Entreprenör med rangordning nr 2 erbjuds 30 – 50 procent av årsvolymen.
- Entreprenör med rangordning nr 3 erbjuds 10 – 20 procent av årsvolymen.

Enligt 5 kap. 6 § andra stycket LOU ska kontrakt tilldelas den leverantör som lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som anges i ramavtalet. Den volymfördelning som Mimer valt leder till att det bästa anbudet inte tilldelas en viss procent av avropen. Mimers modell innebär att det är förutbestämt att de två anbud som inte är bäst, det vill säga de leverantörer

som rangordnats som nummer två och tre, kan tilldelas upp till 60 procent av årsvolymen. Den modell som Mimer valt säger ingenting om vilken leverantör som ska tilldelas ett enskilt avrop. Visserligen finns en sammantagen volymfördelning på årsbasis, men när Mimer ska tilldela ett enskilt kontrakt finns ett fritt utrymme att välja vilken som helst av de antagna leverantörerna. Det innebär en tydlig brist på likabehandling. Ett annat problem är hur upprätthållande av volymfördelning ska säkerställas på årsbasis. Eftersom det på förhand inte kan sägas hur många och hur stora avrop samt hur avropens värde förhåller sig till varandra under ett visst år, föreligger en uppenbar risk att volymfördelningen vid årets slut inte kommer att ha tillämpats fullt ut. Detta skulle utgöra ett åsidosättande av principerna om likabehandling och transparens. Det skulle dessutom utgöra avtalsbrott mot de ramavtalsleverantörer som inte fått den utlovade andelen av årsvolymen. Bristen på likabehandling och transparens i Mimers fördelningsnyckel försvåras av att Mimer inte ens angett hur stor andel av avropen som ska tilldelas en viss leverantör.

Skada

Bolaget har lidit eller kan i vart fall antas ha lidit skada av de brister som påtalats i förfrågningsunderlaget. Oklarheterna i förfrågningsunderlaget har medfört att bolaget funnit det för riskfyllt att lämna in ett anbud, i en upphandling som bolaget, i egenskap av Mimers befintliga leverantör på motsvarande tjänster, självfallet annars mycket gärna skulle ha deltagit i.

Oklarheterna medför bland annat en uppenbar risk för brist på likabehandling i avropsskedet, vilket medför en kommersiell risk även om bolaget skulle lämna in ett anbud och tilldelas ramavtal med rangordning som nummer ett. Oklarheterna kring vilka priser som kommer att gälla om bolaget vid avrop bestämmer att MEPS ska tillämpas gör det också alltför riskfyllt att lämna in ett anbud. Bolaget drabbas också negativt av det opropor­tionerliga och onödigt konkurrensbegränsande kravet på minsta omsättning om 75 miljoner kr.

Mimer bestrider bifall till bolagets talan och anför i huvudsak följande.

Ombyggnation på löpande räkning respektive genom samverkansavtal

Det föreligger ingen brist i transparens avseende förfrågningsunderlagets utformning. Upphandlingsföremålet är noggrant beskrivet och villkoren för de två olika typer av avrop som kan komma ifråga är klart angivna. Enbart omständigheten att en upphandlande myndighet lämnar det öppnet för att i ett senare skede avgöra på vilka av i förfrågningsunderlaget angivna alternativa villkor ett avrop ska ske i enlighet med den fastslagna fördelningsnyckeln innebär inte att upphandlingen ska anses brista i transparens och i synnerhet inte att anbudsgivarna inte kan kalkylera fram konkurrenskraftiga anbud. Det viktiga är att villkoren för de olika avrop som kan komma ifråga framgår. Att avrop kan ske på olika villkor beroende på omfattningen och innehållet av/i det aktuella avropet är mycket vanligt förekommande vid ramavtalsupphandlingar. Ramavtalsleverantören erhåller ju avropet enligt fördelningsnyckel på ett av villkorspaketen.

Bolaget har inte förklarat på vilket sätt en närmare gränsdragning mellan avrop för ombyggnation på löpande räkning respektive genom samverkansavtal skulle ha kunnat påverka prissättningen i anbudet. Entreprenadformen är densamma – totalentreprenad – vid avrop enligt något av alternativen. Bolaget har inte heller förklarat på vilket sätt det varit förhindrat att lämna anbud eller på vilket sätt det varit förhindrat att erhålla de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden i upphandlingen.

Mimer har svårt att se hur prissättningen skulle komma att påverkas om denna uppgift förelegat annat än om fråga skulle vara att bolaget avsett att strategiskt prissätta sitt anbud och vinna otillbörliga fördelar vid anbudsutvärderingen.

Mimer lämnar ingen volymgaranti i upphandlingsföreskrifterna eftersom det skulle vilseleda anbudsgivarna och ge intryck av att en garanterad omfattning föreligger.

Omsättningskrav

Det saknas enligt LOU och de gemenskapsdirektiv som LOU bygger på en obligatorisk skyldighet att dela upp kontrakt i mindre delar som anbud kan lämnas på, var och en av delarna, i syfte att möjliggöra att flera anbudsgivare kan komma i fråga för anbudsgivning. Att det saknas skyldighet för en upphandlande myndighet att dela upp ett kontrakt är något som även lagrådet konstaterar i sitt yttrande den 12 februari 2016. Vidare konstaterar lagrådet också att ett beslut att inte dela upp ett kontrakt heller inte ska kunna överprövas.

Den aktuella upphandlingen beräknas omsätta 75 miljoner kr årligen bara för löpande arbeten, planerat underhåll och vattenskador samt för de avrop som avser ROT-projekt kommer omsättningen av avropen att uppgå till ca 300 miljoner kr per år. De i dagsläget planerade ombyggnationerna som kommer att avropas på aktuellt ramavtal sträcker sig i tiden fram till 2023 med en volym på ombyggnationer av 300-400 lägenheter per år. De planerade ombyggnadsarbetena bedöms ligga på mellan 750 000 – 1 200 000 kr per lägenhet, vilket ger en bedömd årsomsättning på ca 300 miljoner kr. Mot bakgrund av att upphandlingens totala omsättning uppskattningsvis uppgår till 375 miljoner kr årligen måste antagna entreprenörer ha avsevärda finansiella och ekonomiska resurser för att kunna tillfredsställa det behov som Mimer efterfrågar och som ska avropas, påbörjas och mestadels utföras under ramavtalets löptid. Tilldelandet av avrop till mindre företag skulle äventyra entreprenadernas rätta utförande utifrån konkret iakttagbara risker, såsom entreprenörens kapacitet och likviditet. Av det anförda följer att kravet är proportionerligt.

Upphandlingen exkluderar inte samtliga mindre och medelstora byggföretag i Västeråstrakten eftersom möjlighet finns att åberopa annat företags kapacitet. Ett premierande av lokala anbudsgivare genom ett förenklat krav än vad som rätteligen krävs i förhållande till upphandlingsföremålet skulle strida mot icke-diskrimineringsprincipen och likabehandlingsprincipen var-

för Mimer varit förhindrat att "underlätta" för lokala anbudsgivare på så vis som bolaget synes åsyfta. Att uppställa ett krav på lokal kapacitet i form av kvalificeringskrav skulle stå i strid med LOU och de grundläggande principerna.

Vad gäller omsättningskravet är för det första den nu aktuella upphandlingen av betydligt större omfattning än de tidigare arbeten som bolaget åsyftar. För det andra vill man påminna om att det är Mimer som i egenskap av upphandlande myndighet som har att avgöra vilka behov som finns och vad som ska upphandlas samt hur upphandlingen och förfrågningsunderlaget ska utformas. Bolaget saknar kännedom om Mimers behov och följaktligen om upphandlingens förväntade storlek.

Ersättningsform för ombyggnation på löpande räkning

Mimer kan i viss mån medge att det ger sken av oreda i upphandlingen att MEPS omnämns.

Kalkylverktyget MEPS används av försäkringsbranschen i första hand för reglering av försäkringsskador. Byggbranschen använder sig av andra kalkylverktyg. Relevant i sammanhanget är att bolaget nyligen har upphandlat ett nytt ramavtal för reparation av vattenskadade badrum. Dessa reparationer kommer att utgöra en stor del av Mimers reparationer av vattenskadade badrum. Ersättning för arbeten som nyss nämnda upphandling sker inte genom MEPS utan regleras genom de å-priser som antagna anbudsgivare lämnat i den upphandlingen. Bruket av MEPS som ersättningsform kommer därför att minska drastiskt och i praktiken inte förekomma för arbeten som kommer att avropas i upphandlingen, vilket är anledningen till att priser beträffande MEPS inte har begärts in i upphandlingen. Anledningen till att MEPS trots allt har omnämnts i upphandlingen är för att gardera Mimer mot sin försäkringsgivare som eventuellt skulle kunna kräva att arbeten ska regleras genom detta regelverk.

Sammanfattningsvis är den enkla förklaringen till varför MEPS omnämnts helt enkelt att Mimer velat ta höjd för en eventuell invändning från sin försäkringsgivare i denna del. Det ska påminnas om att det i upphandlingen inte uttryckts att MEPS ska eller kommer att användas utan formuleringen enbart lyder att det kan ske. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att omständigheten utgör en brist i förfrågningsunderlaget erinras om att även brister i förfrågningsunderlaget eller utvärderingsmodeller kan godkännas om det vid en samlad bedömning kan anses att bristen i fråga inte varit av sådan art eller omfattning av de grundläggande upphandlingsprinciperna har åsidosatts.

Ersättningsform för ombyggnation genom samverkansavtal

Bolaget har i de administrativa föreskrifterna för totalentreprenad i samverkan, se del 2 under AFD.61 beskrivit hur ersättning kommer att utgå i de olika faserna. För skede 1 gäller ersättningsformen rörligt arvode enligt ABK 09, dvs. för nedlagda timmar. För skede 2 gäller ersättningsformen löpande räkning mot rikt kostnad med kostnadsincitament. De ekonomiska villkoren för avropens utförande är således helt klara och fastställda redan i förfrågningsunderlaget. Det saknas stöd för att en entreprenads slutliga utformning ska vara känd redan i förfrågningsunderlaget. Detta är något som också följer naturligt och är i linje med partnering där entreprenaden utformas under samverkan med entreprenören. LOU möjliggör att överlåta åt parterna att närmare bestämma omfattningen av de entreprenader som ska utföras efter det att kontrakt tecknats så länge de ekonomiska villkoren anges redan från början i kontraktet och konkurrensutsätts i upphandlingen.

Riktkostnaden utgör en gemensamt framtagen självkostnadskalkyl mellan parterna. Enkelt uttryckt går det till enligt följande. I ett entreprenadprojekt i samverkan/partnering inventerar och utformar Mimer tillsammans med ramavtalsentreprenören projektets omfattning efter deras uppställda mål med fastigheten. Därefter tas en självkostnadskalkyl fram för projektet av entreprenören med entreprenörsarvode enligt ramavtalet. Detta blir då en över-

enskommen rikt kostnad som man läser genom ett entreprenadkontrakt och reglerar efter ABT 06. De ekonomiska villkoren är fastställda på förhand, i enlighet med LOU. Rikt kostnaden i projektet utgör en självkostnads kalkyl som framtagits gemensamt mellan parterna. Av den anledningen är risken för en rikt kostnad ”hur hög som helst” mindre eftersom incitamenten är inbyggda genom konceptet partnering och projektet utformas gemensamt under samverkan.

Ersättningsmodellen med riktpolis och påslag är väletablerad av samtliga parter på marknaden. Omfattande vägledning återfinns på hemsidan för Byggandets kontraktsskommitté.

Fördelningsnyckel

Mimer har valt en fördelningsnyckel med volymfördelning som beskrivs närmare i de administrativa föreskrifterna under AFD.19. Fördelningsnyckeln säkrar att tilldelning av avrop sker på ett objektiva sätt. Mimer har för avsikt att anta tre entreprenörer för ramavtalet med en inbördes rangordning. De tre entreprenörerna kommer att rangordnas som etta, två och trea efter prövning mot de utvärderingskriterierna för tilldelning av ramavtalet. Mimer väljer att anta tre entreprenörer eftersom upphandlingen är av omfattande volym. Avrop kommer att ske i enlighet med de fastställda villkoren. Entreprenören som rangordnas som nummer ett kommer tilldelas den största årsvolymen och sedan nummer två och nummer tre. Det finns ingen möjlighet att fördela avropen godtyckligt. Den valda avropsnyckeln uppfyller därför kravet på en objektiv fördelningsnyckel enligt 5 kap. 6 § LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Det procentuella intervallet i volymfördelningen har sin grund i att det är omöjligt att på förhand med exakt säkerhet säga hur omfattningen av entreprenadarbetena i samverkan kommer att falla ut och följaktligen hur många procent av årsvolymen som en entreprenör exakt kommer att tilldelas under ramavtalet. Entreprenadupphandlingen som avser partnering gör det på förhand omöjligt att exakt förutspå den exakta storleken och omfattningen ef-

tersom omfattningen utvecklas i samverkan med entreprenören. Intervallet i procentuell fördelning följer naturligt den valda modellen med partnering och av den anledningen har Mimer valt att ange ett intervall i procentuell fördelning. Fördelningsnyckeln lämnar inte utrymme för godtyckliga bedömningar eftersom utgångspunkten alltid är att den entreprenör som rangordnats som etta får störst årsvolym av avropen.

Skada

Bolaget har inte lidit skada och riskerar inte heller att lida skada till följd av upphandlingen och dess förfrågningsunderlag med krav däri. Omsättningskravet är proportionerligt och bolaget har åtnjutit möjligheten att åberopa ett annat företags kapacitet, för det fall omsättningskravet utgjort hinder att inkomma med anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning endast på de omständigheter som sökanden åberopar, jfr Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) avgörande i RÅ 2009 ref. 69. Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som 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. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har 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 har gjorts.

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Ombyggnation på löpande räkning respektive genom samverkansavtal
Bolaget anför att det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur gränsen mellan totalentreprenad mot löpande räkning och totalentreprenad med samverkansavtal, partnering, ska dras. Bolaget anser med hänsyn härtill och att olika ersättningsmodeller tillämpas vid de olika alternativen för avrop att förfrågningsunderlaget brister i fråga om transparens eftersom det försvarar för anbudsgivarna att beräkna ett konkurrenskraftigt anbud.

Mimer hävdar att upphandlingsföremålet är noggrant beskrivet och villkoren för de två olika typer av avrop som kan komma i fråga klart finns angivna i underlaget. Mimer anser att den omständigheten att en upphandlande myndighet lämnar det öppet för att i ett senare skede avgöra på vilket sätt ett avrop ska ske inte gör att det brister i fråga om transparens. Mimer anför vidare att den modell man valt för avrop är mycket vanligt förekommande inom ramavtalsupphandlingar och att det skulle vara förödande för de offentliga affärerna och innebära en direkt orimlig begränsning i upphandlande myndigheters bruk av ramavtal om den modell för avrop som man valt skulle underkännas.

I målet är fråga om ramavtal och principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet gäller vid all upphandling. Med kravet på transparens följer en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och de praktiska tillvägagångssätten 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. 2006/07:128 s. 132). Exempel på kravet på transparens är att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt, att utvärderingskriterierna om möjligt ska vara rangordnade och att annan viktning eller betygssättning av kriterierna så långt möjligt ska framgå för leverantörerna. Det är också viktigt att leverantörerna genom förfrågningsunderlaget får klart för sig hur ett uppfyllande av kraven kommer att värderas, exempelvis var för sig, i förhållande till

varandra eller till priset. Ett otydligt förfrågningsunderlag kan leda till att anbudsgivarna missuppfattar vad som efterfrågas eller tolkar det olika. Principen om transparens kräver således att anbudsgivare redan vid tidpunkten för utformningen av sitt anbud känner till vad den upphandlande enheten begär och mot vilka kriterier hans anbud kommer att utvärderas och vilken viktning som kommer att göras.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur gränsen mellan totalentreprenad mot löpande räkning och totalentreprenad med samverkansavtal ska dras. Anbudsgivarna får dock genom förfrågningsunderlaget vid tidpunkten för utformningen av sitt anbud kännedom om vad den upphandlande enheten begär och mot vilka kriterier anbud kommer att utvärderas och vilken viktning som kommer att göras. Med hänsyn till uppdragets skiftande förhållanden och karaktär och att det är av vikt att tjänsternas omfattning bör kunna bestämmas i varje enskilt fall efter den upphandlande myndighetens behov finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att Mimer brutit mot transparensprincipen. Det är därför inte visat att Mimer åsidosatt principerna i LOU genom utformningen av förfrågningsunderlaget i detta avseende.

Omsättningskrav

Bolaget gör gällande att det uppställda kravet på anbudsgivarnas finansiella förmåga är oproportionerligt och begränsar konkurrensen. Bolaget gör vidare gällande att Mimers val att baka ihop mindre och större ombyggnationer till en upphandling, i kombination med kravet på finansiell förmåga, utgör ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

Mimer invänder häremot att kravet på finansiell förmåga är motiverat med hänsyn till upphandlingens omfattning och karaktär. Mimer vill förvissa sig om att de antagna entreprenörerna kan tillfredsställa de behov som kommer att avropas.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Grundläggande är att leverantörer behandlas på ett likvärdigt sätt. Detta har sin grund i att det är den upphandlande myndigheten som ska identifiera sitt behov och utifrån detta utforma ett förfrågningsunderlag inför en upphandling. Den upphandlande myndigheten ska iaktta proportionalitetsprincipen, vilket innebär att denne inte får ställa större krav på leverantörer än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet ska ha ett naturligt samband med det behov som ska tillgodoses.

Det finns inte något hinder mot att en upphandlande myndighet ställer upp ett visst krav på omsättning. Detta ska dock stå i relation till omfattningen av åtagandet som upphandlingen avser och typen av verksamhet (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1071-10).

Med beaktande av upphandlingens omfattning och karaktär anser förvaltningsrätten att Mimer har lämnat en godtagbar förklaring till varför man valt att utforma kravet på finansiell förmåga på sätt som skett. Inte heller kan kravet ses som oproportionerligt i relation till det som upphandlas. Det har vidare varit möjligt för leverantörer att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet. Kravet på viss omsättning kan därför inte anses strida mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna. Förvaltningsrätten konstaterar att parterna i målet är överens om att bolaget inte uppfyller nu nämnda krav. Inte heller har bolaget hänvisat till andra företags kapacitet och därigenom uppfyllt kravet på finansiell ställning. Med hänsyn härtill kan inte bolaget lida skada av det obligatoriska kravet på omsättning som återfinns i upphandlingsföreskriften.

Förvaltningsrätten finner anledning att i det följande ändå pröva övriga av bolaget påstådda brister i förfrågningsunderlaget.

Bolaget gör vidare gällande att Mimer genom att baka ihop mindre och större ombyggnationer till en upphandling har åsidosatt proportionalitetsprincipen. Något grundläggande krav på upphandlande myndigheter att i den mån det är möjligt dela upp upphandlingen i flera delar föreligger inte utan det får bedömas utifrån vad som är lämpligt och ändamålsenligt för myndigheten. En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras (prop. 2006/07:128 s. 333).

I målet är fråga om en upphandling av olika delområden som ligger nära varandra. Även om det förvisso varit möjligt att särskilja de olika delområdena från varandra finns det inte något principiellt hinder mot att de sammanläggs i ett ramavtal. Det har också funnits möjlighet för eventuella anbudsgivare att genom samarbete med andra företag lämna anbud vid upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför att det förhållandet att Mimer valt att upphandla de olika delområdena inom ramen för en och samma upphandling inte innebär att upphandlingen genomförs i strid med LOU eller de grundläggande principerna för upphandling.

Ersättningsform för ombyggnation på löpande räkning

Bolaget gör gällande att det är förvirrande att Mimer hänvisar till MEPS i upphandlingsföreskrifterna eftersom det i det anbudsformulär som gäller för upphandlingen inte efterfrågas vilka priser som avser att tillämpas om MEPS skulle bli aktuellt vid avrop. MEPS-priserna ingår inte heller i det utvärderingsexempel som ingår i förfrågningsunderlaget. Eftersom anbudsgivarna inte behöver ange sina MEPS-priser men MEPS ändå kan komma att tillämpas säkerställs inte likabehandling mellan leverantörerna eftersom MEPS-priser kommer att fastställas och överenskommas i samband med de enskilda avropen.

Mimer gör gällande att de valt att hänvisa till MEPS eftersom dess försäkringsgivare eventuellt skulle kunna kräva att arbeten ska regleras genom

MEPS. I praktiken kommer bruket av MEPS som ersättningsform inte att finnas för arbeten som avropas.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av upphandlingsföreskriften UFB.14 klart och tydligt framgår att MEPS kan bli aktuellt och att det i så fall kommer att anges vid avrop. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att något krav på att redovisa MEPS priser inte följer av anbudsformuläret. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att det brister i fråga om förutsebarhet eftersom anbudssökanden inte får klart för sig när MEPS kan komma att tillämpas. Mimer har dock framhållit att bruket av MEPS som ersättningsform i praktiken inte kommer att finnas för arbeten som avropas i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening har bristen inte varit av sådan omfattning att kravet på likabehandling åsidosatts, (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Ersättningsform för ombyggnation genom samverkansavtal

Bolaget gör gällande att eftersom Mimer inte efterfrågar vilket rörligt konsultarvode anbudsgivarna begär under skede 1 i anbudsformuläret är det helt öppet vilket pris som kommer att accepteras av Mimer när avrop gjorts. Detta anser bolaget strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen och säkerställer inte att tilldelning sker till det bästa anbudet.

Bolaget gör vidare gällande att i skede 2 är tanken att avrop och tilldelning ska ske först och att den utvalde leverantören och Mimer sedan ska komma överens om riktkostnaden. Bolaget anser att likabehandling mellan leverantörerna inte säkerställs eftersom det ligger i Mimers händer vilken riktkostnad som kommer att accepteras efter ett avrop och säkerställer inte att tilldelning sker till det bästa anbudet.

Mimer invänder häremot att de klart och tydligt redogjort för hur ersättning kommer att utgå i skede 1 och 2.

HFD uttalade i RÅ 2010 ref. 97 att kravet på likabehandling bl.a. innebär att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myn-

digheten obegränsad valfrihet samt att kravet på transparens ska anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingsföreskriften AFD.61 beskriver vilken ersättningsform som är aktuell under skede 1 och 2. Ersättningsformen som den beskrivs i förfrågningsunderlaget lämnar inte den upphandlande myndigheten någon obegränsad valfrihet vid tilldelning av kontrakt. De entreprenörer som får del av förfrågningsunderlaget med dessa ersättningsformer måste anses få klart för sig hur tilldelning av kontrakt kommer att ske. Den slutliga utformningen av entreprenaden sker i de kontrakt som kommer att upprättas på grundval av de principer och villkor som anges i ramavtalet. De ekonomiska villkoren när avropen senare ska utföras är således klara och fastställda. Att anbudsformuläret inte efterfrågar vilket rörligt arvode anbudsgivaren begär kan inte anses medföra att transparensprincipen och likabehandlingsprincipen eftersätts. Inte heller den omständigheten att ersättningsformen är löpande räkning mot rikt kostnad kan anses strida mot likabehandlingsprincipen. Vad bolaget anfört om förfrågningsunderlagets brister i denna del kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses strida mot reglerna i LOU.

Fördelningsnyckel

Bolaget gör gällande att den valda fördelningsnyckeln inte leder till att det bästa anbudet tilldelas viss procent av avropen. Bolaget anser att utformningen av fördelningsnyckeln kan leda till att de leverantörer som rangordnats som nr 2 och 3 kan tilldelas upp till 60 procent av årsvolymen. Inte heller anges vilken leverantör som ska tilldelas ett enskilt avrop. Bolaget anser vidare att det inte går att säkerställa ett upprätthållande av volymfördelningen på årsbasis.

Mimer anser att fördelningsnyckeln säkrar tilldelning av avrop på ett objektiva sätt och att det inte finns möjlighet att fördela avropen godtyckligt

eftersom utgångspunkten alltid är att den entreprenör som rangordnats som etta får störst årsvolym av avropen.

Av 5 kap. 2 § LOU framgår att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal med flera leverantörer ska tilldelas enligt 5 kap. 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. Kontraktet ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

Som tidigare nämnts har HFD uttalat kravet på likabehandling innebär att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet samt att kravet på transparens ska anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske.

Fördelningsnyckeln är förutsebar i så måtto att det alltid står klart att den entreprenör som lämnat det bästa anbudet och som rangordnats som etta kommer att tilldelas den största andelen av den årliga avropsvolymen. Urvalsmetoden sker således med utgångspunkt i de priser som lämnats i anbudet. Fordelningsnyckeln lämnar inte den upphandlande myndigheten någon obegränsad valfrihet vid tilldelning av kontrakt. De entreprenörer som får del av förfrågningsunderlaget med fördelningsnyckeln måste anses få klart för sig hur tilldelning av kontrakt kommer att ske. Med hänsyn till vad som framkommit finner förvaltningsrätten att fördelningsnyckeln inte är oförenlig med kraven i LOU.

Skada

För att en ansökan om överprövning av en upphandling ska bifallas krävs att två kriterier är uppfyllda, dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestäm-

melse i LOU, dels att det har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Båda kriterierna måste vara uppfyllda. Det är följaktligen inte tillräckligt att en överträdelse av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU har skett om inte den leverantör som ansöker om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada till följd av överträdelsen. Det finns således ett krav på orsakssamband mellan överträdelsen och skaderekvisitet.

Förvaltningsrätten har ovan funnit att upphandlingsföreskriften om omsättningskrav inte kan anses strida mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna. Förvaltningsrätten har dessutom kommit till slutsatsen att bolaget inte uppfyller nu nämnda upphandlingsföreskrift. Vid detta förhållande är det heller inte visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Per Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har handlagts av föredragande juristen Lizette Jorlin.



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 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.