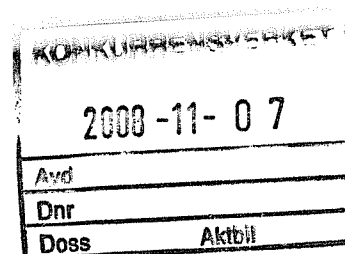


**SÖKANDE**

Sandå Sverige AB, 556467-7119
Box 732
182 17 Danderyd

Ombud: Jur.kand. Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

**MOTPART**

Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

SAKEN

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

Landstinget Västernorrland, som genomför upphandling av ramavtal för fastighetsunderhåll inom Landstinget Västernorrland 2009 – 2012 (E2 Måleri Sollefteå/Kramfors/Härnösands kommuner) har genom tilldelningsbeslut den 10 september 2008 beslutat att avtal kommer att tecknas med bl.a. Dynäs Måleri AB. Upphandlingen genomförs som förenklad upphandling.

Sandå Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen görs om. I andra hand yrkar bolaget att rättelse vidtas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid bolaget tilldelas ramavtal. Ansökan innehåller också ett interimistiskt yrkande att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Bolaget anför därvid följande till stöd för sin talan.

Landstinget har använt sig av fel upphandlingsförfarande. Förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU har tillämpats. Detta är ett förfarande för upphandlingar under tröskelvärdena. Landstinget borde ha tillämpat något av de förfaranden som finns för upphandlingar över tröskelvärden, dvs. i första hand öppet eller selektivt förfarande. Tröskelvärdena för kategorin övriga

Dok.Id 45650

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314	Backgränd 9	0611-34 98 00	0611-34 98 10	måndag – fredag
871 27 Härnösand		E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

upphandlande myndigheter, till vilken Landstinget hör, är 47 778 869 kr för byggentreprenader respektive 1 911 155 kr för tjänster. Så kallade A-tjänster (bil. 2, LOU) ska upphandlas olika beroende på om kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet eller inte. B-tjänster (bil. 3, LOU) ska däremot alltid upphandlas enligt 15 kap. LOU. Av förfrågningsunderlaget framgår att föremålet för upphandlingen är ”planerat fastighetsunderhåll, vissa akuta underhållsåtgärder samt mindre ombyggnader inom Landstingets fastigheter”. Detta är inte en byggentreprenad i upphandlingsrättslig mening. Fastighetsunderhåll är i stället en A-tjänst inom kategori 14, Fastighetsstädning och fastighetsförvaltning, i bil. 2, LOU. Detta framgår bl.a. av Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008, den s.k. CPV-förordningen. Det faktum att föremålet för upphandlingen i en viss mycket begränsad del består av sådan verksamhet som återfinns i bil. 1, LOU, och som, om den upphandlats självständigt, utgjort en byggentreprenad, förändrar inte klassificeringen som A-tjänst. Detta beror på att tjänsterna står för den klart överordnade delen, avseende såväl omfattning som värde. – Då det är fråga om ramavtal ska värdet enligt 3 kap. 13 § LOU beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga de kontrakt som planeras under ramavtalets löptid. Enligt bolagets bedömning uppgår detta värde till 2 000 000 – 4 000 000 kr.

Bestämmelserna för upphandling över tröskelvärdena skiljer sig i flera avseenden från bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena, bl.a. eftersom de förra ska annonseras i den gemensamma elektroniska databasen Tenders Electronic Daily (TED). Upphandlingar under tröskelvärdena annonseras som huvudregel i nationella databaser. Dessutom är tidsfristerna vid upphandlingar över tröskelvärdena betydligt längre. Bolaget har som en direkt följd av Landstingets brott mot LOU lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Landstinget bestrider ansökan om överprövning och anför därvid följande. Man har inte använt sig av fel upphandlingsförfarande. Av de administrati-

va föreskrifterna i förfrågningsunderlaget framgår att Landstinget kommer att träffa avtal avseende bl.a. byggnadsentreprenad och målningsentreprenad. Uppdragen återfinns i bilaga 1 till LOU som räknar upp vilka kontrakt som ska klassificeras som byggentreprenadkontrakt. Bolaget har lämnat anbud avseende målningsentreprenad. Måleri- och glasmästeriarbeten utgör undergrupp 45.44 i bilaga 1 till LOU och är alltså en typ av byggentreprenadkontrakt. Eftersom värdet på upphandlingen kommer att understiga tröskelvärdet för byggentreprenader har Landstinget haft rätt att använda sig av förenklad upphandling. Även om länsrätten skulle finna att Landstinget borde ha använt ett annat upphandlingsförfarande så har bolaget inte lidit någon skada.

Bolaget anför därvid följande. Att Landstinget valt att rubricera något som en entreprenad innebär inte att det blir en entreprenad. Som framgår av fast rättspraxis från EG-domstolen och ett flertal uttalanden från NOU och Konkurrensverket ska upphandlingsreglerna tolkas i funktionella termer, dvs. det är det faktiska innehållet i en upphandling som avgör vilka regler som ska tillämpas och inte rubriceringen. Av annonsen om upphandling framgår dels att Landstinget själv tidigare ansett att upphandlingen avser tjänsten fastighetsunderhåll och dels att upphandlingens värde överskrider det tillämpliga tröskelvärdet. Landstinget har rubricerat annonsen ”fastighetsskötsel”. De aktuella ramavtalen beskrivs som ”ramavtal för fastighetsunderhåll”. Upphandlingen har angetts avse tjänster i tjänstekategori 14 och det har angivits öppet förfarande ska användas. Det faktum att annonsen införts i TED och inte i en nationell databas för upphandlingar under tröskelvärdena styrker vad bolaget anför om föremålet för upphandlingen och att fel upphandlingsförfarande tillämpats.

Landstinget vidhåller sin uppfattning och anför därvid följande. Bolaget har valt att tolka skrivningen i förfrågningsunderlaget så att upphandlingen avser A-tjänster. De enda arbeten som kommer att avropas från ramavtalet

är emellertid sådana entreprenadarbeten som räknas upp i AFB.11 i förfrågningsunderlaget. Den aktuella upphandlingen avser således entreprenadarbeten och inget annat. Den omständigheten att upphandlingen annonserats i TED är härvid ovidkommande. Annonseringen har inte gjorts av en upphandlare och kan därför inte tas till intäkt för att upphandlingen egentligen avser en A-tjänst. Vidare anför Landstinget ordagrant följande.

”I tillägg kan dock sägas att det i annonsen under **”II.1.5 Kort beskrivning av upphandlingen/upphandlingarna”** står:

”Upphandlingen omfattar entreprenader för fastighetsunderhåll inom: bygg, målning, golvläggning, värme och sanitet, ventilation och el. Vidare kan också tilläggas att CPV-referensnummer 45210000, 45300000, 45310000, 45432100 och 45442100 angivna under **II.1.6** i samma annons alla återfinns under **”Förteckning över byggentreprenadkontrakt”** i bilaga 1 till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.”

Länsrätten har den 22 september 2008 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Upphandlingens objekt

Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling. Bolaget har i dock sin ansökan gjort gällande att upphandlingen avser fastighetsunderhåll samt mindre ombyggnadsarbeten och att det därför är fråga om upphandling av en A-tjänst. Vidare har bolaget gjort gällande att värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet för upphandling av tjänster och att Landstinget därför tillämpat fel upphandlingsförfarande. Landstinget har å sin sida gjort gällande att upphandlingen avser en rad byggentreprenader och att värdet understiger tröskelvärdet för sådana kontrakt. Förenklad upphandling har därför enligt Landstinget varit korrekt förfarande. Fråga är

således till att börja med vad upphandlingen avser – A-tjänst eller byggentreprenad.

Av 2 kap. 3 § LOU framgår att med *byggentreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller
2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Av bilaga 1 till LOU framgår bl.a. att byggverksamhet omfattar nybyggnad, renovering och normal reparation, att elinstallationer omfattar bl.a. installation i byggnader och andra anläggningar av elkablar och elarmaturer och att måleri- och glasmästeriarbeten omfattar bl.a. invändig och utvändigt målning av byggnader samt målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. Tillämpliga s.k. CPV-referensnummer, t.ex. 45440000 för målning, framgår även av den s.k. CPV-förordningen (Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV.)

Av 2 kap. 18 § första stycket LOU framgår att med *tjänstekontrakt* avses ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilaga 2 eller 3 (A- eller B-tjänster) och som inte utgör ett byggentreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett varukontrakt enligt 21 §. Av tredje stycket framgår att ett kontrakt som avser A- eller B-tjänster och omfattar verksamhet som hänförs till byggentreprenader enligt bilaga 1, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, skall behandlas som ett tjänstekontrakt.

Av motiven till denna bestämmelse (prop. 2006/07:128, s. 306) framgår följande. Av tredje stycket följer att kontraktet skall bedömas som ett tjänstekontrakt även om det innefattar byggentreprenadverksamhet om denna verksamhet är av underordnad betydelse i förhållande till tjänsten. Dessa arbeten skall således i sig inte vara det egentliga ändamålet med upphandlingen, utan en följd av tjänsteupphandlingen. Till skillnad från situationen i paragrafens andra stycke när ett kontrakt omfattar både varor och tjänster och kontraktet bestäms vara ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt med hjälp av en överviktsprincip, som grundar sig på det ekonomiska värdet, tar tredje stycket sikte på ändamålet med kontraktet. I de fall byggentreprenadverksamheten är accessorisk i förhållande till tjänsten skall kontraktet i dess helhet bedömas som ett tjänstekontrakt. Det anges i beaktandesats 10 i direktivet att offentlig upphandling av tjänster, inbegripet fastighetsförvaltnings-tjänster, i vissa fall får omfatta byggentreprenad. Om sådan byggentreprenad är av underordnad betydelse jämfört med kontraktets huvudinne-

håll och är en följd av och ett komplement till detta, kan det faktum att sådan byggtreprenad ingår i upphandlingen inte anses vara ett tillräckligt skäl för att klassificera kontraktet som ett byggtreprenadkontrakt.

Av bilaga 2, kategori 14 framgår att fastighetsstädning och fastighetsförvaltning omfattas. Tillämpliga CPV-referensnummer är 70300000-4 till 70340000-6 och från 74710000-9 till 74760000-4, vilket även framgår av CPV-förordningen.

Av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter framgår följande under rubriken AFA.21 Översiktlig information om objektet. Objektet avser planerat fastighetsunderhåll, vissa akuta underhållsåtgärder samt mindre ombyggnader inom Landstingets fastigheter under åren 2009 – 2012. – Vidare framgår följande under rubriken AFB.11 Upphandlingsförfarande. Entreprenaden upphandlas med förenklad upphandling. Upphandling sker genom att byggherren träffar avtal om följande entreprenader. E1. Byggnadsentreprenad, E2. Målningsentreprenad, E3. Golvbeläggningsentreprenad, E4. VS-entreprenad, E5. Luftbehandlingsentreprenad, E6. Elentreprenad. – Vidare framgår följande under rubriken AFC.1 Entreprenadföreskrifter vid utförandeentreprenad – omfattning. Entreprenaden omfattar – efter överförande av avtal enligt AFB.11 – underhåll och mindre ombyggnadsarbeten i Landstingets fastigheter.

Av den annons som införts i Tenders Electronic Daily den 22 maj 2008 framgår bl.a. följande under rubriken Avsnitt II Upphandlingens föremål. II.1.1) Den upphandlande myndighetens benämning på upphandlingen. Ramavtal för fastighetsunderhåll. II.1.2) Typ av upphandling och plats för byggtreprenad, leverans eller utförande: Tjänster. Tjänstekategori: nr 14. II.1.5) Kort beskrivning av upphandlingen/upphandlingarna: Upphandlingen omfattar entreprenader för fastighetsunderhåll inom: bygg, målning, golvläggning, värme och sanitet, ventilation och el. II.1.6) Gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV-ref. nr): 93411300, 45210000, 45300000, 45310000, 45330000, 45432100, 45432110, 45442100, 50000000.

Upphandlingsreglerna ska tolkas i funktionella termer. Den upphandlande enhetens rubricering av vad upphandlingen avser saknar härvid avgörande betydelse, utan det är det faktiska innehållet i upphandlingen som avgör. Landstinget har i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter (punkt AFA.21) angett att objektet för upphandlingen är ”planerat fastighetsunderhåll, vissa akuta underhållsåtgärder samt mindre ombyggnader inom Landstingets fastigheter”. Landstinget har dock också angett att upphandlingen

avser en rad olika byggtreprenader. Samma förhållande råder i den annons som införts i TED. Upphandlingen anges först avse tjänster i kategori 14, men de CPV-referensnummer som lämnas avser byggtreprenader.

Landstinget har således å ena sidan rubricerat upphandlingen som en upphandling av tjänster och angett att objektet är fastighetsunderhåll, akuta underhållsåtgärder samt mindre ombyggnader. Å andra sidan har Landstinget angett att upphandlingen avser entreprenader. Landstinget har dock senare i skriftväxlingen angett att "Upphandlingen omfattar entreprenader för fastighetsunderhåll inom: bygg, målning, golvläggning, värme och sanitet, ventilation och el.". Enligt gällande regler för en enhetlig nomenklatur inom upphandling utgör fastighetsunderhåll en s.k. A-tjänst. Ett entreprenadkontrakt ska enligt LOU hänföra sig till en verksamhet som anges i bilaga 1. Begreppet "fastighetsunderhåll" återfinns dock inte i bilaga 1, men däremot i bilaga 2. Mot bakgrund av detta finner länsrätten att den aktuella upphandlingen i huvudsak avser A-tjänsten fastighetsunderhåll.

Ett kontrakt som avser A- eller B-tjänster och som även omfattar verksamhet som hänförs till byggtreprenader enligt bilaga 1, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, ska enligt LOU behandlas som ett tjänstekontrakt. Upphandlingen avser enligt länsrättens uppfattning en del som, om den upphandlades separat, skulle kunna tänkas utgöra en byggtreprenad. Av ovan anförda skäl är dock det huvudsakliga ändamålet med upphandlingen att upphandla fastighetsunderhåll, dvs. A-tjänster, varför upphandlingen i sin helhet ska betraktas som upphandling av ett tjänstekontrakt.

Tröskelvärde

Fråga i målet blir då om upphandlingens värde överstiger tröskelvärdet för A-tjänster. Upphandlingens värde har inte angetts i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har dock gjort gällande att ett uppskattat värde av upphandlingen är mellan 2 000 000 – 4 000 000 kr.

Av 3 kap. 1 § LOU framgår att lagen ska tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som Europeiska gemenskapernas kommission vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om, om kontraktet avser

1. a) varor som upphandlas av en central statlig myndighet, i fråga om sådana myndigheter inom försvarsområdet dock endast då kontraktet avser produkter som anges i bilaga V till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, senast ändrat genom kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005,
1. b) tjänster som upphandlas av en central statlig myndighet, om inte annat följer av andra stycket,
2. varor och tjänster i andra fall än som avses i 1, eller
3. byggentreprenader.

Den aktuella upphandlingen avser tjänster som upphandlas av annan än central statlig myndighet. Således är 3 kap. 1 § punkten 2 tillämplig. Tröskelvärdet är således 206 000 euro eller 1 911 155 kronor (se tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling).

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser fastighetsunderhåll inom Västernorrlands landsting under tiden 2009 – 2012. I upphandlingen innefattas tjänster inom bygg, målning, golvbeläggning, vatten och sanitet, luftbehandling och el. – Vidare framgår följande under rubriken AFB.13 Ersättningsform. Ersättningsformen ska vara löpande räkning enligt bifogat anbudsformulär. – Vidare framgår följande under rubriken Värderingsgrunder vid prövning av anbud AFB.52. Pris: För respektive entreprenad E1 – E6 kommer vid anbudsutvärderingen ett fiktivt pris att beräknas. Den fiktiva prisberäkningen beskrivs i anbudsformuläret. Angivna summor och timmar är fiktiva och speglar inte framtida volymer.

Av 3 kap. 13 § LOU framgår att värdet av ett ramavtal ska beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga de kontrakt som planeras under ramavtalets löptid.

Det totala värdet av upphandlingen framgår inte av förfrågningsunderlaget. Där framgår dock att löpande räkning ska tillämpas. Vidare framgår att de angivna priserna vid utvärderingen är fiktiva. Detta innebär således att det

råder stora svårigheter att fastställa värdet på den aktuella upphandlingen. Länsrätten finner dock att det sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som upphandlas genom ramavtalet, dvs. samtliga tjänster under åren 2009 – 2012 – med största sannolikhet torde uppgå till ett värde som vida överstiger det tröskelvärde som gäller för A-tjänster som upphandlas av annan än central statlig myndighet, dvs. 206 000 euro eller 1 911 155 kronor.

Av 1 kap. 2 § första stycket LOU framgår bl.a. att lagen gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Av andra stycket framgår att endast 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster),
2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att vid offentlig upphandling ska öppet eller selektivt förfarande användas.

För upphandlingar över tröskelvärdena får inte förenklat förfarande användas. Landstinget har således tillämpat fel upphandlingsförfarande.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Bolaget har gjort gällande att det lidit skada av att Landstinget tillämpat fel upphandlingsförfarande. Länsrätten finner att bolaget i vart fall kunnat komma att lida skada av detta, vilket är tillräckligt för åtgärd enligt LOU. Länsrätten finner därför att upphandlingen ska göras om.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att Landstinget ska göra om upp-
handlingen.

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



Anita Enocksson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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