



**KAMMARRÄTTEN I
GÖTEBORG**
Avdelning 3

DOM

2018-10-02
Meddelad i Göteborg

Mål nr 687-18

KONKURRENSVERKET	
2018-10-02	
Avd	
Dnr	
Åkl	Åkl

KLAGANDE

MKB Fastighets AB, 556049-1432

Ombud: Advokat Annika Andersson och biträdande jurist Hanna Wackå
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

MOTPARTER

1. Kårab AB, 556817-7132

Ombud: Advokaterna Fanny Herbe och Rikard Sahlberg
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 22
211 34 Malmö

2. Interoc Fasad AB, 556871-2243

Ombud: Advokat Viktoria Edelman och biträdande jurist
Viktor Hård af Segerstad
AG Advokat KB
Box 3124
103 62 Stockholm

3. Måla i Skåne AB, 556620-4748
Bronsyxegatan 9 B
213 75 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 23 januari 2018 i mål nr 10646-17,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

Dok.Id 427491

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsdomstolens dom på så sätt att

- målet skrivs av i den del som avser avtalet mellan MKB Fastighets AB och Interoc Fasad AB om montering av de 83 fönster som tillhandahållits av MKB,
- Kårab AB:s ansökan om överprövning av avtals giltighet avslås i övriga delar.

YRKANDEN M.M.

MKB Fastighets AB yrkar att kammarrätten avslår Kårab AB:s ansökan om överprövning av avtals giltighet och anför följande.

Avtalet med Interoc

Ramavtalet som Husbyggnadsvaror HBV Förening ingått för medlemmars räkning omfattar leverans inklusive montering av fönster och fönsterdörrar. Det är dock en generell beskrivning av avtalets omfattning och bör ses i ljuset av samtliga handlingar. Av administrativa föreskrifter för montage som var en del av förfrågningsunderlaget framgår vilka arbetsmoment och vilket material som ska omfattas av en entreprenad vid fönsterbyte (AFD.1). De arbeten som räknas upp är sådana som Interoc ska utföra inom ramen för kontraktet, avseende såväl fönster som tillhandahålls av MKB som fönster som levereras av Interoc.

Av de administrativa föreskrifterna för montage framgår inget om att det de facto behöver avse montering av fönster som leverantören har tillhandahållit, utan det framgår att beställaren kan tillhandahålla entreprenören varor som ska monteras/installeras av entreprenören. Av AFD.1522 i de administrativa föreskrifterna framgår även att ”beställaren aviserar

entreprenören löpande om varor som tillhandahålls av beställaren och som ska monteras/installeras av entreprenören.”

MKB har avbeställt arbetena avseende de 83 fönster som MKB har tillhandahållit eftersom de inte passar utan är för höga. Detta kan omöjligt sakna betydelse eftersom avtalet rent faktiskt inte längre omfattar montering av dessa fönster. Det är inte proportionerligt att ogiltigförklara ett avtal på grund av ett moment som inte längre omfattas av avtalet.

Det är inte korrekt att MKB har gjort en otillåten direktupphandling genom att upphandla andra typer av fönster än de som ingått i Interocs anbud för ramavtalet. Av punkt 7.1 i det avtalet framgår att vid avrop enligt rangordning kan fast pris gälla per styck enligt prisbilaga i anbud, alternativt fast pris eller löpande räkning vid avrop upp till 300 fönster/fönsterdörrar med leverans inklusive montage. Det framgår inte av ramavtalet att detta skulle vara begränsat till att endast gälla de fönstertyper som framgår av prisbilagan i anbudet. MKB har därför haft rätt att avropa kulturfönster från Interoc. MKB och Interoc har därför också haft möjlighet att diskutera vilka typer av fönster som Interoc skulle leverera mot bakgrund av att de inte varit bundna av specifika fönster inom ramen för ramavtalet. Vidare omfattar ramavtalet både fönster och fönsterdörrar, vilket innebär att Interocs lämnade option avseende leverans och byte av fönsterpartier och dörrar till butikslokaler har varit föremål för upphandling. Före avrop hade MKB kontakt med HBV för att garantera att MKB genomförde ett korrekt avrop från ramavtalet och HBV har inte haft några synpunkter på att MKB avropar kulturfönster. HBV tydliggjorde dessutom att prisbilagan skulle kunna vara ett riktvärde avseende vilka priser som ska gälla om fönster som inte omfattas av bilagan avropas.

MKB upphandlade en totalentreprenad för fönsterbyte och fönsterrenovering på fastigheterna Klas 7 och Klas 8 i enlighet med förfrågningsunderlaget daterat den 20 juni 2016, i vilken Kårab sedermera tilldelades

kontrakt. HBV och Interoc ingick inte ramavtal förrän den 20 september 2016. Det fanns alltså ingen möjlighet för MKB att redan då använda sig av det avtalet.

Avtalet med Måla i Skåne AB

Kårab har ansökt om ogiltigförklaring av ett avtal som MKB ingått med Interoc. Därefter har Kårab utvidgat sitt yrkande till att även avse avtalet med Måla i Skåne, som är ett helt annat avtal. Det saknas beröringspunkter mellan avtalen och det kan därför inte anses vara fråga om samma sak. Därför bör Kårabs talan i den delen avvisas.

I sak anför MKB följande.

Det är inte korrekt att de arbeten utöver målning som ska göras är så pass omfattande att de inte kan anses vara sådana tilläggsarbeten som avses i ABT 06. Det finns inte någon vedertagen definition av målningsarbeten och det vore orimligt om begreppet endast omfattade rena målningsarbeten. Det är i princip omöjligt att genomföra helt renodlad målning eftersom det ofta upptäcks mindre renoveringsåtgärder som behöver åtgärdas i samband med målningen. De arbeten som har omfattats av den förnyade konkurrensutsättningen som framgår av den tekniska beskrivningen är huvudsakligen rena målningsarbeten. De därtill hörande arbetena har varit sådana som är så nära förknippade med målningsarbeten att det vore orimligt att de skulle utföras av en annan entreprenör, inte minst med tanke på att entreprenaden utförs i lägenheter med kvarboende hyresgäster som inte ska behöva tolerera att flera olika entreprenörer behöver tillträde till deras lägenheter.

Hela kontraktssumman för måleriavtalet är 2 985 000 kronor. Att endast omkring 380 000 kronor av detta avser fönsterrenoveringsåtgärder och glasbyten styrker att det i princip rör sig om en renodlad målningsentreprenad. Detta har även bekräftats av Ove Forslund i ett sakkunnigutlåtande daterat den 12 februari 2017. Han har uttryckligen intygat att de

arbeten som framgår av den tekniska beskrivningen innefattas i begreppet ”målningsarbeten” eller ”till målningsarbeten hörande arbeten”. Det framgår därmed att arbeten som är kopplade till förutsättningarna för att utföra målningen omfattas, och att vissa rengöringsåtgärder måste vidtas i samband med rena målningsarbeten.

Det är inte korrekt att måleribeskrivningen och svarsblanketten styrker att ramavtalet för måleri inte har gett utrymme för utförande av fönsterrenoveringsarbeten, eftersom ramavtalet för måleri endast har avsett målning. Måleribeskrivningen behandlar invändig målning av lägenheter, men det innebär inte att ramavtalet för måleri endast gäller för invändig ommålning av lägenheter, vilket framgår klart och tydligt av ramavtalet. Av förfrågningsunderlaget för ramavtalet för måleri framgår under ”Omfattning A Del 1” att uppdragen gäller målningsarbeten i lägenheter och ”Omfattning A del 2” att uppdragen gäller Övrig målning (dvs. inte i lägenhet).

Skada

Kårab har inte någon möjlighet att tilldelas kontrakt i MKB:s upphandlingar. MKB har beslutat att utesluta Kårab i ett antal olika upphandlingar. Det bör särskilt beaktas att det är Kårab som är orsaken till att ytterligare avtal avseende entreprenadarbetena på fastigheterna Klas 7 och 8 har behövt ingås. Om Kårab hade utfört sitt arbete kontraktsenligt hade samtliga arbeten på dessa fastigheter redan varit utförda.

Kårab har väsentligt brustit i sina åtaganden gentemot MKB genom att inte se till att dess underentreprenör fullgjorde sina åligganden avseende skatt och sociala avgifter, inte hålla tidsplan, göra sig skyldigt till väsentligt avtalsbrott avseende tekniskt utförande och misskötsamhet i övrigt bland annat genom underlåtenhet att fullgöra löpande åtaganden och utfästelser som gjorts under entreprenadtiden. MKB hävdade därför avtalet med Kårab.

MKB:s hävningsförklaring hade föregåtts av en varning om hävning. MKB har beslutat att utesluta Kårab i fyra olika upphandlingar. MKB beslutade den 10 november 2017 att utesluta Kårab i en upphandling av totalentreprenad för ändring av kontor till lägenheter och ombyggnad av lokal till lägenheter. Dessförinnan gavs Kårab möjlighet att yttra sig över de omständigheter som enligt MKB var skäl för uteslutning. När avtalsspärren hade löpt ut kunde MKB konstatera att Kårab inte hade ansökt om överprövning av upphandlingen. Det framgår uttryckligen av rättspraxis att en upphandlande myndighet inte ska behöva tilldela samma anbudsgivare ett nytt kontrakt avseende samma arbeten när man har hävt avtalet avseende tidigare arbeten. MKB:s förfarande avseende de ingångna avtalen har inte medfört att Kårab lidit eller kan komma att lida skada.

Kårab anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Avtalet med Interoc

HBV:s ramavtal tillåter inte att MKB som beställare själv skulle kunna tillhandahålla fönster för montering. Formuleringen i montageföreskrifterna AFD.1522 är alltför vag och allmänt hållen för att kunna tillämpas beträffande MKB:s tillhandahållande av en majoritet (83 av totalt 138) av de fönster som skulle bytas. Av motiven till AMA AF 12 framgår att det under AFD.1522 bör anges varuslag, kvantitet, leveranssätt, leveranstid m.m. beträffande sådana varor som ska tillhandahållas av beställaren. I brist på en sådan specifikation kan formuleringen inte innebära att ramavtalet medger montering av fönster tillhandahållna av annan än just den tilldelade leverantören.

MKB har påstått att det inte kan vara proportionerligt att ogiltigförklara kontraktet på grund av att det omfattat arbete med montering av fönster eftersom detta arbete sedan avbeställts. En annan bedömning än den förvaltningsrätten har gjort skulle i praktiken öppna för att en upphandlande

myndighet i en överprövningsprocess alltid skulle kunna avbeställa otillåtet upphandlade varor eller tjänster för att på så sätt kunna undvika upphandlingsskadeavgift och eventuellt skadestånd. Själva avbeställningen av monteringsarbetena är därmed ovidkommande.

De fönster Interoc har levererat har inte omfattats av ramavtalet och är därmed otillåtet upphandlade. MKB gör gällande att såväl kulturfönster som skyltfönster går att avropa från ramavtalet trots att båda dessa fönstertyper är vitt skilda från de fönster som faktiskt konkurrensutsatts och dessutom vitt skilda från varandra avseende bl.a. typ, pris, tillverkningsätt, inköpsställe och monteringsätt. MKB och Interoc har förhandlat om priserna på de kulturfönster och skyltfönster som Interoc har åtagit sig att leverera och det kan därmed konstateras att någon konkurrensutsättning över huvud taget inte har skett beträffande dessa.

Vad MKB anför om p. 7.1 i ramavtalet har inte något att göra med bedömningen av om de 55 kulturfönster och de skyltfönster som MKB beställt eller haft möjlighet att beställa från Interoc har upphandlats i enlighet med LOU. Det har inte någonstans i det förfrågningsunderlag som legat till grund för det ramavtal som HBV upphandlat framgått att upphandlingen avsett något annat än de fönster som respektive anbudsgivare offererade i upphandlingen. Något utrymme att avropa helt andra typer av fönster har därmed inte funnits.

Interoc har offererat en helt annan typ av fönster än de kulturfönster och skyltfönster som efterfrågats och sedermera beställts av MKB. Ändringen är att betrakta som väsentlig. Om det vid den ursprungliga upphandlingen hade varit känt att exklusiva kulturfönster skulle beställas, hade detta med stor sannolikhet medfört att andra anbud hade ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen. Vidare har Interoc i sitt anbud lämnat anbud på en option avseende leverans och byte av fönsterpartier och dörrar till butikslokaler. Sådana fönster (skyltfönster)

och dörrar har inte heller varit föremål för upphandling. Av Interocs anbud framgår att den delen uppskattas vara värd 735 000 kronor. Avtalet med Interoc ska därmed ogiltigförklaras även i den.

Avtalet med Måla i Skåne

Det skulle inte vara processekonomiskt försvarbart om Kårab behövde inleda ytterligare en rättsprocess med anledning av avtalet med Måla i Skåne. Hanteringen i förvaltningsrätten har varit den mest effektiva för alla inblandade. MKB lider inte heller någon skada av att måleriavtalets giltighet prövas i denna process.

Det naturliga för en upphandlande myndighet som efterfrågar en viss typ av tjänst borde vara att upphandla just den tjänsten. MKB kunde enkelt ha upphandlat fönstermålning och fönsterrenovering. En sådan upphandling har också gjorts under 2016, varvid Kårab tilldelades avtalet. Ramavtalet för måleri har inte gett utrymme för fönsterrenoveringsarbeten eftersom det endast avsåg målning. Detta styrks av ”Bilaga 2 måleribeskrivning” och ”Bilaga 3 svarsblankett målning 2013” i förfrågningsunderlaget vid upphandlingen av ramavtalet för måleri. Att dessa handlingar är en del av förfrågningsunderlaget framgår av p. AF 3.1 i upphandlingsföreskrifterna.

Av måleribeskrivningen framgår tydligt att upphandlingen av ramavtalet för måleri avsett invändig ommålning av lägenheter. Om avtalet hade avsett målning utomhus skulle med all sannolikhet en beskrivning med måleri-anvisningar för utomhusmålning ingått i förfrågningsunderlaget på samma sätt som målerianvisningarna för inomhusmålning. De koder som måleribeskrivningen hänvisar till i AMA Hus 11 avser också endast målning. Av svarsblanketten framgår bland annat att anbudsgivare i upphandlingen av ramavtalet skulle fylla i ett prisformulär. I detta skulle anges priser på målning, men inte någonstans har det begärts prisuppgift avseende målning av fönster eller renovering av fönster. MKB har alltså inte konkurrensutsatt de priser som Måla i Skåne har fakturerat för fönstermålning och

fönsterrenovering. Det kan också konstateras att de arbeten som utförts generellt har varit av en annan karaktär än de som upphandlats genom ramavtalet för måleri.

Det är utan betydelse hur stor del av måleriavtalet som avsett otillåtet upphandlade arbeten. Det kan vidare ifrågasättas om själva målningsarbetena blivit korrekt konkurrensutsatta när upphandlingen inför ramavtalet inte omfattat fönstermålning och den målning som utförts har avsett just fönster.

Utlåtandet från Ove Forslund tillför ingenting i målet. Det ger snarare intryck av att arbetena är att betrakta som fönsterrenoveringsåtgärder trots att MKB har vänt sig till Forslund för att få ett intyg som ger stöd för åtgärderna är att betrakta som målning.

Sammantaget har MKB inte visat att det vid upphandlingen av ramavtalet för måleri har varit tydligt för alla potentiella anbudsgivare att upphandlingen har avsett sådana åtgärder som måleriavtalet sedan kom att omfatta. En korrekt genomförd upphandling hade attraherat både fler och andra anbudsgivare. En sådan upphandling skulle ha lett till att ett annat bolag än Måla i Skåne skulle ha tilldelats kontraktet.

Skada

Det finns inte någon rättspraxis som ger stöd för att MKB inte skulle vara tvunget att pröva ett anbud från Kårab i en framtida upphandling. Kårab har begärt överprövning av beslutet av MKB att utesluta Kårab från deltagande i upphandlingar eftersom Kårab anser att det saknas grund för ett sådant uteslutande. MKB har hävt kontraktet avseende fönsterbyte och fönsterrenovering på fastigheterna Klas 7 och Klas 8. Kårab anser att hävningsgrund saknas och har väckt talan mot MKB i tingsrätten.

Kårab har utfört sina arbeten på fastigheterna på ett avtalsenligt sätt. Det stämmer inte att det är Kårab som är skälet till att MKB ingått avtalen med Interoc och Måla i Skåne.

När det gäller avtalet med Interoc finns det inte något skaderekvisit och kammarrätten ska därför pröva giltigheten av detta avtal utan hänsyn till om Kårab riskerar att lida skada.

Interoc Fasad AB anser att överklagandet ska bifallas.

Måla i Skåne anser att överklagandet ska bifallas.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Avtalet med Interoc

HBV har upphandlat ramavtal för sina medlemmars räkning avseende köp av fönster. MKB är en av många allmännyttiga bostadsbolag som har rätt att göra avrop från avtalet.

Förvaltningsrätten har ansett att MKB inte hade rätt enligt ramavtalet att ingå avtal med Interoc angående endast montering av de fönster som tillhandahölls av MKB. Den del av avtalet som avser montering av 83 fönster har MKB avbeställt på grund av att fönstren var för stora. Med hänsyn till att arbetet med att montera dessa fönster inte hade påbörjats vid tidpunkten för avbeställningen och någon prestation därmed inte hade fullgjorts samt till att avtalet i den delen inte längre gäller mellan parterna, måste yrkandet om ogiltigförklaring i den delen anses ha förfallit.

Avtalet med Interoc har i övrigt bestått av leverans och montering av kulturfönster. Kårab har invänt att MKB har avropat fönster som inte omfattas av ramavtalet och att det därmed varit fråga om en otillåten direktupphandling. Den invändningen har inte prövats av förvaltningsrätten.

Kammarrätten anser att det finns förutsättningar att pröva invändningen i det här målet. Avropet av fönster har sin grund i den upphandling som HBV har genomfört i egenskap av inköpscentral. I Skåne län är Interoc på första plats som leverantör enligt ramavtalet.

Det ligger i sakens natur att det vid ramavtalsupphandlingar med ett stort antal avropsberättigade inte kan förutses exakt vilket behov som kommer att uppstå hos de potentiella avtalsparterna. För att ett ramavtal ska uppfylla sitt syfte måste det i normalfallet finnas en möjlighet att beställa andra varor än de som uttryckligen anges i leverantörens prislista.

Det framgår inte annat än att ramavtalet enligt punkten 4 omfattar leverans inklusive montering av fönster och fönsterdörrar utförda i trä/aluminium, sidohängda och glidhängda samt fönster utförda i trä. Under punkten 7.1 framgår att ersättningsform vid avrop enligt rangordning kan ske enligt följande alternativ:

- Fast pris per styck enligt prisbilaga i anbud
- Fast pris vid avrop upp till 300 fönster/fönsterdörrar med leverans inklusive montage
- Löpande räkning upp till 300 fönster/fönsterdörrar med leverans inklusive montage

I övrigt sker avrop enligt förnyad konkurrensutsättning. Så länge beställningen inte överstiger 300 fönster/fönsterdörrar finns det enligt ramavtalets formulering möjlighet att avropa andra fönster än de som finns med i den bifogade prislistan. Inte heller optionen avseende skyltfönster och dörrar möter några hinder i ramavtalets formulering. Därför ska Kårabs ansökan om ogiltigförklaring av avtalet mellan MKB och Interoc avslås.

Avtalet med Måla i Skåne

MKB har invänt att talan avseende avtalet med Måla i Skåne borde avvisas eftersom det är fråga om en otillåten ändring av talan. Som förvaltningsrätten har konstaterat är det den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad ÄLOU, som ska tillämpas i det här fallet. Av 16 kap. 13 § ÄLOU framgår att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från att avtalet slöts. Ansökningarna avseende båda avtalen uppfyller det kravet. Det finns därmed inget som hindrar att ansökan om ogiltigförklaring av avtalet med Måla i Skåne prövas i samma mål som avtalet med Interoc.

Förvaltningsrätten har bedömt att MKB utan föregående annonsering har ingått avtal med Måla i Skåne avseende arbeten som inte kan anses ingå i ramavtalet för måleri. Vidare har förvaltningsrätten bedömt att Kårab får anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada av att avtalet har ingåtts, vilket är en förutsättning för att avtalet ska ogiltigförklaras.

Kammarrätten prövar först frågan om skada. Enligt 10 kap. 2 § 4 ÄLOU får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta. Begreppet fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den aktuella aktörens trovärdighet i professionellt avseende. Allvarligt fel syftar på ett agerande av aktören som tyder på uppsåt eller vårdslöshet i viss omfattning (se EU-domstolens dom den 13 december 2012 i mål nr C-465/11, Forposta). Upphandlande myndighet ska göra sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen för att uteslutning ska kunna ske (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 61).

MKB har hänvisat till sin hävning av avtalet om fönsterbyte och fönsterreovering i fastigheterna Klas 7 och Klas 8. Av hävningen framgår att Kårabs underleverantör utifrån uppgifter från Skatteverket under november

och december 2016 sammanlagt har betalat 15 659 kronor i sociala avgifter, varav 0 kronor i december. Detta motsvarar en sammanlagd lön för de anställda under den aktuella perioden om 49 837 kronor. I januari 2017 har endast 2 639 kronor betalats i sociala avgifter, vilket motsvarar en lön om 8 399 kronor. Under november 2016 har underleverantören haft 6–14 anställda på arbetsplatsen. En beräkning där varje arbetstagare har haft en lön om 163 kronor i timmen och arbetat sex timmar per dag resulterar i att underleverantören skulle ha erlagt 65 452 kronor i sociala avgifter för november. Entreprenören svarar för att dess underleverantör fullgör sina åtaganden avseende betalning av skatt och sociala avgifter, vilket också framgår av parternas entreprenadkontrakt.

Kårab har visserligen hänvisat till att ett mål pågår i tingsrätten angående hävningen, men har inte i sak lämnat någon godtagbar förklaring. Kammarrätten anser att MKB har visat att Kårab genom sitt agerande i entreprenaden har gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen i LOU:s mening. MKB har därmed haft fog för sin ståndpunkt att Kårab inte kommer att antas i MKB:s upphandlingar. Det innebär att Kårab inte har lidit skada av att avtalet med Måla i Skåne har ingåtts och att det saknas skäl att pröva frågan om avtalets omfattning. Även Kårabs ansökan om ogiltigförklaring av avtalet mellan MKB och Måla i Skåne ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Ewa Hagard Linander

Viktoria Sjögren Samuelsson

Roger Petersson
referent

/Emelie Herou



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2018-01-23
Meddelad i Malmö

Mål nr
10646-17

SÖKANDE

1. KÅRAB AB, 556817-7132

Ombud: Advokat Rikard Sahlberg och jur. kand. Fanny Herbe
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPARTER

2. MKB Fastighets AB, 556049-1432

Ombud: Advokat Annika Andersson och biträdande jurist Hanna Wackå
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

3. Interoc Fasad AB, 556871-2243

Ombud: Advokat Viktoria Edelman och jur. kand. Viktor Hård af Segerstad
AG Advokat
BOX 3124
103 62 Stockholm

4. Måla i Skåne AB, 556620-4748
Bronsyxegatan 9B
213 75 Malmö

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÅLOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller KÅRAB AB:s ansökan och förklarar att avtalet mellan MKB Fastighets AB och Interoc Fasad AB avseende fönsterbyte för projektet ”UH100005-02 Fönsterbyte Klas 7” är ogiltigt.

Dok.Id 412695

Postadress Box 4522 203 20 Malmö	Besöksadress Kalendegatan 6	Telefon 040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se	Telefax 040-97 24 90	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
---	---------------------------------------	---	--------------------------------	---

Förvaltningsrätten bifaller KÅRAB AB:s ansökan och förklarar att avtalet mellan MKB Fastighets AB och Måla i Skåne AB avseende genomförande av fönstermålning och renovering på fastigheterna Klas 7 & 8 är ogiltigt.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING M.M.

KÅRAB AB

KÅRAB yrkar att avtalet avseende fönsterbyte för projektet ”UH100005-02 Fönsterbyte Klas 7” ingånget mellan MKB Fastighets AB (MKB) och Interoc Fasad AB (Interoc) ska förklaras ogiltigt (hädanefter avtalet). KÅRAB yrkar även att avtalet som ingåtts mellan MKB och Måla i Skåne AB (Måla i Skåne) avseende genomförande av fönstermålning och renovering på fastigheterna Klas 7 & 8 ska förklaras ogiltigt (hädanefter måleriavtalet). Som grund anför KÅRAB följande.

MKB annonserade i juni 2016 ut en upphandling av totalentreprenad av fönsterbyte och fönsterrenovering för fastigheterna Klas 7 & 8 där KÅRAB tilldelades kontraktet. MKB avgav den 20 februari 2017 en hävningsförklaring till KÅRAB. Vid tiden för MKB:s hävningsförklaring hade KÅRAB hunnit beställa 83 stycken måttanpassade fönster. Fönsterna hade inte hunnit levereras eller monteras vid tiden för hävningsförklaringen varför överenskommelse träffades om att MKB skulle ta över fönsterna från KÅRAB. Någon ny upphandling har därefter inte annonserats utan MKB har istället gjort ett avrop från ett av Husbyggnadsvaror HBV Förenings (HBV) ramavtal. Den 1 oktober 2016 ingick HBV avtal med Interoc. MKB är en av de avropsberättigade. MKB har avropat från ramavtalet och har den 21 juli 2017 ingått avtal med Interoc.

MKB:s avrop har grundat sig på en rambeskrivning daterad den 12 juni 2017 och fasadritningar. Vid en granskning av fasadritningarna framgår därutöver att entreprenaden också omfattar byte av ett stort antal ventiler. Eftersom Interoc har ombetts prissätta byte av ventiler framstår det som uppenbart att detta arbete har efterfrågats av MKB och därmed kan komma att utföras med åberopande av avtalet mellan MKB och Interoc.

Ramavtalets omfattning framgår av punkten 4 i ramavtalet: ”Ramavtalet omfattar leverans inkl. montering av fönster och fönsterdörrar utförda i trä/aluminium, sidohängda och glidhängda samt fönster utförda i trä”. I de administrativa föreskrifterna som ligger till grund för ramavtalet beskrivs kontraktsföremålet och upphandlingens omfattning i punkten 1.5.1: ”Upphandlingen omfattar ramavtal för leverans inkl. montering av fönster och fönsterdörrar (...)”. Av Interocs anbud framgår att anbudspriset inkluderar leverans av 55 stycken fönster, fönsterdörr och entrédörr medan rivning och montering ska ske av 138 stycken fönster och två dörrar. Det är således tydligt att MKB tillhandahåller en övervägande del av de fönster som krävs för entreprenadens färdigställande och att avtalet i denna del innefattar montering utan leverans av fönster istället för den prestation ramavtalet gäller för, nämligen leverans inklusive montering av fönster. Att ramavtalet endast gäller för sådan montering som sker av fönster som leverantören levererat styrks av punkten 12 i ramavtalet, vari detaljerade krav för inköp av fönster och fönsterdörrar anges. Genom att i förhållande till leverantören tydligt ställa upp krav på produkter som ska levereras framgår att ramavtalet endast är tänkt att ligga till grund för upphandlingar av montering av fönster som sker i kombination med att leverantören själv levererar fönsterna. Montageföreskrifterna är en bilaga till AF-delen och har inte på egen hand legat till grund för någon upphandling utan har endast kompletterat AF-delen i de delar som gäller montage av fönster. Skälet till att montageföreskrifterna endast behandlar utförandet av montering av fönster är att det i ramavtalet endast är denna del, och inte delen som avser leverans av fönster, som omfattas av reglerna i ABT 06 och AMA 12. Värdet av den del av entreprenaden som avser montering av de 83 fönster som MKB tillhandahåller uppgår till 650 000 kr. Att med stöd av ramavtalet endast ingå avtal om enbart arbete är inte tillåtet och utgör en väsentlig ändring av ramavtalet. MKB anför att det inte utgör en otillåten direktupphandling eftersom MKB har avbeställt montering av de fönster som MKB tillhandahållit. Avbeställningen skedde först den 13 oktober 2017, dvs. drygt en vecka efter att KÅRAB

kommit in med ansökan om överprövning. MKB kan inte läka det faktum att man har underlåtit att upphandla vissa tjänster genom att sedan avbeställa dessa när man får vetskap om att en ansökan om överprövning av avtalets giltighet är för handen. Den otillåtna direktupphandlingen har skett i samma stund som MKB och Interoc ingått avtalet.

Av de administrativa föreskrifterna för HBV:s upphandling av ramavtal framgår hur anbudsgivare ska prissätta avseende de fönster som offereras inom ramen för upphandlingen (se punkten 5.3). Interoc har lämnat anbud på anbudsområdena A, B och C, vilket innebär att man har offererat leverans av fönster inklusive montering. Av avtalet mellan MKB och Interoc går det inte att utläsa vilket avtalsområde som gäller för den aktuella entreprenadens utförande. Inte heller går det att utläsa av Interoc anbud. Det enda som går att utläsa är att det rör sig om s.k. kulturfönster. De krav som MKB uppställer i rambeskrivningen speglar dock inte de krav som HBV anger i sin bilaga ”teknisk beskrivning” till AF-delen. Vad KÅRAB kunnat se framgår MKB:s önskemål beträffande fönster endast i rambeskrivningen. KÅRAB gör gällande att de 55 fönster som levererats av Interoc inte är den typ av fönster som Interoc angett i sitt anbud för ramavtalet. Inte någonstans i förfrågningsunderlaget som legat till grund för HBV:s upphandling av ramavtalet framgår att upphandlingen avsett något annat än de fönster som respektive anbudsgivare offererade i upphandlingen. Något utrymme för att avropa helt andra fönster har därmed inte funnits. Ändringen i val av fönster är att betrakta som väsentlig och om detta hade varit känt vid den ursprungliga upphandlingen skulle det med stor sannolikhet inneburit att andra anbud ingått i utvärderingen. Dessutom innebär ändringen från standardfönster till kulturfönster och skyltfönster att den ekonomiska jämvikten i avtalet ändras till förmån för Interoc som leverantör samt att ramavtalets omfattning utvidgas betydligt. Vidare har Interoc lämnat anbud på en option avseende leverans och byte av fönsterpartier och dörrar till butikslokaler. Sådana skylt-

fönster och dörrar har inte varit föremål för upphandling. Av Interocs anbud framgår att den delen uppskattas vara värd 735 000 kr exklusive moms.

Avtalet mellan MKB och Interoc har således uppkommit genom en otillåten direktupphandling. Värdet av det avtal som MKB och Interoc har ingått uppgår till 2 280 000 kr (plus en option om 735 000 kr) och överstiger därmed gränsen för direktupphandling. I nu aktuellt fall är det högst sannolikt att det finns potentiella anbudsgivare som skulle ha varit intresserade av att delta i en upphandling som dels innebar montering av befintliga fönster, dels leverans och montering av fönster som anbudsgivaren själv skulle köpa in. En väsentlig ändring av ett avtal anses ske om ändringen medför att ett ramavtals omfattning utvidgas betydligt.

När det kommer till huruvida prövningen omfattar även avtalet mellan MKB och Måla i Skåne anser KÅRAB att saken avgränsas av vad som i överprövningen påstås ha upphandlats eller inte i strid med gällande regler. Ansökan om överprövning avsåg MKB:s upphandling av bl.a. fönsterrenovering och målning av fönster samt målning av plåt på mansard, tak på burspråk och fasadbleck.

Vad avser fönsterrenovering och målning av fönster har MKB gjort gällande att dessa arbeten på ett korrekt och tillåtet sätt, genom förnyad konkurrensutsättning, har avropats från ett tidigare upphandlat ramavtal avseende måleriarbeten och att MKB och Måla i Skåne ingått avtal om fönsterrenovering och målning avseende Klas 7 & 8. Det framgår inte av vare sig måleriavtalet eller ramavtalet att det omfattar fönsterrenovering. Av den tekniska beskrivningen, som är en del av måleriavtalet, framgår tydligt att Måla i Skånes uppdrag går långt utöver målning och därmed även utöver vad som faktiskt har upphandlats av MKB 2013. Av förfrågningsunderlaget till ramavtalet "Måleripool" framgår endast att upphandlingen avsett målningsarbeten i lägenheter respektive övrig målning medan den tekniska beskrivningen bl.a.

anger att Måla i Skåne ska utföra renovering av fönster, fönsterdörrar och dörrar samt avhjälpa fel och brister från tidigare entreprenad. Renoveringen avser bl.a. slipning, demontering av fönsterbågar, borttagning av fönsterkitt, omkittning av fönster samt byta rötskadat virke mot friskt virke, byta ytterglas och innerglas, riva och montera nya damm- och tätningsslistor, rengöra ventiler i fasad, montera stormhaspar med öga och märkla, byta trasiga beslag och byta befintliga fogar mot hydrauliskt kalkbruk.

Sammantaget kan alltså konstateras att Måla i Skåne i en inte ringa omfattning har fått uppdrag att utföra allt från snickeriarbeten till leverans och byte av fönsterglas. MKB anser att det är tilläggsarbeten inom ramen för Måleriavtalet. Definitionen av tilläggsarbeten framgår av listan över begreppsbenämningar i ABT 06 vari anges att ett tilläggsarbete är ett arbete som ”står i omedelbart samband med kontraktarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa”. Arbetena är inte så nära förknippade som krävs för att de ska anses utgöra tilläggsarbeten. Vidare faller flera av de nämnda arbetena utanför en målares fackområde. För det fall MKB har önskat få dessa arbeten utförda har det ålegat MKB att annonsera om detta i enlighet med LOU. Något tillämpligt undantag från krav på annonsering har inte förelagat. MKB har anfört att det i princip är omöjligt att utföra en renodlad målningssupphandling mot bakgrund av att det ofta upptäcks mindre renoveringsåtgärder. Enligt KÅRAB finns det en enkel lösning på detta problem, nämligen att upphandla målningssarbeten och övriga åtgärder. Att MKB tidigare har använt ramavtal måleri som underlag för upphandlingar sedan 2013 rättfärdigar givetvis inte en sådan tillämpning av avtalet.

Vad avser huruvida KÅRAB lidit skada kan det konstateras att det ännu inte har avgjorts i tingsrätt huruvida hävningen av kontraktet mellan MKB och KÅRAB varit korrekt och målet gällande uteslutning har inte heller avgjorts. Rätten kan därför inte utgå från att det föreligger grund för uteslut-

ning. Om MKB hade annonserat de nu upphandlade arbetena hade KÅRAB deltagit i upphandlingen och skulle haft goda chanser att tilldelas kontrakt.

Offentlig upphandling ska ske med beaktande av reglerna i LOU och särskilt med beaktande av de allmänna upphandlingsrättsliga. Av dessa regler följer bl.a. att en upphandling ska annonseras. Ett kontrakt som upphandlats får ändras under vissa förutsättningar, bl.a. om de aktuella ändringarna inte är väsentliga. Om ändringarna däremot är väsentliga innebär det ett brott mot LOU att inte konkurrensutsätta kontraktet i dess nya, ändrade lydelse. I nu aktuellt fall har MKB fört in väsentliga förändringar under ramavtalet utan att annonsera dessa på föreskrivet sätt. Enligt bestämmelserna i LOU ska domstolen därför besluta att de aktuella avtalen mellan MKB och Interoc samt mellan MKB och Måla i Skåne är ogiltiga.

MKB Fastighets AB

MKB bestrider bifall till KÅRAB:s ansökan. MKB yrkar att KÅRAB:s yrkande om att ingånget avtal mellan MKB och Måla i Skåne ska ogiltigförklaras ska avvisas mot bakgrund av att saken utökas och blir en annan. MKB anför följande.

De ekonomiska konsekvenserna vid en avbeställning av de fönster som MKB levererat till Interoc kan i nuläget inte bedömas mot bakgrund av att detta kan avgöras först när entreprenaden är genomförd och genom slutavräkning ska ske mellan summan av tillägg och summan av avdrag. Det är således inte möjligt att bedöma huruvida följderna av en avbeställning respektive ogiltigförklaring av avtal blir en annan förrän entreprenaden är färdigställd. Vidare vore det orimligt att förvaltningsrätten skulle kunna ogiltigförklara ett avtal på grund av ett arbete som inte längre utgör del av detta avtal.

Det är inte korrekt att rambeskrivningen har legat till grund för Interocs anbud. Rambeskrivningen är inte ens en del av kontraktshandlingarna i avtalet. När MKB hade hävt avtalet med KÅRAB upprättades rambeskrivningen eftersom MKB hade för avsikt att genomföra en ny upphandling. MKB insåg dock att de aktuella arbetena kunde avropas från olika befintliga ramavtal och valde denna väg istället för att gå ut med en ny upphandling. I ett inledande skede skickades rambeskrivningen till Interoc eftersom den bl.a. innehåller arbetena som Interoc skulle utföra för att Interoc skulle få uppgift om förutsättningarna för de aktuella arbetena. Rambeskrivningen utvisar således inte omfattningen av Interocs arbeten inom ramen för avtalet.

Avtalet omfattar mer än leverans inkl. montering. Av de administrativa föreskrifterna för montage (AFD.1) framgår att det ingår bl.a. demontering, bortforsling av befintliga karmar, bågar och beslag, leveransmottagning och montering av nya fönster m.m. De beskrivna arbetena är sådana arbeten som Interoc ska utföra inom entreprenaden, såväl avseende fönster tillhandahållna av MKB som avseende fönster som levereras av Interoc. Det är således fråga om identiska arbeten som samtliga omfattas av ramavtalet.

Oaktat det har MKB varit tvungna att avbeställa de arbeten som avser montage av de 83 fönster som MKB tillhandahållit eftersom det visat sig att 75 av dessa fönster var för stora. MKB har därefter avbeställt arbetet avseende dessa fönster. Arbetena omfattas därför inte längre av kontraktet. Kontraktet avser därför endast leverans och montering av 55 fönster.

För aktuell upphandling är Interoc rangordnade som nummer ett för samtliga anbudsområden och det är anbudsområde C som avropet avser. Av ramavtalet punkt 7.1 framgår att vid avrop enligt rangordning kan fast pris per styck enligt prisbilaga i anbud gälla, men det framgår också att fast pris alternativt löpande räkning kan gälla vid avrop upp till 300 fönster eller fönsterdörrar med leverans inklusive montage. MKB har beställt 55 fönster in-

klusive montage av Interoc. Fönsterna är förvisso dyrare än de som nämns i prisbilagan. Ramavtalet är dock inte begränsat till sådana fönster som anges i prisbilagan. MKB har därför haft rätt att avropa aktuella fönster från Interoc. Det är HBV som har upprättat ramavtalet och genomfört den aktuella upphandlingen vilket innebär att HBV:s uppfattning om vad som omfattas av ramavtalet självklart ska tillmätas stor betydelse. HVB har via mejl bekräftat att det är möjligt att avropa fönster som inte framgår av prisbilagan. Detta innebär att upphandlingen av ramavtalet har avsett även andra fönster än de fönster som respektive anbudsgivare offererat i upphandlingen och att det finns utrymme för att avropa helt andra typer av fönster vilket alltså även uttryckligen framgår av punkt 7.1 i ramavtalet. MKB har aldrig varit intresserade av standardfönster med standardmått som framgår av Interocs prisbilaga utan har redan från början efterfrågat platsmåttade kulturfönster. KÅRAB har vidare anført att Interoc i anbudet lämnat en option avseende leverans och byte av fönsterpartier och dörrar till butikslokaler som inte har varit föremål för upphandling. Ramavtalet omfattar både fönster och fönsterdörrar och det finns ingen begränsning i ramavtalet till specifika fönster eller fönsterdörrar vilket innebär att Interoc har lämnat anbud på option som omfattas av ramavtalet. Sammanfattningsvis har MKB inte gjort sig skyldig till någon otillåten direktupphandling.

KÅRAB har anført att det framstår som uppenbart att byte av ventiler kan komma att utföras med stöd av avtalet trots att detta inte medger byte av ventiler. MKB har aldrig efterfrågat byte av ventiler eftersom nuvarande ventiler fungerar utmärkt. Interoc har dock på eget initiativ lagt till i sitt anbud à-pris för byte av ventiler om det skulle bli aktuellt eftersom det är ett vanligt förekommande behov vid den aktuella typen av arbeten. MKB har således aldrig efterfrågat ett à-pris för byte av ventiler. Vidare framgår det av upphandlingsföreskrifterna till ramavtalet att anbudsgivare i prisbilaga ska lämna pris avseende bl.a. ventiler.

MKB anser att KÅRAB:s yrkande att avtalet mellan MKB och Måla i Skåne ska ogiltigförklaras ska avvisas. Detta med anledning av att det i KÅRAB:s ansökan om överprövning framgår att KÅRAB yrkar att avtalet mellan MKB och Interoc ska förklaras ogiltigt. Det stämmer därför inte att ansökan har avsett de nu nämnda arbetsmomenten. Det faktum att KÅRAB har angett att avtalet omfattar nämnda arbetsmoment, vilket i och för sig inte är korrekt, medför inte att ansökan om överprövning kan anses innefatta även måleriavtalet. MKB anser därför att saken blir en annan. Det saknas beröringspunkter mellan avtalet och måleriavtalet. Det är två helt olika avtal som är avropade från ramavtal som upphandlats av olika parter med olika avropsmodeller.

Om förvaltningsrätten kommer fram till att måleriavtalet inte ska avvisas ska följande nämnas. Det är inte korrekt att omfattningen av Måla i Skånes uppdrag enligt måleriavtalet går utöver vad som upphandlats. Måla i Skånes åtagande enligt måleriavtalet avser i huvudsak rena måleriarbeten och de tillkommande arbetena som har en särskild koppling till måleriarbetena på ett sätt som gör att det inte hade varit praktiskt hanterbart eller ekonomiskt försvarbart att utföra de tillkommande arbetena separat. MKB har således haft rätt att avropa de aktuella arbetena från Måla i Skåne. Måla i Skåne har lämnat à-priser för att kunna utföra dessa tilläggsarbeten inom ramen för måleriavtalet. Tilläggsarbete definieras i ABT 06. Arbeten som omfattas av Måla i Skånes åtagande inom ramen för måleriavtalet avser rena målningsarbeten och arbetena som KÅRAB nämner avser mindre fönsterrenoveringsarbeten som är kopplade till målningsarbetena vilket innebär att arbetena står i omedelbart samband med måleriarbeten som gör att dessa kan utföras inom ramen för måleriavtalet. Samtliga inblandande parter i upphandlingen har varit medvetna om att upphandlingen av måleriarbeten har avsett rena måleriarbeten och därtill hörande arbeten inför anbudsgivning och under avtalstiden. Mot bakgrund av det har MKB inte gjort sig skyldig till någon otillåten direktupphandling.

KÅRAB har anfört att om MKB hade annonserat de nu upphandlade arbetena hade KÅRAB deltagit i den upphandlingen och haft goda möjligheter att tilldelas kontrakt. KÅRAB hade dock inte haft goda möjligheter att tilldelas kontrakt mot bakgrund av att MKB hade uteslutit KÅRAB från deltagande i upphandlingen. Detta eftersom MKB har tagit beslut om att utesluta KÅRAB ur en rad upphandlingar.

Interoc

Interoc bestrider bifall till KÅRAB:s ansökan och anför följande.

Det angripna avropsavtalet mellan MKB och Interoc från den 21 juli 2017 har ingåtts i enlighet med villkoren i det bakomliggande ramavtalet och står inte i strid med LOU. Det saknas därför rättsliga förutsättningar för att ogiltigförklara avropsavtalet. Ramavtalets omfattning anger att avtalet omfattar "leverans inkl. montering av fönster och fönsterdörrar". Den punkten i ramavtalet måste tolkas mot bakgrund av att den generellt och i en mening beskriver ett omfattande ramavtal. Syftet med punkten är inte att strikt begränsa eller uttömmande ange närmare vilka moment som mer specifikt ingår i varje enskild fönsterentreprenad som kan baseras på ramavtalet. I samma punkt hänvisas vidare istället till övriga handlingar som ramavtalet består av. Ramavtalets omfattning ska tolkas i ljuset av dessa handlingar.

Vad som konkurrensutsatts genom upphandlingen av ramavtalet måste tolkas mot bakgrund av de upphandlingsdokument som marknadens aktörer hade att tillgå under anbudstiden. Bland upphandlingsdokumenten fanns t.ex. de administrativa föreskrifterna för montage av fönster. Där finns under punkten AFD.1 "Omfattning" en lista som utgör en beskrivning av de arbetsmoment som ramavtalet omfattar i de fall ramavtalet, förutom leverans av fönster, även omfattar montagearbeten. Av punkten AFD.1522 "Varor som tillhandshålls" framgår att "Beställaren aviserar entreprenören lö-

pande om varor som tillhandahålls av beställaren och som ska monteraras/installeras av entreprenören.”

I motsats till vad KÅRAB gör gällande framgår uttryckligen att beställaren har rätt att tillhandahålla varor som entreprenören ska montera. Det finns ingen begränsning i ramavtalets ordalydelse som innebär att monteringsarbeten endast får ske avseende just de fönster som levereras inom ramen för det aktuella avropet. Tvärtom finns det avtalsvillkor som säger motsatsen. Det har därmed inte funnits hinder för MKB att tillhandahålla material för montering av Interoc utöver de 55 fönster som skulle levereras av Interoc. Interocs anbud och avropsavtalet avser leverans inklusive montering av fönster och fönsterdörrar och inget annat. Detta överensstämmer med ordalydelsen av villkoren i ramavtalets punkt rörande omfattningen och blir än mer tydligt vid en ändamålsenlig tolkning utifrån samlade upphandlingsdokument som annonserades vid konkurrensutsättningen av det ursprungliga ramavtalet. Den rambeskrivning som KÅRAB påstår har legat till grund för anbudet har inte på något sätt legat till grund för Interocs anbud. Det stöds även av att rambeskrivningen inte är någon kontraktshandling. Avropsavtalet omfattar inte heller byte av ventiler. Det framgår tydligt att ventiler inte ingår i det offererade priset.

I detta fall har inget avsteg från villkoren i ramavtalet skett eftersom Interocs anbud avser leverans inklusive montering av fönster och fönsterdörrar. Under alla omständigheter har något sådant väsentligt avsteg från villkoren i ramavtalet som avses i 5 kap. 2 § ÄLOU inte företagits.

Avropsavtalet omfattar den typ av fönster som anges i ramavtalsupphandlingen. Det handlar om sidohängda fönster och fönsterdörrar i trä. Sådana fönster och fönsterdörrar omfattas uttryckligen av ramavtalets ordalydelse. De avrop av fönster som görs utifrån ramavtalet utgörs sällan eller aldrig av exakt de standardfönster som framgår av den prisbilaga som legat till grund

för utvärderingen av anbudet. Anpassningar av utförande och mått krävs regelmässigt. Sådana anpassningar står inte i strid med något villkor i ramavtalet som tvärtom är anpassat för att sådana lösningar ska vara tillåtna inom ramen för ramavtalet. Även den option som framgår av Interocs anbud omfattas av ramavtalet.

Måla i Skåne

Måla i Skåne har förelagts att yttra sig i målet, men har valt att inte yttra sig.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) har upphört att gälla och ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Enligt övergångsbestämmelserna ska dock 2007 års lag alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

De i målen aktuella upphandlingarna av ramavtal annonserades 2013 (Ramavtal för MKB:s Måleriarbeten 2013) samt 2016 (Ramavtal gällande leverans och leverans inkl. montering av fönster och fönsterdörrar utförda i trä/aluminium, sidohängda och glidhängda samt fönster utförda i trä). Med anledning av att upphandlingarna genomfördes före 2017 ska 2007 års lag tillämpas (ÄLOU).

I 16 kap. 13 § första stycket 1 ÄLOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 § ÄLOU.

I 16 kap. 13 § första stycket 2 ÄLOU står att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § ÄLOU utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 16 kap. 14 § ÄLOU ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Enligt 15 kap. 3 § ÄLOU ska en offentlig upphandling enligt samma kapitel göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till 28 procent av det tröskelvärdet som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningar för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

Förvaltningsrättens bedömning

Det första förvaltningsrätten ska bedöma är huruvida avtalet mellan MKB och Interoc ska ogiltigförklaras mot bakgrund av att Interoc enligt avtalet ska montera fönster som har levererats av MKB. Frågan är således om ramavtalet omfattar arbete med att montera fönster även om dessa inte har levererats av anbudsgivaren.

Av punkten 4 i ramavtalet framgår att avtalets omfattning är ”leverans inkl. montering av fönster och fönsterdörrar utförda i trä/aluminium, sidohängda och glidhängda samt fönster utförda i trä.”. Samma formulering återfinns i

förfrågningsunderlaget till ramavtalet i punkten 1.5.1. Förvaltningsrätten konstaterar att det är den beskrivning som ges om upphandlingens innehåll. Det återfinns inte någon tydligare beskrivning av kontraktsföremålet i något dokument som tillhör förfrågningsunderlaget. Även i tilldelningsbeslutet avseende ramavtalet står det att upphandlingen avser: "Fönster 16-141 Anbudsområde A Sidohängda fönster och fönsterdörrar i trä/al leveranser inklusive montering".

Såväl MKB som Interoc har hänvisat till att det i de administrativa föreskrifterna för montage (AFD.1) står vilka övriga arbetsmoment som ingår för anbudsgivaren i samband med montage. Oaktat de moment som står uppräknade där konstaterar förvaltningsrätten att det inte innebär att arbetsmomenten kan genomföras för fönster som inte levererats av anbudsgivaren. Vidare ska det beaktas att det vid motstridiga uppgifter ska ramavtalet ha företräde framför förfrågningsunderlaget med tillhörande bilagor, däribland de administrativa föreskrifterna för montage. Vad MKB anfört att om att de fönster som MKB skulle tillhandahålla sedermera har avbeställts eftersom de inte var i rätt storlek saknar betydelse eftersom det kontrakt som har ingåtts mellan MKB och Interoc avsåg montering av de aktuella fönsterna.

Mot den bakgrunden anser förvaltningsrätten att MKB inte har haft rätt att från det nu aktuella ramavtalet avropa endast arbete med montering av de fönster som MKB tillhandahållit. MKB har således ingått avtal med Interoc avseende montering av fönster tillhandahållna av MKB utan föregående annonsering och det finns därmed förutsättningar att förklara avtalet ogiltigt enligt 16 kap. 13 ÄLOU. Avsteget från ramavtalet innebär i förvaltningsrättens mening en väsentlig ändring och det är inte uteslutet att andra anbudsgivare hade varit intresserade av att delta i upphandlingen om den hade kunnat avse leverans inklusive montering av fönster såväl som endast montering av fönster. MKB har inte visat att något undantag från skyldigheten att annonsera har varit tillämpligt. Inte heller har några tvingande hänsyn till

allmänintresse enligt 16 kap. 14 § ÄLOU framkommit. Vad som anförts avseende om MKB har haft rätt att avropa de nu aktuella fönsterna från Interoc, och vad som i övrigt anförts, behöver därmed inte närmare prövas då avtalet ska förklaras ogiltigt redan på grunden att Interoc inte har haft rätt att montera de fönster som MKB levererat. Bestämmelserna i ÄLOU medger inte utrymme för att endast ogiltigförklara delar av ett avtal. För att ett avtal ska förklaras ogiltigt på grund av att det tillkommit efter en otillåten direktupphandling enligt 16 kap. 13 § ÄLOU krävs inte att den leverantör som ansökt om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada. Avtalet avseende fönsterbyte för projektet ”UH100005-02 Fönsterbyte Klas 7” ingånget mellan MKB Fastighets AB (MKB) och Interoc Fasad AB (Interoc) ska därmed förklaras ogiltigt.

Nästa fråga som förvaltningsrätten ska ta ställning till är huruvida avtalet mellan MKB och Måla i Skåne ska förklaras ogiltigt mot bakgrund av att MKB har avropat arbeten som inte, enligt KÅRAB, är att betrakta som målningensarbeten.

MKB har i första hand yrkat att KÅRAB:s ansökan i denna del borde avvisas därför att det utgör en otillåten ändring av talan. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns något krav i ÄLOU att yrkandena och omständigheterna ska vara slutligt bestämda vid ansökan (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 5). Därmed bedömer rätten att KÅRAB:s talan inte har ändrats på ett sådant sätt som utgör en otillåten ändring av talan. Rätten kan därför pröva huruvida avtalet mellan Måla i Skåne och MKB ska ogiltigförklaras.

Avtalet mellan MKB och Måla i Skåne har tillkommit efter avrop efter förnyad konkurrensutsättning. För att avtalet ska förklaras ogiltigt krävs därför att MKB inte har följt de villkor som framgår av 5 kap. 7 § ÄLOU eller de villkor som återfinns i ramavtalet som ligger till grund för den förnyade

konkurrensutsättningen samt att KÅRAB har lidit eller kan komma att lida skada (se 16 kap. 13 första stycket 2 ÄLOU).

Av ramavtalet ”§ 3 Omfattning” framgår endast att uppdragen avser målningsarbeten i lägenheter respektive övrig målning (dvs. inte i lägenhet). Under ”4 § Handlingarnas inbördes ordning” framgår vilka handlingar som ingår i avtalet. Därin anges: avtal, dessa administrativa föreskrifter, Bilaga 1 allmänna ordnings- och miljöregler daterad 2013A, ABFF 04, Bilaga 2 målerianvisningar och anbud. Det finns såvitt förvaltningsrätten kan konstatera inte någon närmare definition av vad som avses som måleriarbeten.

Båda parterna har hänvisat till standardavtalet ABT 06 till ledning för om de arbeten som inte är målning är sådana tilläggsarbeten som avses i standardavtalet. Det krävs då att arbetena står i omedelbart samband med kontraktarbetena och inte är av väsentligt annan natur än dessa.

Av den tekniska beskrivningen som utgjort del av förfrågningsunderlaget inför den förnyade konkurrensutsättningen framgår under ”2.3 Diverse” ett antal arbeten som enligt förvaltningsrättens mening inte kan anses utgöra målningsarbeten. Arbeten som enligt den tekniska beskrivningen inte har något samband med måleriarbeten är dräneringshål som ska rensas och ventiler som ska rengöras. Övriga arbeten under diverse har mer eller mindre koppling till målningsarbeten, såsom beslag som ska rengöras och justeras för att därefter monteras efter målning liksom spikar och skruvar som ska fästas på ytor som målas. De glasbyten som ska genomföras är förvisso kopplade till målningsarbeten i den mån att fönster innan eller efter montering av glas ska målas, därutöver saknas beröringspunkter med målning. Förvaltningsrätten bedömer att omfattningen av de diversearbeten som ska göras är så pass omfattande att de inte kan anses ha nära koppling till målningsarbeten. Det är därför inte rimligt att en målare utför arbetena. Arbetena under rubriken diverse är onekligen främst hänförligt till andra typer av

arbeten än måleriarbeten. De kan därför inte anses ha så nära samband med måleriarbeten att det kan anses utgöra sådana tilläggsarbeten som avses i ABT 06. Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att MKB har ingått avtal med Måla i Skåne avseende arbeten som inte kan anses ingå i ramavtalet för måleri utan föregående annonsering.

För att avtalet ska förklaras ogiltigt krävs emellertid också att KÅRAB har lidit eller kan komma att lida skada. MKB har anfört att KÅRAB inte kan anses ha lidit någon skada eftersom KÅRAB inte skulle haft några möjligheter att tilldelas kontrakt därför att MKB har uteslutit KÅRAB från flera upphandlingar och bolaget skulle således uteslutits även i en ny eventuell upphandling. Förvaltningsrätten bedömer att mot bakgrund av att KÅRAB tidigare har haft aktuell entreprenad och är verksam inom de områden som avropats från ramavtalet får KÅRAB anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada.

Sammanfattningsvis ska därför även avtalet mellan MKB och Måla i Skåne avseende genomförande av fönstermålning och renovering på fastigheterna Klas 7 & 8 ogiltigförklaras.

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

Mattias Steen

Hedvig Areskoug har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

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