



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2014-02-13
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
10404-13, 14387-13,
14388-13
Avdelning 1 Enhet 11

SÖKANDE

Västkustens Bo- & Fastighetsservice AB, 556498-0604
Box 218
301 06 Halmstad

Ombud:
Advokaten Björn Nilsson
Advokatfirman Acta i Halmstad HB
Hamngatan 11
302 43 Halmstad

MOTPART

Halmstads Fastighets AB
Box 147
301 04 Halmstad

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014 -02- 1 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 233313

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionsföd
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00-16:00

BAKGRUND

Halmstads Fastighets AB (HFAB) har genomfört tre entreprenadupphandlingar som nu är föremål för prövning. De tre upphandlingarna är "Mindre reparationer", dnr HFAB 2013/0264 (E1), "Reparation av vitvaror", dnr HFAB 2013/0265 (E2) och "Skötsel, tillsyn, reparation av tekniska installationer", dnr HFAB 2013/0268 (E5).

YRKANDEN M.M.*Västkustens Bo- och Fastighetsservice AB*

Västkustens Bo- och Fastighetsservice AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingarna görs om. Bolaget anför i huvudsak följande. Bolaget har idag avtal med HFAB avseende det som bl.a. omfattas av E1 och E5. Bolaget har inte kunnat avge anbud i de aktuella upphandlingarna. HFAB har brutit mot de grundläggande principerna i LOU och detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Upphandlingarna strider framförallt mot principerna om proportionalitet, transparens och icke-diskriminering.

E1

HFAB har i förfrågningsunderlaget inte lämnat någon beskrivning av HFAB:s personalstat, avseende husvärdarnas geografiska placering och antal. Det har därför inte gått att göra tidsjämförelser med pågående verksamhet på ett relevant sätt.

Ersättningsformen är timdebitering, *effektiv arbetstid*, där timkostnaden ska innehålla bl.a. ersättning för förbrukningsmaterial. Vilken typ av material man avser som ska ingå i timkostnaden respektive lagerföras

framgår inte. HFAB har gjort en uppdelning av förbrukningsmaterial som knappast är begriplig. HFAB har även valt att inte redovisa per vilken tidsenhet som *effektiv arbetstid* ska redovisas. När frågor har ställts om detta har HFAB endast hänvisat till de administrativa föreskrifterna, vilket strider mot transparensprincipen.

I förfrågningsunderlaget under *Prövning av anbudsgivare* anges att anbudsgivaren ska ha erfarenhet av tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning hos minst tre anbudsgivare. Anbudsgivaren ska i anbudet förteckna tre slutförda referensuppdrag som ska vara slutförda inom den senaste treårsperioden. Är företaget nystartat gäller att nyckelperson/er ska ha minst tre års erfarenhet av liknande arbeten hos minst två olika uppdragsgivare. Det finns inte någon relevans vid en jämförelse mellan de olika kraven. Frågan är vilket mindre företag som har en sådan omsättning av sina kunder att de kan presentera dessa referenser. Dessutom ska dessa avslutade uppdrag vara likvärdiga HFAB:s uppdragsomfattning. Upphandlingen strider i denna del mot proportionalitets- och icke-diskrimineringsprinciperna. Beträffande arbetsledare ska denna vara anställd av entreprenören och stationär i Halmstad. Som minimikrav gäller att arbetsledaren ska ha minst fem års erfarenhet inom efterfrågad bransch varav minst tre år inom arbetsledande befattning. Detta krav framstår som märkligt med hänsyn till kravet på nystartat företag. Kravet känns inte heller relevant och strider mot proportionalitetsprincipen. Det strider också mot kravet i 11 kap. 12 § LOU. Uppställda krav borde avspegla sig i uppdragets omfattning. Fråga har ställts om uppdragets omfattning för att få tillgång till reparationsstatistik. HFAB har valt att inte dela med sig av någon statistik varför upphandlingen i denna del strider mot transparensprincipen. Kraven strider även mot proportionalitetsprincipen. Personal får inte heller bytas ut utan HFAB:s godkännande. Detta krav kan inskränka på arbetsgivarens skyldighet i enlighet med LAS och övrig arbetsmarknadslagstiftning. Oavsett om detta är ett kontraktsvillkor är det något som en

leverantör måste uppfylla och det kan konstateras att detta diskriminerar mindre företag som i och för sig har tillräcklig erfarenhet och kompetens.

Utvärderingen innehåller vidare ingen viktning och ingen information beträffande huruvida samtliga priser bryts ned t.ex. per timme, vilket inte är hållbart. Hur är det möjligt att summera hundratals kronor/tidsenhet å tusentals händelser/år med tusentals kronor/hyresmaskin å tiotals gånger per år? Prismatrisen kan tillämpas godtyckligt och resultatet behöver inte bli en rättvisande bild över vilket anbud som är mest fördelaktigt.

E2

När det gäller översiktlig information om objektet, ersättningsform för uppdraget och prövning av anbudsgivare hänvisas i tillämpliga delar till vad som angetts för E1.

I övrigt anger bolaget att man i denna del inte tidigare har haft något uppdrag och har, som många andra, svårt att bedöma omfattningen. Eftersom HFAB inte har lämnat information avseende omfattningen är det omöjligt att ta ställning till t.ex. hur många ersättningsmaskiner man ska behöva ha i lager och därmed kunna bedöma timpriser/å-priser. I denna del brister upphandlingen i förutsebarhet och transparens.

E5

När det gäller översiktlig information om objektet, prövning av anbudsgivare, varor m.m. samt redskap och verktyg hänvisas i tillämpliga delar till vad som angetts för E1.

I övrigt anger bolaget följande gällande E5. HFAB anger en ersättningsnivå avseende olika yrkeskategorier och frångår därmed ett av huvudsyf-

tena med upphandlingen. Det kan inte vara den upphandlande myndighetens sak att sätta priser. Det är vidare orimligt att avkräva att entreprenören ska lagerföra reservdelar såsom ställdon och pumpar m.m. eftersom det är fråga om reservdelar som är dyra samtidigt som avtalet kan avslutas efter ett år. Det råder även osäkerhet kring hur länge avtalet kommer att gälla. HFAB anger vidare att man utför en lägsta prisupphandling men har valt att bryta ut vissa priser ur utvärderingen för att undvika risk för framtida kvalitetsbrister. Med angivna priser är det definitivt en kvalitetsbrist eftersom priserna inte är i närheten av att vara marknadsmässiga. Denna nivå på priser kan möjligen sväljas av större företag men inte av mindre företag.

Sammanfattningsvis

Sammanfattningsvis menar bolaget att upphandlingarna när det gäller personal och organisation diskriminerar mindre entreprenörer och inte står i proportion till det som upphandlas. Det föreligger väsentliga oklarheter om vilket material, maskiner etc. som HFAB kräver.

Halmstads Fastighets AB

HFAB yrkar att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

E1

I de administrativa föreskrifterna anges översiktlig information om entreprenaderna samt beställaren. Informationen där syftar endast till att ge översiktlig information av upplysande karaktär, varför uppgifternas natur innebär att informationen blir generellt hållen. Vad gäller uppgiften om husvärdarna har denna uppgift ingen påverkan på en presumtiv anbudsgi-

vares möjlighet att avge anbud. Dessutom har uppgift om husvärdarnas antal lämnats i förfrågningsunderlaget.

Det följer av förfrågningsunderlaget att effektiv arbetstid ska redovisas i tidsenheten *timmar*. HFAB anger explicit *timdebitering*, varför en rimligt informerad eller normalt omsorgsfull anbudsgivare inte kan tolka denna angivelse på annat sätt än att hänvisningen syftar till tidsenheten *timmar*.

Det vore oproportionerligt att i de administrativa föreskrifterna behöva specificera alla typer av förbrukningsmaterial som omfattas av normala reparationsarbeten och som ska ingå i timkostnaden. Leverantören bereds dessutom möjlighet att informera HFAB om vad som eventuellt inte är att betrakta som "normalt" genom notering på fakturan, och har därigenom möjlighet att få ersättning för sådant material. Det anges även bl.a. förutsättningar för inköp av sådant material som krävs för utförandet och HFAB:s krav avseende hantering av förbrukningsmaterial och reservdelar. Det redogörs tämligen utförligt för bl.a. hantering av inköp och kostnadsfördelning och någon brist i transparens hänseende föreligger inte. För en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare som besitter efterfrågad erfarenhet och fackmannamässighet är det uppenbart vilken utrustning som krävs för utförande av uppdraget. Någon överträdelse av transparensprincipen föreligger inte heller i denna del.

Utifrån HFAB:s behov av en leverantör som behärskar den upphandlande tjänsten, samt behovet av att säkra kvaliteten av den levererade tjänsten, är kravet avseende referenser proportionerligt. Inte heller föreligger någon överträdelse av icke-diskrimineringsprincipen. Kravet på erfarenhet avseende arbetsledaren syftar till att säkra att HFAB erhåller en erfaren arbetsledare, vilket är ett högst relevant krav läst mot HFAB:s behov av erfarenhet och god kvalitet i de upphandlade entreprenaderna. Vad gäller nystartade företag har dessa möjligheter att anställa en erfaren arbetsledare. Bo-

laget är dessutom ett etablerat företag som inte räknas som nystartat, varför bolaget inte riskerat att lida någon skada i detta hänseende.

Föreskriften att personal inte får bytas ut utan HFAB:s godkännande (vilket för övrigt snarare är att anse som ett kontraktsvillkor än ett krav i själva upphandlingen) strider inte mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna eller LOU. Bolaget har inte heller visat att bolaget lidit skada på grund av den aktuella föreskriften.

Det är inte möjligt att uppskatta ett antal framtida avropade timmar. Det är mer lämpligt att låta den framtida volymen vara okänd och genomföra löpande avrop under avtalstiden. Eftersom den efterfrågade statistiken inte är applicerbar på framtida avrop, eftersom organisationen förändrats inom HFAB, skulle det vara missledande att basera upphandlingsmaterialet på uppgifter som HFAB med visshet kan säga är irrelevanta vad gäller dess betydelse för framtida avrop. Upphandlingen står inte strid med transparens- eller proportionalitetsprincipen på denna grund.

I anbudsunderlaget återfinns den prismatris som tillämpats för prisutvärderingen. Den är uppdelad på ett tiotal positioner som ska prissättas av leverantörerna. De offererade priserna summeras slutligen varvid en totalsumma erhålls. De kvalificerade anbuderna jämförs sedan utifrån denna totalsumma. Någon viktning av timpriserna förekommer således inte. Utvärderingsmetoden är vedertagen och i enlighet med LOU och prismatrisen är transparent.

E2

HFAB hänvisar till vad som angetts under E1.

E5

HFAB hänvisar i tillämpliga delar till vad som angetts under E1 och tillägger bl.a. följande.

I denna upphandling tillämpas en ersättningsmodell som bygger på dels fasta offererade priser för den periodiska skötseln av fastigheterna samt fasta offererade priser för ÅTA-arbeten. Utöver dessa offererade priser ersätts leverantören för löpande arbete enligt en på förhand angiven timtaxa. Denna timtaxa är således inte föremål för priskonkurrens mellan leverantörerna. Valet av ersättningsmodell bygger på en strävan att trygga leverans och kvalitet. Prismatrisen framgår av anbudsunderlaget. Modellen överensstämmer med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU och bolaget har inte riskerat att lida skada på grund av prisutvärderingsmodellen.

För att uppnå syftet med upphandlingen krävs att leverantören har ständig tillgång till sådant material som krävs för att utföra akuta reparationsärenden. Behovet av akut hjälp skulle annars förfelas, i fall det för utförande av tjänsten krävs inväntande av leverantörens upphandling av nödvändigt material. För en rimligen informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare med den efterfrågade fackmannamässigheten är uppenbart att sådant material kräver viss lagerhållning. Den i upphandlingen efterfrågade erfarenheten ska borga för leverantörens möjlighet att bedöma vilka ekonomiska risker som krävs för sådan lagerhållning, och därmed beakta detta vid prissättningen av anbudet. Vad avser avtalets löptid och möjligheten till förlängning efter ett år, är bedömningen att detta inte påverkar lagerhållningsmöjligheten. Behovet av akuta reparationer påverkas inte av avtalstiden och dessutom har leverantören möjlighet att löpande köpa in ersättning för förbrukat material. Upphandlingsmodellen är i överensstäm-

melse med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU. Bolaget har således inte lidit eller riskerat att lida skada härav.

Sammanfattningsvis

Sammanfattningsvis har HFAB i alla avseenden genomfört upphandlingarna i enlighet med upprättade förfrågningsunderlag, de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU. Bolaget har inte förmått visa att bolaget lidit, eller riskerat att lida, någon skada i anledning av förfrågningsunderlagens utformning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Bestämmelsen i 16 kap. 4 § LOU reglerar talerätten. Vad beträffar denna är det sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. I 16 kap. 6 § regleras förutsättningarna för domstol att ingripa mot

upphandlingen med stöd av vad som anförts i ansökningen. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna 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).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att bolaget inte har lämnat anbud i de aktuella upphandlingarna. Det är då enligt förvaltningsrättens mening bolaget som ska visa att det är skadelidande redan till följd av förfrågningsunderlagens utformning (jfr RA 2009 ref. 69). En leverantör kan i och för sig anses vara skadelidande redan när risk för skada föreligger (prop. 1992/93:88 s. 101). Å andra sidan kan det vara svårt för en leverantör som inte lämnat anbud att kunna visa att han skadats eller riskerar att skadas på grund av tilldelningen (jfr EU-domstolens dom C-230/02, Grossman Air Service, punkt 27). Den leverantör som då valt att inte lämna anbud står också risken för att inte lyckas fullgöra detta beviskrav (se Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2458-11).

Bolaget har anført att det inte har kunnat lämna anbud i de aktuella upphandlingarna på grund av förfrågningsunderlagens utformning. I huvudsak anges att förfrågningsunderlagen inte klart redogör för HFAB:s organisation och att jämförelse med pågående verksamhet inte kan göras. Man menar också att det är oklart hur ersättningen ska beräknas, vilket material som ska ingå och att kravet på erfarenhet är oproportionerligt. Bolaget anför också att utvärderingsmodellen är felaktig eller otydlig.

När det är fråga om fel i det konkurrensuppsökande skedet kan det visserligen vara tillräckligt att skadan är mer abstrakt beskriven men bolaget har varken konkretiserat eller utvecklat varför de påstådda bristerna i förfråg-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 11
10404-13, 14387-13
14388-13

ningsunderlagen medfört att det varit förhindrat att lämna anbud eller lidit skada på annat sätt. Förvaltningsrätten anser därför inte att bolaget har visat att det lidit eller kan komma att lida skada till följd av HFAB:s agerande i de tre upphandlingarna. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målen har varit Lena Rehnberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 månatlig 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 rättsställningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.