



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-04-02
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 1124-12
 Enhet 14

SÖKANDE

Svenska RegMaster AB, 556376-6285

Ombud: Advokaterna Peter Thors och Erik Wassén
 Advokatbyrån Hellgren Linander KB
 Box 24053
 104 50 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2012 -04- 0 4	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Täby kommun

Ombud: Advokat Jan Andersson och jur.kand. Maria Pedersen
 Advokatfirman Pedersen AB
 Box 3462
 103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Täby kommuns upphandling avseende Ramavtal Bygg kategori D för avrop upp till 150 000 kr ska göras om.

Dok.Id 224688

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Täby kommun har påbörjat genomförandet av en upphandling avseende Ramavtal Bygg kategori D för avrop upp till 150 000 kr. Förenklat förfarande enligt LOU avses att tillämpas.

Svenska RegMaster AB (RegMaster) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska avbrytas.

Täby kommun (kommunen) bestrider bifall till ansökan.

PARTERNAS UTVECLING AV TALAN

RegMaster anför till stöd för talan bl.a. följande.

Bakgrund

RegMaster har sedan runt år 2000 varit ramavtalsleverantör åt Täby kommun inom olika områden, såsom bygg, ventilation och rör. Samarbetet med kommunen har i huvudsak varit mycket bra. Under år 2009 upphandlade kommunen ramavtal avseende dels mindre byggentreprenader, dels byggservice, inom tre områden; bygg, rör och ventilation. Vid utvärderingarna tilldelades RegMaster ramavtal inom samtliga sex områden.

Runt årsskiftet 2010/2011 framförde kommunen synpunkter på att RegMaster för visst arbete fakturerade ett annat timarvode än det som var avtalat för yrkesarbetare. RegMaster förklarade då att i sådana fall som kommunen hade beställt arbete som enligt bolaget inte omfattades av det överenskomna å-priset för yrkesarbetare hade en annan timkostnadsnorm använts. Fråga var i huvudsak om arbete som fått utföras av tjänstemän, såsom enklare projektering, kostnadsberäkningar o.s.v. I samband med

detta förevar en kortare skriftväxling där RegMaster vidhöll sin tolkning av avtalet och sin rätt att få ersättning för arbete som inte ingick i timkostnadsnormen för yrkesarbetare. Kommunen å sin sida hotade med att häva avtalet om inte RegMaster upphörde med sin fakturering. Eftersom kommunens företrädare fortsatte att beställa arbete som enligt RegMasters uppfattning inte ingick i kostnaden för yrkesarbetare, fortsatte bolaget att – helt öppet – fakturera särskilt för detta arbete. Kommunen fortsatte också att betala fakturorna utan invändningar.

Framåt sommaren 2011 återupptog kommunen diskussionen angående fakturerad timkostnad. Kort därefter, i början på juli 2011, hävde kommunen samtliga ramavtal med RegMaster med hänvisning till den påstådda felfaktureringen. I september 2011 ingav RegMaster en ansökan om stämning mot Täby kommun till Attunda tingsrätt, med ett yrkande om att tingsrätten skulle fastställa att kommunen var skadeståndsskyldig för den skada som RegMaster skulle komma att drabbas av på grund av kommunens felfaktiga hävning.

Den nu nämnda tvistemålsprocessen är inte den enda processen mellan parterna. För närvarande pågår – utöver den nu påkallade överprövningen – åtta processer där RegMaster har överklagat Täby kommuns upphandlingar avseende olika ramavtal. Fem av dessa processer avser upphandlingar där kommunen har utslutit RegMaster på grund av att RegMaster påstås ha begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen, främst med anledning av den förmenta felfaktureringen i det tidigare ramavtalet. Förvaltningsrätten har därvid bifallit RegMasters ansökan i fyra fall och ogillat ansökan i ett fall. Såsom framgår av kommunens inlagor i ovan nämnda mål, främst i de mål som avser kommunens utslutning på grund av påståendet om allvarligt fel i yrkesutövningen, finns det på kommunen – i vart fall hos vissa personer – en inte obetydlig aversion mot RegMaster.

Den ovan redovisade bakgrunden, främst aversionen hos vissa av kommunens företrädare och kommunens tidigare misslyckade försök att utesluta RegMaster från upphandlingarna med hänvisning till den påstått felaktiga faktureringen, är inte oväsentlig för förståelsen av det bakomliggande syftet med några av de bestämmelserna som RegMaster nu har invändningar emot och som framstår som skraddarsyddade för att ge kommunen en möjlighet att på annat sätt utesluta RegMaster med hänvisning till den påstådda felfaktureringen, eller på annat sätt skönsmässiga grunder göra sig av med en entreprenör som inte agerar på ett sätt som kommunen finner ”tillmötesgående”.

Fråga om två ramavtal med samma omfattning

Kommunen gick i maj ut med en förfrågan gällande ramavtal avseende Byggservice ”Bygg” för entreprenader till ett värde om högst 150 000 kr. Avtalstiden angavs till den 1 december 2011 till den 30 november 2013 med möjlighet till förlängning med ett plus ett år. Den 15 augusti 2011 erhöll RegMaster tilldelningsbeslut avseende upphandlingen. Av tilldelningsbeslutet framgick att kommunen hade uteslutit RegMaster med hänvisning till 10 kap 2 § 4 p LOU, det vill säga på grund av att RegMaster påstods ha gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i sin yrkesutövning. RegMaster överklagade kommunens tilldelningsbeslut och Förvaltningsrätten i Stockholm fastslog den 6 december 2011 (mål nr 17636-11 och 17637-11) att kommunen inte hade haft fog för att utesluta RegMaster från upphandlingen.

Den nu aktuella upphandlingen omfattar – precis som den ovan redovisade upphandlingen – ramavtal avseende byggservice inom ”bygg” till ett värde om högst 150 000 kr. Tidsperioden under vilken avtalet gäller har i och för sig förskjutits två månader. Kommunens avsikt synes med andra ord vara att ha två ramavtal som omfattar exakt samma arbeten. Hur valet mellan de två ramavtalen ska gå till framgår inte, vare sig av underlaget till den nya

upphandlingen eller av underlaget till den ”gamla” upphandlingen. Att ha två parallella ramavtal som omfattar exakt samma arbeten, och som ger den upphandlande myndigheten en obegränsad möjlighet att välja mellan de olika ramavtalen, är inte förenligt med den grundläggande principen om likabehandling. Att leverantörerna inte vet hur fördelningen, eller valet, mellan ramavtalen kommer att ske är inte heller i enlighet med principen om förutsägbarhet. Det är knappast heller förenligt med likabehandlingsprincipen att handla upp ett nytt ramavtal bara för att kommunen befarar att den blir tvungen att anta RegMaster i det första ramavtalet. Möjligen är kommunens avsikt en annan, nämligen att låta anbudens giltighetstid löpa ut i den ”gamla” upphandlingen för att därefter avbryta densamma. Detta eftersom kommunen till varje pris vill bli av med RegMaster och den tidigare strategin att utesluta bolaget med hänvisning till allvarligt fel i yrkesutövningen inte visat sig vara en framkomlig väg. Ett sådant förfarande är förstås inte heller förenligt med den grundläggande principen om likabehandling.

Vissa av bestämmelserna i förfrågningsunderlaget strider mot LOU

Egna referenser och kvalificeringskrav

Under koden AFB.51 ”Prövning av anbudsgivare” anges att anbudsgivarna ska välja två referenter för liknande objekt som i den nu aktuella upphandlingen. Referenspersonerna ska besvara de frågor som anges i bilaga till de Administrativa föreskrifterna. Om referenserna svarar ”nej” på någon av frågorna kvalificerar sig inte anbudsgivaren. En av frågorna är om ”faktureringen fungerat tillfredsställande och har beställaren erhållit erforderligt underlag”. Anbudsgivarna får inte fritt välja referenser, utan om anbudsgivaren har varit avtalspart med kommunen ska kommunen redovisas som en av två referenser. För att säkerställa att referensen på kommunen har ”rätt” uppfattning om anbudsgivaren anges vidare att referensfrågorna ska besvaras av en särskilt angiven person på kommunen, nämligen Täby

kommuns chef för fastighetsteknik. Syftet med att peka ut en enda person på kommunen som referensperson är förstås att RegMaster inte ska kunna åberopa någon av de personer på kommunen som RegMaster har ett gott samarbete med. Det kan också nämnas att den utpekade referenspersonen, chefen för fastighetsteknik, inte har varit involverad i de ramavtal som kommunen tidigare haft. RegMaster har aldrig varit i kontakt med denne, vare sig vad avser praktiska frågor om utförandet av arbetena eller frågor kring fakturering eller liknande. Fråga uppstår varför kommuns anser att denne är den ende på kommunen som ska anges som referensperson (om avsikten inte är att säkerställa att kommunen får de svar de vill ha på frågorna). Mot bakgrund av den tidigare historiken framgår enligt RegMasters uppfattning tydligt att fråga är om ett försök från kommunen att på annat sätt utesluta RegMaster från kommunens upphandlingar. Det är dock RegMasters uppfattning att den aktuella bestämmelsen står i uppenbar strid mot LOU.

Den nu aktuella bestämmelsen innebär i praktiken att kommunen har givit sig en rätt att utesluta en anbudsgivare på den grunden att en person i kommunen anser att faktureringen inte har fungerat "tillfredsställande" i ett tidigare uppdrag. Det faktum att kommunen inte har kallat detta för en uteslutningsgrund, utan ett "kvalificeringskrav" innebär inte att man kan blunda för den praktiska konsekvensen som är att kommunen ger sig en rätt att utesluta en anbudsgivare på helt andra och betydligt lösare grunder än vad som följer av 10 kap. LOU. Av ovanstående skäl är det RegMasters uppfattning att den aktuella bestämmelsen står i strid mot LOU redan på den grunden att den är att betrakta som en uteslutningsgrund som är oförenlig med 10 kap. LOU. Även om bestämmelsen skulle betraktas som ett kvalificeringskrav är bestämmelsen oförenlig med LOU.

Det är vidare uppenbart oproportionerligt att utesluta en anbudsgivare på den grunden att faktureringen inte fungerat "tillfredsställande" eller att

entreprenören någon gång har missat att bifoga underlag till någon faktura. Inte heller i övrigt är det en proportionerlig åtgärd att utesluta en anbudsgivare på den grund att man erhållit ett negativt svar på någon av frågorna i bilaga 2 från en enda person i den egna organisationen.

I svensk underrättspraxis har det i och för sig accepterats att det uppställs krav på att egna referenser ska användas om sådana finns. Det har dock därvid understrukits att detta ska tillämpas på ett sätt som säkerställer objektivitet och likabehandling. Kommunens förfrågningsunderlag ger i praktiken kommunen fullständig frihet att utesluta en anbudsgivare från upphandlingen på skönsmässiga och oproportionerliga grunder.

Övrigt om bestämmelserna i förfrågningsunderlaget

RegMasters uppfattning är vidare att åtagandet, såsom det definieras i förfrågningsunderlaget, inte är möjligt att kalkylera, och att upphandlingen av den anledningen står i strid med de grundläggande principerna om förutsägbarhet och transparens.

I koden AFB.15 anges att ramavtalet inte ger någon exklusiv rätt för anbudsgivarna att utföra visst arbete. Det anges att kommunen avropade arbete för ca 2,8 mkr under 2010. Kommunen garanterar dock ingen volym. Eftersom fråga därmed inte är om ett ömsesidigt förpliktande avtal är det inte fråga om ett upphandlingskontrakt. Detta särskilt som att det inte framgår hur – eller om – arbetena ska fördelas mellan de två ramavtalen som avser exakt samma sak. Eventuella ”avrop” från ramavtalet är därför att betrakta otillåtna direktupphandlingar.

I koden AFC.133 anges att kommunen har rätt att häva avtalet om inte entreprenören agerar ”tillmötesgående” gentemot kommunen. Därtill avgör kommunen enligt bestämmelsen ensidigt om grund för hävning föreligger. Bestämmelsen är uppenbart oskälig och står därmed i strid med den grund-

läggande principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Därtill står den i uppenbar strid med hela den grundläggande tanken med LOU, som är att en offentlig beställare inte ska ges fritt skön att anta eller förkasta anbud och/eller anbudsgivare som den vill.

Enligt AFC.343 ska entreprenören om han inte har kollektivavtal – ändå följa för branschen gällande kollektivavtalskrav på lägsta godtagbara arbets- och anställningsvillkor, lägsta löner m.m. Om entreprenören inte följer dessa bestämmelser har beställaren enligt bestämmelsen rätt att häva avtalet, och entreprenören blir därvid också skadeståndsskyldig mot beställaren.

Vad avser det uppställda kravet på kollektivavtal o.s.v. kan i och för sig konstateras att RegMaster är kollektivavtalsanslutet. Kravet i fråga gäller dock inte bara anbudsgivaren, utan också eventuella underentreprenörer som anlitas. Detta anges i såväl den nu aktuella koden som i AFC.28 och AFC.8. Bestämmelsen utgör därmed ett hinder för RegMaster att fritt välja underentreprenörer. Att det inte är förenligt med LOU att uppställa villkor om kollektivavtalsanslutning har fastslagits vid ett flertal tillfällen. Inte heller är det tillåtet att uppställas kollektivavtal ändå skall tillämpas. För en sammanfattning av rättsläget hänvisas bland annat till Konkurrensverkets beslut med diarienummer 259/2009.

Enligt AFC.61 är timpris ett ”totalpris” som inkluderar entreprenörens samtliga kostnader. I koden AFH föreskrivs dock vissa undantag vad avser allmänna hjälpmedel. Kommunens ersättningsmodell, med ett ”totalpris” som skall omfatta ”allt” skiljer sig dramatiskt från hur ersättningsformen löpande räkning vanligtvis regleras. I normala fall ersätts till exempel s.k. ”hjälpmedel” särskilt (vanligtvis med undantag för vad som betecknas som ”handverktyg” och ”redskap”). ”Hjälpmedel” är sådana hjälpmedel som den enskilda entreprenören använder

för utförandet av sitt arbete. Fråga kan till exempel vara om grävmaskiner, lastbilar, containrar, specialmaskiner m.m. Såsom Kommunen får tolkas ska entreprenören även räkna in sådana kostnader i timpriset för yrkesarbetare. Det är förstås omöjligt för en anbudsgivare att förutse vilka kostnader som kan uppkomma vid utförandet av de av de på anbudsstadiet helt okända arbetena. Hur en anbudsgivare ska kunna kalkylera en timkostnad som gäller både när arbete utförs med en grävmaskin och när arbete utförs av en helt vanlig snickare är oförståeligt.

I den aktuella bestämmelsen (AFC.61) föreskriver kommunen också vilket påslag som entreprenören ska erhålla på material och underentreprenörers timpenning. Detta är en inskränkning av anbudsgivarnas konkurrensmöjligheter och är därmed inte förenligt med LOU.

I koden AFC.8 anges att kommunen har rätt att häva avtalet om entreprenören åsidosätter vad som åligger entreprenören enligt kollektivavtal. RegMaster får därvid hänvisa till vad som anförts ovan (AFC.343).

Vidare ges Kommunen i bestämmelsen rätt att häva kontraktet om entreprenören trots tre skriftliga reklamationer inte lämnar erforderligt underlag i fakturor eller tillämpar uppenbart felaktig debitering. RegMasters uppfattning är att en sådan hävningsrätt strider mot principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Vad avser den andra hävningsgrunden som anges i bestämmelsen, att entreprenören inte agerar "tillmötesgående" hänvisas till vad som anförts ovan (AFC.133).

I koden AFH anges att entreprenören, med vissa angivna undantag, på egen bekostnad ska anskaffa erforderliga allmänna hjälpmedel för den egna entreprenaden. Inledningsvis kan i denna del nämnas att "Allmänna hjälpmedel" i huvudsak är sådana hjälpmedel som kan utnyttjas av flera

olika entreprenörer eller som kommer flera olika entreprenörer till nytta. Vad avser "vanliga" hjälpmedel hänvisas till vad som anförts ovan (AFC.61).

Det normala förfarandet vid entreprenader på löpande räkning – inte minst vid ramavtal där det är okänt vilka arbeten som kommer komma att utföras – är att hjälpmedel, både "vanliga" och "allmänna", ersätts särskilt. Att detta är det normala förfarandet förklaras förstås av att behovet av sådana hjälpmedel inte är kalkylerbart. Till viss del följer Kommunen i detta fall vad som är normalt, det vill säga att i vart fall vissa kostsamma allmänna hjälpmedel ska ersättas särskilt. Detta förändrar dock inte faktumet kostnader för andra kostsamma hjälpmedel, såsom till exempel grävmaskiner, lastbilar osv. på något obegripligt sätt skall inräknas i timkostnaden för yrkesarbetare.

RegMaster ställer sig vidare frågande inför vad som avses med "inom ramen för 5 kap. 2 § LOU". Vare sig LOU generellt, eller den angivna bestämmelsen specifikt, avser att reglera beräkningen av ersättningen i ett avtal.

I koden AFJ anges att entreprenören på egen bekostnad skall anskaffa erforderliga allmänna arbeten för entreprenaden. Allmänna arbeten är till exempel transporter, brandskydd och andra skyddsåtgärder, uppvärmning, länshållning, snöröjning osv. Eftersom en anbudsgivare inte kan förutse vilka arbeten som kan komma att utföras inom ramavtalet kan en anbudsgivare inte förutse - eller ens gissa - vilken omfattning av allmänna arbeten som kan komma att behövas. I likhet med vad som anförts ovan (AFC.61) blir entreprenörens åtagande därigenom inte kalkylerbart, och därmed brister upphandlingen i förutsägbarhet och transparens också i denna del.

I koden AFJ.3 anges att håltagning över 32 mm ersätts särskilt av beställaren inom ramen för 5 kap. 2 § LOU. Även i denna del ställer sig RegMaster frågande inför vad som avses med ”inom ramen för 5 kap. 2 § LOU”.

Kommunen anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

Bakgrund

Ostridigt mellan parterna är att RegMaster tidigare varit avtalspart gentemot kommunen bl.a. avseende de sex olika ramavtal som kommunen upphandlade år 2009. Såsom RegMaster mycket riktigt anført har kommunen ifrågasatt RegMasters fakturering och krävt att RegMaster omgående skulle upphöra med den fakturering som kommunen ansåg var i strid mot parternas avtal och likaså i strid mot LOU. RegMaster har härefter inlett en frekvent serie av rättsliga processer gentemot kommunen.

Parallella ramavtal

Kommunen har genomfört ett flertal ramavtalsupphandlingar avseende byggtreprenader och kommunen har valt att ha flera parallella avtal för byggservice där värdet på varje avrop uppgår till maximalt 150 000 kr. RegMaster har gjort gällande att det skulle strida mot principen om likabehandling samt principen om förutsägbarhet och transparens att ha flera ramavtal avseende byggservice. Kommunen delar inte RegMasters uppfattning och bestrider vad som anförts. Givetvis är det RegMaster som har bevisbördan för sitt påstående och någon bevisning har inte förebringats. Skäl för att förordna att upphandlingen ska avbrytas på denna grund föreligger således inte. Tvärtom finns det ingenting i förfrågningsunderlagen som anger att något av avtalen skulle innebära exklusivitet eller ensamrätt för den part som tilldelas ett av flera kontrakt.

Egna referenser och kvalificeringskrav i enlighet med LOU

Kommunen har i enlighet med LOU valt att vid kvalificeringen beakta egna referenser. Bland andra rättsfall med samma slutsats kan nämnas Kammarrätten i Göteborgs mål 2504-10 där kammarrätten konstaterade att det var möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid utvärderingen av anbud så länge det sker på ett objektivt sätt i enlighet med likabehandlings- och transparensprinciperna.

Kommunen har således haft rätt att beakta egna referenser för de fall en anbudsgivare tidigare varit avtalspart till kommunen. Dessa referenser behandlas på exakt samma och likvärdigt sätt som övriga angivna referenser. Hur detta kommer att ske anges tydligt i förfrågningsunderlaget. Kommunen har härvid genomfört referensupptagningen i enlighet med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Eftersom det är chefen för fastighetsteknik som är ansvarig för ramavtalen finner kommunen givetvis det naturligt att det är denne person som avger referenser i de fall så blir aktuellt. Något lagstridigt i detta kan kommunen svårligen finna.

I 10 kap. LOU anges de s.k. uteslutningsgrunderna där en upphandlande myndighet ska respektive kan/bör/får utesluta en anbudsgivare beroende på vilken paragraf som uppfyllts. De frågor som lagstiftaren främst tagit sikte på är frågor om anbudsgivarens oredligheter mot det offentliga samt frågor som rör anbudsgivarens insolvens o dyl. Härutöver får en upphandlande myndighet ställa vissa andra s.k. kvalificeringskrav. Dessa krav tar främst sikte på anbudsgivarnas tekniska och ekonomiska förmåga. För att ett anbud ska kvalificeras i upphandlingen och gå vidare till utvärderingen krävs att samtliga av dessa krav är uppfyllda. Vad RegMaster anfört om att en anbudsgivare enbart kan uteslutas med stöd av 10 kap. LOU, om det nu är det som RegMaster menar, bestrids.

Vilka krav en upphandlande myndighet ställer är upp till den upphandlande myndigheten att ensidigt bestämma så länge det inte strider mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. De kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra det aktuella projektet utgör kvalificeringskriterier och inte tilldelningskriterier, dvs. krav för att säkerställa ett gott utförande.

Kommunen har valt att i kvalificeringen ställa ett antal frågor som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra entreprenaderna. Frågorna omfattar i stort sett ett flertal relevanta moment vid genomförande av entreprenader såsom exempelvis information till beställaren, förmågan att hålla tider, anbudsgivarens kompetens och erfarenhet, samarbetsförmåga med den pågående verksamheten samt ekonomin och fakturering. För kommunen är det viktigt att säkerställa att den anbudsgivare som sedermera kommer att bli avtalspart gentemot kommunen, oavsett om detta skulle vara RegMaster eller någon annan, fungerar på samtliga av ovanstående punkter som frågorna avser att omfatta. Kommunen är av uppfattningen att samtliga krav, inklusive frågorna vid referensupptagningen, är proportionerliga och i övrigt med LOU.

Övrigt om förfrågningsunderlaget

Kommunen anser att upphandlingen genomförts i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Förfrågningsunderlaget är vare sig otydligt, icke kalkylerbart eller oskäligt på något annat sätt.

Kommunen har på intet sätt genomfört upphandlingen med några väsentliga förändringar jämfört med entreprenader på löpande räkning. Kommunen har vare sig gjort något orimligt eller ogenomtänkt avsteg från principen om löpande räkning. Om RegMaster inte kunnat kalkylera ett anbud är detta inte hänförligt till utformningen av förfrågningsunderlaget eller

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

kommunen i övrigt. Upphandlingen är förenlig med principen om förutsägbarhet och transparens. I den mån det, såsom vid alla ramavtalsupphandlingar, förekommer omständigheter som skulle kunna vara svåra att kalkylera är omständigheterna lika för samtliga anbudsgivare.

Ramavtal kännetecknas av gissningsmoment då en upphandlande myndighet vid tidpunkten för upphandlingen inte känner till det exakta behovet av leverantörens tjänster. Såsom Kommunen tidigare anfört vet kommunen inte i dagsläget bl.a. vilka skador och olyckor som kommer att ske i kommunens fastigheter under aktuell avtalsperiod. Till skillnad från en upphandling som avser ett specifikt objekt är det därför inte möjligt att vid tidpunkten för upphandlingens genomförande att precisera förfrågningsunderlaget mer än kommunen gjort. Detta är inte unikt för just denna upphandling utan präglar sannolikt i stort sett samtliga ramavtalsupphandlingar. De skiftande förhållanden som råder i det ekonomiska livet gör att det inte är möjligt att fullt ut ange samtliga omständigheter i en ramavtalsupphandling.

I kod AFB.15 anges mycket riktigt att ramavtal inte ger någon exklusiv rätt för anbudsgivarna att utföra visst arbete. Givetvis står det kommunen fritt att handla upp andra avtalsparter för att genomföra en viss entreprenad om kommunen så önskar. Ett ramavtal innebär inte en exklusivitet att utföra allt arbete för den/de entreprenörer som innehar ramavtalet. Däremot betonar kommunen att om det i ramavtalet inte finns en förpliktelse för myndigheten att exklusivt använda sig av ramavtalet har leverantören inte någon kontraktuell rättighet till avropen. Detta gäller oberoende av vilken avtalspart.

Avseende kod AFC.133 gör kommunen gällande följande. Fråga är inte om att en kommun efter fritt skön ska kunna anta eller förkasta ett anbud som kommunen vill. Fråga är om att en kommun ska kunna häva ett avtal med

en avtalspart som missköter sig. Att detta skulle stå i strid mot LOU kan kommunen svårligen förstå, inte heller har RegMaster visat att så är fallet.

Vad RegMaster anfört avseende kollektivavtal finner kommunen ytterst märkligt. För det första är RegMaster anslutna till Byggettan, dvs. facket och har kollektivavtal RegMaster har således vare sig lidit skada eller risikerat att lida skada av ställt krav. Härutöver kan konstateras att kommunen arbetar seriöst med facket och Skatteverket för att komma tillrätta med problem med svart arbetskraft och oskäliga arbetsvillkor inom byggbranschen. Något klandervärt med detta kan kommunen inte se.

Något krav på att en anbudsgivare eller dess underentreprenörer skulle vara anslutna till kollektivavtal har kommunen givetvis inte ställt. Inte heller att det skulle krävas en anslutning till svenskt avtal. Vad kommunen krävt är att entreprenören ska, om entreprenören inte har svenskt kollektivavtal, följa för branschen gällande krav på lägsta godtagbara arbets- och anställningsvillkor, lägsta löner etc. Kravet avser således godtagbara arbets- och anställningsvillkor. Kommunen kan svårligen se hur uppställt krav utgör något problem för någon entreprenör och frågar retoriskt om RegMaster och de under entreprenörer som RegMaster anlitar inte tillämpar godtagbara arbets-, anställnings- och lönevillkor. För de fall RegMaster och dess underentreprenörer tillämpar godtagbara villkor är skaderekvisitet givetvis inte uppfyllt.

RegMaster synes ha missförstått att det är den upphandlande myndigheten som utformar ett förfrågningsunderlag i enlighet med LOU efter den upphandlande myndighetens behov, inte efter en anbudsgivares tycke och önskemål. Kommunen har i Administrativa föreskrifter kod AFC/AFD.61 angett vad som avses med timpris.

”Timpris är totalpris och inkluderar entreprenörens samtliga kostnader såsom lön, semesterersättning, arbetsledning och centraladministration, resekostnader, res-

tidsersättning, trängselskatt, parkeringsavgifter, traktamenten, servicefordon, skyddskläder, handverktyg, redskap, övrig utrustning, sociala avgifter, försäkringar, administration, vinst, sopsortering mm.”

Kammarrätten i Jönköping har i mål 1084-11 konstaterat att ett timpris som inkluderar ”allt” är förenligt med LOU. De upphandlande myndigheterna i domen hade likt Täby kommun under kod AFD.61 upphandlat ett löpande timpris och definierat detta såsom ett totalpris inkluderande samtliga kostnader. Kammarrätten konstaterade att det står den upphandlande myndigheten fritt att ställa de krav som den upphandlande myndigheten vill så länge LOU och de principer lagen bygger på inte träds förnär. Kammarrätten avslog således leverantörens ansökan om överprövning. Mot denna bakgrund står det klart att kommunens begärda timpris är förenligt med LOU och rådande praxis.

Även avseende vad RegMaster anfört om påslag på entreprenörs material och underentreprenörer hänvisar kommunen till Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 1084-11. I detta fall hade de upphandlande myndigheterna i de administrativa föreskrifterna angett ett påslag på 5 % för material och underentreprenörer. Kammarrätten fann att ställt krav var förenligt med LOU. Något skäl för förvaltningsrätten att göra annan bedömning då kommunen i nu aktuella upphandlingar angett ett påslag på 8 % på material och underentreprenörer föreligger inte.

Vad RegMaster anfört avseende att hjälpmedel vanligtvis ersätts särskilt bestrids. Fråga är om en upphandlande myndighet som enligt lag måste upphandla byggentreprenader, varor och tjänster. Kommunen ersätter avtalsparterna i enlighet med vad som upphandlats enligt parterna avtal och kan inom ramen för 5 kap. göra avrop som inte väsentligen avviker från avtalet. I övrigt hänvisar kommunen i denna del till vad som anfört ovan avseende syftet med ramavtal och ramavtalets karaktär. I den mån något är

svårförståeligt är detta inte hänförligt till hur kommunen utformat sitt förfrågningsunderlag och de krav kommunen ställt.

För det fall en anbudsgivare har kollektivavtal utgår kommunen från att anbudsgivaren följer detta. Då RegMaster har svenskt kollektivavtal har RegMaster inte lidit skada på grund av kommunens krav. Kommunen utgår även från att RegMaster har för avsikt att följa svensk lag. Inte heller på denna grund kan kommunen se att uppställt krav skulle utgöra något problem för RegMaster.

Kommunen har vid genomförande av upphandlingarna valt att använda Administrativa föreskrifter med råd och anvisningar för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, AF AMA 07. Koderna som börjar med AFB utgör upphandlingsföreskrifter och avser krav som en beställare ställer på en entreprenör i upphandlingsfasen. Koderna AFC utgör entreprenadföreskrifter vid utförandeentreprenader. Koderna AFH avser allmänna hjälpmedel och AFJ avser allmänna arbeten. AF AMA 07 är avsedd att tjäna som underlag vid upprättande av administrativa föreskrifter. Den är gemensam för alla fack och syftar till att förenkla arbetet med att formulera beställarens krav.

I AF AMA 07 kod AFH anges följande.

”Entreprenören ska på egen bekostnad anskaffa erforderliga allmänna hjälpmedel för den egna entreprenaden, där annat inte anges”. Vidare anges att ”av AB 04 1 kap. 9 § och ABT 06 1 kap. 10 § framgår att entreprenören på egen bekostnad ska anskaffa allt som erfordras för entreprenadens utförande.”

Kommunen har vid genomförandet av upphandlingarna följt vad som anges i såväl AF AMA 07, AB 04 1 kap. 9 §. Kommunen har således följt branschpraxis då kommunen ställt kravet att entreprenören på egen bekostnad ska anskaffa erforderliga allmänna hjälpmedel för den egna entreprenaden. Vad RegMaster anfört om ”det normala förfarandet” saknar grund

och bestrids. Återigen vill kommunen poängtera att det är kommunen ensidigt som avgör vilka krav som får och bör ställas så länge kraven är förenliga med LOU. I den mån det skulle vara svårt för en anbudsgivare att kalkulera en viss del så är det lika svårt för samtliga anbudsgivare. Något stöd för ingripande enligt LOU föreligger härmed inte.

Vad som anförts avseende allmänna hjälpmedel kod AFH gäller det samma för allmänna arbeten under kod AFJ. I AF AMA 07 under kod AFJ anges motsvarande skrivning som under kod AFH. Ställt krav är även i denna del förenligt både med branschpraxis och med LOU. Kommunen vill även nämna att Allmänna hjälpmedel och Allmänna arbeten kan vara sådant som nyttjas av flera entreprenörer men det kan lika gärna vara sådant som bara nyttjas av en enda entreprenör. Kommunen har följt branschpraxis i AMA och AB 04. Huvudprincipen är således att det är entreprenören som bekostar allmänna hjälpmedel och allmänna arbeten. Vad RegMaster anförts bestrids och saknar grund.

RegMaster har inte lidit skada

I dagsläget har kommunen inte öppnat anbuden i upphandlingen, men en förutsättning för att RegMaster ska kunna nå framgång med en ansökan om överprövning är att RegMaster lidit skada. En första fortsättning för att RegMaster har lidit skada är givetvis att RegMaster verkligen lämnat anbud i upphandlingen. Kommunen gör härvid gällande att det åligger RegMaster att visa att bolaget lämnat anbud i nu aktuell upphandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 5 § samma lag anges följande. 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 har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

RegMaster har i sin ansökan om överprövning yrkat att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska avbrytas. Förvaltningsrätten har ingen möjlighet att förordna om att en upphandling ska avbrytas. Förvaltningsrätten har därför att pröva om bolagets ansökan om överprövning kan anses innefatta ett yrkande om att upphandlingen ska göras om eller att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, vilket är de ingripanden som rätten har möjlighet att förordna om enligt 16 kap. 5 § LOU.

RegMaster har till stöd för sin ansökan anfört två grunder.

- 1) Kommunen har redan ett ramavtal som omfattar samma arbeten som nu aktuell upphandling.
- 2) Vissa av bestämmelserna i förfrågningsunderlaget strider mot LOU.

Förvaltningsrätten tolkar RegMasters ansökan som att bolaget i första hand menar att Kommunen överhuvudtaget inte har rätt att genomföra den aktuella upphandlingen på grund av att kommunen redan har ett ramavtal som omfattar samma arbeten som nu aktuell upphandling. Förvaltningsrätten tolkar vidare bolagets ansökan som att bolaget, för det fall förvaltningsrätten inte på denna grund skulle förordna om ingripande med stöd av LOU, anser att upphandlingen ska göras om med ett nytt förfrågningsunderlag, eftersom vissa av kraven i det i målet aktuella förfrågningsunderlaget enligt bolaget strider mot LOU.

Förvaltningsrätten gör följande bedömningar.

Kommunen har redan ett ramavtal som omfattar samma arbeten som nu aktuell upphandling

Av vad RegMaster anfört i denna del framgår att bolaget anser att Kommunen inte har rätt att genomföra den i målet aktuella upphandlingen överhuvudtaget. Bolagets yrkande i denna del kan därför rimligen inte anses innefatta ett yrkande om att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrätten anser inte heller att bolagets talan i denna del kan tolkas som att bolaget yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Mot bakgrund härav saknas skäl att pröva vad bolaget anfört i denna del.

Vissa av bestämmelserna i förfrågningsunderlaget strider mot LOU

Om förvaltningsrätten vid sin överprövning av den aktuella upphandlingen skulle finna att förfrågningsunderlaget står i strid med LOU skulle detta kunna leda till att upphandlingen måste göras om med tillämpning av ett nytt förfrågningsunderlag; något som skulle kunna vara till fördel för RegMaster. RegMasters yrkande om att upphandlingen ska avbrytas skulle därför kunna anses innefatta ett yrkande om att upphandlingen ska göras om eller rättas. Förvaltningsrätten finner att det därför finns skäl att pröva vad bolaget anfört i denna del.

AFB.51 "Prövning av anbudsgivare"

RegMaster har bl.a. anfört att kvalificeringskraven i AFB.51 i de administrativa föreskrifterna inte är förenliga med LOU.

Förvaltningsrätten anser att det bör vara möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificerings-

fasen av anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet och förmåga, men att en sådan referenstagning måste ske på ett objektivet sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2504-10).

Prövningen av anbudsgivare har i den nu aktuella upphandlingen utformats på ett sådant sätt att ett anbud från en anbudsgivare, som tidigare varit avtalspart med Täby kommun, kommer att förkastas om Täby kommuns chef för fastighetsteknik svarar nej på en av frågorna i referensblanketten; bl.a. om fakturering fungerat tillfredsställande. En anbudsgivares möjlighet att delta i upphandlingen kan därför komma att styras av hur en viss utpekad person på kommunen uppfattat ett tidigare samarbete med anbudsgivaren. Enligt förvaltningsrättens mening ger detta kommunen ett alltför stort utrymme för godtycke vid sin bedömning av om ett anbud ska anses kvalificerat eller inte. Förvaltningsrätten finner att samtliga anbudsgivare vid anbudsprövningen därmed inte kan garanteras en objektiv behandling i kvalificeringsfasen. Det aktuella kravet står därför i strid med 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten anser att RegMaster kan antas riskera att lida skada på grund av det sätt som förfrågningsunderlaget utformats härvidlag. Det förhållandet att bolaget inte inkommit med anbud i upphandlingen förändrar inte denna bedömning. Eftersom bristen har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Krav på att entreprenören ska följa villkor enligt kollektivavtal

RegMaster har anfört att det inte är förenligt med LOU att uppställa villkor om kollektivavtalsanslutning och att det inte heller är tillåtet att uppställa krav på att villkor enligt kollektivavtal ändå ska tillämpas.

I de administrativa föreskrifterna i upphandlingen anges under punkten AFC.343 "Anställda" bl.a. att entreprenören ska följa branschens gällande kollektivavtalskrav på lägsta godtagbara arbets- och anställningsvillkor, lägsta löner etc. Under denna punkt anges vidare att detta även gäller anlitade underentreprenörer.

Förvaltningsrätten finner att det aktuella kravet inte kan anses förenligt med 1 kap. 9 § LOU, eftersom villkoret kan missgynna vissa leverantörer (jfr EU-domstolens dom i mål C-346/06, Rüffert). Även om det i målet framkommit att RegMaster har kollektivavtal anser förvaltningsrätten att bolaget ändå kan komma att lida skada av det uppställda kravet, eftersom kravet även omfattar eventuella underleverantörer. Det föreligger därför grund för ingripande enligt LOU även med anledning av hur förfrågningsunderlaget utformats i detta avseende. Då felaktigheten har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen ska upphandlingen göras om.

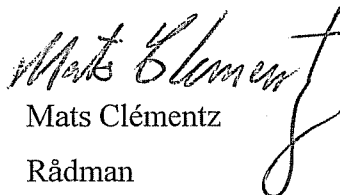
Övriga invändningar mot förfrågningsunderlaget

RegMaster har även haft invändningar mot ett flertal andra bestämmelser i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten konstaterar i detta sammanhang att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv specificera krav på det som ska upphandlas och att det är den upphandlande myndigheten som väljer vilka avtalsvillkor som ska gälla för en upphandling. Ingripande med stöd av LOU kan endast ske när valet står i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten finner inte visat att de övriga krav och villkor som RegMaster haft invändningar mot strider mot någon av de grundläggande principerna i LOU. Det saknas därför skäl för ingripande mot bakgrund av vad RegMaster anfört i dessa avseenden.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att kommunen brutit mot LOU vid utformningen av förfrågningsunderlaget beträffande det däri uppställda kvalificeringskravet avseende referenspersoner samt kravet på att entreprenören ska följa villkor i kollektivavtal. Förvaltningsrätten anser att RegMaster kan riskera att lida skada på grund detta. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att det finns skäl att förordna om att upphandlingen ska göras om.

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


Mats Clémentz
Rådman

Föredragande har varit Carina Westin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU