



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

Enhet 2

DOM
2016-05-17
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
612-16 E

SÖKANDE

Temporent AB, 556164-1118

Ombud: Advokat Olof Hallberg och biträdande jurist Niklas Granlund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Tierps kommun

Ombud: Kommun- och upphandlingsjurist Jenny Ljungvall Cardoso
Tierps kommun
815 80 Tierp

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2016-05-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 179177

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Tierps kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende hyra av moduluppställningar med dnr 2015-51 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbesked och upphandlingsprotokoll den 27 januari 2016 tilldelas Expandia Moduler AB (Expandia) ramavtalet.

YRKANDEN M.M.

Temporent AB (Temporent) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Kommunen upphandlar en moduluppställning till Vallskoga förskola (förskolan), en moduluppställning till ett elevhem om 50 platser (elevboendet) och ett ramavtal med föreskrift om förnyad konkurrensutsättning. Kommunen avser att teckna ramavtal med upp till tre – fyra leverantörer. Anbud måste lämnas på hela upphandlingen.

Av meddelat tilldelningsbesked den 27 januari 2016 framgår att endast ett godtagbart anbud inkommit, det från Expandia. Expandia har antagits som vinnande och enda anbud för alla tre delarna av upphandlingen, inklusive ramavtalet med förnyad konkurrensutsättning.

Bestämmelserna i 5 kap. 4 – 7 §§ LOU hindrar att ramavtal med förnyad konkurrensutsättning ingås med endast en leverantör. Det är en grundläggande förutsättning att det finns konkurrens vid förnyad konkurrensutsättning. Vidare är det bara möjligt att ingå avropsavtal med en leverantör i vissa särskilda fall. Det låga antalet anbud beror på bristerna i utformningen av förfrågningsunderlaget. Det kan inte anses vara godtagbart att under givna förutsättningar endast anta en leverantör. Eftersom

bestämmelserna i 5 kap. LOU förutsätter att flera leverantörer ska antas strider antagandet av Expandias anbud även mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Förfrågningsunderlaget anger att avtal ska ingås med flera leverantörer, vilket i sin tur bygger på förutsättningen om förnyad konkurrensutsättning. Alla villkor för tilldelning kommer inte att finnas i ramavtalet. Det skulle vara nödvändigt för den enda ramavtalsinnehavaren att inkomma med ett nytt anbud vid varje avrop. Det går helt enkelt inte att konvertera en upphandling av ramavtal med förnyad konkurrensutsättning till ett ramavtal med en enda leverantör. Detta är en transparensbrist i förfrågningsunderlaget som har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

I artikel 32.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG finns en generalklausul som föreskriver att ramavtal inte får användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sätt som leder till att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Kommunen har krävt att anbud ska läggas på hela upphandlingen trots att områdena förskolan och elevboendet ska utvärderas var för sig utan att de påverkar varandra. Detta strider mot de grundläggande principerna om att konkurrensen inte otillbörligt ska begränsas. Genom detta krav har t.ex. leverantörer förhindrats att endast lämna anbud på förskolan respektive elevboendet tillsammans med anbud på ramavtalet.

Det är helt oproportionerligt att kräva att leverantörer ska lägga anbud på två olika definierade upphandlingsföremål med krav på leverans vid en viss tidpunkt för att få möjlighet att vara part i ett potentiellt omfattande ramavtal med förnyad konkurrensutsättning. Kommunen har inte heller angett några konkreta skäl till varför man ställer som krav att anbud ska läggas på alla tre delarna av upphandlingen utan endast i generella termer hänvisat till hur beställarorganisationen ser ut.

Även om kommunen är fri att utforma upphandlingsföremålet så kan det inte vara godtagbart att kommunen utan några skäl begränsar möjligheterna att lämna anbud. I detta fall har kravet på att lämna anbud för hela upphandlingen medfört att leverantörer utestängts från att lämna anbud. Endast Expandia, en av Sveriges största leverantörer av tillfälliga lokaler, har lämnat ett godtagbart anbud. Förutom detta anbud inlämnades bara ett till anbud som förkastades eftersom det bara omfattade delar av upphandlingen.

Det är oklart vilken typ av avtal som upphandlas och vad det påstådda ramavtalet avseende förskolan och elevboendet är för avtalstyp. Enligt förfrågningsunderlaget och klagörandena från kommunen är det ett ramavtal med samtidigt avrop, inte ett upphandlingskontrakt. Det ifrågasätts att det går att meddela tilldelningsbesked för ramavtalet samtidigt som man gör ett avrop från ramavtalet. Avtal kan inte betraktas som ramavtal när tilldelning och avrop görs samtidigt eftersom ramavtal kännetecknas av att det finns på förhand fastställda villkor för senare tilldelning av kontrakt. Eftersom avtalstyperna har kombinerats på ett otillåtet sätt och det varit oklart vilken avtalstyp som upphandlas har det inte varit möjligt för anbudsgivare att utforma ett adekvat anbud.

Bolaget har lidit, eller riskerat att lida, skada eftersom bolaget inte haft möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller ett anbud över huvud taget. Till följd av att kommunen felaktigt ingått avtal med endast en leverantör i delen om förnyad konkurrensutsättning går bolaget miste om möjligheterna att lägga anbud och få kontrakt. De andra leverantörerna och bolaget har frångått möjligheten att lämna anbud utifrån de nu av kommunen skapade förutsättningarna. Bolaget lämnade inte något anbud bl.a. på grund av att det varit oklart vilket avtal som ska tecknas och att anbud måste lämnas i alla delar. Bolaget hade kunnat lämna anbud om felen inte hade förelegat och hade sannolikt kunnat få kontraktstilldelning.

Kommunen anser ansökan ska avvisas eller avslås och anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning.

Ansökan ska avvisas då upphandlingen inte strider mot LOU. Även om domstolen skulle finna att upphandlingen brustit i tydlighet avseende tilldelningen av kontrakt kan Temporent inte hävda att det lidit skada på grund av bristerna i förfrågningsunderlaget.

Upphandlingen har varit transparent och det har inte varit fråga om att blanda kontraktsformer. De krav som har medfört att Temporent inte lämnat anbud går inte att hänföra till otydligheter i underlaget utan till att bolaget inte kunnat uppfylla de krav som ställts eller att bolaget inte lämnat anbud och motsatt sig tilldelningskriterierna och avropsmodellen. Det kan inte hävdas att kravet på att en leverantör ska kunna leverera olika former av moduluppställningar är en otillbörlig begränsning av konkurrensen.

Av 5 kap. 5–7 §§ LOU framgår att om man sluter ramavtal med flera leverantörer ska de vara minst tre, endast i undantagsfall får avtal slutas med två leverantörer. Ett godtagbart undantag kan vara att man endast har fått in två godkända anbud. Enligt praxis anses endast ett godtagbart anbud vara grund för att avbryta en upphandling, men detta medför inte någon skyldighet att avbryta upphandlingen.

Om man endast har ett godkänt anbud i en upphandling torde man kunna teckna avtal utan förnyad konkurrensutsättning om villkoren i avtalet är så specificerade att ett avrop inte innebär en förändring av eller ett väsentligt tillägg till ramavtalet. Expandias anbud är konkurrenskraftigt och det går att göra avrop i enlighet med ramavtalets uppställda villkor. Andra leverantörer kan inte hävda att de lidit skada på grund av att ramavtal tilldelats enligt 5 kap. 4 § istället för 5 kap. 7 § LOU då det inte finns någon konkurrensbegränsning i förhållande till avropsform.

I praxis, se RÅ 2010 ref. 97, har det ansetts vara möjligt att kombinera utvärderingsmodeller, dvs. att man vid ett visst avropsvärde övergår från rangordning till förnyad konkurrensutsättning. I upphandlingen är villkoren för avrop så pass specificerade att de uppfyller kraven i 5 kap. 4 § LOU. Detta innebär att om man endast får in ett godtagbart anbud är det fullt möjligt att tilldela ramavtal i enlighet med 5 kap. 2 och 4 §§ LOU. Vidare får en avropande myndighet ha en dialog med viss specificering och precisering av villkoren i ett ramavtal vid avrop, om detta inte innebär en väsentlig förändring av kontraktsvillkoren.

Upphandlingen avser ramavtal, vilket tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Utvärderingen har baserats på de första avropen. Eftersom ramavtalet inte skulle vara rangordnat var det en transparent utvärderingsgrund och ingen leverantör har missgynnats av detta. De leverantörer som lämnat de bästa förslagen skulle bli antagna som leverantörer i ramavtalet. Vid nästa avrop skulle dessa leverantörer åter lämna anbud som jämförs med varandra. Förhållandet att kommunen valt en utvärderingsmodell som utvärderar ett första presumtvt avrop strider inte mot 1 kap. 9 § LOU och det går inte att hävda att någon leverantör lider skada av modellen.

En upphandlande myndighet har rätt att utforma sina upphandlingar efter sina behov. Det är inte oproportionerligt att antagna leverantörer ska kunna leverera olika sorters moduluppställningar. Det måste gå att ta hänsyn till hur beställarorganisationen ser ut och att avrop ska kunna göras mot alla antagna leverantörer, oavsett typ av moduluppställning. Det är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra om det är lämpligt att möjliggöra ett helt eller delat anbud. Kommunen var tvungen att säkerställa att man fick leverantörer på båda delområdena. Därför krävdes att anbud ska lämnas på båda delområdena. Det kan inte ligga kommunen till last att den inte utnyttjat undantaget med direktupphandling avseende boenden för flyktingar utan valt en mer hållbar lösning.

Temporent har inte visat att bolaget lider skada på grund av eventuella otydligheter avseende möjligheterna att tilldela avtal enligt 5 kap. 4 § eller 5 kap. 7 § LOU. Bolaget visade tidigt att man inte ansåg att upphandlingen var uppställd på ett tillfredsställande sätt och hade korrespondens med kommunen om detta. Kommunen besvarade invändningarna och uppmanade bolaget att överpröva upphandlingen under annonseringsperioden om man ansåg att bristerna var så stora att de var konkurrensbegränsande. Ramavtalet har inte använts för att låsa marknaden åt en leverantör. Kommunen hade som förhoppning att man skulle ha en levande konkurrens mellan upp till fyra leverantörer. Tyvärr valde de flesta leverantörerna att inte lämna anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Kommunen uppger att ansökan ska avvisas. I målet har inte framkommit annat än att Temporent är att betrakta som en leverantör i den mening som avses i 2 kap. 11 § LOU och att bolaget anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Således har Temporent talerätt enligt 16 kap. 4 § LOU. I övrigt har inte heller framkommit något förhållande som medför att ansökan ska avvisas. Således har förvaltningsrätten att pröva ansökan i sak.

I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

I 1 kap. 9 § LOU anges bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt att principen om proportionalitet ska iakttas vid upphandlingar.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för utredningen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69. Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU på de grunder bolaget anför.

Ramavtal med en leverantör

Huvudregeln är att upphandlingar som annonseras ska vara upprättade på ett uttömmande sätt och att de inte väsentligen får förändras efter annonsering.

I 5 kap. 4 § 1 st. LOU anges att om ett ramavtal ingåtts med en enda leverantör, ska villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ramavtalet överensstämma med villkoren i ramavtalet. Vid ett sådant ramavtal sker kontraktstilldelning genom tillämpning av villkoren i avtalet (jfr prop. 2006/07:128 s. 174). Denna typ av ramavtal anses vara ett ömsesidigt förpliktande kontrakt i både upphandlingsrättslig och civilrättslig mening, där avrop efter den upphandlade myndighetens behov är en tillämpning av avtalet och inte en upphandling enligt LOU (Rosén Andersson H. m.fl., *Lagen om offentlig upphandling, En kommentar* [2 uppl. 2015] s. 289).

I 5 kap. 7 § LOU anges bl.a. att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna ramavtalet, ska parterna bjudas in att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. I förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 176) anges bl.a. att vid förnyad konkurrensutsättning har inte alla villkor fastställts i ramavtalet och en fullständig anbudsutvärdering måste göras inför varje enskild kontraktstilldelning. Av Kammarrätten i Sundsvalls dom den 9 mars 2010 i mål nr 385-10 följer att ramavtal som förutsätter en förnyad konkurrensutsättning inte är något kontrakt i LOU:s mening.

I p. 1.2 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Vi kommer att teckna ramavtal med upp till tre – fyra leverantörer. I samband med tilldelningsbeslut kommer kontrakt att tilldelas för att leverera en moduluppställning till Vallskoga förskola samt ett elevboende. Därefter kommer uppdrag att tilldelas efter genomförd förnyad konkurrensutsättning.

I tilldelningsbeskedet och upphandlingsprotokollet den 27 januari 2016 anges att Expandias anbud var det enda som uppfyller obligatoriska krav och att Expandia tilldelas ramavtalet. Förvaltningsrätten finner att det framgår av p. 1.2 och det som Temporent och kommunen uppger att åtminstone en del av upphandlingen annonserats som ramavtal med förnyad konkurrensutsättning.

Ett ramavtal som tecknas med en leverantör enligt 5 kap. 4 § LOU är ett ömsesidigt förpliktande avtal. Ett ramavtal med förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § LOU har inte någon bindande verkan. Eftersom det rör sig om två olika former av ramavtal med skilda förutsättningar har kommunen frångått förfrågningsunderlaget genom att tilldela ramavtalet till bara en leverantör. Det är en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund har kommunen brutit mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU.

Det får anses vara sannolikt att Temporent åtminstone riskerat att lida skada på grund av att bolaget inte fått möjlighet att lämna anbud utifrån de förändrade förutsättningarna. Således finns det grund att ingripa mot upphandlingen (16 kap. 6 § LOU).

Anbud på hela upphandlingen

En upphandlande myndighet har förhållandevis stora möjligheter att utforma förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller utifrån sina behov. Av RÅ 2002 ref. 50 följer att även förfrågningsunderlag och utvärderings-

modeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

I artikel 32.2 i direktiv 2004/18/EG anges att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Enligt förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 333) till LOU torde denna regel följa av 1 kap. 9 § LOU. I samma förarbete anges även att en upphandlande myndighet måste överväga hur ett ramavtal ska utformas för att uppnå konkurrens (a.a. s. 172).

Av det som Temporent och kommunen anför framgår att upphandlingen består av tre delar. I p. 2.5 i förfrågningsunderlaget anges att anbud endast kan lämnas på hela upphandlingen. Av upphandlingsprotokollet den 27 januari 2016 framgår att det inkom två anbud i upphandlingen varav endast Expandias anbud ansågs uppfylla alla krav i upphandlingen. Temporent uppger att områdena förskolan och elevboendet utvärderats var för sig utan någon påverkan på varandra. Eftersom kommunen inte invänt mot Temporents påstående får det anses vara korrekt.

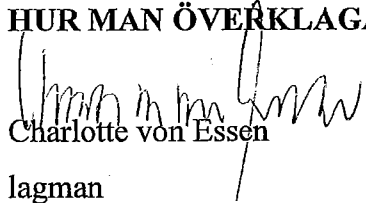
Som skäl för kravet att anbud måste lämnas på hela upphandlingen uppger kommunen i huvudsak att kommunen var tvungen att säkerställa att den fick leverantörer på båda delområdena. I målet har inte framkommit att kommunens möjligheter att få in fler anbud på delområdena förbättrats av kravet på att lämna anbud på hela upphandlingen. Kommunen har inte kommenterat det som Temporent påstår om att mindre och medelstora företag har utestängts från att lämna anbud varför påståendet får tas för gott.

Med hänsyn till att de olika delområdena i upphandlingen utvärderas separat förefaller det inte finnas något hinder mot att dela upp upphandlingen i olika delar och möjliggöra anbud på en eller flera delar. Mot bakgrund

av det som framkommit finner förvaltningsrätten att det är sannolikt att en sådan uppdelning hade främjat och utvecklat konkurrensen. Kravet på att lämna anbud på hela upphandlingen får anses vara konkurrensbegränsande i så stor utsträckning att kravet är oproportionerligt jämfört med det eftersträlvade syftet. Detta innebär att kravet på att anbud måste lämnas för hela upphandlingen strider mot den grundläggande principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU.

Genom denna brist i förfrågningsunderlaget har Temporents möjligheter att lämna ett anbud och få kontrakt försämrats på ett sådant sätt att bolaget åtminstone får anses ha riskerat att lida skada. Således finns det även i denna del skäl att ingripa mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU. De aktuella bristerna i upphandlingen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Ansökan ska således bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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


Charlotte von Essen

lagman

Målet har handlagts av föredraganden Anderz Eriksson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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