



**KLAGANDE**

Landstinget Västernorrland  
871 85 Härnösand

**MOTPART**

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

Ombud: Kristian Pedersen  
Advokatfirman Delphi KB  
Box 1432  
111 84 Stockholm

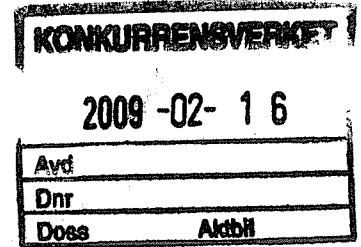
**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Länsrätten i Västernorrlands läns dom den 5 november 2008 i mål nr 2060-08, se bilaga A

**SAKEN**

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

Landstinget Västernorrland (landstinget) yrkar att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, avslår Sandå Sverige AB:s ansökan om överprövning. Till stöd för sin talan åberopar landstinget samma omständigheter som i länsrätten. Vidare anför landstinget i huvudsak följande. Den aktuella upphandlingen avser endast de arbeten som räknas upp i förfrågningsunderlaget under administrativa föreskrifter AFB. 11. Samtliga dessa arbeten återfinns i bilaga 1 till LOU och är sådana byggtreprenadkontrakt som avses i 2 kap. 3 § LOU. Det är visserligen olyckligt att annonsen i vissa delar innehåller vilseledande information, eftersom det i annonsen talas om "Fastighetsskötsel" och även görs en hänvisning till tjänstekategori 14. Både annonsen och förfrågningsunderlaget innehåller emellertid tillräcklig och tydlig information för att en normalt omsorgsfull leverantör ska förstå att upphandlingen i själva



verket avser entreprenad-arbeten. Det finns för övrigt ingen A-tjänstkategori som heter "Fastighetsunderhåll" i bilaga 2 till LOU. Kategori 14 i bilaga 2 avser "Fastighetsstädning och fastighetsförvaltning", vilket är något annat än de entreprenadarbeten som upphandlingen avser. Även om landstinget skulle ha tillämpat fel upphandlingsförfarande eller begått något annat fel är detta inte i sig tillräckligt för att en domstol ska ingripa mot upphandlingen. Felet måste också ha medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. I den aktuella upphandlingen har landstinget meddelat tildelningsbeslut och det går alltså att fastställa vilken betydelse upphandlingsförfarandet har haft för Sandås möjligheter att vinna upphandlingen. Valet av upphandlingsförfarande har inte haft någon som helst betydelse för Sandås möjligheter att vinna upphandlingen eftersom landstinget hade haft rätt att på samma sätt använda sig av referenser också i en öppen upphandling.

Sandå Sverige AB (Sandå) bestrider bifall till överklagandet. Till stöd för sin inställning anför Sandå vad som tidigare anförts med i huvudsak följande tillägg. Landstinget har både i annonsen och i förfrågningsunderlaget lämnat en lång rad uppgifter som tydligt visar att föremålet för upphandlingen är fastighetsunderhåll. Sandå vidhåller således att föremålet för upphandlingen är fastighetsunderhåll, dvs. en A-tjänst. Landstinget har inte kunnat lämna någon förklaring till varför landstinget annonserat upphandlingen som gällande A-tjänster i Tenders Electronic Daily, istället för i en nationell databas i enlighet med 15 kap. LOU. Sandå vidhåller också att landstinget inte haft rätt att beakta referenser vid anbudsutvärderingen och att detta framgår av EG-domstolens rättspraxis (jfr bl.a. mål C-532/06). Även om det skulle vara tillåtet att beakta referenser vid anbudsutvärderingen har landstinget sammanblandat omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen genom att i anbudsutvärderingen beakta bl.a. kompetens och erfarenhet trots att detta skulle ha beaktats inom ramen för leverantörskvalificeringen.

## DOMSKÄL

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.

I 12 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kammarrätten kommer i målet att ta ställning till följande frågor.

1. Vilket objekt upphandlingen avser.
2. Om landstinget brutit mot någon bestämmelse i LOU.
3. Om dessa eventuella brott mot LOU medfört att Sandå lidit eller kan komma att lida skada.

#### 1. Upphandlingens objekt

Vid bestämmandet av upphandlingens objekt är det den upphandlingsrättsliga definitionen som är av intresse. Den upphandlande myndighetens uppfattning om vad man rent faktiskt avsett att upphandla måste härvid utgöra utgångspunkt för bedömningen. Landstinget har i såväl länsrätten som kammarrätten uppgivit att avsikten varit att upphandla de arbeten som räknas upp i förfrågningsunderlaget under administrativa föreskrifter AFB.11. De där uppräknade entreprenaderna är sådana som finns med i förteckningen över byggentreprenadkontrakt i bilaga 1 till LOU. Kammarrätten finner därför att upphandlingens objekt i upphandlingsrättslig mening är byggentreprenadkontrakt.

#### 2. Om landstinget brutit mot någon bestämmelse i LOU.

De frågor som aktualiseras härvidlag i detta mål är följande.

- A. Om rätt förfarande tillämpats.
- B. Om genomförandet av upphandlingen motsvarat LOU:s krav på transparens.
- C. Om det sätt på vilket referenser använts vid anbudsutvärderingen strider mot LOU.

#### 2 A. Om rätt förfarande tillämpats.

Vid upphandlingen har tillämpats förenklat förfarande enligt 15 kap. 3 § första stycket LOU. Enligt 1 kap. 2 § andra stycket 2 punkten samma lag tillämpas endast 15 kap. och 16 kap. LOU vid offentlig upphandling av byggentreprenader som understiger tröskelvärdet. Det är således avgörande för bedömningen huruvida kontraktets värde uppgår till tröskelvärdet eller inte.

Tröskelvärde för byggtreprenader är 5 150 000 euro eller 47 778 869 kronor (se tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling). Såsom länsrätten konstaterat framgår inte upphandlingens värde av förfrågningsunderlaget. Sandå har gjort gällande att ett uppskattat värde av upphandlingen är mellan 2 000 000 och 4 000 000 kr. Landstinget har inte invänt mot denna beräkning. Med hänsyn till detta och till den stora marginal som finns mellan det värdet och tröskelvärdet finner kammarrätten att upphandlingens värde inte kan sägas överstiga tröskelvärdet.

Ovanstående resonemang leder till slutsatsen att det i den aktuella upphandlingen varit korrekt att tillämpa förenklat förfarande.

2 B. Om genomförandet motsvarat krav på transparens.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter bland annat genomföra upphandlingar på ett öppet sätt (principen om transparens).

Av utredningen i målet framgår att upphandlingen i annonsen uppgetts avse tjänster, kategori 14. Vidare framgår av annonsen att öppet förfarande skulle tillämpas. Dessa uppgifter är med hänsyn till vad som faktiskt förevarit direkt felaktiga. I annonsen och förfrågningsunderlaget har även i andra avseenden använts uttryck som lämnat visst utrymme för feltolkningar. Att den upphandlande myndigheten inte på ett tydligt och konsekvent sätt genom hela förfarandet lyckats förmedla vad den avser att upphandla är enligt kammarrättens mening en allvarlig brist och är uppenbart oförenligt med LOU:s konkurrensbefrämjande syfte och därmed följande krav på transparens. Kammarrätten finner således att landstinget brutit mot denna grundläggande princip i 1 kap. 9 § LOU.

2 C. Användandet av referenser vid anbudsutvärderingen.

Sandå har gjort gällande att landstinget enligt EG-domstolens rättspraxis inte har haft rätt att beakta referenser vid anbudsutvärderingen och att det

dessutom inneburit att omständigheter hänförliga till leverantörs-kvalificeringen, såsom kompetens och erfarenhet, felaktigt beaktats i anbudsutvärderingen.

Något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen kan inte utläsas vare sig i LOU eller av EG-domstolens praxis så länge som dessa kriterier syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I den aktuella upphandlingen har referenspersoner kontaktats för betygsättning av vissa påståenden. I förfrågningsunderlaget anges att referenspersonernas omdömen ska grunda sig på uppdrag som är likvärdiga med i upphandlingen efterfrågade uppdrag.

De påståenden som referenspersonerna ska svara på är följande.

Arbetsledare har mycket god förmåga att organisera, planera och driva arbeten och projekt. Arbetsledare har mycket god förmåga att hålla tider och överenskommelser för utförande av arbeten och projekt. Arbetsledare har mycket god förmåga att hålla beställare informerad om kunnig status i pågående arbeten och projekt. Personal har mycket hög kompetens och kunnande inom sitt yrkesområde. Personal har mycket god förmåga att informera och kommunicera med beställarens ombud. Personalen håller mycket hög kvalitet på utförda arbeten och har aldrig anmärkningar som leder till att utförda arbeten måste ändras, korrigeras eller göras om.

Av EG-domstolens avgörande framgår att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet ifråga inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga utgör kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och således inte kriterier för tilldelning (dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis, punkterna 30-31).

I den aktuella upphandlingen har referenserna enligt kammarrättens bedömning inhämtats i syfte att bedöma leverantörernas förmåga att utföra uppdraget och är därmed att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer. Landstingets förfarande i denna del strider därför mot 1 kap. 9 § LOU.

### 3. Om Sandå lidit eller kan komma att lida skada

För att rätten ska kunna besluta om att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske krävs enligt 16 kap. 2 § LOU att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU.

I specialmotiveringen till bestämmelsen uttalas följande (prop. 1992/93:88 s. 101). ”Bestämmelsen (...) riktar sig främst till den leverantör som finner att en pågående upphandling sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt. Exempel på sådana situationer kan vara att annonserna är så utformade att de utesluter från deltagande, eller att de kvalifikationskrav som den upphandlande enheten valt att tillämpa formulerats på ett sådant sätt att någon reell anbudstävlan inte kan uppkomma. Den som är berättigad att påtala ett missförhållande är den som antingen lidit skada eller kan komma att lida skada. Det i praktiken vanligaste fallet kan förmodas bli att en ansökan om rättelse görs redan när man riskerar att lida skada. Avsikten bakom bestämmelsen är nämligen att man ska kunna angripa en feltillämpning på så tidigt stadium att det ska vara möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommer.

För att rätten ska kunna besluta om åtgärd i förevarande mål ska det således vara Sandå som lidit eller kan komma att lida skada.

Sandå har visserligen till följd bl.a. av den felaktiga annonsen fått intrycket att upphandlingen avsett en tjänst, men det har inte inneburit att bolaget missuppfattat vad som faktiskt upphandlats. Denna bedömning

vinner stöd inte minst av den omständigheten att Sandå lämnat ett anbud som motsvarat vad landstinget efterfrågat. Av utredningen i målet framkommer inte heller i övrigt något som talar för att Sandå lidit skada på grund av att landstinget inte på ett konsekvent sätt förmedlat vad som upphandlats.

Kammarrätten har tidigare funnit att landstingets förfarande när det gäller referensupptagningen strider mot 1 kap. 9 § LOU. Av utvärderingsprotokollet framgår enligt kammarrättens mening att Sandå lidit skada av att referensupptagningen hänförs till utvärderingsfasen på sätt som skett. Bristerna ska rättas genom att upphandlingen ska göras om.

Sammantaget finner kammarrätten att landstinget inte på ett tydligt sätt under hela upphandlingsprocessen lyckats förmedla vad den avser att upphandla och därmed brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Sandå har dock inte lidit skada till följd av detta. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund saknas därför. Landstinget har emellertid också brutit mot 1 kap. 9 § LOU genom att hänföra referensupptagning till kriterier för tilldelning i stället för rätteligen till kvalificeringsfasen. Kammarrätten finner att Sandå genom landstingets förfarande att felaktigt hänföra referensupptagning till kriterier för tilldelning lidit skada. Bristerna bör rättas på det sättet att upphandlingen görs om.

### DOMSLUT

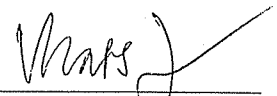
Kammarrätten avslår överklagandet.

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



Christer Sjödin  
lagman

Charlotte Waas  
kammarrättsråd  
referent



Mats Johansson  
tf. assessor





**SÖKANDE**

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

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

**MOTPART**

Landstinget Västernorrland  
871 85 Härnösand

**SAKEN**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## DOMSKÄL

### *Upphandlingens objekt*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Av den annons som införts i Tenders Electronic Daily den 22 maj 2008 framgår bl.a. följande under rubriken Avsnitt II Upphandlingens föremål.

II.1.1) Den upphandlande myndighetens benämning på upphandlingen. Ramavtal för fastighetsunderhåll.

II.1.2) Typ av upphandling och plats för byggentreprenad, leverans eller utförande: Tjänster. Tjänstekategori: nr 14.

II.1.5) Kort beskrivning av upphandlingen/upphandlingarna: Upphandlingen omfattar entreprenader för fastighetsunderhåll inom: bygg, målning, golvläggning, värme och sanitet, ventilation och el.

II.1.6) Gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV-ref. nr): 93411300, 45210000, 45300000, 45310000, 45330000, 45432100, 45432110, 45442100, 50000000.

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

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

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

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

#### *Tröskelvärde*

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

**DOMSLUT**

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att Landstinget ska göra om upphandlingen.

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

Anita Enocksson

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

