



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredraganden
Matilda Skogberg

DOM
2020-02-03
Meddelad i Falun

Mål nr
5879-19

Sida 1 (7)

SÖKANDE

C. Sandås Energikontroll Mälardalen AB, 556549-7574

Ombud: Advokaten Olof Hallberg
Cirio Advokatbyrå AB
Box 3294
103 65 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2020-02-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Göteborgs stads bostadsaktiebolag, 556046-8562

Ombud: Advokaten Johan Lidén
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 272543

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

BAKGRUND

Göteborgs stads bostadsaktiebolag (bostadsaktiebolaget) har genomfört en upphandling benämnd Ramavtal för vattenoptimering i lägenheter (totalentreprenad) med dnr 19/003. Upphandlingen har genomförts genom förenklat förfarande enligt de bestämmelser som i lagen (2016:1145) om offentligt upphandling, LOU, gäller för upphandlingar under det s.k. tröskelvärdet.

De administrativa föreskrifterna för upphandlingen innehåller bl.a. följande:

AFA.211 Avtalsperiod

Avtalsstart beräknas till 1 juni 2019. Avtalet kommer att gälla till och med 2020-05-31 med möjlighet till förlängning ett år i taget, dock längst till och med 2023-05-31. Förlängning kan endast påkallas av Bostadsbolaget.

AFB.33 Anbuds giltighetstid

Anbudsgivare är bunden av sitt anbud i tre (3) månader efter anbudstidens utgång. För det fall upphandlingen blir föremål för överprövning är anbudsgivaren bunden av anbudet fram till och med två (2) månader efter den tid då eventuell överprövning avslutats genom lagakraftvunnen dom.

I de administrativa föreskrifterna för upphandlingen angavs att avtal kan komma att tecknas med fler än en leverantör, dock max fem (se tredje stycket i punkten AFA.21). Anbudstiden gick ut den 15 maj 2019. Flera anbudsgivare lämnade anbud. Efter utvärdering meddelades tilldelningsbeslut den 14 juni 2019. Genom det beslutet tilldelades kontrakt NGL Vatten & Energiteknik AB (NGL) på första plats, C. Sandås Energikontroll Mälardalen AB (CS) på andra plats och QSEC Sverige AB (QSEC) på tredje plats. Bostadsaktiebolaget slöt den 29 oktober 2019 ramavtal med NGL och QSEC. CS erbjöds att teckna ramavtal, men avböjde.

YRKANDE M.M.

CS yrkar i en ansökan att förvaltningsrätten beslutar att ramavtalen är ogiltiga. Till stöd för sin talan framför CS bl.a. följande: Det saknas förutsättningar att ingå ramavtalen då giltighetstiden för de tilldelade anbudsgivarnas anbud gått ut. Ramavtalen har således tecknats utan föregående annonsering och därigenom i strid med annonseringsplikten i LOU. Något skäl för undantag från annonsering har inte förelegat. För det

fall anbudens bedöms giltiga vid ramavtalens ingående har ramavtalen, vad avser avtalstiden, ändrats väsentligt i förhållande till vad som föreskrevs i det annonserade upphandlingsdokumentet. De ramavtal som nu tecknats har en väsentligt kortare första avtalsperiod, sju månader. Det innebär att första avtalsperioden är drygt 40 procent kortare än vad upphandlingsdokumentet föreskrev. Förutsättningarna för att lämna anbud med de förutsättningarna skiljer sig väsentligt i förhållande till upphandlingens innehåll. Ramavtalen har således, i förhållande till vad som annonserats, genomgått väsentliga förändringar. Även om det skulle kunna hävdas att anbudsgivarna, genom att acceptera att anbudet skulle vara giltigt den 16 augusti 2019 (och i en överprövningssituation ännu lite längre), inte kunnat utesluta att avtalsstart kunde komma att inträffa senare, kan det inte tillerkännas någon särskild betydelse. Om följden blir att avtalstiden likafullt nära nog halveras är det ändå en väsentlig förändring som inte kan accepteras. Ramavtalen är därför inte vad som efterfrågats och skulle av det skälet föranlett annonsering. Så har inte skett och ramavtalen har således tecknats utan föregående annonsering och därigenom i strid med annonseringsplikten LOU.

Bostadsaktiebolaget anser att ansökan ska avslås och svarar bl.a. följande: Ramavtalen har ingåtts efter korrekt annonserad och genomförd offentlig upphandling. Det föreligger identitet mellan förfrågningsunderlag, tilldelningsbeslut och ramavtal. Ramavtalen innehåller inga ändringar, än mindre väsentliga ändringar, jämfört med förfrågningsunderlaget. Myndigheten har genomfört en korrekt annonsering av upphandlingen, och meddelat ett korrekt tilldelningsbeslut. Vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet var anbudet giltigt. De ramavtal som därefter erbjödits och ingåtts har varit i enlighet med förfrågningsunderlaget och meddelat tilldelningsbeslut. Likabehandlingsprincipen har upprätthållits genom att samtliga leverantörer, i enlighet med tilldelningsbeslutet, erbjödits ramavtal. Det förhållandet att myndigheten inte begärt någon förlängning av anbudens giltighetstid, efter tilldelningsbeslutet, medför inte att ramavtalsingåendet blir en otillåten direktupphandling. Det ingåendet har inte missgynnats någon leverantör eller påverkat utfallet i upphandlingen. Alla leverantörer har – efter ursprunglig anbudsgiltighetstid – alltid valfrihet att acceptera förlängning av

giltighetstiden eller att hoppa av. Sådan valfrihet har anbudsgivarna haft i myndighetens upphandling. Sådan valfrihet skulle anbudsgivarna även ha haft i ett kontrafaktiskt scenario, där myndigheten inhämtat besked om inställningen till en förlängning av anbudens giltighetstid i ett tidigare skede. Det föreligger således identitet mellan det ramavtal som annonserats, tilldelningsbeslutet, och de ramavtal som erbjudits och ingåtts med anbudsgivarna. Likabehandlingsprincipen har iakttagits genom att alla anbudsgivare erbjudits ramavtal i enlighet med tilldelningsbeslutet. I förfrågningsunderlaget anges att avtalsstarten "beräknas till 1 juni 2019". En sådan formulering markerar att datumangivelsen inte är bestämd med exakthet. Någon ändring av avtalet föreligger således inte; än mindre en väsentlig ändring. Det är inte ramavtalstiden i månader som är bestämmande för vilka arbetsvolymerna som leverantörerna kan komma att få utföra. Avgörande är i stället i vilken mån myndigheten genomför avrop. Även denna aspekt, dvs. frånvaron av ett orsakssamband mellan viss avtalstid och ett konkret kontraktsvärde, talar emot väsentlig ändring. För ramavtalet har inte avtalstidens längd sådan betydelse ur intäktssynpunkt som CS påstår.

CS genmäler bl.a. följande: Att ramavtalsingåendet, efter det att anbudens giltighetstid löpt ut, kommit att missgynna bolaget är uppenbart. Bolaget valde att delta i upphandlingen och att förklara sig bunden av sitt anbud under föreskriven tid, inte längre. Att deltagande anbudsgivare inte "hur som helst" har möjlighet att förlänga anbudets giltighet torde vara uppenbart. Under den tid en anbudsgivare är bunden av ett anbud, måste resurser finnas att tillgå för att uppfylla det som erbjudits i anbudet. Därefter finns ingen sådan bundenhet. Med bostadsaktiebolagets synsätt kan upphandlande myndigheter styra upphandlingsresultat på så sätt att den upphandlande myndigheten skönsmässigt och godtyckligt kan välja vilken leverantör myndigheten vill ha, i uppenbar strid med likabehandlingsprincipen. Alldeles oavsett om bostadsaktiebolaget haft rätt att förlänga anbudsgivarnas giltighetstid även först efter ursprunglig tid för giltighetstiden gått ut, har myndigheten de facto inte vidtagit någon sådan förlängning innan kontraktsskrivning. Den faktiska situationen är således att ett nytt anbud-

och acceptförfarande inleddes (dvs. en ny upphandling) genom bostadsaktiebolagets erbjudande om att skriva ramavtal den 31 oktober 2019. Denna upphandling har aldrig annonserats. Till detta kommer också – dvs. oavsett om det anses att bostadsaktiebolaget hade rätt att förlänga giltighetstiden och att en sådan förlängning kan anses ha begärts av myndigheten och godtagits av leverantörerna – att likabehandlingsprincipen förutsätter att alla leverantörer godtar en sådan förlängning. Så har uppenbarligen inte skett, då bolaget inte godtagit ”förlängningen”. Redan det faktum att inte alla leverantörer godtar förlängning av giltighetstiden (och att myndigheten därefter fortsätter med att ingå kontrakt) är i sig en överträdelse av likabehandlingsprincipen och därmed ett skäl till att anse att det är en ny upphandling som inte har annonserats. När det gäller avsaknaden av identitet mellan tilldelningsbeslut och kontraktstecknande skulle enligt tilldelningsbeslutet i den annonserade upphandling bostadsaktiebolaget teckna avtal med tre leverantörer, NGL, CS och QSEC. Endast NGL och QSEC har tecknat kontrakt. Således kan även av detta skäl med fog ifrågasättas om det är samma upphandling som har annonserats, som den det nu har tecknats kontrakt inom. En acceptans av det förfaringssätt bostadsaktiebolaget tillämpat skulle leda till mycket märkliga konsekvenser. Upphandlande myndigheter skulle framdeles i princip kunna antingen helt underlåta att föreskriva annat än att anbuden ska vara giltiga fram till dess tilldelning sker, eller också kunna välja att avsluta en upphandling långt senare än planerat och då på grundval av ogiltiga anbud. Det är oklart om myndigheten menar att det över huvud taget inte finns någon sådan bortre tidsgräns utan att det står den upphandlande myndigheten fritt att närsomhelst plocka fram ”gamla” ogiltiga anbud och teckna kontrakt på basis av sådana anbud. Det är bolagets starka övertygelse att ett sådant förfaringssätt inte kan vara förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

För överprövning av ett avtals giltighet föreskrivs i 20 kap. 13 § LOU – uttömmande – följande: Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § eller 36 § första stycket när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap. eller att upphandla enligt 19 kap. 36 § andra stycket,

2. efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 § samt 9 § utan att de villkor har följts som framgår av de paragraferna eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket eller 38 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Anbudets giltighetstid fyller sin främsta funktion intill dess den upphandlande myndigheten meddelat ett tilldelningsbeslut. När tilldelningsbeslutet meddelats bör det stå en upphandlande myndighet fritt att med en tilldelad leverantör sluta avtal, trots att giltighetstiden för anbudet gått ut (jfr t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 mars 2009 i mål 3521-08).

När bostadsaktiebolaget den 14 juni 2019 meddelade tilldelningsbeslut hade anbudens giltighetstid inte gått ut. Vid den tidpunkten var anbudet alltså giltigt. Det förhållandet att anbudens giltighetstid gått ut när ramavtal slöts innebär inte att det blivit fråga om en ny upphandling utan föregående annonsering som utgör grund för att ogiltigförklara avtalen. Inte heller innebär det förhållandet att ramavtal slöts först den 29 oktober 2019, när det i upphandlingsdokumenten anges att avtalsstart beräknas till den 1 juni 2019 och att avtalet kommer att gälla till och med den 31 maj 2020, med två av tre tilldelade leverantörer att det skett en sådan väsentlig förändring av upphandlingsföremålet att det blivit fråga om en ny upphandling utan föregående annonsering som utgör grund för att ogiltigförklara avtalen. Till saken hör att ingen specifik avtalstid eller volym garanterats. Det CS framfört visar inte heller att det av någon annan anledning finns grund i 20 kap. 13 § LOU för att ogiltigförklara ramavtalen. Ansökan ska följaktligen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Elin Ruthström
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

