



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2013-10-22
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 22115-13

SÖKANDE

K E Pump & VVS AB, 556455-0084

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Jenny Kenneberg
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. Tyresö kommun
2. Tyresö Bostäder AB, 556482-8787

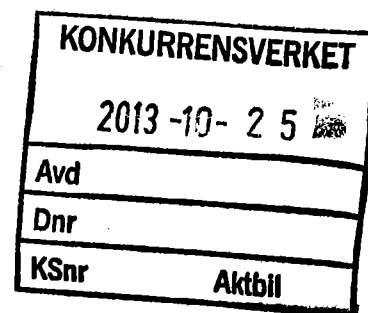
Ombud för 1 och 2: Advokaterna Hampus Ek och John Hane
 Foyen Advokatfirma AB
 Box 7229
 103 89 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 409609

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Tyresö kommun och Tyresö Bostäder AB (gemensamt Tyresö) genomför en upphandling av rör- och ventilationsarbeten. Upphandlingen genomförs i form av ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och syftar till att det eller de anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga ska antas. Enligt tilldelningsbeslut den 5 september 2013 ska avtal tecknas med tre andra anbudsgivare än K E Pump & VVS AB.

K E Pump & VVS AB (KE Pump) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför KE Pump i huvudsak följande. Det som ifrågasätts i upphandlingen är det krav som ställs i fråga om materialinköp. Detta krav framgår av punkt B.5 i den tekniska rambeskrivningen och innebär att leverantörerna ska köpa allt material till arbetena genom ett särskilt materialavtal som Husbyggnadsvaror Förening (HBV) har. Att anvisa leverantörerna till HBV:s ramavtal på detta sätt utgör en allvarlig konkurrensbegränsning och strider mot grundläggande principer för upphandling. Det är därför nödvändigt att upphandlingen görs om.

Kravet innebär att en enda materialleverantör kan komma i fråga för att leverera varor. KE Pump har till följd av mångåriga samarbeten mycket goda inköpskanaler när det gäller material. Att Tyresö anvisar en särskild materialleverantör har därför gjort det betydligt svårare för KE Pump att lämna ett lika konkurrenskraftigt anbud som annars hade varit möjligt. Det kan också ifrågasättas om det är förenligt med upphandlingsrättsliga principer att HBV, som även agerat som upphandlingskonsult, hänvisar leverantörerna till det egna inköpsavtalet. Det görs dock inte gällande att HBV:s roll som inköpscentral i sig strider mot upphandlingsreglerna.

Såvitt framgår är Tyresö kommun vidare inte medlem i HBV och därmed sannolikt inte heller upptagen som avropande myndighet i materialavtalet. Tyresö kommun har därmed enligt 5 kap. 2 § LOU inte rätt att avropa material från avtalet. Ett upplägg som innebär att leverantören ska beställa material för Tyresö kommuns räkning från ett avtal där kommunen inte är upptagen som avropande myndighet strider mot upphandlingsreglerna. Även när det gäller arbeten som utförs för Tyresö Bostäder AB:s räkning saknas det förutsättningar för leverantören att avropa varor från avtalet. Enligt förfrågningsunderlaget ska materialet säljas direkt till den upphandlade leverantören som sedan för vidare kostnaden till beställaren. Leverantören är dock inte part i det ramavtal som HBV tecknat och har därför inte rätt att avropa från avtalet. Kravet på att leverantören ska beställa material från avtalet är således omöjligt att uppfylla.

Att hänvisa samtliga inköp till en enda materialleverantör kommer att medföra betydande svårigheter för mindre leverantörer att konkurrera på marknaden. Det innebär också svårigheter för entreprenörerna att behålla goda relationer till sina vanliga materialleverantörer. Om Tyresö har avtalsrelationer som förhindrar Tyresö att köpa varor från någon annan skulle Tyresö lämpligen ha upphandlat enbart utförandet av arbetet och inte materialet. Den aktuella upphandlingen omfattar dock både och. Det finns anledning att ifrågasätta om det uppställda kravet är proportionerligt eller om motsvarande resultat kan uppnås på annat sätt. En upphandlande myndighet får i regel inte kräva att varor ska vara av ett visst varumärke.

KE Pump har lämnat anbud i upphandlingen och hade, för det fall Tyresö inte hade anvisat alla materialleveranser till HBV:s avtal, kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud. KE Pump riskerar därför att lida skada av bristerna i upphandlingen. Vid anbudsprövningen har KE Pump ansetts uppfylla alla krav och Tyresö kan inte framföra invändningar mot detta nu.

Tyresö anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Till att börja med har KE Pump inte lidit skada och ansökan bör därför avslås redan av det skälet. Kravkontroll gjordes endast i fråga om de leverantörer som kom i läge för avtal och vid kontroll av bolagets anbud kan konstateras att det inte uppfyller kraven E och H i upphandlingen.

Upphandlingen har vidare skett i enlighet med LOU och bakomliggande direktiv. Den upphandlande myndigheten avgör själv föremålet för upphandlingen efter de behov som myndigheten har. Tyresö kan sägas ha valt att exkludera materialinköp från avtalet för att i stället tillhandahålla material själva, om än via HBV. Föremålet för upphandlingen är därför enbart arbetet med att installera materialet i Tyresös fastigheter. Det har sedan årtionden tillbaka varit ett välkänt problem i branschen att framför allt rörentreprenörer i huvudsak får sin förtjänst av att sälja rörmaterial med olika typer av svår genomträngliga rabattsystem, i stället för att ha en rimlig täckningsgrad i sina timarvoden. Det för med sig problem som att entreprenören får ett osunt incitament att byta ut rörmaterial i befintliga installationer i stället för att reparera. Tyresö har försökt få bukt med detta, vilket är vanligt också bland andra upphandlande myndigheter på området.

HBV är en inköpscentral som har upphandlat sitt ramavtal enligt LOU. Till separata upphandlingar kan upphandlande myndigheter som inte är medlemmar i HBV ansluta sig. Tyresö har genom anslutning till avtalet (Tyresö kommun) och medlemskap (Tyresö Bostäder AB) förpliktat sig att avropa från ramavtalet. På vilket sätt det skulle begränsa konkurrensen är oklart. Förutsättningarna har varit lika för alla leverantörer. Konkurrensen har i stället främjats genom att även mindre leverantörer, som normalt har betydligt lägre rabatter för inköp, kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud. Det stämmer inte att leverantören blir part till HBV:s ramavtal. Det är i stället fråga om ett trepartsavtal, där avropet från ramavtalet sker genom den entreprenör som Tyresö för tillfället arbetar med.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan är om kravet på att rörmaterial ska köpas in via det ramavtal som Tyresö tillämpar innebär att Tyresö har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

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

Det krav som KE Pump invänder mot framgår av punkten B.5 i den tekniska rambeskrivningen i upphandlingen. Punkten har följande lydelse:

”För alla uppdrag som utförs på löpande räkning skall rörmaterial (vvsgrossistmaterial) köpas på beställarens avtal.

Beställaren har för närvarande avtal med VVS-grossisten Ahlsell hos de Allmännyttiga bostadsföretagens inköpsförening HBV (Husbyggnadsvaror Förening). Beställaren kan komma att anvisa annan likvärdig leverantör under avtalstiden.

Antagen entreprenör förbinder sig att beställa för leverans eller hämta detta material hos anvisad grossist. [...]

Varorna skall ingå i entreprenörens åtagande.

Entreprenören har betalningsansvaret och svarar även i övrigt för dessa varor på samma sätt som om entreprenören själv infordrat anbuden och gjort beställning. [...]

Beställning av material sker genom angivande av beställarens kundnummer. [...]

Entreprenören får faktura på materialet från HBV och ska vidarefakturera detta, med 10 % påslag, på samma faktura som arbetet faktureras. Kopia på faktura från HBV skall bifogas. Entreprenören är inte berättigad till annat påslag än detta %-påslag. [...]

En separat 3-partsöverenskommelse kommer att upprättas mellan entreprenören, beställaren och HBV. I överenskommelsen anges att entreprenören efter anmodan skall kunna redovisa belopp för material inköpt på HBV:s ramavtal samt till beställaren fakturerade belopp för material.[...]

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet normalt har stor frihet när den närmare bestämmer föremålet för en upphandling. De krav som ställs får dock inte vara diskriminerande, godtyckliga, uppenbart osakliga eller på annat sätt strida mot LOU (se rättsfallet RÅ 2010 ref. 78).

Den frihet som en upphandlande myndighet har att närmare bestämma föremålet för en upphandling får anses omfatta en rätt för Tyresö att i den aktuella upphandlingen ställa krav på att rörmaterial ska köpas in enligt ett avtal till vilket Tyresö är anslutet. Förvaltningsrätten bedömer att det finns sakliga skäl för kravet och att det inte är diskriminerande. Kravet har gällt på samma sätt för alla leverantörer och det har inte framkommit att någon viss typ av företag har missgynnats otillbörligt. Den omständigheten att KE Pump möjligen skulle ha kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om kravet inte gällt betyder inte att kravet står i strid med LOU.

Det har inte heller framkommit att kravet skulle vara omöjligt att uppfylla. Det framgår att Tyresö Bostäder AB är medlem i HBV och att Tyresö kommun anslutit sig till det ramavtal som HBV har. I punkten B.5 i den tekniska rambeskrivningen anges hur leverantören ska kunna avropa från ramavtalet genom ett trepartsavtal. Det framstår alltså som fullt möjligt för leverantören att göra inköp enligt avtalet. Även vid motsatt förhållande hade det emellertid varit oklart på vilket sätt detta skulle strida mot LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att kravet i punkten B.5 inte avser sådana tekniska specifikationer som behandlas i 6 kap. LOU. Det är inte fråga om ett krav på att material ska vara av ett visst varumärke eller liknande. Som Tyresö påpekar avser den aktuella upphandlingen rör- och ventilationsarbeten, medan det material som ska användas i arbetena är tänkt att avropas från ett ramavtal som redan är upphandlat enligt LOU.

Slutligen konstaterar förvaltningsrätten att det faktum att HBV hjälpt Tyresö med upphandlingen och att leverantörerna samtidigt hänvisats till HBV:s ramavtal inte kan anses stå i strid med någon bestämmelse i LOU.

Det har således inte framkommit att upphandlingen genomförts i strid med LOU eller några unionsrättsliga principer som gäller för upphandling. Det saknas därmed förutsättningar för ingripande enligt LOU. Vid denna bedömning saknas det skäl att pröva om KE Pump lidit eller kan komma att lida skada. KE Pumps ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Johan Jansson

Förvaltningsrättsfiskal

Elisabeth Kornfeldt har föredragit målet.



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 nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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

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