



SÖKANDE

Temporent AB, 556164-1118
Box 914
194 29 Upplands Väsby

Ombud: Nils Jonsson
Norra Obbolavägen 89
904 22 Umeå

KONKURRENSVERKET	
2011-12-02	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Norrtälje kommun
Tekniska kontoret
Box 802
761 28 Norrtälje

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Norrtälje kommuns upphandling av temporära lokaler, dnr KS 11-831 057

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan om åtgärder enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

YRKANDEN M.M.

Norrtälje kommun har genomfört en upphandling avseende förhyrningar av temporära lokaler till kommunens verksamheter för successiva avrop under avtalsperioden. I tilldelningsbeslut den 1 juli 2011 har Ramirent AB antagits som leverantör.

Temporent AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om och anför att upphandlingen strider mot principerna om transparens och proportionalitet.

Kommunen motsätter sig bolagets ansökan om att upphandlingen ska göras om. Kommunen hävdar att upphandlingen inte gjorts i strid med LOU.

Bolagets inställning

Bolaget utvecklar grunderna för sin talan enligt följande.

Transparens

För att en upphandling ska vara transparent måste förfrågningsunderlaget vara förutsebart. Det ska framgå vilka krav som ställs och vilken omfattning anbudsgivarna ska utgå från. I förfrågningsunderlaget efterfrågas ett kvadratmeterpris för skola och förskola. Vissa förutsättningar har angivits men flera av de viktigaste förutsättningarna saknas helt eller delvis. Det är till exempel inte angivet vilka ytor som ska ingå, hur stora dessa i så fall ska vara, hur många barn/personal som ska vistas i lokalerna, vilken utrustning som ska ingå eller vilken standard det ska vara på denna, eventuella samband mellan ytor, om administrativa ytor ska medräknas samt eventuella åtgärder p.g.a. lokala krav. För att få ett förtydligande avseende detta skickades ett e-postmeddelande till kommunen med bl.a. dessa frågeställningar. Detta avvisades mot bakgrund av att tiden för ”fråga-svar” gått ut.

Enligt förfrågningsunderlaget 4.1 andra stycket ska krav på tillgänglighet ”...uppfyllas utöver de verksamhetsspecifika kraven”. Vilka de verksamhetsspecifika kraven är framgår inte i förfrågningsunderlaget och på muntlig förfrågan angavs att det är känt vilken den upphandlande kommunen är och att uppgifter/krav kan inhämtas via kommunens hemsida. Av erfarenhet vet bolaget att verksamhetsspecifika krav varierar kraftigt mellan och inom kommuner. Det är dessutom inte ovanligt att två snarlika uppställningar varierar kraftigt i kostnader enbart beroende på lokala krav och utrustningsnivåer. Som professionell uthyrare kan bolaget naturligtvis gissa eller t.o.m. anta ungefär vilka krav som kan komma att ställas, men det går inte att få jämförbarhet mellan anbudsgivarna utan att kraven anges.

Enligt förfrågningsunderlaget 4.1 tredje stycket ska ”merparten” av kraven i PBL uppfyllas. Det framgår inte närmare vilka krav som avses, om det är mer än 50 procent eller vissa specifika regler som ska uppfyllas.

Det finns en uppenbar risk att anbudsgivarna räknar utifrån väldigt olika förutsättningar, vilket medför att någon jämförbarhet i anbuden inte kan uppnås. Kravet på transparens uppfylls därför inte.

Proportionalitet

Enligt punkten 5.4.4 överförs samordningsansvar enligt AFS 2008:16 på leverantören vid alla byggnationer/leveranser. Det framgår däremot inte av förfrågningsunderlaget om det avser BAS P och/eller BAS U eller t.o.m. uppdragstagare enligt AML 3:7c. Skillnaden i dessa uppdrag är väsentlig vad avser både ansvar och kostnader. Det är inte ovanligt att moduler förhyrs för att man låter renovera eller bygga om en intilliggande lokal. Bolaget ställer sig frågande om samordningsansvaret då även omfattar dessa byggnationer. I vissa fall kan man inte dela upp arbetena och därmed samordningsansvaret. Ska i de fallen ansvaret för andra byggnationer överföras på modulleverantören. Bolaget menar att kommunen har ställt ett otydligt

skall-krav som dessutom inte är rimligt att ställa i en ramavtalsupphandling.

Enligt förfrågningsunderlaget 4.4 ska anbudsgivaren acceptera angivna etablerings- och hyresvillkor. Dessa avtalsvillkor är ofullständiga eftersom de är partiellt kopierade från andra avtal och därmed ryckta ur sitt sammanhang. Som exempel kan nämnas att det inte ens framgår vilken uppsägningstid som gäller för avropade objekt eller vilken etablerings- eller entreprenadgräns som gäller.

Bolaget upplever kravet, enligt förfrågningsunderlaget 5.1.4, att lämna ett fast pris på tilläggsbeställningar utan möjlighet till reglering av tider eller oförutsägbara kostnader som orimligt. Enligt förfrågningsunderlaget 4.3 ska ledningsanslutningar och motsvarande bortkopplas och återställande av anslutningspunkt ska ske till fast pris. Det är inte möjligt att kostnadsberäkna sådana arbeten eftersom det inte anges var anslutningspunkten är belägen. Det är stor skillnad om den ligger 10 meter bort eller 10 000 meter bort. Anslutningen kan i vissa fall ske till befintlig byggnad eller direkt till nätet med anslutningsavgifter som följd. I etableringsvillkoren anges förvisso att kommunen ansvarar för framdragande till grundläggningsyta men inget om borttagandet. Bolaget anser att kravet på återställning av anslutningspunkt inte går att kostnadsberäkna då det inte framgår något om gränsdragning eller andra förutsättningar.

Sammanfattningsvis anser bolaget att kommunen har ställt ett flertal krav som är orimliga i förhållande till uppdragets art och särskilt då det är fråga om en ramavtalsupphandling där det de facto är omöjligt att förutse många av kostnaderna. Kommunen har därmed brutit mot principen om proportionalitet.

Kommunen

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

Transparens

Upphandlingen annonserades den 6 maj 2011 med senaste anbudsdag den 15 juni, senare ändrat till den 20 juni. Den 17 juni kontaktades kommunen, via telefon och per e-post, av en representant för bolaget med ett antal frågor vilka lämnades obesvarade med hänvisning till den sena tidpunkten samt med hänvisning till 8 kap. 9 § andra stycket LOU. Kommunen har i upphandlingen valt att utgå från den funktion som eftersträvas samt tydligt angett en geografisk avgränsning inom Norrtälje kommun. Det är därmed Norrtälje kommuns bygglovsenhet som kan svara på vilka eventuella lokala krav som ställs, utöver t.ex. Boverkets byggnadsregler. Kommunen har vidare i förfrågningsunderlaget punkt 4.2 angett att: ”De temporära lokaler som erbjuds i denna upphandling ska ingå i ett modulsystem som lyfts på plats och byggs ihop efter behov och önskemål”. Skälet för det är att de tänkta anbudsgivarna förväntas vara vana vid liknande uppdrag och i större omfattning än kommunen inneha kunskap om krav och förutsättningar gällande efterfrågad funktion, dvs. temporära lokaler för förskola respektive skola. Ingen av de övriga fyra anbudsgivarna har antytt att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt. Samtliga har godkänt kraven i punkt 4.4, accept i förfrågningsunderlaget. Därtill har bolaget vid möte med kommunen den 12 maj 2011 erhållit möjlighet att diskutera upphandlingens förutsättningar med såväl representanter från upphandlings-, lokalförsörjnings- och bygglovsenhet. Inga oklarheter meddelades vid detta möte.

Kommunens upphandling strider sålunda inte mot kravet om transparens.

Proportionalitet

Gällande överföring av samordningsansvar i enlighet med AFS 2008:16 så kan detta omfatta såväl BAS P (vid projektering) som BAS U (vid utförandet), vilket innebär att leverantören tar ansvar för arbetsmiljö gällande sina

leveranser och får anses vara ett fullt normalt förfarande. Upphandlingen avser kompletta (nyckelfärdiga) leveranser utifrån anbudsgivarens modulsystem till iordningställda etableringsytor. Det anges inte i förfrågningsunderlaget att leverantören ska ta något ansvar för andra byggnationer som kommunen utför eller låter utföra. Kommunen anser det anmärkningsvärt att bolaget anser detta vara otydligt i förfrågningsunderlaget.

Vad gäller uppsägningstid så är avsikten med upphandlingen att tillgodose kommunens behov av temporära byggnader (upp till fem års hyrestid) med i förväg specificerad hyrestid per avrop, varför överenskommelse om uppsägningstid inte är aktuell i upphandlingen. Etablerings- och entreprenadgräns har angetts i "Etablerings- och hyresvillkor" punkt 3: "Etableringsgräns utgörs av färdig iordningställd grundläggningsyta". Denna gräns får anses tämligen tydligt angiven. Kommunen anger i förfrågningsunderlaget punkt 5.1.4 att kostnad för eventuella tillval ska utgöras av fasta priser framräknade och lämnade av leverantören vid respektive avrop. Tillval avser av leverantören levererat och monterat material i av leverantören uttyrd modul. Kommunen har mycket svårt att förstå varför bolaget inte kan ange fast pris på av bolaget levererat material i av bolaget ägd modul. Kommunen finner det orimligt att sådana tillval skulle ersättas efter löpande-räkningsprinciper.

I Etablerings- och hyresvillkor" punkt 3 anges att: "En anslutningspunkt för serviceledningar anordnas av kommunen inom iordningställd grundläggningsyta". Vidare anges i punkt 6 att: "Det är kommunens ansvar att dra fram all media såsom serviceledningar för el, tappvatten och spillvatten, larm samt data/tele till en punkt inom iordningställd grundläggningsyta". Därtill anges i "Kortfattade föreskrifter" punkt 3.2 följande: "I anbud skall kostnad per kvadratmeter anges för komplett urkoppling, demontering och bortforsling av hyresobjektet efter hyrestiden. Anbudet skall inkluderas samtliga kostnader för bortkoppling och återställande efter hyres-

objektet och dess anslutningspunkt". Det är högst anmärkningsvärt att detta går att tolka som att anslutningspunkten kan vara belägen 10 000 meter från etableringsytan.

Kommunens upphandling strider således inte mot kravet om proportionalitet.

Bolaget

Bolaget har i yttrande anfört bl.a. följande. Den geografiska avgränsningen är tydlig. Vem som tar beslut om tolkningar och lokala föreskrifter är naturligtvis också känt men eftersom det inte finns angivet vilka typer av ytor, antal barn/lärare m.m. som ska vistas i lokalerna så går det inte att ställa relevanta frågor och på sätt utvärdera vilka förutsättningar som gäller. Normalt sätt har kommunerna ett lokalprogram där dylika frågeställningar redovisas men oftast är inte heller dessa ensamt tillräckliga i en upphandling. För ett enstaka klassrum så är det alla leverantörer en standardlösning. Eftersom förutsättningarna inte har angivits så kan en leverantör ha beräknat att lägga in extra ventilation, byggnation av handikapp WC och köpa in klädskap medan en annan har beräknat att man inte behöver göra någonting. Det är inte ovanligt att två lika stora ytor kan skilja mellan 50 och 100 procent i hyra beroende på om det avser en standardlösning eller en lösning som bygger på en omfattande kravspecifikation. Att beräkna, och framför allt jämföra, ett kvadratmeterpris under så oklara förutsättningar går inte eftersom alla anbudsgivare kan ha olika förutsättningar i sina anbud och därmed är inte kravet på transparens uppfyllt. Upphandlingen rör också andra verksamhetslokaler och LSS-gruppboenden. Skillnaden är enorm i kravspecifikation för olika verksamheter och därmed också i pris. Det finns inte en möjlighet att anbudsgivarna kan tolka detta på ett enhetligt sätt och därmed faller även jämförbarheten.

Kommunen borde ha angett några standardtyper av det man tror sig kan komma att hyra och beskrivit förutsättningarna för dessa. Exempelen kan viktas efter kommunens förväntade behov och anges i förfrågningsunderlaget. Därigenom kan anbudslämnarna göra rimliga antaganden, ställa relevanta frågor och ge anbud som är jämförbara och transparenta. Det är bolagets uppfattning att kommunen, i sin iver att förenkla avropsförfarandet och föra över eventuella kostnader/risker på anbudslämnarna, gått så långt att det är helt omöjligt att jämföra olika anbudsgivare. Att övriga anbudslämnare inte har ifrågasatt förfrågningsunderlaget är inte relevant avseende om upphandlingen har gått korrekt till eller inte.

Det är ett helt normalt förfarande att ställa krav på övertagande på Bas P/U under förutsättning att omfattningen klart anges vilket inte går att göra i en ramavtalsupphandling. BAS P/U innebär inte endast ansvar för arbetsmiljö gällande sina leveranser utan ett totalansvar för all planering och övergripande arbetsmiljöansvar för samtliga UE på arbetsplatsen. Sålunda omfattar exempelvis BAS P:s skyldigheter att planera/samordna utförande av mark, indragning av media och eventuella angränsande byggnationer som slussar eller liknande, dvs. arbeten vilka alla ligger under kommunen. Det är enligt Arbetsmiljöverket inte möjligt att dela upp arbetena i flera BAS P/U på samma projekt. Bolaget finner det anmärkningsvärt att kommunen inte verkat inse omfattningen av de skyldigheter man ställer som skall-krav i upphandlingen. Det är också brukligt att begära in kvalifikationer om man ställer ett krav på övertagande av Bas P/U, vilket gjorts på alla övriga kvalifikationer.

Förfarandet med ÄTA är vida förekommande, dels inom modulbranschen och dels inom alla de branscher som har del i montage av moduler (bygg, el, ventilation, tak m.m.). Anledningen till detta är att det är näst intill omöjligt att förutse alla kostnader och att regleringar genom ÄTA löser detta. Att ställa ett sådant krav i en upphandling är obilligt eftersom samt-

liga anbudslämnare hamnar i en tvångssituation att acceptera. Det finns inte något fog för att ställa sådant krav och kravet är inte proportionellt.

Kommunen

Kommunen har i yttrande anfört bl.a. följande. Gällande geografiska avgränsningar och formen för upphandling, önskad funktion, har kommunen förstått att bolaget hellre sett en upphandling där de olika leverantörernas produkter utvärderas mot varandra. Detta är dock inte aktuellt i denna upphandling och medför inte heller att upphandlingen skulle strida mot kravet på transparens. Så kallad funktionsupphandling är en tämligen vanlig upphandlingsform idag. Gällande andra verksamhetslokaler utöver skola och förskola har kommunen i förfrågningsunderlaget angett att det i sällsynta fall kan förekomma och då även ingå i ramavtalet. Dock har kommunen, p.g.a. den begränsade omfattningen, inte begärt prisuppgift gällande dessa varför de i anbudet angivna priserna inte berör andra verksamhetslokaler utöver skola och förskola.

Gällande arbetsmiljöansvar har bolaget en felaktig uppfattning om att kommunens ramavtalsupphandling av temporära byggnader ska innefattas i andra former av projekt och därmed omfattas av annat ansvar gällande arbetsmiljö. Kommunen kan konstatera att vid varje form av upphandling ställer kommunen krav på att leverantörer ansvarar för arbetsmiljö som omfattas av det levererade föremålet. Kommunen har hitintills aldrig krävt att någon leverantör tar ansvar för andra leveranser eller byggnationer. Vad bolaget anför avseende ofullständiga avtalsvillkor är felaktigt och ska lämnas utan avseende i denna prövning då det saknar relevans. Beträffande ÄTA-arbeten är vanligt förekommande men det finns inga som helst samband mellan begreppet ÄTA och löpande-räkningarbeten. Kommunen har som rutin att alltid begära in fasta priser för tillkommande arbeten och kan inte se att en annan rutin ska tillämpas i upphandlingen. Noterbart är att

priser för tillval beräknas vid avrop av varje specifikt objekt när fullständiga förutsättningar för beräkning av tillkommande pris föreligger.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU, anges att 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. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har begärt överprövning av Norrtälje kommuns upphandling avseende uthyrningar av temporära lokaler till kommunens verksamheter. Bolaget har yrkat att upphandlingen ska göras om då den brister i transparens och proportionalitet. Bolaget har härvid anfört att förfrågningsunderlaget är oklart då det inte gått att beräkna kvadratmeterpris utifrån de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget. Detta har i sin tur inneburit att de anbud som lämnats inte gått att jämföra med varandra. Bolaget har vidare anfört att förfrågningsunderlaget inte är proportionerligt beträffande några av de krav som ställts på anbudsgivarna samt vad avser vissa avtalsvillkor.


Kommunerna har anfört att upphandlingen genomförts som en funktionsupphandling med angivande av vissa exempel på verksamhetslokaler samt geografiska begränsningar. Kommunen har vidare anfört att de krav som ställts i upphandlingen är proportionella.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingen genomförts på ett sådant sätt att större krav ställs på leverantörerna vid angivande av anbud då samtliga förutsättningar inte varit angivna i förfrågningsunderlaget, en s.k. funktionsupphandling. Detta är en vedertagen upphandlingsform och kommunen har redogjort för skälen till varför man valt att använda sig av denna typ av upphandling. Kommunen har vidare redogjort för de krav som ställts i upphandlingen och varför man valt att ställa dessa krav. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att bolaget haft ett antal invändningar mot förfrågningsunderlaget och däri angivna förutsättningar. Bolaget har dock inte gjort någon koppling mellan dessa invändningar och på vilket sätt bolaget skulle ha drabbats negativt av dessa. Bolaget har vidare inte angett på vilket sätt det skulle lidit skada av de brister bolaget anser upphandlingen lida av.

Varken lagen om offentlig upphandling eller bakomliggande EG-direktiv ger något närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna principerna om att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Regeringsrätten har konstaterat att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som lagen om offentlig upphandling bygger på inte träds för när, se RÅ 2002 ref. 50.

Förvaltningsrätten anser, särskilt mot bakgrund av att det är en funktionsupphandling, att förfrågningsunderlaget och utvärderingskriterierna är formulerade på ett sådant sätt att det framgår vad kommunen tillmätt betydelse vid kvalificeringen och utvärderingen. Förvaltningsrätten anser därmed att bolaget inte har visat att kommunens förfrågningsunderlag brister i förhållande till 1 kap. 9 § LOU och de principer som framkommer däri. Bolaget ansökan om åtgärder enligt LOU ska därför avslås.

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



Annika Lowén
rådman

Målet har handlagts av Andreas Lund.



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