



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2014-01-23
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 30552-13

SÖKANDE

3plåtslagare Stockholm AB, 556774-4635

Ombud: Advokat Gillis Åkesson
 Advokatfirman af Petersens KB
 Box 7495
 103 92 Stockholm

MOTPART

Lidingö stad
 Stadshuset
 181 82 Lidingö

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-01-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller 3plåtslagare Stockholm AB:s ansökan och beslutar att den förnyade konkurrensutsättning som Lidingö stad genomfört genom avrop från ramavtal med dnr FKO/2012:7 avseende bevakning och skottning av snö och is på yttertak ska göras om.

Dok.Id 442378

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Lidingö stad (Staden) har genom förnyad konkurrensutsättning genomfört avrop från ett ramavtal med dnr FKO/2012:7 avseende bevakning och skottning av snö och is på yttertak. Av rättat tilldelningsbeslut meddelat den 10 december 2013 framgår att Lidingö stad beslutat att anta anbud från Birka Plåtslageri AB (Birka Plåtslageri).

3plåtslagare Stockholm AB (3plåtslagare) ansöker om överprövning av upphandlingen enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att Staden i första hand ska vidta rättelse på så sätt att Stadens tilldelningsbeslut den 10 december 2013 ska undanröjas och tidigare tilldelningsbeslut från den 28 november 2013 fastställas vara giltigt, alternativt att 3plåtslagare på nytt tilldelas upphandlingen, alternativt att förvaltningsrätten genom rättelseföreläggande förordnar att Staden tilldelar 3plåtslagare upphandlingen. I andra hand yrkar 3plåtslagare att upphandlingen ska göras om. 3plåtslagare anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Staden har genom avropsförfrågan daterad den 13 november 2013 inbjudit ramavtalade entreprenörer att inkomma med svar på avropsförfrågan. Anbud skulle inges senast den 20 november 2013 och upphandlingen skulle tilldelas den anbudsgivare som angav lägst pris.

Genom tilldelningsbeslut den 28 november 2013 tilldelades 3plåtslagare upphandlingen då man enligt beslutet hade lägst pris. Staden angav i beslutet att – frivillig – avtalsspärr gällde från och med den 28 november 2013 till och med den 8 december 2013. Någon begäran om överprövning enligt LOU har inte ingetts inom angiven tid, men efter överprövningstidens utgång meddelade Staden ändå ett nytt tilldelningsbeslut, enligt vilket Birka

Plåtslageri har tilldelats upphandlingen då det nu angavs att detta bolag hade lägst pris.

3plåtslagare menar att Staden, enligt reglerna i LOU, inte har ägt rätt att upphäva det först fattade tilldelningsbeslutet och ersätta detta med ett annat, trots att någon begäran om överprövning inte inkommit. 3plåtslagare menar vidare att ett civilrättsligt bindande avtal ingåtts mellan Staden och 3plåtslagare då 3plåtslagare lämnat ett anbud som Staden accepterat och det enda villkor som Staden ställde upp för acceptans, att överprövning inte skedde inom angiven tid, har infallit. Staden är således bundet till avtal med 3plåtslagare. Staden har dock valt att göra en ny upphandling och utan föregående ny förfrågan tilldelat Birka Plåtslageri upphandlingen, vilket måste anses vara en otillåten direktupphandling.

Även för det fall något civilrättsligt bindande avtal inte ska anses ha ingåtts har Staden genom beslutet den 28 november 2013 fattat ett, för enskild, positivt förvaltningsbeslut. Detta beslut har Staden – som det får uppfattas – upphävt utan stöd i lag och i stället fattat ett nytt, för den enskilde, 3plåtslagare, negativt beslut. Då ett för enskild positivt förvaltningsbeslut inte får ändras utan lagstöd ska tilldelningsbeslutet av den 28 november 2013 anses vara fortsatt giltigt.

Staden har i sitt anbudsunderlag som enda tilldelningskriterium angett lägsta pris, dock utan angivande av hur detta skulle beräknas då det är fråga om olika priser för de olika delarna i uppdaget. Vid det första tilldelningsbeslutet förefaller Staden som sammanlagt lägsta pris ha tagit dels kostnaden för bevakning av ett objekt, dels kostnaden för tio timmar snöröjning avseende detta. Detta gav för 3plåtslagare ett totalt pris om 9 959 kr (6 000+10x395) och för Birka Plåtslageri 10 080 kr (5 900 +10x418). Staden har därefter, sedan tiden för begäran om omprövning gått ut, fattat ett nytt tilldelningsbeslut, där man i stället som sammanlagt

pris angett priset för bevakning av ett objekt och en timmes snöröjning. Vid denna beräkning har 3plåtslagares pris angetts till 6 395 kr (6 000+395) och Birka Plåtslageris till 6 318 kr (5 900+418), varför Birka Plåtslageri tilldelades upphandlingen.

Staden har i sitt andra tilldelningsbeslut angett att tidigare beslut skulle bygga på utvärdering enligt bedömningsgrunder som inte har angetts i avropsförfrågan. Detta må vara riktigt, men inte heller det andra tilldelningsbeslutet bygger på sådana bedömningsgrunder som angetts i avropsförfrågan. Skillnaden vid utvärderingen mellan det första och det andra beslutet är att man vid det första beslutet valt tio timmar som rörlig del och vid det andra beslutet en timme. Ingen av dessa modeller har stöd i avropsförfrågan. Då man som i nu aktuellt fall begärt pris för dels en fast del per objekt, dels en rörlig del avseende nedlagd tid, utan att ange hur den senare, rörligare delen, skulle beräknas och viktas mot den fasta delen, har Stadens tilldelningsbeslut varit helt oförutsägbart. Det kan emellertid konstateras att vid alla utfall på mer än fyra timmars snöröjningsarbete i genomsnitt per objekt, vilket måste vara anses vara det troliga utfallet, har 3plåtslagares anbud lägst pris. 3plåtslagare måste därför vid en tillämpning av förfrågningsunderlaget anses ha lägst pris.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Staden har, genom avropsförfrågan den 13 november 2013, bjudit in leverantörer under ramavtal FKO/2010:7 1101674 att inkomma med anbud avseende bevakning och skottning av snö och is på hustak. Pris skulle anges för bevakningen med ett fast pris per objekt och med ett timpris för arbete. Tilldelning skulle enligt avropsförfrågan baseras på lägsta pris.

Staden fattade den 28 november 2013 beslut att tilldela 3plåtslagare avtalet. Efter att Staden uppmärksammats på att beräkningen av lägsta pris

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

skett med tillämpning av ett antagande om tidsåtgång för arbete (tio timmar) som inte framgått av avropsförfrågan fattade Staden den 10 december 2013 ett nytt tilldelningsbeslut och tilldelade i stället Birka Plåtslageri AB avtalet. Beräkningen av lägsta pris gjordes vid detta tillfälle enbart med utgångspunkt från de uppgifter som angetts i avropsförfrågan och de priser som lämnats i anbuden. Totalsummorna av de sammanlagda priserna för bevakning och arbete jämfördes mellan anbuden och fick till resultat att Birka Plåtslageri AB hamnade på det lägsta priset.

Det finns ingen bestämmelse i LOU som hindrar en upphandlande myndighet att ändra ett tidigare meddelat tilldelningsbeslut så länge avtal inte slutits (jfr bl.a. avgöranden från Kammarrätten i Stockholm i mål nr 3503-10 och 4614-10).

Avropsförfrågan hänvisar till gällande ramavtals AF-del, varav tydligt framgår att meddelande av ett tilldelningsbeslut inte utgör en accept enligt avtalslagen utan att avtal sluts genom ett särskilt kontrakt/beställning. Med hänsyn till bl.a. övriga anbudsgivares möjligheter till överprövning ger ett tilldelningsbeslut i sig inte upphov till några rättigheter för anbudsgivaren. Enbart underrättelse om tilldelningsbeslut innebär således inte att civilrättslig bundenhet uppkommer.

Staden har i förevarande fall fattat ett nytt tilldelningsbeslut inom ramen för avropsförfrågan, vilket samtliga anbudsgivare underrättats om. Samma anbudsgivare och samma anbud som vid det ursprungliga tilldelningsbeslutet har deltagit och varit föremål för utvärderingen. Att den upphandlande myndigheten fattat ett nytt tilldelningsbeslut innebär således inte att det därigenom rör som om en ny otillåten direktupphandling.

Det framgår av tilldelningsbeslutet den 28 november 2013 att ”från det att Lidingö Stad meddelat anbudsgivarna tilldelningsbeslut inträder en frivillig

avtalsspärr där Lidingö Stad inte kommer att teckna avtal". Tilldelningsbeslutet den 28 november 2013 kan därmed inte i sig ha skapat sådana berättigade förväntningar för 3plåtslagare som medför att Staden varit förhindrad att meddela ett nytt tilldelningsbeslut. Förvaltningslagens regler om gynnande förvaltningsbeslut är därmed inte tillämpliga på tilldelningsbeslut.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. 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. 5 § LOU anges 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

3plåtslagare har gjort gällande att Staden har agerat i strid med LOU vid den förnyade utvärdering som gjorts i upphandlingen och som resulterat i det rättade tilldelningsbeslutet från den 10 december 2013. 3plåtslagare menar att Staden inte har haft rätt att, efter det att det första tilldelningsbeslutet fattades den 28 november 2013 och någon överprövning inte begärts, upphäva och ersätta detta tilldelningsbeslut. Enligt 3plåtslagare föreligger det bl.a. med anledning härav grund för ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten anser att en upphandlande myndighet bör ha möjlighet att ändra ett tidigare fattat tilldelningsbeslut så länge något kontrakt inte ingåtts i upphandlingen och omprövningen inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna eller de grundläggande gemenskapsrättsliga princi-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

perna träds förnär (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 621-06). Något kontrakt har, såvitt framkommit i målet, inte ingåtts i upphandlingen. Fråga är då om Staden kan anses ha agerat i strid med LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna genom att fatta ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget till det ramavtal som ligger till grund för i målet aktuell upphandling har angetts att utvärdering av anbudspriser kommer att ske genom att i anbudets svarsformulär angivna å-priser multipliceras med angiven utvärderingsvolym som sammanräknas till ett utvärderingspris. Av avropsförfrågan framgår att tilldelning kommer att baseras på lägsta pris. Av "Svar på avropsförfrågan" framgår att anbudsgivare ska lämna två prisuppgifter; dels ska ett pris lämnas för *Pris för uppdraget bevakning per objekt*, dels ska ett timpris lämnas. Någon utvärderingsvolym har inte angetts i avropsförfrågan.

Staden har vid sin första utvärdering av anbuderna tillämpat utvärderingsvolymen tio timmar. Eftersom det av avropsförfrågan inte framgått att en utvärderingsvolym om tio timmar skulle komma att tillämpas vid utvärderingen av anbuderna, anser förvaltningsrätten att Staden vid den första anbudsvärderingen inte kan anses ha följt vad som angetts i förfrågningsunderlaget i detta avseende. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att det har funnits sakliga skäl för Staden att ompröva tilldelningsbeslutet som meddelades den 28 november 2013 och att Staden härigenom inte kan anses ha handlat i strid med LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Förvaltningsrätten anser vidare att varken tilldelningsbeslut eller förfrågningsunderlag i upphandlingen har utformats på ett sådant sätt att tilldelningsbeslutet kan anses ha skapat sådana berättigade förväntningar för 3-plåtslagare att Staden har varit förhindrad att fatta ett nytt tilldelningsbeslut. Tilldelningsbeslutet kan heller inte anses vara ett sådant

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

gynnande förvaltningsbeslut som inte kan ändras till nackdel för en enskild.

3plåtslagare har till stöd för sin ansökan även anfört att utfallet av utvärderingen har varit helt oförutsägbart, genom att Staden dels begärt pris för en fast del per objekt, dels en rörlig del avseende nedlagd tid, utan att ange hur den rörliga delen ska beräknas och viktas mot den fasta delen.

Av praxis från EU-domstolen framgår att ett förfrågningsunderlag ska formuleras på ett sådant sätt att samtliga rimligt upplysta och normalt akt-samma anbudsgivare kan få kännedom om den exakta innebörden av tilldelningskriterierna och således kan tolka dem på samma sätt (C-368/10 Max Havelaar). I målet har framkommit att Staden vid den första utvärderingen har använt sig av utvärderingsvolymen tio timmar och vid den andra utvärderingsvolymen en timme. Förvaltningsrätten finner, med hänsyn härtill och mot bakgrund av att det i förfrågningsunderlaget inte angetts vilken utvärderingsvolym som skulle tillämpas, att det inte varit förutsägbart för en anbudsgivare hur ett anbud skulle utformas för att ha störst möjlighet att antas. Med anledning härav kan förfrågningsunderlaget, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses ha varit tillräckligt tydligt utformat i fråga om hur anbudsutvärderingen skulle ske. Förfrågningsunderlaget brister därför i transparens i denna del.

På grund av denna konstaterade brist i upphandlingen vad gäller utformningen av förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att Staden brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten anser vidare att 3plåtslagare har visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada på grund härav. Stöd för ingripande enligt LOU finns därför. Enligt förvaltningsrättens mening är bristen av sådan art att den inte kan åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen görs om. Förvaltningsrätten finner därför att ansökan ska bifallas på sådant sätt att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Melin

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



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.