



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2013-02-28
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25971-12

SÖKANDE

Hags Aneby AB, 556136-0081

Ombud: Leif Burman
Box 133
578 23 Aneby

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798

Ombud: Chefsjurist Pia Hedström
c/o SKL Kommentus Inköpscentral AB
117 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-03-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 317879

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, YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en ramavtalsupphandling av park- och lekmaterial för utomhusbruk 2012-2, projektnummer 10208, uppdelad på nio geografiska anbudsområden. Upphandlingen inleddes som ett öppet förfarande och syftar till att träffa ramavtal med fem leverantörer per geografiskt anbudsområde. Den 29 oktober 2012 övergick upphandlingen till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Av tilldelningsbeslut den 29 november 2012 framgår att SKI antagit fem leverantörer för alla nio anbudsområden, däribland Hags Aneby AB (Hags). Leverantörerna är rangordnade. Två leverantörer är rangordnade högre än Hags.

Hags ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

SKI bestrider bolagets ansökan och anser att ansökan ska avslås.

GRUNDER OCH PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Hags

Hags har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra bl.a. följande. Upphandlingen bryter mot principerna om att den upphandlande enheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt och vidare om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Hags kommer att lida skada om SKI tecknar avtal i enlighet med tilldelningsbeslutet eftersom avropsmodellen inte är tillräckligt tydlig samt att felaktiga undantag från avropsordning och förnyad konkurrensutsättning tillåts.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

SKI har kombinerat avropsmodellerna förnyad konkurrensutsättning och rangordning på ett sätt som omöjliggör för en leverantör eller någon annan att kontrollera att avropsordningen följs. Risken är mycket stor att upphandlaren vid många tillfällen kommer att kunna välja fritt vilken av avropsmodellerna som ska användas, eller att upphandlaren slumpmässigt tvingas välja mellan de olika modellerna. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i mål nr 3344-09 och 3345-09 (HFD 2010 ref. 97) är en modell där upphandlande myndighet fritt kan välja om bästa anbud eller förnyad konkurrensutsättning ska användas som metod för tilldelning av kontrakt inte förenlig med de gemenskapsrättsliga principerna.

Förfrågningsunderlaget möjliggör även undantag från rangordningen och avsteg från tillämpning av ramavtalet. Det är oklart vad begreppet "förstörs avsevärt" innebär i frågan om möjlighet att gå vidare i rangordningen. Ett sådant undantag är inte tillåtet. Det kan inte anses rimligt att undantag från offentlig upphandling får göras när ett tema eller en viss karaktär inte kan uppfyllas. EU-domstolen och EU-kommissionen har vid flertalet tillfällen uttalat sig om att undantag i upphandlingslagen ska ske restriktivt. De undantag som finns uppräknade i EU-direktivet samt i LOU får anses uttömmande. Slutligen anger förfrågningsunderlaget en möjlighet för upphandlande myndighet att göra avsteg från tillämpning av ramavtalet om myndigheten har upphandlat en entreprenör där upphandling av utrustning ingår i uppdraget. Gemenskapsrätten tillåter inte en upphandlande myndighet att inneha flera pågående ramavtal.

Den administrativa avgiften som SKI tar ut utgör ett oproportionerligt krav. Det är orimligt att Hags ska betala SKI för genomförandet av upphandlingen och för rådgivning till avropsberättigade myndigheter vid tvister med leverantörer. Hags är dessutom frågande till avgiftens storlek.

SKI

SKI har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts med beaktande av de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna medfört att Hags lidit eller kan komma att lida skada.

Avropsmodellens utformning har inte missgynnat Hags på något sätt och har inte lett till att Hags lidit eller riskerar att lida skada. Hags har inte heller påstått att Hags borde ha fått en bättre placering i rangordningen och till följd härav har man inte lidit skada.

Den nu aktuella upphandlingen är endast avsedd att tillgodose de upphandlande myndigheternas behov av löpande anskaffning av enstaka produkter för utbyte och underhåll samt i samband med nyanläggning eller omfattande underhåll av en lekplats m.m. Mellanstora inköp, av mer investeringskaraktär, ingår inte i upphandlingen. Avrop genom rangordning ska användas vid köp av "enstaka produkter", definierat i förfrågningsunderlaget som inköp för utbyte eller tillägg av enstaka utrustning på en eller flera befintliga lekplatser, t.ex. utbyte av gungställning eller gunga för underhåll. När en upphandlande myndighet har behov av att t.ex. byta en gungställning till en befintlig lekplats, byta två gungor till en annan befintlig lekplats och en ny parkbänk till en befintlig parkmiljö är avropsmodellens rangordning tillämplig. Det är i samtliga fall fråga om att köpa "enstaka produkter". Inköp av "komplett system", ska ske genom förnyad konkurrensutsättning. Även begreppet "komplett system" är definierat i förfrågningsunderlaget. Gemensamt är att blandad utrustning i större omfattning ska anskaffas till en lekplats/parkanläggning. Endast i dessa angivna situationer kan förnyad konkurrensutsättning aktualiseras. Vid sådant tillfälle behöver villkoren i

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

ramavtalet preciseras och kompletteras i sådan utsträckning att förnyad konkurrensutsättning måste tillämpas. I HFD 2010 ref. 97 gavs myndigheterna en obegränsad valfrihet att välja mellan avropsmodellerna. Den nu aktuella upphandlingen är således inte jämförbar. Avropsmodellerna kan inte anses strida mot de grundläggande principerna då kriterierna på ett tydligt sätt utesluter varandra.

Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att det är fråga om att det kan bli aktuellt *att gå vidare* i rangordningen. Till exempel när leverantören som är nummer ett inte svarar inom 48 timmar. Ett annat skäl som anges är om leverantör nummer ett inte kan leverera viss efterfrågad utrustning. Avropsmodellens rangordning strider inte mot 5 kap. 6 § LOU.

Avropsberättigade myndigheter har en möjlighet att avropa från tecknat ramavtal, dock ingen skyldighet. Myndigheterna får dock inte tillämpa s.k. parallella ramavtal. En myndighet som redan har ett avtal inom området för nu aktuell upphandling ska använda det egna ramavtalet tills det löper ut. Därefter kan myndigheten använda SKI:s ramavtal.

SKI finansierar sin verksamhet genom att ta ut en procentuell avgift, s.k. administrativ ersättning, baserad på omsättningen på tecknade ramavtal. En inköpscentral har historiskt sett finansierats genom att avgifter som baseras på myndigheternas omsättning på ramavtalen tas ut. Detta gäller även den statliga motsvarigheten Kammarkollegiet. Den uppskattade årsvolymen för ramavtalet ger en administrativ ersättning på 420 000 kr per år. Det är inte en hög summa mot bakgrund av de kostnader som den ska täcka och att upphandlingen ska resultera i ramavtal med fem leverantörer. Därtill är det en betydande affärsmässig risk att upphandla ett ramavtal. Förfrågningsunderlaget är transparent i denna del. Leverantörerna kan, och förutsätts, när de lämnar sina priser ta höjd för den administrativa ersättningen. En inköpscentral drivs inte i vinstsyfte och kan när som helst justera avgiften nedåt om det skulle visa sig nödvändigt.

UTREDNINGEN I MÅLET

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande under punkt 1.2.3.

Avropsförfarande.

1.2.3.1. Avropsmodell

För att uppfylla behoven av att kunna göra enkla, snabba avrop för inköp av enstaka produkter och flexibilitet vid inköp av det speciella behovet för ett komplett lekplatssystem kommer UM/UE att avropa enligt två olika affärsmodeller på ramavtalet.

Avrop genom rangordning

Vid köp av "enstaka produkter" kommer UM/UE att avropa genom att vända sig till den högst rangordnade Leverantören.

Med "enstaka produkter" menas inköp för utbyte eller tillägg av enstaka utrustning på en eller flera befintliga lekplatser, exempelvis utbyte av gungställning eller gunga för underhåll.

UM/UE tillfrågar den Leverantör som är rangordnad som nummer ett på ramavtalet. Om denne Leverantör inte svarar inom stipulerad tid (se förfrågningsunderlagets avsnitt 3.2.3) från beställningstillfället, eller om denne inte har möjlighet att leverera efterfrågade produkter får UM/UE tillfråga nästa Leverantör i rangordningen. UM/UE har också möjlighet att gå vidare i rangordningen då inköp av ettans produkter resulterar i att det enhetliga intrycket av en park eller lekplats förstörs avsevärt t.ex. i det fall en park eller lekplats är utformad enligt ett visst tema eller karaktär, eller i annat fall då ett särskilt behov måste tillgodoses exempelvis ett visst funktionshinder.

Avrop genom förnyad konkurrensutsättning

Vid inköp av ett "komplett system" för lekplats eller parkanläggning kommer avrop att ske genom så kallad förnyad konkurrensutsättning. Detta innebär att UM/UE skickar en förnyad inbjudan att lämna anbud till Leverantörerna på ramavtalet.

Med "komplett system" menas inköp av utrustning för att utföra ett omfattande underhållsarbete av en lekplats/parkanläggning eller vid nyanläggning och att produkter från flera olika grupper i Bilaga 4 Produkter och priser (inklusive övriga produkter i liknande sortiment som ej specificerats i bilaga) köps in till samma lekplats/parkanläggning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande (1 kap. 9 § LOU). Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anfört, av att den upphandlande

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

myndigheten har följt de grundläggande principer som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt även om den upphandlande myndigheten följt övriga bestämmelser i LOU.

Enligt 5 kap. 6 § LOU får, om ramavtal ingåtts med flera leverantörer, tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

I 5 kap. 7 § första stycket LOU sägs att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Kravet på transparens och likabehandling innebär bland annat att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. Förfrågningsunderlaget är det styrande dokumentet i en upphandling. I målet är ostridigt att SKI enligt förfrågningsunderlaget avser att tillämpa två olika avropsmodeller, avrop genom rangordning och avrop genom förnyad konkurrensutsättning. För att detta inte ska strida mot principerna om likabehandling och transparens krävs att det kan utläsas av förfrågningsunderlaget när respektive avropsmodell aktualiseras (jfr HFD 2010 ref. 97).

Hags har anfört att ramavtalet möjliggör en otillåten valfrihet för den upphandlande myndigheten. Enligt Hags är risken mycket stor för att upphandlande myndighet vid många tillfällen kommer att kunna välja fritt vilken av avropsmodellerna som ska användas eller att upphandlande

myndighet tvingas välja slumpmässigt mellan de olika modellerna. Avropsordningen omöjliggör dessutom för en leverantör eller någon annan att kontrollera att avropsordningen följts.

SKI har invänt att avropsmodellerna är särskilda från varandra och att i förväg angivna kriterier avgör vilken modell som ska användas.

I förfrågningsunderlaget anges att avrop ska ske genom rangordning vid köp av enstaka produkter och genom förnyad konkurrensutsättning vid inköp av ett komplett system. Med enstaka produkter menas köp för utbyte eller tillägg av enstaka utrustning på en eller flera befintliga lekplatser, exempelvis utbyte av gungställning eller gunga för underhåll. Med komplett system menas inköp av utrustning för att utföra ett omfattande underhållsarbete av en lekplats/parkanläggning eller vid nyanläggning och att produkter från flera olika grupper köps in till samma lekplats.

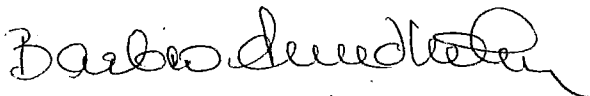
Särskillnaden mellan ett avrop för köp av enstaka utrustning till flera lekplatser och inköp för att utföra ett omfattande underhållsarbete av en lekplats är enligt förvaltningsrättens mening vag och var gränsen däremellan går är oklart. Trots de i förfrågningsunderlaget angivna förtydligandena av enstaka produkter och komplett system är det enligt förvaltningsrätten inte uteslutet att ett inköp kan falla in under båda kategorierna. För avrop genom rangordningen är den avropande myndigheten begränsad av hur många och stora lekplatser som finns inom t.ex. en kommun. Hur stort antal enstaka produkter en avropande myndighet kan avropa till dessa genom att använda rangordning är inte uttryckligen begränsat. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget var skiljelinjen mellan enstaka produkter för utbyte eller tillägg och en omfattande renovering går. Förfrågningsunderlaget ger inte heller någon ledning om var gränsen för mellanstora inköp av mer investeringskaraktär, som enligt SKI inte omfattas av upphandlingen, går. Det är tänkbart att ett

avrop av ett antal produkter både kan ske i syfte att utföra omfattande underhåll av en mindre lekplats och för att byta ut utrustning på flera lekplatser, eller en stor lekplats. I ett sådant fall kan leverantören inte med vägledning av förfrågningsunderlaget skapa sig en uppfattning om vilken avropsmodell som ska tillämpas.

Med hänsyn till att det inte på ett tillräckligt tydligt sätt anges när respektive avropsmodell ska tillämpas, finner förvaltningsrätten att upphandlingen strider mot principerna om likabehandling och transparens. Upphandlingen har därför inte skett på ett så öppet och förutsägbart sätt som förutsätts enligt LOU och till följd av detta har Hags riskerat att lida skada. Felaktigheterna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Förvaltningsrätten finner därför att upphandlingen ska göras om. Med hänsyn till denna utgång saknas skäl att pröva vad Hags i övrigt har anfört som grund för ingripande i upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Barbro Lundholm

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Klas Granlund har handlagt 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. 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