FÖRVALTNINGSRÄTTEN I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2011 -06- 23
Meddelad i Malmö

Mål nr
3427-11 E

SÖKANDE
Schindler Hiss AB, 556202-2821
Box 547
182 15 Danderyd

Ombud: Advokat Lotten Blomkvist
Ahlford Advokatbyrå AB
Box 1111
751 41 Uppsala

KONKURRENSVERKET
2011 -06- 28
Avd
Dnr
Doss Aktbil

MOTPART
Lunds kommun
Box 41
221 00 Lund

Ombud: Jur. kand. Elisabeth André och jur. kand. Emelie Svensäter
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 4
211 38 Malmö

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att Lunds kommuns upphandling av ramavtal avseende service, underhålls-, reparations- och ombyggnadsarbeten; utförande- och totalentreprenader 2011-2014 gällande hissar ska göras om.

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522	Kalendegatan 6	040-35 35 00	040-97 24 90	måndag – fredag
203 20 Malmö		E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se		08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Lunds kommun genomför en upphandling av ramavtal avseende service, underhålls-, reparations- och ombyggnadsarbeten; utförande- och totalentreprenader 2011-2014 gällande hissar. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU.

Schindler Hiss AB (Schindler) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sin talan anför bolaget att Lunds kommun i den aktuella upphandlingen uppställt krav som är oproportionerliga och som går långt utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att en anbudsgivare kan genomföra upphandlingskontraktet. Förfrågningsunderlaget innehåller vidare felaktigheter. Kommunen har därmed brutit mot de i 1 kap. 9 § LOU angivna principerna, främst proportionalitetsprincipen. Den del av förfrågningsunderlaget, AFB.22.7.4, som är aktuell är därtill oprecis. Schindler har till följd härav lidit eller kan komma att lida skada då bolaget inte antagits som leverantör.

Schindler anför bl.a. följande. I AFB.22.7.4 anges omfattande krav på hur de digitala handlingarna ska vara utformade i projektet. I punkt 4 har kommunen felaktigt hänvisat till standardavtalet ABK 96 (allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekts- och ingenjörsverksamhet). Kommunen synes ha använt samma förfrågningsunderlag som vid upphandling av arkitekt- och ingenjörstjänster. De krav som ställts i AFB.22.7.4 och 22.7.5 avser således arkitekts- och ingenjörstjänster och inte byggentreprenad. Kommunen har inte anpassat förfrågningsunderlaget efter förevarande upphandling och ABK 96 är således inte tillämpligt. För ifrågavarande uppdrag ska AB 04 eller ABT 06 tillämpas mellan parterna beroende på om det rör sig om utförandeentreprenad eller totalentreprenad.

Från nämnda standardavtal ska vissa avsteg göras och i de administrativa föreskrifterna anges i AFD.111 vilka avsteg från ABT 06 som ska gälla. Kommunen har påstått att hänvisningarna till avsteg från ABK 96 utgör en komplettering till ABT 06 men denna komplettering framgår emellertid inte av AFD.111. För det fall detta var avsikten med skrivningen i punkt 4 borde kommunen rimligen ha tagit upp särregleringen i AFD.111. I de administrativa föreskrifterna anges i AFD.28 att entreprenören svarar för underentreprenören såsom för sig själv. Att hänvisningen till ABK 96 gjorts i syfte att klargöra förhållandet till av entreprenören eventuellt anlitade konsulter för projektering synes därför inte hållbar och motiverar inte de omfattande kraven på dokumentation samt ägande- och nyttjanderätten till densamma.

I AFB.22.7.4 uppställs omfattande rättigheter för kommunen samt skyldigheter för entreprenören vad gäller kommunens ägande- och nyttjanderätt till samtlig dokumentation hänförlig till uppdraget. I punkt 4 hänvisas det till ABK 96 § 7. Medan ABK 96 § 7 reglerar ägande- och nyttjanderätt till *resultatet av uppdraget* dvs. handlingar som är framtagna eller har uppkommit inom ramen för det specifika uppdraget, regleras i punkt 4 äganderätten till "samtliga" handlingar, modeller etc. Därutöver ges beställaren full nyttjanderätt till "framtagna principer, typlösningar, detaljlösningar". Ordalydelsen i punkt 4 öppnar upp för en tolkning som ger beställaren äganderätt eller full nyttjanderätt till samtliga handlingar, principer och lösningar (all know-how) som över huvud taget används i uppdraget. Vid en entreprenad kan det vara rimligt att uppdragsgivaren erhåller en omfattande nyttjanderätt, eller i vissa fall äganderätt, till handlingar, lösningar och annan dokumentation som är kundspecifika eller speciellt anpassade för det specifika uppdraget. Det kan dock inte anses rimligt att uppdragsgivaren erhåller äganderätt, eller full nyttjanderätt, till lösningar, principer, handlingar och annan dokumentation som är av generell natur och inte är särskilt anpassade för uppdraget ifråga. Än mindre kan en sådan reglering

av äganderätten anses rimlig vad gäller principer och lösningar som uppdragstagaren tidigare upparbetat och som innefattar rena företagshemligheter samt forsknings- och utvecklingsarbete. Då kommunen erhåller äganderätt till samtliga handlingar, modeller och demonstrationsmaterial och då det i anbudsunderlaget saknas bestämmelser som ger uppdragstagaren nyttjanderätt till sådana handlingar är uppdragstagaren förhindrad att nyttja sådana handlingar utanför uppdraget. De krav som uppställts i punkt 4 går långt utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att anbudsgivarna kan genomföra upphandlingskontraktet. Genom att uppställa omotiverade och oskäliga krav har kommunen brutit mot proportionalitetsprincipen.

Eftersom Schindler inte ansåg det vara nödvändigt eller möjligt att lämna samtliga uppgifter som efterfrågades i AFB.22.7.4 och 22.7.5 har bolaget reserverat sig mot kravet på dokumentation och ägande- och nyttjanderätt till densamma. Om Schindler inte uteslutits hade de sannolikt haft det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och därmed tilldelats kontraktet. Schindler har således lidit eller riskerat att lida skada.

Lunds kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det är inte felaktigt att det i AFB.22.7.4 punkt 4 hänvisas till ABK 96. Mellan kommunen och leverantören kommer AB 04 eller ABT 06 att tillämpas beroende på vilken entreprenadform som väljs. ABK 96 gäller för konsulttjänster inom arkitekt- och ingenjörsverksamhet men då frågan om ägande- och nyttjanderätt inte regleras i ABT 06 utgör hänvisningen till ABK 96 en komplettering till ABT 06. Därmed har inte kompletteringen angetts i AFD.111 vilket avser ändringar. Hänvisningen har således gjorts för att klargöra förhållandet till av leverantören anlitade konsulter för projektering. AFB.22.7.4 punkt 4 blir enbart tillämplig avseende arbeten i samband med projektering dvs. vid totalentreprenad. Skrivningen syftar då till att säkerställa att leverantören själv eller i sin relation med sin konsult beaktar

de nödvändiga förändringarna i ABK 96 § 7. Skrivningen är således inte felaktig och den reglerar tydligt vad som avses.

Det är upp till upphandlande myndighet att avgöra hur stränga krav som ska ställas på leverantörerna och det står en upphandlande myndighet fritt att bestämma innehållet, omfattningen och kvaliteten på den tjänst och produkt som upphandlingen avser. Kraven som uppställs i AFB.22.7.4 motsvarar den standard som generellt används av kommunen och för kommunen är det nödvändigt att allt digitalt material hanteras på samma sätt i hela organisationen. Det anges mycket tydligt hur digitalt material ska hanteras. Syftet med de aktuella kraven har således ett naturligt samband till och är även rimliga i förhållande till vad som upphandlas. I de fall arbeten kan komma att innefatta projektering är det av stor vikt för kommunen att hanteringen av digitalt material sker i enlighet med vad som anges i AFB.22.7.4 och 22.7.5 samt att ägande- och nyttjanderätten till handlingar och principer regleras på sätt som anges i punkt 4. Det är inte ovanligt att den här typen av krav uppställs vid totalentreprenader. ABK 96 § 7 avser enbart specifika handlingar framtagna för projektet dvs. uppdragsresultatet. Det är således enbart de handlingar som är specifikt framtagna för projektet vid kommande avrop av totalentreprenader som kommunen uppställt krav på att få ägande- och nyttjanderätten till. Att Schindler skulle vara förhindrad att nyttja sådana handlingar utanför uppdraget är helt felaktigt. Det framgår således tydligt av förfrågningsunderlaget vilka handlingar kommunen krävt ägande- och nyttjanderätten till. Det kan inte anses vara olämpligt, vårdslöst eller lagstridigt att lämna ut de handlingar som framtagits i ett projekt på sätt som begärts av kommunen. Framtagna handlingar, principer, typ- och detaljlösningar för den typ av arbeten som handlar om entreprenörens generella och/eller tidigare upparbetade know-how som kan komma ifråga är dessutom mycket sällan av komplicerad art.

Kraven är ägnade att säkerställa hanteringen av och kommunens rätt till digitala handlingar och kan inte på något sätt anses vara orimliga eller ens ovanliga. Samtliga krav har varit nödvändiga för kommunen och det finns ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de uppställda kraven. Kommunen har under alla omständigheter rätt att uppställa samtliga krav och har således inte brutit mot proportionalitetsprincipen.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I AFB.22.7.4, kravspecifikation CAD och andra digitala handlingar, och i AFB.22.7.5, bilaga till kravspecifikation CAD och andra handlingar för Lundafastigheter, anges i punkt 4 följande: ”Med ändring av ABK 96 § 7 har beställaren full äganderätt till samtliga handlingar, modeller och demonstrationsmaterial samt rättighet att använda vid projektering utnyttjade datafiler. Vidare har beställaren full nyttjanderätt för andra projekt beträffande framtagna principer, typlösningar, detaljlöningar etc.”.

Förvaltningsrättens bedömning

Schindler har anfört att kravet i AFB.22.7.4 punkt 4 strider mot proportionalitetsprincipen då kravet ger kommunen full äganderätt till samtliga handlingar samt att kommunen ges full nyttjanderätt till framtagna principer och lösningar vid andra projekt. Kommunen har anfört att AFB.22.7.4 och 22.7.5 punkt 4 tydligt hänvisar till ABK 96 § 7 och att kommunen i enlighet med ABK 96 § 7 endast begärt att få ägande- och nyttjanderätten till de handlingar som är specifikt framtagna för projektet vid kommande avrop av totalentreprenader, dvs. uppdragsresultatet. Enligt förvaltningsrätten framgår det dock klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att kommunen avser att tillämpa en ändring av ABK 96 § 7 som innebär att kommunen erhåller *full äganderätt* till samtliga handlingar, modeller och demonstrationsmaterial samt att kommunen erhåller *full nyttjanderätt för andra projekt* beträffande framtagna principer, typlösningar, detaljlösningar etc. I målet är ostridigt att innebörden av ABK 96 § 7 är sådan att den avser reglera ägande- och nyttjanderätt avseende handlingar framtagna inom ett projekt, d.v.s. uppdragsresultatet. Genom att i förfrågningsunderlaget göra en ändring av ABK 96 § 7 bedömer förvaltningsrätten att AFB.22.7.4 och 22.7.5 punkt 4 får tolkas på så sätt att kommunen har avsett ägande- och nyttjanderätt till handlingar m.m. i en vidare mening än bara uppdragsresultatet.

Det är den upphandlande myndigheten som har att bestämma vilka krav som ska ställas i en upphandling så länge kraven är förenliga med LOU och de grundläggande principerna. Om kommunen vill använda sig av standardavtalet ABK 96 som egentligen är avsett för arkitekts- och ingenjörstjänster står det kommunen fritt att göra det så länge kraven i avtalet vid tillämpning i förevarande upphandling inte strider mot LOU och de grundläggande principerna.

Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndighet inte får ställa större krav än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet i den aktuella upphandlingen. Det är vedertaget att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Kommunen har angett att syftet med kraven i AFB.22.7.4 är att säkerställa hanteringen av och ägande- och nyttjanderätten till digitala handlingar samt att det finns ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de uppställda kraven.

Det är kommunen som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns. Enligt förvaltningsrättens förmenande har kommunen inte visat varför det är nödvändigt med full äganderätt till samtliga handlingar, modeller och demonstrationsmaterial för att uppnå syftet i förevarande upphandling. Kommunen har inte heller visat varför det är nödvändigt med full nyttjanderätt för andra projekt beträffande framtagna principer, typlösningar och detaljlösningar för att uppnå syftet i förevarande upphandling. Enligt förvaltningsrättens mening torde det eftersträvade syftet ha kunnat uppnås med mindre ingripande krav. Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att de uppställda kraven i AFB.22.7.4 och 22.7.5 punkt 4 strider mot proportionalitetsprincipen. Till följd härav har Schindler lidit skada. Då bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och därmed kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

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

Madeleine Westberg

Madeleine Westberg

SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 3109/1B LOU