



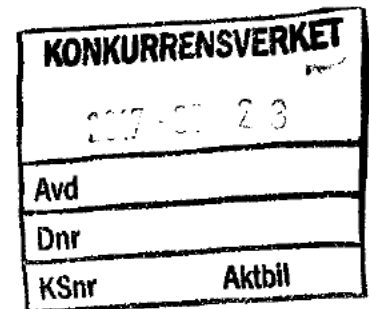
SÖKANDE



MOTPART
Vetlanda kommun
574 80 Vetlanda

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår [redacted] ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Förvaltningsrätten avslår Vetlanda kommuns begäran att förvaltningsrätten omgående ska avvisa [redacted] talan och upphäva den förlängda avtalsspärren.

BAKGRUND

Vetlanda kommun (kommunen) genomför en upphandling av tekniska konsulter för projektering av Tomasgårdens förskola och särskilt boende som har utannonserats på e-Avrop (dnr UH-2017-51). Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU. I upphandlingen är det fyra konsultområden som handlas upp. Dessa är "konsultorganisation arkitektur", "konsultorganisation installation", "konsult storkök" och "konsult fuktssakkunnig".

Dok.Id 235876

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

I upphandlingsdokumenten anges bl.a. följande. Uppdraget omfattar att för respektive kategori tekniska konsulter ta fram erforderliga handlingar för att erhålla komplett förfrågningsunderlag för nybyggnadsprojektet. Beställaren kommer att upphandla fyra konsulter enligt nedan. 1. Konsultorganisation Arkitektur, 2. Konsultorganisation Installation, 3. Konsult storkök och 4. Konsult fuktssakkunnig (AUA.4). Grund för utvärdering är bästa förhållande mellan pris och kvalitet. En reduktionsmodell används vilket innebär att totalt anbudspris reduceras med den sammanräknade poäng referensen ger. Offererat pris blir ett jämförelsetal. Den anbudsgivare med lägst jämförelsetal per område kommer att antas (AUB.52).

ANSÖKAN M.M.

██████████ med firma ██████████ ansöker om överprövning av upphandlingen. ██████████ yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att ██████████ anbud kvalificeras och tas med i anbudsprövningen.

Kommunen bestrider ██████████ yrkanden och hemställer att förvaltningsrätten i första hand avvisar ansökan om överprövning omgående och upphäver den förlängda avtalsspärren, och i andra hand att förvaltningsrätten lämnar ██████████ ansökan om överprövning utan bifall.

VAD PARTERNA ANFÖR

██████████
Konsultbranschen inom (byggnads)installationssektorn är av branschpraxis bland annat uppdelad i disciplinerna

- Ventilation, värme och sanitet (VVS)
- El, tele, data och hiss
- Styr och regler (kan ibland ingå i VVS eller El)

██████ har verksamhet inom el-området och är elkonsult. I den aktuella upphandlingen har disciplinerna slagits ihop till "Installation" som ska omfatta ventilation, värme, sanitet, el, tele, data, hiss, styr och regler. Detta medför ett onödigt konkurrenshinder som enbart hindrar små renodlade el- eller VVS-konsulter att lämna anbud. I och med detta har ██████ blivit felaktigt diskvalificerade i upphandlingen. Enligt 4 kap. 14 § LOU finns det en skyldighet för kommunen att motivera varför ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Kommunen skulle ha angett skäl till varför den valde att inte tilldela kontrakt i separata delar.

Ett tecken på att två, som borde varit separata, discipliner slagits ihop är att i dokumenten "07.2 Kompetenskrav" och "07.3.2 Anbudsformulär" hålls disciplinerna åtskilda, men i anbudsformulär ska det lämnas anbud på både El och VVS för att anbudet ska kvalificeras.

██████ tolkade dokumenten som att det gick att lämna anbud på enbart El-området. Detta fick till följd att ██████ anbud var ofullständigt och diskvalificerades. Kravet innebär en begränsning för ██████ och det förefaller som att upphandlingen kan vara utförd för att gynna större företag som har fler discipliner inom sin organisation. En sammanslagning av fler discipliner ger ingen fördel. Det ställs också andra orimliga villkor som gör att anbudsfrågan verkar vara utformad för att gynna vissa större företag och som därmed är konkurrenshämmande. Dessa villkor avser referensobjekt avseende entreprenadkostnad som inte står i relevans mot rubricerat projekt och som för kort tidsperiod (3 år), och utbildningskrav på uppdragsansvarig där endast högskoleexamen godkänns och att dokumenterad erfarenhet inte räknas som alternativ till högskoleexamen.

Det finns ingen känd praxis, rekommendationer eller forskning som stödjer att det skulle vara bättre samordningsvinster enbart för att de enskilda personerna avlönas inom samma koncern.

Det är i princip omöjligt för en person att arbeta och ha god kompetens inom både elområdet och VVS-området samtidigt. Kompetensen är i allra högsta grad personlig. Därför finns det inga betydande samordnings fördelar om fler personer arbetar på ett gemensamt företag eller i olika företag. Kommunens upphandling ställer inte krav på några övriga större kvalitets- och samordnings fördelar, än att anbudsgivaren ska ingå i samma företag. Detta blir enbart ett onödigt konkurrenshinder.

██████ kan komma att lida ekonomisk skada till följd av att företaget blivit felaktigt diskvalificerat på grund av att disciplinerna slagits samman.

Kommunen

██████ ska enligt 20 kap. 6 § LOU visa att ██████ lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats för att grund för ingripande mot upphandling ska föreligga. I ██████ ansökan saknas skaderekvisit.

Kommunen har i enlighet med 4 kap. 13 § LOU fastställt storleken på respektive konsultområde som var föremål för upphandlingen, se bilaga 07.1 Administrativa föreskrifter punkt AUA.3. Vidare har kommunen i samma bilaga punkt AUB.52 angivit att "Den anbudsgivare med lägst jämförelsetal per område kommer att antas", varvid det tydligt framgått att anbud skulle lämnas för hela delområdets omfattning. I bilaga 07.2 Kompetenskrav konsultorganisation redovisas vilka krav som ställs på konsulter som ska ingå i projektorganisationen. Bilagan är uppbyggd på så vis att först redovisas gemensamma krav för samtliga konsulter. Därefter redovisas specifika krav inom respektive delområde. I bilaga 07.5 Omfattning redovisas en gränsdragningslista som visar vilka områden som ingår i respektive konsultorga-

nisations uppdrag. Kommunen har således på ett tydligt sätt redovisat hur man avser att upphandla konsultstöd inför projektering av kommande byggprojekt. Kommunen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU.

Storleken och omfattningen av projektet är av den karaktär att kommunen ser fördelar med den aktuella uppdelningen, då det ger samordningsvinster under projekteringen. Det framgår tydligt i upphandlingens administrativa föreskrifter att upphandlingen avser fyra olika konsultområden och att anbudet ska omfatta hela innehållet i del 2 konsultorganisation installation. Kommunen är medveten om att disciplinerna VVS och El oftast utförs av olika konsulter. Därför ställdes olika kompetenskrav och möjlighet gavs att lämna separata timpriser. Ambitionen vid upphandlingen var inte att gynna större företag utan tanken var att få ett så bra och fungerande projekteringsarbete som möjligt.

Kommunen har delat upp projektet i fyra delar som kommunen ansett vara lämpliga. Någon skyldighet att dela upp projektet i ytterligare delar föreligger inte. Bestämmelsen i 4 kap. 14 § LOU innebär inte någon skyldighet för upphandlande myndighet att dela upp kontrakt i mindre delar, utan endast att överväganden ska göras. Den upphandlande myndigheten bestämmer självständigt vad som ska anskaffas genom respektive kontrakt och hur de olika delarna ska samordnas och paketeras.

Den anbudsgivare som lämnar anbud på ett delområde har möjlighet att i sin tur anlita underentreprenörer och att åberopa andra företags kapacitet vad gäller de kompetenser som anbudsgivare själv saknar. Förfarandet medför att antalet entreprenörer i projektet inte nödvändigtvis begränsas, men att kommunen för sin del får en leverantör som tar ett helhetsansvar för delområdet, vilket innebär betydande samordningsvinster för både leverantören och kommunen.

Av skäl 78 i LOU direktivet (2014/24/EU) uttalas att en upphandlande myndighets beslut i fråga om huruvida ett kontrakt ska delas upp i delar inte kan underkastas administrativ eller rättslig kontroll. Detta medför att kommunens beslut vad gäller utformningen av upphandlingsföremålet inte kan läggas till grund för förvaltningsrättens ingripande.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler m.m.

Allt tyder på att upphandlingen har påbörjats under 2017. LOU är därmed tillämplig.

I 4 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 4 kap. 14 § LOU anges att om en upphandlande myndighet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges. Vidare ska skälen lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller i en sådan individuell rapport som avses i 12 kap. 15 § samma lag.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 4 kap. 1 § samma lag eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

I skäl 78 i LOU-direktivet (2014/24/EU) anges bl.a. följande vad avser upphandlande myndigheters möjlighet att dela upp kontrakt. Den upphandlande

myndigheten bör ha skyldighet att överväga huruvida det är lämpligt att dela upp kontrakt i delar, samtidigt som det står den fritt att självständigt fatta sitt beslut på de grunder den anser vara relevanta, utan att underkastas administrativ eller rättslig kontroll.

I förarbetena till LOU (prop. 2015/16:195 s. 450 ff.) anges bl.a. följande. Bestämmelserna i de nya direktiven och de föreslagna lagarna innebär alltså inte någon skyldighet för upphandlande myndigheter eller enheter att faktiskt dela upp kontrakt. Bestämmelserna syftar enbart till att uppmuntra upphandlande myndigheter och enheter att göra det. [...] Det går inte att säga något mer exakt om när det kan sägas inträda en skyldighet att överväga uppdelning av ett kontrakt. Ytterst måste det vara den upphandlande myndigheten eller enheten som tar ställning till detta utifrån omständigheterna, såsom vad det är som anskaffas, storleken på det aktuella kontraktet och hur den aktuella marknaden ser ut. [...] Om en upphandlande myndighet eller enhet i något fall skulle använda bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i ett otillbörligt syfte att styra utfallet i upphandlingen på ett konstgjort sätt måste detta kunna kontrolleras inom ramen för en rättslig prövning av upphandlingen som sådan.

Förvaltningsrättens bedömning

Har upphandlingsdokumenten brutit i kravet på transparens?

██████ menar att förfrågningsunderlaget har varit så utformat att ██████ tolkade det som att det gick att lämna ett separat anbud på enbart EI-området. Förvaltningsrätten uppfattar detta som att ██████ menar att förfrågningsunderlaget brutit i transparens.

Förvaltningsrätten noterar att det av förfrågningsunderlaget AUA.3 framgår att:

Kommunen avser att upphandla fyra konsulter enligt nedan

1. Konsultorganisation Arkitektur
2. Konsultorganisation Installation
3. Konsultorganisation storkök
4. Konsultorganisation fuktsakkunnig.

I AUB.52 föreskrivs att samtliga prisfrågor i anbudsformuläret ska vara ifyllda för att anbudet ska tas upp till prövning. I bilaga 07.2 Kompetenskrav konsultorganisation anges de krav som ställs på konsulter som ingår i respektive konsultorganisation. Förvaltningsrätten noterar att under punkten 2. Konsultorganisation Installation anges både området 2.1 EI-, tele-, data- och hisskonsult och området 2.2 VS-, ventilations-, styr-/regler-konsult. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att kommunen tydligt redogjort för att den avser att upphandla en konsult inom respektive område ovan, samt att området Installation omfattar såväl EI- som VS-konsulter. Det måste därför tydligt ha framgått för samtliga anbudsgivare att anbud skulle lämnas för båda dessa områden inom Installation för att anbudet skulle tas upp till prövning. Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingen inte har brustit i transparens.

Har upphandlingen varit konkurrenshämmande?

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 4 kap. 1 § LOU. Grundläggande är att alla leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (se RÅ 2002 ref. 50). Något lagstadgat krav på att upphandlande myndigheter delar upp upphandlingen i flera kontrakt finns inte.

Ett krav på att ett samlat anbud ska avges för ett omfattande område kan i vissa fall bedömas vara oproportionerligt (jfr. RÅ 1999 not. 1 och Kammarrätten i Göteborg dom den 24 januari 2011 i mål nr 3952-10). I RÅ 1999 not. 1 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att i realiteten kunde endast en

leverantör ha möjlighet att inkomma med anbud enligt förfrågan. Den upphandlande myndigheten ansågs då ha brutit mot bestämmelserna i LOU om att upphandlingen ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och genomföras affärsmässigt.

I målet är det fråga om en upphandling som redan har delats upp i fyra områden. För området Installation hade det varit fullt möjligt att göra ytterligare uppdelningar, d.v.s. mellan VVS och El. Det finns dock inget principiellt hinder mot att dessa två områden har sammanlagts. Det har varit möjligt att lämna anbud med olika timpriser för respektive område. Förvaltningsrätten anser därmed att det har funnits möjlighet för en anbudsgivare att anlita underentreprenörer eller på annat sätt ingå samarbete med annan leverantör för att på så vis ha möjlighet att lägga ett anbud trots att anbudsgivarens eget företag saknat kompetens inom ett visst område. Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingen inte har varit konkurrenshämmande eller stått i strid med LOU eller de grundläggande principerna för upphandling.

Kommunen ska förvisso, i enlighet med 4 kap. 14 § LOU, ange skälen för att inte tilldela ett kontrakt i separata delar och skälen ska anges antingen i något av upphandlingsdokumenten eller i en individuell rapport. Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen redan har gjort en uppdelning till fyra kontrakt och att det ytterst är kommunen som tar ställning till uppdelning utifrån omständigheterna i den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar härvid, att så länge som kommunen inte har brutit mot de grundläggande principerna eller LOU på ett sätt som kan innebära skada eller risk för skada för [REDACTED] att det har varit upp till kommunen att avgöra om valet att inte dela upp upphandlingen i ännu fler kontrakt skulle ha motiverats.

Sammantaget medför inte det som [REDACTED] har anfört att kommunen har brutit mot LOU vid upphandlingen. Det kan därför inte heller sägas att [REDACTED] anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada i den mening som avses i LOU. Ansökan ska därmed avslås.

Det har inte framkommit skäl att bifalla kommunens särskilda yrkanden. Enligt 20 kap. 10 § 1 st LOU får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal i ett fall som det nu aktuella förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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

Kjell Hammarborg

Rådmannen Kjell Hammarborg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Kristin Rydenståhl.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.