

REGERINGSRÄTTENS DOM

Mål nr
3344-09

meddelad i Stockholm den 19 oktober 2010

KLAGANDE

Göteborg Stad Upphandlings AB

Ombud: Advokat Ola Wiklund
Wistrand Advokatbyrå KB
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPARTER

1. Agera VVS-Design AB, 556162-9485
2. Bengt Dahlgren AB, 556285-9370
3. CGC Arkitektkontor AB, 556314-3923
4. Deltate Kommanditbolag, 969664-7677
5. FB Engineering AB, 556204-9501
6. Ingenjörbyrå Andersson & Hultmark Aktiebolag, 556495-3114
7. Ramböll Sverige AB, 556133-0506
8. Rockstore Engineering AB, 556207-4640
9. Semrén & Månsson AB, 556748-3044
10. SWECO Infrastructure AB, 556507-0868
11. VBK Konsulterande Ingenjörer AB, 556608-6103
12. White arkitekter AB, 556140-1018
13. Wikström VVS-Kontroll AB, 556176-7822
14. WSP Sverige AB, 556057-4880
15. ÅF-Engineering AB, 556224-8012
16. ÅF-Infrastruktur AB, 556185-2103

Ombud för 1-16: Advokat John Hane
Foyen Advokatfirma
Box 7229
103 89 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 27 april 2009 i mål nr 966-09, se bilaga

Dok.Id 96419

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Wallingatan 2

Telefon
08-561 676 00
E-post: regeringsratten@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:30

SAKEN
Offentlig upphandling**REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Regeringsrätten avslår yrkandet om att förhandsavgörande från EU-domstolen ska inhämtas.

Regeringsrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Göteborgs Stad Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) yrkar att Regeringsrätten ska undanröja underinstansernas domar och besluta att upphandlingen inte ska göras om. Upphandlingsbolaget yrkar vidare att Regeringsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Upphandlingsbolaget anför i huvudsak följande. Det finns inte något förbud i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, mot att kombinera tilldelningsmodellerna bästa anbud (5 kap. 6 §) och förnyad konkurrensutsättning (5 kap. 7 §) i samma ramavtal. Det finns däremot ett tydligt krav på att när ett avrop ska ske detta avrop ska baseras på grundmodellen för tilldelning enligt bästa anbud *eller* förnyad konkurrensutsättning.

Upphandlingsbolaget anser att en upphandlande myndighet kan genomföra två olika ramavtalsupphandlingar avseende samma slags varor, tjänster eller byggtreprenader med rangordning i den ena ramavtalsupphandlingen och förnyad konkurrensutsättning i den andra ramavtalsupphandlingen. Eftersom det inte finns något förbud mot att genomföra två olika ramavtalsupphandlingar avseende samma slags varor, tjänster eller byggtreprenader med olika tilldelningsmetoder kan det inte finnas skäl för ett förbud mot att tillämpa olika tilldelningsmetoder i en och samma ramavtalsupphandling. Anbudslämnarna kommer att vara fullt informerade om att de två tilldelningsmodellerna kan

Mål nr
3344-09

användas av den upphandlande myndigheten. Kravet på transparens måste därmed vara uppfyllt.

Principerna om förutsebarhet och konkurrens är inte tillämpliga på den upphandlande myndighetens val av tilldelningsmodell. En annan sak är att kraven på förutsebarhet och transparens gäller fullt ut i förhållande till kriterierna för val av leverantör inom respektive tilldelningsmodell. Ska en förnyad konkurrensutsättning ske ska alla behandlas lika vid den förnyade konkurrensutsättningen. Ska en rangordning ske ska den ske på villkor som innebär att alla leverantörer behandlas lika. Likabehandlingen kan däremot inte tillämpas vid valet mellan de två olika tilldelningsmetoderna eftersom modellerna som sådana är de alternativ som ska tillämpas enligt LOU vid tilldelning av kontrakt.

Det föreligger tvivel om huruvida en myndighet kan upphandla ett ramavtal som innebär att myndigheten i ett och samma ramavtal kan välja om tilldelningsmodellen bästa anbud eller förnyad konkurrensutsättning ska tillämpas vid ett avrop från ramavtalet. Det är nödvändigt att erhålla ett auktoritativt svar på denna fråga för att kunna avgöra målet. Ett förhandsavgörande angående tolkningen av unionsrätten i denna fråga bör därför inhämtas från EU-domstolen.

Agera VVS-Design AB och övriga motparter (bolagen) bestrider bifall till överklagandet. För det fall Regeringsrätten skulle finna att det är förenligt med LOU att kombinera avrop enligt bästa anbud med avrop efter förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal, anser bolagen att målet bör visas åter till förvaltningsrätten för prövning av bolagens där anförda övriga skäl till varför upphandlingen ska göras om. Yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen bestrids.

Bolagen anför bl.a. följande. För uppdrag till ett värde mellan 5 och 20 prisbasbelopp har frågan om när respektive tilldelningsmodell ska tillämpas lämnats till de avropande myndigheterna att avgöra. Reglerna om förnyad konkurrensutsättning förutsätter att samtliga villkor *inte* fastställts i det

underliggande ramavtalet. Ett ramavtal kan inte samtidigt föreskriva samtliga villkor och inte göra det. Det är därför inte förenligt med LOU att kombinera avrop enligt bästa anbud och avrop efter förnyad konkurrensutsättning i ett och samma ramavtal. Övervägande skäl talar för att de båda tilldelningsmetoderna är avsedda att vara alternativa på så sätt att den upphandlande myndigheten tillämpar antingen 5 kap. 6 § LOU och upphandlar den typen av avtal eller 5 kap. 7 § varvid upphandlingen avser ett annat slags ramavtal. Även om Regeringsrätten skulle finna att en upphandlande myndighet vid en upphandling av ett ramavtal får kombinera de båda tilldelningsmetoderna måste principerna för när respektive tilldelningsmodell ska tillämpas vara tydligt fastställda, framgå av förfrågningsunderlaget och inte lämnas till de avropande myndigheternas fria skön.

Konkurrensverket har efter begäran från Regeringsrätten inkommit med yttrande i vilket verket har anfört bl.a. följande.

24. Ordalydelsen i artikel 32.4 direktiv 2004/18/EG om att tilldelning av kontrakt ska ske antingen genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan eller, om inte *alla* villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud, kan rent språkligt uppfattas som att förekomsten av de båda urvalsmodellerna *i ett och samma ramavtal* inte är tillåtet. Den systematiska indelningen av föreskrifterna i artikel 32 direktiv 2004/18/EG respektive 5 kap. LOU kan likaså tolkas som att urvalsmodellerna är avsedda att vara alternativa och därför inte kan användas i ett och samma ramavtal. Bestämmelserna kan emellertid också läsas som endast ett förbud mot att *vid en och samma kontraktstilldelning* använda de båda urvalsmodellerna samtidigt.

25. De aktuella bestämmelsernas ordalydelse kan således inte tillmätas någon avgörande vikt, utan deras tillämpningsområde bör enligt Konkurrensverkets mening istället bestämmas med utgångspunkt i de ändamål som bär upp de gemenskapsrättsliga reglerna om förfarandet vid offentlig upphandling samt med iakttagande av de grundläggande EG-rättsliga principerna, i detta fall särskilt principerna om likabehandling och transparens.

26. Såsom har angetts tidigare ska principerna om likabehandling och transparens iakttas genom hela upphandlingsförfarandet. Det finns alltså inga delar av ett upphandlingsförfarande som kan undantas från dessa krav. Det får vidare anses vara av väsentlig betydelse för potentiella leverantörer i en ramavtalsupphandling att det genom informationen i förfrågningsunderlaget går att skaffa sig vetskap om hur kontraktstilldelningar enligt ramavtalet kommer att ske.

27. Avropande myndigheter har enligt Upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag i målen en obegränsad valfrihet i fråga om vilken av de båda urvalsmodellerna som ska användas vid tilldelning av kontrakt som beräknas uppgå till ett värde mellan 5 och 20 prisbasbelopp, eftersom det saknas föreskrifter i förfrågningsunderlagen som styr valet av urvalsmodell i dessa situationer. Avsaknaden av objektiva och tydliga kriterier för när vilken av de två urvalsmodellerna ska användas medför enligt Konkurrensverket en uppenbar risk att avropande myndigheter vid valet av urvalsmodell låter sig styras av andra hänsyn än rent ekonomiska. Leverantörer har inga möjligheter att utifrån ramavtalens förfrågningsunderlag ta reda på vilka omständigheter som avropande myndigheter kommer att tillmäta betydelse vid valet av urvalsmodell. Inte heller går det att kontrollera huruvida valet av urvalsmodell sker opartiskt, att alla leverantörer vid detta moment behandlas lika samt att ramavtalen inte används på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

28. De aktuella föreskrifterna i Upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag kan således inte anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens och strider därför enligt Konkurrensverkets mening mot bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU.

29. Av samma skäl kan ett förfarande där den upphandlande myndigheten istället genomför två olika ramavtalsupphandlingar avseende samma slags varor, tjänster eller byggtreprenader och som ger avropande myndigheter en frihet motsvarande den som föreligger i förevarande mål att välja urvalsmodell vid kontraktstilldelning, enligt Konkurrensverkets mening inte heller anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens och skulle därmed likaså stå i strid med bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU.

30. Förekomsten av två urvalsmodeller i ett och samma ramavtal innebär inte nödvändigtvis att den avropande myndigheten vid en viss kontraktstilldelning själv kan välja mellan de båda urvalsmodellerna. Om det i förfrågningsunderlaget till ett ramavtal för varje typ av tilldelningssituation föreskrivs tydliga villkor för vilken urvalsmodell som ska användas, och dessa föreskrifter inte lämnar något utrymme för avropande myndighets fria skön, torde invändningar med hänsyn till principerna om likabehandling och transparens inte kunna göras gällande med samma styrka som i de situationer som redogjorts för i punkterna 27 och 29.

31. Enligt Konkurrensverket ska bestämmelserna i artikel 32.2 och 32.4 direktiv 2004/18/EG samt 5 kap. 2 och 6-7 §§ LOU således tolkas så att det inte är tillåtet med föreskrifter i ramavtal som ger avropande myndighet vid tilldelningar av kontrakt avseende en och samma slags vara, tjänst eller byggtreprenad frihet att utan i förväg angivna kriterier välja mellan tillämpning av fastställda villkor och förnyad inbjudan att lämna anbud.

SKÄLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

I 1 kap. 9 § LOU sägs 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.

Av 5 kap. 2 § LOU framgår att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal med flera leverantörer ska tilldelas enligt 5 kap. 6 eller 7 §.

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.

Beträffande ramavtal uttalas i förarbetena till LOU bl.a. följande. En viktig utgångspunkt inför ett upphandlingsförfarande är att den upphandlande myndigheten tar ställning till om upphandlingen lämpligen bör genomföras genom att använda ramavtal och – om ramavtal väljs – hur upphandlingen ska utformas så att konkurrensen inte påverkas negativt. Ett ramavtal kan antingen innehålla fullständiga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet eller inte göra det. I det senare fallet ska leverantörerna bjudas in för att på nytt lämna anbud på grundval av de villkor som anges i ramavtalet. Från ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett visst mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är parter i ramavtal kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Ett krav på ramavtalets innehåll bör

därför införs i den meningen att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivet sätt (prop. 2006/07:128 s. 173 ff.).

Regeringsrätten gör följande bedömning.

Principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och proportionalitet gäller vid all upphandling, således även vid upphandling av ramavtal. Kravet på likabehandling innebär bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske. Det är t.ex. av betydelse att veta i vilken mån förnyad konkurrensutsättning blir aktuell eftersom detta är förenat med ytterligare arbete och därmed kostnader. Om det inte är tydligt vad ramavtalet innebär beträffande tilldelningen kan leverantörer komma att avstå från att lämna anbud i upphandlingen av ramavtalet.

Av förfrågningsunderlaget till den aktuella upphandlingen framgår att Upphandlingsbolaget anger såväl bästa anbud som förnyad konkurrensutsättning som metod för tilldelning av kontrakt. Annat framgår inte än att avropande myndigheter har fritt skön att välja mellan dessa två tilldelningsmodeller för kontrakt till ett värde som uppgår till mellan 5 och 20 prisbasbelopp. Eftersom Upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag ger avropande myndigheter en valfrihet i fråga om vilken modell som ska användas vid tilldelning av kontrakt uppfyller det inte kraven på likabehandling och transparens. Upphandlingen har därför inte skett på ett så öppet och förutsägbart sätt som förutsätts i LOU.

Vid denna bedömning uppkommer i målet ingen sådan tolkningsfråga som gör att det finns anledning att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Mål nr
3344-09

Eftersom upphandlingen har skett i strid med LOU ska upphandlingen, i likhet med vad kammarrätten och länsrätten har kommit fram till, göras om. Överklagandet ska därför avslås.

Karin Almgren

Lennart Hamberg

Margit Knutsson

Henrik Jermsten

Skiljaktig mening, se protokoll

Olle Stenman

Skiljaktig mening, se protokoll

Stefan Axelsson

Föredragande regeringsrätts-
sekreterare

Avd. I

Föredraget 2010-06-02