



SVEA HOVRÄTT
Avdelning 08
Rotel 0813

DOM
2015-12-14
Stockholm

Mål nr
T 10286-14

Sid 1 (12)

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Uppsala tingsrätts dom 2014-10-13 i mål nr T 5216-13, se bilaga A

KLAGANDE

Vaksala Måleri AB, 556694-0234
Vaksalagatan 35
753 31 Uppsala

Ombud: Advokaten Hampus Ek
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommun, Kommunledningskontoret, 212000-3005
753 75 Uppsala

Ombud: Advokaten Roger Hagman
Box 45030
104 30 Stockholm

SAKEN

Skadestånd

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Hovrätten fastställer tingsrättens domslut.
2. Vaksala Måleri AB ska ersätta Uppsala kommuns rättegångskostnader i hovrätten med 52 200 kr avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från denna dag tills betalning sker.

Dok.Id 1240045

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00	08-561 671 09	måndag – fredag
103 17 Stockholm		08-561 670 90		09:00-15:00
		E-post: svea.avd8@dom.se		
		www.svea.se		

YRKANDEN I HOVRÄTTEN

Vaksala Måleri AB (Vaksala) har yrkat att hovrätten ska förplikta Uppsala kommun (Kommunen) att till Vaksala betala 591 643 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 30 september 2013 till dess betalning sker och befria Vaksala från skyldigheten att ersätta Kommunens rättegångskostnader vid tingsrätten. Vaksala har vidare yrkat ersättning för sina rättegångskostnader vid tingsrätten.

Uppsala kommun har motsatt sig att tingsrätten dom ändras.

Båda parter har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i hovrätten.

UTREDNINGEN OCH PARTERNAS TALAN I HOVRÄTTEN

Parterna har åberopat samma bevisning som i tingsrätten. De har även åberopat samma grunder och i huvudsak utvecklat sin talan på samma sätt som i tingsrätten, dock med följande förtydliganden.

Kommunen

Upphandlingen kan inte anses ha påbörjats tidigare än den 21 juni 2011, då Kommunen tecknade avtal med upphandlingskonsulten Colligio. Det görs därför gällande att det är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse från och med den 15 juli 2010 som är tillämplig.

Vaksalas fordran är preskriberad eftersom talan har väckts mer än ett år efter det att ramavtalet, vilket innehåller samtliga villkor som behövs för avrop, träffats. För det fall hovrätten skulle finna att preskriptionsfristen har börjat löpa vid varje avrop, görs det inte längre gällande preskription.

Vaksala

Vaksala överlämnar frågan om tillämplig lag till hovrättens bedömning.

Det görs inte gällande otillåten direktupphandling för det fall hovrätten skulle finna att Kommunen inte hade behövt fråga Vaksala först.

Båda parter har, sedan hovrätten uppmärksammat frågan om instansordningen, uppgett att de hemställer att hovrätten, om hovrätten skulle finna att Kommunen gjort sig skyldig till otillåten direktupphandling, inte återförvisar målet till tingsrätten utan prövar frågorna om preskription, skadans storlek och jämkning.

HOVRÄTTENS BEDÖMNING

Tillämplig lag

Något annat har inte framkommit än att upphandlingen påbörjades som tidigast i juni 2011. Tillämplig lag är således LOU i dess lydelse från och med den 15 juli 2010.

Fördelningsnyckeln

Parterna är överens om att det omtvistade ramavtalet är ett sådant ramavtal som avses i 5 kap. 6 § LOU, dvs. ett avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop. Enligt paragrafens andra stycke ska kontrakt tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

Den första fråga som hovrätten har att pröva är hur ramavtalets fördelningsnyckel ska tolkas. Som tingsrätten har angett är ramavtalets skrivning i den delen tydlig. Visserligen anges att vinnande entreprenör tilldelas ramavtal efter rangordning. En rangordning anses normalt innebära att den leverantör som rangordnats som etta i ramavtalet ska erhålla samtliga avrop under kontraktsperioden (Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, juli 2015, Zeteo, kommentaren till 5 kap. 6 § LOU).

Genom de ytterligare skrivningarna om att rangordningen innebär att avropsvolymen ska tilldelas på visst sätt står det emellertid enligt hovrätten klart att det inte har handlat om en tilldelning där alla avrop ska ges till den leverantör som rangordnats som etta. Det har inte framkommit att innebörden av ramavtalet i den delen, vilken

överensstämmer med vad som har angetts i förfrågningsunderlaget, diskuterats i upphandlingsförfarandet. Även om ramavtalet visserligen skulle medge en tillämpning som innebär att Vaksala alltid tillfrågades först, finner hovrätten inte visat annat än att Kommunen avsett att fördelning av uppdrag enligt ramavtalet ska ske enligt dess ordalydelse. I likhet med tingsrätten anser således hovrätten att ramavtalet ska tolkas så att Kommunen av Vaksala ska avropa en större andel av den årliga avropsvolymen än vad Kommunen avropar av den entreprenör som rangordnats tvåa osv. och att Vaksala inte har visat på någon omständighet som innebär att avsikten har varit att tilldelning av kontrakt ska ske på något annat sätt än enligt fördelningsnyckeln.

Nästa fråga som hovrätten har att pröva är om fördelningsnyckeln strider mot LOU. Tilldelning av kontrakt ska enligt LOU göras med iakttagande av de principer, såsom principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet, som styr den offentliga upphandlingen. Dessa principer framgår bland annat av 1 kap. 9 § LOU. Som tingsrätten har anfört ställer dock varken LOU eller det bakomliggande direktivet (Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG) upp några uttryckliga krav på rangordning eller annan fördelningsnyckel för tilldelning av kontrakt.

Av förarbetena till LOU framgår att 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 objektivt sätt (prop. 2006/07:128, del 1, s. 174). Detta framgår även av det av tingsrätten refererade rättsfallet RÅ 2010 ref. 97. I förarbetena anges dock att en annan fördelningsnyckel än rangordning endast får användas om rangordning inte är möjlig att använda eller innebär påtagliga nackdelar. I dessa fall bör avtalet ändå innehålla andra grunder för i vilken ordning leverantörerna ska ha möjlighet att leverera.

Även Konkurrensverket har ansett att det under vissa förutsättningar bör vara möjligt att använda exempelvis volymfördelning som fördelningsnyckel (se Konkurrensverkets Inom ramen för ramavtal – lärdomar från fyra tillsynsärenden). Också regeringen har i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling (2015-06-04) s. 489 pekat på den möjligheten – även om den torde vara förenad med vissa tillämpnings-

svårigheter – förutsett att den kombineras med villkor som tillförsäkrar att objektiviteten upprätthålls vid avrop.

Volymfördelning som fördelningsnyckel har prövats av Förvaltningsrätten i Göteborg, som då inte har godtagit fördelningsnyckeln eftersom den ansågs ge myndigheten ett för stort utrymme för fritt skön. Domen överklagades till Kammarrätten i Göteborg, som inte meddelade prövningstillstånd (kammarrättens beslut den 18 oktober 2011 i mål nr 4945-11 och 4946-11).

Det finns alltså i och för sig utrymme för andra fördelningsnycklar än sådana med strikt rangordning och även en volymfördelning skulle kunna vara förenlig med LOU. För att en fördelningsnyckel som medger tilldelning på andra grunder än utifrån rangordning ska vara förenlig med LOU krävs dock att nyckeln innehåller villkor som tillförsäkrar att objektivitet och andra grundläggande principer som LOU vilar på säkerställs.

Även om den fördelningsnyckel som ramavtalet mellan Kommunen och Vaksala innehåller skulle kunna tillämpas på ett sätt som vore förenligt med LOU, så tillförsäkrar den inte en sådan tillämpning. Istället möjliggör nyckeln att Kommunen av fritt skön har rätt att tilldela Vaksala mellan 22 procent och 100 procent av avropen samtidigt som leverantörer som rangordnats sämre än Vaksala kan ges en betydande del av avropen. Några objektiva villkor för Kommunens bedömningar har nyckeln inte innehållit. Det har sålunda inte gått att utifrån ramavtalet bedöma varför ett avrop i ett enskilt fall har skett hos en viss leverantör. En sådan fördelningsnyckel tillåter enligt hovrättens bedömning ett alltför stort mått av skönsmässighet och uppfyller därför inte de i LOU föreskrivna kraven på objektivitet, förutsebarhet och likabehandling. Fördelningsnyckeln, och Kommunens tillämpning av den, strider därför mot LOU.

Skada

Genom utformningen av fördelningsnyckeln och det sätt på vilket den tillämpats har Kommunen åsidosatt bestämmelserna i LOU. Om nyckeln inte hade tillämpats, skulle Vaksala i enlighet med 5 kap. 6 § LOU ha tilldelats samtliga uppdrag i första hand.

Kommunen har inte bestritt att Vaksala även hade förmåga att tacka ja till dessa. Vaksala har således gått miste om de intäkter som ett med LOU förenligt avtal skulle ha inbringat. Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 2007 s. 349 slagit fast att anbudsgivare, som skulle ha fått kontraktet vid en korrekt genomförd upphandling, är berättigade till skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset. Motsvarande bör enligt hovrättens bedömning gälla i detta fall. Detta innebär att Vaksala i och för sig har lidit skada och haft rätt till ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset. Om uppgivet täckningsbidrag råder inte tvist.

Preskription

Talan om skadestånd ska, såvitt här är aktuellt, enligt 16 kap. 21 § LOU väckas vid allmän domstol *inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits* mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd enligt LOU förlorad. Frågan är vid vilken tidpunkt preskriptionsfristen har börjat löpa. För det fall fristen har börjat löpa i samband med undertecknandet av ramavtalet, som Kommunen har gjort gällande, är Vaksalas fordran preskriberad eftersom talan i sådant fall har väckts mer än ett år från tidpunkten då avtalet slöts.

Ovan nämnda bestämmelse omfattar såväl talan mot ett upphandlingskontrakt som talan mot ett avtal om direktupphandling. När talan riktas mot ett upphandlingskontrakt som inte förklarats ogiltigt räknas fristen från den tidpunkt då det förelåg ett upphandlingskontrakt. Eftersom det inte finns något krav på upphandlingskontrakt vid direktupphandling kan avtal då vara slutet på annat sätt. Vid dessa tillfällen räknas istället fristen från det att avtalet slöts (se t.ex. prop. 2001/02:142, s. 100 och Svea hovrätts dom den 1 juni 2007 i mål nr T 5651-05).

Ramavtalet har i förevarande fall föregåtts av ett upphandlingsförfarande med ett förfrågningsunderlag. Avtalet, som innehållit samma villkor som förfrågningsunderlaget och som till sin ordalydelse varit klart, har sedermera undertecknats av samtliga parter. Ramavtalet har således varit gällande – såväl upphandlingsrättsligt som avtalsrättsligt – när avropen skett. Situationen är på det sättet annorlunda jämfört med situationen då en upphandlande myndighet avropat utan föregående

upphandlingsförfarande. Samtidigt har dock ramavtalets fördelningsnyckel stridit mot LOU, vilket innebär att även varje avrop till annan än Vaksala har utgjort en överträdelse av LOU.

Utan klar vägledning från LOU:s bestämmelser och förarbeten, blir tidpunkten för tillkomsten av Vaksalas fordringar avgörande för bedömningen av preskriptionsfrågan (jfr 2 § preskriptionslagen). Normalt anses en fordran ha tillkommit först när fordringen har fullbordats (se t.ex. Lindskog, Preskription, 2011, s. 385). En fordran kan dock vara grundad även på rättsfakta som ligger längre tillbaka i tiden än det fullbordande rättsfaktumet. Enligt det första rättsfaktumets princip ska preskriptionstiden i dessa fall börja löpa redan i och med inträffandet av det *första rättsfaktum* som fordran grundas på (NJA 1932 s. 137, Lindskog, a.a., s. 385 f. och, till viss del, prop. 1979/80:119 s. 89). En fordran grundad på ett avtal anses i enlighet med denna princip normalt tillkommen redan i och med avtalets ingående (Lindskog, a.a., s. 393 och a. prop. s. 89). Att fordringen fullbordats först senare är då utan betydelse.

Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 2009 s. 291 till viss del kritiserat det första rättsfaktumets princip och uttalat att syftet med den bestämmelse vars tillämpning är i fråga är av stor betydelse för frågan om en fordrans uppkomsttidpunkt. Huruvida fordringen ska anses ha funnits vid den kritiska tidpunkten är då i hög grad beroende av ändamålet med den aktuella regeln.

Kommunens avrop har skett utifrån och i enlighet med det ramavtal som parterna har undertecknat. Denna omständighet talar för att Vaksalas skadeståndsfordringar uppkommit redan genom ramavtalet och att preskriptionsfristen redan av den anledningen skulle räknas från tidpunkten för ramavtalets ingående. Den bedömningen skulle också vara väl förenlig med ordalydelsen i 16 kap. 21 § LOU.

Vid den tidpunkten hade emellertid frågan om huruvida Kommunen skulle tillämpa fördelningsnyckeln på ett sätt som skulle strida mot LOU inte aktualiserats och ramavtalets ordalydelse hade i och för sig inte hindrat en tillämpning som vore förenlig med LOU, till följd varav någon skada för Vaksala inte skulle ha uppkommit. Att under dessa förhållanden låta ramavtalets undertecknande utgöra utgångspunkten

skulle innebära att skadeståndsfordringarna vid tillämpningen av LOU:s skadeståndsbestämmelser ansetts uppkomna redan innan någon skada överhuvudtaget förelegat och i vart fall innan skadans storlek hade kunnat bedömas. Eftersom tilldelningen av kontrakt vid tillämpning av ett ramavtal sker först vid avrop anser hovrätten med hänsyn till det anförda att skäl talar för att leverantörens fordran på skadestånd mot beställaren till följd av ett ramavtal som kunde tillämpas på ett sätt som är förenligt med LOU bör anses ha uppkommit först genom själva avropet. Detta bör gälla oavsett om det funnits skäl för leverantören att anta att beställaren skulle välja att tillämpa ramavtalet på annat sätt.

Frågan är emellertid om en sådan ordning kan anses stå i strid med LOU:s ändamål och syften och särskilt regleringen av preskription i den lagen.

Möjligheten till skadestånd enligt LOU syftar till att säkra reglernas genomslag och till att bidra till att offentliga medel inte används till att snedvrider konkurrensen (Björklund och Madell, SvJT 2008 s. 601). Det huvudsakliga syftet med den korta preskriptionsfrist som anges i 16 kap. 21 § LOU är emellertid att upphandlande myndigheter inte ska sväva i ovisshet under obegränsad tid (jfr prop. 1992/93:88, s. 46 f. och Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, juli 2015, Zeteo, kommentaren till 16 kap. 21 § LOU). Skadeståndet bör inte heller konkurrera ut domstolens möjlighet att pröva huruvida upphandlingen ska göras om eller rättas (jfr Björklund och Madell, a.a., s. 592). Som Högsta domstolen anför i sin dom den 3 december 2015 i mål T 4983-14 får emellertid en preskriptionsregel på grund av sin drastiska rättighetsavskärande effekt inte tillämpas analogt och – vilket är av betydelse i detta mål – tolkas restriktivt. Restriktiviteten gäller enligt Högsta domstolen inte bara bestämmelsens träffyta utan också dess tillämpningsförutsättningar, bland dem startpunkten för preskriptionstiden. – Som angetts tidigare ger varken förarbetena till LOU eller tidigare lagar om offentlig upphandling någon direkt ledning i fråga om vad som ska avses med uttrycket ”då avtal har slutits” i preskriptionsbestämmelsen i 16 kap. 21 § LOU när det gäller ramavtal. Det är dock värt att notera att regeringen i Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, s. 483, har betecknat ramavtalet som en metod för senare tilldelning av kontrakt. Detta får anses ge viss vägledning vid bedömningen av hur LOU:s bestämmelser bör tolkas. Sammantaget anser hovrätten att

ordalydelsen inte hindrar en tillämpning där preskriptionsfristen av en skadeståndsfordran till följd av avrop enligt ett ramavtal ska räknas från dagen för avropet.

Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Det är följaktligen förutsatt att ramavtal med en löptid på upp till fyra år normalt kan accepteras. En skadeståndsfordran på grund av ramavtalet som sådant, exempelvis från en leverantör som lämnat anbud men som den upphandlande myndigheten inte ingått ramavtal med eller från den som bedömts inte ha lämnat bästa anbudet vid ramavtal med flera leverantörer och således inte rangordnats först, måste i och för sig anses ha uppkommit redan när ramavtalet slöts. Den som i sådant fall anser sig ha rätt till skadestånd måste följaktligen väcka talan om detta inom ett år från det att avtalet slutits. Om samtliga skadeståndsfordringar som kan följa av hur beställaren väljer att tillämpa ramavtalet skulle anses uppkomma redan i samband med avtalsslutet och att preskriptionstiden skulle börja löpa redan då, skulle det emellertid leda till otillfredsställande konsekvenser. Som Vaksala påpekat skulle det kunna innebära att beställaren inledningsvis väljer att tillämpa ramavtalet på ett sätt som är förenligt med LOU för att efter preskriptionstidens utgång utgå från annan fördelning vid avrop. Den upphandlande myndighetens intresse av att inte sväva i ovisshet under en längre tid kan inte anses väga särskilt tungt i ett sådant fall. Under alla förhållanden skulle det innebära att skadeståndssanktionen saknade all betydelse därefter. En tillämpning som innebär att fordran anses uppkommen och preskriptionstiden börjar löpa vid avropet måste i stället anses bidra till att säkra genomslaget för bestämmelserna om offentlig upphandling.

I förevarande fall är ordalydelsen i fördelningsnyckeln visserligen tydlig och – som hovrätten konstaterat tidigare – inget har talat emot att Kommunen redan från början avsett att tillämpa den enligt dess ordalydelse. Vaksala har således haft anledning att redan i anslutning till avtalsslutet att överväga att ansöka om omprövning av ramavtalet. Denna omständighet kan emellertid inte enligt hovrätten påverka frågan om när skadeståndsfordringarna ska anses ha uppkommit.

Slutsatsen är således att preskriptionsfristen i detta fall ska löpa från respektive avrop. Kommunen har vid det förhållandet förklarat sig inte göra gällande preskription. Vaksalas skadeståndsanspråk är alltså inte preskriberade.

Jämkning på grund av medvållande

Vid denna bedömning har hovrätten att pröva Kommunens invändning om, och i så fall i vilken omfattning, skadeståndet ska jämkas. Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer ska den skadelidande begränsa sin skada. Kommunen har gjort gällande att Vaksala borde ha begränsat skadan genom att ansöka om överprövning av upphandlingen hos allmän förvaltningsdomstol. Frågan är om den omständigheten att så inte skett innebär att Kommunen inte begränsat sin skada på ett sätt som bör medföra jämkning av skadeståndet. Av förhöret med Mattias Åhrman har framkommit att han haft erfarenhet av upphandlingsförfaranden sedan tidigare. Hovrätten förutsätter därför att Vaksala haft goda kunskaper om de sätt att angripa upphandlingar som finns. Mattias Åhrman har också uppgett att han alltid läser igenom anbudsunderlagen ordentligt och att han tror att han läste även fördelningsnyckeln noga. Han har visserligen förklarat att han inte reagerat på formuleringarna i anbudsunderlaget utan i stället tolkat dessa som att Vaksala skulle ha tillfrågats först. Vaksala har emellertid inte ställt någon fråga om detta under upphandlingsförfarandet eller på annat sätt reagerat på fördelningsnyckeln. Som tingsrätten har anfört är fördelningsnyckeln ordalydelse dock tydlig och innehåller inte någon uppgift om att den som rangordnats högst alltid ska tillfrågas först. Vaksala har trots detta underlåtit att ansöka om överprövning. Genom sin underlåtenhet har Vaksala enligt hovrättens bedömning försuttit den möjlighet att åstadkomma rättelse som det rimligen kan krävas att bolaget skulle ha använt sig av för att begränsa sin skada. Skadeståndsbeloppet ska därför jämkas. Med hänsyn till fördelningsnyckeln tydliga ordalydelse gör hovrätten bedömningen att det saknas anledning till någon annan jämkning än till 0 kr.

Avtalsbrott

I denna del gör hovrätten inte någon annan bedömning än den som tingsrätten har gjort. Det är således inte styrkt att parternas avsikt varit att fördelningsnyckeln skulle

ha en annan innebörd än den som följer av dess lydelse. Det är inte heller styrkt att Kommunen – sedan rättelse beträffande första avtalsåret skett – har avropat i strid med fördelningsnyckeln. Kommunen har således inte gjort sig skyldig till avtalsbrott varför något skadestånd inte heller på den grunden ska utgå.

Sammanfattning

Hovrätten har funnit att den mellan parterna avtalade fördelningsnyckeln strider mot LOU:s grundläggande principer och att Vaksala genom Kommunens tillämpning av nyckeln har lidit en skada motsvarande det positiva kontraktsintresset. Hovrätten har vidare funnit att Vaksalas talan i och för sig inte är preskriberad, men att skadeståndsbeloppet med anledning av Vaksalas medvållande ska jämkas till 0 kr. Hovrätten har slutligen funnit att Kommunen inte har gjort sig skyldig till avtalsbrott.

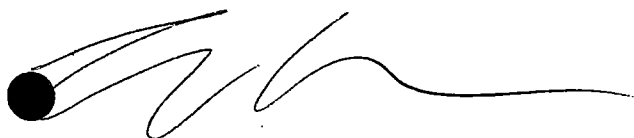
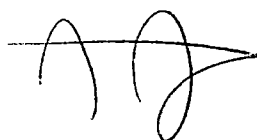
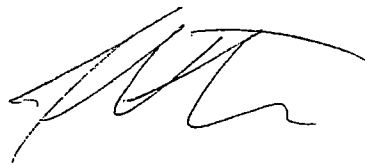
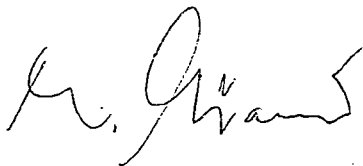
Tingsrättens domslut ska därför fastställas.

Rättegångskostnader

Vid denna utgång ska Vaksala ersätta Kommunen för dess rättegångskostnader. Vaksala har vitsordat skäligheten i Kommunens ersättningsyrkande, som därför ska bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B

Överklagande senast 2016-01-11



I avgörandet har deltagit f.d. hovrättslagmannen Magnus Göransson, hovrättsrådet
Göran Nilsson samt tf. hovrättsassessorerna Erica Forsberg och Helena Jacobsson,
referent



UPPSALA TINGSRÄTT
Avdelning 1

DOM
2014-10-13
Meddelad i
Uppsala

Aut. 149

Sid 1 (21)

Mål nr
T 5216-13

Bilaga A

PARTER

Kärande

Vaksala Måleri AB, 556694-0234
Vaksalagatan 35
753 31 Uppsala

Ombud: Advokat Hampus Ek
Foyen Advokatfirma AB,
Box 7229
103 89 Stockholm

Svarande

Uppsala Kommun, 212000-3005
Kommunledningskontoret
753 75 Uppsala

Ombud: Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 45030
104 30 Stockholm

DOMSLUT

1. Käromålet lämnas utan bifall.
 2. Vaksala Måleri AB ska ersätta Uppsala Kommun för dess rättegångskostnader med 89 840 kr, varav 89 600 kr för ombudsarvode. På beloppet ska Vaksala Måleri betala ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den 13 oktober 2014 till dess betalning sker.
-

T 10286-14

Dok.Id 542275

Postadress
Box 1113
751 41 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 72 00
E-post:

Telefax
018-16 72 82

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Under våren 2012 upphandlade Uppsala kommun ("Kommunen") ett ramavtal avseende måleriarbeten. Vaksala Måleri AB (Vaksala Måleri) var en av fem entreprenörer som genom beslut av Kommunen den 15 maj 2012 tilldelades ramavtal.

De för ramavtalet bakomliggande administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget föreskriver att: "Vinnande [entreprenör ("E")] tilldelas ramavtal efter rangordning. E som lämnar det bästa anbudet rangordnas som nummer ett, näst bästa anbud rangordnas som tvåa o.s.v. Rangordningen innebär att avropsvolym tilldelas enligt följande fördelningsnyckel:

Av E rangordnad ett avropas en större andel av den årliga avropsvolymen än vad som avropas av E rangordnad tvåa, och av E rangordnad tvåa mer än E rangordnad trea o.s.v."

Vaksala Måleri erhöll rangordningen nummer ett bland de entreprenörer som tilldelades ramavtal.

Tilldelning av årlig avropsvolym mellan ramavtalets entreprenörer skulle enligt ramavtalet ske enligt förfrågningsunderlagets fördelningsnyckel.

Vaksala Måleri reagerade under avtalets första år över att avropen från Kommunen blev färre än man hade förväntat sig. Efter en genomgång av samtliga avrop och beställningar som gjorts av Kommunen under det första året kunde det konstateras att Kommunen avropat arbeten i strid med fördelningsnyckeln.

Den 12 september 2013 inkom Vaksala Måleri till tingsrätten med ansökan om stämning mot Kommunen.

Twisten avser avropade arbeten under avtalets första och andra år. Parterna är överens om att de fakturor avseende måleriarbeten som getts in i målet och som hänför sig till det första och andra avtalsåret är riktiga och upptagna till rätta belopp.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Vaksala Måleri

Vaksala Måleri har yrkat att tingsrätten ska förpliktiga Kommunen att till Vaksala Måleri utge skadestånd med 591 643 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 30 september 2013 till dess full betalning sker.

Vaksala Måleri har vidare yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Kommunen

Kommunen har bestritt käromålet och vitsordat sättet att beräkna ränta som skäligt i och för sig.

För det fall att tingsrätten skulle finna att käromålet ska bifallas har Kommunen gjort gällande att skadeståndet ska jämkas till noll, eller med den andel som tingsrätten finner skälig.

Kommunen har vidare yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Vaksala Måleris inställning till Kommunens jämningsinvändning

Vaksala Måleri har bestritt att Kommunens skadeståndsskyldighet ska jämkas till någon del.

GRUNDER

Vaksala Måleri

Vaksala Måleri har i *första hand* gjort gällande följande.

Kommunen har, i den utsträckning som närmare specificerats i målet och när man riktat avrop till andra än Vaksala Måleri, gjort sig skyldig till otillåten direktupphandling i strid med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Vaksala Måleri, från vilket bolag arbetena rätteligen skulle ha avropats, har därmed lidit skada som en direkt följd av Kommunens lagstridiga agerande. Kommunen är ersättningsskyldig för denna skada enligt 16 kap. 20 § LOU.

Vaksala Måleri har i *andra hand* gjort gällande följande.

För det fall tingsrätten skulle finna att skadestånd inte ska utgå enligt förstahandsgrunden har Kommunen vid de i målet närmare specificerade avropen frångått den enligt ramavtalet fastställda rangordningen och därmed också frångått vad som enligt LOU ska gälla vid en sådan rangordning. Kommunen har enligt avtalet vid avrop i första hand haft att tillfråga Vaksala Måleri. När Kommunen har vänt sig till annan utan att först tillfråga Vaksala Måleri har man genom sitt agerande gjort sig skyldig till avtalsbrott. Kommunen har på detta sätt orsakat Vaksala Måleri skada, vilken skada uppgår till omstämt belopp och Kommunen är ersättningsskyldig för.

Kommunen

Kommunen har i *första hand* bestritt käromålet enligt följande.

Ramavtalets fördelningsnyckel innebär inte att Kommunen har haft att först tillfråga Vaksala Måleri vid avrop enligt ramavtalet. Fördelningsnyckeln strider inte heller mot LOU. Kommunen har avropat en större andel av den årliga avropsvolymen från Vaksala Måleri än från Wärngrens Måleri som erhöll rangordningen tvåa. Avropen har

därför skett i enlighet med LOU och med vad som avtalats i ramavtalet.
Upphandlingen har "vunnit laga kraft" och fördelningsnyckeln är kontrakterad.

Kommunen har i *andra hand* bestritt käromålet enligt följande.

Käromålet är, till den del det grundar sig på att avropen skulle ha skett i strid med LOU enligt Vaksala Måleris förstahandsgrund för yrkandet, preskriberat enligt 16 kap. 21 § LOU. Detta eftersom talan har väckts senare än ett år efter det att ramavtalet träffades med Vaksala Måleri, vilket var den 15 maj 2012. Som ytterligare grund för preskriptionsinvändningen har Kommunen gjort gällande att ramavtalet innehåller samtliga villkor som behövs för avrop.

För det fall att tingsrätten skulle finna att inte hela käromålet är preskriberat har Kommunen gjort gällande att talan i vart fall är preskriberad till den del den grundar sig på enskilda avrop gjorda före den 12 september 2012.

Kommunen har i *tredje hand* bestritt käromålet enligt följande.

Skulle tingsrätten finna att Kommunen har orsakat Vaksala Måleri skada för vilken den ska ersätta Vaksala Måleri samt att talan inte är preskriberad ska Kommunens skadeståndsskyldighet jämkas på grund av att Vaksala Måleri har varit medvållande till sin skada genom att inte ansöka om överprövning med hänvisning till fördelningsnyckeln i förfrågningsunderlaget. Vaksala Måleri har därigenom underlåtit att begränsa sin skada varför skadeståndet ska jämkas till noll, eller med den andel som tingsrätten finner skälig.

Vaksala Måleri genmäle

Det bestrids att käromålet, till den del det grundar sig på att Kommunen avropat arbeten i strid med LOU, är preskriberat. Skadeståndstalan grundad på *avrop* enligt ramavtalet har inte preskriberats på grund av att mer än ett år har gått från det att *ramavtalet* träffats till dess att skadeståndstalan väckts.

Om talan i någon del ska anses preskriberad träffar preskriptionen i så fall den del av talan som grundar sig på enskilda avrop som skett före den 12 september 2012.

Vaksala Måleri har bestritt att bolaget varit medvällande till sin skada. Vaksala Måleri har vidtagit skäliga åtgärder för att begränsa skadan.

SAKFRAMSTÄLLNINGAR

Vaksala Måleri

Förstahandsgrunden. Upphandlingar i strid med LOU

Ramavtalet har upphandlats med rangordning som metod för tilldelning för kontrakt. Kommunen har således haft att först tillfråga Vaksala Måleri vid avrop enligt ramavtalet. Om fördelningsnyckeln ska anses ha en annan innebörd strider fördelningsnyckeln mot LOU.

Fördelningsnyckeln kan inte lyftas ut ur sin rättsliga kontext vilket innebär att LOU och dess grundläggande principer är tillämpliga på avrop även efter att ramavtal har tecknats. Av dessa följer krav på att en fördelningsnyckel ska vara förenlig med de s.k. likabehandlings- och transparensprinciperna vilket innebär att den måste reglera i vilken ordning entreprenörerna i ett ramavtal ska tilldelas kontrakt. En rangordning kan alltså inte lagligen ha det upplägg som Kommunen tillämpat med "större andel" till den entreprenör som rangordnats som etta. Denna ordning möjliggör enligt sin lydelse en skönsmässig tilldelning av kontrakt eftersom den årliga avropsvolymen kan fördelas över entreprenörerna i ramavtalet på ett oförutsebart sätt. Entreprenören rangordnad etta kan inom fördelningsnyckeln tilldelas allt mellan 22 % till 90 % av den årliga avropsvolymen.¹ Avrop som har gjorts utan att Vaksala Måleri först har tillfrågats har skett godtyckligt och i strid med likabehandlings- och transparensprincipen och därmed i strid med LOU.

¹ Den procentuella fördelningen kan i sådana fall, inom fördelningsnyckeln fördelas enligt följande. Entreprenör rangordnad E1 (etta): 90%, E2: 4 %, E3: 3%, E4: 2 %, E5: 1 % jfr med E1: 22 %, E2: 21 %, E3: 20 %, E4: 19 %, E5: 18 %.

Av de administrativa föreskrifterna framgår vidare att endast målningsarbeten till ett värde högre än 1 000 000 kr kunde upphandlas separat. De i målet aktuella arbetena är inte sådana som Kommunen har haft rätt att upphandla utanför ramavtalet.

Genom att avropa arbeten som omfattas av ramavtalet av andra entreprenörer än Vaksala Måleri utan att först tillfråga Vaksala Måleri har Kommunen genomfört otillåtna direktupphandlingar i strid med LOU och dess regler för ramavtal. Kommunen har därigenom undandragit Vaksala Måleri arbeten, vilket orsakat bolaget skada.

Skadan består av de uteblivna intäkter som de lagstridiga avropen inneburit för bolaget; det s.k. positiva kontraktsintresset. Den lidna skadan ska beräknas enligt nedan.

Under det första avtalsåret, 1 juni 2012 – 31 maj 2013, avropade Kommunen arbeten som omfattas av ramavtalet enligt följande.

Entreprenör	Värdet av avropade arbeten i SEK (exkl. moms)
Vaksala Måleri	1 239 228,89
Wärngrens Måleri	2 789 928,08
Arlanda Måleri	312 696,46
Alviks Måleri	88 530
Engbergs Måleri	184 769,12
Värde årlig avropsvolym	4 615 151

Av den årliga avropsvolymen under första avtalsåret avropade Kommunen alltså arbeten från andra entreprenörer än Vaksala Måleri till ett värde av sammanlagt 3 375 923,11 kr.

Under det andra avtalsåret, 1 juni 2013 – 31 maj 2014, avropade Kommunen arbeten som omfattas av ramavtalet enligt följande.

Entreprenör	Värdet av avropade arbeten i SEK (exkl. moms)
Vaksala Måleri	4 487 206,52
Måleritekniska MTB	137 769,5
Wärngrens Måleri	107 186
Arlanda Måleri	58 342
Andrés Måleri	9 800
Engbergs Måleri	1 941
SSK Golv AB	2 267 098,98
Värde årlig avropsvolym	7 225 954

Av den årliga avropsvolymen avropade Kommunen alltså under det andra avtalsåret arbeten från andra entreprenörer än Vaksala Måleri till ett värde av sammanlagt 2 738 747 kr.

Värdet av de lagstridiga avropen under det första och det andra avtalsåret uppgår sammanlagt till 6 114 671 kr. Räknat med det täckningsbidrag om 11,1 procent som Vaksala Måleri normalt har på den typ av arbeten som avses med ramavtalet innebär värdet av de samlade lagstridiga avropen att Vaksala Måleris uteblivna intäkter uppgår till totalt 678 728 kr vilket, minskat med vad Kommunen redan har betalat avseende

första avtalsåret efter medgivande under processen i tingsrätten, uppgår till det omstämda beloppet 591 643 kr.

Samtliga fakturor som getts in i målet avser arbeten som omfattas av ramavtalet.

Andrahandsgrunden. Upphandlingar i strid med avtal

Ramavtalets fördelningsnyckel ska tolkas så att Kommunen i första hand har haft att avropa arbeten som omfattas av ramavtalet av Vaksala Måleri och att Kommunen först efter att bolaget tillfrågats och avböjt har kunnat avropa arbeten från andra entreprenörer. Den avtalade fördelningsnyckeln kan inte lyftas ut ur sin rättsliga kontext varför LOU och dess grundläggande principer är tillämpliga på avrop även efter att ramavtal har tecknats. Av dessa följer krav på att en fördelningsnyckel bl.a. ska vara förenlig med likabehandlings- och transparensprinciperna vilket bl.a. innebär att den måste reglera i vilken ordning entreprenörerna i ett ramavtal ska tilldelas kontrakt. När Kommunen vänt sig till annan utan att först tillfråga Vaksala Måleri har man gjort sig skyldig till avtalsbrott. Kommunen har genom avtalsbrottet orsakat Vaksala Måleri skada.

Skadan som Vaksala Måleri har lidit är de uteblivna intäkter som de avtalsstridiga avropen inneburit för bolaget och uppgår till omstämt belopp. Den lidna skadan ska beräknas enligt vad som framgår av beräkningen enligt förstahandsgrunden.

Kommunen

Förstahandsgrunden. Avropen är förenliga med fördelningsnyckeln

Parterna har avtalat en avropsmodell enligt såväl de administrativa föreskrifterna som enligt avtalet och i den del avrop har gjorts inom ramen för den avtalade avropsmodellen saknas grund för skadestånd.

Kommunen avropade under det första avtalsåret, 31 maj 2012 – 1 juni 2013, måleriarbeten enligt följande.

Entreprenör	Värdet av avropade arbeten i SEK (exkl. moms)
Vaksala Måleri	1 239 227,89
Wärngrens Måleri	2 789 928,08
Arlanda Måleri	312 696,46
Alviks Måleri	88 530
Engbergs Måleri	184 769,12
Värde årlig avropsvolym	4 615 151

Vaksala Måleri borde enligt fördelningsnyckeln ha fått en större andel av den årliga avropsvolymen under första avtalsåret än vad bolaget fick. Kommunen har mot bakgrund av ovanstående medgett att utge skadestånd med 86 064 kr. Det av Vaksala Måleris angivna s.k. täckningsbidraget på 11,1 procent vitsordas som grund för att beräkna skada. Beloppet har betalats till Vaksala Måleri och ingår inte i det yrkade beloppet.

Vaksala Måleri har således, såsom rangordnad etta i ramavtalet och i enlighet med fördelningsnyckeln, efter skadestånd med det angivna beloppet fått en större andel av den årliga avropsvolymen än Wärngrens Måleri som är rangordnad som tvåa.

Kommunen avropade under det andra avtalsåret, 31 maj 2013 – 1 juni 2014, måleriarbeten som omfattas av ramavtalet enligt följande.

Entreprenör	Värdet av avropade arbeten i SEK (exkl. moms)
Vaksala Måleri	4 487 206,52
Måleritekniska MTB	137 769,5
Wärngrens Måleri	2 374 284
Arlanda Måleri	58 342
Andrés Måleri	9 800
Engbergs Måleri	1 941
Värdé årlig avropsvolym	7 069 343

Avrop alltså skett från Vaksala Måleri till ett värde av 4 487 206 kr och från Wärngrens Måleri till ett värde av 2 374 284 kr. Från Vaksala Måleri har alltså avropats 63,47 % av den årliga avropsvolymen om 7 069 343 kr och från Wärngrens Måleri 33,58 % av samma volym. Vaksala Måleri har således, såsom rangordnad etta i ramavtalet och i enlighet med fördelningsnyckeln, fått en större andel av den årliga avropsvolymen än Wärngrens Måleri som är rangordnad som tvåa.

Det bestrids att det utöver de fakturor som ingår i totalbeloppet 7 069 206 kr enligt ovan finns ytterligare fakturor som avser arbeten som omfattas av ramavtalet. I värdet av avropade arbeten från Wärngrens Måleri ingår värdet av arbeten som golventreprenören SSK Golv AB, med vilken Kommunen har ramavtal för golvarbeten, har avropat från Wärngrens Måleri som underentreprenör i omedelbar anslutning till de egna arbetena. Arbetena enligt dessa fakturor ska därför tillräknas Wärngrens Måleri.

Ett antal av fakturorna i målet avser mindre arbeten som utförts av bolaget Jan Berlin Måleri såsom underentreprenör åt SSK Golv AB i omedelbar anslutning till SSK Golv AB:s egna golvarbeten. Ytterligare några fakturor avser arbeten som SSK Golv AB har

utfört i egen regi i omedelbar anslutning till de egna golvarbetena. Dessa fakturor avser arbeten som inte omfattas av ramavtalet.

En av fakturorna som ställts ut av Arlanda Måleri ska inte anses omfattas av ramavtalet. Fakturan avser arbeten i en fastighet som ägs av bolaget Rikshem dit Rikshem har anvisat "sin" entreprenör. Som hyresgäst har sedan Kommunen fått stå kostnaden. För det fall att ovan nämnda avrop ska anses omfattas av ramavtalet, har avropen gjorts i enlighet med fördelningsnyckeln.

Andrahandsgrunden. Käromålet är preskriberat

Upphandlingen påbörjades inte under några omständigheter före den 21 juni 2011. På upphandlingen är således LOU i dess lydelse från och med den 15 juli 2010 tillämplig.

Enligt den tillämpliga preskriptionsregeln i 16 kap. 21 § LOU gäller att: "[t]alan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad."

Fördelningsnyckeln utgör del av förfrågningsunderlaget och ramavtalet. Ramavtalet tecknades den 29 maj 2012 och stämningsansökan i målet kom in till tingsrätten den 12 september 2013, dvs. mer än ett år efter avtalsslutet. Avrop, oavsett när i tiden de skett, som gjorts inom ramen för den fördelningsnyckel som framgår av såväl förfrågningsunderlaget för upphandlingen som av ramavtalet är därmed preskriberade såvitt avser den del av käromålet som grundar sig på avrop i strid med LOU.

Ramavtalet har vidare innehållit samtliga villkor som behövs för avrop.

För det fall att tingsrätten finner att käromålet inte är preskriberat enligt ovan är talan i vart fall preskriberad enligt 16 kap. 21 § LOU till den del den grundar sig på enskilda avrop i strid med LOU gjorda före den 12 september 2012.

Tredjehandsgrunden. Ett eventuellt skadestånd ska jämkas p.g.a. medvållande

Vaksala Måleri har varit medvållande till sin skada genom att underlåta att ansöka om överprövning med hänvisning till fördelningsnyckeln. Genom att inte ha gjort vad som ankommit på bolaget för att minimera sin skada har Vaksala Måleri agerat vårdslöst.

Till den del avropen av Wäringrens Måleri ryms inom den upphandlade och avtalade fördelningsnyckeln ska jämkning av skadeståndet ske till noll, eller med den andel som tingsrätten finner skälig.

Vaksala Måleris genmäle

Avtal avseende arbeten som avropats efter den 12 september 2012 har träffats genom avrop enligt ramavtalet och skadeståndstalan som grundas på dessa avrop har inte preskriberats. Det skulle få orimliga konsekvenser om en talan om skadestånd inte kunde grunda sig på enskilda avrop som sker under ett ramavtals löptid. Om möjligheten att kräva skadestånd grundat på sådana avrop skulle preskriberas skulle det innebära att arbeten som avses med ett ramavtal – en avtalstyp som enligt LOU vanligtvis löper under fyra år – skulle kunna avropas på ett ”juste” sätt under år ett för att under de därpå följande tre åren hanteras hur som helst. Så är inte fallet eftersom det skulle strida mot själva syftet med bestämmelserna. En upphandlande myndighet ska inte kunna undgå en skadeståndstalan på grund av att mer än ett år löpt sedan ramavtalet träffades.

Om talan i någon del ska anses preskriberad gäller det till den del skadeståndet grundar sig på enskilda avrop som skett före den 12 september 2012.

Vaksala Måleri har under avtalstiden ifrågasatt hur ramavtalet kommit att tillämpas, d.v.s. hur Kommunen använt fördelningsnyckeln när den avropat arbeten. Vaksala Måleri har inte haft att räkna med att bolaget, efter att ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och rangordnats som etta i ramavtalet, inte skulle behandlas enligt vad som lagligen ska gälla för en sådan rangordning, dvs. att vid avrop av arbeten som omfattas av ramavtalet vara den entreprenör som tillfrågas först.

Kommunen kan inte fredas från skadeståndsansvar på grund av att någon överprövning med hänvisning till fördelningsnyckeln inte skett när skadeståndskravet grundar sig på avrop som skett dels senare i tiden från upphandlingsförfarandet, dels i strid med LOU.

Bolaget har vidtagit skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. Bolaget har visserligen saknat direkt insyn i hur Kommunen avropat enligt ramavtalet och avropen har skett successivt. Ändå har bolaget aktivt sökt personer i Kommunen sedan man upplevt att avropen var färre än förväntat. Dessa personer lovade då bot och bättring. Vaksala Måleri har inte haft någon skyldighet att ansöka om överprövning i det tidiga skedet eftersom bolaget skadades först i samband med de otillåtna direktupphandlingarna som avropen från andra entreprenörer än Vaksala kom att innebära. Vaksala Måleri har alltså inte varit medvällande genom sin underlåtenhet att ansöka om överprövning. Kommunens skadeståndsskyldighet ska därför inte jämkas.

DOMSKÄL

Utredningen

På Vaksala Måleris begäran har partsförhör under sanningsförsäkran hållits med ~~Mattias Åhrman, ställföreträdare för och grundare av Vaksala Måleri.~~ Vidare har vittnesförhör hållits med Hans Olsson, bostadsförvaltare för Kommunen sedan 2012, och på både Vaksala Måleris och Kommunens begäran har vittnesförhör hållits med

Charlotta Frenander, upphandlingschef för Kommunen sedan januari 2012, det senare även på Kommunens begäran.

På Kommunens begäran har, utöver vittnesförhör med Charlotta Frenander, vittnesförhör hållits med Jonas Jensen, under den aktuella perioden anställd som produktionschef på Kommunen och blev senare affärsenhetschef på Kommunens avdelning "Teknik och Service".

Parterna har åberopat skriftlig bevisning.

Tingsrättens bedömning

Skulle Vaksala Måleri, enligt LOU, alltid ha tillfrågats först?

Den första fråga som tingsrätten har att pröva är om tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet ska ske enligt en rangordning där Vaksala Måleri, som rangordnad etta, alltid ska tillfrågas först vid avrop av arbeten som omfattas av ramavtalet. Om tingsrätten skulle finna att så inte är fallet utan att tilldelning kan ske enligt fördelningsnyckeln's ordalydelse, ska tingsrätten pröva om fördelningsnyckeln enligt sin lydelse är förenlig med LOU.

Det är Vaksala Måleri som har bevisbördan för att tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet ska ske efter en rangordning där Vaksala Måleri ska erbjudas arbeten först.

Ramavtalets skrivning i 5 § tredje stycket är tydlig. Tilldelning av årlig avropsvolym ska ske enligt den i målet aktuella fördelningsnyckeln, dvs. Kommunen ska av Vaksala Måleri avropa en större andel av den årliga avropsvolymen än vad Kommunen avropar av den entreprenör som rangordnats som tvåa. Mot denna lydelse anser tingsrätten att Vaksala Måleri inte har visat att tilldelning av kontrakt ska ske på annat sätt än enligt den fördelningsnyckel som följer av ramavtalet. Frågan är då om fördelningsnyckeln med denna innebörd är förenlig med LOU.

Strider fördelningsnyckeln mot LOU?

Enligt 5 kap. 6 § LOU får, om ett ramavtal med alla villkor 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. Varken LOU eller det bakomliggande direktivet (Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG) ställer upp några uttryckliga krav på rangordning eller på annan fördelningsnyckel för tilldelning av kontrakt. Av förarbetena till LOU framgår emellertid att ett ramavtal som innehåller alla villkor för tilldelning av kontrakt måste innehålla villkor i form av en rangordning eller en annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt. Den grund som används för tilldelning av kontrakt måste vidare tillgodose de för LOU grundläggande principerna om transparens och likabehandling (Prop. 2006/07:128, del 1, s. 176.).

Det finns relativt få rättsfall rörande möjligheten att använda en annan objektiv fördelningsnyckel än en rangordning. I RÅ 2010 ref. 97 fann HFD att en tilldelningsmodell enligt vilken den upphandlande myndigheten gavs möjlighet att välja mellan det bästa anbudet och förnyad konkurrensutsättning stred mot LOU. Modellen ansågs möjliggöra för upphandlande myndigheter att godtyckligt välja mellan de två modellerna vilket i sin tur ansågs strida mot kraven på likabehandling och transparens. Upphandlingen ansågs inte ha skett på ett så öppet och förutsebart sätt som förutsätts i LOU. HFD uttalade i domskälen att kravet på likabehandling bl.a. innebär att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet samt att kravet på transparens ska anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske (RÅ 2010 ref. 97 s. 7).

Vaksala Måleri har i denna del gjort gällande bl.a. att fördelningsnyckeln enligt dess lydelse möjliggör en skönsmässig tilldelning av kontrakt och att den årliga

avropsvolymen kan fördelas över entreprenörerna i ramavtalet på ett oförutsebart sätt eftersom entreprenören rangordnad som etta, inom fördelningsnyckeln, kan tilldelas allt mellan 22 procent till 90 procent av den årliga avropsvolymen. Tingsrätten delar Vaksala Måleris uppfattning att fördelningsnyckeln såtillvida medger ett inte obetydligt mått av skönsmässighet för Kommunen. Fördelningsnyckeln är emellertid förutsebar i så måtto att det alltid står klart att den entreprenör som lämnat det bästa anbudet och som rangordnats som etta kommer att tilldelas den största andelen av den årliga avropsvolymen. Urvalsmetoden sker således med utgångspunkt i de priser som lämnades i anbudet. Fördelningsnyckeln lämnar inte Kommunen någon obegränsad valfrihet vid tilldelningen av kontrakt. Fördelningsnyckeln läst för sig är dessutom tydlig, transparent och öppen. De entreprenörer som fick del av förfrågningsunderlaget med fördelningsnyckeln måste anses ha kunnat få klart för sig hur tilldelningen av kontrakten skulle komma att ske. Mot denna bakgrund anser tingsrätten att det vid avrop enligt fördelningsnyckeln lydelse inte finns förutsättningar att diskriminera någon av parterna i ramavtalet.

En samlad bedömning av vad som kommit fram i målet visar inte att fördelningsnyckeln är oförenlig med LOU.

Vaksala Måleris yrkande ska därför lämnas utan bifall till den del det grundar sig på brott mot LOU. Vid denna utgång saknas skäl för tingsrätten att pröva frågan om preskription enligt 16 kap. 21 § LOU.

Skulle Vaksala Måleri, enligt avtal, alltid ha tillfrågats först?

Det är Vaksala Måleri som har bevisbördan för att fördelningsnyckeln ska anses innebära att Vaksala Måleri, som den entreprenör som rangordnats som etta, alltid skulle ha tillfrågats först vid avrop av arbeten som omfattas av ramavtalet.

Vaksala Måleri har i denna del bl.a. gjort gällande att den rättsliga kontext i vilken ramavtalet ingåtts ska ges genomslag i tolkningen av avtalets lydelse och att fördelningsnyckeln därmed måste ges den innebörd bolaget gjort gällande.

Lika lite som att fördelningsnyckeln är oförenlig med LOU kan enligt tingsrätens mening den vid en avtalstolkning ges annan innebörd än vad som framgår av dess lydelse.

Frågan är då om Vaksala Måleri på annat sätt har visat att fördelningsnyckeln ska ges en annan innebörd än den som följer av dess lydelse, t.ex. till följd av parternas avsikt med avtalet.

Mattias Åhrman har i denna del uppgett att Vaksala Måleri har arbetat mot ramavtal sedan bolaget grundades och bland annat haft ett ramavtal med Kommunen som gällde fram till 2011. Vidare har han uppgett att han inför avtalsslutet noggrant läste ramavtalet och dess tillhöriga handlingar inklusive fördelningsnyckeln och att han uppfattade att fördelningsnyckeln innebar att Vaksala Måleri var den entreprenör som skulle tillfrågas först och att andra entreprenörer skulle erbjudas arbeten efter att Vaksala Måleri avböjt. Enligt Mattias Åhrman har Charlotta Frenander i e-postmeddelande också gett uttryck för att Vaksala Måleri alltid skulle tillfrågas först vid avrop. Det avsedda e-postmeddelandet ingick i de kontakter Vaksala Måleri hade med Kommunen med anledning av att man ifrågasatte hur ramavtalet tillämpats under det första avtalsåret. I e-postmeddelandet uttrycker Charlotta Frenander att "Det kan dock konstateras att Vaksala Måleri inte erhållit samtliga de uppdrag man skulle ha fått enligt rangordningen och [Kommunens avdelning "Teknik och Service", tingsrättens förtydligande] har nu tydliga uppmaningar att, när det gäller avrop från aktuellt ramavtal, alltid vända sig till Vaksala Måleri först.". Charlotta Frenander har uppgett att Kommunens avsikt med fördelningsnyckeln var den som följer av lydelsen, samt att vad hon uttryckt i e-postmeddelandet om att avropande handläggare alltid skulle vända sig till Vaksala Måleri först syftade till att kompensera för en redan inträdd snedfördelning genom att så skulle ske under den resterande delen av avtalsåret. Även Jonas Jensen har uppgett att Kommunens avsikt med fördelningsnyckeln var att den skulle tillämpas enligt dess lydelse.

Tingsrätten anser att Vaksala Måleri, främst mot lydelsen av fördelningsnyckeln men också mot Charlotta Frenanders och Jonas Jensens uppgifter i denna del, inte har styrkt att parternas avsikt var att fördelningsnyckeln skulle ha en annan innebörd än den som följer av dess lydelse.

Vaksala Måleri har inte heller på annat sätt visat att fördelningsnyckeln ska ges en annan innebörd än den som följer dess lydelse. Frågan är då om Kommunens avrop har skett i enlighet med den avtalade fördelningsnyckeln.

Har Kommunen avropat i strid med fördelningsnyckeln?

Det är ostridigt att Kommunen under det första avtalsåret avropade arbeten från Vaksala Måleri till ett värde av 1 239 228,89 kr och från Wärngrens Måleri till ett värde av 2 789 928,08 kr. Det innebär att Vaksala Måleri under det första året fick en mindre andel av den årliga avropsvolymen än vad som avropades från Wärngrens Måleri. Kommunen har vitsordat av Vaksala Måleri angivet tackningsbidrag och ersatt bolaget med 86 064 kr för skillnaden mellan de avrop bolaget rätteligen skulle ha fått enligt fördelningsnyckeln och de avrop bolaget faktiskt fick. Beloppet är utbetalat och omfattas inte av Vaksala Måleris yrkande. Vaksala Måleri har således, efter att ha mottagit skadestånd med 86 064 kr, fått en större andel av den årliga avropsvolymen än Wärngrens Måleri som är rangordnad som tvåa i ramavtalet; allt i enlighet med fördelningsnyckeln. Något skadestånd ska därför inte utgå för det första avtalsåret.

Vidare är det ostridigt att Kommunen under det andra avtalsåret fakturerades för måleriarbeten dels av entreprenörer som är parter i ramavtalet, dels av andra entreprenörer, med ett belopp som uppgår till 7 225 954 kr samt att Kommunen avropade arbeten till ett värde av 4 487 206,52 kr från Vaksala Måleri.

Parterna är inte i alla delar överens om vilka av de i målet ingivna fakturorna som omfattas av ramavtalet. Parterna är inte heller överens om till vilken entreprenör vissa

arbeten som har utförts ska räknas. Kommunen har gjort gällande att man avropat arbeten till ett värde av 2 374 284 kr från Wärngrens Måleri under det andra avtalsåret och att den totala avropsvolymen för detta uppgår till 7 069 343 kr. Vaksala Måleri har gjort gällande att Kommunen avropat arbeten till ett värde av 107 186 kr från Wärngrens Måleri under det andra avtalsåret och att den totala avropsvolymen för detta år uppgår till 7 225 954 kr.

Oavsett om de fakturor som enligt Kommunen avser arbeten som inte omfattas av ramavtalet ska räknas till den årliga avropsvolymen för ramavtalet eller inte och oavsett till vilken entreprenör de avrop som utförts av underentreprenörer ska räknas står det emellertid klart att Kommunen under det andra avtalsåret har avropat en större andel av den årliga avropsvolymen från Vaksala Måleri än från Wärngrens Måleri. Värdet av avropade arbeten från Vaksala Måleri är 4 487 206,52 kr. Denna summa utgör en större andel av både det av Kommunen påstådda värdet av avropsvolymen 7 069 343 kr och det av Vaksala Måleri påstådda värdet 7 225 954 kr än av något av de av parterna påstådda värdena av avropade arbeten från Wärngrens Måleri, 107 186 kr respektive 2 374 284 kr gör. Under dessa förhållanden saknas skäl för tingsrätten att pröva vilka fakturor som ska läggas till den årliga avropsvolymen för det andra avtalsåret liksom till vilken entreprenör vissa av arbetena ska räknas.

Sammanfattningsvis finner tingsrätten att avropen under det andra avtalsåret har skett i enlighet med fördelningsnyckeln. Kommunen har således inte gjort sig skyldig till avtalsbrott varför något skadestånd inte heller ska utgå för det andra avtalsåret.

Vaksala Måleris käromål ska alltså ogillas i dess helhet.

Vid denna utgång ska Vaksala Måleri ersätta Kommunen för dess rättegångskostnader. Kommunen har yrkat ersättning med 89 600 kr. Vaksala Måleri har vitsordat skäligheten i Kommunens ersättningsyrkande och yrkandet ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se *bilaga 1* (DV 401)

Ett överklagande ställs till Svea hovrätt och ska ha kommit in till tingsrätten senast
den 3 november 2014.



Erik Brattgård



Karin Göransson



Annika Folkeson



ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - DOM I TVISTEMÅL

Den som vill överklaga tingsrättens dom, eller ett i domen intaget beslut, ska göra detta skriftligen. Skrivelsen ska skickas eller lämnas till tingsrätten. Överklagandet prövas av den hovrätt som finns angiven i slutet av domen.

Överklagandet ska ha kommit in till tingsrätten inom tre veckor från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

Har ena parten överklagat domen i rätt tid, får också motparten överklaga domen (s.k. anslutningsöverklagande) även om den vanliga tiden för överklagande har gått ut. Överklagandet ska också i detta fall skickas eller lämnas till tingsrätten och det måste ha kommit in till tingsrätten inom en vecka från den i domen angivna sista dagen för överklagande. Om det första överklagandet återkallas eller förfaller kan inte heller anslutningsöverklagandet prövas.

Samma regler som för part gäller för den som inte är part eller intervenient och som vill överklaga ett i domen intaget beslut som angår honom eller henne. I fråga om sådant beslut finns dock inte någon möjlighet till anslutningsöverklagande.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i hovrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Hovrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som tingsrätten 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 tingsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till hovrätten varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla uppgifter om

1. den dom som överklagas med angivande av tingsrättens namn samt dag och nummer för domen,
2. parternas namn och hemvist och om möjligt deras postadresser, yrken, personnummer och telefonnummer, varvid parterna benämns klagande respektive motpart,
3. den ändring av tingsrättens dom som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet och i vilket avseende tingsrättens domskäl enligt klagandens mening är oriktiga,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Har en omständighet eller ett bevis som åberopas i hovrätten inte lagts fram tidigare, ska klaganden i mål där förlikning om saken är tillåten förklara anledningen till varför omständigheten eller beviset inte åberopats i tingsrätten. Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet. Vill klaganden att det ska hållas ett förnyat förhör eller en förnyad syn på stället, ska han eller hon ange det och skälen till detta. Klaganden ska också ange om han eller hon vill att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandling i hovrätten.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans/hennes ombud. Till överklagandet ska bifogas lika många kopior av skrivelsen som det finns motparter i målet. Har inte klaganden bifogat tillräckligt antal kopior, framställs de kopior som behövs på klagandens bekostnad. Ytterligare upplysningar lämnas av tingsrätten. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen. Om ni tidigare informerats om att förenklad delgivning kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.