



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2015-10-20
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 9245-15

SÖKANDE

Teo-Kyl Sweden AB, 556240-9135
 Enhörningsvägen 3
 281 43 Hässleholm

MOTPART

Hässleholms kommun
 281 80 Hässleholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015 -10- 2 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Teo-Kyl Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Hässleholms kommun genomför en upphandling av kylservice, dnr 2015/457.059. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har AB Kristianstads Kylservice (Kylservice) tilldelats kontraktet. Teo-Kyl Sweden AB (Teo-Kyl) har placerat sig på andra plats.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Teo-Kyl ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Teo-Kyl bl.a. följande.

Sammanblandning

En sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har ägt rum eftersom referenstagning sker i båda faserna. Referenstagningen i utvärderingsfasen leder inte till bättre underlag för att ge det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Om man inte når upp till 27 poäng innebär det att anbudsgivaren diskvalificeras (kvalificeringsfas) medan om man uppnår 27 poäng kommer anbudet att utvärderas (utvärderingsfas). Frågorna är desamma. Alltså betyder det att kommunen ska dra slutsatser från samma material om både anbudsgivarens kapacitet och kvalité på arbetet vilket inte är tillåtet. Referenstagning som avser kvaliteten på arbetet måste tydligt avse just kvaliteten och kommunen måste kunna bevisa att svaren på frågorna leder till högre kvalitet. Teo-Kyl har fått högsta prisavdrag vid referenstagningen. Om det skett en sammanblandning ska upphandlingen göras om oavsett om Teo-Kyl fått högsta prisavdrag eller inte.

Overheadkostnad

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare redovisa sanningsenliga siffror i beräkningsbilagan. Det är i beräkningsbilagan som anbudspriserna ska anges. Teo-Kyl har funnit att Kylservice inte redovisat korrekta siffror. Den felaktiga uppgiften är angiven overheadkostnad. Ju lägre overheadkostnad desto lägre anbudspris. Overheadkostnader är det som i årsredovisningen kallas "övriga externa kostnader". I senaste årsredovisningen är kostnaden för Teo-Kyl 2 998 000 kr och för Kylservice 4 567 000 kr. Trots detta har Kylservice fört in siffran 1 746 000 kr i beräkningsbilagan medan Teo-Kyl sanningsenligt haft siffran 2 019 000 kr. Anledningen till att Teo-Kyl använt denna siffra är att vissa kostnader inte är relevanta såsom t.ex. kostnaden för bolagets 50-årsfirande samt vissa traktamenten. Kylservice har sagt att anledningen till att man använt en mycket lägre siffra än den i årsredovisningen är att Kylservice får management fees från andra bolag i koncernen. Den korrekta management feen som mottagits är 961 365 kr. Det betyder att det finns en differens på 1 859 635 kr (4 567 000 kr – 961 365 kr – 1 746 000 kr). Denna summa har Kylservice glömt bort att ta upp som overheadkostnad vilket betyder att deras anbud blir mycket lägre.

Utvärderingsmodellen

Anbudet från Teo-Kyl har utvärderats. I utvärderingen har kommunen åsatt anbudsgivarna poäng i tre kategorier; utbildning BAS-U, kurs "Saxlift" och referenser. Dessa moment kan ge maximalt 10 000 poäng, 15 000 poäng respektive 30 000 poäng. Ju högre poäng/mervärde desto bättre. Av utvärderingen framgår att Teo-Kyl fått ett avdrag med 30 000 kr medan Kylservice endast fått ett avdrag med 10 000 kr. Teo-Kyl förstår inte hur det hänger samman med utvärderingen och begär att kommunen förklarar hur man gjort utvärderingen då Teo-Kyl har ett större prisavdrag än Kylservice.

I beräkningsbilagan anges att offererat pris inte får understiga minsta timdebitering för täckning av fasta kostnader. Det är oklart vad kommunen menar ska rymmas i fasta kostnader; vilka kostnader ingår och vilka kostnader ingår inte. Möjligen har Kylservice och Teo-Kyl ansett att olika kostnader rymms i begreppet och att det är orsaken till att Kylservice kan ha så mycket lägre overheadkostnader. I så fall är förfrågningsunderlaget oklart eftersom anbudsgivarna uppfattat det olika. Kommunen skulle tydligt angett vilka kostnader som ska tas med i beräkningen. Nu blir det upp till var och en. Kylservice har reducerat sina kostnader mycket mer än vad Teo-Kyl har gjort. Antalet anställda dividerat med overheadkostnad ger lägre timpeng. Kylservice har fyra anställda med lönebidrag och kostnad motsvarande en anställd. Detta är orättvist då Teo-Kyl bara har två anställda med lönebidrag. Utvärderingsmodellen är så otydlig att olika anbudsgivare har gjort sina egna tolkningar av vilka kostnader som ska användas. Detta har fått betydelse för utfallet av upphandlingen. Otydligheten består i att de poster som återfinns i excelbladet "Beräkningsmodell timpri" är så vagt formulerade att det råder tveksamhet vilka kostnader som avses t.ex. under rubrikerna som anger olika overheadkostnader. Det råder alltså tvivel om det är täckningsbidragsmodellen, självkostnadsmodellen eller en blandning av de båda som ska användas. Då utvärderingsmodellen överträder transparensprincipen kan Teo-Kyl komma att lida skada.

Hässelholms kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Sammanblandning

Avseende referenstagning finns det skall-krav på att anbudsgivaren måste få minst tre poäng på varje fråga från referenterna samt uppnå minst 27 poäng från vardera referensperson. Detta är en kvalificeringsgräns. Po-

ängen 27-29 ger 0 kr i prisavdrag, poängen 30-32 ger 10 000 kr i prisavdrag och poängen 33-35 ger 30 000 kr i prisavdrag. Den totala summan från alla tre referenspersonerna kommer att summeras och divideras med tre. Antalet uppnådda poäng ger olika prisavdrag vilket tillsammans med utvärderingsparametrarna leder till det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet och är en utvärderingsfas. Teo-Kyl kan inte anses ha lidit någon skada då bolaget har fått högsta prisavdrag.

Overheadkostnad

Kylservice har angivit sanningsenliga uppgifter i beräkningsbilagan och har inte glömt bort sina kostnader. Kylservice har skickat in handlingar med tydlig redogörelse över hur de angivit sina siffror och har redovisat en total kostnad om 1 746 736 kr vilket överensstämmer med beräkningsbilagan som har bifogats anbudet. Kommunen har inte fått in motsvarande redovisning från Teo-Kyl trots att den begärts flera gånger.

Utvärderingsmodellen

Anbudsgivarna fick ange rabattsatser på ett antal köldmedie, som resulterade i en summa, samt ange timpriser för olika tidsintervaller och dessa timpriser fick inte understiga det timpris som räknades fram enligt beräkningsbilagan. Beräkningsbilagens syfte är att säkerställa att anbudsgivaren har täckning för sina kostnader. Utvärderingen har skett enligt parametrarna timpriser, av anbudsgivarna angivna rabatter på köldmedie, prisavdrag för kurs saxlift om 15 000 kr, prisavdrag för utbildning BAS-U om 10 000 kr samt prisavdrag vid referenstagning. Timpris vardagar har multiplicerats med 400 timmar och timpris övrig tid med 15 timmar.

Teo-Kyl inkom med synpunkter avseende att man inte ansåg det skäligt med de stora skillnader i siffror som Kylservice och Teo-Kyl redovisat.

Teo-Kyl anser att bolagen är likvärdiga. Kommunen gjorde en jämförelse och fann att skillnaderna inte var orimliga. Teo-Kyl inkom med en sammanställning utifrån årsredovisning för att påvisa skillnader. Kommunen begärde in kompletterande handlingar från anbudsgivarna för att säkerställa de olika redovisningarna. Kylservice inkom med en mycket detaljerad redovisning av sina kostnader och hur de fördelat sina kostnader utifrån kärnverksamheten. Kommunen översände informationen till Teo-Kyl och begärde att Teo-Kyl skulle inkomma med motsvarande redovisning samt förklara varför det saknades 979 000 kr i redovisningen. Kommunen har påmint Teo-Kyl flera gånger om att inkomma med redovisningen samt påpekat att kommunen övervägde att ta in en extern revisor för att klargöra de båda specificerade redovisningarna. Enligt krav i förfrågningsunderlaget framgår att kompletterande handlingar som kommunen begär in ska inkomma senast tre arbetsdagar efter den dag då begäran skett. Teo-Kyl har inte uppfyllt detta krav och har farit med vilseledande uppgifter i sin beräkning då de inte har kunnat påvisa var beloppet 979 000 kr och en anställd har bokförts samt varför de inte är medtagna i redovisningen.

Kommunen får anses ha bemött Teo-Kyls frågeställningar samt även förlängt avtalsspärren för att kunna göra en saklig, korrekt och likvärdig bedömning av anbudsgivarnas redovisningar. Teo-Kyl har fått goda förutsättningar att kunna få en saklig bedömning genom att inkomma med en specificerad redovisning av sina kostnader och därmed få en likvärdig bedömning och ett klargörande av eventuella otydligheter i beräkningsmodellen. Detta har, trots dagliga påtryckningar, inte skett. Då Teo-Kyl inte tagit tillvara på denna möjlighet kan bolaget inte anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Kommunen finner inte att en felaktig utvärdering har skett. Kommunen anser därmed inte att diskvalificeringen av Teo-Kyls anbud strider mot principerna om likabehandling, proportionalitet och transparens.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har i sina yttranden till förvaltningsrätten anfört att diskvalificeringen av Teo-Kyls anbud inte strider mot principerna om likabehandling, proportionalitet och transparens. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att det av upphandlingsprotokollet framgår att Teo-Kyls anbud har gått vidare till utvärderingen samt att anbudet placerat sig på en andra plats. Enligt de handlingar som sålunda framlagts i förvaltningsrätten har kommunen inte diskvalificerat Teo-Kyls anbud. Förvaltningsrätten har i sin bedömning således att utgå från de i handlingarna givna omständigheterna, dvs. att Teo-Kyls anbud har utvärderats.

Sammanblandning

Det finns inte något generellt förbud mot att använda referenser i utvärderingsfasen. Praxis godtar utvärdering av referenser under förutsättning att referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada. Detta gäller även i de fall det kan konstateras brister i förfrågningsunderlaget. Teo-Kyl har kvalificerat sig till utvärderingen och har i utvärderingen avseende referenser erhållit högsta prisavdrag om 30 000 kr. Även om förvaltningsrätten skulle komma fram till att det skett en sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har Teo-Kyl inte förmått visa på vilket sätt bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av den återopade bristen i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva frågan.

Overheadkostnad

Enligt beräkningsbilagan utgör den däri angivna beräkningsmodellen av omkostnader/overheadkostnader underlag för timkostnader. Teo-Kyl gör gällande att Kylservice inte redovisat sanningsenliga siffror i bilagan. Kommunen anser att Kylservice har lämnat korrekta uppgifter. Detta med hänsyn till att Kylservice lämnat in en tydlig redogörelse över de angivna siffrorna vilken överensstämmer med de i beräkningsbilagan angivna siffrorna. Även om Teo-Kyl anser att Kylservice inte lämnat korrekta siffror i bilagan anser förvaltningsrätten att Teo-Kyl inte förmått visa att anbudet från Kylservice inte uppfyller ställda krav. Det är inte heller visat att kommunen tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av anbudet.

Utvärderingsmodellen

Teo-Kyl gör gällande att utvärderingsmodellen i beräkningsbilagan är otydlig. I beräkningsbilagan anges att anbudsgivarna ska fylla i kostnader för overhead, overhead lokaler, overhead anställda, personalkostnader, resor/bilar samt totalt antal anställda inklusive administrativ personal. Vidare anges att timpriset inte får understiga det timpris som räknas fram i beräkningsbilagan. Som en kommentar till posten overhead anges "skall innefatta kontorsmaterial, utskrifter, städ och dyl.", som en kommentar till posten personalkostnader anges "skall innefatta antal anställda under året inklusive sociala avgifter" och som en kommentar till resor/bilar anges "skall innefatta resor, reskostnader, ev. traktamenten, utlägg, fordonskostnader". Det faktum att anbudsgivare uppger olika overheadkostnader innebär inte per automatik att förfrågningsunderlaget är otydligt. Det ankommer på Teo-Kyl att visa att grund för ingripande föreligger. Enligt förvaltningsrätten har Teo-Kyl inte förmått visa att utvärderingsmodellen är otydlig. Utvärderingsmodellen strider således inte mot transparensprincipen.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Teo-Kyl inte förmått visa att Hässleholms kommun har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Teo-Kyls ansökan härom ska därför avslås.

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


Madeleine Westberg

Maria Persson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

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

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.