



DOM

2011-11-29

Meddelad i Sundsvall

KLAGANDE

LTM i Gävle AB, 556482-8274
Box 6037
800 06 Gävle

MOTPARTER

1. BS Entreprenad AB, 556615-4901
Bruksvägen 3
813 35 Hofors

2. Hoforshus AB, 556477-3710
Box 153
813 23 Hofors

KONKURRENSVERKET	
2011-11-30	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 14 september 2011 i mål nr 2146-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

LTM i Gävle AB (LTM) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom att Hoforshus AB:s upphandling ska rättas.

Till stöd för sin talan anför LTM bl.a. följande. Den ändring av förfrågningsunderlaget, som skett genom att den förtryckta procentsatsen i prisförfrågningsunderlaget kommit att ändras, har skett genom ett uppenbart fel av LTM. Procentsatsen var en given faktor och det var inte meningen att den skulle ändras. LTM har efter förfrågan gjort förtydligandet att procentsatsen inte skulle ändras och därmed rättat ett uppenbart fel i anbudet. Grund saknas för att utesluta LTM vid utvärderingen.

BS Entreprenad AB och Hoforshus AB har avstått från att yttra sig.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

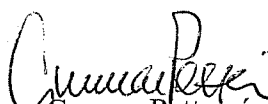
Förvaltningsrätten har funnit att anbudet från LTM lämnats i strid mot vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget och att det strider mot likabehandlingsprincipen att ändå utvärdera anbudet, varför upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering görs med bortseende från anbudet från LTM.

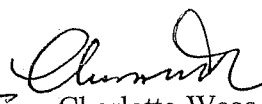
Av 9 kap. 8 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning, felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Av andra stycket samma lagrum framgår att myndigheten får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Med förtydligande eller komplettering avses endast att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras, dvs. tidigare lämnade uppgifter får inte ändras eller ersättas av nya uppgifter (jfr bl.a. ett yttrande från

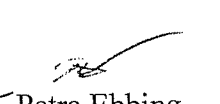
Nämnden för offentlig upphandling omnämnt i Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 6 februari 2004 i målnr 2831-03).

LTM har i sitt anbud, under rubriken "Verifierad självkostnad inklusive rabatter" i prisformuläret angett ett påslag om 10 % respektive 12 %, istället för av Hoforshus AB avsedda 8 %. Den handling som benämnts förtydligande har därefter lämnats in av LTM på uppmaning av upphandlande myndighet och har inneburit att de av LTM tidigare angivna procentsatserna ändrats. Det är därmed inte fråga om ett förtydligande i den mening som avses i LOU, utan om en ändring av anbudet efter anbudstidens utgång. Bolagets åtgärd att vid anbudsgivningen ändra redan i förväg ifyllda uppgifter kan vidare inte anses som en sådan uppenbar felskrivning eller annat uppenbart fel som LTM kunnat rätta. LTM har därmed lämnat ett orent anbud som rätteligen borde ha förkastats av upphandlande myndighet före anbudsutvärderingen. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Gunnar Pettersén
kammarrättsråd
ordförande


Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent


Petra Ebbing
kammarrättsråd

Anna Fors Nilsson
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Angelica Lavicka

DOM
 2011-09-14
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 2146-11

Bilaga A

SÖKANDE

BS Entreprenad AB, 556615-4901
 Bruksvägen 3
 813 35 Hofors

MOTPARTER

1. Hoforshus AB, 556477-3710
 Box 153
 813 23 Hofors

Ombud: Kommunalförbundet Inköp Gävleborg
 826 80 Söderhamn

2. LTM i Gävle AB, 556482-8274
 Box 6037
 800 06 Gävle

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Hoforshus AB:s upphandling avseende leverantör av "Årsentreprenad Löpande Byggnadsarbeten" med ärende nr 2010-2669, ska rättas på så sätt att en ny utvärdering görs med bortseende från anbudet från LTM i Gävle AB.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 17 maj 2011 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 37086

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

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

BAKGRUND

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg genomför på uppdrag av Hoforshus AB (Hoforshus) en offentlig upphandling avseende leverantör av "Årsentreprenad Löpande Byggnadsarbeten" (ärende nr 2010-2669). Tilldelningsbeslut fattades den 7 maj. Enligt beslutet skulle avtal tecknas med anbudsgivare i nämnd rangordning:

1. LTM AB
2. BS Entreprenad AB
3. JH Bygg
4. INS i Hofors AB

BS Entreprenad (Bolaget) har ansökt om överprövning av beslutet. Förvaltningsrätten har den 17 maj 2011 beslutat att upphandlingen tillsvidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget har i sin ansökan om överprövning begärt att förvaltningsrätten ska bestämma att utvärderingen ska göras om och anfört följande.

Hoforshus har brutit mot LOU vid utvärdering av priskriteriet då det inte i förväg angivits att endast ett av fyra efterfrågade priskriterier skulle användas vid utvärderingen. I de administrativa föreskrifterna, AFB.5, anges hur inkomna anbud ska utvärderas. Det specificeras dock inte vilka utvärderingskriterier som gäller för utvärdering av angivna priser och det anges inte heller att endast en av de fyra efterfrågade kostnaderna kommer att utvärderas. Däremot anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Detta måste tolkas som att samtliga efterfrågade kostnader ska beräknas. För att ekonomiskt mest fördelaktigt anbud ska kunna antas måste t.ex. det procentuella påslaget beträffande material m.m. utvärderas, eftersom detta skiljt sig åt i anbuden. LTM i Gävle AB (LTM) har angett 12 procent, mot 8 procent hos övriga.

I annat fall ifrågasätter Bolaget att den upphandlande myndigheten har utvärderat LTM:s anbud med utgångspunkt från ett påslag om 8 procent och därmed bortsett från lämnade prisuppgifter i anbudet.

Avrop av arbeten ska enligt förfrågan ske enligt rangordningen. Det är därför av största vikt för berörda anbudsgivare att prisutvärderingen sker på ett korrekt sätt och att eventuell felaktig rangordning vid den utförda utvärderingen korrigeras.

Hoforshus motsätter sig Bolagets yrkande och anför i huvudsak följande. Fyra separata priser har lämnats av samtliga anbudsgivare. Positionen "Montör inklusive servicebil" utgör de arbeten som är mest förekommande vilket innebär att det är denna kostnad som ska utvärderas. Vidare framkommer det tydligt av prisformulärets sista sida att det är denna kostnad som ska anges "för utvärdering av anbud". Övriga begärda priser kan utnyttjas av beställaren när omständigheterna kräver detta. Detta underlättar vid avrop eftersom information finns samlad vad gäller påslag för tillkommande tjänster.

Inte heller ändras rangordningen av att utvärdera ett i förutbestämt procentpåslag. Det är riktigt att påslaget ändrats hos en anbudsgivare, med det saknar värde då avtal kommer att skrivas med de i underlaget angivna procentpåslagen.

LTM uppger i yttrande till förvaltningsrätten att de i förtydligande den 8 september 2011 godkänt de procentsatser som anges i underlaget.

UTREDNING

På sidan två i bilagan prisformulär framgår, såvitt nu är aktuellt, att anbudsgivaren ska ange följande priser:

- Summa timdebiteringspris inkl. servicebil inom Hofors tätort, montör ____ kr/tim.
- Fast pris för servicebil inkl. reskostnad och restid utanför Hofors tätort, Torsåker ____ kr/ToR.
- Summa timdebitering exkl. servicebil och montör ____ kr/tim.

Sidan tre i bilagan Prisformulär finns en sammanställning över "Verifierade självkostnader" vad avser material, hjälpmedel, underentreprenörer och entreprenörsarvode. För dessa finns ett redan ifyllt påslag om 8 procent på netto för de olika kostnaderna.

På sidan tre i bilagan Prisformulär finns avslutningsvis rubriken "Utvärdering av anbud (ifylles av anbudsgivaren)". Där anges, såvitt nu är aktuellt, "Montör Timkostnad Hofors tätort inkl serv bil ____ SEK/timme".

I det Anbudsformuläret, avsnitt 5, sägs att pris ska anges exklusive mervärdesskatt. Någon hänvisning till bilagan Prisformulär i sin helhet eller valda delar finns inte.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

I strid mot principen om affärsmässighet?

Bolaget har pekat på att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas enligt de administrativa föreskrifterna (AFB.52) och gjort gällande att upphandlingen genomförts i strid mot principen om affärsmässighet i och med att endast en av fyra efterfrågade prisuppgifter har lagts till grund för utvärderingen.

I fråga om att kravet på affärsmässighet, såsom det tidigare kom till uttryck i 1 kap. 4 och 22 §§ LOU, har Regeringsrätten (numera Högsta Förvaltningsdomstolen) uttalat följande (RÅ 2002 ref. 50):

I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderings-

modell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Förvaltningsrätten bedömer att uttalandet har vägledande innebörd även vad gäller LOU i dess lydelse efter den 1 januari 2008.

Hoforshus har bekräftat att endast prisuppgiften ”Montör inklusive servicebil” lagts till grund för utvärdering av pris och uppgett att skälet till detta är att efterfrågade kostnader för ”Montör exklusive servicebil” samt ”Styckekostnad för resa” är lågfrekventa belopp. Enligt Hoforshus vore det därför inte genomförbart att hitta en fördelningsnyckel för två sistnämnda. Hoforshus har vidare gjort gällande att påslagen i fråga om material m.m. är förutbestämda till åtta procent i anbudsformuläret och att de därför inte har påverkat utvärderingen.

Bolaget har inte invänt mot Hoforshus’ uppgifter om att uppdragen ”Montör exklusive servicebil” samt ”Styckekostnad resa” är lågfrekventa. Enligt förvaltningsrättens mening saknas skäl att ifrågasätta Hoforshus uppgifter i detta avseende. Upphandlingen framstår därmed som affärsmässigt genomförd i denna del.

Fråga är därmed om det förhållandet att procentpåslaget vad gäller material och underentreprenörer m.m. inte utvärderats medför någon annan bedömning beträffande affärsmässigheten. Hoforshus har invänt att detta påslag varit fast i förfrågningsunderlaget och därmed samma för alla anbudsgivare. Av utredningen framgår att anbudsformuläret varit ifyllt (8 %) redan i den mall som funnits med som en bilaga till förfrågningsunderlaget. En ordning med ett i förväg bestämt påslag medför enligt förvaltningsrättens mening att det saknas skäl att ta med denna uppgift vid prisutvärderingen. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten inte att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen på den grunden att modellen för utvärdering inte kan anses affärsmässig.

Är förfrågningsunderlaget otydligt?

Av principerna om transparens och likabehandling (jfr 1 kap. 9 § LOU) följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr. RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget har gjort gällande att Hoforshus inte på ett tydligt sätt angett att endast ett av fyra efterfrågade priskriterier – Montör inklusive servicebil – skulle användas vid utvärderingen.

Med hänvisning till redogörelsen ovan för förfrågningsunderlaget bedömer förvaltningsrätten att det varken av texten i detta underlag eller på något annat sätt framkommer att endast priset avseende montör inklusive servicebil ska läggas till grund för utvärderingen av anbuden. Redan på den grunden är förfrågningsunderlaget så otydligt att det bryter mot principerna om likabehandling och transparens (16 kap. 5 § LOU).

För att förvaltningsrätten ska besluta om ingripande förutsätts vidare att bristerna har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 5 § LOU). Bolaget har inte gjort gällande att otydligheterna påverkat deras möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Inte heller har bolaget i övrigt uttalat sig i fråga om bristernas effekt på *deras anbuds-givning*. Enligt förvaltningsrättens mening går det därmed inte att dra någon slutsats i frågan om bolaget lidit eller riskerat att lida skada till följd av aktuella brister i förfrågningsunderlaget. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Anbud i strid mot förfrågningsunderlaget?

Bolaget har, såsom det slutligen redovisat sin talan, ifrågasatt att Hoforshus utvärderat anbudet från LTM i Gävle AB, trots att detta bolag ändrat den förtryckta procentsatsen i prisformuläret. Hoforshus har bekräftat att LTM har gjort en ändring i anbudsunderlaget samt att anbudet utvärderats med bortseende ändringen. LTM har bekräftat Hoforshus uppgifter.

Utifrån befintlig utredning framgår således att vinnande anbud från LTM har lämnats med frångående från en förtryckt procentsats i fråga om påslag för material m.m. Anbudet har i och med denna ändring lämnats i strid mot vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Genom att ändå utvärdera anbudet har Hoforshus genomfört upphandlingen i strid mot principerna om likabehandling. Detta har medfört att rangordningen blivit felaktig, vilket Bolaget gjort gällande. I och med att Bolaget därigenom kommit att rankas som nummer två i stället för nummer ett, har Bolaget lidit skada till följd Hoforshus utvärdering. Eftersom felaktigheten hänför sig till utvärderingsfasen, bör upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering görs med bortseende från anbudet från LTM.

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

Cecilia Nermark Torgils
rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.