



SÖKANDE

El-Wicke i Skärholmen AB, 556204-8701

Ombud: Advokaten Viktoria Edelman och biträdande juristen Viktor Hård
af Segerstad

AG Advokat KB

Box 3124

103 62 Stockholm

MOTPARTER

1. AB Stadsholmen, 556035-1511

c/o AB Svenska Bostäder

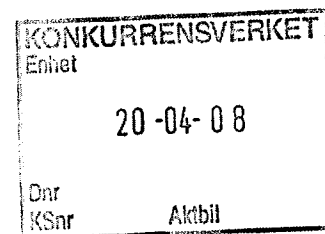
Box 95

162 12 Vällingby

2. Svenska Bostäder AB, 556043-6429

Box 95

162 12 Vällingby



SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan i den del som avser anbudsområde Söderort och förordnar att denna del av upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten skriver av målet i den del som rör anbudsområde Stadsholmen.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Svenska Bostäder AB och AB Stadsholmen (härefter gemensamt benämnda "Svenska Bostäder") genomför en upphandling av ramavtal för avrop av elarbeten avseende service och projekt, dnr 2019/29. Upphandlingen, som är indelad i fem olika anbudsområden, genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut som meddelades den 13 respektive den 18 december 2019 framgår att Svenska Bostäder vad gäller avtalsområdena Stadsholmen och Söderort har haft för avsikt att ingå ramavtal med andra anbudsgivare än El-Wicke i Skärholmen AB (El-Wicke).

Sedan El-Wicke ansökt om överprövning av upphandlingens anbudsområden Stadsholmen och Söderort och yrkat att upphandlingen i dessa delar ska göras om har Svenska Bostäder den 10 januari 2020 fattat ett nytt tilldelningsbeslut rörande anbudsområde Stadsholmen. Avseende anbudsområde Söderort har Svenska Bostäder avstått från att yttra sig.

El-Wicke anför till stöd för sin talan i huvudsak följande.

Anbudsområde Stadsholmen

Svenska Bostäder har, efter att bolaget har ansökt om överprövning, meddelat ett nytt tilldelningsbeslut avseende anbudsområde Stadsholmen. Mot bakgrund av att det tilldelningsbeslut som bolaget har angripit genom sin ansökan har ersatts av ett nytt har bolaget inget att erinra mot att målet avskrivs avseende anbudsområde Stadsholmen.

Anbudsområde Söderort

Svenska Bostäder har tillämpat golvpriser i strid med LOU

Svenska Bostäder har genomfört upphandlingen i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU genom att tillämpa ett lägsta tillåtna utvärderingspris ("golvpris"). Ersättningsformen enligt ramavtalet är baserad på de timpriser och à-priser som anbudsgivarna har angett i upphandlingsdokumentet *Prisbilaga*. I prisbilagan har anbudsgivarna fått fylla i timpriser för yrkesarbetare samt à-priser för olika enheter av arbete. Av de administrativa föreskrifterna framgår under avsnitt AFB.53 att utvärderingen har gjorts utifrån vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med avseende på pris och att en separat utvärdering har skett för varje anbudsområde. De tre anbud som har lägst pris tilldelas ramavtal och rangordnas inom varje anbudsområde. Vidare anges i AFB.53 att Svenska Bostäder vid utvärderingen "kommer att höja timpriser för yrkesarbetare i de fall anbudsgivarens pris är lägre än angivna nivåer i handling, *Prisbilaga*". Av upphandlingens prisbilaga framgår att Svenska Bostäder tillämpar golvpriser för Servicemontör (420 kr/timme), Installationselektriker (400 kr/timme) samt Arbetsledare/Projektledare (600 kr/timme).

Eftersom anbudsgivarna i upphandlingen inte har tillåtits att konkurrera med sina priser för vissa personalkategorier har anbudsgivarna fråntagits möjligheten att utvärderas utifrån det lägre pris de har önskat ange. Genom att tillämpa golvpriser, trots att priset utgör tilldelningsgrund, har Svenska Bostäder hindrat El-Wicke från att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud och genomfört upphandlingen i strid mot likabehandlingsprincipen i LOU (jfr HFD 2018 ref. 50). El-Wicke hade lämnat lägre timpriser än de tillåtna om detta hade varit möjligt i upphandlingen. El-Wickes möjligheter att tilldelas kontraktet hade förbättrats om El-Wicke hade varit fria i sin prissättning.

Avropsmodellen strider mot LOU

Svenska Bostäder har vidare genomfört upphandlingen i strid mot 7 kap. 7 § LOU genom att använda ett ramavtal där tilldelning av kontrakt delvis ska

ske efter förnyad konkurrensutsättning utan att det angett objektiva villkor för när tilldelning kommer att ske med förnyad konkurrensutsättning. I upphandlingen tillämpar Svenska Bostäder en avropsmodell som innebär att tilldelning av kontrakt kommer att ske dels efter rangordning, dels efter en förnyad konkurrensutsättning. Av upphandlingsdokumenten framgår att avrop från ramavtalet till ett värde om upp till 100 000 kr sker efter leverantörens rangordning enligt ramavtalet. Vid avrop värda mer än 100 000 kr förbehåller sig Svenska Bostäder rätten att avgöra när avropet ska föregås av förnyad konkurrensutsättning. Detta är inte ett sådant objektiva villkor som förutsätts enligt 7 kap. 7 § LOU. Syftet med att det enligt LOU krävs ett objektiva villkor är att leverantörerna på förhand ska veta hur avropen kommer att ske samt att ovidkommande hänsyn inte ska kunna tas vid valet mellan rangordning och förnyad konkurrensutsättning.

Anbudsgivares utformning av sina anbud och anbudsgivarnas prissättning är en direkt följd av hur avropsmodellen är utformad. Särskilt en anbudsgivare som har erfarenheter av den upphandlande myndigheten, såsom El-Wicke har i detta fall, gör i anbudsskedet en bedömning av hur avropsmodellen kommer att omsättas i praktiken under ramavtalets löptid. Detta har omöjliggjorts i detta fall, eftersom det inte framgår något objektiva villkor för när förnyade konkurrensutsättningar kommer att göras i de fall avropet överstiger 100 000 kr. El-Wicke har även på den grund frångått möjligheten att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Anbudens giltighetstid har löpt ut

Svenska Bostäder har vidare genomfört upphandlingen i strid med LOU genom att tilldela kontrakt efter att anbudens giltighetstid har löpt ut. När tilldelningsbeslut meddelades den 18 december 2019 hade samtliga anbuds giltighetstid löpt ut. Svenska Bostäder har inte förlängt anbudens giltighetstid och det har därför inte kvarstått något giltigt anbud då tilldelningsbeslut

meddelades. Svenska Bostäder borde under sådana omständigheter ha avbrutit upphandlingen och annonserat en ny. El-Wicke har lidit eller riskerat att lida skada till följd av att Svenska Bostäder har antagit anbud efter anbudsens giltighetstid har löpt ut.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 7 kap. 7 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som avses i 5 § första stycket delvis efter en förnyad konkurrensutsättning på det sätt som anges i 9 §, om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet att den upphandlande myndigheten ska ha den möjligheten.

I upphandlingsdokumentet ska i sådana fall också anges

1. de av ramavtalets villkor för tillhandahållande som kan bli föremål för en förnyad konkurrensutsättning, och
2. de objektiva villkor som myndigheten ska använda när den avgör om tilldelning ska ske utan eller efter en förnyad konkurrensutsättning.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

El-Wickes ansökan om överprövning avsåg ursprungligen två av upphandlingens anbudsområden (Stadsholmen och Söderort). Eftersom bolaget har justerat sin talan vad gäller ett av områdena (Stadsholmen) och de olika anbudsområdena är fristående i förhållande till varandra prövar förvaltningsrätten respektive anbudsområde var för sig.

1. Anbudsområde Stadsholmen

Förvaltningsrätten konstaterar att Svenska Bostäder har fattat ett nytt tilldelningsbeslut vad gäller anbudsområde Stadsholmen och att El-Wicke inte har något emot att målet avskrivs avseende anbudsområde Stadsholmen. Förvaltningsrätten anser, mot bakgrund härav, att det saknas skäl att pröva ansökan vad gäller detta anbudsområde. Målet i denna del ska därför skrivas av från vidare handläggning.

2. Anbudsområde Söderort

El-Wicke har gjort gällande att det har funnits brister i upphandlingsdokumenten som försvårat anbudsgivarnas prissättning i samband med anbudsgivningen. Enligt bolaget har bristerna bestått i att golvpriser har tillämpats i strid med LOU samt att det inte tydligt framgått hur avropsmodellen kommer att omsättas i praktiken under ramavtalets löptid. Bolaget har vidare anfört att Svenska Bostäder har tilldelat kontrakt i upphandlingen trots att anbudens giltighetstid har gått ut.

Anbudens giltighetstid

El-Wicke har anfört att Svenska Bostäder har brutit mot LOU genom att tilldela kontrakt i upphandlingen efter att anbudens giltighetstid har löpt ut. Att

bolagets anbud inte har antagits i upphandlingen har, såvitt framkommit, dock inget samband med denna påstådda brist. Enligt förvaltningsrättens mening har det därför inte framkommit att El-Wicke lidit skada till följd av eventuella brister kopplade till anbudens giltighetstid, varför det saknas skäl för ingripande till följd av vad bolaget har anfört i denna fråga.

Har Svenska Bostäder tillämpat golvpriser i strid med LOU?

Av AFB.53 i de administrativa föreskrifterna framgår att Svenska Bostäder vid utvärderingen kommer att höja timpriser för vissa yrkeskategorier för det fall anbudsgivarens offererade pris är lägre än de nivåer som angetts i upphandlingens prisbilaga. Enligt El-Wicke innebär detta att Svenska Bostäder har tillämpat golvpriser i strid med LOU.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2018 ref. 50 framgår att det i princip inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att ange att ett anbud med ett timarvode under en viss nivå anses oskäligt lågt och därför inte kommer att antas. Ett sådant förfarande står i strid med likabehandlingsprincipen. Ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris förhindrar leverantören från att konkurrera med priset och kan därför leda till att leverantörer behandlas olika. HFD:s avgörande avsåg en upphandling där anbud med en prisnivå under viss nivå automatiskt förkastades.

Svenska Bostäder har i den aktuella upphandlingen inte uppställt ett krav på att anbudsgivaren måste ange ett timarvode över viss nivå för att gå vidare till utvärdering. Förvaltningsrätten anser, trots detta, att Svenska Bostäder genom att inte utvärdera priser under vissa nivåer har begränsat anbudsgivarnas möjlighet att konkurrera om priset och att utvärderingsmodellen därför är oförenlig med likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 december 2018 i mål nr 2666-18). Den av Svenska Bostäder tillämpade utvärderingsmodellen står därmed i strid med 4 kap. 1 §

LOU. Enligt förvaltningsrättens mening framstår det inte som orimligt att EI-Wicke hade utformat sitt anbud på ett mer konkurrenskraftigt sätt om Svenska Bostäder inte hade tillämpat golvpriser i upphandlingen. Bolaget har därmed visat att det i vart fall har riskerat att lida skada till följd härav.

Strider avropsmodellen mot LOU?

EI-Wicke har gjort gällande att Svenska Bostäder har genomfört upphandlingen i strid med LOU genom att inte ange några objektiva villkor för när förnyad konkurrensutsättning kan komma att ske vid avrop över 100 000 kr. Förvaltningsrätten anser, i likhet med EI-Wicke, att Svenska Bostäder inte har angett objektiva villkor för när förnyad konkurrensutsättning kommer att ske och att Svenska Bostäder därmed har agerat i strid med 7 kap. 7 § LOU. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte uteslutas att EI-Wicke hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om det i upphandlingsdokumenten på ett tydligare sätt angetts när tilldelning ska ske efter en förnyad konkurrensutsättning. Bolaget får därmed anses ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av denna brist.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Svenska Bostäder i upphandlingen har brutit mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU genom att tillämpa golvpriser och att Svenska Bostäder, i strid med 7 kap. 7 § LOU, inte har angett objektiva villkor för när förnyad konkurrensutsättning kommer att ske. Förvaltningsrätten anser att EI-Wicke i vart fall har riskerat att lida skada av dessa konstaterade brister i upphandlingen. Då bristerna har påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om vad gäller anbudsområde Söderort.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Marcus Edelgård
Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

