



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2016-10-12
Meddelad i Jönköping

Mål nr
2920-16

SÖKANDE

Bravida Sverige AB, 556197-4188
Mikrofonvägen 28
126 81 Stockholm

Ombud: Fredrik Jonsson
adress som ovan

MOTPART

1. Lidköpings kommun, Upphandlingsenheten
531 88 Lidköping

2. Hovby Rör AB, 556414-8715
Hovby Ångsbo
531 92 Lidköping

Ombud: Advokerna Christoffer Löfquist och Oscar Wackling
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Hovby Rör AB:s yrkande att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rätelse vidtagits genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Hovby ska förkastas.

KONKURRENSVERKET	
2016-10-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 207577

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN MM.

Lidköpings kommun (kommunen) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande som benämns Hantverkstjänster (refnr: 2015/53). Upphandlingen gäller i huvudsak ramavtal avseende allmänt förekommande hantverkstjänster inom följande discipliner:

- Bygg
- El Rör VS
- Ventilation
- Måleri
- Golv
- Plåtslageri
- Lägenhetsanpassning (ingår i disciplinerna beroende på arbetets art).

Såvitt avser disciplinen El Rör VS har kommunen genom tilldelningsbeslut antagit Hovby Rör AB (Hovby) med rangordning som nummer ett och Bravida Sverige AB (Bravida) med rangordning som nummer två. Bravida har ansökt om överprövning.

Genom dom den 17 mars 2016 i mål nr 6101-15 förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse vidtagits genom ny anbudsprövning.

Efter att Hovby överklagat förvaltningsrättens dom undanröjde Kammarrätten i Jönköping, genom dom den 17 juni 2016 i mål nr 887-16, förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning. Som skäl för återvisning angav kammarrätten att förvaltningsrätten borde ha kommunicerat ansökan med Hoby, som riskerade att uteslutas från upphandlingen.

Förfrågningsunderlaget

Upphandlingens föremål och formerna för anbudsgivning

Upphandlingen avser i huvudsak arbeten i kommunens fastigheter och anläggningar. Avsedd avtalsperiod är två år med möjlighet till maximalt två års förlängning. Ramavtal kommer att tecknas per disciplin i rangordning med minst tre leverantörer om så många kvalificerade anbud finns. Sidoanbud och/eller reservationer accepteras inte.

Anbudets form och innehåll

Anbudet ska:

- Innehålla en företagspresentation med beskrivning av företaget och dess verksamhet (Fritextsvar)
- Innehålla en beskrivning av företagets ägarförhållande (Fritextsvar)
- Innehålla ifyllt anbudsformulär (Ja/Nej svar)
- Vara prissatt i svenska kronor exklusive mervärdesskatt (Ja/Nej svar)
- Vara skrivet på svenska (Ja/Nej svar)

Anbudsprövningen

Efter anbudsöppning sker granskning och prövning av de anbud som kommit in i rätt tid. Anbudsprövning sker i tre steg: uteslutningsfas, kvalificeringsfas och utvärderingsfas. Vid anbudsprövningen kommer samtliga särskilt angivna formkrav och övriga krav att prövas. Ett obligatoriskt krav av särskilt intresse i målet är:

Ersättning sker på löpande räkning mot avtalade priser samt mot angivna offertpriser då en andra konkurrensutsättning görs. Vid tecknande av avtal och vid fakturering ska kommunen ha möjlighet att kontrollera angivna priser genom att få tillgång till leverantörens redovisning, bokslut och inkomna fakturor. Även tillgång till årsrabattavtal med redovisning av vad som kommunen har rätt att erhålla i ersättning. Ett sekretessavtal kommer att tecknas mellan kommunen och leverantören där endast en till två personer från kommunen ska ha denna möjlighet. Då lärling eller annan personal används vid arbeten ska detta särredovisas. Ange timpris nedan:

Vi accepterar krav om insyn i böcker och fakturor (Ja/Nej svar)

Timpris lärling (inte med i utvärderingen):
Fritextsvar).

Utvärdering kommer att ske per disciplin. Vid utvärderingen prövas vilket av de kvalificerade anbuderna som innehåller det lägsta priset. Exempel:

Om angivet timpris för bygg är 350 kr/tim blir summan 4 900 000 kr (350 x 14 000 tim). Om angivet materialpålägg är sex procent läggs 174 000 kr till summan för timkostnad. 4 900 000 kr + 174 000 kr = 5 074 000 kr.

Anges noll procent i materialpåslag kommer ett snitt från övriga anbudsgivare att användas. Visar det sig att alla anbudsgivare i någon disciplin offererar noll procent i materialpåslag blir endast timpriset avgörande.

Modellen bygger på fördelning av timmar och materialkostnader som är gjord efter att fakturor gått igenom för åren 2014 och 2015. För disciplinen VS gäller fördelningen 45 procent timmar och 55 procent material.

I timpriset ska följande ingå:

- Timpriser enligt ABT 06 kap. 6 § 9 pkt 2, 3, 4, 6, 7 och 8
- Materialkostnader enligt ABT 06 kap. 6 § 9 pkt 1
- Hjälpmedel/Handverktyg upp till 15 kg
- Transport- och resekostnader
- Kostnader enligt pkt AFD.361 och AFD.362

YRKANDEN

Bravida yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid Hovbys anbud ska förkastas.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

Hovby yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska fastställa Kommunens tilldelningsbeslut av den 11 december 2015 varigenom Hovby rangordnas

som nummer ett i ramavtalet för Rör VS. I andra hand yrkar Hovby att upphandlingen ska göras om.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bravida

Kommunen har brutit mot LOU genom att med avvikelse från förfrågningsunderlagets föreskrifter utvärdera och anta Hovbys anbud. Det aktuella obligatoriska kravet gäller angivande av timpris avseende lärling. Felet i upphandlingen medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget efterfrågat en specifik prisuppgift. Samtliga anbudsgivare, med undantag för Hovby, har också lämnat pris enligt kommunens förfrågan. Hovby har dock, istället för att ange efterfrågat timpris, angett följande:

Enligt kollektivavtal Byggnads lönestege för lärling

Uppgiften utgör inte ett timpris, varför kommunen inte borde ha utvärderat anbudet. Vad Hovby redovisat är bolagets kostnad per timme, vilket är irrelevant när kommunen efterfrågat ett fast timpris.

Konsekvenserna om kommunens resonemang skulle godtas är långtgående.

Det är vanligt förekommande att upphandlande myndigheter begär in prisuppgifter som av olika skäl inte ingår i utvärderingsmodellen. Trots att prisuppgiften inte ingår i utvärderingsmodellen utgör uppgiften en del av det avtal som senare ska ingås mellan upphandlande myndighet och vinnande anbudsgivare. I upphandlingen framgår detta av inledningen till punkten AFB.14 i förfrågningsunderlaget där det föreskrivs att ”ersättning sker på löpande räkning mot avtalade priser”. Om det stod anbudsgivare fritt att

utelämna efterfrågade prisuppgifter (eftersom det med kommunens resone-
mang inte är ett obligatoriskt krav) skulle syftet med prisuppgiften vara för-
felad då det efter att avtal ingåtts skulle saknas pris för en del av uppdraget.
Lärlingar är ett vanligt förekommande och naturligt inslag i installations-
branschen. Det är således en uppgift av relevans för uppdraget som uteläm-
nats.

Kommunen synes ha missförstått Byggnads lönestege, som Hoby hänvisar
till. Detta är inte en prislista som kommunen anför utan en lönetrappa.
Byggnads lönestege ger alltså bara underlag för vilken andel (angivet i pro-
centsatser) av full lön en lärling ska ha i ersättning av sin arbetsgivare bero-
ende på var i lärlingstrappan lärlingen befinner sig. Kommunen gör gällande
att Hovbys beskrivning på sätt och vis är en bättre beskrivning, då ett lär-
lingstimpris utgår från en lönestege beroende på antal år man arbetat som
lärling. Detta påstående är felaktigt och synes ha sin grund i kommunens
sammanblandning av kollektivavtalsenlig lön med leverantörens kund.
Gentemot kund råder fri prissättning och det skulle högst sannolikt strida
mot konkurrenslagen om Byggnads (eller annan organisation) samordnade
prissättningen för lärlingar.

Kommunen

Hovbys anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav. Kommunen har såle-
des inte brutit mot LOU på sätt som medför att bolaget lidit eller kan
komma att lida skada i LOU:s mening.

Syftet med aktuella föreskrifter i förfrågningsunderlaget är ge kommunen
tillgång till leverantörens böcker och fakturor för att på så sätt kunna kon-
trollera att kommunen endast betalar för de timmar som använts och det
material som använts. Då kommunen under tidigare avtalsperiod sett att
lärlingar använts utan att det särredovisats så var det viktigt för kommunen
att få insyn dessa uppgifter. Därför ska detta särredovisas då man använder

sig av lärling vid arbete. Anbudsgivaren skulle ange ett timpris, men det står ingenstans att detta är ett obligatoriskt krav. Detta får anses tydligt.

Hovby

Bravida påstår felaktigt att frågan om timpris för lärling utgör ett obligatoriskt krav i upphandlingen och att, likaledes felaktigt, Hovby har lämnat en otillåten reservation i denna del genom sin hänvisning till tillämpligt kollektivavtal Byggnads och dess lönestege. Ett förkastande av Hovbys anbud skulle strida mot LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. För det fall att Bravida skulle vinna bifall till sina yrkanden kommer Hovby lida skada.

Enligt Hovbys mening finns inte någon vedertagen definition av begreppet timpris. Bolaget menar vidare att den hänvisning till Byggnads kollektivavtal som bolaget har gjort uppfyller kravet ifråga. Timpris för lärling kan erhållas genom att bolagets lämnade timpris multipliceras med relevant fördelningstal för lärling. Dessa fördelningstal finns redovisade i Byggnads teknikinstitutionsavtal VVS & Kyl 2013-2016. I det fall förvaltningsrätten anser att bolaget har avgett ett avvikande svar på ett obligatoriskt krav gör bolaget gällande att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta bolagets anbud eftersom avvikelserna är irrelevanta och oväsentliga för upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a.

följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att den upphandlande myndigheten kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning i mål om överprövning av offentliga upphandlingar utgör en kontroll av om det på grundval av vad som framförts av sökanden i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på

grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU. En upphandlande myndighet är fri att välja vilka kriterier som ska ingå i anbudsvärderingen under förutsättning att dessa inte strider mot LOU.

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Processuell fråga

Hovby har beretts tillfälle att yttra sig över de uppgifter som Bravida har åberopat som grund för att Hovbys anbud ska förkastas. Hovby yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska fastställa Kommunens tilldelningsbeslut av den 11 december 2015. Detta yrkande kan därmed ses som ett bemötande av vad som anförts mot bolagets anbud. Hovbys i andra hand framställda yrkande är att upphandlingen ska göras om. I denna del kan Hovbys yrkande inte ses som en del av argumentationen mot uppgifterna i ansökan. Detta senare yrkande ska därför avvisas (jfr HFD 2013 ref. 24).

Brott mot LOU och skaderekvisitet

Förfrågningsunderlagets föreskrifter avseende insyn i böcker och fakturor samt angivande av timpris avseende lärling utgör inte urvalskriterier. De är inte heller relevanta för anbudsutvärderingen. Det sagda utesluter dock inte att det är fråga om för anbudsprövningen relevanta obligatoriska krav. Enligt förvaltningsrättens mening är det fråga om upphandlingsvillkor eller särskilda kontraktsvillkor, d.v.s. sådana krav som inte tar sikte på en bedömning av anbudets prestanda utan utgör villkor som anbudsgivaren måste godta för att anbudet inte ska förkastas. Förvaltningsrätten finner, i enlighet med vad Bravida gör gällande och även med beaktande av vad Hovby numera har anført, att en hänvisning till Byggnads lönestege inte utgör en prisuppgift utan en uppgift avseende den lön som kan komma att betalas ut till en anlitad lärling. I det av Hovby åberopade Teknikinstallationsavtalet för VVS & Kyl anges vilka fördelningstal som ska användas för beräkning av

en lärlings lägsta lön. Teknikinstallationsavtalet ger emellertid inte någon anvisning om vilket timpris som utföraren kan debitera beställaren. En hänvisning till Byggnads lönestege innebär således att förfrågningsunderlagets obligatoriska krav i form av villkor inte accepteras, d.v.s. en otillåten reservation. Det aktuella villkoret är relevant och inte oväsentligt eftersom det tar sikte på under avtalsperioden tillämpliga priser. Kommunen har därmed brutit mot LOU genom att i strid med förfrågningsunderlagets föreskrifter anta Hovbys anbud. Bravida, vars anbud kom på andra plats vid anbudsutvärderingen, har därmed lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Val av åtgärd

Bravida har förmått göra sannolikt att kommunen brutit mot LOU på sätt som medför att Bravida lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Eftersom felet i upphandlingen inte är hänförligt till den konkurrensuppsökande fasen är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Hovby ska förkastas.

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

Thorbjörn Lindvall

Rådamannen Thorbjörn Lindvall har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Nils Mattjus har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.

