



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 17

**DOM**  
2013-09-26  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
13018-13

Sida 1 (12)

**SÖKANDE**

J. Gullikssons El AB, 556562-2551

Ombud:  
Advokat Torbjörn Borg  
Öberg & Heijne Advokatbyrå  
Kungsgatan 16, 3 tr  
632 20 Eskilstuna

**MOTPART**

Bygg- och miljöförvaltningen i Järfälla kommun

Ombud:  
Advokat Charlotte Dolk  
Advokat Pehr Jacobson  
Advokatbyrån Hellgren Linander KB  
Box 24053  
104 50 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013 -09- 2 7	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 377018

**Postadress**  
115 76 Stockholm

**Besöksadress**  
Tegeluddsvägen 1

**Telefon**  
08-561 680 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**  
08-561 680 01

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
09:00-15:00

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Bygg- och miljöförvaltningen i Järfälla kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av ett ramavtal avseende el-arbeten inom Järfälla kommun, dnr Ten 2013/130. Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 21 maj 2013 meddelat att man antagit anbud från en annan leverantör än J. Gulliksons El AB (bolaget).

**Bolaget** yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Kommunens upphandling var förenad med många allvarliga fel genom att betydelsefulla avsteg gjordes från bestämmelserna i LOU, vilket har till följd att bolaget lidit skada. Avstegen har inneburit att kommunen avvikit från principerna i 1 kap. 9 § LOU.

1. Enligt de administrativa föreskrifterna (AF) ska upphandlingen resultera i en totalentreprenad. Det kontraktsföremål som kommunen presenterar är dock ingen entreprenad utan en anskaffning av tjänster. Av upphandlingsföreskrifterna finns det vidare en punkt, AFB.312, ”Sidoanbud”, som innebär anbud med alternativa utföranden; något som enligt LOU aldrig kan förekomma samtidigt som anskaffningen gäller en totalentreprenad. Eftersom kommunen har valt fel upphandlingsform är även tröskelvärdet för upphandlingen felaktigt.
2. Kommunen har i de AF avseende prövning av anbudsgivaren, dels angett att ”Anbudsgivaren ska ha en omsättning om minst 15 Mkr enligt senaste årsredovisningen”, dels angett att ”Anbudsgivarens årsomsättning för det senaste redovisningsåret har varit minst 5 Mkr”. Vad kommunen efterfrågar är inte klart och kommunens AF är således inte transparent i denna del.

3. Avseende rätten att "vid behov åberopa annans kapacitet" har kommunen hänvisat till fel bestämmelse i LOU och valt fel upphandlingsform.
4. Kommunen har i punkt AFB.51, "Organisation", ställt ett kvalificeringskriterium som utformats som ett ska-krav. Hur kommunen kontrollerat villkoret framgår inte av de två tilldelningsbesluten. Det framgår inte heller vilka krav som uppställs för att anbudsgivaren ska erhålla respektive poäng. Att värdera de lämnade svaren innebär vidare ett brott mot LOU, eftersom villkoret är ett kvalificeringskriterium.
5. Kommunen har inte kontrollerat det uppställda kravet på referenser, varför kommunen brutit mot kontrollskyldigheten i LOU. Kommunen har vidare inte utvärderat anbudet med stöd av sådana utvärderingskriterier som föreskrivs i 12 kap. 1 och 2 §§ LOU. Detta är ett avsteg från gällande rätt att transparent redovisa hur utvärderingen av anbudet ska göras. Fullständig utvärdering av anbudet och beslutsmotivering saknas helt i kommunens underlag och ställningstagande. Det strider även mot LOU att utvärdera kvalificeringskriterier en andra gång, dvs. även i utvärderingsfasen. Det tillvägagångssätt som kommunen använt är således att betrakta som otillåten fri prövningsrätt. Valet av matematisk formel vid utvärderingen av anbudet innebär vidare att procenttal på ett avgörande sätt påverkar utfallet, vilket saknar allt värde eftersom prislistan inte är definierad. Det finns dessutom inte något lagligt stöd för att kräva in affärshemligheter i form av grossisters listpriser. Den vinnande anbudsgivaren har även haft möjlighet att manipulera sitt bud eftersom denne bl.a. känt till kommunens behov av övertid och jourtimmar.
6. Av tilldelningsbesluten framgår inte om kommunen genomfört kontrollen av likvärdighet med ISO-certifieringar. Det strider även mot

LOU att, såsom kommunen gjort gentemot det vinnande anbudet, acceptera underprissättning utan någon uppföljning och kontroll. Kommunen har vidare bedömt att bolagets anbud ej uppfyller ställda krav. Det framgår dock inte på vilken grund/er som anbudet förkastats. För det fall att det beror på att bolaget inte uppfyller kravet "heta arbeten" är påståendet felaktigt eftersom bolaget i sitt anbud redovisat att samtliga personer som avses ingå i den framtida organisationen har behörighet att utföra dessa arbeten. Om grunden i stället skulle vara att bolaget inte fyllt i rutan "underentreprenörer" så beror detta på att bolaget inte avser använda sig av någon utomstående aktör.

**Kommunen** yrkar i första hand att ansökan om överprövning ska avslås. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det eventuellt föreligger brister vid upphandlingen yrkar kommunen i andra hand att det under alla förhållanden är tillräckligt att avhjälpa sådana med den mindre ingripande åtgärden rättelse av utvärdering. Kommunen har genomfört upphandlingen enligt de grundläggande principerna som följer av 1 kap. 9 § LOU. Även om det skulle finnas brister i underlaget så har de inte lett till skada för bolaget eftersom det inte haft det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De eventuella bristerna har inte heller påverkat det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen inte heller av denna anledning behöver göras om.

1. Upphandlingen avser el-arbeten i form av både felavhjälpande och större uppdrag. Av 2 kap. 18 § tredje stycket LOU framgår det att i ett sådant fall är det kontraktets huvudändamål som blir avgörande. Eftersom merparten av arbetet bedöms utgöras av nyinstallationer är det således fråga om ett byggentreprenörskontrakt i LOU:s mening. Oavsett om förvaltningsrätten skulle finna att en annan form av upphandling skulle ha använts, har bolaget inte drabbats av någon skada eftersom det lämnat in ett anbud under anbudstiden. Kommunen bestrider vidare att de valt fel entreprenadform. Kommunen har medvetet valt

entreprenadformen totalentreprenad då kommunen vill påtala vilken nyinstallation som ska göras eller vilket fel som ska åtgärdas men önskar att elentreprenören ansvarar för funktionen.

2. Att det i förfrågan förekommer olika uppgifter om kravet på årsomsättning är ett rent skrivfel. Det har dock inte inneburit någon skada för bolaget som uppfyller bägge kraven och som dessutom lämnat ett anbud. Kravet avseende referenser var vidare inte avsett att utvärderas. Att kommunen inte genomförde någon referenstagning hos bolagets referenser beror på att kommunen endast tog in referenser avseende den vinnande anbudsgivaren. Någon referenstagning för de anbudsgivare som förkastats pga. att de inte uppfyllde ska-krav har därför inte gjorts. Kommunen förkastade bolagets anbud av två skäl; bolaget har inte gett in intyg avseende heta arbeten och bolaget hade kryssat i rutan för underleverantörer utan att ange de efterfrågade uppgifterna. Oavsett om bolaget hade uppfyllt alla ska-krav, eller för det fall kommunen borde ha genomfört en referenstagning, har inte bolaget lidit någon skada eftersom det ändå inte haft det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.
3. Kommunen anser vidare att det inte föreligger några fel avseende värdering av anbudsgivarnas organisation. Det finns både ett kvalificeringskrav och ett utvärderingskriterium. Att det är fråga om ett utvärderingskriterium framgår av AFB.52. Det har således varit förutsägbart för anbudsgivarna att detta delvis utgjort ett utvärderingskriterium, trots att det av förbiseende placerats under AFB.51 i stället för AFB.52. Bolaget har lämnat en anbud som givit det maximalt avdrag för det fall att dess anbud inte förkastats. Under alla förhållanden har inte förbiseendet med felplacering av texten lett till någon skada för bolaget. Det hade anbudssumman 473 000 kr och maximalt avdrag (100 000) hade således gett bolaget ett utvärderingspris om 373 000 kr

jämfört med vinnande anbudsgivaren som hade utvärderingspriset  
91 000 kr.

4. Kommunen har vidare inte brutit mot hur en upphandling ska utvärderas enligt LOU. Kommunen har, i enlighet med 12 kap. 1 § LOU, valt att utvärdera anbuderna efter de som är mest ekonomiskt fördelaktiga. Till hjälp har kommunen valt en fiktiv utvärderingsmodell som är förutsägbar. Anledningen att kommunen valde en utvärderingsmodell som bl.a. utgick från ett procentpåslag på inköpspriserna var pga. att den aktuella upphandlingen omfattar tusentals elartiklar. Det var därför en nästintill omöjlig uppgift att sätta in dessa i en prislista som skulle prissättas vid upphandlingstillfället. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att modellen inte är optimalt utformad bör den ändå accepteras (jfr RÅ 2002 ref 50). Vidare faller bolagets argumentation helt i den del det hävdar att anbudsgivaren haft en konkurrensfördel eftersom även bolaget haft ett ramavtal med kommunen.
5. Kommunen bestrider även att det vinnande anbudet skulle vara en underprissättning. Anbudsgivaren har tagit en ekonomisk risk vid prissättningen för jourtimmar. Kommunen har inte bedömt att det låga timpriset på jourtimmar skulle äventyra det vinnande anbudets förmåga att fullgöra kontraktet och någon skyldighet för kommunen att förkasta anbudet föreligger inte enligt bestämmelserna i LOU.

#### **SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET**

De i 1 kap. 9 § LOU angivna principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande ska efterlevas vid all offentlig upphandling.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande

principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det med anledning av vad sökanden har anfört i målet finns skäl att vidta ett ingripande i enlighet med 16 kap. 6 § LOU. Det är således den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt dels ska ange vilka omständigheter talan grundas på, dels visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt är det även upp till sökanden att visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av den eller de brister som påtalats (jmf Högsta förvaltningsdomstolens dom den 1 juli 2013 i mål nr 96-13).

Bolaget har i sin ansökan om överprövning bl.a. anfört att kommunen brutit vid sin upphandling genom följande påstådda brister:

- kommunen har valt fel upphandlings- och entreprenadform,
- kommunens krav på omsättning är inte transparent,
- kommunen har avseende rätten att ”vid behov åberopa annans kapacitet” hänvisat till fel bestämmelse i LOU,
- kommunen har i AFB.51, ”Organisation”, ställt ett kvalificeringskriterium som utformats som ett ska-krav för vilket det inte framgår hur kommunen kontrollerat det. En värdering av det lämnade svaret bryter dessutom mot LOU eftersom det är ett kvalificeringskriterium,
- kommunen har inte kontrollerat det uppställda kravet på referenser, varför kommunen brutit mot kontrollskyldigheten i LOU,
- kommunen har, i strid med LOU, sekretessbelagt det vinnande anbudet,
- kommunen har inte utvärderat anbudet med stöd av sådana utvärderingskriterier som föreskrivs i 12 kap. 1 och 2 §§ LOU, och
- det framgår inte av tilldelningsbesluten om kommunen genomfört kontrollen av likvärdighet med ISO-certifieringar.

Bolaget har vidare anfört att det med anledning av de ovan påstådda bristerna finns skäl för förvaltningsrätten att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar i detta avseende att bolaget, som de facto lämnat ett anbud, inte konkretiserat på vilket sätt de påstådda bristerna som nämnts ovan har medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Mot den bakgrunden saknas det i dessa delar således anledning att göra en prövning av ifall kommunen agerat i strid med LOU. Förvaltningsrätten övergår härmed till att pröva övriga av bolaget anförda brister.

### **Utvärderingsmodell**

Bolaget har anført att kommunens val av matematisk formel vid utvärderingen av anbuden bl.a. innebar att procenttal på ett avgörande sätt påverkar utfallet, något som enligt bolaget saknar allt värde eftersom prislistan inte är definierad. Utvärderingsmodellen gör det inte heller möjligt att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Den vinnande anbudsgivaren har även haft möjlighet att manipulera sitt bud eftersom denne bl.a. känt till kommunens behov av övertid och jourtimmar. Med anledning av detta finns det därför, enligt bolaget, skäl för förvaltningsrätten att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att LOU inte ger närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna om krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. följande. 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 en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderings-



modeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Vid tilldelning av kontrakt i en offentlig upphandling kan upphandlande myndighet enligt 12 kap. 1 § LOU fritt välja mellan två olika tilldelningsgrunder för antagande av anbud – det/de anbud som har lägst pris eller det/de anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Kommunen har i aktuell upphandling angett tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen har valt en utvärderingsmodell som baserats på en kombination av timpriser och rabattsatser. Anbudsgivarna har vidare haft möjlighet att få poängavdrag beroende på sin organisationsbeskrivning (ju större poängavdrag desto bättre). Enligt kommunen har den valt en utvärderingsmodell som bl.a. utgått från ett procentpåslag på inköpspriserna pga. att den aktuella upphandlingen omfattar tusentals elartiklar och att det därför är en nästintill omöjlig uppgift att sätta in dessa i en prislista som ska prissättas vid upphandlingstillfället. Kommunen har vidare anfört att bolagets argumentation faller helt i den del det hävdar att anbudsgivaren haft en konkurrensfördel, eftersom även bolaget haft ett ramavtal med kommunen.

Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår det tydligt av AFB.52 och en bilaga till förfrågningsunderlaget vilken utvärderingsmodell som kommunen valt och hur utvärderingen kommer att gå till. Enligt förvaltningsrätten har således anbudsgivarna kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud (jfr RÅ 2002 ref 50 och EU-domstolens mål C-19/00, ”SIAC Construction”). Att en del av beskrivningen återfinns i en annan del av förfrågningsunderlaget, AFB.51, ”Organisation”, ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Kommunen har således inte brutit mot transparensprincipen genom utformningen av sitt förfrågningsunderlag. Av handlingarna i målet har inte heller framkommit

annat än att anbudsgivarna har behandlats och bedömts på samma sätt. Förvaltningsrätten finner därmed att det saknas skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU i denna del.

### **Underprissättning**

Bolaget har anfört att kommunen borde ha förkastat det vinnande anbudet eftersom det var för lågt. Kommunen har å andra sidan huvudsakligen anfört att anbudsgivaren tog en ekonomisk risk vid prissättningen för jourtimmar, samt att kommunen inte har bedömt att det låga timpriset på jourtimmar skulle äventyra det vinnande anbudets förmåga att fullgöra kontraktet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av 12 kap. 3 § LOU endast följer ett förbud mot att automatiskt *förkasta* ett onormalt lågt anbud. Upphandlingslagstiftningen hindrar således inte en anbudsgivare från att lägga för låga anbud (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 31 augusti 2011 i mål nr 1777 – 1779-13). Vad bolaget anfört i denna del medför därför inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

### **Kvalificeringskriterier**

Bolaget har anfört att det uppfyllt samtliga ska-krav samt att kommunen därmed har handlat felaktigt när den förkastade deras anbud. Kommunen har å andra sidan anfört att bolaget inte uppfyllde två ska-krav, ”heta arbeten” samt ”underleverantörer”. Kommunen har vidare anfört att även om bolaget ska anses ha uppfyllt de aktuella kraven, har inte kommunens handlande medfört att bolaget drabbats av skada eftersom bolaget inte lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga budet.

Av förfrågningsunderlaget, AFD.342, framgår att entreprenören ska verifiera med intyg att denne har kompetens för heta arbeten eller anlitar underentreprenörer med intyg och kunskap för heta arbeten. Något motsvarande krav finns dock inte i de av kommunen uppställda skräven, AFB.51. Förvaltningsrätten finner således att det var fel av kommunen att förkasta bolagets anbud på den grund att det inte bifogat intyg avseende "heta arbeten".

Avseende det av kommunen anförda kravet på att anbudsgivarna ska redovisa eventuella underleverantörer noterar förvaltningsrätten förvisso att bolaget kryssat i en ruta, märkt "Om Underleverantörer kommer att anlitas ska företag och organisations-nummer anges här", under rubriken "Bifogade handlingar, bevis/intyg för prövning av anbud". Förvaltningsrätten konstaterar dock att bolaget inte har angett något företag med tillhörande organisationsnummer på den för uppgiften avsedda raden. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan, med tanke på uppmaningens ordalydelse, inte det faktum att bolaget kryssat i den aktuella rutan ensamt vara skäl nog att förkasta bolagets anbud. Förvaltningsrätten finner således att kommunen gjorde fel när den förkastade bolagets anbud på denna grund.

Såsom förvaltningsrätten redovisat ovan räcker det dock inte att en sökande visar att det förekommit brister vid en upphandling utan sökanden måste även visa att denne lidit skada av den aktuella bristen. Kommunen har även i denna del anført att bolaget inte lidit någon skada pga. eventuella brister i upphandlingen eftersom det inte gett det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Till stöd för detta har kommunen pekat på en kalkyl som visar att bolagets anbud, även med det för upphandlingen maximala avdraget, fortfarande var högre än den vinnande anbudsgivaren. Bolaget har i denna del bl.a. hänvisat till att den utvärderingsmodell som kommunen använde inte varit rätt utformad. Förvaltningsrätten, som ovan

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

bedömt att den i målet aktuella utvärderingsmodellen är förenlig med LOU, finner dock att bolaget inte lyckats visa att det lidit skada av att kommunen felaktigt förkastade dess anbud. Vad bolaget anfört i denna del medför således inte heller skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Sammanfattningsvis ska följaktligen bolagets ansökan om ingripande enligt LOU avslås i sin helhet.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Magnus Åhammar  
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Jörgen Svensson.