



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-09-08
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3617-16

SÖKANDE

Punctum Lås & Larm, 556099-4450
Kanalvägen 5A
194 61 Upplands Väsby

Ombud: Advokat Johan Engborg och jur. kand. Marion Kronberg
Advokatfirman Nova AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Nyköpings kommun
611 83 Nyköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2016-09-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 259593

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Nyköpings kommun (kommunen) genomför ramavtalsupphandlingen "Hantverkstjänster för avrop, samt minibyggentreprenader" med diarie-nummer KK15/642. Upphandlingen är indelad i 14 fackområden och genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Anbud kan lämnas för varje separat fackområde och kommunen avser att anta anbud från tre leverantörer per fackområde. Tilldelningsgrunden är lägsta pris. Genom tilldelningsbeslut den 17 maj 2016 antogs anbud från Certego AB, Norrköpings Låsverkstad AB och AB EL & Ventilation Sörmland avseende fackområdet Lås. För fackområdet Larm och passersystem antogs anbud från AB El & Ventilation Sörmland, Caverion Sverige AB och Certego AB.

Punctum Lås & Larm AB ansöker om överprövning av upphandlingen avseende fackområdet Lås och fackområdet Larm och passersystem och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska lämnas utan bifall.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Punctum Lås & Larm

I förfrågningsunderlaget anges att kommunen använder sig av utvärderingsgrunden "lågsta pris". I ett svar som kommunen publicerade angavs dock att kommunen kommer att teckna avtal med de tre leverantörer som har de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det föreligger därmed oklarheter vilken tilldelningsgrund som kommunen har tillämpat i aktuell upphandling.

I ett förtydligande kommunicerade kommunen följande text till anbudsgivarna:

”Förtydligande i AF punkt AFB.53 under rubriken ”Utvärdering”:

De priser som ska anges för typarbeten i bilaga ”Mängdförteckning typarbeten”, bygger på verkliga exempel (frekvent förekommande arbeten) och kommer att användas vid avrop av dessa och liknande arbeten inom ramen för ramverket.

Mängdförteckning typarbeten är således inte bara till för anbudsutvärdering.

OBS! lämnade priser för typarbeten ska bygga på i anbudet offererat timpris inklusive material. Kommunen kan komma att begära specificering av typarbeten.

Vi vill särskilt påpeka att s.k. prisdumpning gällande typarbeten, d.v.s. angivande av onormalt låga priser, kan innebära att anbudet kan komma att förkastas i sin helhet.”

Kommunen har sålunda uppställt krav på vad som ska anges inom ramen för ”typarbeten”. Ett flertal anbudsgivare har ifrågasatt kommunens formulering och anfört att det inte framgår tillräckligt tydligt vad som efterfrågas. Det har med anledning av otydligheterna inte varit möjligt för anbudsgivarna att inkomma med konkurrenskraftiga anbud då otydligheterna alltjämt kvarstår vad gäller typarbeten. Detta faktum blir än mer tydligt vid en genomgång av vinnande anbudsgivarens anbud i de två delupphandlingarna; Lås respektive Larm och passersystem. De två anbudsgivare som rangordnades som nummer ett i respektive område har för punkten typarbeten offererat priser där det klart och tydligt framgår att offererat timpris inte ingår. Det har uppstått en spretig prissättning mellan anbudena vad gäller typarbeten. Skillnaderna i pris kan inte förklaras på annat sätt än att förfrågningsunderlaget inte tydligt anger på vilket sätt anbudsgivaren ska lämna pris. Det har heller inte varit tydligt vad som efterfrågas eftersom kommunen inte reagerat när anbudsgivare inkommit med så låga priser att kravet vad gäller timpriser inte efterlevs. Det är dock inte spridningen i pris mellan anbudsgivarna som är av relevans utan omständigheten att anbudsgivarna

tolkat kommunens krav på lägsta pris per timme på olika sätt då information avseende detta saknas. Anbudsgivarna har i stället gjort egna tolkningar.

Punctum har uppfattat kommunens förtydligande på följande sätt. De priser som anbudsgivaren ska ange i excel-filen (mängdförteckningen) ska bygga på i anbudet offererat timpris och därtill ska kostnad för material adderas. Detta innebär, om man följer skall-kraven i förfrågningsunderlaget, att anbudsgivaren inte kan lägga ett lägre pris än det pris som kommunen själva har angett som lägsta timpriset. För områdena Lås respektive Larm och passersystem var det absolut lägsta priset som en anbudsgivare fick offerera 350 kr/tim. Mängdförteckningen är dock inte konstruerad på så sätt att en anbudsgivare kan dela upp sitt pris i mindre enheter än en timme, någon sådan information finns nämligen inte. Det förekommer inte några instruktioner om att anbudsgivaren ska anpassa sitt pris utifrån nedlagd arbetstid. Det enda som redogjorts för är den lägsta tillåtna timkostnaden för varje separat tjänst. Det ifrågasätts om kommunen kan avgöra om arbetskostnaden medför att någon av de anbudsgivare som lämnat anbud har kalkylerat med ett lägre timpris än 350 kr/tim, då arbetstiden inte uttryckligen anges i matrisen. I den upprättade excel-filen har kommunen inte tagit höjd för aktuell situation. Det går inte att utläsa vilken del av priset som avser materialkostnad och vilken del som avser arbetskostnad, varför det är omöjligt att veta om anbudsgivarna offererat ett timpris i strid med uppställt skall-krav. Det går således inte att kontrollera att anbudsgivarna som lämnade anbud upprätthåller skall-kravet vad gäller lägsta tillåtna timpris. Kriteriet ”typarbeten” utgör ett av fyra utvärderingskriterier och har haft en avgörande betydelse vid den slutliga utvärderingen.

De kompletteringar eller förtydligande som vinnande leverantörer har medgetts göra ifrågasätts också. Kommunen har inte tidigare kommunicerat detta varför det föreligger anledning att anta att dessa ska betraktas som otillåtna.

Utvärderingsmodellen omfattar fyra olika delar. Den sista delen i modellen avser material. Kommunen angav i frågor och svar att anbudsgivare i anbudet ska ange ett MO-påslag (=entreprenörsarvode i procent) på en fiktiv materialkostnad på 200 000 kr. MO-påslag och entreprenörsarvode är dock två helt olika saker varför det förtydligande som kommunen kommunicerat är högst förvirrande. Entreprenörsarvode omfattar den del av kontrakts-summan som är hänförlig till entreprenörens administration, risk och vinst. MO-påslag avser kostnader i samband med materialprocessen före tillverkning och kan som exempel vara lagerkostnad, löner till inköps- och lagerpersonal samt svinn. Vad kommunen efterfrågar har därmed inte tydligt angivits i förfrågningsunderlaget. Förhållandet att anbudsgivare tolkar begreppet olika tyder på att det formulerats otydligt i upphandlingen.

Sammanfattningsvis innefattar förfrågningsunderlaget oklarheter och brister. Tilldelning av kontrakt har skett med utgångspunkt från en utvärderingsmodell som står i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU om transparens och likabehandling. Bristerna har påverkat möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Kommunen

I anbudsbilagan samt i de administrativa föreskrifter föreskrivs att utvärderingen kommer att göras till lägsta pris efter summering av en varukorg, där varukorgens totala pris är anbudspriset. Summan av de fyra posterna är anbudspriset och lägsta pris ger vinnande anbud. Mot denna bakgrund torde det inte föreligga någon tveksamhet om hur anbudsprovningen ska gå till. I frågor & svar i upphandlingen har anförts att de tre anbud som uppfyller alla i förfrågningsunderlaget ställda obligatoriska krav och som innehåller de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden (lägsta pris) kommer att antas.

Gällande posten typarbeten bifogades i upphandlingsunderlaget en excel-fil benämnd mängdförteckning typjobb, det vill säga vanligt förekommande arbeten inom respektive hantverksgrupp, avsedda att prissättas. Excel-filen var försedd med information om att entreprenaden omfattar komplett utförande till fullt driftfärdig, funktionsduglig och godkänd anläggning såvida ej annat anges. Det framgår således tydligt av beskrivningen att typarbeten gäller färdiga arbeten inklusive både material och arbete.

När det gäller arbetskostnaden så består den av timpriset multiplicerat med den tid arbetet tar. Självfallet utför olika företag de specificerade arbetena olika snabbt beroende på metod, verktyg, vana m.m. Det är svårt att se att just Punctum kan avgöra att arbetskostnaden då skulle medföra att någon annan anbudsgivare skulle ha kalkylerat med ett lägre timpris än 350 kr eftersom timpriset endast är en parameter och arbetstiden är en annan. Avvikelserna i anbudsprissättning i upphandlingen är inte mer anmärkningsvärda än vid en vanlig objektsupphandling, där priser kan skilja sig avsevärt åt beroende på faktorer som arbetsbeläggning, inköpsvolym, inköpskanaler, samordningseffekter etc. Det anges dessutom tydligt i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare inte kan ange lägre timpris än vad som anges i tabellen. Syftet med detta var att undvika s.k. prisdumpning, det vill säga timpriser som ligger lägre än anbudsgivarens självkostnad för den aktuella tjänsten. En dialog har även förts med de två anbudsgivare som rangordnades som nummer ett i fackområdena Lås respektive Larm och passersystem för att försäkra att mängdförteckningarna gäller kompletta installationer till fullt driftfärdiga anläggningar. Efter bekräftelse gällande detta gjordes inga vidare efterforskningar.

Begreppet MO-påslag (materialomkostnadspåslag) torde vara vedertaget i alla branscher och själva begreppet har, efter korrigering av formuleringen av posten 4, inte ifrågasatts av andra anbudsgivare. Inom områdena Lås

respektive Larm och passersystem hade anbudsgivarna synpunkter på att de ombads att redovisa MO-påslag, något som enligt anbudsgivarna inte är vanligt förekommande. Detta är dock förenligt med AB 04 6 kap. 10 § punkten 4. Begreppet MO-påslag avser i ursprunglig mening påslag för materialomkostnader, men under frågor & svar angavs förtydligande om att begreppet i denna upphandling likställs med entreprenörsarvode, varför någon osäkerhet om vad som efterfrågades inte torde föreligga.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 har gjorts.

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.

EG-domstolen har i avgörande i mål C-448/01 anför bl.a. följande (punkterna 49-52). Principen om likabehandling innebär för det andra en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas. Denna skyldighet syftar bland annat till att garantera att det är möjligt att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska (se, för ett liknande resonemang, bland annat domen i det ovannämnda målet *Universale-Bau* m.fl., punkterna 91 och 92). En objektiv och öppen bedömning av de olika anbuden förutsätter emellertid att den upphandlande myndigheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna kontrollera om anbuden från de sistnämnda uppfyller upphandlingskriterierna. Det framgår således att en upphandlande myndighet som föreskriver ett upphandlingskriterium, och anger att den varken ämnar eller har möjlighet att verkligen kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt, åsidosätter principen om lika-behandling, eftersom ett sådant kriterium inte är förenligt med ett öppet och objektivt upphandlingsförfarande. Det kan följaktligen konstateras att ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt strider mot principerna i gemenskapsrätten om offentlig upphandling.

Förfrågningsunderlaget

Av förförfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Utvärdering

Utvärdering Bs ambition med upphandlingen är att kvalitet i genomförandet av uppdragen ska få större betydelse än pris. Därför har högre krav på anbudsgivarna införts i kvalificeringsfasen, som grundförutsättning inför utvärderingen.

Jämförelsepriser vid utvärdering av anbud är summan av:

1. 1 000 timmar arbete på löpande räkning enligt offererat pris.
2. Typarbeten, summan av dessa.
3. Övertid (OB-tid) 100 timmar. Se även AFC 1 (jourarbete). *
4. Material för 200.000 kr (fiktivt värde för utvärdering) med Es MO-påslag i %.

*) med OB-tid avses all tid utöver normal arbetstid vardagar 07.00-16.00.

För att undvika prisdumpning, d.v.s. anbud med orimligt låga offererade timpriser, kommer utvärderingen av anbud att ske med tillämpning av nedanstående lägsta priser. Anbudspris kan inte anges lägre än nedan nämnda timpriser.

Lägsta pris (kr/tim):

[...]

Lås 350

Larm och passerssystem 350

[...]

I ovanstående timpriser ska följande ingå:

- Kostnader för person- och materialtransporter, restid, traktamenten.
- Kostnader för fordon, släpvagn, verktyg, eldrivna handverktyg, arbetsledning och hjälpmedel.

Förvaltningsrättens bedömning

Tilldelningsgrund

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget framgår att tilldelningsgrunden i upphandlingen är lägsta pris. Tilldelning av kontrakt har även skett enligt lägsta pris. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därmed inte.

Prissättning av typarbeten

I förfrågningsunderlaget anges att jämförelsepriser vid utvärderingen av anbud i upphandlingen är summan av fyra prisuppgifter, bland vilka ingår summan från en mängdförteckning avseende posten typarbeten.

Av förfrågningsunderlaget framgår att lägsta tillåtna timpris är 350 kr per timme för fackområdena Lås respektive larm och passersystem. Härtill uppräknas vilka poster som ska ingå i det offererade timpriset. Exempelvis ska poster så som kostnad för verktyg, restid m.m. ingå. Enligt förvaltningsrätten är mängdförteckningen inte konstruerad på så sätt att anbudsgivare endast kan lämna sitt pris i enheter om en timme. Något krav på utförandetiden för varje specificerat typarbete ska vara minst en timme uppställs inte, utan arbetskostnaden erhålls rimligen genom att leverantörens timpris multipliceras med beräknad utförande tid för respektive typarbete. Enligt förvaltningsrätten har det inte varit otydligt hur typarbetena ska prissättas. Förfrågningsunderlaget kan därmed inte anses behäftat med sådana brister att de grundläggande principerna om transparens och likabehandling har trätts för när. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund finns därmed inte.

Vidare finns det varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera att

lämnade uppgifter är riktiga om omständigheterna inte ger anledning att ifrågasätta leverantörens uppgifter. Den upphandlande myndighetens utredningsskyldighet kan normalt inte anses sträcka sig längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbudet och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Om den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget inte uppställt krav på att uppgiften också ska styrkas, skulle en annan ordning strida mot det upphandlingsförfarande som valts eller de grundläggande principerna i LOU (jfr bl.a. annat Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2701-14, Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1823-12 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4904-09). Av EU-domstolens avgörande framgår att en upphandlande myndighet som föreskriver ett skall-krav, och anger i förfrågningsunderlaget att den varken ämnar eller har möjlighet att verkligen kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivaren är korrekt, åsidosätter principen om likabehandling eftersom ett sådant skall-krav inte är förenligt med ett öppet och objektivt upphandlingsförfarande (jfr EU-domstolens dom i mål C-448/01).

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget uppställs inte något krav på att anbudsgivare ska styrka att offererat timpris inte understiger lägsta tillåtna pris om 350 kr per timme vad avser typarbetena. Kommunen har inte heller angett att den vare sig ämnar eller har möjlighet att kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivaren är korrekt. Inom ramen för verktyget ”frågor och svar” har kommunen istället förtydligt att en specificering av typarbeten kan komma att begäras. Förvaltningsrätten finner att varken det förhållandet att det i förfrågningsunderlaget saknas uttryckliga föreskrifter om kontroll av det uppställda kravet eller att kommunen vid anbudsutvärderingen inte har utfört ytterligare kontrollåtgärder medför att principen om transparens eller likabehandling har trätts. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund finns inte.

Kommunen har anfört att kontakt tagits med anbudsgivarna som rangordnades som nummer ett i fackområdena Lås respektive Larm och passersystem i syfte att förvissa sig om att dessa mängdförteckningar gäller kompletta installationer till fulldriftfärdig anläggning. Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit att leverantörerna skulle ha tillfört nya sakkuppgifter och att förfrågningarna därmed skulle ha utgjort otillåtna kompletteringar eller förtydliganden.

MO-påslag i procent

Punctum har gjort gällande att det i förfrågningsunderlaget inte tydligt anges vad som efterfrågas under prisuppgift nummer fyra i utvärderingsmodellen eftersom MO-påslag och entreprenörsarvode är två helt skilda saker. Kommunen har under skriftväxlingen i förvaltningsrätten bl.a. anfört att det i frågor och svar förtydligats att MO-påslag i denna upphandling likställs med entreprenörsarvode, varför någon osäkerhet om vad som efterfrågats inte torde föreligga.

I frågor och svar har kommunen angivit bl.a. att ”MO-påslaget i % är den ersättning som leverantören får för sitt inköpsarbete och sin administrativa hantering”. Därefter har kommunen i frågor och svar anfört att ”anbudsgivare ska i anbudet ange ett MO-påslag (=entreprenörsarvode i %) på en fiktiv materialkostnad på 200 000 kr” och att ”avsikten är dels att utvärdera denna del som en av fyra faktorer i det totala anbudspriset, dels att fastställa ett procentuellt MO-påslag som kommer att gälla i kommande ramavtal”.

Även om förfrågningsunderlaget i denna del enligt förvaltningsrättens mening inte är optimalt utformat framgår det dock enligt förvaltningsrätten med tillräcklig tydlighet vad som ska ingå i påslaget. Bristerna är således enligt förvaltningsrättens mening inte sådana att kraven på likabehandling eller transparens i LOU kan anses ha åsidosatts. Förvaltningsrätten

konstaterar även att det inte visats att förfrågningsunderlagets utformning hindrat Punctum från att utforma ett konkurrenskraftigt anbud i denna del. Det är därmed inte visat att förfrågningsunderlagets utformning i denna del innebär att det finns grund för ingripande enligt LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att det inte föreligger skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Marika Ericson

Tf. Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



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.