



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2019-11-18
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 11425-19
 11689-19
 11690-19

SÖKANDE

LP Måleri i Helsingborg AB, 556432-0249
 Kärrgatan 1
 252 30 Helsingborg

MOTPARTER

1. Helsingborgs stad
2. Öresundskraft AB, 556089-7851
3. Helsingborgs Arena och Scen AB, 556870-7607

Ombud för 1-3: Stadsjuristen Veronica Bernhardsson Ozmec
 Helsingborgs stad
 251 89 Helsingborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019 11 18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår LP Måleri i Helsingborg AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 533991

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Helsingborgs stad, Öresundskraft AB och Helsingborgs Arena och Scen AB (upphandlande myndigheter, nedan gemensamt kallade Staden) genomför med ett öppet förfarande upphandlingen Måleritjänster 2018 (dnr 281/18). Ett första besked om tilldelning i upphandlingen lämnades den 22 februari 2019, vari framgick vilka sex leverantörer Staden beslutat att anta i upphandlingen. En av dessa leverantörer var LP Måleri i Helsingborg AB (LP Måleri). Sedan L. Olssons Måleri AB ansökt om överprövning av upphandlingen beslutade förvaltningsrätten genom dom den 5 juli 2019, i mål nr 2516--2518-19, om rättelse på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan en ny anbudsutvärdering gjorts, varvid anbudet från LP Måleri inte får beaktas. Domen överklagades till Kammarrätten i Göteborg som den 19 augusti 2019, i mål nr 3912--3914-19, beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därmed fast.

Staden har den 24 september 2019, sedan anbudet från LP Måleri förkastats, lämnat ett nytt besked om tilldelning, vari framgår vilka sex leverantörer Staden beslutat att anta i upphandlingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

LP Måleri ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Upphandlingen är otydlig och rymmer oproportionella krav varför den måste göras om. Det framgår inte i upphandlingsdokumentet att man måste redovisa vilka beräkningar som ligger bakom ett anbudspris. Det är egalt vilka övervägande LP Måleri gjort när anbudspriset för målare beräknats. Bolaget är beredda att leverera måleritjänster för angiven summa per timme. Syftet med kravet på att ange kostnad för arbetsledare separat måste vara att upphandlande myndigheter inte vill ha en obehaglig överraskning

när fakturan kommer. Staden eftersträvar tydlighet. Det kan då inte ha någon betydelse om kostnaden för arbetsledning inryms i måleritimpriset eller inte. Det viktiga måste vara att Staden inte behöver betala mer än angiven timpenning för måleritjänster. Om upphandlingsdokumentet ska tolkas på annat sätt är det otydligt formulerat. Det kan inte vara så att anbudsgivaren ”måste” ange en viss krona för arbetsledning om man istället vill låta den rymmas i måleritjänsten. Resultatet blir ju detsamma, det blir bara en omfördelning av kostnad. På samma sätt ska kostnaden för BAS-P och Bas-U ”bakas in” någonstans. I LP Måleris fall är det inbakat i måleritimpriset, men andra anbudsgivare kan ha lagt in kostnaden i arbetsledning etc.

Alla krav måste enligt LOU vara proportionella. Om kravet ska tolkas så som förvaltningsrätten menar är det oproportionerligt. Kravet fyller inget syfte eftersom LP Måleri är bundet av de angivna priserna. Om LP Måleri angivit 10 kr för arbetsledare och dragit av motsvarande för måleritjänster (med beaktande av viktning) är slutsumman densamma. Staden hade fått betala samma pris. Alla anbud har givetvis en kostnad för arbetsledning någonstans (ingen bjuder på det). Det kan vara antingen under en separat post under ”arbetsledning” eller inbakat någon annanstans. Kravet att man måste bryta ut kostnaden för arbetsledning och separat redovisa den bryter mot såväl transparensprincipen som proportionalitetsprincipen. Det är inte förenligt med LOU att ställa så detaljerade och dessutom irrelevanta krav. Ovidkommande krav begränsar konkurrensen. LP Måleri lider skada av det inträffade. Upphandlingen ska göras om och bolaget får därmed en ny chans att lägga anbud i upphandlingen. Genom det får LP Måleri en god chans att tilldelas ramavtalet. Det räcker att risk för skada ska anses föreligga.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. LP Måleri gör gällande att upphandlingen är otydlig. Enligt vad som framgår av Upphandlingsdokumentet, punkten 5.1, ska de anbud antas som är de ekonomiskt mest fördelaktiga på grund av pris. Anbudsgivaren ska härvid i en särskild

prisbilaga lämna timpriser som kommer utgöra grund för utvärderingen. Angivna timpriser multipliceras med en fiktiv angiven volym som därefter summeras och som utgör jämförelsepriset.

Timpriser ska anges för fem (5) olika kategorier enligt nedan:

- 1) Arbetsledare, kvällar/helger
- 2) Arbetsledare, vardagar 07.00-17.00
- 3) Konsult/projekteringsledare, vardagar 07.00- 17.00
- 4) Målare, kvällar/helger
- 5) Målare, vardagar 07.00-17.00

I Upphandlingsdokumentet punkten 5.2 anges att i timpriset ska samtliga kostnader ingå som är förenade med uppdraget *"såsom löner, påslag för sociala kostnader, samtliga arbetsresor, restidsersättning och traktamenten, arbetsledning, försäkringar och övriga omkostnader, nyckelhantering, avgifter enligt lagar och avtal, försäkringar övriga omkostnader, räntor, centraladministration, risk och vinst. Vidare ska i timpriset ingå handmaskiner, handverktyg och mindre redskap, personlig skyddsutrustning, specialverktyg - vilka behövs för efterfrågad tjänst, servicebil med utrustning och släp, förbrukningsmaterial såsom material som anses marginellt, exempelvis skyddspapper samt allmänna hjälpmedel och allmänna arbeten, BAS-P och BAS-U."* Under frågor och svar inkom det den 23 november 2018 en fråga som löd enligt följande. *"I punkt 5.2 tilldelningskriterier anges att i timpris så ska bl.a. arbetsledning ingå. Samtidigt ska timpris lämnas för arbetsledare. Detta är en motstridighet som måste förtydligas. Ska arbetsledning ingå i lämnade timpriser eller inte?"* Som svar på frågan har Staden samma dag angett följande. *"pris på arbetsledning ska lämnas för sig. I beskrivningen kring vad som ska ingå i timpris under punkt 5.2 stryks 'arbetsledning'. I övrigt är punkten oförändrad."*

LP Måleri har, liksom flera andra anbudsgivare, lämnat noll-priser för kategorierna Arbetsledare (vardagar och kvällar/helger) och Konsult/projektledare (vardagar). I anledning härav har Staden i enlighet med 16 kap 7 § LOU begärt att leverantörerna ska förklara de låga timpriserna då anbuden förefaller vara onormalt låga. Enligt vad som framgår av bolagets förklaring så ingår i timpriset för målare bl.a. kostnad för arbetsledning.

Förvaltningsrätten har i dom den 5 juli 2019 i mål nr 2516--2518-19 gjort bedömningen att LP Måleri inte har uppfyllt kravet så som det har formulerats av Staden eftersom bolagets kostnader för arbetsledning ingår i timpris för målare. Bolaget har därmed inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

Utvärderingsmodellen och utvärderingskriterierna är klart och tydligt beskrivna i förfrågningsunderlaget och alla anbudsgivare har getts samma förutsättningar för att kunna förstå vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen. Anbudsgivarna har därmed erhållit tillräckligt med information för att kunna utforma sina anbud. Av utvärderingsdokumentet jämte frågor och svar framgår det klart och tydligt på vilket sätt anbuderna kommer utvärderas, vad som kommer tillmätas betydelse och hur det ska anges. Pris på arbetsledning ska lämnas för sig vilket LP Måleri inte har gjort och därmed, i enlighet med förvaltningsrättens bedömning, inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

LP Måleri gör vidare gällande att kravet på anbudsgivarna att ange priset för arbetsledning separat står i strid med proportionalitetsprincipen. En upphandlande myndighet har stor frihet att utifrån de behov som myndigheten har i den aktuella upphandlingen att utforma upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller. Staden kan inte se annat än att den tillämpade utvärderingsmodellen i den aktuella upphandlingen har varit tillräckligt tydlig för att leverantörer på grundval av detta har kunnat bedöma vad som tillmätts betydelse vid upphandlingen och att leverantören utifrån vad som

anges i underlaget kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Staden kan heller inte se att någon av de grundläggande principerna har trätts förnär vid utformandet av utvärderingsmodellen. Det miste anses vara fullt naturligt och normalt att en som upphandlande myndighet vill ha olika typer av priser redogjorda och specificerade var för sig för att se hur kostnadsfördelningen kommer se ut för Staden.

I upphandlingen ställs krav på personalens kompetens och erfarenhet men även krav på arbetsfrämjande insatser. Den anbudsgivare som får uppdraget ska samarbeta med Arbetsmarknadsförvaltningen i syfte att integrera människor på arbetsmarknaden. Arbetsfrämjande insatser kan t.ex. vara att erbjuda praktikplatser. Stadens förhoppning är att dessa personer, som genom entreprenörens samarbete med Arbetsmarknadsförvaltningen, får möjlighet att ta steget närmare arbetslivet och faktiskt också ska få prova på arbetet. Detta går emellertid inte riktigt hand-i-hand med de krav som ställs på målaren som ska utföra uppgiften varför punkten 4.1 har formulerats enligt följande;

"I de uppdrag då erbjuden målare är under utbildning och/eller vid uppdragets utförande inte uppfyller krav om erfarenhet ska arbetsledare kontrollera och ansvaraför det arbete som utförs."

Staden ville därmed möjliggöra för entreprenören att faktiskt kunna ta betalt för denna arbetsledning separat varför "Arbetsledare" har angetts som en egen kategori i utvärderingen av priset.

Utifrån vad som angivits ovan kan Staden inte se att kravet på att specificera sina kostnader kan begränsa konkurrensen eller att någon blir missgynnad eller utesluten på grund av att det finns ett krav på att man ska redovisa sina priser fördelade utifrån olika kategorier. Tvärtom, så möjliggör det för anbudsgivarna att kunna ta betalt för det arbete som utförs i samband med att man använder praktikanter vid utförandet av uppdraget. Utvärderingsmodellen är dessutom utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande

resultat, dvs det är de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudena som kommer antas.

Utvärderingskriterierna eller utvärderingsmodellen står således inte i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna och då särskilt proportionalitetsprincipen och transparensprincipen. Bolaget har heller inte kunnat visa eller konkretiserat på vilket sätt de lidit eller kan komma att lida skada i anledning av de påstådda bristerna. Under sådana omständigheter ska ansökan avslås.

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.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Upphandlingsdokumentet i relevanta delar

Av punkten 5.2 *Tilldelningskriterier – Pris* framgår bl.a. följande. Anbudsgivare ska lämna efterfrågade timpriser i prisförfrågan i Kommers. I timpriset ska ingå samtliga kostnader förenade med uppdraget såsom löner, påslag för sociala kostnader, samtliga arbetsresor, restidsersättning och traktamenten, arbetsledning m.m.

Av anbudsprisformuläret framgår bl.a. följande.

- Arbetsledare, kvällar/helger
- Arbetsledare, vardagar 07.00-17.00
- Konsult/projektledare, vardagar 07.00-17.00
- Målare, kvällar/helger
- Målare, vardagar 07.00-17.00

I frågor och svar har bl.a. följande fråga ställts: ” I punkt 5.2 tilldelningskriterier anges att i timpris ska bl.a. arbetsledning ingå. Samtidigt ska timpris lämnas för arbetsledare. Detta är en motstridighet som måste förtydligas. Ska arbetsledning ingå i lämnade timpriser eller inte?”

Staden har lämnat följande svar:”Pris på arbetsledning ska lämnas för sig. I beskrivningen kring vad som ska ingå i timpris under punkt 5.2 stryks arbetsledning. I övrigt är punkten oförändrad”.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. LP Måleri gör gällande att kravet avseende angivande av kostnaden för arbetsledning är otydligt och att kravet, om det innebär att kostnaden för arbetsledning måste brytas ut och redovisas separat, är oproportionerligt. Upphandlingen har därmed enligt bolagets mening genomförts i strid med principerna om transparens och proportionalitet.

För att konkurrens ska ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt upphandlingsdokument. Av upphandlingsdokumentet ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas.

Enligt förvaltningsrättens mening var det i upphandlingsdokumentet ursprungligen inte tydligt hur kostnaden för arbetsledning skulle anges. Detta eftersom det i anbudsprisformuläret framgick att timpris för ett antal poster,

däribland arbetsledning, skulle anges samtidigt som det i upphandlingsdokumentets punkt 5.2 angavs att offererade timpriser i prisförfrågan skulle omfatta arbetsledning. Sedan förtydligande i detta avseende gjorts i frågor och svar, vilka samtliga anbudsgivare har kunnat ta del av, anser förvaltningsrätten emellertid att det i upphandlingen tillräckligt tydligt framgått att anbudsgivarna skulle ange kostnader för arbetsledning separat och att en sådan kostnad således inte fick räknas in i annat timpris. Vad LP Måleri anför avseende bristande transparens utgör därmed inte något skäl för ingripande enligt LOU.

Upphandlande myndighet har stor frihet när det kommer till vilka krav den ställer i en upphandling förutsatt att de grundläggande principerna, däribland proportionalitetsprincipen, iakttas. Proportionalitetsprincipen innebär att kraven inte får ställas högre vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med desamma. Kraven får därmed bl.a. inte vara oskäligt betungande för anbudsgivarna. Vidare måste kraven ha ett naturligt samband med det som upphandlas.

Staden har ställt krav innebärande att anbudsgivarna separat ska redovisa kostnader för arbetsledning avseende i upphandlingen aktuella måleriarbeten. Sådana kostnader får således inte räknas in i andra redovisade timpriser. Syftet med kravet är enligt Staden dels att Staden vill se hur kostnadsfördelningen kommer att se ut, dels att Staden vill möjliggöra för anbudsgivarna som använder sig av praktikanter vid utförandet av uppdraget att kunna ta betalt för det arbete som utförs i samband med detta. Kravet har således ett naturligt samband med det som upphandlas och får anses vara ett ändamålsenligt sätt att uppnå syftet med kravet. Då det enligt förvaltningsrättens mening inte kan bedömas vara oskäligt betungande för anbudsgivarna att redovisa kostnader för arbetsledning separat, och då det inte framkommit att det finns andra mindre ingripande alternativ för att uppnå Stadens syfte med kravet, kan kravet enligt förvaltningsrättens mening inte anses strida mot

proportionalitetsprincipen i LOU. Inte heller vad LP Måleri anför avseende
bristande proportionalitet utgör därmed något skäl ingripande enligt LOU.
Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Bertil Idarsson

Anna Aktermo har föredragit målet.



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 nyårs-afton, 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.