



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-10-26
Meddelad i
Linköping

Mål nr
5590-11
Enhet 2

SÖKANDE

Katrineholms kommun, 212000-0340
641 80 Katrineholm

Ombud:
Advokat Ulf Setterud
Kihlstedts Advokatbyrå HB
Box 350
581 03 Linköping

MOTPART

Katrineholms Fastighets AB, 556011-0917
Box 7
641 21 Katrineholm

SAKEN

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

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011 -10- 2 7 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Katrineholms Fastighets AB:s upphandling avseende yttre skötsel ska göras om.

Dok.Id 61459

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|-----------------------------|---------------|--|--------------|---|
| Box 406 581 04 Linköping | Brigadgatan 3 | 013-25 10 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se | 013-25 11 40 | måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00 |

BAKGRUND

Katrineholms Fastighets AB (KFAB) inbjöd enligt förfrågningsunderlag den 23 mars 2011 att senast den 15 augusti samma år lämna anbud i en upphandling avseende yttre skötsel. Öppet upphandlingsförfarande har använts. KFAB har i tilldelningsbeslut daterat den 23 augusti 2011 meddelat att annat anbud än Katrineholms kommuns vunnit.

Såvitt får förstås skickade KFAB den 23 augusti 2011 en skriftlig underrättelse om sitt tilldelningsbeslut och angav i denna att avtal kommer att ingås efter den 2 september 2011. Katrineholms kommuns nu aktuella överprövningsansökan kom in till förvaltningsrätten den 7 september. KFAB har uppgett att kontrakt inte har tecknats.

YRKANDEN M.M.

Katrineholms kommun (kommunen) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om.

KFAB bestrider bifall till ansökan.

Kommunen anför till stöd för sin talan bl.a. följande. – *Leverantörskvalificeringen*. Förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet och transparens. En anbudsgivare kan inte utifrån innehållet i underlaget få en klar uppfattning om vilka kvalifikationskrav avseende utbildning, yrkeskvalifikationer och maskinell utrustning som ska uppfyllas. Under punkten 11.4 i ”PM för anbudsgivare” (som ingår som bilaga i förfrågningsunderlaget) förklaras inte närmare vad som avses med ”kompetens, metoder och kapacitet för denna typ av entreprenad”. Därmed är det oklart vad som ska styrkas med bevis på teknisk förmåga och kapacitet. Det vinnande anbudet innehåller en sammanställning av kunskaper, erfarenheter och färdigheter (CV) för en person. Det ifrågasätts om det kan anses styrka att leverantörens ”utbild-

ning och yrkeskvalifikationer” är tillräckliga för att uppfylla kvalifikationskraven. I förfrågningsunderlaget anges under punkten 11.4 att anbudsgivare ska ha goda referenser. Vad som avses med det är oklart. Beträffande det vinnande anbudet har ingen av de beställare som hänvisats till lämnat något omdöme om leverantören. Det framgår inte heller om KFAB har kontaktat någon av de personer som angetts i det vinnande anbudet. KFAB har inte ens i efterhand försökt förtydliga hur kvalificeringsfasen har genomförts. Att KFAB tycker att den vinnande leverantören har varit bra tidigare är inte ett kvalifikationskrav som uppfyller lagens krav på transparens och likabehandling.

Anbudsutvärderingen. Kommunen har sammantaget lämnat lägre priser än det vinnande anbudet. Endast 3 av 16 angivna à-priser har dock utvärderats. Därmed har inte anbudet med lägsta pris vunnit. Utvärderingen får ett felaktigt utfall om 13 av 16 lämnade à-priser viktas till noll. Det vinnande anbudet innehåller uppseendeväckande låga priser för de tjänster som tagits med vid utvärderingen och jämförelsevis betydligt högre priser för de 13 övriga tjänsterna. Hänsyn har inte tagits till offererade entreprenörsarvoden. KFAB:s påstående att entreprenörsarvodet ingår i à-priserna är felaktigt. Av särskilda föreskrifter SF6.12 framgår att arbete på löpande räkning ska ersättas enligt ABFF 04 (Allmänna bestämmelser för fastighetsförvaltning), punkt 36. Det vinnande anbudets offererade entreprenörsarvoden ligger åtta procent högre än kommunens. AFF-definitionen av à-pris är ”pris för enhet som avser arbetsprestation, material, vara, hjälpmedel eller en kombination av dessa, dvs. arbete”. Arbete definieras som ”arbetsprestation och därvid använda hjälpmedel, samt då avtalats, material och varor”. Enligt AFF-definitioner används därmed à-pris för en i förväg bestämd arbetsprestation, vilket inte ska förväxlas med arbete på löpande räkning. De priser som KFAB begärt in är timpriser som typiskt sett används vid arbete på löpande räkning.

KFAB anför som grund för bestridandet bl.a. följande. – *Leverantörskvalificeringen*. Alla som har lämnat anbud uppfyller de efterfrågade kvalifikationerna och har lämnat fullgott underlag. Det framgår klart och tydligt av förfrågningsunderlaget vad som eftersöks beträffande teknisk förmåga och kapacitet. Samtliga anbudsgivare har lämnat referenser. Den vinnande entreprenören har, liksom kommunen, lämnat KFAB som referens. Eftersom KFAB under den senaste avtalsperioden haft dessa som skötselentreprenörer, har egna erfarenheter använts i kvalificeringen. Dessa egna referenser har tillsammans med anbudsgivarnas bifogade underlag bedömts som kvalificerande. Underlaget måste bedömas i sin helhet av anbudsgivaren.

Anbudsutvärderingen. Under punkt 12 i ”PM för anbudsgivare” framgår klart och tydligt hur utvärderingen ska göras och vilka kriterier som tillmäts betydelse. De delar som värderas i à-prislistan är arbetare inklusive arbetsledning, markprojektering och snöröjning på tak inklusive utrustning. Dessa à-priser har valts utifrån föregående avtalsperiods nyttjande och är även rangordnade inbördes i procent. Övriga à-priser kan komma att avropas. I samtliga à-priser ingår entreprenörsarvodet i enlighet med ABFF och påverkar inte utfallet i värderingen. Enligt definitionen på à-pris i ”Aff-definitioner 10, sidan 5” ingår entreprenörsarvodet i avlämnade à-priser, vilket tydligt kommer att framgå i kommande kontrakt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagtext m.m.

Om den upphandlande enheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantör lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 5 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 11 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelser-

na i 7-15 §§. Omfattningen av den information som avses i 6-15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De krav som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

Av 12 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten) uttalade i RÅ 2002 ref. 50 bl.a. följande. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentligupphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Leverantörskvalificeringen

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav. Innan ett kontrakt tilldelas ska den upphandlande myndigheten vid den s.k. leverantörskvalificeringen kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§. Syftet med leverantörskvalificeringen är alltså att identifiera de leverantörer som har tillräcklig förmåga att kunna utföra uppdraget. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet. Myndigheten får bara kräva vad som är nödvändigt för att leverantören ska klara av att genomföra det aktuella kontraktet. Kvalificeringskraven ska också ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

I det nu aktuella förfrågningsunderlaget framgår kvalificeringskraven av punkterna 11.1- 4. I punkt 11.4, under rubriken ”Teknisk förmåga, kompetens och kapacitet” ställs som krav att anbudsgivare ska ha kompetens, metoder och kapacitet för den aktuella typen av entreprenad och ha goda

referenser från i omfattning och komplexitet liknande projekt. Vidare framgår:

Som bevis på teknisk förmåga och kapacitet godkänns följande:

- leverantörens utbildning och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter beträffande företagets ledning och särskilt för den eller de personer som är ansvariga för arbetenas utförande
- uppgift om vilka verktyg och vilken maskinell och teknisk utrustning som leverantören förfogar över för utförandet av arbetena
- som bevis räknas även en förteckning över de arbeten som utförts under de fem senaste åren med angivande av referenser.

Exempel på förteckning över referenser: Projekt, beställare, kontaktperson, tel nr, tidpunkt och värde.

KFAB har bedömt att samtliga anbudsgivare uppfyllt kvalifikationskraven. Såväl kommunen som den vinnande leverantören Maskinringen Sörmland har lämnat KFAB som referens. KFAB har angett att, eftersom bolaget har haft båda dessa som skötselentreprenörer under den senaste avtalsperioden, har egna erfarenheter använts i kvalificeringen. Detta tillsammans med anbudsgivarnas bifogade underlag har KFAB bedömt som tillräckligt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det råder relativt stor frihet för upphandlande myndigheter att via kvalifikationskriterier ställa krav på leverantörerna. De krav som valts får dock inte strida mot upphandlingsbestämmelserna. Enligt förvaltningsrättens mening får formuleringen ”kompetens, metoder och kapacitet för denna typ av entreprenad” visserligen anses vara en vag beskrivning av vilka krav som ställs. Det kommunen uppgett kan dock inte med tillräcklig grad av styrka anses visa att förfrågningsunderlaget i denna del skulle bryta mot principerna för offentlig upphandling. Det samma gäller uttrycket ”denna typ av entreprenad” som inte kan förstås annorlunda än som det uppdrag upphandlingen avser, dvs. så som det beskrivs i förfrågningsunderlagets bilaga 2.

Kvalifikationskravet ”goda referenser” innehåller i och för sig ett inte obetydligt mått av osäkerhet främst genom att det saknas en precisering av när en referens ska anses vara god. Förvaltningsrätten bedömer dock att det som kommunen angett inte visar att KFAB har brutit mot de EU-rättsliga principerna eller regelverket i övrigt. Rätten uppfattar inte heller att det kommunen framfört i sitt ifrågasättande av om Maskinringen Sörmland uppfyller kvalifikationskraven inte visar att KAFB brutit mot vad som anges i förfrågningsunderlaget eller mot LOU. Det finns därför inte skäl att på denna grund besluta om ingripande.

Anbudsutvärderingen

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att den har fått in två versioner av förfrågningsunderlagets bilaga 1, ”PM för anbudsgivare”; dels en version som kommunen bilagt sin begäran om överprövning, dels en version som KFAB lämnat in. Båda är daterade den 23 mars 2011. I den förra anges att den valda tilldelningsgrunden är lägsta pris. I den senare anges det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningsgrund. KFAB är förelagts att yttra sig över kommunens begäran inklusive den därtill bilagda promemorian och har inte haft någon synpunkt på att tilldelningsgrunden lägsta pris anges i denna. Med hänsyn till det och till att det inte heller av handlingarna i övrigt finns något som pekar på att den tilldelningsgrund som använts vid upphandlingen skulle ha varit någon annan än lägsta pris, utgår förvaltningsrätten från att det är den tilldelningsgrunden som använts.

Varken i LOU eller i direktivet 2004/18/EG finns det en definition av ”lägsta pris”. Med lägsta pris får förstås att den leverantör som uppfyllt upphandlingens samtliga krav och som har det lägsta priset vinner upphandlingen. Frågan om det sätt på vilket den upphandlande myndigheten angett att lägsta pris ska beräknas är förenligt med LOU, får göras utifrån de principer som LOU bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 9 §

LOU. Den upphandlande myndighet som använder tilldelningsgrunden lägsta pris måste ha ett så tydligt förfrågningsunderlag att anbudsgivare med utgångspunkt i detta kan avgöra vilka prisuppgifter myndigheten tillmäter betydelse och hur anbuden kommer att utvärderas. En utvärdering av anbuden utifrån lägsta pris innebär dock inte att anbudspriset i dess helhet måste beaktas (jfr. Kammarrättens i Jönköping dom den 23 september 2011 i mål 1084-11). Detta gäller även om de utvärderingskriterier som valts inte garanterar att det anbud som har det lägsta totalpriset tilldelas kontraktet i första hand.

Utredningen i målet innehåller i nu aktuell del bl.a. följande.

Avsnitt 12 i förfrågningsunderlaget har följande lydelse.

Lägsta pris.

Vid bedömning av priserna kommer följande delar att tillmätas betydelse, viktat i procent enligt nedan:

Lägsta pris i respektive del ges betyget 10, övriga priser ges en lägre poäng proportionellt i förhållande till det lägsta priset.

| | |
|------------------------------------|------|
| Pris entreprenadområde viktas till | 70 % |
| Å-prislista viktas till | 30 % |

Delar som värderas i å-prislista är följande:

| | |
|-----------------------------------|------|
| Arbetare inkl arbetsledning | 70 % |
| Markprojektering | 10 % |
| Snöröjning på tak inkl utrustning | 20 % |

Till avsnitt 12 har även lagts ett exempel på utvärdering.

I avsnitt 14 anges under rubriken "Ersättning" att pris anges på anbudsformulär, bilaga 11. I anbudsformulären finns bl.a. kolumner för anbudspris per år och "tillk/avg pris per snöröjningstillfälle" respektive per sandnings-tillfälle.

Förfrågningsunderlagets bilaga 12 innehåller en à-prislista, avseende tillsyn av skötsel och mark, för tillkommande arbeten. I den version som kommunen bifogat målet, men inte i den som KFAB lämnat in, finns dessutom ett utrymme nederst i bilagan avsett för att ange entreprenörsarvode ABFF 04 36.1, ABFF 04 36.3 inkl arbetsledning, ABFF 04 36.08 samt entreprenörsarvode ABFF 04 36.9. Den av kommunen inlämnade bilagan har översänts till KFAB. I yttrande har bolaget inte invänt att den bilagan skulle vara felaktig. Förvaltningsrätten uppfattar att det är den versionen som översänts till anbudsgivarna och som därmed också använts i upphandlingen. Rätten noterar vidare att i den bilaga 12 som KFAB lämnat in finns 17 rader för á-priser medan den kommunen översänt innehåller 16 rader. Skillnaden avser ”arbetare” och arbetsledning”.

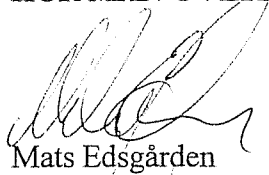
Kommunen har i denna del gjort gällande att KFAB genom att endast utvärdera 3 av sammanlagt 16 à-priser och dessutom bortse från offererade entreprenörsarvodena, felaktigt har bedömt att Maskinringen Sörmland har lämnat det lägsta priset. KFAB har såvitt avser entreprenörsarvodena anfört att i samtliga à-priser ingår entreprenörsarvodet i enlighet med ABFF och att de inte påverkar utfallet i utvärderingen.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att á-priser för arbetare och arbetsledning, markprojektering samt snöröjning på tak inklusive utrustning ska utvärderas. Det förhållandet att denna modell innebär att endast ett fåtal av á-priserna kommer att utvärderas innebär inte att den strider mot LOU. Det finns därför inte skäl att på denna grund besluta om åtgärder enligt lagen.

Förvaltningsrätten uppfattar förfrågningsunderlaget på så sätt att KFAB har begärt en särredovisning av entreprenörsarvodena. Det framgår inte av underlaget att dessa arvoden senare vid utvärderingen ska anses inkluderade i à-priserna. Förfrågningsunderlaget innehåller inte heller någon hänvisning

till allmänna bestämmelser med en sådan innebörd. KFAB:s värdering av priserna följer således inte det som angetts i förfrågningsunderlaget. Det strider mot LOU. Eftersom det kan antas att kommunen till följd av denna felaktighet i vart fall riskerat att lida skada, finns det grund för ingripande enligt LOU. Förvaltningsrätten bedömer att det finns förutsättningar för att besluta att upphandlingen ska göras om.

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



Mats Edsgården

Föredragande har varit Gustaf Mark.



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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.