



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2016-06-09
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
929-16

SÖKANDE

B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag, 556109-5596

Ombud: Jur.dr Catrin Karlsson
Amber Advokater
Box 363
301 09 Halmstad

MOTPART

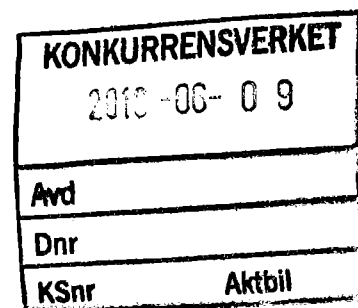
Halmstads kommun
Box 153
301 05 Halmstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 393821

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
Telefax
031 - 711 78 59
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Halmstads kommun genomför en upphandling enligt LOU – öppet förfarande – av ramavtal för byggnads- och installationsarbeten samt reparations-, underhålls-, service-, och ombyggnadsarbeten, Entreprenad/hantverkstjänster – Bygg, dnr KS 2015/0633. Ramavtalet ska ingås med fem leverantörer och kontrakt med ramavtalet som grund ska tilldelas efter avrop till leverantörerna i rangordning – gäller för avrop som bedöms uppgå till maximalt 1 000 000 kr – eller efter förnyad konkurrensutsättning – gäller för avrop som bedöms uppgå till mellan 1 000 000 och 4 000 000 kr.

Enligt tilldelningsbeslut den 21 januari 2016 har Halmstads kommun beslutat att ramavtal ska ingås med fem leverantörer och att bl.a. rangordna leverantörerna Tage och Söner Byggnads AB som nr 1 och B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag som nr 2.

YRKANDEN M.M.

B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag yrkar att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandling med stöd av LOU. Bolaget anser att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att Tage och Söner Byggnads AB:s anbud förkastas. Bolaget anser att förvaltningsrätten i andra hand ska besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande.

Den högst rangordnade leverantören – Tage och Söner Byggnads AB – har lämnat ett anbud som är onormalt lågt och som borde ha förkastats. I förfrågningsunderlaget anges vad som anses vara onormalt låga priser. Vad som är onormalt är dock inte enbart beroende av priset utan av om leverantören kommer att kunna leverera. Den information som lämnats i denna del är således missvisande och har uppfattats på så sätt att anbud understigande

320 kronor per timme inte är möjliga att lämna mer än i begränsade fall. Vidare har kommunen, genom denna skrivning, informerat anbudsgivarna om att bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU kommer att tillämpas och det finns uppgifter i målet som tyder på att det skriftliga förfarande som anges i denna bestämmelse inte följts. Förfrågningsunderlaget tillsammans med kommunens tillämpning av detsamma är godtycklig och medför en otillåten fri prövningsrätt för kommunen.

Därutöver är den förklaring som lämnats av Tage och Söner Byggnads AB till det låga priset inte tillräcklig. De uppgifter som lämnats om timpris och kostnadstäckning är varken korrekta, seriösa eller affärsmässiga. Det är inte möjligt att täcka kostnaderna för bil, handverktyg, arbetsledning etc. med 12 kronor per timme. Det saknas vidare underlag avseende bolagets beräkningar och det kan inte anses tillräckligt att hänvisa till att bolaget även fortsättningsvis önskar ha ett avtal med kommunen. Det finns med en sådan kostnadstäckning en risk för att ett lågt anbudspris kompenseras med överdebitering eller uteblivna svar på avrop. Det finns därmed en inte obetydlig risk för att Tage och Söner Byggnads AB inte kommer kunna att utföra hela eller delar av uppdraget.

Tage och Söner Byggnads AB har inte uppfyllt det obligatoriska kravet på referensuppdrag från två olika uppdragsgivare. Bolaget har visserligen lämnat två referenser men de avser samma uppdragsgivare, dvs. kommunen. Bolaget har därmed tilldelats kontrakt i strid med ett obligatoriskt krav vilket står i strid med likabehandlingsprincipen. Genom att acceptera uppdragsgivarna har kommunen skaffat sig en otillåten fri prövningsrätt.

Villkoren i ramavtalet för den förnyade konkurrensutsättningen är inte vederbörligt specificerade. Listan i ramavtalet är omfattande och innehåller endast exempel på kriterier som kan komma att användas. Det är inte tillåtet att först vid konkurrensutsättningen ange förutsättningarna för utvärdering

och tilldelning. Genom detta förfarande får kommunen en möjlighet att godtyckligt bestämma vad som är bäst.

B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag har lidit skada på grund av ovanstående felaktigheter i upphandlingen eftersom alla avrop kommer att gå till den leverantör som rangordnats som nummer ett. Denna placering i rangordningen skulle B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag ha erhållit om Tage och Söner Byggnads AB och dess anbud bedömts i enlighet med det ovan sagda. Avsaknaden av villkor för tilldelning vid förnyad konkurrensutsättning innebär vidare att B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag kan komma att lida skada.

Med anledning av att Tage och Söner Byggnads AB inte uppfyller de obligatoriska kraven och bolagets förklaring till det låga priset inte är tillfredsställande ska upphandlingen rättas. För det fall förvaltningsrätten anser att tilldelning skett i enlighet med förfrågningsunderlaget är dock detta så otydligt att upphandlingen måste göras om.

Halmstads kommun anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget anger inte någon absolut nedre gräns för priset och kan inte anses missvisande. Förfarandet i 12 kap. 3 § LOU har följts vid hanteringen av anbudet från Tage och Söner Byggnads AB. Detta på så sätt att kommunen den 18 januari 2016 sändt en begäran till bolaget om en förklaring till priset. Den förklaring som Tage och Söner sedan lämnat med innebörden att bolaget med anbudet pressar sina vinstmarginaler och till och med accepterar att gå med förlust för att behålla marknadsandelar är en av rättsordningen accepterad förklaring till låga eller negativa priser. Förklaringen som lämnats är tillräcklig för att visa att anbudet är uppriktigt menat. Det finns ingen anledning att anta att bolaget inte kommer att fullgöra sina skyldigheter enligt upphandlat ramavtal.

När det gäller referensuppdrag, är två olika förvaltningar inom kommunen uppenbart två olika uppdragsgivare. För det fall referenser från två olika uppdragsgivande organisationer hade varit nödvändigt hade kommunen uppgett detta i förfrågningsunderlaget. Termen uppdragsgivare har inte ifrågasatts under ärendets gång.

Kommunen har angett vilka tilldelningskriterier som kan komma att användas vid den förnyade konkurrensutsättningen. Tilldelningsgrunderna är antingen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vilka kriterier som sedan används för att få fram vilket anbud som är det bästa i den aktuella konkurrensutsättningen preciseras vid den förnyade konkurrensutsättningen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Den upphandlande myndigheten ska tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet (5 kap. 7 § första stycket och andra stycket 4 LOU).

En upphandlande myndighet får ställa krav på bl.a. en anbudsgivares tekniska och yrkesmässiga kapacitet (11 kap. 2 § LOU).

En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar (12 kap. 3 § första stycket LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Som framgått anser B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag att Halmstads kommun i den aktuella upphandlingen har brutit mot LOU på följande tre punkter: 1. kommunen har utvärderat Tage och Söner Byggnads AB:s anbud i strid med bestämmelserna om onormalt låga anbud, 2. kommunen har felaktigt bedömt att Tage och Söner Byggnads AB har kapaciteten att fullfölja ramavtalets kontrakt enligt de krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet som har ställts, och 3. kommunen har i ramavtalets förfrågningsunderlag inte tillräckligt specifikt angett tilldelningskriterierna vid en förnyad konkurrensutsättning.

Onormalt låga anbud

I fråga om Halmstads kommuns tillämpning av bestämmelserna om onormalt låga anbud, kan först konstateras att LOU inte hindrar att en upp-

handlande myndighet redan i förfrågningsunderlaget ger uttryck för vad som får anses vara ett onormalt lågt anbud. Att Halmstads kommun har uttryckt uppfattningen att anbudspriser lägre än 320 kr/tim är att anse som onormalt låga, är således inte oförenligt med LOU.

I förfrågningsunderlaget har kommunen angett följande (2.1.7). ”I det fall lägre pris offereras kommer kommunen att begära en förklaring till det låga priset. Om förklaringen ej är tillfredsställande kommer anbudsgivaren att uteslutas från upphandlingen.” Denna ordalydelse i förfrågningsunderlaget ger enligt förvaltningsrättens mening inte något nämnvärt stöd för B. Sjögren i Halmstad Aktiebolags tolkning av kravet. Enligt bolaget har följden av kravet blivit att anbud understigande nivån 320 kr/tim i princip inte har kunnat lämnas. Förvaltningsrätten anser dock till skillnad mot bolaget att ordalagen i den ovan citerade formuleringen ger ett klart stöd för att kravet bör tolkas på det sätt Halmstads kommun gör gällande. En sådan tolkning av kravet innebär att det inte har hindrat leverantörerna att lämna ett anbudspris understigande 320 kr/tim.

Halmstads kommun har i enlighet med både föreskriften i förfrågningsunderlaget (2.1.7) och bestämmelserna om onormalt låga anbud i LOU begärt in en förklaring till Tage och Söner Byggnads AB:s anbud, som var lägre än 320 kr/tim, och bedömt om förklaringen var tillfredsställande. I den inlämnade förklaringen, som är daterad den 20 januari 2016, framhåller Tage och Söner Byggnads AB bl.a. att de redan har en utvecklad och anpassad serviceavdelning för uppdraget i fråga, att det är en viktig del i bolagets affärsstrategi att vidmakthålla den andel av uppdrag inom service och underhåll som upphandlingen omfattar, och att de efter kalkyler och budgetering är tillfreds med lämnat anbudspris. Med en sådan förklaring får kommunen anses ha fått ett tillräckligt underlag för att bedöma huruvida bolaget kan fullgöra kontraktet i enlighet med bl.a. lämnat anbudspris. Underlaget har vidare enligt förvaltningsrättens uppfattning inte gett

kommunen anledning att ifrågasätta bolagets förmåga i detta hänseende. Förklaringen är således tillfredsställande i både förfrågningsunderlagets och LOU:s mening. Kommunen har därmed inte heller varit skyldig att förkasta Tage och Söner Byggnads AB:s anbud.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunen inte har utvärderat Tage och Söner Byggnads AB:s anbud i strid med bestämmelserna om onormalt låga anbud.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

När det gäller ställt krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet, menar B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag att kravet på referensuppdrag enligt 3.1.5 i förfrågningsunderlaget – referensuppdragen ska avse olika uppdragsgivare – inte har följts beträffande Tage och Söner Byggnads AB. Enligt B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag medger inte kravet att olika uppdrag för en och samma kommun, Halmstads kommun, ska anses som referensuppdrag för olika uppdragsgivare. Halmstads kommuns invändning mot detta är att begreppet ”olika uppdragsgivare” medger att olika förvaltningar inom en och samma kommun i detta sammanhang behandlas som olika uppdragsgivare.

B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag har till stöd för sin uppfattning åberopat att flera anbudsgivare sannolikt hade åberopat enbart uppdrag för Halmstads kommun, om det hade varit möjligt. Den åberopade omständigheten ger dock enligt förvaltningsrättens mening inte något nämnvärt stöd för att begreppet ”olika uppdragsgivare” bör tolkas på det sätt som bolaget gör gällande. I övrigt har varken bolaget eller Halmstads kommun åberopat några särskilda omständigheter till stöd för sina respektive ståndpunkter. Ordalagen enligt 3.1.5 i förfrågningsunderlaget ”Referensuppdragen skall avse olika uppdragsgivare” är sådan att den tolkning Halmstad kommun har gjort ryms inom begreppet ”olika uppdragsgivare”. I målet har enligt

förvaltningsrättens bedömning inte framkommit att begreppet skulle ha en mer begränsad innebörd.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att kommunen inte har förfarit felaktigt när den bedömt att Tage och Söner Byggnads AB har kapaciteten att fullfölja ramavtalets kontrakt enligt de krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet som har ställts enligt 3.1.5 i förfrågningsunderlaget.

Tilldelningskriterier vid förnyad konkurrensutsättning

Av 5.1.4.2 i förfrågningsunderlaget framgår att kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning ska tilldelas den leverantör ”som lämnar det bästa anbudet”. Det framgår vidare av en uppräknings vilka ”krav/tilldelningskriterier” som ”kan komma att användas”. Av förfrågningsunderlaget följer vidare att Halmstads kommun och 8 kommunala bolag ska, med några begränsningar, vara berättigade att avropa från ramavtalet.

Att i ett ramavtals förfrågningsunderlag inte ange vilken av LOU:s tilldelningsgrunder som senare ska användas vid en förnyad konkurrensutsättning är inte oförenligt med bestämmelserna om ramavtal i LOU. Det är tillräckligt att valet av tilldelningsgrund görs i samband med den förnyade konkurrensutsättningen. Det är inte heller oförenligt med LOU att i ramavtalets förfrågningsunderlag räkna upp ett stort antal tilldelningskriterier som ska användas vid tilldelning av kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning. En sådan uppräknings får även vara exemplifierande i den bemärkelsen att samtliga uppräknade kriterier inte behöver ingå som tilldelningskriterier vid den förnyade konkurrensutsättningen. Däremot är det vid den förnyade konkurrensutsättningen inte tillåtet att lägga till kriterier som tidigare inte angetts i ramavtalets förfrågningsunderlag.

Det B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag har anfört beträffande den förnyade konkurrensutsättningen innebär alltså inte att tilldelningskriterierna för den förnyade konkurrensutsättningen inte har specificerats i den omfattning som LOU kräver. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Halmstads kommun har specificerat kriterierna för förnyad konkurrensutsättning i enlighet med LOU.

Sammanfattning

B. Sjögren i Halmstad Aktiebolag har inte gjort sannolikt att Halmstads kommun i den nu aktuella upphandlingen av ramavtal har brutit mot bestämmelserna i LOU. B. Sjögren i Halmstad Aktiebolags ansökan ska därför avslås.

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


Mattias Almqvist

Rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitat 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.