



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-09-14
Meddelad i Uppsala

Mål nr
3163-11 E
Enhet 2

SÖKANDE

Ingenjörgruppen Ståhlkloo AB, 556160-2722
Svärdsjögatan 19
791 31 Falun

MOTPART

Bostads AB Mimer
Box 1170
721 29 Västerås

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-09-21 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Bostads AB Mimers upphandling "Konsulttjänster inom fackområde ventilation", dnr 201101-4

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar Ingenjörgruppen Ståhlkloo AB:s yrkande om att förvaltningsrättens ska tilldela bolaget ramavtalet samt avvisar yrkandet om ersättning för utebliven vinst.

Förvaltningsrätten avslår Ingenjörgruppen Ståhlkloo AB:s ansökan om överprövning av Bostads AB Mimers upphandling "Konsulttjänster inom fackområde ventilation", dnr 201101-4.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 16 juni 2011 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Bostads AB Mimer (härefter Mimer) har genomfört upphandling (förenklat förfarande) ”Konsulttjänster inom fackområde ventilation”, dnr 201101-4 (härefter upphandlingen). Ett av de bolag som lämnat anbud är Ingenjörsgruppen Ståhlkloo AB (härefter bolaget). Tilldelningsbeslut fattades den 8 juni 2011. Bolaget har den 8 juni 2011 meddelats att dess anbud inte tagits med vid utvärderingen. Som skäl har angetts att dess anbud är onormalt lågt och att, vid begärd förklaring till det låga anbudet, Mimer inte fått tillfredsställande svar.

Förvaltningsrätten har den 16 juni 2011, på talan av bolaget, förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN

Bolaget

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ger Mimer i uppdrag att rätta anbudsutvärderingen och tilldela bolaget ramavtalet. Bolaget yrkar även ersättning för utebliven vinst samt att fullständig anbudsutvärdering och samtliga inkomna anbud tillsänds bolaget för avgörande av dess innehålls korrekthet. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Mimer har på eget bevåg annullerat bolagets anbud med hänvisning till att dess timarvode är för lågt. Bolaget bestrider detta då bolaget offererat i enlighet med förfrågningsunderlaget och ersättningen är bolaget tillfyllest. Bolaget var klart och tydligt i sitt svar till Mimer. Bolaget kommer till Mimer leverera korrekta och fullvärdiga tjänster helt enligt förfrågningsunderlaget och därför finns inga skäl att annullera bolagets anbud. Skälet till bolagets telefonsamtal med Mimer var att få klarhet i varför Mimer annullerat bolagets anbud som bolaget lagt stor möda på och som var viktigt för en etablering i Västerås. Bolaget förklarade härvid att anbudet var kor-

rekt och med en långsiktig strategisk målsättning att etablera långsiktiga och professionella kontakter på en ny marknad i Västerås. Bolaget informerade om att dess prissättning till stor del liknat vad andra stora teknik-konsultföretag offererat och fått ramavtal med liknande kommunala bolag och att det därför finns praxis och legalitet för liknande prissättning i konkurrens och upphandlat enligt LOU. Bolaget fick ingen som helst respons på dess argumentation utan Mimer ”hade fattat sitt beslut”. Bolaget anser att annulleringen av dess anbud strider mot LOU:s krav på likabehandling då bolaget offererar tjänster av högsta kvalitet till ett pris det själv valt och är nöjt med vilket är grundvalen för en offentlig konkurrensupphandling. Snarare är det ett brott mot denna att inte upphandla det förmånligaste anbudet.

Mimer har i förfrågningsunderlaget brutit mot likabehandlingsprincipen genom att förfördela lokala leverantörer gentemot leverantörer utanför Västerås, två mils avstånd, med ett pristillägg på offererade timpriser. Bolaget har för avsikt att etablera sig i Västerås och förhindras av detta. Enligt förfrågningsunderlaget utgår ingen ersättning för resor vilket bolaget till fullo kalkylerat med i dess anbud. Att som Mimer anta att bolagets nuvarande placering påverkar bolagets debitering är att anklaga anbudsgivare utanför Västerås för att vara oseriösa och oprofessionella genom att påverka debiteringen. Dessutom förhindrar det anbudsgivare från andra orter att långsiktigt kunna etablera sig i Västerås vilket i sig bidrar till en ”inre marknad” inom Västerås. Detta är därför ett hinder för fri konkurrens och tillika ett brott mot likabehandlingsprincipen enligt LOU. Andemeningen med bolagets anbud var att etablera sig i Västerås. Mimer har uppgett att ”om anbudsgivare angett att man kommer ha en etablering i och utgå från Västerås, så utgår inget pristillägg vid utvärderingen.” Denna information framgår inte av förfrågningsunderlaget och kan således inte vara ett utvärderingskriterie. Hade den informationen funnits i förfrågningsunderlaget vilket för att detta ska gälla, är ett krav, hade bolaget naturligtvis svarat att

bolaget ”utgår” från Västerås. Förfarandet antyder en underton om skydd av lokala leverantörer mot nya externa leverantörer.

Bolaget har utan framgång försökt få kopia på samtliga inkomna anbud i denna förfrågan men förvägrats detta. Det hindrar bolaget från att utvärdera övriga anbud och granska eventuella ytterligare felaktigheter.

Bolaget har gjort en kompletterande anbudsutvärdering med dess anbud och finner att den rankar bolaget som nummer ett. Därmed är det fastlagt att bolaget lidit skada enligt LOU. – Bolaget inger och åberopar egen anbudsutvärdering samt anbudsutvärdering i tidigare upphandling.

Mimer

Mimer bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. I projekt där ett konsultföretag anlitas, finns normalt en uppdragsansvarig konsult och handläggande konsulter. Arbetsfördelningen, och därmed också debiteringen, för de olika konsulterna brukar vara uppdragsansvarig konsult cirka 30 procent och handläggande konsulter cirka 70 procent av arbetsinsatsen, vilket också avspeglas i viktningen vid beräkning av det genomsnittliga timpriset. Under löpande uppdrag är det konsultföretaget som avgör vilka som arbetar med uppdraget och därmed hur debiteringen fördelar sig mellan de olika konsulterna. Det är således möjligt för konsultföretaget att i sin arbetsfördelning lägga all tid på den handläggande konsulten. Vid konsultuppdrag är det viktigt att rätt medarbetare allokeras för uppdraget så att rätt kompetens utnyttjas för att uppnå bästa resultat i förhållande till nedlagd tid. En transparent prissättning är därvid en självklarhet.

Bolaget angav i sitt anbud att timkostnaden för uppdragsansvarig konsult var 1 kr och för handläggande konsult 650 kr. Övriga anbudsgivare har lämnat anbud på 575 – 720 kr för uppdragsansvarig konsult och 525-700 kr

för handläggande konsult. Med anledning av den låga timkostnaden för uppdragsansvarig konsult skrev Mimer till bolaget och begärde en förklaring. I sitt svar uppgav bolaget följande: ”Vi har kalkylerat med offere-rad timpenning för uppdragsansvarig i detta ramavtal. Vi har för avsikt att följa det till fullo. Timersättningen är för oss tillfyllest.” I ett telefonsamtal härefter mellan Mimer och bolaget uppgav bolaget att enkronasbudet avseende uppdragsansvarig konsult var lagt av ”taktiska skäl” och att bolaget förlorat andra anbudsgivningar på grund av att andra anbudsgivare lämnat taktiska anbud på motsvarande sätt som bolaget nu lämnat anbud. Eftersom svaret inte tydde på att bolaget hade någon konkurrensfördel jämfört med de andra anbudsgivarna och inte heller i övrigt innebar en rimlig förklaring till det onormalt låga anbudet med avseende på uppdragsansvarig konsult, bedömde Mimer att svaret inte var tillfredsställande och förkastade därför anbudet. Den bakomliggande farhågan för den åtgärden var att bolaget, om anbudet antogs, skulle kunna komma att debitera all, eller större delen av, nedlagd tid från den handläggande konsulten och därigenom undgå att behöva leverera konsulttjänster till underpris.

Utvärderingsgrunden har införts för att vid utvärderingen i någon mån jämställa/nollställa kostnaden för konsulter som inte har någon etablering i Västerås, med lokalt etablerade konsulter. Detta utifrån premissen att ett företag som inte är etablerat i Västerås ofrånkomligen kommer att använda mer tid för resor än ett lokalt etablerat företag, vilket kan antas komma att påverka debiteringen mot Mimer. Mimer anser att denna utvärderingsgrund är i sammanhanget berättigad och icke-diskriminerande. Om en anbudsgivare angett att man kommer att ha en etablering i och utgå från Västerås, så utgår inget pristillägg vid utvärderingen.

Mimer har haft grund för att förkasta bolagets anbud. Det saknas då anledning att pröva om bolaget lidit skada på grund av pristillägget vid utvärderingen. Skulle det ändå bli aktuellt med en sådan prövning anser Mimer att

pristillägget måste betraktas som, i sammanhanget, berättigat och icke-diskriminerande och som ett sätt att "nollställa" anbudet. Beträffande utfående av allmän handling så finns handlingarna tillgängliga på Mimers kontor, vilket också meddelats sökanden.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

I 15 kap. 17 § LOU anges att 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 tillfredsställande svar.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § 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.

Utredningen i målet

I de administrativa föreskrifterna, punkt AUB52 anges följande.

Värderingsgrunder vid utvärdering av anbud

Prövning av anbud kommer att göras enligt nedanstående kriterier.

Genomsnittligt timpris

70 procent

Referenser/CV

30 procent

Timpris

Utvärderingen utförs enligt följande:

Timarvode för uppdragsansvarig kommer att viktas med 30 procent

Timarvode för handläggare kommer att viktas med 70 procent

Utfallet av viktningen utgör medeltimkostnaden.

Lägsta pris ger 100 p övriga priser ges poäng i förhållande till avvikelsen.

För konsulter som har huvuddelen av sin verksamhet mer än 2 mil från Västerås får ett pristillägg på 5 procent vid utvärderingen p.g.a. ökade kostnader för restid.

Utvärdering

Utvärdering görs av företagets referenser och personalens CV (bl.a. relevant utbildning).

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet erhåller uppdraget.

I de administrativa föreskrifterna, punkt AUC.61 "Ersättning" anges bl.a. följande.

Rörligt arvode

Arvodet utgår i form av fast timersättning enligt ABK09, som betalas efter nedlagd tid med för varje personalkategori överenskomna timersättning. Konsulten ska upprätta budget för sitt åtagande vid rörligt arvode. Budgeten ska vara fördelad på olika ingående arbetsuppgifter, samt beräknad tidsåtgång för respektive personalkategori. För mindre uppdrag kan t.ex. endast handläggare anlitas.

Särskild ersättning

Ersättning för resor, arbetskopior och datahjälpmedel ska ingå i arvodet.

Förvaltningsrättens bedömning

Mimer har uppgett att det inte kan meddela när upphandlingsförfarandet beslutades men att annons gick ut den 4 april 2011. Förvaltningsrätten gör därvid bedömningen att det är LOU i dess lydelse efter den 15 juli 2010 som ska tillämpas.

När det gäller bolagets yrkande om att utfå fullständig anbudsutvärdering och samtliga inkomna anbud har Mimer anfört att det upplyst bolaget att handlingarna finns tillgängliga på Mimers kontor. Enligt förvaltningsrättens mening får yrkandet därmed anses förfallet och föranleder ingen vidare åtgärd från förvaltningsrättens sida.

Vad gäller bolagets yrkande om ersättning för utebliven vinst tolkar förvaltningsrätten detta som ett yrkande om skadestånd. En skadeståndstalan ska föras hos allmän domstol (se 16 kap. 21 § LOU) och inte hos förvaltningsdomstol. Yrkandet ska därför avvisas.

Det ankommer inte på förvaltningsrätten att förordna att en upphandlande enhet ska tilldela en viss anbudsgivare ramavtal. Bolagets yrkande härom ska därför också avvisas.

Förvaltningsrätten tar här efter först ställning till om Mimers beslut att förkasta bolagets anbud är förenligt med LOU.

Enligt 15 kap. 17 § LOU får ett anbud förkastas om priset är onormalt lågt och den upphandlande enheten efter skriftlig begäran om förklaring inte erhållit ett tillfredsställande svar.

Bedömningen av huruvida ett anbud är orimligt lågt och om det, efter att de förfarandekrav som föreskrivs uppfyllts, kan förkastas av den upphandlande enheten måste ske mot bakgrund av om det är sannolikt att anbudsgivaren kan leverera till de offererade priserna eller inte. Det är den upphandlande enheten som har att visa att anbudsgivaren inte på ett tillfredsställande sätt kunnat förklara sitt låga anbud (se bl.a. Kammarrättens i Stockholm dom den 5 april 2007, mål nr 236-07).

Bolaget har i sitt anbud uppgett att priset per timme för uppdragsansvarig konsult är 1 kr och för handläggande konsult 650 kr. Mimer har funnit anbudet vad gäller uppdragsansvarig konsult onormalt lågt och skriftligen begärt en förklaring varpå bolaget svarat att det kalkylerat med offererad timpenning, att det avser följa avtalet till fullo och att timersättningen är bolaget tillfyllest. Vidare har bolaget i telefonsamtal med Mimer uppgett att anbudet var strategiskt lagt för att bolaget vill etablera sig på en ny

marknad i Västerås. Mimer bedömde inte svaret som tillfredsställande och förkastade anbudet.

Det torde i målet vara ostridigt att det lämnade anbudet om 1 kr för uppdragsansvarig konsult är onormalt låg. Frågan är då om den förklaring bolaget lämnat avseende det onormalt låga anbudet kan anses vara tillfredsställande. Förvaltningsrätten tar vid sin prövning även hänsyn till vad bolaget uppgett vid telefonsamtalet med Mimer eftersom Mimer i yttrande hos förvaltningsrätten uppgett att även vad som där framkom utgjorde grund för att förkasta bolagets anbud.

Ett pris om 1 kr per timme för en konsulttjänst är så nära ett 0-anbud man i praktiken kan komma. Om en anbudsgivare lämnar ett så lågt anbud ankommer det på anbudsgivaren att på begäran lämna en rimlig förklaring till hur anbudsgivaren kan klara av att sälja tjänsten till detta pris. Att hänvisa till nyetablering kan i det här sammanhanget inte anses vara tillräckligt. Inte heller i övrigt innehåller bolagets svar på Mimers begäran någon rimlig förklaring till hur bolaget ska kunna leverera en tjänst till ett så lågt pris som en krona per timme. Detta även med hänsyn tagen till att uppdragsansvarig konsult, enligt vad Mimer uppgett och vad som framgår av viktningen, bedöms användas i mindre utsträckning än handläggande konsult. Mimer får därför anses ha visat att det är osannolikt att bolaget kan leverera tjänsten till det offererade priset. Mimer har därför haft fog för att förkasta bolagets anbud. Skäl för att ingripa mot upphandlingen på denna grund finns därmed inte.

Bolaget har även anmärkt på förfrågningsunderlaget och menar att det strider mot likabehandlingsprincipen att ha ett pristillägg för leverantörer med verksamhet mer än 2 mil från Västerås.

Enligt förvaltningsrättens mening får anbudsgivare anses ha kalkylerat med kostnaden för resor vid avgivande av anbud, eftersom det av förfrågningsunderlaget framgår att resor ska ingå i arvodet. Ett pristillägg vid utvärderingen strider därför, enligt förvaltningsrättens mening, mot principen om likabehandling. Förvaltningsrätten har ovan funnit att Mimer haft fog för sitt beslut att förkasta bolagets onormalt låga anbud. Bolagets anbud har således rätteligen inte gått vidare till utvärdering. Bolaget har inte påstått att det skulle ha utformat det onormalt låga anbudet på ett annat sätt för det fall förfrågningsunderlaget hade varit annorlunda utformat vad gäller pristillägget. Inte heller finns skäl att tro att så skulle skett. Bolaget har därför, enligt förvaltningsrättens mening, varken lidit eller riskerat att lida skada till följd av förfrågningsunderlagets utformning. Inte heller på denna grund finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU)



Per-Erik Nistér
rådman

Målet har handlagts av Christina Kans