


SÖKANDE

KPMG AB, 556043-4465
Box 16106
103 23 Stockholm

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och biträdande jurist Sara Karlsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB, Göteborg
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

MOTPARTER

1. Tingsryds kommun, 212000-0621
Box 88
362 22 Tingsryd

2. Tingsryds Energi AB, 556132-8013
Box 88
362 22 Tingsryd

3. Tingsryds Utvecklings och Fastighets AB, 556730-6583
Box 88
362 22 Tingsryd

4. Stiftelsen Tingsrydsbostäder, 829500-1534
Box 140
362 22 Tingsryd

5. Tingsryds industristiftelse, 829500-4264
Box 88
362 22 Tingsryd

6. Tingsrydsbostäder AB, 556872-6938
Box 140
362 22 Tingsryd

7. Tingsryds Kommunföretag AB, 556876-5035
Box 88
362 22 Tingsryd

Ombud för 2 – 7: Tingsryds kommun, 212000-0621
Box 88
362 22 Tingsryd

KONKURRENSVERKET	
2016-05-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 132794

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen görs

om.

YRKANDEN M. M.

Tingsryds kommun, Tingsryds Energi AB, Tingsryds Utvecklings och Fastighets AB, Stiftelsen Tingsrydsbostäder, Tingsryds industristiftelse, Tingsrydsbostäder AB och Tingsryds Kommunföretag AB genomförde en offentlig upphandling av revisionstjänster. Tre anbud inkom. Genom tilldelningsbeslut den 2 december 2015 utsågs Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (PwC) till leverantör. KPMG AB:s (KPMG) anbud diskvalificerades med motiveringen att bolaget inte hade lämnat fast pris på den lagstadgade revisionen för samtliga kommunala bolag och stiftelser.

KPMG ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen rättas på så sätt att bolagets anbud kvalificeras och tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om. Bolaget anför bl.a. följande. I 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (LOU) stadgas bl.a. att förfrågningsunderlag ska kännetecknas av öppenhet och förutsebarhet. Härutöver ska även utvärderingen kännetecknas av bl.a. öppenhet och förutsebarhet samt leda till ett rättvisande resultat. Den upphandlande enheten måste också genomföra upphandlingen på ett sådant sätt att alla anbudsgivare behandlas lika och att alla anbudsgivare har möjlighet att lämna anbud på lika förutsättningar. Eftersom kommunen felaktigt har beslutat att diskvalificera KPMG:s anbud strider upphandlingen mot de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och transparens. – KPMG tillbakavisar kommunens diskvalificeringsmotivering. I punkt 2 i de administrativa bestämmelserna i förfrågningsunderlaget listas de totalt sex stycken bolag och stiftelser som utöver Tingsryds kommun ingår i upphandlingen. Vidare anges i punkt 3.3 ”Lagstadgad revision i de kommunala företagen” att uppdraget är att genomföra lagstadgad revision i bolagen som anges ovan enligt aktiebolagslagen, stiftelselagen och god redovisningssed enligt FAR. Uppdraget är definierat i lagstiftningen och presenteras därför inte ytterligare här. Alla intyg ska ingå i anbudet. Härtill kan också noteras att det under rubriken

”Krav per företag” i samma punkt endast hänvisas till ett bolag, nämligen Tingsryds Energi AB. Genom regleringen i punkt 5.1.1 i förfrågningsunderlaget anges hur pris ska lämnas. Genom denna reglering tydliggörs för anbudsgivarna att dels priser ska anges i bilaga 2 dels att ingenting utöver det som ska fyllas i under formulären i denna bilaga 2 får tillkomma. KPMG har därför i full överensstämmelse med förfrågningsunderlaget fyllt i bilaga 2 i den del där kommunen genom frågor och svar har medgivit frånsteg. Också avseende denna punkt anges endast Tingsryds Energi AB under rubriken ”Krav per företag”. Beslutet att diskvalificera KPMG:s anbud tycks föranlett av att bolaget har använt den av kommunen bilagda prismatrisen i bilaga 2 till förfrågningsunderlaget. I detta dokument finns två tabeller i vilka anbudsgivare ska lämna prisuppgifter på olika enheter. Full överensstämmelse mellan tabellerna gäller enbart avseende tre punkter. Specifikationsmatrisen är felaktigt utformad. Istället för att göra en procentuell uträkning angavs i matrisen istället kronor. Detta påpekades i frågor och svar och kommunen svarade att det gick bra att lämna uppskattad procentuell tid i offerten, vilket KPMG därefter gjorde. Bolaget har lämnat anbud i full överensstämmelse med de regleringar därom som anges i förfrågningsunderlaget. Priser har lämnats i bilaga 2 förutom det medgivna avsteget avseende specifikation och som heller inte ifrågasätts av kommunen. Genom att diskvalificera KPMG:s anbud har kommunen agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Omständigheten att kraven i upphandlingen är så otydligt utformade att bolaget har uteslutits ur upphandlingen på angivna grund innebär att upphandlingen står i strid med likabehandlingsprincipen. Något utrymme att tolka det i prisformuläret framräknade totalpriset som annat än det totala fasta priset för ”uppdraget” föreligger inte. Den enda rimliga tolkningen är därför att det angivna priset de facto avser samtliga bolag eller stiftelser. Detta till trots har kommunen valt att tolka prisformuläret som exklusivt kopplat till vissa av bolagen eller stiftelserna och med detta som grund förkastat KPMG:s anbud. Någon sådan tolkning av prisformuläret följer inte av förfrågningsunderlaget, varför kommunens agerande strider

mot transparensprincipen. Om inte KPMG:s anbud hade diskvalificerats skulle bolaget sannolikt ha tilldelats kontrakt. KPMG har därför genom kommunens agerande lidit eller i varje fall riskerat att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Anbudet från KPMG innehåller inte samtliga efterfrågade priser. Kommunen tillbakavisar att förfrågningsunderlaget inte skulle ha varit öppet, förutsebart och tydligt. Det framkommer på flera ställen vilka sex bolag som innefattas i benämningen ”samtliga bolag”. Alla anbudsgivare har behandlats lika. Alla har fått samma dokument, alla har fått samma information. Alla har ingivit anbud och på två av dem går det att utläsa den fasta kostnaden per bolag för samtliga bolag. Skulle kommunen ha bett KPMG att inkomma med prisuppgift på de två bolag som saknades i anbudet hade kommunen inte behandlat alla lika. – De bolag som finns uppräknade under punkt 2.1 finns även uppräknade under punkt 1.1 samt på första sidan av inbjudan. I punkt 3.3 står även vad som gäller för samtliga bolag. För att vara extra tydlig med att det finns krav som gäller samtliga bolag som unika krav för vissa bolag har kommunen två olika rubriker. Rubriken ”För samtliga företag” anger kraven som gäller för samtliga företag. Rubriken ”Krav per företag” visar de företag som har unika krav. I detta fall är det endast Tingsryds Energi AB som har unika krav. Detsamma gäller under punkt 5.1.1. KPMG har under anbudstiden inkommit med en begäran om förtydligande som lyder ”Matrisen för specifikationen räknar i kr i stället för tid. Ska vi fränse detta och skriva uppskattad procentuell tid i offerten?”. I svaret öppnar kommunen upp för att om man inte vill använda sig av matrisen så går det bra att skriva in efterfrågad information i anbudet. Det går alltså att själv välja om man vill använda sig av matrisen eller att skriva svaret i löpande text i anbudet. En uppmärksam anbudsgivare hade i detta läge kunnat ställa fråga kring att antalet uppräknade bolag inte överensstämmer på alla ställen mellan förfrågningsunderlaget och bilaga 2, när man ändå ställde frågan om enhet i matrisen. – Matrisen är inte felaktigt utformad. Syftet med

den är inte att göra en procentuell uträkning. Det som är fel i matrisen är att excelformatet är inställt på att ange enheten kr på det som skrivs in i cellen. Det korrekta skulle vara att det inte ska anges någon enhet eller enhet i timmar. I svaret på frågan tydliggör kommunen att det är acceptabelt att ange procentsats så länge kommunen kan räkna ut antalet nedlagda timmar.

KPMG har lämnat pris i bilagan förutom den del som kommunen benämner matrisen. Matrisens innehåll har redovisats i anbudet. Dock har bolaget inte i anbudet specificerat nedlagd tid per yrkeskategori varken i procent eller i timmar för Tingsryds kommunföretag AB eller Tingsrydsbostäder AB. Det medgivna avsteget enligt frågor och svar gällde endast var i sitt anbud man kunde avge efterfrågade uppgifter och i vilken enhet. Medgivandet gällde inte att minska antalet bolag i matrisen. – Under punkt 5.1 visar kommunen hur utvärderingen kommer att gå till. Där finns en sammanställning av kriterier och viktning. Kommunen uppmanar under punkt 2.2 leverantörer att begäran om förtydligande snarast ska ställas till kontaktperson om förfrågningsunderlaget är oklart eller otydligt. Om nu underlaget upplevdes så oklart som det framstälts i KPMG:s ansökan hade anbudsgivaren möjlighet att ställa en fråga för att få ett förtydligande huruvida det gällde att lämna pris på fyra eller sex bolag. KPMG kontaktade de folkvalda revisorernas ordförande den 4 december 2015 och uttryckte då följande. Bolaget hade innan tilldelningen skickats uppmärksammat att de hade missat att lämna fast pris på samtliga bolag. KPMG uttryckte att kommunen borde ha bett bolaget om en komplettering med prisuppgift på de resterande två bolagen. Denna information tyder på att KPMG redan under anbudstiden var medveten om att det på ett ställe i förfrågningsunderlaget angetts fyra bolag istället för sex stycken, men valt att inte fästa någon större uppmärksamhet vid detta.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 4 § LOU överpröva en upphandling.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten, enligt 16 kap. 6 § LOU första stycket, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Brister förfrågningsunderlaget i transparens?

Av KPMG:s talan får utläsas att bolaget anser att förfrågningsunderlaget är behäftat med fel på så sätt att det brister i transparens. Den första frågan i målet är därför om så är fallet.

Enligt transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU måste ett förfrågningsunderlag vara så utformat att det saknas utrymme för feltolkningar av detsamma. Om olika rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka och dessutom tolkar ett visst kriterium i förfrågningsunderlaget på olika sätt

måste förfrågningsunderlaget anses brista i transparens avseende vad som åsyftas med det aktuella kriteriet. Sådana brister påverkar det konkurrensuppsökande skedet och kan därför inte läkas på annat sätt än att upphandlingen görs om (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 20 september 2010 i mål nr 1427-10).

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78 följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jfr HFD 2012 ref. 48 I-II).

Av anbudsinbudans första sida, i dess punkt 1.1 och i dess punkt 2.1 framgår att Tingsryds Energi AB, Tingsryds Utvecklings och Fastighets AB, Stiftelsen Tingsrydsbostäder, Tingsryds industristiftelse, Tingsrydsbostäder AB och Tingsryds Kommunföretag AB är upphandlande enheter förutom Tingsryds kommun. Av punkt 3.3 framgår bl.a. att uppdraget är att genomföra lagstadgad revision i de upphandlande bolagen enligt aktiebolagslagen, stiftelselagen och god revisionssed enligt FAR. Uppdraget är definierat i lagstiftningen och presenteras därför inte ytterligare i förfrågningsunderlaget. Det ingår i yrkesrevisorns uppdrag att samverka med lekmannarevisorerna i respektive bolag. Samverkan och/eller informationsutbyte ska ske om planering, rapportering och bedömningar.

Av punkt 5.1.1 framgår bl.a. följande. Pris ska lämnas på fyra olika kategorier och bilaga 2 ska fyllas i. Pris anges netto i svenska kronor exklusive moms. Eventuella rese,- restids,- logi,- traktamentes- och övertidskostnader

ska vara inräknade i priset för utförande av uppdragen. Inga extra kostnader får tillkomma. Fast pris ska lämnas på uppdrag i form av granskning av kommunens årsredovisning inklusive koncernredovisning samt granskning av ett delårsbokslut. I årsredovisningen ingår även personalbokslut. I uppdraget ingår även att granska boksluten på cirka tjugo stiftelser av varierande storlek. Flertalet av dem har cirka 5 verifikationer per år. Antalet stiftelser kan komma att förändras under avtalstiden. Stiftelser kan komma att försvinna. Granskningen av delårsredovisning samt redovisning ska ge svar på om redovisningen av ekonomi och verksamhet i allt väsentligt är rättvisande och ger en riktig bild över resultatet samt i övrigt uppfyller de krav som anges i kommunallagen vad gäller bl.a. tillförlitlig finansiell rapportering samt graden av måluppfyllelse. Beräknat antal timmar ska presenteras samt hur insatsen kommer att fördelas mellan auktoriserad revisor eller godkänd revisor, konsulter och revisorsassistenter. I det fasta priset ska också ingå mindre konsultation under löpande arbete. Mindre konsultation såsom korta telefonsamtal och enklare frågeställningar skickade via e-post.

För uppdragen yrkesrevisor i de kommunala företagen gäller att anbudet ska innehålla de erbjudna yrkesgruppernas timpris samt fast pris för själva uppdraget. I det fasta priset ska anbudsgivaren ange det totala priset för uppdraget per år. Kostnaden ska vara uppdelad per företag. Beräknat antal timmar ska presenteras samt hur insatsen kommer att fördelas mellan auktoriserad eller godkänd revisor, konsulter och revisorsassistenter. I uppdraget för fast pris ingår upprättande och inlämnande av årsdeklaration för samtliga företag. Timpris för de erbjudna yrkesrevisorerna ska anges.

Beträffande Tingsryds Energi AB finns särskilda krav angivna i punkt 5.1.1 i förfrågningsunderlaget.

I Frågor och svar har bl.a. följande fråga redovisats. ”Matriserna för specifikation räknar i kr för kolumnen tid. Skall vi frånsä detta och skriva uppskat-

tad procentuell tid i offerten?”. Kommunen har härpå svarat bl.a. följande. ”Ursäkta att det har blivit fel inställning i cellerna i matrisen. Antingen kan man skriva tiden i matrisen där det står ange ca tid, anger man en enhet så fastnar det som skrivs in i cellen utan tillägget kr. Alternativt går det bra att i offerten ange timmar eller uppskattad procentuell tid.”

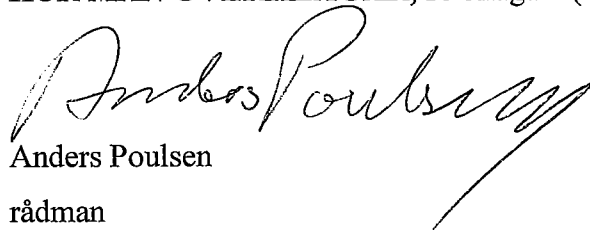
I prismatrisen finns olika tabeller som anbudsgivarna ska fylla i. En av dessa tabeller har rubriken ”Rörligt pris önskas för följande”. I en annan tabell, som bär rubriken ”Fasta uppdragsdelar”, görs en referens till förfrågningsunderlagets punkt 2.3 varefter fyra av de upphandlande enheterna listas. Av punkt 2.3 i förfrågningsunderlaget framgår dock ingen information varför just dessa fyra upphandlande enheter listas i den ifrågavarande tabellen i prismatrisen.

I specifikationsmatrisen finns tabeller – en var för de sex upphandlande enheterna förutom Tingsryds kommun. I var och en dessa tabeller finns utrymme för anbudsgivaren att ange personalkategorier, ungefärligt antal timmar samt timpris.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund härav att det visserligen med erforderlig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget och av pris- respektive specifikationsmatrisen vilka uppgifter som ska anges och var de ska anges, under förutsättning att man ser till enskilda punkter i de olika handlingarna. Exempelvis kan det fel i en av matriserna som kommunen i Frågor och svar har medgivit enligt rättens mening anses vara av mindre betydelse för förståelsen och användningen av matrisen ifråga. Ser man dock förfrågningsunderlaget och matriserna tillsammans uppstår flera frågetecken. Ett tydligt exempel på detta är punkten 5.1.1 i förfrågningsunderlaget där endast en av de upphandlande enheterna anges som aktuellt beträffande särskilda krav, medan samtliga övriga upphandlande enheter anges omfattas av samma krav. Samtidigt finns i prismatrisen en tabell där endast fyra av totalt sju

upphandlande enheter listas. Läger man därtill den ostridiga bristen i en av matriserna som har berörts i Frågor och svar, uppvisar förfrågningsunderlaget och matriserna tillsammans så många brister att olika anbudsgivare som är normalt omsorgsfulla och rimligt informerade inte torde tolka förfrågningsunderlaget på samma sätt. Det faktum att endast KPMG:s anbud har blivit diskvalificerat på grund av faktorer som har med prisangivelser att göra visar också att olika anbudsgivare faktiskt har tolkat förfrågningsunderlaget på olika sätt. Sammantaget finner förvaltningsrätten att det i målet har visats att förfrågningsunderlaget är behäftat med fel i form av otydlighet på ett sådant sätt att det kan anses brista i transparens. Eftersom denna brist hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet kan den inte läkas genom att upphandlingen rättas. KPMG:s ansökan om överprövning ska därför bifallas och upphandlingen göras om.

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



Anders Poulsen
rådman

Föredragande: Robert Brisenstam



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.