



KONKURRENSVERKET	
2011-09-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

1. AB Bankerydshem, 556054-3877
Sjöåkravägen 18
564 31 Bankeryd

2. AB Grännahus, 556014-8883
Box 55
563 22 Gränna

3. Habo kommun
Box 212
566 24 Habo

4. Högskolefastigheter i Jönköping AB, 556284-1089
Gjuterigatan 3 B
553 18 Jönköping

5. Jönköping Energi AB, 556015-3354
Box 5150
551 40 Jönköping

6. Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

7. Jönköpings kommuns förvaltnings AB, 556045-5551
c/o Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

8. Rosenlunds Fastighets AB, 556062-9205
Box 6077
550 06 Jönköping

Ombud för 1-5, 7-8: Björn Isaksson
Jönköpings kommun
Upphandlingsenheten
551 89 Jönköping

MOTPART

Project Måleri JKPG län Aktiebolag, 556440-0520
Box 253
551 14 Jönköping

Klaganden/ombudet

Motparten/ombudet

Skatteverket

Länsstyrelsen

Förvaltningsrätten

Allmänna ombudet

Konkurrensverket

För kännedom

För verkställighet

För delgivning

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 24 februari 2011 i
mål nr 7903-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Projekt Måleri
JKPG län Aktiebolags ansökan om överprövning enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Klagandena yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår Project Måleri JKPG län Aktiebolags (Project Måleri) ansökan om överprövning enligt LOU.

Project Måleri har i kammarrätten förelagts att yttra sig över klagandenas överklagande, men har inte avhört.

Klagandena anför i huvudsak följande.

Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning när det gäller hur tilldelningskriteriet lägsta pris ska tillämpas. I 12 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet antingen ska anta (p. 1) det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller (p. 2) det anbud som innehåller det lägsta priset. Förvaltningsrätten har tillämpat 12 kap. 1 § första stycket p. 2 LOU på ett felaktigt sätt och i strid med ordalydelsen i lagen då den angett att den anbudsgivare som har det lägsta totalpriset ska antas. Någon definition av vad som avses med lägsta pris finns vare sig i lagtexten eller i förarbetena. Av artikel 53 i det klassiska direktivet (2004/18/EG) framgår att vid kontraktstilldelning kan tillämpas enbart det lägsta priset. Något krav på att det lägsta priset ska innefatta det lägsta totala priset går inte att utläsa. Vid avsaknad av närmare vägledning måste det vara den upphandlande myndigheten som ensidigt väljer vad som avses med lägsta pris så länge LOU och de principer som stipuleras i 1 kap. 9 § LOU inte träds förnär.

I förfrågningsunderlaget (p. 3.3.1.) anges följande. ”Köparen kommer för varje Ramavtalsområde indelat i geografiska underområden att anta de tre anbudsgivare vars anbud har lägst angivet timpris. Observera att endast timpris för ordinarie arbetstid utvärderas, inte timpris för obekvämt arbetstid respektive timpris för lärlingar.” För definition av timpris hänvisas till en kod AFD.61 där de upphandlande myndigheterna tydligt preciserat vad som avses med timpris. I definitionen anges inledningsvis att timpris är totalpris och inkluderar anbudsgivarens samtliga kostnader. De upphandlande

myndigheterna har vid utvärderingen enbart beaktat anbudsgivarnas timpriser i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget.

I förvaltningsrätten har Project Måleri anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt då anbudsgivarna ska uppge både timpriser och fylla i ett ackordsmättningsformulär. I förfrågningsunderlaget framgår med tillräcklig tydlighet vad som avses med timpris och därmed vad som kommer att utvärderas. Utvärderingskriterierna har i sig inte förhindrat anbudsgivarna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Upphandlingen har skett i enlighet med 1 kap. 9 § LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga lagrum framgår av förvaltningsrättens dom.

Syftet med LOU

Regelverket om offentlig upphandling är uppbyggt med utgångspunkt i EG-fördraget. Bestämmelserna om icke-diskriminering, om förbudet mot kvantitativa restriktioner, om etableringsrätt och om fri rörlighet av varor och tjänster ligger till grund för EG-direktiven om offentlig upphandling (prop. 2006/07:128 s. 131 f). Syftet med upphandlingsdirektiven, som LOU bygger på, är att främja den inre marknaden inom EU. Syftet är inte i första hand att de upphandlande myndigheterna ska göra bra affärer vid köp av varor och tjänster. Lagstiftarens avsikt har istället främst varit att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt, t.ex. för att diskriminera eller gynna vissa leverantörer eller skapa handelshinder (Pedersen 2011, Upphandlingens grunder, 2 uppl. s. 30). De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som EG-domstolen ofta åberopar i upphandlingsmål är krav på icke-diskriminering, likabehandling, transparens och öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Lägsta pris

Den upphandlande myndigheten ska enligt 12 kap. 1 § LOU antingen anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset. En upphandlande myndighet är, som förvaltningsrätten konstaterat, inte skyldig att pröva vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga utan kan välja lägsta pris som enda utvärderingsgrund. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken tilldelningsgrund som ska användas i upphandlingen.

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. Bedömningen av 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.

I förfrågningsunderlaget (p. 3.3.1.) anges följande. *Köparen kommer för varje Ramavtalsområde indelat i geografiska underområden att anta de tre anbudsgivare vars anbud har lägst angivet timpris. Observera att endast timpris för ordinarie arbetstid utvärderas, inte timpris för obekvämt arbetstid respektive timpris för lärlingar.* För definition av timpris hänvisas till AFD.61 där det framgår att timpris är totalpris och inkluderar anbudsgivarens samtliga kostnader såsom lön, semesterersättning, servicefordon m.m. Det framgår även att material ersätts till självkostnadspris verifierad med faktura och retursedel. Entreprenörsarvode utgår med 5 %. Förfrågningsunderlaget är enligt kammarrättens mening tydligt och anbudsgivare kan med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget avgöra vad kommunen tillmäter betydelse och hur anbuden kommer att utvärderas (jfr RÅ 2002 ref. 50). Att det i förfrågningsunderlaget anges att även timpris för obekvämt arbetstid och timpris för lärlingar ska lämnas föranleder ingen annan bedömning, då det tydligt framgår att dessa faktorer

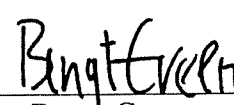
inte kommer att utvärderas. Vid tilldelning av kontrakt har endast ordinarie timpris utvärderats och kontrakt tilldelats den anbudsgivare som lämnat lägst ordinarie timpris. Klagandena har därigenom utgått från vad som anges i förfrågningsunderlaget vid utvärderingen och kravet på likabehandling är enligt kammarrätten också uppfyllt.

Fråga är om lägsta pris, så som förvaltningsrätten funnit, måste grunda sig på en bedömning av anbudspriset i dess helhet. Det står de upphandlande myndigheterna fritt att ställa de krav och de villkor myndigheterna vill och anser nödvändiga så länge inte LOU och de principer lagen bygger på träds förnär. Det har inte anförts att någon leverantör skulle ha gynnats eller missgynnats av utvärderingsgrunden om lägsta pris avseende ordinarie timpris. Det tillämpade kriteriet strider enligt kammarrättens mening inte heller mot principen om icke-diskriminering. Utvärderingsgrunden garanterar dock inte att klagandena gör en bra affär, eftersom den inte garanterar att det anbud som har det lägsta totalpriset tilldelas kontraktet i första hand. Som konstaterats ovan är LOU:s syfte dock inte att den upphandlande myndigheten ska göra en bra affär utan huvudsyftet är att säkerställa den fria rörligheten och öppna för konkurrens på lika villkor. Enligt kammarrättens mening strider inte utvärderingsgrunden som tillämpats i upphandlingen mot LOU och klagandena har genom att tilldela kontrakt med utgångspunkt i vad som anges i förfrågningsunderlaget inte agerat i strid med LOU. Överklagandet ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom ska upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Elisabeth Hagelin


Stig Hedén


Bengt Green
referent

Föredragande: Stina Melin



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2011-02-24
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
7903-10 E
Enhetschef 2

Ab 10

SÖKANDE

Project Måleri, 556440-0520
Box 253
551 14 Jönköping

MOTPARTER

1. AB Bankerydshem, 556054-3877
Sjöåkravägen 18
564 31 Bankeryd

2. AB Grännahus, 556014-8883
Box 55
563 22 Gränna

3. Habo kommun
Box 212
566 24 Habo

4. Högskolefastigheter i Jönköping AB, 556284-1089
Gjuterigatan 3 B
553 18 Jönköping

5. Jönköping Airport Fastighets AB, 556790-5541
Flygplatsvägen
555 93 Jönköping

6. Jönköping Energi AB, 556015-3354
Mailbox 5150
551 40 Jönköping

7. Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

8. Jönköpings kommuns förvaltnings AB, 556045-5551
Jönköpings kommun
Rådhuset
551 89 Jönköping

9. Jönköpings Kyrkliga Samfällighet, 252003-0905
Östra Storgatan 45
553 21 Jönköping

10. Logpoint AB, 556776-2058

Dok.Id 29283

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Östra Storgatan 33 A	036-15 65 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

Juneporten
551 89 Jönköping

11. Rosenlunds Fastighets AB, 556062-9205
Box 6077
550 06 Jönköping

Ombud för 1-6 samt 8-11: stadsjuristen Lars-Åke Svensson och upphandlingschefen Björn Isaksson
Jönköpings kommun
Upphandlingsenheten
551 89 Jönköping

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen, såvitt avser ramavtalsområde 8, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 2 december 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

De som motparter upptagna parterna (motparterna) genomför gemensamt en upphandling, öppet förfarande, som benämns Byggnads- Anläggnings- och Installationsarbeten (ref. nr 10/71). Upphandlingen är uppdelad i 24 ramavtalsområden och ramavtal avses tecknas med minst tre leverantörer per område, förutsatt att det finns minst så många kvalificerade anbudsgivare. Vidare noteras att ett ramavtalsområde kan vara ytterligare indelat i geografiska områden. Project Måleri AB (bolaget) har lämnat anbud inom ramavtalsområdet 8. Avseende detta område har motparterna genom tilldelningsbeslut tilldelat andra leverantörer ramavtal, förutom såvitt avser

det geografiska området Jönköping söder där bolaget utsetts till 3:e leverantör. Bolaget har därefter ansökt om överprövning.

Av **förfrågningsunderlaget** framgår bl.a. följande. Jönköpings kommun avser att teckna ramavtal med entreprenörer för utförande av investeringar i form av ny-, om- och tillbyggnationer samt underhållsarbeten med successiva avrop när behov uppkommer i den löpande verksamheten. Ramavtalet omfattar hela Jönköpings kommun med angivna begränsningar. Arbetena utförs på fastigheter i det bestånd som Jönköpings kommun äger eller hyr. Ny-, om-, och tillbyggnadsarbeten omfattas inte av detta ramavtal för det fall de avser arbeten på fastigheter som är upptagna i Jönköpings kommuns verksamhets- och investeringsplan (s.k. VIP – fastigheter). Vidare omfattas inte drifts- och underhållsarbeten hänförliga till VA - verksamhetens inköp av process-el av denna upphandling. Avtalstiden är 2 år med möjlighet för den upphandlande myndigheten att förlänga avtalet med oförändrade villkor med upp till 1 + 1 år.

Angående anbudsutvärderingen framgår bl.a. följande av förfrågningsunderlaget. Anbudsutvärderingen inleds med en formell granskning i enlighet med LOU för att därefter följas av en prövning av anbudsgivarens ekonomiska förutsättningar. Sedan rättelse och nollställning skett kommer en prövning av anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga förutsättningar att följa. Efter prövningen följer en kontroll av anbudsgivarens förmåga och erfarenheter. Därvid ska anbudsgivaren uppge minst 3 referenser med kontaktuppgifter för varje ramavtalsområde som anbud lämnas på. Sedan den ovan utförda kvalificeringen genomförts kommer, för varje ramavtalsområde indelat i geografiska underområden, de tre anbud att antas som har lägst angivet timpris avseende ordinarie arbetstid.

Av Jönköpings kommuns **tilldelningsbeslut**, med tillhörande underlag, framgår att bolagets anbud ansetts kvalificerat och att bolaget utsetts till

3:e leverantör inom ramavtalsområdet 8, det geografiska området Jönköping söder. I övrigt har leverantörer som angivit lägre timpris avseende ordinarie arbetstid tilldelats ramavtal.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, såvitt avser ramavtalsområdet 8, ska göras om.

Följande faktiska omständigheter ligger till grund för bolagets talan. Det har under pågående anbudstid tillkommit ett krav på inlämning av uppgifter om tillämpliga priser vid ackordsmätning. Detta krav fanns inte med i det ursprungliga förfrågningsunderlaget, utan har lagts till som en kompletterande del i förfrågningsunderlaget efter påtryckning genom funktionen Frågor och svar i OPIC:s portal. I förfrågningsunderlaget anges att leverantörerna ska uppge ett fast timpris för arbetare. Vidare har angetts att materialkostnader är satt till en fast procentsats med 5 procent. Någon prislista för material efterfrågas dock inte.

I anledning av ovan redovisade omständigheter gör bolaget följande överväganden. Genom att ange att det är timpriset som är avgörande samtidigt som man öppnar för ackordsmätning har oklarhet uppstått. I ackordsmätningens formuläret kan man nämligen skriva in en annan siffra än den omnämnda procentsatsen för material. Det är också oklart hur man ska nollställa samtliga anbud då det inte framgår av förfrågningsunderlaget och då det inte heller nämns något om någon materialprislista. Det är således möjligt att tillämpa en prislista med höga priser avseende material och på så sätt kunna erbjuda ett väsentligt lägre timpris. Därigenom vinnns fördelar såväl vid anbudsutvärdering som vid fakturering under ramavtalets löptid.

Motparterna anser att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Ackordspris är inte föremål för utvärdering. Vidare anges i förfrågningsunderlagets entreprenadföreskrifter vid totalentreprenad, under rubriken ersättning, att för det aktuella ramavtalsområdet mäts arbeten enligt gällande ackordsprislista. Då ackordsprislistan inte varit en del av förfrågningsunderlaget så har denna kompletteringsvis fått läggas till i efterhand.

DOMSKÄL

Då upphandlingen påbörjats före den 15 juli 2010 tillämpas 16 kap. LOU i sin lydelse före detta datum.

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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. 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 offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Frågan om upphandlingen handlagts i strid med LOU

Bolaget har till grund för sin talan åberopat omständigheter som ger vid handen att förfrågningsunderlagets föreskrifter om prisutvärdering är felaktiga och att det även i övrigt förekommit brister i handläggningen av upphandlingen.

Upphandlande myndigheter är inte skyldiga att pröva vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt utan kan välja lägsta pris som enda tilldelningskriterium. Lägsta pris som tilldelningskriterium kan dock inte ta sikte på enskilda delar av ett anbudspris, utan måste grunda sig på en bedömning

av anbudspriset i dess helhet. I detta fall anges uttryckligen i förfrågningsunderlaget att endast lägst angivet timpris avseende ordinarie arbetstid kommer att utvärderas. Detta tilldelningskriterium är inte förenligt med LOU. Detta då tillämning av ett sådant kriterium inte säkerställer att den anbudsgivare som erbjuder det lägsta totala anbudspriset, d.v.s. med beaktande av samtliga kostnader, tilldelas ramavtal i första hand.

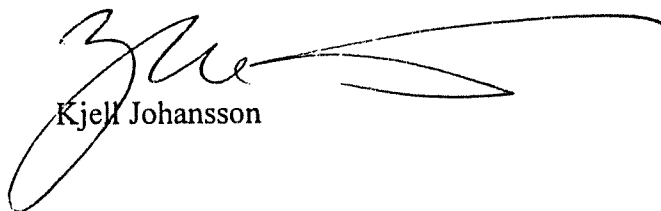
Skaderekvisitet

Det är ostridigt att bolaget uppfyllt samtliga kvalificeringskrav. Vidare får det tillämpade tilldelningskriteriet antas ha påverkat bolagets möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Sammantaget får det därför antas att bolagets möjligheter att tilldelas ramavtal påverkats negativt. Bolaget har därför lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Ingripande med stöd av LOU

Förvaltningsrätten har ovan funnit att ramavtal har tilldelats på felaktig grund i form av ett felaktigt utformat tilldelningskriterium. Då det således föreligger ett fel som är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas kan någon mindre ingripande åtgärd än beslut om att upphandlingen ska göras om, såvitt avser ramavtalsområde 8, inte komma i fråga.

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


Kjell Johansson

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.