



**SÖKANDE**

Mellanbygdens Transport AB, 556509-1823  
Jomarksvägen 10  
915 32 Robertsfors

Ombud: Advokat Erik von Ahn  
Advokaterna von Ahn AB  
Östra Norrlandsgatan 51  
903 31 Umeå

**MOTPART**

Skellefteå kommun  
931 85 Skellefteå

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2014-06-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå kommun (kommunen) har genomfört en förenklad upphandling av Plogning av vägar Lövångersområdet (diariernr UH-2013-271). I tilldelningsbeslut den 9 december 2013 med tillhörande utvärderingsprotokoll anges bl.a. att två anbud inkommit samt att Skanska Asphalt och Betong AB (Skanska) antagits som leverantör.

Mellanbygdens Transport AB (MTAB) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

## VAD PARTERNA ANFÖRT

### MTAB

Som grunder för yrkandet anförs bl.a. följande.

#### *Tilldelningskriteriet – lägst pris*

Priskriteriet är uppdelat i två delar, dels fastpris/plogningstillfälle, dels timpris/avrop av extraturer. Summan av de båda delarna utgör jämförelsepris utgör jämförelsepris och läggs till grund för valet av lägsta anbudspris.

Priskriteriet, till den del det avser timpris/avrop, ska beräknas på 200 timmar och avviker därmed väsentligt från verklig eller på rimliga grunder förväntad omfattning eftersom det verkliga antalet avropade extra timmar inte kan förväntas överstiga 50 timmar, dvs. en fjärdedel av det antal som ska ligga till grund för valet av lägsta pris. Med hänsyn till denna avvikelse kommer anbudspriserna att lämnas på ett timantal som inte är relevant för uppdraget.

Möjligheterna för en normalt insatt leverantör att rätt kunna värdera tilldelningskriteriet lägst pris och på grundval därav lämna ett konkurrenskraftigt anbud blir mycket små. Detta illustreras tydligt av skillnaderna i lämnade timpriser mellan de två leverantörer som lämnat pris i upphandlingen. MTAB lämnade ett timpris på 800 kr för extraarbeten och Skanska lämnade ett timpris på 65 kr. Det är uppenbart att ett timpris på 60 kr saknar förutsättningar att täcka faktiska kostnader för ett uppdrag med fordon/maskiner och personal på ob-tid. Normal timtaxa för sådana tjänster är omkring 700-800 kr på icke ob-tid och normalt högre än så på ob-tid.

Genom att utforma utvärderingskriteret på detta sätt har kommunen åsidosatt principerna om proportionalitet och transparens, med följd att konkurrensen riskerar att snedvridas.

Bristen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen, varför upphandlingen ska göras om.

#### *Förhandlingsklausul*

Enligt avtalet får leverantören påkalla förhandling om prisändringar under avtalstiden. Detta får ske första gången efter 2014-05-31, dvs. efter knappt fyra månaders effektiv avtalstid (medio december 2013 – utgången av mars 2014). Det därefter överenskomna avtalspriset gäller ett år i taget om omförhandling därefter inte sker.

Av förfrågningsunderlaget framgår vilka omständigheter som ska åberopas för att förutsättning för omförhandling ska föreligga. Förutsättningarna är kopplade till företagets lönsamhet och inte till något relevant index eller någon annan yttre omständighet som är oberoende av parterna och som är ägnad att värdesäkra anbudet, oavsett om den avser förändringar i den

allmänna prisnivån eller förändringar som främst drabbar den aktuella branschen.

Eftersom priset får omförhandlas kort tid efter avtalets början och inte på något sätt är knutet till ett index eller relaterar till annan objektiv förutsättning för omförhandling medför omförhandlingsklausulen betydande svårigheter för leverantörerna att bedöma förutsättningarna för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Vidare innebär omförhandlingsklausulen att en leverantör, kort efter att ha antagits i konkurrens med andra leverantörer, får omförhandla priset på grundval av omständigheter som inte kan förutses vid anbudstidens utgång och dessutom kan vara beroende av leverantören själv.

Eftersom förhandlingskriterierna inte är knutna till ett index lämnas ett obegränsat utrymme för omförhandling av priset, vilket riskerar att rangordningen mellan leverantörerna kan komma att ändras. Genom förhandlingsklausulens utformning har kommunen åsidosatt principerna om transparens och likabehandling och därmed brutit mot LOU.

Förutsättningarna för omförhandling framgår av punkten 6.2 i förfrågningsunderlaget och några andra förutsättningar för omförhandlingar av priset kan inte utläsas. Det anges inte att det uppställs som villkor att förhandling ska ske vid eventuella prisförändringar. Däremot ska leverantören kunna uppvisa intyg som visar att det skett förändringar i exempelvis personalkostnader eller andra jämförbara kostnader. Vilka kostnader som är jämförbara med personalkostnader framgår däremot inte. Det framgår inte att prishöjningar över tillgängliga indexberäkningar aldrig godkänns, än mindre vilka indexberäkningar som i så fall skulle komma i fråga. Det anges inte några förhandlingsramar som kan tjäna som grund för bedömningen av ett tänkt förhandlingsutrymme. Det kan inte heller utläsas

att, som kommunen nu påstår, alla priser förhandlas mot offererat anbudspris. Vidare är det oklart vad som egentligen menas med "förhandlas mot offererat anbudspris".

Kommunen anför att man under vissa förutsättningar kan "begära förhandling" om den anser att prisförändringen inte är skälig. Om detta innebär att leverantören självmant äger justera priset och i samband därmed styrka prisändringen med intyg till kommunen eller om prisändringen ska föregås av en omförhandling framgår inte. En sådan ordning kan inte utläsas av upphandlingsförutsättningarna. Inte heller framgår hur konstaterade merkostnader på ett förutsebart sätt ska brytas ned till ett justerat pris.

Anbudet i upphandlingen har lämnats utifrån de förutsättningar som förelåg vid anbudstidens utgång. Det är uteslutet att med utgångspunkt i lämnade anbud kunna rekonstruera vilken utformning anbudet skulle ha haft, givet andra upphandlingsförutsättningar än de som då var för handen, liksom det är uteslutet att förutsätta att kretsen av anbudsgivare under sådana förutsättningar skulle vara densamma.

Bristen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen och upphandlingen ska därför göras om.

#### **Kommunen**

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

#### *Tilldelningskriteriet – lägsta pris*

Kommunen har angett att anbudsgivare skulle ange fast pris per gång för specificerad plogsträcka beräknat på 15 plogsvängar per säsong samt pris

---

per timme för extra beställningar beräknat på 200 timmar per säsong enligt tekniska kontorets beräkning på köpt tjänst för tidigare år.

Skanska har offererat ett högre pris per plogtillfälle än MTAB och ett lågt pris på extra beställningar. Skanska har efter en begäran om förtydligande den 4 december 2013 förtydligat att angivet pris står fast enligt det anbud de har lämnat.

Kommunen har inte åsidosatt principerna om proportionalitet och transparens då man i upphandlingen har angett de beräknade volymer som i snitt brukar vara per år och de anbudsgivarna ska lämna anbud på.

Kommunen har redan gjort om denna upphandling på grund av att kommunen inte utvärderade beräknade timmar på extra beställningar.

#### *Förhandlingsklausul*

Kommunen har i upphandlingen angett att förhandling ska ske vid eventuella prisförändringar och antagen leverantör måste motivera för kommunen varför och på vilka grunder man vill göra en prishöjning. Dessa prishöjningar godkänns aldrig över de indexberäkningar som finns att tillgå samt att alla priser förhandlas mot offererat anbudspris.

I en lägsta pris-upphandling är alla krav på leverantören tydliggjorda och det är endast pris man kan förhandla om som utgår från offererade priser i upphandlingen och som är utskickat i samband med tilldelningsbeskedet.

Vad kommunen avser med eventuella prisförändringar är t.ex. personalkostnader och kostnader som leverantören inte styr över, exempelvis ökade drivmedelskostnader och fordonsskatter. Leverantören måste skicka intyg

om detta till kommunen. Om kommunen anser att denna prisförändring inte är skäligen kan kommunen begära en förhandling.

## UTREDNINGEN

I bilagan **Utvärderingsmodell** anges bl.a. följande.

### *1.0 Plogning av vägar Lövsångersområdet*

#### Prisfråga 1.1

Ange fast pris per plogtillfälle enligt bilaga vägsträckor.

#### Definition

Pris ska anges för en (1) st. Anbudspris beräknas för 15 st. Pris är obligatorisk information för denna post. Om 0 (noll) levereras varan/tjänsten utan kostnad.

#### Prisfråga 1.2

Ange timpris för insatser därutöver som kan komma ifråga, t.ex. vid drevsnö, kantskärning, m.m.

#### Definition

Pris ska anges för en (1) timmar. Anbudspris beräknas för 200 timmar. Pris är obligatorisk information för denna post. Om 0 (noll) levereras varan/tjänsten utan kostnad.

I bilagan **Avtalsvillkor tjänster** anges bl.a. följande.

### *6.0 Priser*

Pris per plogtillfälle xxx kr.

Pris per timme för avrop av extra utryckningar, snödrev, kantskärning, m.m. xxxx kr.

Angivna priser är fasta till och med 2014-05-31.

### *6.2 Prisändring*

Om leverantören ska göra en prisändring under avtalsperioden ska det ske genom en förhandling med kunden. Leverantören kan endast göra prisändringar efter fastprisperiodens slut.

Leverantören ska lämna in eventuella prisändringsförslag skriftligt, senast tre månader innan fastprisperiodens slut, i annat fall förlängs avtalet automatiskt. Det ändrade priset är sedan fast i ett år.

Leverantören ska vid prisändring kunna visa intyg för kunden att det skett förändringar i exempelvis personalkostnader eller andra jämförbara kostnader.

### TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och ickediskriminerande, att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt, vilket bl.a. innebär att den upphandlande myndigheten vid prövning av anbuden normalt inte får frångå förfrågningsunderlaget.

Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat bl.a. följande i fråga om hur detaljerat ett förfrågningsunderlag bör vara (RÅ 2002 ref. 50).

I 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 myndigheten tillmäter betydelse vid upphandling och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. 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.



### **Tilldelningskriteriet lägsta pris**

MTAB hävdar att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kraven i LOU då timpris/avrop ska beräknas på 200 timmar och därmed avviker väsentligt från verklig, eller förväntad omfattning om cirka 50 timmar, varför möjligheterna för en normalt insatt leverantör att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud blir mycket små. Förutom ett åberopande av skillnader i anbudsgivarnas offererade priser, har MTAB inte lämnat någon närmare redogörelse för på vilket sätt kommunens volymläsningsberäkning har varit felaktig.

Mot bakgrund av vad som anförts av MTAB, och även bemötts i kommunens yttrande till förvaltningsrätten, finner förvaltningsrätten inte sådana brister i förfrågningsunderlaget som medför att anbudsgivarna saknat möjlighet att kunna lägga ett konkurrenskraftigt anbud. MTAB har således inte visat att kommunen i denna del av upphandlingen har åsidosatt kraven på förutsebarhet och transparens. Vad MTAB anför i övrigt avseende nivån på Skanskas anbudspriser föranleder inte någon annan bedömning från förvaltningsrättens sida.

### **Förhandlingsklausul**

MTAB anför att omförhandlingsklausulen i punkten 6.2 medför betydande svårigheter att lämna ett konkurrenskraftigt ombud eftersom den inte på något sätt är knutet till ett index eller annan objektiv förutsättning för omförhandling än faktorer knutna till leverantören själv. Utformningen av klausulen ger därmed, bara en kort tid efter avtalets början, ett obegränsat utrymme för omförhandling av priset, vilket innebär en risk att rangordningen mellan leverantörerna kan komma att ändras.

Kommunen har invänt att antagen leverantör måste motivera prishöjningen, att prishöjning över tillgängliga indexberäkningar inte godkänns samt att alla priser förhandlas mot offererat anbudspris.

Enligt förvaltningsrättens mening kan utformningen av det aktuella avtalsvillkoret visserligen ge ett större utrymme för prishöjning än vad kommunen gett uttryck för under den skriftväxling som förekommit under förvaltningsrättens handläggning. Rätten finner emellertid inte att vad som anförts av MTAB visar att villkorets utformning medfört att anbudsgivarna saknat möjlighet att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. I vart fall är det inte visat att MTAB på grund av villkoret lidit eller riskerat att lida skada.

#### **Sammanfattande bedömning**

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten det inte visat att kommunens upphandlingsförfarande har skett i strid med LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna. MTAB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Karin Granholm

Tf. lagman

Målet har föredragits av Kristin Persson.