

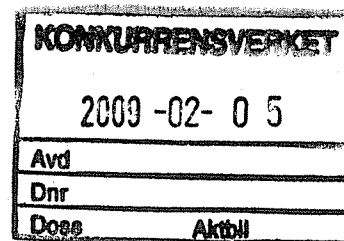


KAMMARRÄTTEN
I SUNDSVALL

DOM

2009-02-04

Meddelad i Sundsvall



KLAGANDE

Svensk Markservice AB, 556420-4823
Norra Järnvägsgatan 19
791 35 Falun

Ombud: Advokat Olof Johnson
Nyström Bridal Widemar Advokatbyrå HB
Oxtorgsgränd 2 plan 4
111 57 Stockholm

MOTPART

Falu kommun
791 83 Falun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Dalarnas läns dom den 30 oktober 2008 i mål nr 2457-08, se bilaga A

SAKEN

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

Svensk Markservice AB (bolaget) yrkar i första hand att rättelse ska ske på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om och att tilldelningsbeslutet ska motiveras. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Falu kommun beslutade att tilldela Peab Sverige AB (Peab) uppdraget som entreprenör avseende drift och underhåll av park- och tomtmark samt vägområde Söder till en jämförelsesumma av 1 914 000 kr. Bolagets jämförelsesumma angavs till 1 934 000 kr. Bolaget begärde överprövning och länsrätten lämnade denna begäran utan bifall i dom den 30 oktober 2008 utan någon motivering. I den genomförda upphandlingen har kommunen begärt att varje enskild leverantör ska lämna timpriser på ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten (i fortsättningen kallat ÄTA-arbeten). Dessa priser har, tillsammans med prissatta mängdförteckningar

Dok.Id 52595

Postadress
Box 714
851 21 Sundsvall

K-verket
Besöksadress
Södra Tjängatan 2

Telefon
060-18 66 00
E-post: kammarrattenisundsvall@dom.se
www.kammarrattenisundsvall.se

Telefax
060-18 66 52

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

för den fasta ramkostnaden, lämnats tillsammans med det anbudsformulär som kommunen angivit att leverantören ska använda. Samtliga handlingar har i förfrågningsunderlaget angivits ligga till grund för anbudsutvärderingen. Kommunen har inte lagt efterfrågade timpriser för ÄTA-arbeten till grund för utvärderingen. När det gäller anbudsutvärderingen ska den göras efter samma principer som gäller för anbudsutvärdering över tröskelvärdena; nämligen att det är det högsta värdet som ett kontrakt kan uppgå till som ska läggas till grund för utvärderingen. Options- och förlängningsklausuler ska inräknas. ÄTA-arbetena avser en option vilket måste ingå i beräkningen i kontraktets värde, även när det gäller upphandlingar under tröskelvärdena. Begreppet lägsta anbudspris, som utgör utvärderingsgrunden för tilldelning av kontraktet, innebär att den entreprenör som lämnat det lägsta anbudspriset ska tilldelas kontraktet. Detta pris bestäms av kontraktets innehåll, som i sin tur bestäms av de efterfrågade priserna. De tjänster som ska gå på löpande räkning har inte utvärderats. Kommunen borde ha fastställt ett värde på ÄTA-arbeten som skulle kunna upphandlas. Det hade varit relativt enkelt för kommunen att exempelvis hänvisa till historiska uppgifter. I avsaknad av sådana uppgifter som beräkningsgrund av det totala för det aktuella upphandlingskriteriet, måste därför en annan beräkningsgrund tillämpas, som på ett tydligt sätt kan fastställa åtminstone ett minimivärde på de ÄTA-arbeten som kan komma att avropas. Kommunen har under handläggningen i länsrätten presenterat en egen ny utvärderingsmodell som inte framgår av förfrågningsunderlaget. ÄTA-arbetena kan beräknas uppgå till minst ett belopp om drygt 400 000 kr. Inget tak för dessa arbeten finns reglerat i kontraktet varför avropen kan uppgå till betydligt högre summor än det hypotetiska 400 000 kr. Avrop under detta belopp behöver överhuvudtaget inte finnas med i kontraktet, eftersom det då faller under begreppet lågt värde och kan därmed upphandlas direkt av kommunen. Kommunen har i länsrätten argumenterat för att den inte har skyldighet att kontrollera att den uppgivna anbudssumman är korrekt. Det

ankommer dock på upphandlande myndighet att vid utvärderingen kontrollera anbuden objektivt och ingående.

Falu kommun bestrider bifall till överklagandet.

DOMSKÄL

Av 16 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling framgår 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Otydligt förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell

Förfrågningsunderlag måste ha en konstruktion som gör det möjligt för upphandlande myndighet att jämföra anbud. Detta innebär långtgående krav på tydlighet i förfrågningsunderlaget.

Om den upphandlande myndigheten avser att senare, genom förhandlat förfarande, upphandla ytterligare arbeten, tilläggsbeställningar, av den vinnande leverantören, ska värdet av dessa tillkommande arbeten medräknas vid tröskelvärdesberäkningen (se Hentze, Kommentarer Offentlig upphandling sid. 181). Förhandlat förfarande är en typ av direktupphandling dvs. upphandlande myndigheten kan vända sig direkt till leverantören ifråga.

Enligt 3 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska värdet av kontrakt uppskattas till det totala beloppet som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Under kod AFB.31 i de administrativa föreskrifterna framgår att anbudet ska vara uppställt enligt bifogat anbudsformulär. Av handling 13.2,

formulär till timprislista, avseende ändringar och tillägg framgår att vid arbete på löpande räkning, utgår ersättning efter timpriser.

Under kod AFB.51 anges bl.a. att prövning av anbudsgivare kommer att ske med avseende på bl.a. anbudsformulär. Under kod AFB.52 anges att de anbud som uppfyller ställda krav bl.a. enligt AFB.51 kommer att utvärderas.

Under kod AFC.23 ÄTA-arbeten anges att ÄTA-arbeten ska anses beordrade först sedan de beställts skriftligen av beställaren.

Under kod AFC.611 anges att ÄTA-arbeten regleras enligt följande. I första hand enligt å-priser, i andra hand enligt anbud, i tredje hand enligt löpande räkning.

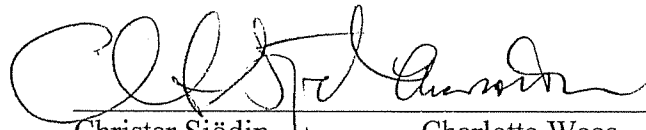
Enligt kammarrättens bedömning bör mot bakgrund av utformningen av förfrågningsunderlaget priser för ÄTA-arbeten beaktas vid tröskelvärdesberäkningen och vid värderingen av anbudssummorna. Klaganden respektive upphandlande myndighet har i detta mål haft olika uppfattning om hur utvärderingen av anbudssumman för ÄTA-arbeten ska gå till. Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 2947-07 funnit att ett förfrågningsunderlag, vars konstruktion varit sådant att det med nödvändighet har måst kompletteras av anbudsgivarna, varit så bristfälligt att det stred mot grundläggande EG-rättsliga principer. I det rättsfall som avses hade det i förfrågningsunderlaget lämnats öppet för anbudsgivarna att själva uppskatta tidsåtgång och omfattning av insatser. Med beaktande av att den närmare värderingen av anbudssumman vad gäller ÄTA-arbeten helt får uppskattas av anbudsgivarna finner kammarrätten att även i det nu aktuella målet har förfrågningsunderlaget stora brister. Bristerna har medfört att Svensk Markservice AB lidit skada. Upphandlingen ska därför göras om. Vid denna bedömning saknas skäl för kammarrätten att gå in på övriga av bolaget framställda invändningar.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att utformningen av förfrågningsunderlag och avsaknaden av tydlig utvärderingsmodell såvitt gäller ÄTA-arbeten innebär att Svensk Markservice AB lidit skada och att upphandlingen därför bör göras om.

DOMSLUT

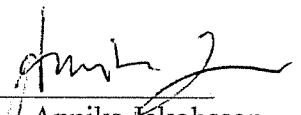
Med bifall till överklagandet och med upphävande av länsrättens dom förordnar kammarrätten att upphandlingen ska göras om.

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



Christer Sjödin
kammarrättslagman

Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent



Annika Jakobsson
t f assessor



LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN

DOM
2008-10-30
Meddelad i
Falun

Bilaga A Mål nr
2457-08 E
Rotel 2

SÖKANDE

Svensk Markservice AB, 556420-4823
Norra Järnvägsgatan 19
791 35 Falun

Ombud: Advokat Olof Johnson
Nyström Bridal Widemar Advokatbyrå HB
Oxtorgsgränd 2 plan 4
111 57 Stockholm

MOTPART

Falu kommun
Trafik- och Fritidsförvaltningen
791 83 Falun

SAKEN

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

Svensk Markservice AB (SMAB) begär överprövning av Falu kommuns upphandling av uppdraget som entreprenör avseende drift- och underhåll av park- och tomtmark samt vägområde Söder där Falu kommun den 16 september 2008 tilldelat Peab Sverige AB (PEAB) uppdraget. SMAB yrkar att länsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas med mindre än att rättelse dessförinnan vidtagits. Den rättelse som begärs är i första hand att länsrätten förordnar att anbudsvärderingen ska göras om på så vis att SMAB ska få möjlighet att lämna en förtydligande anbudskomplettering avseende slätter av cykelväg mot Hinsnolet istället för den anbudskomplettering som bolaget lämnade 080905 till Falu kommun och som byggde på felaktiga uppgifter från kommunen inför anbudskompletteringen samt att kommunen vid anbudsvärderingen av anbud som erbjuder lägsta pris inte bara ska värdera fast ramkostnad för kontraktssätandet (kontraktssumma) utan också ska värdera de priser som SMAB och PEAB lämnat i anbudsförmulär såvitt avser ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten som ska utföras under kontraktstiden mot avrop enligt förfrågningsunderlaget. SMAB

Dok.Id 54481

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-484 00	023-484 80	måndag – fredag
791 21 Falun		E-post: lansrattenidalarna@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

begär också att skälen för tilldelningsbeslutet ska redovisas så att dess innehåll står i överensstämmelse med på området tillämplig lagstiftning. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

SMAB anför följande sakomständigheter och grunder. Falu kommun beslöt att tilldela PEAB uppdraget som entreprenör till en jämförelsesumma av 1 914 000 kr. SMABs jämförelsesumma angavs till 1 934 000 kr. Upphandlingen har inte genomförts med den transparens, likabehandling och proportionalitet som man har rätt att kräva enligt gemenskapsrättsliga principer. Inom angiven tidsfrist har SMAB ingivit anbud i enlighet med det anbudsformulär som fanns bilagt förfrågningsunderlaget. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare lämna priser enligt mängdförteckningar, vilka sammanställs till angiven ramkostnad; vilket också efterfrågats av kommunen under anbudstiden. I anbudskomplettering av 080903 har SMAB angivit att summan för Parkskötsel Söder uppgår till 1 906 600 kr/år. Någon dag därefter återkom kommunen med en förfrågan om pris på slätter i ramkostnaden för cykelväg mot Hinsnoret 1/gång ca 6,4 km. SMAB – som haft att utföra denna arbetsåtgärd som tillkommande arbeten åt kommunen i tidigare kontrakt och enligt då givna förutsättningar – uppfattade, på goda grunder, att det åtagande om vilket kommunen nu frågade skulle motsvara sådant arbete, vilket kräver långsamgående fordon med slätterbredd överstigande 1 meter. I anbudskomplettering lämnade pris på detta om 14 000 kr. Efter anbudsvärderingen var klar och utan att fråga SMAB har kommunen sedan dubblerat denna kostnad och lagt ett belopp om 28 000 kr till den fasta ramkostnad som utgjorde SMABs anbud. Kommunen har inte klargjort dessa förutsättningar för SMAB än mindre talat med Lennart Olsson hos SMAB; med vilken detta missförstånd lätt hade kunnat redas ut. Om SMAB hade fått rätt information av kommunen eller om kommunen kollatererat den uppenbart felaktiga prisangivelsen i anbudskompletteringen hade SMAB kunnat lämna en korrekt anbudskomplettering. Detta kompletteringsanbud hade då legat i paritet med redan lämnade å priser för väg-

kantslätter om 1,29 kr/metern och en total anbudssumma i denna del om 8 256 kr. SMABs totala anbud hade då blivit 1 906 600 kr + 8 256 kr = 1 914 856 kr mot PEABs 1 914 000 kr. Vidare anges i förfrågningsunderlaget AFB.51 att prövning av anbudsgivare kommer att ske med avseende på bl a Anbudsformulär. I AFB.52 anges följanden:

”De anbud som uppfyller ställda krav enligt AFB.51 samt krav på organisation (ADF.3), referenser (AFB.522, kvalitet (AFB.523) och miljö (AFB.524) kommer att utvärderas. Kommunen kommer att anta det anbud som uppfyller samtliga krav samt erbjuder lägsta pris.”

I det anbudsformulär till vilket hänvisas i AFD 51 och 52 skall anbudsgivaren bl a ange priser i enlighet med en till formuläret bilagd timprislista för ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten (ÄTA). Detta har både PEAB och SMAB gjort. Enligt förfrågningsunderlaget kommer avrop att ske mot dessa prislistor bl a från Kommunfastigheter som tillsammans med Trafik och Fritid kommer att fungera som beställare. Vid en jämförelse av samtliga priser enligt denna lista till anbudsformuläret framgår att SMAB genomgående lämnat lägre priser för dessa ÄTA-arbeten. Det framgår dock inte om kommunen värderat dessa priser. SMAB menar att kommunen skulle ha gjort detta. Detta innebär att PEABs anbud i praktiken är högre än SMABs. Kommunens anbudsutvärdering har inte varit transparent och inte rättvis.

Länsrätten beslöt den 29 september 2008 att Falu kommun tills vidare inte får avsluta upphandlingen och att beslutet gäller till dess länsrätten förordnar annat.

SMAB har i skrivelse den 6 oktober 2008 närmare utvecklat grunderna för sin begäran om överprövning.

Falu kommun hemställer att länsrätten avslår SMABs begäran om överprövning och anför.

Tillkommande slätter

Under utvärdering/kontraktsgenomgång ombads, per telefon, båda anbudslämnarna att komplettera sina anbud med skötsel av slätter längs GC-väg Hinsnoret. Båda lämnade en skriftlig komplettering. SMAB lämnade en komplettering av 14 000:-/gång. Handlingarna, avsnitt 21 Vägområde i Funktionsbeskrivningen, föreskriver slätter 2 ggr/år, alltså totalt 2 x 14 000:- = 28 000 :-/år för SMAB. Kommunen har ingen skyldighet att kollektionera om angiven summa är "rätt". Anbudsgivaren svarar för sina summor. Inget missförstånd föreligger således då SMAB har lämnat ett pris/gång, vilket vid utvärderingen blir 2 x 14 000:-/år.

ÄTA-timprislista

SMAB förordar vidare att timprislistan för ÄTA-arbeten ska ingå i utvärderingen. Detta är felaktigt. Priserna i ÄTA-listan ska inte användas för i entreprenaden ingående arbeten. Enligt förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter,

"AFC.611 Ersättning för ändringar och tilläggsarbeten, ska ÄTA-arbeten (ÄTA betyder ändrings-, tilläggs- och avgående) anses beordrade först sedan de beställts skriftligen av Beställaren."

Detta betyder att timprislistan inte ingår i den ordinarie entreprenaden utan ska användas i undantagsfall om tillämpbara priser inte finns för dessa arbeten i MF (Mängdförteckning) handling 10, och (MF) Mängdförteckning för tomter gällande snöskötsel och sandning, handling 13.2. Eftersom PEAB lämnat det lägsta priset i de båda listor som ingår i entreprenaden och ÄTA-timprislistan inte påverkar totalen, samt att SMAB lämnat ett pris/gång, á 14 000:- vilket enligt handlingarna ger 28 000:-/år, hemställer kommunen att begäran om överprövning avslås.

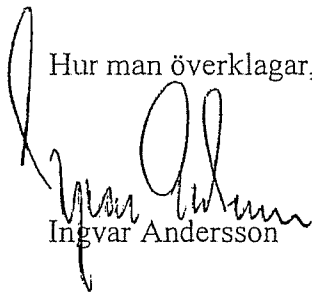
SMAB har inkommit med erinringar i anledning av vad kommun anför och vidare yrkat att av länsrätten meddelat interimistiskt beslut skall bestå intill dess lagakraftvunnen dom föreligger i målet.

LÄNSRÄTTEN BESLUTAR FÖLJANDE

Utredningen i målet ger enligt länsrättens bedömning inte underlag för att anse att upphandlingen skett i strid mot LOU. Vid sådan bedömning föreligger inte förutsättningar för att vidta rättelse genom att göra om utvärderingen eller att göra om upphandlingen. Länsrätten avslår SMABs ansökan med begäran om åtgärder enligt LOU.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut från den 29 september 2008.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c).



Ingvar Andersson

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

