



SÖKANDE

Svevia AB, 556768-9848

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och Jurist Karolina Kjelberg
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2019-07-26	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Vallentuna kommun

Ombud: Advokat Jan Andersson och Jur.kand. Louise Oldmark
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Vallentuna kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal avseende asfaltsbeläggningar, asfaltsfräsning och vägmarkering sammanlutande tjänster (dnr. KS2019.099) genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsgrunden i upphandlingen har varit det enligt utvärderingsmodellen mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Fyra leverantörer har lämnat anbud i upphandlingen. Av tilldelningsbeslutet framgår att en anbudsgivare har erbjudits ramavtal. Anbudet från Svevia AB (Svevia) har förkastats på grund av att anbudet inte uppfyller kravet i avsnitt AFB.53 i upphandlingsdokumentet avseende à-pris vid olika mängdintervall. Av tilldelningsbeslutet framgår det att Sveglias mängdförteckning innehåller ett otillåtet intervallpris, där ett större mängdintervall har ett högre à-pris än ett mindre mängdintervall.

YRKANDEN M.M.

Svevia ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Sveglias anbud tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar Svevia att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Svevia bl.a. följande.

Kommunen har genom att förkasta Sveglias anbud brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling enligt 4 kap. 1 § LOU. Vore det inte för kommunens överträdelse av bestämmelserna i LOU skulle Svevia, som kommit in med det lägsta anbudspriset, ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Därmed lider eller i vart fall riskerar Svevia att lida skada. Kommunen har därtill tillämpat en otillåten utvärderingsmodell vilket resulterat i att Svevia har hindrats från att lämna sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Även på denna grund lider eller i vart fall riskerar Svevia att lida skada.

Av RÅ 2002 ref. 50 framgår det att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas. Av avgörandet framgår att den omständigheten att utvärderingsmodellen inte leder till ett rättvisande resultat utgör en överträdelse av de grundläggande principerna. Frågan om s.k. golv- och takpriser i utvärderingsmodeller har prövats i ett antal överrättsavgöranden, däribland i HFD 2018 ref. 50 där Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att utvärderingsmodeller med golvpriser som medför automatiskt förkastande av anbud inte är tillåtna. Vidare har Kammarrätten i Stockholm i dom i mål nr 5255-18 funnit att en upphandlande myndighet, genom att som obligatoriskt krav i upphandlingen ange att anbud som understiger ett lägsta tillåtet timpris kommer att förkastas, hindrat sökanden och andra anbudsgivare från att konkurrera med sina bästa priser i utvärderingen. Därtill har Kammarrätten i Göteborg i dom i mål nr 4551-18 uttalat att relativa takpriser hindrar anbudsgivare från att faktiskt konkurrera med priset, vilket innebär ett brott mot likabehandlingsprincipen.

I det nu aktuella fallet har kommunen i avsnitt AFB.53 i förfrågningsunderlaget tillämpat sådana relativa takpriser genom att låta det à-pris som en anbudsgivare lämnar för det mindre mängdintervallet bli styrande för priset för det större mängdintervallet. Konsekvenserna av kommunens utvärderingsmodell med relativa takpriser är att olika anbudsgivare får olika takpriser för vissa eller alla positioner, vilket i enlighet med kammarrättspraxis strider mot likabehandlingsprincipen. Kravet innebär i praktiken även att ett relativt golvpris har satts i det mindre mängdintervallet, där priset i det lägre intervallet inte får understiga priset i det högre intervallet. Modellen innebär att anbudsgivare som anser sig kunna lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud genom att lägga ett lägre à-pris i det mindre mängdintervallet är förhindrade att göra detta. Vidare bör

understrykas att det endast skiljer omkring 15 procent mellan de pris som Svevia i punkten DCC.2411 har lämnat avseende de olika mängdintervallen. Om Sveglias anbud hade utvärderats skulle Svevia ha haft en jämförelsesumma om 8 451 600 kr, vilket är lägre än den vinnande anbudsgivarens jämförelsesumma om 8 710 550 kr. Mot bakgrund av den restriktiva hållning som Högsta förvaltningsdomstolen och kammarrätterna intagit när det gäller krav och villkor som begränsar anbudsgivarnas möjlighet att fritt välja sin egen prissättning står det klart att kommunens utvärderingsmodell strider mot principen om likabehandling.

Kommunen bestrider Sveglias ansökan om överprövning och anser att ansökan ska avslås. Till stöd för sin talan anför kommunen bl.a. följande.

Kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU. Kommunens utvärderingsmodell är tillåten och anbudsgivarna har inte hindrats från att lämna sina ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. I entreprenadupphandlingar där arbeten ersätts enligt mängdförteckning för verklig mängd utfört arbete är det vanligt att anbudsgivarna spekulerar i anbudspriserna. Följden av detta blir att vissa anbudsgivare sätter låga priser på kostnadsposter som de spekulerar i att den upphandlande myndigheten kommer att beställa lite av. Motsatsvis sätter anbudsgivarna höga priser på de kostnadsposter som de förmodar att den upphandlande myndigheten kommer att beställa mycket av. Konsekvensen blir att den upphandlande myndigheten i slutändan kan komma att få betala betydligt mer för slutprodukten än vad som förutsetts. Det är därigenom svårt att säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelas kontrakt i upphandlingen. För att komma till rätta med detta har kommunen valt att i upphandlingen sätta takpriser. Av RÅ 2002 ref. 50 framgår att det i en upphandling får föreligga brister utan att den anses strida mot LOU, så länge de grundläggande principerna inte åsidosätts. Kommunen har i

upphandlingen tillämpat en relativ utvärderingsmodell där anbudsgivarens prissättning för samma typ av arbete står i relation till varandra. Att tillämpa en relativ utvärderingsmodell strider inte mot LOU, vilket framgår av Kammarrätten i Stockholms dom den 23 september 2010 i mål nr 3772-10. De rättsfall som Svevia har åberopat fastställer inte att det skulle stå i strid med LOU att för en upphandlande myndighet ange takpriser. För koden DCC.2411, på vilken Sveglias anbud har blivit förkastat, har kommunen inte angivit något takpris utan i stället i utvärderingsmodellen angett klart och tydligt att anbudsgivarna inte får sätta ett högre à-pris på en större mängd än på en mindre mängd för samma typ av arbete. I detta fall styrs takpriset på den större mängden av priset som anbudsgivaren har angett för den mindre mängden. Det finns dock ingenting som styr det lägsta priset, dvs. golvpris. Svevia har i detta hänseende angivit 76 kr för arbete med mängd större än 1 000 m² (25 000 m²) och 65 kr för arbete med mängd mindre än 1 000 m² (4 000 m²). Samtliga anbudsgivare, men undantag för Svevia, har lämnat anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget. Kommunen har därmed handlat i enlighet med likabehandlingsprincipen genom att förkasta Sveglias anbud. Svevia har i ansökan om överprövning citerat Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4551-18 felaktigt. Sveglias citat är hämtat från det klagande bolagets anförande och inte från domskälen. Det framgår inte av domskälen i avgörandet att det inte kan vara förenligt med likabehandlingsprincipen att ha olika takpriser för olika anbudsgivare, utan enbart att ett takpris som indirekt innebär ett golvpris inte är förenligt med LOU. Kommunen har vare sig angivit något golvpris eller takpris, utan prissättningen har varit fri för anbudsgivarna att sätta själva. Det finns därför inget takpris som indirekt innebär ett golvpris. Sammantaget har kommunen genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling enligt 4 kap. 1 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för domstolens prövning

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Ska Svevias anbud tas upp till utvärdering?

Svevia har inledningsvis anfört att kommunens överträdelse av LOU hänförs till anbudsprövningsfasen på så vis att kommunen, genom att ha förkastat Svevias anbud, har brutit mot principerna om transparens och likabehandling. Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om kommunen rätteligen förkastat Svevias anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget punkt AFB.53 anges följande.

AFB.53 Prövning av anbud

Utvärdering av anbud sker genom att lämnade à-priser multipliceras med angivna fiktiva mängder. Detta ger en anbudssumma för mängdförteckningen och en anbudssumma för Tim- och à-prislistan. Dessa två anbudssummor adderas och utgör anbudets

jämförelsesumma. Denna summa är endast ett verktyg för utvärdering och blir inte avtalad omfattning av uppdragets volym. Anbudsgivare med lägst jämförelsesumma antas för entreprenaden.

Anbud med Tim- och/eller à-priser som överstiger av beställaren angivna takpriser i Mängdförteckning eller Tim- och à-prislista kommer att förkastas. Anbud med à-pris i Mängdförteckning eller Tim- och à-prislista som är lika med 0 kr eller lägre kommer att förkastas.

Anbud där à-pris för ett större mängdintervall är högre än à-pris för ett mindre mängdintervall i mängdförteckningen för samma typ av arbete kommer att förkastas.

Av Sveglias mängdförteckning s. 3 framgår det under koden DCC.2411 att Svevia har angivit à-pris om 76 kr för arbete med mängd större än 1 000 m² och 65 kr för arbete med mängd mindre än 1 000 m². Sveglias uppgivna à-pris för det större mängdintervallet är därmed högre än det uppgivna à-priset för det mindre mängdintervallet. I enlighet med förfrågningsunderlaget avsnitt AFB.53 tredje stycket har Sveglias anbud därigenom förkastats av kommunen. Förvaltningsrätten anser att det i målet inte har kommit fram annat än att anbudsgivarna har fått ta del av förfrågningsunderlaget och det aktuella obligatoriska kravet på ett likvärdigt, transparent sätt. Vidare bedömer domstolen att kommunen, genom att förkasta Sveglias anbud, har iakttagit principerna om transparens och likabehandling. Vad Svevia har anfört gällande att det endast skiljer omkring 15 procent mellan de uppgivna à-prisen i de olika mängdintervallen medför inte någon annan bedömning i detta hänseende. Det finns därför inte skäl att ingripa mot upphandlingen på den grunden att Sveglias anbud inte tagits upp till utvärdering.

Är kommunens utvärderingsmodell förenlig med LOU?

Svevia har vidare gjort gällande att kommunens överträdelser av LOU hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede på så vis att kommunen, genom att ha tillämpat en otillåten utvärderingsmodell, har hindrat Svevia från att lämna sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

Förvaltningsrätten har därmed vidare att ta ställning till om kommunens utvärderingsmodell är förenlig med LOU.

En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla i en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Svevia är av uppfattningen att det uppställda kravet om att à-pris för ett större mängdintervall inte får vara högre än à-pris för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete strider mot principerna om transparens och likabehandling. Till stöd för sin uppfattning har Svevia anfört att utvärderingsmodellen inte leder till ett rättvisande resultat i enlighet med RÅ 2002 ref. 50, att utvärderingsmodellen innehåller ett otillåtet golvpris som medför automatiskt förkastande av anbud i enlighet med HFD 2018 ref. 50 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5255-18 samt att kommunen i den aktuella upphandlingen har tillämpat ett relativt tak- och golvpris i likhet med vad som var fallet i Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4551-18.

Förvaltningsrätten konstaterar att de avgöranden som Svevia har åberopat avser s.k. golvpriser samt takpriser som indirekt innebär golvpriser. I Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4551-18 konstaterade kammarrätten att takpriset för material i upphandlingen var satt i relation till totalpriset vilket innebar ett indirekt, relativt golvpris för totalkostnaden. Kammarrätten bedömde därigenom att den upphandlande myndighetens krav inte var förenligt med upphandlingslagstiftningen. Avgörandet fastställer emellertid inte, så som Svevia har gjort gällande, att det skulle vara oförenligt med likabehandlingsprincipen att ha olika takpriser för olika anbudsgivare.

Kommunen har i den nu aktuella upphandlingen ställt upp ett relativt takpris, där takpriset för ett större mängdintervall styrs av priset som anbudsgivaren har angett för ett mindre mängdintervall avseende samma typ av arbete. Kravet är enligt förvaltningsrättens bedömning inte att jämföras med ett explicit golvpris av det slag som det var fråga om i HFD 2018 ref. 50 och i Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5255-18. Kravet kan inte heller liknas med förhållandena i Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4551-18, eftersom det aktuella kravet avser samma typ av arbete där endast kvantiteten skiljer sig åt. En utvärderingsmodell som innehåller ett obligatoriskt krav som medför att anbud med ett högre å-pris för en större kvantitet förkastas framstår enligt förvaltningsrätten snarare som en utvärderingsmodell som är ägnad att leda till ett rättvisande resultat i enlighet med RÅ 2002 ref. 50. Förvaltningsrätten bedömer vidare att kravet inte kan anses begränsa anbudsgivarnas möjlighet att utarbeta ett konkurrenskraftigt anbud eller att konkurrera med sin prissättning i enlighet med likabehandlingsprincipen.

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Svevia inte har förmått visa att det aktuella kravet avseende prissättning strider mot LOU. Eftersom Svevia inte heller i övrigt har anfört något som visar att kommunen i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerar att lida skada, saknas skäl för ingripande mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Anna Karin Andersson

Rådman

August Marinder Neuman har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.