



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredraganden
Elisabet Heimer

DOM
2018-07-11
Meddelad i Falun

Mål nr
1743-18

SÖKANDE

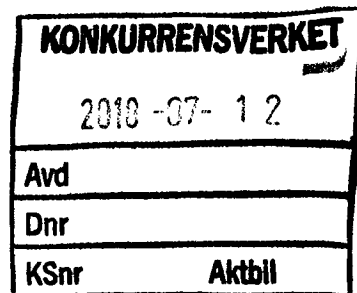
KH Måleri Aktiefbolag, 556496-1307
Förrådsgatan 10
803 09 Gävle

MOTPART

AB Gavlegårdarna, 556487-5937
Box 456
801 06 Gävle

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 223783

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

AB Gavlegårdarna (Gavlegårdarna) upphandlar ramavtal för måleriarbeten (7380) genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 9 april 2018.

KH Måleri Aktiebolag (KH Måleri) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska rättas.

Gavlegårdarna bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad KH Måleri anfört är visat att Gavlegårdarna brutit mot någon av de grundläggande principerna eller annan bestämmelse i LOU och detta medfört att KH Måleri lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsdokumenten

Av administrativa föreskrifter punkten AFB.53 framgår bl.a. följande.

Prövning av anbud

Det anbud som är ekonomiskt mest lönsamt avseende pris och kvalitet kommer att antas.

Pris

Pris är det anbudspris som räknas fram i prisformuläret. Observera att alla priser i prisformuläret inte räknas med i anbudspriset.

Proportionerlig prissättning ska beaktas.

Vad parterna anför

KH Måleri anför bl.a. följande. Ett krav i upphandlingen är att proportionerlig prissättning ska beaktas. Gavlegårdarna har antagit anbudet från vinnande anbudsgivare trots att leverantören lämnat högre priser på mindre objekt än på större objekt. Att Gavlegårdarna anser att kravet är uppfyllt gör att KH Måleri ställer sig frågande till vad kravet i sådana fall innebär och hur Gavlegårdarna menar att anbudsgivarna ska förstå det. Om Gavlegårdarna till trots anser att prissättningen är förenlig med kravet är det ett otydligt ska-krav som lämnat öppet för tolkningar. Gavlegårdarnas sätt att resonera kring ett ska-krav och att de anser att kravet inte ”strikt ska användas” ger utrymme för exceptionellt stor godtycklighet vid utvärderingen av anbudet, vilket inte är förenligt med LOU och principen om likabehandling och transparens. Gavlegårdarna menar att med KH Måleris tolkning så är även KH Måleris anbud felaktigt prissatt. Det ger Gavlegårdarna ytterligare en tolkning som inte KH Måleri gjort, vilket styrker att kravet inte är transparent. Vidare är kravet i punkten AFB.52, där det krävs referensobjekt om minst sex miljoner kronor per år, oproportionerligt. Dessutom är kravet icke transparent då det funnits utrymme för tolkningar vad ”liknande uppdrag” innebär. Vinnande anbudsgivares anbud uppfyller inte kravet i AFB.52 då angivet referensuppdrag saknar information om omfattning och e-postadress. Vinnande anbud uppfyller inte heller ska-kravet att proportionerlig prissättning ska beaktas. Det har framkommit att det funnits obligatoriska krav med tolkningsutrymmen i upphandlingsdokumenten och då KH Måleri tolkat dessa krav restriktivt har företaget lidit skada i och med val av referensuppdrag och prissättning kontra de som konkurrerande leverantörer angett och som har accepterats. Gavlegårdarna har utvärderat anbudet genom en så kallad omvänd utvärdering och därmed ej utvärderat samtliga anbud. Det kan i förlängningen innebära att Gavlegårdarna, vid utvärdering av resterande anbud, kommer fram till att inget av anbudet uppfyller ställda krav varvid Gavlegårdarna inte har något giltigt anbud. KH Måleri kan därmed komma att lida skada om upphandlingen inte görs om alternativt rättas.

Gavlegårdarna anför bl.a. följande. KH Måleris påstådda brist i vinnande anbud bestrids då det är KH Måleris egen tolkning och har inte med faktiska omständigheter i upphandlingsdokumenten att göra. Dels är kravet utformat som att proportionerlig prissättning ska beaktas och inte strikt användas, dels är skillnaderna i prissättningen väldigt små och en anbudsgivare måste ha rätt att anpassa sitt anbud så att ett konkurrenskraftigt pris uppnås. Om formuleringen ska tolkas på annat sätt än vad Gavlegårdarna förespråkar innehåller även anbudet från KH Måleri brister. Gavlegårdarna ser inte att KH Måleri har eller kan komma att lida skada av tolkningen på formuleringen ”proportionerlig prissättning ska beaktas” då KH Måleri hade lägst utvärderingssumma. Avseende kravet i AFB.52 är det inte oproportionerligt att i en upphandling med en uppskattad årsomsättning på tio miljoner kronor ställa ett krav på två referensuppdrag med en årsomsättning på tre miljoner kronor var. I upphandlingen valdes formuleringen liknande uppdrag utan efterföljande specifika krav på arbetsmoment då det inte fanns någon anledning att begränsa referensuppdragen ytterligare. Vidare bestrider Gavlegårdarna att vinnande anbuds ena referensuppdrag saknar omfattning. I vinnande anbud har det, trots att e-postuppgiften saknades, fungerat att verifiera att anbudsgivaren har utfört uppdragen enligt de uppställda kraven utan att någon ytterligare kontakt med anbudsgivaren behövdes, dvs. anbudsgivarna har behandlats lika.

Förvaltningsrättens bedömning

Av punkten AFB.53 framgår bl.a. att proportionerlig prissättning ska beaktas. Någon närmare definition av vad som avses med det återfinns inte i upphandlingsdokumenten.

Förvaltningsrätten konstaterar att det råder olika uppfattningar om hur skrivningen i AFB.53 ska tolkas. Gavlegårdarna har anført att kravet är utformat som att proportionerlig prissättning ska beaktas och inte strikt användas. Förvaltningsrätten bedömer att formuleringen av kravet innebär att

det alltid ska beaktas, det är således inte något som Gavlegårdarna kan välja att tillämpa efter eget skön. Att tolka skrivningen så som Gavlegårdarna har anfört innebär en betydande osäkerhet för anbudsgivarna gällande prissättningen. Det har därmed inte varit tillräckligt klart och tydligt vad Gavlegårdarna tillmäter betydelse i utvärderingen. Upphandlingsdokumenten strider därmed mot transparensprincipen.

Det konstaterade upphandlingsfelet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet och ett beslut om ingripande ska föranleda att upphandlingen görs om. Eftersom KH Måleri i en sådan situation har möjlighet att komma in med ett nytt anbud, där det finns möjlighet att åtgärda de av Gavlegårdarna anförda bristerna, kan det inte uteslutas att KH Måleri vid en ny upphandling skulle kunna antas som leverantör. Detta får anses tillräckligt för att KH Måleri till följd av det konstaterade felet ska anses ha lidit eller riserat att lida skada. Det finns därför grund för att ingripa mot upphandlingen.

Eftersom överträdelsen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas skäl att pröva övriga invändningar mot upphandlingen.

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

Anders Lidman
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningsstillstånd 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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

