



SÖKANDE

MPA Måleriproduktion i Västmanland AB, 556275-8267

Ombud: Advokat Johan Kennemyr
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun
Fastighetskontoret
721 87 Västerås

KONKURRENSVERKET	
2011-12-09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLANDRAD UPPHANDLING

Västerås kommuns upphandling av ramavtal avseende målningsarbeten,
dnr 2010/703-FN-061

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Västerås kommun (härefter kommunen) har genomfört upphandling (förenklat förfarande) av ramavtal avseende målningsarbeten, dnr 2010/703-FN-061 (härefter upphandlingen). Ett av de bolag som lämnat anbud i upphandlingen är MPA Måleriproduktion i Västmanland AB (härefter bolaget). Enligt tilldelningsbeslut den 14 september 2011 har bolaget inte antagits som leverantör i upphandlingen.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkande.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Upphandlingen är felaktig då den har genomförts i strid med transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Utifrån förfrågningsunderlaget är det oklart vad som egentligen ska inkluderas i det belopp som ska anges som anbudssumma i bilaga 6.2 "Prisbilaga" (härefter prisbilagan). Förfrågningsunderlaget är därmed inte utformat på ett tillräckligt öppet och förutsägbart sätt. Oklarheterna innebär att anbudsgivarna inte har givits de möjligheter som krävs för att de ska kunna lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Eftersom bristerna har påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen rätteligen göras om.

Kommunen har under "målningspriser" i prisbilagan angett att de vill ha leverantörernas uppgifter om offererade priser avseende 23 stycken poster med angivna AMA-koder. Dessutom har det i ingressen till prisbilagan angivits att måleripriser "ska inkludera arbete, resor, servicebil, etablering, spill, fästmaterial, städning, källsortering samt övrigt som behövs för fullt färdigt arbete". Med dessa instruktioner som underlag har bolaget avgett ett anbud där offererade priser för "summa materialkostnader" inkluderar

inte bara rena materialkostnader för de angivna AMA-koderna utan även de övriga kostnader som anges ska ingå i ”målningspriser” enligt prisbilagan. Den totala summan för de 23 posterna har bolaget sedan fört in tillsammans med ”arbetskostnader” och ”milersättning” i sammanräkningen av den anbudssumma som offererats.

Av upphandlingsprotokollet framgår att prisskillnaderna är betydande mellan anbuderna med lägst anbudspris jämfört med de som innehåller högs Sverige AB, härefter Sandå) respektive 180 000 kr (Kolbäcks Måleriservice AB, härefter Kolbäck), ligger de två högsta på 241 300 kr (bolaget) respektive 236 100 kr (Englunds Måleri AB). Det är således en skillnad på hela 84 150 kr mellan högsta och lägsta anbudet. En sådan väsentlig skillnad och spridning i offererade priser är mycket ovanlig i upphandlingar av denna sort där konkurrensen inom branschen gör att anbudsgivarna har god uppfattning om vilka prisbilder som behöver offereras för att anbuderna ska vara konkurrenskraftiga. Bolaget menar att utfallet i upphandlingen har sin förklaring i att förfrågningsunderlagets lydelse öppnat för vissa anbudsgivare att välja en tolkning som är mycket gynnsam för deras del. Detta eftersom det utifrån prisbilagan inte klart och tydligt har angetts huruvida den post avseende ”material” som ska adderas vid raden för anbudssumma måste omfatta det som kommunen definierat som ”arbete, resor, servicebil, etablering, spill, fästmaterial, städning, källsortering samt övrigt som behövs för fullt färdigt arbete” eller om det räcker med att endast avge kostnaden för själva materialet. Utrymmet att tolka vad som ska omfattas på olika sätt följer av att förfrågningsunderlagets lydelse är motstridigt eftersom det på olika ställen å ena sidan talas om ”måleripriser” samt å andra sidan talas om ”material”.

Att vissa anbudsgivare av allt att döma endast inkluderat sina materialkostnader visar sig vid en jämförelse mellan det lägsta anbudet (från Sandå) och det högsta (från bolaget). Sandås summa materialkostnader uppgår till

61 150 kr. Bolaget som inkluderat allt som behövs för fullt färdigt arbete vid avgivande av summa materialkostnader har lämnat kostnaden 99 300 kr. Av dessa 99 300 kr utgör i själva verket endast drygt hälften de rena materialkostnaderna. Bolagets rena materialkostnader ligger således mycket nära den kostnad Sandå avgivit för hela sin kostnad måleriarbeten. Eftersom anskaffningskostnaderna för material i branschen till följd av konkurrens ligger på en likartad nivå för anbudsgivarna, låter sig skillnaden i kostnad vad gäller måleriarbeten mellan de två anbudena inte förklaras därav. Det måste därför anses osannolikt att Sandå kunnat lämna en kostnad på material plus ”arbete, resor, servicebil, etablering, spill, fästmaterial, städning, källsortering samt övrigt som behövs för fullt färdigt arbete”, som är i det närmaste överensstämmande med bolagets rena materialkostnader.

Om bolaget i stället för att följa vad som föreskrivits i ingressen hade anammat vad som följer av skrivningen vid anbudssumma – och därmed bara avgett rena materialkostnader – hade bolaget vid en sammanräkning av posterna ”arbete, resor och material” haft ett anbudspris om 199 635 kr och hade lämnat det tredje lägsta priset. Bolaget hade då antagits som leverantör. Men detta gäller dock endast under förutsättning att samtliga anbudsgivares anbud står kvar som de ser ut idag. Det är således alltför oklart – och torde vara mycket svårt att helt klarlägga – hur de övriga anbudsgivarna verkligen uppfattat förfrågningsunderlaget i denna del.

Den tydliga slutsats man kan dra av utvärderingen är att det föreligger anmärkningsvärt stora skillnader i anbudspriserna. Medan de två lägsta anbudena ligger i spannet mellan 157 150 kr – 180 000 kr ligger de två högsta väldigt nära varandra i spannet 236 100 kr – 241 300 kr. Det senare pekar, tillsammans med det tredje högsta anbudet på 221 550 kr, på att det inte bara är bolaget som uppfattat att kommunen efterfrågat mer än rena materialkostnader i prisbilagan.

Att förfrågningsunderlaget varit oklart formulerat och svårt att tolka för anbudsgivarna framgår dessutom av att kommunen ansett sig tvungen att ställa frågor och begära in kompletteringar av t.ex. Sandå och Kolbäck eftersom det inte gick att klart utläsa vilka priser dessa anbudsgivare lämnat. Oklarheterna har således inte bara påverkat anbudsgivarnas agerande vid upprättandet av anbudet utan även kommunens hantering av de inkomna anbudet.

Dessa kompletteringar har rent faktiskt inneburit att såväl Sandå som Kolbäck har tillåtits att i efterhand ändra sina anbudspriser. Sandå har efter kompletteringen sänkt sin anbudssumma från 165 860 kr till 157 150 kr och Kolbäck har höjt sin från ursprungliga 150 000 kr till 180 000 kr. Bolaget menar att kommunens agerande i sig har inneburit överträdelser av 9 kap. 8 § LOU. Detta eftersom det varken sig rört sig om rättande av någon uppenbar felskrivning, felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller något sådant förtydligande/komplettering som får ske enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Att på så sätt låta anbudsgivare ändra sina anbudspriser står i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Att förfrågningsunderlaget brustit i transparens framgår vidare av att den av kommunen medskickade anbudsmallen i excel för prisbilagan har varit felaktig. Den anbudsgivare som fyllde i priserna i excelformuläret har fått sin summa materialkostnad felräknad. Detta eftersom vissa poster inte funnits med i formeln i den ruta där sammanräkningen sker. I ruta G39 (för summa materialkostnader) saknas delsummorna för posterna i rutorna G29 respektive G31-38. Detta har inneburit att de anbudsgivare som använt och förlitat sig på det medskickade elektroniska formuläret vid avgivande av anbudspriset inte har lämnat kostnader för samtliga av de poster som skulle ingå i anbudet. Alternativt – om det var kommunens intention att dessa poster skulle utelämnas – så har de som tagit med samtliga poster lämnat för höga kostnader. Det framgår inte på något ställe i förfrågningsunderla-

get uttryckligen att dessa poster inte skulle medräknas i sammanräkningen av materialkostnaderna.

De påvisade felaktigheterna rörande prisbilagan har därmed inneburit att anbudsgivarna lagt in olika tolkningar av tilldelningskriteriet lägsta pris och att kommunen till följd därav har haft svårt att utröna såväl hur anbudsgivarna avgett sina priser som vilka priser som överhuvudtaget lämnats. Förfrågningsunderlaget har därmed varit så bristfälligt och otydligt att det för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare inte har varit möjligt att på förhand förutse hur ett konkurrenskraftigt anbud skulle utformas och utifrån vilka lämnade uppgifter som den upphandlande myndigheten skulle komma att utvärdera anbudet.

Kommunen anför bl.a. följande. Beroende på utseendet på de lokaler som ska målas köper kommunen, i likhet med andra stora beställare, måleriarbeten antingen på löpande räkning eller till ett fast kvadratmeterpris. Vid köp av måleriarbeten till ett fast kvadratmeterpris (à-pris) utgår man från AMA-koder för måleriindustrin. AMA-koderna är standarder som beskriver utförandet av olika slags arbeten till fullt färdiga. I det ligger att allt material ingår i à-priset. Det känner alla som är verksamma i måleriindustrin till. I den aktuella upphandlingen har kommunen begärt in anbud från leverantörerna avseende yrkesarbete, målningspriser; vilket kvadratmeterpris (à-pris) begär leverantörerna för fullt färdiga arbeten enligt 23 olika AMA-koder, samt milersättning.

Att döma av de inkomna anbudet har samtliga anbudsgivare förstått uppgiften vad som skulle ingå i posten målningspriser. Bolagets anbud ligger i denna del strax under det genomsnittliga priset (98 060 kr). Det finns alltså inget stöd i de inkomna anbudet för det påstående som bolaget för fram. När alla anbudsgivarna i upphandlingen uppenbarligen har förstått förfrågningsunderlaget avseende målningsarbeten enligt AMA-koderna kan det

inte gärna anses ha brustit i förutsägbarhet om vad som ska bedömas av kommunen. Vad som avgjorde till bolagets nackdel i upphandlingen var bolagets avsevärt högre timpris än konkurrenternas vid arbeten på löpande räkning (yrkesarbete).

När de tre anbud med lägsta pris hade identifierats i upphandlingen gjorde den ansvarige inköparen en närmare kontroll av anbuden och utförde en kontrollräkning av anbudsgivarnas summering av anbudssumman. I Sandås fall visade inköparens kontrollräkning att summeringen var felaktig. Sandå bereddes därför tillfälle att på nytt räkna samman sitt anbudspris. Vid den andra sammanräkningen använde sig Sandå av exakt samma prisuppgifter som vid den första summeringen. Kommunen kan inte anse att det stred mot 9 kap. 8 § LOU att bereda Sandå tillfälle att, med allt annat oförändrat, göra en ny summering av sitt anbud. Kommunen tillät bara Sandå att rätta en uppenbar felräkning.

Prisbilagan togs fram som en excelfil men distribuerades till anbudsgivarna som en pdf-fil som skulle fyllas i och summeras manuellt. Vissa anbudsgivare, däribland Sandå, begärde dock och fick bilagan som excelfil. Inga rutor i excelfilen var låsta. Sandås felsummering torde därför ha berott på någon form av "handhavandefel" vid Sandås användning av excelfilen. Det var alltså inget fel på excelfilen i sig som bolaget gör gällande.

Kolbäck har i prisbilagan till sitt anbud angett timpriset 200 kr vid arbeten på löpande räkning. Priset var onormalt lågt och indikerade en felskrivning. Kolbäck bereddes därför tillfälle att ge en förklaring till det låga priset. Det visade sig sedermera ha berott på en felskrivning av en sekreterare hos Kolbäck utifrån ett på denna punkt otydligt manus från personen som räknat fram anbudet. Kommunen tillät mot den bakgrunden Kolbäck att rätta felskrivningen. Rättelsen var inte till nackdel för bolaget eller någon

annan anbudsgivare eftersom rättelsen resulterade i ett högre anbudspris, dvs. en nackdel för Kolbäck.

Om förvaltningsrätten skulle finna att kommunen, genom att tillåta Sandå och Kolbäck att ändra sina anbudspriser, har brutit mot grundläggande EU-rättsliga principer så har det inte medfört någon skada för bolaget eftersom bolaget med sitt höga anbudspris, även med Sandås och Kolbäckes anbud borttagna, inte skulle ha kunnat komma i fråga som en av tre leverantörer avseende måleriarbeten.

Bolaget vidhåller sitt yrkande och tillägger bl.a. följande. Det är som utgångspunkt precis som kommunen framför att i begreppet AMA-kod ligger att allt material ingår i priset. Problemet i upphandlingen är att det inte entydigt begärts att anbudsgivarna ska avge sina sammanlagda AMA-priser i anbudspriset eftersom förfrågningsunderlaget å ena sidan stadgar att ”målningspriser” – m.a.o. AMA-priser som alltså inkluderar annat än rena materialkostnader – ska anges och å andra sidan endast begär att anbudsgivarna ska ange kostnad för material. För att det entydigt skulle ha framgått att det var AMA-priserna som skulle anges, skulle det vid summeringsrutan rätteligen ha begärts in summan av ”målningspriser” och inte summan av ”material”. Vad gäller frågan om anbudsmallen i excel för prisbilagan har den, åtminstone i den version som kommunen skickade ut till anbudsgivarna som kompletterande handling, varit felaktig.

Sandå har inte endast som kommunen påstår använt exakt samma prisuppgifter utan har tvärtom i sitt nya anbudspris dragit ifrån de 8 710 kr som de i sitt ursprungliga pris fört in under fältet ”summa materialkostnader”. Detta har medfört att Sandå har tillåtits sänka sitt totala anbudspris med 8 710 kr, från 165 860 till 157 150 kr. Kolbäck å sin sida har fått höja anbudspriset. Bolaget menar att det i detta fall inte rör sig om en sådan uppenbar felskrivning som är tillåten att ändra. I detta fall har Kolbäck läm-

nat ett à-pris på 200 kr, något som visserligen är möjligt att anse som ett lågt pris, men det är inte i sin kontext att anse som så uppenbart onormalt lågt att det faller inom ramen för vad som är tillåtet.

Kommunen anför bl.a. följande. Beloppet 8 710 kr i Sandås anbud är inte en materialkostnad. Beloppet har hamnat i rutan ”summa materialkostnader” p.g.a. något slags handhavandefel vid Sandås bruk av excelfilen. Vid Sandås korrekta användning av excelfilen skulle, automatiskt, i rutan ”summa materialkostnader” ha hamnat summan av de framräknade kostnaderna för målningspriser, 61 150 kr. Det sagda illustreras av kommunens kontrollräkning av Sandås anbud.

Bolaget har inte företett någon utredning som stödjer påståendet att det var oklart för anbudsgivarna vad à-priserna skulle omfatta. Påståendet måste därför betraktas som ren spekulation, gjord utifrån hur saken kan te sig för den som inte är verksam i måleribranschen. Prisbilagan är uppbyggd på samma sätt och inkluderar samma ersättningsposter som motsvarande anbudsunderlag som används i det privata näringslivet. Alla i branschen är bekanta med vilka uppgifter anbudet ska innehålla och hur uppgifterna ska sammanställas när en beställare infordrar ett anbud från leverantörerna. Det vore en avvikelse från det normala att infordra uppgifterna enligt någon annan sammanställningsmetod. Troligen skulle en sådan avvikelse också kräva ett uttryckligt påpekande för att senare kunna åberopas i en avtalsrelation. Hade kommunens anbudsinfordran enligt prisbilagan på något sätt avvikit från det normala hade det antagligen också kommit frågor om det från leverantörerna under anbudstiden. Inga sådana frågor kom.

Sandå har tillåtits omsummera vad som uppenbarligen var en felräkning och Kolbäck har tillåtits rätta vad som var en felskrivning. I båda fallen rörde det sig enbart av korrigerings av befintliga uppgifter och inte, som i de

av bolaget åberopade rättsfallen, om tillförande av uppgifter som medförde en möjlighet för leverantörerna att ändra sina anbud.

Bolaget tillägger bl.a. följande. Vad som tidigare anförts gällande prisbilagan visar att den avviker från branschpraxis och hur priser normalt efterfrågas. Detta har i sin tur gett upphov till oklarheter och utrymme för olika tolkningar av vad som verkligen behövde inkluderas vid sammanräkningen av anbudssumman. Bolaget menar att den tolkning av prisbilagan som – för det fall branschpraxis skulle användas som tolkningsmetod – ligger närmast till hands är den som bolaget gjort och som kommit till uttryck i bolagets anbud. Det kan dock efter utvärderingen konstateras att förfrågningsunderlagets utformning givit utrymme för anläggande av en annan tolkning som inneburit möjlighet att pressa ned det pris man som anbudsgivare vill uppge som anbudssumma. Att det inte ställts några frågor från leverantörerna om prisbilagan låter sig enkelt förklaras med att de anbudsgivare som avsåg att anlägga en för dem mycket fördelaktig tolkning av det oklara förfrågningsunderlaget av naturliga skäl saknade incitament att ställa frågor som skulle undanröja denna möjlighet. Det noteras att kommunen inte har kommenterat den bristande transparens som uppstått till följd av den felaktiga anbudsmallen i excel. Det av kommunen åberopade kammarrättsmålet är inte relevant för bedömningen i målet. Både Sandå och Kolbäck har fått tillföra nya sakuppgifter i sina anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

I 16 kap. 1 § LOU, i dess lydelse före den 1 november 2011, anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU, i dess lydelse före den 1 november 2011, anges 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten prövar först om förfrågningsunderlaget brutit i transparens på det sätt bolaget gjort gällande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att de tre anbudena med lägst total kostnad enligt komplett ifylld prisbilaga kommer att antas. I prisbilagans ingress anges vad som ska inkluderas i måleripriser. Varje post under rubrikerna målningspriser/målningsarbete är försedd med en AMA-kod. I slutet av listan anges att "summa materialkostnader" ska anges. Vidare anges att totalsumma arbete, resor och material enligt ovan utgör anbudssumma.

Det är ostridigt att begreppet AMA-kod innebär att allt material ingår i priset. Det torde därmed stå klart för anbudsgivarna vad som avses med begreppet AMA-koder. Frågan är om det ändå, till följd av att det i prisbilagan anges att "summa materialkostnader" ska anges, i stället för "summa målningspriser", samt att anbudssumman uppges vara en summering av "arbete, resor och material" i stället för "arbete, resor och målningspriser" föreligger sådana otydligheter i prisbilagan att förfrågningsunderlaget brister i fråga om transparens.


Kolbäck har i sitt anbud, såväl det ursprungliga som det rättade, i rutan "summa materialkostnader" angett att dessa ingår i à-pris/kvadratmeter. Av Sandås ursprungliga anbud framgår att Sandå i rutan "summa materialkostnader" har angett en summa om 8 710 kr, som senare har uppgetts vara en felsummering. Enligt förvaltningsrättens mening visar dessa skrivningar

i de båda anbuden att prisbilagan har varit otydlig och gett visst utrymme för tolkning av vad som ska anges i rutan ”summa materialkostnader” och vad som ska summeras vid angivande av anbudssumman. Även om det av Kolbäcks anbud framgår att Kolbäck inkluderat materialkostnad i angivna priser som sedan inkluderats i anbudssumman så kan det inte uteslutas att tolkningsutrymmet i prisbilagan har medfört att andra anbudsgivare har gjort en annan tolkning som påverkat de anbud som lämnats. Vidare har bolaget, oemotsagt, gjort gällande att det förekommit summeringsfel i en version av den olåsta prisbilagan.

Av transparensprincipen följer att en upphandling ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Enligt förvaltningsrättens mening är de otydligheter och fel som förelegat i prisbilagan sammantaget av sådan art att prisbilagan måste anses brista i förutsägbarhet och öppenhet på ett sätt som inte är förenligt med transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Med hänsyn till hur dessa fel kan ha påverkat de lämnade anbuden riskerar bolaget till följd härav att lida skada. Grund för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed.

Eftersom felen är hänförliga till förfrågningsunderlaget är det inte tillräckligt att förordna om rättelse utan upphandlingen ska göras om. Det saknas därmed anledning att pröva vad bolaget har anfört om att kommunen förfarit i strid mot likabehandlingsprincipen genom att tillåta ändringar av Sandås och Kolbäcks anbud.

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



Peter Lif
rådman

Målet har handlagts av Christina Kans