



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Åsa Ekström
 Föredragande

DOM
 2011-03-02
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 7207-10

Domare 1:2

SÖKANDE

ByggPartner i Dalarna Service AB, 556775-9138
 Box 848
 781 28 Borlänge

Ombud: Jur.kand. Hampus Ek
 Foyen Advokatfirma
 Box 7229
 103 89 Stockholm

MOTPART

Hedemora kommun
 Box 201
 776 28 Hedemora

Ombud: Lars-Göran Törnlund
 Upphandlingsenheten
 Avesta kommun
 774 81 Avesta

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-03-03 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

BAKGRUND M.M.

Hedemora Energi AB, Hedemora kommun och AB Hedemorabostäder genomför en samordnad upphandling av "Byggtjänster", ärendenummer 10-076. Den 13 december 2010 beslutade Hedemora kommun att anta Norberg Snickeri AB som leverantör.

YRKANDE M.M.

ByggPartner i Dalarna Service AB (nedan ByggPartner eller bolaget) har hos förvaltningsrätten ansökt om överprövning av upphandlingen. ByggPartner yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas genom en ny anbudsutvärdering vid vilken bolaget ska tillgodoräknas den i dess anbud angivna rabatten eller i vart fall att påslag inte ska ske och att bolaget därmed tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar ByggPartner att upphandlingen i sin helhet ska göras om.

ByggPartner anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlagt anges att anbudsutvärderingskriteriet i upphandlingen skulle vara lägsta pris och att detsamma skulle baseras på anbudets totalpris för uppdraget. Med detta avsågs summan av kostnader för material och arbete som redovisades i prisbilagor. I prisbilagan avseende material framgår att anbudsgivaren vid sidan av de angivna à-priserna även skulle ange vilken rabatt som skulle komma att gälla för övrigt sortiment. Angiven rabatt skulle därefter komma att påverka den konstanta volymen 130 000 kr som var en del av anbudsutvärderingen. ByggPartner ingav anbud i upphandlingen och angav beträffande volymen 130 000 kr i formulärets vita fält "-12%". Att ByggPartner på detta sätt angav ett minustecken innebar i praktiken att två minustecken kom att gälla i programmet Excel. Matematiskt blir två minustecken i stället plus, vilket också blev fallet och gav en summa om $130\,000 \times 1,12 = 145\,600$ kr. Eftersom detta var oriktigt förtydligade ByggPartner under flik 29 i sitt anbud att Hedemora kommun självfallet skulle åtnjuta rabatt i form av nettopris (med ByggPartners egna rabatter) med påslag. "Priser som inte ingår i bifogad à-prislista, flik 3, redovisas med fakturakopior. Fakturor redovisas netto med ett tillkommande påslag/arvode på 12

%.” Detta innebar praktiskt att Hedemora kommun skulle få ta del av de rabatter som bolaget hade förhandlat sig till, vilkas storlek varierar beroende på vad som ska köpas men också över tid. Mot bakgrund av vad som angivits i anbudet råder det ingen tvekan om att det för de upphandlande myndigheterna ändå skulle komma att innebära rabatt av varierande storlek.

Att angiven rabattsättning med Excel-språk gav ett högre pris önskade Hedemora kommun ett förtydligande av. ByggPartner förklarade i förtydligande nr 1 att en rabatt om tolv procent skulle gälla vilket alltså skulle innebära att 130 000 kr för anbudsutvärderingen skulle nedjusteras till 114 400 kr. Hedemora kommun vände sig åter till ByggPartner med fråga och fick då svar av innebörd: ” Vi kan inte ge någon generell rabatt på någon prislista då varje avtal med varje leverantör är unikt. Vi kan hos en leverantör ha olika rabatter på olika saker.” I samband med att svaret lämnades gav ByggPartner även in en reviderad prislista av vilken framgår en uppskattad rabatt om tolv procent och att beloppet för anbudsutvärdering därmed skulle vara 114 400 kr. I ett sista förtydligande angav ByggPartner att det var rabatt på övrigt material baserat på Hedemora Järns priser, minustecknet hade även tagits bort i prisbilagan och Excel hade då förstått att 114 400 kr var beloppet som skulle användas vid anbudsutvärderingen.

Av anbudsutvärderingsprotokollet framgår att Hedemora kommun vid utvärderingen uppger sig ha beaktat ByggPartners förtydliganden 1-3. Trots detta läggs ByggPartners anbudssumma från den 27 september 2010 till grund för utvärderingen av material. Detta innebär att ByggPartner felaktigt har tillskrivits ett påslag om tolv procent på de 130 000 kr. Bolaget har således tillskrivits endast ett påslag och inte den rabatt som Hedemora kommun offererats. Med tanke på att det endast skiljer 74 kr mellan ByggPartner och den antagna entreprenören Norbergs Snickeri AB, hade ByggPartner, för det fall Hedemora kommun räknat av tolv procent från 130 000 kr alternativ för det fall Hedemora kommun låtit bli att räkna upp denna summa och låtit densamma vara 130 000 kr, erhållit kontraktet.

Varken av det samlade intrycket och förtydliganden eller av ByggPartners slutliga förtydligande kan det läsas in att ett påslag om tolv procent generellt skulle gälla.

ByggPartner gör således gällande till stöd för sitt förstahandsyrkande att Hedemora kommun inte iakttagit den gemenskapsrättsligt grundläggande principen om likabehandling av anbudsgivare. Som en direkt konsekvens härav har ByggPartner lidit skada. Till stöd för sitt andrahandsyrkande gör ByggPartner gällande att det anbud som i själva verket innehållit lägst pris inte har kunnat antas baserat på förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget har därmed till sin utformning inte varit förenligt med den gemenskapsrättsligt grundläggande principen om likabehandling. Som en direkt konsekvens härav har ByggPartner lidit skada.

Hedemora kommun yrkar att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Resultatet av upphandlingen ska ge ett ramavtal för efterfrågad tjänst baserad på en prislista för arbetskostnader, en nettoprislista för det mest frekvent använda materialet och en fast rabatt, med rabatt avses avdrag på priset, i procent för köp av övrigt material. Rabatten för övrigt material ska grundas på leverantörens gällande prislista. Vidare ska leverantören i sitt anbud redovisa hur denne säkerställer att beställaren kan utföra kontroll att denne får rätt pris på material som inte ingår i netto-prissortimentet.

Avseende ByggPartners anbud redovisas under flik 29 att prissättning av övrigt material ska göras genom ett påslag av anbudsgivarens nettokostnad. I begäran av komplettering nr 1 efterfrågas, såvitt nu är aktuellt, komplettering/förtydligande av anbudet avseende den redovisning som lämnats om hur kravet på hur leverantören säkerställer att beställaren kan utföra kontroll på att denne får rätt pris på levererat material som inte ingår i netto-prissortimentet. Av ByggPartners lämnade svar framgår att övrigt material ska debiteras med ett påslag på tolv procent på ByggPartners nettokostnad, men att bolaget skriver att påslaget ska utvärderas som en rabatt. I ytterli-

gare en begäran om komplettering, nr 2, begärdes åter ett förtydligande beträffande förhållandet mellan anbudets påslag och rabatt. Av svar framgår att ByggPartner inte lämnar en rabatt på övrigt material utan att detta ska debiteras med ett påslag på ByggPartners nettokostnad. I begäran om komplettering nr 3 begärdes även in, såvitt nu är aktuellt, uppgift om på vilka priser övrigt material baseras. Av bolagets lämnade svar framgår att priserna för övrigt material baseras på Hedemora Järns priser.

Av ByggPartners anbud och kompletteringar framgår att anbudet inte uppfyller kravet på att övrigt material ska prissättas genom lämnande av en rabatt, avdrag på priset. Anbudet avser endast att prissättning av övrigt material ska göras genom ett s.k. påslag, tillägg på priset, på ByggPartners nettokostnad. I sitt svar på begäran om komplettering nr 2 skriver ByggPartner att: "Vi kan inte ge någon generell rabatt på någon prislista då varje avtal med varje leverantör är unikt. Vi kan hos en leverantör ha olika rabatter på olika saker." I förfrågningsunderlaget punkt 5.11 och på s.16 i bilaga Priser Material, framgår att för köp av material som inte ingår i nettoprislistan ska lämnas en rabatt och att erbjuden rabatt ska grunda sig på leverantörens gällande prislista. Då Hedemora kommun har valt att ta med ByggPartners anbud i utvärderingen, kan det inte utvärderas utifrån annat än vad som ingår i anbudet. I anbudet offereras inte efterfrågad rabatt utan ett påslag på priset. Detta påslag skulle vid köp av material som inte ingår i ett nettoprissortiment innebära att materialet skulle belastas med ett påslag om tolv procent på priset. Hedemora kommun finner därför att ByggPartners del av anbud för övrigt material måste beräknas med ett påslag enligt redovisad utvärdering.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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 (1 kap. 9 § LOU).

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 (16 kap. 5 § LOU)

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten har att pröva om det, på grundval av vad ByggPartner anfört, är visat att Hedemora kommun har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU.

ByggPartner gör gällande att Hedemora kommun i strid med likabehandlingsprincipen vid utvärderingen inte beaktat den rabatt som offererats om tolv procent när det gäller prissättning av övrigt material. Hedemora kommun har invänt att Byggpartner inte offererat efterfrågad rabatt utan ett tillägg på Byggpartners nettokostnad för övrig material.

Av förfrågningsunderlaget framgår att materialpriser för övriga artiklar ska lämnas som rabatt på leverantörens gällande prislista, (jfr 5.11). Det framgår vidare att leverantören i sitt anbud ska redovisa hur denne säkerställer att beställaren kan utföra kontroll av att denne får rätt pris på levererat material som inte ingår i nettoprissortimentet.

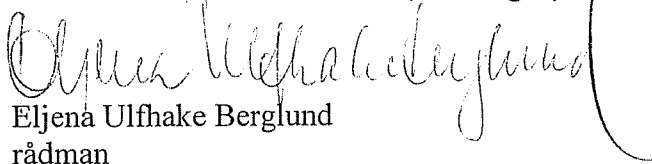
ByggPartners har i den ursprungliga prisbilaga som bifogades anbudet angett beloppet 145 600 kr som summan för övrigt material, vilket är ett påslag med tolv procent på exempelvolymen för övrigt sortiment. I anbudet har ByggPartner även förklarat att för övrigt material görs ett påslag/arvode om tolv procent på nettofakturorna. I efterföljande kompletteringar har ByggPartner anfört att bolaget inte kan ge någon generell rabatt och att påslaget om tolv procent baseras på Hedemora Järns priser. ByggPartner har även kompletterat med en reviderad prisbilaga där en generell rabatt om tolv procent ges, vilket ger ett belopp om 114 400 kr som summa för övrigt material.

Förvaltningsrätten anser inte ett påslag om tolv procent på nettofakturor kan översättas till en generell rabatt om tolv procent. Byggpartner kan därför inte anses ha lämnat materialpris för övriga artiklar på sätt som anges i förfrågningsunderlaget dvs. som rabatt på gällande prislista. Då Hedemora kommun ändå valt att utvärdera ByggPartners anbud kan utvärderingen av vad som ingår i anbudet i denna del inte anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Byggpartner gör även gällande att eftersom det anbud som innehållit lägst pris inte kunnat antas har förfrågningsunderlaget till sin utformning inte varit förenligt med likabehandlingsprincipen. ByggPartner har emellertid inte angett på vilket sätt förfrågningsunderlagets utformning motverkat att det anbud som ger lägst pris kunnat antas. Förvaltningsrätten finner därför inte visat att förfrågningsunderlaget varit utformat i strid med principen om likabehandling i LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte att ByggPartner har visat att Hedemora kommun brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU varför ansökan om ingripande ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dy 3109/1c LOU)


Eljena Ulfhake Berglund
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1C LOU