



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
Enhet B
D2**

Mål nr 2533-12

Rättelse/komplettering

Dom, 2013-04-09

Rättelse, 2013-05-27

Beslutat av: rådmannen Eva Beselin

Året för dom ska rätteligen vara 2013 och inte 2014

KONKURRENSVERKET	
2013-08-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
Enhet B

DOM
2014-04-09
Meddelad i
Luleå

Mål nr
2533-12
D2

1

SÖKANDE

Storhedens Måleri AB, 556506-5389

Ombud: Advokaten Madeleine Sifvert
Advokatfirman Nova AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Lulebo AB, 556007-0541
Köpmangatan 27
972 33 Luleå

Ombud: Advokaten John Hane och jur.kand. Carl Fläring
Foyen Advokatfirma i Sverige KB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Lulebo AB:s upphandling av årsentreprenader och materialleveranser inom bofondsavtalet 2013 & 2014 ska göras om i delarna målning och tapetsering Område Centrum, Väst (exkl. Råneå) och Öst samt målning och tapetsering Område Väst, Råneå.

Dok.Id 37832

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Residensgatan 17

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Lulebo AB har genomfört upphandling (förenklat förfarande) av årsentreprenader och materialleveranser inom bofondsavtalet 2013 & 2014. Upphandlingen består av flera delar, bl.a. målning och tapetsering. Enligt tilldelningsbeslut den 10 december 2013 antog Lulebo AB (Lulebo) LKB Måleri och Golv AB:s (LKB) anbud i delarna målning och tapetsering Område Centrum, Väst (exkl. Råneå) och Öst samt och målning och tapetsering Område Väst, Råneå. Storhedens Måleri AB (bolaget) kom på andra plats i utvärderingen av dessa delar.

PARTERNAS TALAN

Bolaget

Bolaget har ansökt om överprövning, yrkat att upphandlingen ska göras om i ovan nämnda delar samt anfört följande. Av punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår att Lulebo tillämpar utvärderingsgrunden ”lägst pris” och att bolaget avser att anta den anbudsgivare som har lämnat lägsta anbudssumman för fiktiva mängder.

Anbudsgivarna har lämnat anbudspriser för de delar som anbuderna avser i Lulebos formulär till anbud. Anbudspriserna är lämnade med utgångspunkt från ett antal fiktiva mängder arbeten som Lulebo har valt ut som priskorg. De å-priser som anbudsgivarna har offererat har multiplicerats med av Lulebo angiven mängd arbete. Därefter har samtliga delsummor summerats till ett utvärderingspris, en fiktiv anbudssumma. Den fiktiva anbudssumman har därefter lagts till grund för anbudsutvärderingen.

Efter att ha gått igenom LKB:s anbud har Storheden konstaterat att LKB har lämnat noll-priser beträffande ett flertal poster. Noll-priserna har i sin

tur föranlett att LKB:s sammantagna belopp – den fiktiva anbudssumman – av naturliga skäl blir betydligt lägre än övriga anbudsgivares anbudssummor. LKB:s fiktiva anbudssumma för område Centrum, Väst (exkl Råneå) och Öst uppgår till cirka 67 000 kr medan övriga anbudsgivares priser varierar mellan cirka 580 000 kr och 667 000 kr. Beträffande område Väst, Råneå uppgår LKB:s anbudssumma till cirka 130 000 kr medan övriga varierar mellan 184 000 kr och 233 000 kr.

LKB har lämnat noll-priser avseende ett antal fiktiva mängder som inte kommer att förekomma i praktiken. Det innebär att LKB har kunnat lämna noll-priser utan att riskera att behöva leverera till dessa priser. Ett exempel på detta är tapeter av typen "Fiona 4" som har utgått och inte längre finns på marknaden. LKB har utnyttjat detta vid sin prissättning genom att sätta ett noll-pris för detta arbete. Det kan LKB göra eftersom priset aldrig kommer att tillämpas i ett avtalsförhållande mellan parterna. Arbetet kommer aldrig att aktualiseras. Övriga anbudsgivare har utgått från att den fiktiva mängden arbete ska ingå i anbudssumman och har prissatt mängden med ett likvärdigt tapetalternativ.

Vidare har Lulebo uttryckt sig otydligt beträffande den mängd arbete som avser "omtapetsering med tapeter Easy Up". Bolaget har tidigare haft avtal med Lulebo och vet att det arbete som Lulebo avser med skrivningen motsvarar 80 procent av volymen utförda arbeten under ett år. En betydande del av Lulebos avrop från det kontrakt som nu upphandlas kommer således att avse denna typ av arbete.

Lulebo har uttryckt sig på ett otydligt och oklart sätt som öppnar för strategisk anbudsgivning. Lulebo har bland de fiktiva mängderna tagit med omtapetsering med Easy Up med två poster. Först ska en mängd med omtapetsering ≤ 3 lager prissättas och därefter ska ytterligare en mängd omtapetsering ≤ 5 lager prissättas. LKB har lämnat noll-priser avseende ≤ 3

lager. Det har LKB kunnat göra eftersom LKB kommer att kunna ta betalt för all omtapetsering ≤ 3 lager inom ramen för sina priser ≤ 5 lager. Som exempel kan nämnas att omtapetsering två lager – med den formulering som lulebo använt – är såväl ”mindre än eller lika med” tre lager som ”mindre än eller lika med” fem lager. LKB har kunnat nyttja denna otydlighet genom att lämna noll-priser avseende den ena posten, få ett lägre fiktivt anbudspris och i praktiken ändå få betalt för allt arbete med omtapetsering inom ramen för lämnade à-priser avseende omtapetsering ≤ 5 lager. LKB kommer alltså att debitera all omtapetsering mellan 1-5 lager inom ramen för sina priser avseende omtapetsering ≤ 5 lager. LKB kommer inte att utföra arbete ”gratis”. Lulebo borde ha begärt pris för omtapetsering 1-3 lager respektive 4-5 lager.

Enligt det exempel som bolaget har lämnat kommer Lulebo i praktiken att få betala mer till LKB för arbete med omtapetsering jämfört med vad Lulebo skulle ha fått betala till exempelvis bolaget för motsvarande arbete. Detta trots att Lulebo valt att använda utvärderingsgrunden lägst pris.

Lulebo har använt en priskorg, dvs. en modell för kontraktstilldelning som är utformad på ett sådant sätt att en tillämpning av modellen medför att anbuderna inte bedöms i verklig konkurrens med varandra, att resultatet av modellen blir missvisande samt att det avsedda syftet med utvärderingsgrunden lägsta pris inte uppnås. Syftet med utvärderingsgrunden lägsta pris är givetvis att kontraktet tilldelas den anbudsgivare som har lämnat lägsta priser avseende de arbeten som kommer att utföras inom ramen för det tilldelade kontraktet. Så blir inte resultatet av denna upphandling. Upphandlingen strider därför mot 1 kap. 9 § LOU och de principer som bär upp nämnda lag.

Bolaget kom på andra plats och har således lidit skada på grund av brottet. Skäl för ingripande enligt 16 kap. LOU föreligger därmed.

Bolaget har åberopat kammarrättsavgöranden. Vidare har bolaget åberopat sammanställning av priser där LKB:s priser för omtapetsring med Easy Up ≤ 5 lager lagts in på omtapetsring ≤ 3 lager istället för 0 kr. Bolaget har åberopat jämförelsen för att visa att bolaget lämnat lägre priser än LKB.

Lulebo

Lulebo har motsatt sig bifall till ansökan och anfört bl.a. följande. En upphandlande myndighet har inte någon skyldighet att förkasta låga anbud. Det kan inte uteslutas att tapeten som utgått ur sortimentet nollats av LKB för att generellt ge ett lågt prissatt anbud. Lulebo hade inte vetskap om att tapeten utgått.

Lulebo har gett alla anbudsgivare samma förutsättningar vid prissättning av de fiktiva mängderna i anbudsformuläret. Lulebo har därigenom behandlat dem likvärdigt och icke-diskriminerande. Att en anbudsgivare lagt sig på 0 kr på vissa poster och därigenom konkurrerat ut övriga anbudsgivare är inte något som gör att upphandlingen brister. Lulebos agerande står inte i strid med LOU.

De åberopade kammarrättsavgörandena gäller relativa utvärderingsmodeller. En sådan modell kan inte jämföras med en utvärdering av ett enkelt ifyllt à-prisformulär. När det gäller tilldelningskriteriet lägsta-pris kan man inte tala om en modell. Alla anbudsgivare har getts samma möjlighet att fylla i formuläret och det har varit tydligt hur det ska fyllas i. Att använda ett sådant à-prisformulär är sålunda likabehandlande och transparent. Även om vissa formuleringar i anbudsformuläret inte varit optimala är det inget som utgör skäl för att upphandlingen ska göras om.

Bolaget har genom sitt exempel inte påvisat hur den enskilda posten avseende lager tapet påverkat det totala anbudspriset och därför finns inget stöd för bolagets påståenden. Posten har de facto inte påverkat det totala anbudspriset på så vis att à-prisformuläret blivit missvisande eller att det faktiskt lägsta priset inte uppnåtts. Exemplifieringen på lämnade av à-pris speglar således inte formuläret i dess helhet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 12 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Den princip för tilldelning som den upphandlande myndigheten valt, ekonomiskt mest fördelaktiga eller lägsta pris, måste få genomslag i det enskilda fallet. Annars står upphandlingen i strid med 1 kap. 9 § LOU. Det saknar i detta hänseende betydelse vilken princip det gäller (jämför Kamrarrätten i Stockholms dom den 18 februari 2011 i mål nr 5913-10 och Kamrarrätten i Göteborgs dom den 21 mars 2011 i mål nr 5293-10).

Av aktuellt förfrågningsunderlag punkt AFB.52 framgår att lägsta anbudssumman för fiktiva mängder avses att antas. Vidare anges följande. Fiktiva mängder ska endast utgöra ett underlag för beställaren att utse det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Mängder och timmar ska således inte utgöra grund för kostnadsreglering. Anbudsgivaren anger à-pris för mängder, timkostnad för respektive yrkeskategori eller maskin. Detta utgör värdet av den fiktiva entreprenadkostnaden. Anbudsgivaren är bunden av de à-priser som anges i mängdförteckning för fiktiva mängder.

Förvaltningsrätten anser att en förutsättning för att principen lägsta pris ska få genomslag i ett fall som det aktuella är att det finns en koppling mellan

de priser som efterfrågas i mängdförteckningen för fiktiva mängder och de priser som kommer att gälla för avtalet.

Av mängdförteckningen för fiktiva mängder framgår att Lulebo uttryckligen frågat efter à-pris för omtapetsering med tapeten Fiona 4. Hänvisningen följs inte av orden "eller likvärdigt". I målet har framkommit att Fiona 4 inte längre finns på marknaden.

Av mängdförteckningen för fiktiva mängder framgår vidare att Lulebo frågat efter à-priser för omtapetsering med Easy Up av dels ≤ 3 lager (befintliga tapeter) och dels ≤ 5 lager (befintliga tapeter).

Förvaltningsrätten har svårt att se hur principen om lägsta pris får genomslag i en modell som lägger priset för omtapetsering med en tapet som inte finns till grund för beräkningen av lägsta anbudssumma. Det ger utrymme för en leverantör att lämna noll-pris för omtapetsering för att få en låg anbudssumma i mängdförteckningen för fiktiva mängder trots att någon omtapetsering med aktuell tapettypp inte är aktuell och därmed inte heller det offererade priset.

Förvaltningsrätten delar vidare bolagets uppfattning att den aktuella utformningen av förfrågningsunderlaget i den del som avser Easy Up ger utrymme för en leverantör att lämna noll-priser avseende omtapetsering ≤ 3 lager, för att därigenom få en låg anbudssumma i mängdförteckningen för fiktiva mängder utan att behöva tillämpa noll-priset. Detta då omtapetsering ≤ 5 lager helt överlappar ≤ 3 lager (det större omsluter det mindre) och en leverantör faktiskt kan ta betalt för allt arbete med omtapetsering inom ramen för lämnade à-priser för omtapetsering ≤ 5 lager.

Mot denna bakgrund drar förvaltningsrätten slutsatsen att utfallet av Lulebos modell med anbudssumma baserad på à-priser för fiktiva mängder

högst sannolikt inte är rättvisande sett utifrån kravet på att principen om lägsta pris ska få genomslag i praktiken. Bolaget har därmed visat att Lulebos utformning av förfrågningsunderlaget i aktuell del står i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget får anses ha lidit eller riskerat att lida skada på grund av felet. Skäl för ingripande enligt 16 kap. LOU föreligger därmed.

Eftersom felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet är det inte tillräckligt med rättelse utan upphandlingen måste, i de delar som är föremål för prövning, göras om. Bolagets ansökan ska följaktligen bifallas.

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

Eva Beselin



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 slutvartill 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 uppgive 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