



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2017-10-24
Meddelad i Växjö

Mål nr
2792-17

SÖKANDE

Stoby Måleri AB, 556128-9744
Okvägen 6, Gäddastorp
281 51 Hässleholm

Ombud: Advokat Nicklas Hansson och bitr. jurist Elisabeth Hallström
MAQS Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

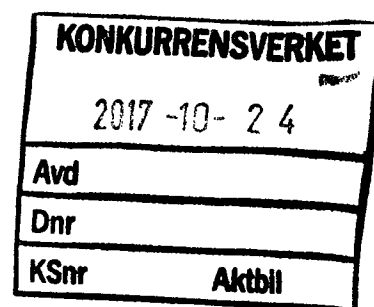
Sölvesborgs kommun
294 80 Sölvesborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 164841

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Sölvesborgs kommun fastighetsavdelningen (kommunen) har genomfört en upphandling av ramavtal måleritjänster. Kommunen hade för avsikt att teckna ramavtal med tre anbudsgivare i rangordning 1-3. Sammanlagt fyra anbud bedömdes uppfylla samtliga krav och gick vidare till utvärdering. Enligt tilldelningsbeslutet den 4 juli 2017 kommer avtal att tecknas genom rangordning med Sandå Sverige AB (Sandå) och Måleribolaget i Karlshamn AB (Måleribolaget).

YRKANDEN

Stoby Måleri AB (Stoby) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar Stoby att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan att anbuden från Sandå och Måleribolaget beaktas. I tredje hand yrkar Stoby att rättelse ska ske på så sätt att tilldelning av kontrakt ska ske till de anbudsgivare som lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden.

Kommunen medger bifall till Stobys tredjehandsyrkande, men motsätter sig övriga yrkanden.

Stoby anför bl.a. följande. Sölvesborgs kommun har genom att i förfrågningsunderlaget ange subjektiva kriterier för tilldelning av kontrakten till ramavtalsleverantörer överträtt 7 kap. 6 § LOU. De kriterier för tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet som kommunen har uppställt som alternativ tilldelningsmetod till rangordningen i AFB.53 är subjektiva. Genom den aktuella tilldelningsmetoden kan kommunen efter fritt skön välja vilken av ramavtalsleverantörerna som ska användas, utan att använda den föreskrivna rangordningen. Subjektiva tilldelningskriterier är uttryckligen otillåtna enligt LOU. Förfarandet strider även mot principen om öppenhet eftersom det

inte för anbudsgivarna klart framgår hur avrop kommer att ske från ramavtalet. Överträdelsen har medfört skada för Stoby då det inte med ledning av förfrågningsunderlaget kan lämnas ett optimalt bud. Överträdelsen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och upphandlingen ska därför göras om.

Anbudet från Sandå och Måleribolaget innehåller onormalt låga priser. De angivna timpriserna täcker inte kostnaderna för att ge de anställda kollektivavtalsenliga löner och betala sociala avgifter på lönerna. Lämnade anbud som är onormalt låga ska förklaras och förklaringen ska vara tillfredsställande. Om förklaringen inte är tillfredsställande ska anbudet förkastas. Kommunen har inte begärt in förklaringar och inte heller förkastat anbudet såsom LOU föreskriver. Kommunen har i strid med 19 kap. 27 § andra stycket LOU beaktat anbudet som rätteligen borde ha förkastats. Överträdelsen har medfört skada för Stoby som rätteligen borde ha antagits som högst rangordnad ramavtalsleverantör.

Det framgår av förfrågningsunderlaget att kommunen ska anta tre ramavtalsleverantörer om minst tre anbud har inkommit. I upphandlingen har fyra anbud kommit in vilka samtliga har konstaterats uppfylla kraven och har utvärderats. Kommunen har i tilldelningsbeslutet endast rangordnat två leverantörer, vilket strider mot vad som uppgetts i förfrågningsunderlaget. Förfarandet strider mot principerna om öppenhet och likabehandling. Överträdelsen har medfört skada för Stoby som borde ha tilldelats kontrakt. Stoby har lämnat ett av de tre mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet och ska antas som ramavtalsleverantör. Kommunens brott mot LOU och bakomliggande principer har lett till skada för Stoby i form av uteblivna intäkter, eftersom Stoby inte kan erhålla några kontrakt utan att vara ramavtalsleverantörer.

Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen bestrider att subjektiva kriterier för tilldelning av kontrakt finns angivna i förfrågningsunderlaget. Det

står klart och tydligt under AFB.53 vad som gäller. Huvudprincipen som kommer att tillämpas vid avrop är att nummer ett enligt rangordningen tillfrågas först. Ett arbete ska normalt kunna påbörjas inom fem arbetsdagar efter förfrågan. Om den tillfrågade entreprenören inte kan påbörja arbetet inom denna tid, eller vid senare angiven starttid, har beställaren rätt att gå vidare till nummer två i rangordningen. Det som Stoby anger som alternativ tilldelningsmetod anser kommunen vara en säkerhet vid eventuella specifika kontrakt. Här förbehåller sig beställaren rätten att fördela arbeten utifrån arbetets omfattning och respektive entreprenörs personella och tekniska resurser samt särskilda kompetens i det enskilda uppdraget. Huvudprincipen för tilldelning av kontrakt är dock den som redan har angivits ovan. Mot bakgrund av ovan bestrider kommunen att upphandlingen ska göras om samt att angivna kriterier för kontrakt har medfört att Stoby lidit skada.

Kommunen har vid utvärderingen gjort bedömningen att lämnade priser inte är onormalt låga. Därav har inte heller en förklaring i enlighet med 19 kap. 27 § LOU begärts från Sandå och Måleribolaget. Bedömningen grundas på vetskap om riktpriiser inom aktuell bransch och genom nuvarande avtalsprisbild.

Intentionen enligt förfrågningsunderlaget var att om möjligt teckna avtal med tre ramavtalsleverantörer i rangordning 1-3. Detta har inte gjorts. Kommunen medger att en rättelse bör ske och avtal ska tecknas med tre leverantörer enligt intentionen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av 7 kap. 6 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som avses i 5 § första stycket utan en förnyad konkurrensutsättning enligt villkoren i ramavtalet.

Myndigheten ska tillämpa objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontraktet. De objektiva villkoren ska anges i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Enligt 19 kap. 27 § LOU ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden, om ett anbud förefaller vara onormalt lågt.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Myndigheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Förvaltningsrättens bedömning

Orimligt låga anbud

Av utredningen i målet framgår att kommunen inte uppfattat anbuderna från Sandå och Måleribolaget som onormalt låga. Först när en sådan bedömning är gjord inträder upphandlande myndighets skyldighet att inhämta en skrift-

lig förklaring. Det är kommunen som självständigt har att bedöma om ett anbud förefaller orimligt lågt. Det finns i målet inte anledning att ifrågasätta kommunens bedömning av anbudens ekonomiska rimlighet. Kommunen har således inte agerat i strid med 19 kap. 27 § LOU. Det saknar därför skäl att på denna grund ingripa mot upphandlingen.

Antalet antagna anbud

Kommunens intention enligt förfrågningsunderlaget var att teckna avtal med tre ramavtalsleverantörer. Så har inte skett trots att fyra leverantörer har ansetts uppfylla kraven och vars anbud gått vidare till utvärderingen. Kommunen har medgett att den agerat i strid med LOU genom att i tilldelningsbeslutet enbart anta två leverantörer. I målet har inte framkommit annat än att Stoby lidit skada av kommunens agerande, varför det i denna del finns skäl att ingripa mot upphandlingen.

Tilldelning utan förnyad konkurrensutsättning

För att kommunen ska ha rätt att inom ramavtalet göra en tilldelning utan förnyad konkurrensutsättning krävs att de villkor som uppställs är objektiva och förenliga med de allmänna principerna för upphandling. Syftet med detta är att utesluta att val av leverantör styrs av godtycke eller ovidkommande hänsyn (jmf prop. 2015/16:195 s. 1031). Den fördelningsnyckel som ska användas vid tilldelningen ska vara känd för leverantörerna redan innan anbudsgivningen för att stämma överens med principen om transparens. Normalt är det rangordningen som utgör en sådan fördelningsnyckel.

Under AFB.53 fjärde stycket i förfrågningsunderlaget anges att "*kommunen dock även förbehåller sig rätten att fördela arbeten och arbetsuppgifter mellan kontrakterade entreprenörer med utgångspunkt från arbetets omfattning och respektiver entreprenörs personella och tekniska resurser samt särskilda kompetens och egenskaper som är till beställarens fördel i det enskilda uppdraget*".

Utifrån kommunens skrivning ovan går det inte att på förhand fastställa samtliga villkor för tilldelning av kontrakt eftersom det inte är klart hur samtliga avrop kommer att ske från ramavtalet. Detta strider mot principen om förutsägbarhet och öppenhet. Skrivningen i förfrågningsunderlaget gör att villkoren inte är objektiva på det sätt som 7 kap. 6 § LOU kräver. Kommunen har således även i denna del agerat i strid med LOU.

Den nu aktuella överträdelsen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, varför skaderekvisitet är förhållandevis lågt ställt. Överträdelsen har enligt förvaltningsrättens mening medfört att Stobys möjlighet att tilldelas kontrakt har försämrats, varför bolaget härigenom får anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Skäl att ingripa mot upphandling föreligger således även i denna del.

Val av åtgärd

Ovan konstaterade överträdelser av LOU hänför sig till såväl det konkurrensuppsökande skedet som till utvärderingsförfarandet. Vid sådant förhållande kan någon annan åtgärd än att låta upphandlingen göras om inte komma ifråga.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1D-LOU)

Maria Dahlqvist
rådman

Föredragande: Sofie Bäckström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 prövningstillstånd 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.

