



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2014-09-04
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
3377-14

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2014-09-04 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDE

Wikström VVS-kontroll AB, 556176-7822
Södra Gubberogatan 8, 4tr
416 63 Göteborg

Ombud: Advokat Christoffer Löfquist och jur kand Daniel Sjöholm
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPART

Borås Energi och Miljö AB, 556527-5590
Box 1713
501 17 Borås

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Borås Energi och miljö AB (Borås Energi) har genomfört en upphandling avseende ramavtal för tekniska konsulttjänster. Inom kategori B2 har efterfrågats ramavtal för konsulttjänster inom området fjärrvärme; konstruktion av distributionsledningar och kundanläggningar.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Dok.Id 140857

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

AUB.31 Anbuds form och innehåll

Uppdrag kategori A-H

Anbudsgivare som lämnar anbud på kategori A-H **skall** i anbudet uppge följande.

- Timpris för de namngivna personalkategorier som kan ingå i uppdraget (projektombud/uppdragsledare/ projektledare/ expertkonsult/handläggare, projektingenjör/ konstruktör/ projektör/ bitr. handläggare, administratör, CAD-ritare.
Ovanstående timpriser skall anges i anbudet enligt ”Formulär prislista Kategori A-H”, bilaga 13.
- Uppgifter om reseersättning, milersättning och traktamente för de personalkategorier som kan ingå i uppdraget enligt ovan.

AUB.52 Värderingsgrunder vid utvärdering av anbud

Borås Energi kommer att anta det anbud som, sedan skall-kraven uppfyllts, är det lägsta pris med avseende på timpris enligt nedan. Vid bedömningen av vad som utgör det lägsta priset kommer nedan angivna timmar att användas. Timpriser är exklusive övertids-, rese- och traktamentsersättningar.

Kategori A-H

Utvärderingen kommer att baseras på följande uppdrag för kategori A-H med respektive underkategorier:

| | |
|--|------------|
| Uppdragsledare/projektledare/expertkonsult | 200 timmar |
| Projektingenjör/konstruktör/projektör | 200 timmar |
| Besök i Borås (2 pers. per tillfälle, exkl timkostnader) | 5 ggr |
| (inkl. restid, resekostnader, traktamente och ev. logi) | |

I bilaga 13 till sitt anbud, har Wikström VVS-kontroll AB (Wikström) angett följande såvitt gäller uppgifter om reseersättning, milersättning och traktamente för de personalkategorier som kan ingå i uppdraget enligt ovan. ”Traktamente ingår i timarvode. Reseersättning, milersättning, 50

kr/mil. Resor mellan Kinna och Borås ingår i timarvode för uppdrag kategori B/B2.”

I tilldelningsbeslut daterat den 27 juni 2014 beslutades att ramavtal skulle tecknas med ÅF Industri AB för kategori B2. Efter utvärdering har ÅF:s anbud rangordnats som nummer ett med en total anbudssumma om 305 830 kr och Wikströms anbud har rangordnats som nummer två med en total anbudssumma om 307 500 kr.

Wikström har härefter, i egenskap av anbudsgivare, begärt överprövning av upphandlingen.

YRKANDEN

Wikström yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas avseende utvärderingen av anbuden, där Wikströms resekostnader mellan Kinna och Borås ska beräknas till noll kr, varvid Wikströms anbud ska antas såsom anbudet med lägst anbudssumma. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Borås Energi bestrider Wikströms yrkanden.

VAD PARTERNA ANFÖR

Wikström – yrkande om rättelse

Beslutet att placera Wikström som nummer två är felaktigt. Bolaget begär inte ersättning för reseersättning, milersättning eller traktamente överhuvudtaget för resorna till Borås då denna kostnad ingår i respektive timarvode om 700 respektive 800 kr. Den sammanlagda anbudssumman efter en korrekt utvärdering utifrån de värderingsgrunder som framgår under koden

AUB.52 uppgår därmed till 300 000 kr. Borås Energi har felaktigt påfört 7 500 kr för de fem resorna till Borås, trots att man i anbudet har framfört att man inte begär ersättning i någon form för resorna till Borås. Genom att påräkna reskostnader har Borås Energi brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF, framförallt principerna om likabehandling och transparens. Detta har medfört att Wikström har lidit skada. Borås Energis uppfattning av hur ordvalet ”ingår i timarvode för uppdrag” ska tolkas är både långsökt och orimlig. Ordet ”ingår” kan inte tolkas på något annat sätt än att reseersättningen är inkluderad i ett annat pris. Hade meningen haft den syftning som Borås Energi gjort gällande så hade Wikström formulerat sig i enlighet med att ” för resor mellan Kinna och Borås beräknas milersättningen utefter timarvodet för uppdrag kategori B/B2” alternativt att ”milersättningen för resor mellan Kinna och Borås kommer att beräknas till samma prisnivå som timarvodet för uppdrag kategori B/B2”. Med hänvisning till Kammarrätten i Stockholms dom den 15 mars 2013 i mål nr 8976-12 åligger det Borås Energi att visa att dess tolkning av anbudet är korrekt. Bolaget har under åren 2005 till 2011 under två avtalsperioder efter upphandling med vinst levererat samma tjänster som nu är aktuella utan att debitera extra för resekostnader mellan Borås och Kinna, vilket Borås Energi är väl medveten om. Bolaget använder ofta en prismodell där resekostnader är inkluderade i andra priser, främst för att minska det administrativa arbetet kring olika kostnadsposter. Det är således felaktigt att hävda att det rör sig om en efterhandskonstruktion.

Wikström – andrahandsyrkande

AUB.52 kan inte tolkas på något annat sätt än att respektive anbud ska påläggas resekostnader för det fall anbudsgivaren i anbud framställer ersättningsanspråk i dessa delar. Wikström har framställt ett nollbud i dessa delar. Trots detta har Borås Energi påräknat bolagets anbud kostnader på ett sätt som inte framgår av de värderingsgrunder som framgår av koden AUB.52. Det har varit omöjligt för Wikström att förutse hur dessa kostna-

der skulle påräknas anbudet och hur dessa kostnader skulle påverka möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Upphandlingen har därför haft brister i förutsebarhet och transparens, och därvid brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 24 § LUF. Av EU-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis, framgår att en upphandlande enhet inte har rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning utan att i förväg underätta anbudsgivaren om dessa.

Borås Energi

Totalt 21 anbudsgivare har lämnat 132 anbud fördelat på 16 kategorier. Det är endast i två av anbuden som det har redovisats att ersättningar för resor inte kommer att debiteras. Exempelvis har man då angett att "restid utanför ordinarie arbetstid debiteras med 50 procent av aktuellt timarvode" eller "0 kr för restid, resekostnader, traktamente och ev. logi". Borås Energis uppfattning av anbudet är korrekt och någon skyldighet att begära förklaring av anbudet har inte förelegat. Dess uppfattning stöds av att Wikström till förvaltningsrätten har yttrat att man har kostnader för resor vilka debiteras i timersättningen och att några extra kostnader inte tillkommer, då de är inräknade i timersättningen. Ytterligare stöd för uppfattningen går att finna med anledning av att Wikström under de tidigare avtalen inte har fakturerat någon milersättning. Huruvida det har fakturerats tid för resor går dessvärre inte att utläsa av fakturorna. Wikströms tolkning av anbudet är inte rimlig för konsultuppdrag och synes vara en efterhandskonstruktion för att få vinna uppdraget. Om anbudet ska tolkas som man påstår i yttrandet borde det ha formuleras såsom att "inga ersättning för resor till Borås, varken tim- milersättning eller traktamente utgår. Wikström har Borås som utgångsstad för anbudet". Anbudet har bedömts i enlighet med de EU-rättsliga principerna; likabehandlingsprincipen och på ett transparent sätt, dvs. att restiden debiteras med timarvode. All annan tolkning strider mot vad som är brukligt i branschen. Alla inkomna anbud har bedömts likadant.

Förutsättningarna har tydligt angetts i förfrågningsunderlaget och transparensprincipen har därför inte förbigåtts. Borås Energi har utvärderat Wikströms anbud med de uppgifter som lämnats i anbudet, 700 kr + 800 kr per timma samt 0 kr per mil och med förutsättningen att det tar en timma att åka tur och retur till Kinna och att det är sex mil. Borås Energi har inte utvärderat några andra aspekter än de som har redovisats i förfrågningsunderlaget. Wikströms bär ansvar för eventuella oklarheter i sitt anbud. Denna princip har gammal hävd och går tillbaka till romersk rätt. I åberopat avgörande från Kammarrätten i Stockholm med mål nr 8976-12 så hade den upphandlande myndigheten själv ändrat ett lämnat anbud, varför avgörandet saknar betydelse i detta mål.

GÄLLANDE REGLER

Av 16 kap.4 § LUF framgår att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

I 16 kap. 6 § LUF anges bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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 gjorts.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Enligt 12 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enheten anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande

myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget har efterfrågats uppgifter om reseersättning, milersättning och traktamente för de personalkategorier som kan ingå i uppdraget. Borås Energi har anfört att anbudsskrivelsen "Resor mellan Kinna och Borås ingår i timarvode för kategori B/B2" ska tolkas som att kostnaden för resor tas ut via timersättningen. Wikström har anfört att formuleringen istället innebär att reseersättningen är medräknad och ingår i det timarvode som är framräknat för aktuella uppdrag. Såvitt framgår har majoriteten anbudsgivare påfört reserelaterade kostnader i sina lämnade anbud. När en anbudsgivare i stället avser att reseersättning ska ingå i offererad timersättning för utfört arbete, och således inte innebär någon extra kostnad, är det i enlighet med det Borås Energi har anfört väsentligt att detta tydligt framgår av anbudet. Aktuell formulering i Wikströms anbud kan enligt förvaltningsrättens mening läsas i enlighet med båda parternas tolkning.

Det är den som ger in anbud i en offentlig upphandling som ansvarar för att anbudet är så klart och tydligt formulerat så att inga tveksamheter uppkommer. I enlighet med det Borås Energi har påtalat finns det i normalfallet inte någon skyldighet att begära komplettering eller förtydliganden av

anbudsgivaren. Upphandlade enhet har i stället därvid att iaktta försiktighet med hänsyn till risken för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Upphandlande enhets tolkning och utvärdering av anbudet såsom det har formulerats avseende timarvode kan inte på de av Wikström anförda skälen anses felaktig och läggas Borås Energi till last. Borås Energis sätt att beräkna Wikström anbud anses inte heller oförenligt med förfrågningsunderlaget eller LUF. Förfrågningsunderlaget har inte varit otydligt i den meningen att transparens och förutsebarhet åsidosatts. Det har inte heller framkommit någon överträdelse av likabehandlingskravet enligt 1 kap. 24 § LUF. Något övrigt fel i förfarandet från den upphandlande enhets sida har inte heller visats föreligga. Skäl mot ingripande enligt LUF saknas.

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

Jan Källman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.