



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2014 -11- 28
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 8818-14

SÖKANDE

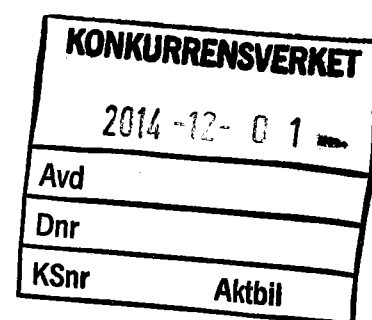
Thyssen Krupp Elevator Sverige AB, 556192-7525
 Box 42038
 126 12 Stockholm

Ombud: advokaten Liselott Fröstad och Jenny Kenneberg
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPART

AB Kristianstadsbyggen, 556054-1889
 Box 90
 291 21 Kristianstad

Ombud: advokaten Henrik Willquist
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 1214
 251 12 Helsingborg



SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att AB Kristianstadsbyggens upphandling av årsavtal av hisservice ska göras om.

BAKGRUND

AB Kristianstadsbyggen (ABK) genomför en upphandling avseende årsavtal av hisservice. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och är uppdelad enligt följande.

De två anbudsgivarna med de mest fördelaktiga anbuden kommer tilldelas ansvar för var sitt område med ansvar för skötsel och tillsyn av hissar samt ansvara för arbeten som understiger kostnader om 150 000 kr inom respektive område (hisserviceavtalet). Sex anbudsgivare antas dessutom till ett ramavtal för avrop för större reparationer eller ombyggnader mellan 150 000 – 1 500 000 kr.

Av tilldelningsbeslut den 20 augusti 2014 framgår att hisserviceavtalen kommer att tecknas med andra anbudsgivare än ThyssenKrupp Elevator Sverige AB (Thyssen).

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Thyssen ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om att upphandlingen ska göras om. Thyssen anför huvudsakligen följande.

Enligt förfrågningsunderlaget avser avtalet samtliga ABK:s hissanläggningar, idag 251 stycken. Det framgår vidare att de vinnande anbudsgivarna av hisserviceavtalen till ett fast pris ska åtgärda alla driftstörningar, driftstopp eller andra reparationer upp till 5 000 kr exklusive mervärdesskatt per tillfälle (gränsbeloppet). Kostnader utöver gränsbeloppet för sådana åtgärder får faktureras ABK.

Ett driftstopp kan orsakas av en rad olika omständigheter och det kan komma att krävas olika reservdelar för att åtgärda felet. En åtgärd kan bestå i att skruva i en skruv, vilket tar några minuter och inte kostar något i materialkostnader men kan också bestå i att byta ut en kostsam del i en installation, vilket tar avsevärt mycket längre tid. Under anbudsstiden har en av leverantörerna frågat efter statistik för tidigare felavhjälpande åtgärder för hissarna under 2013. ABK har svarat att någon sådan relevant sammanställning inte finns men att den som önskade kunde besöka varje enskild hiss och utreda frågan. Statistiken för tidigare åtgärder är av helt grundläggande betydelse för att anbudsgivarna ska kunna göra en affärsmässigt avvägd kalkyl av anbudspriserna. Att inte presentera den typen av uppgifter, ens på förfrågan, bidrar starkt till den bristande transparensen i upphandlingen. Att anbudsgivarna skulle göra platsbesök på 251 hissansläggningar för att skapa sig en bild av förutsättningarna för åtagandet i just den här upphandlingen är inte rimligt. Anbudet kan aldrig bära kostnaderna för att göra en sådan utredning och anbudspriserna får istället grundas på rena gissningar.

Uppgifterna i förfrågningsunderlaget säger ingenting om hur väl hissarna är skötta, hur ofta det normalt sett inträffar ett driftstopp eller vad tidsåtgången är i genomsnitt för att åtgärda ett sådant driftstopp. Även om aktörerna är professionella och har erfarenhet av liknande uppdrag har de nu nämnda uppgifterna så stor betydelse för utförandet av uppdraget att det i praktiken är omöjligt att göra en affärsmässig kalkyl av anbudet utan dessa.

Det ska i detta sammanhang även noteras att uppgifter om statistik över tidigare åtgärder endast visar hur det tidigare har förhållit sig. Uppgifterna kan beaktas vid en gissning om hur det kan se ut under den kommande perioden men är inte tillräckligt för att ersätta mängduppgifterna. Således hade förfrågningsunderlaget inte varit tillräckligt tydligt vad gäller omfattningen av åtagandet även om kompletta uppgifter över tidigare åtgärder

redovisats. Underlaget blir kalkylerbart och transparent först när det klart och tydligt anges vilken mängd arbete som ska ingå i det fasta priset.

Anbudssummorna i förevarande upphandling är inte resultatet av affärs-
mässiga kalkyler utan av rena gissningar. Det framgår inte minst av att
skillnaden mellan de fasta priserna är närmare 500 procent och mellan de
löpande priserna närmare 300 procent. Vinstmarginalerna på den aktuella
typen av uppdrag uppgår endast till ett par procent vilket innebär att skill-
naden inte kan förklaras på något annat sätt än att anbudsgivarna har "giss-
sat" priser snarare än kalkylerat dem. Att underlaget uppvisar sådana bris-
ter är inte förenligt med transparensprincipen.

När åtagandets omfattning och mängd inte är angiven blir det ett problem
även ur ett likabehandlingsperspektiv. I det aktuella fallet är det förvisso de
själva som har innehaft en del av kontraktet under den föregående avtals-
perioden och som därmed har tillgång till uppgifter som övriga leverantö-
rer inte har. Informationstillgången har emellertid inte inneburit en fördel
för dem i upphandlingsskedet. De har på goda grunder bedömt att en annan
prisbild inte kommer generera lönsamhet i åtagandet. Att anbudsgivarna
haft olika mycket information om upphandlingsobjektet och därmed "giss-
sat" mängden arbete utifrån olika förutsättningar strider mot principen om
likabehandling vilket drabbat dem negativt.

Anbudsförutsättningarna i upphandlingen är inte förenliga med principerna
om transparens och likabehandling. Bristerna i underlaget har medfört att
bolaget har tvingats till en annan anbudsstrategi än vad som vanligen till-
lämpas. Eftersom det inte preciserats i förfrågningsunderlaget vilken
mängd tjänster som upphandlas har anbudspriserna från samtliga anbuds-
givare baserats på rena gissningar. Med ett transparent underlag hade de
lämnat ett annat anbudspris och därmed haft bättre möjligheter att tilldelas

kontraktet. Mot denna bakgrund lider eller i vart fall riskerar bolaget att lida skada av bristerna i förfrågningsunder-laget.

ABK bestrider Thyssens yrkande om att upphandlingen ska göras om. **ABK** anför huvudsakligen följande.

Thyssen är den av anbudsgivarna som haft klart bäst förutsättningar att bedöma den kommersiella frågan. **ABK** kan inte anses ha missgynnat Thyssen ur ett likabehandlingsperspektiv.

Syftet med den del av avtalet Thyssen ifrågasätter är att anbudsgivarna får stå för risken vid mindre reparationer som uppstår vid driftstörningar under avtalstiden medan **ABK** står risken för kostnader över gränobeloppet. En sådan fördelning är rimlig.

Det ligger i sakens natur att det är omöjligt att på förhand meddela leverantörerna vilken mängd arbete som kommer att åtgå eller i vilken utsträckning vissa moment kommer att utnyttjas. Detta är särskilt viktigt att notera beträffande driftstörningar och driftstopp, som omöjligt kan förutses på förhand. Det finns inte något som indrar att anbudsgivare måste prissätta viss risk och osäkerhet i sina anbud så länge likabehandlingsprincipen iakttas. Däremot kan naturligtvis anbudsgivare göra sina egna kalkyler och beräkningar baserat på sin erfarenhet av motsvarande hissbestånd. Den riskfördelning **ABK** valt i denna upphandling är i det närmaste sedvänja inom hissbranschen och är något som alla hissleverantörer är bekanta med.

Thyssen redovisar att **ABK** inte kunnat presentera statistik avseende fel-avhjälpande åtgärder och att anbudsgivarna därför varit tvungna att gissa i vilken omfattning driftstörningar, driftstopp eller andra reparationer skulle uppstå. Påståendet ger sken av att anbudsgivarna skulle lägga anbud på något helt okänt, vilket är en felaktig föreställning av flera skäl. För det

första så är anbudsgivarna i branschen och har naturligtvis både lång och sannolikt väldokumenterad erfarenhet av hissar. ABK:s hissar är också av standardtyp. För det andra framgår det av förfrågningsunderlaget att det är fråga om totalt 251 hissanläggningar. Redan genom den uppgiften borde varje välinformerad anbudsgivare kunna göra adekvata beräkningar. Upphandlingen strider därför inte mot transparensprincipen.

I upphandlingen utgör "fastprisvolymen" en liten del av det som leverantörerna ska leverera. I allt väsentligt kommer vinnande anbudsgivare ersättas på löpande räkning i enlighet med priser som lämnats av vinnande anbudsgivare.

Thyssen har anfört att bolaget och andra anbudsgivare skulle vara oförmögna att göra någon kalkyl på grund av den fasta ersättningen och att detta missgynnade dem. Thyssens ansöknings ska ses mot bakgrund av att varken de eller någon annan anbudsgivare anmärkt mot den fasta ersättningen som sådan innan tilldelningsbeslutet kom och Thyssen insåg att bolaget inte tilldelats kontraktet.

Thyssen har också haft bättre förutsättningar än någon annan leverantör att bedöma arbetsmängden för åtagandet, eftersom de haft uppdraget avseende hisservice hos ABK sedan oktober 2010 innan det ånyo upphandlades. Thyssen argumenterar trots detta för att de varit i sämre sits än andra anbudsgivare, vilket faller på sin egen orimlighet. Thyssen kan därför inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Thyssen har i själva verket lämnat ett spekulativt anbud men utvärderingsmodellen har inte gynnat detta, vilket Thyssen ensam bär ansvar för.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det ska ske på lika villkor, krävs ett så klart och tydligt utformat förfrågningsunderlag att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av förfrågningsunderlaget framgår att AKB förvaltar totalt 251 hiss-
läggningar. Anbudsgivarna lämnar ett fast pris på hissserviceavtalet varpå
de två anbudsgivarna som har de mest fördelaktiga anbuden tilldelas var
sitt hissserviceområde.

Hisserviceavtalet omfattar komplett skötsel och tillsyn av de hissar som
angetts i den hissförteckning som bifogats förfrågningsunderlaget. An-
budsgivarna avgör vilken tillsyn och skötsel som behövs utöver en viss
angiven minimumomfattning som beskrivs i förfrågningsunderlaget. Där-
till ska vid driftstörningar, driftstopp eller andra reparationer åtgärdande av
detta ingå för alla åtgärder som kostar upp till 5 000 kr exklusive mervär-
deskatt per tillfälle (gränsbeloppet). Kostnader som överstiger gränsbe-
loppet får faktureras AKB. Vidare avropas arbeten under 150 000 kr av
den anbudsgivare som innehar kontrakt inom respektive hissserviceområde.

Inledningsvis finner förvaltningsrätten att Thyssen inte kan anses ha visat
att den i upphandlingen tillämpade avtalskonstruktionen strider mot princi-
pen om likabehandling.

Thyssen har framför allt gjort gällande att förfrågningsunderlaget inte upp-
fyller kravet på transparens, eftersom det utifrån förfrågningsunderlaget
inte går att förutse i vilken omfattning en anbudsgivare till ett fast pris åtar
sig att åtgärda driftstörningar, driftstopp eller andra reparationer upp till
gränsbeloppet inom det område de tilldelas.

Förvaltningsrätten kan konstatera att den valda avtalsmodellen innebär att
det föreligger osäkerhet beträffande omfattningen av de arbeten som ingår i
hisserviceavtalet, vilket innebär att anbudsgivaren får uppskatta denna om-
fattning när de utformar sina anbud. Det är i och för sig rimligt att kräva att
en anbudsgivare i viss mån måste prissätta en viss risk och osäkerhet i sina

anbud. Det får dock inte ske på bekostnad av att förfrågningsunderlaget inte når upp till kravet på transparens. Alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare måste ha möjlighet att, på grundval av den information som lämnas, kunna förutse omfattningen av sådana arbeten och därmed beräkna ett konkurrenskraftigt anbud.

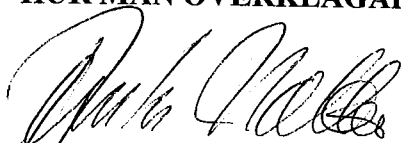
Av förfrågningsunderlaget framgår att omfattningen av arbete inte kan bestämmas och att anbudslämnarna inte kan tillgodoräkna sig någon mängd. Upplysningsvis uppges att AKB under år 2013 beställt hissrelaterade arbeten för ca 4 000 000 kr exklusive moms. Av detta går emellertid inte att utläsa hur stor omfattningen var av driftstörningar, driftstopp eller andra reparationer under gränsbeloppet under detta år. Av förfrågningsunderlaget framgår inte heller några andra uppgifter som anbudsgivarna kunnat använda sig av för att uppskatta omfattningen av driftstörningar, driftstopp eller andra reparationer under gränsbeloppet.

Den information som har lämnats är enligt förvaltningsrättens bedömning därför inte tillräcklig för att leverantörerna ska kunna skapa sig en bild av omfattningen av sådana arbeten. Eftersom omfattningen inte har gått att förutse kan det inte heller uteslutas att denna del av avtalet skulle kunna komma att utgöra en relativt stor del av det totala åtagandet för de vinnande anbudsgivarna. Rätten anser därför att förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet i fråga om åtagandets omfattning. Det innebär att förfrågningsunderlagets utformning i denna del är ett brott mot principen om transparens.

Förvaltningsrätten finner, med hänsyn till att Thyssen genom den aktuella bristen i förfrågningsunderlaget har kunnat förlora möjligheten att lämna vad bolaget anser vara sitt bästa anbud i upphandlingen, att bolaget i vart fall har riskerat att lida skada. Det finns därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom bristen hänförs sig till upphandlingens konkurrens-

uppsökande skede ska upphandlingen göras om. Thyssens ansökan ska alltså bifallas.

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



Anders Mattsson

Philip Torell har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

