



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2013-04-09
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 3798-13

KLAGANDE

Bjerking AB, 556375-5478
 Box 1351
 751 43 Uppsala

Ombud: Advokat Lotten Blomkvist
 Ahlford Advokatbyrå AB
 Box 1111
 751 41 Uppsala

MOTPART

Danderyds kommun, 212000-0126
 Box 66
 182 05 Djursholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-04-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bjerking AB:s ansökan om ingripande enligt
 LOU.

Dok.Id 330740

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Danderyds kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende ramavtal för successivt avrop av tekniska konsulttjänster för anbudsområdet projektledning/byggledning anläggning (TN 2012/0601). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande med lägsta pris som utvärderingsmodell.

Genom beslut den 8 februari 2013 avbröt kommunen upphandlingen. I beslutet angavs bl. a. att kommunen, som en följd av otydligheter i förfrågningsunderlaget, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av beslutet framgår även att kommunen har för avsikt att rätta till bristen i förfrågningsunderlaget och gå ut med en ny upphandling avseende det aktuella anbudsområdet.

YRKANDEN

Bjerking AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara kommunens beslut att avbryta upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning.

GRUNDER

Bolaget har utvecklat grunderna för sin talan genom att i huvudsak anföra följande.

Efter anbudstidens utgång kallades bolaget till anbudsgenomgång på kommunen den 18 december 2012. Bolaget framhöll på genomgången att bolaget tillhandahåller samtliga efterfrågade tjänster och att bolaget har god förmåga att fullfölja kontraktet.

Kommunen har beslutat att avbryta upphandlingen men grunderna för detta framgår inte klart av beslutet. Beslutet verkar ha grundats på dels att bolagets prissättning utgjort hinder mot att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dels att förfrågningsunderlaget innehåller brister. Kommunen har emellertid inte angett vilka bristerna är och beslutet är därför inte sakligt grundat.

Prissättning och utvärderingskriterium

I förfrågningsunderlaget har angetts lägsta pris som utvärderingskriterium. För att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud har bolaget valt att differentiera priserna på de i anbudet ingående positionerna och har valt att prissätta "biträdande projektledare" med 0 kronor. Kommunen har ifrågasatt prissättningen och bolaget har lagt fram sin syn på saken. Kommunen har inte påstått att det totala priset, eller priset för övriga positioner i anbudet, skulle vara onormalt lågt och har inte heller skriftligen begärt någon förklaring till lämnat pris enligt 15 kap. 17 § LOU. Att en leverantör väljer att differentiera sitt pris på det sätt som bolaget gjort utgör inte i sig något fel och varken den omständigheten eller om bolagets fördelaktiga totalpris skulle anses orimligt lågt, ger kommunen rätt att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen är således oproportionerligt.

På grund av vald utvärderingsmodell, lägsta pris, saknar det betydelse vilket anbud som varit det mest ekonomiskt fördelaktiga. Kommunens påstående att 30 procent av de totalt utvärderade timmarna inte offererats av bolaget är felaktigt. Bolaget har tillhandahållit samtliga konsulttjänster som faller inom upphandlingens område, dvs. projektledning/byggledning anläggning, och har offererat priser på samtliga positioner. Bolaget har god förmåga att fullgöra kontraktet och har lämnat det ekonomiskt mest

fördelaktiga anbudet inklusive det lägsta anbudet. Kommunens räkneexempel är missvisande.

Brister i förfrågningsunderlaget

Det har inte funnits sådana allvarliga brister i förfrågningsunderlaget att kommunen har haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen. För det fall en upphandlande myndighet orsakat skälen för avbrytande får ett avbrytande ske endast i speciella undantagsfall. För att ett avbrytande ska kunna ske på grund av brister i förfrågningsunderlaget krävs att det rör sig om allvarliga brister som t.ex. äventyrar genomförandet av kontraktet eller innebär risker för att myndigheten skulle bryta mot LOU om upphandlingen fortskred.

Förfrågningsunderlaget i den nu aktuella upphandlingen anger på ett tillräckligt tydligt sätt uppställda krav, vilka tjänster som efterfrågas och hur prissättning ska ske. Förfrågningsunderlaget uppfyller kraven på likabehandling, transparens, öppenhet och proportionalitet. Kommunen bör även ha fått ett flertal anbud från leverantörer som har möjlighet att fullfölja kontraktet. Under upphandlingsförfarandet har endast fem frågor ställts och ingen av dessa frågor har rört de olika yrkeskategoriernas arbetsuppgifter eller tjänsternas utförande. Det har inte funnits några oklarheter kring vilka tjänster som efterfrågas.

Av intresse är även att kommunen inte heller i andra konsulttjänsteupphandlingar som genomförts under slutet av 2012 tagit in någon preciserad arbetsbeskrivning för ingående tjänster och trots stor spridning på lämnade priser, som kunnat tyda på bristande transparens, inte ansett att det har funnits skäl för att avbryta upphandlingen. En eventuell bristfällig arbetsbeskrivning av efterfrågade tjänster utgör inte en tillräckligt allvarlig brist som äventyrar genomförandet av kontraktet och utgör inte sakligt skäl för ett avbrytande.

Kommunen har sammanfattningsvis saknat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och beslutet framstår som godtyckligt och ogrundat. Beslutet strider mot LOU och dess grundläggande principer och ska därför ogiltigförklaras. Då bolaget varit den anbudsgivare som enligt kommunen lämnat lägst pris och som borde ha tilldelats kontrakt, har bolaget lidit eller riskerat att lida skada genom kommunens beslut att avbryta upphandlingen.

Kommunen har utvecklat grunderna för sin talan genom att i huvudsak anföra följande.

Beslutet att avbryta upphandlingen var korrekt formulerat. Kommunen har rätt att använda tilldelningskriteriet lägst pris och sedan avbryta upphandlingen med hänvisning till det ekonomiskt fördelaktiga anbudet (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-244/02 Kauppatalo Hansel). Beslutet att avbryta upphandlingen har varit nödvändigt och motiverat av sakliga skäl och har således skett i enlighet med LOU.

Upphandlingen avser konsulttjänster inom fackområdet projektledning/byggledning anläggning. Anbudslämnarna skulle lämna timpris på tre yrkeskategorier: projektledare, biträdande projektledare och byggledare. Timpriser hade mängdangivits och skulle adderas till utvärderingssumma. Posten biträdande projektledning utgjorde 31 procent av det totala antalet timmar som skulle utvärderas. Utvärderingen av inkomna anbud visade att posten biträdande projektledning prissatts väldigt olika. Bolaget hade prissatt posten med noll kronor. Vid möte med bolaget framkom att det inte var någon uppenbar felskrivning. Bolaget klargjorde att förfrågningsunderlaget inte specificerade exakt vilka arbetsuppgifter som skulle ingå i respektive yrkeskategori. Bolaget bekräftade att man

kunde utföra uppdragen utan att använda yrkeskategorin biträdande projektledare. Uppdragen skulle utföras av projektledare eller byggledare.

Detta innebär att den verkliga kostnaden för biträdande projektledare skulle bli antingen 800 kronor (byggledare) eller 1 000 kronor (projektledare). En närmare granskning av förfrågningsunderlaget och de svar på frågor som kommunen lämnat under upphandlingsskedet visade att gränsdragningen mellan de olika yrkeskategorierna inte specificerats. I det fall kommunen hade utvärderat övriga anbud på liknande sätt och räknat in yrkeskategorin biträdande projektledning i de två övriga yrkeskategorierna och prissatt yrkeskategorin biträdande projektledning med noll kronor, hade bolagets anbud rangordnats som nummer 17 av 22. I realiteten är alltså bolagets anbud ett av de dyraste anbuden.

Det visade sig att förfrågningsunderlaget brister i transparens vad gäller gränsdragningen mellan de olika yrkeskategorierna. Kommunen har begärt offert på tre yrkeskategorier utan att lämna närmare information om exakt vilka arbetsuppgifter som ska ingå i respektive yrkeskategori. Detta har medfört att anbudslämnarna har kunnat räkna in samma arbetsuppgift i olika yrkeskategorier. Bristen på transparens har bekräftats av den meningsskiljaktighet som kommunen och bolaget haft avseende yrkeskategorin biträdande projektledning. Kommunen har tolkat yrkeskategorin brett medan bolaget har tolkat den mycket snävt. Enligt bolaget kan uppdragen utföras med användande av enbart två yrkeskategorier; projektledare och byggledare. Bristen på transparens har resulterat i att de lämnade anbuden inte är jämförbara. Då ovanstående otydligheter har sin grund i förfrågningsunderlaget har kommunen valt att avbryta och göra om upphandlingen.

Av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet inte är skyldig att fullfölja en påbörjad upphandling (jfr mål C-92/00 HI, punkt

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

40-41). EU-domstolen har även uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (jfr mål C-27/98 punkt 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl, får inte anses godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43). EU-domstolen har vidare uttalat att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlande myndigheten, på grund av fel som den själv begått, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr mål C-244/02). Sakliga skäl för att avbryta en upphandling har ansetts finnas när förfrågningsunderlaget inte var transparent och när anbudsgivare hade uppfattat skrivningarna i förfrågningsunderlaget på olika sätt (jfr Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 1427-10 och Kammarrättens i Stockholm dom den 12 april 2011 i mål nr 6093-10).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Ett av syftena med reglerna om offentlig upphandling är att möjliggöra för de upphandlande myndigheterna och enheterna att ingå affärsmässigt fördelaktiga kontrakt (jfr prop. 2006/07:128 s. 154 f). Detta medför att en upphandlande myndighet i allmänhet ges en stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen och på grundval av detta fatta tilldelningsbeslut och upphandlingskontrakt.

Frågan i målet är om kommunen haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen av tekniska konsulttjänster för anbudsområdet projektledning/byggledning anläggning.

EU-domstolen har slagit fast att gemenskapsreglerna om offentlig upphandling inte innebär att en upphandlande enhet har befogenhet att avstå från en upphandling endast i undantagsfall eller om det föreligger tungt vägande skäl (jfr mål C-92/00 och C-27/98). Det finns ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Däremot framgår det av rättspraxis att ett beslut att avbryta en upphandling måste grundas på sakligt godtagbara skäl och att beslutet inte får vara godtyckligt. Ett beslut om avbrytande måste följa de grundläggande reglerna i EU-fördraget i allmänhet och i synnerhet principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl (se RÅ 2009 ref. 43).

I avgörandet C-244/02 Kauppatalo Hansel fann EU-domstolen att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbudsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när myndigheten, efter att ha bedömt och jämfört anbudet, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfördran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling.

Kommunen har som grund för beslutet att avbryta upphandlingen huvudsakligen angett att det på grund av brister i förfrågningsunderlaget inte varit möjligt att jämföra anbudet på ett rättvisande sätt för att få fram

det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bristen består i att det inte framgår av upphandlingsunderlaget vilka arbetsuppgifter som ingår i respektive yrkeskategori. Bolaget har bestridit att förfrågningsunderlaget brister i transparens och anser att kommunen haft möjlighet att anta ett konkurrenskraftigt anbud.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen efterfrågar konsulter och generalkonsulter inom anbudsområdet projektledning/byggledning och anläggning. Anbud ska lämnas via upphandlingssystemet Visma TendSign. I punkt 1.2.3 anges som formkrav bl.a. att anbud ska avse innehållet som efterfrågas inom fackområdeskategori och vara skrivet på svenska. Under punkt 1.2.4 anges att det inte får göras reservationer i anbudet. Under punkt 1.3.6 avseende teknisk förmåga och kapacitet anges att anbudsgivaren ska förfoga över minst två konsulter med likvärdig kompetensnivå inom offererat fackområde. Minst tre referenser ska lämnas per konsult. Anbud ska lämnas på hela fackområdet. Anbud som lämnas bara på en del av fackområdet kommer att diskvalificeras. Under punkt 1.4.3 anges att pris ska lämnas i en anbudsspecifikation och att samtliga uppgifter i offererat fackområde ska vara ifyllda.

Av anbudsspecifikationen, som är en bilaga till förfrågningsunderlaget, framgår att anbudslämnarna har möjlighet att lämna offert på tre positioner: projektledare, biträdande projektledare och byggledare. Av bolagets anbud framgår att bolaget lämnat timpris på positionerna projektledare och byggledare och att positionen biträdande projektledare prissatts med noll kronor.

I beslutet om avbrytande av upphandlingen daterat den 8 februari 2013 anges att anbudsgivarna prissatt posten "biträdande projektledare" väldigt olika. I anbudet med lägst totalpris hade posten prissatts med noll kronor. Kommunen anger att vägledning vare sig kunnat hittas i

förfrågningsunderlaget eller i de förtydliganden som gjorts under anbudstiden. Kommunen anger vidare att den ifrågavarande posten innefattar över 30 procent av de totalt utvärderade timmarna.

Som kommunen anfört saknas det i förfrågningsunderlaget en tydlig avgränsning mellan de olika yrkeskategorierna som ingår i upphandlingen. Det finns inga instruktioner alls som talar om vilka arbetsuppgifter som ingår i respektive yrkeskategori, vilket torde innebära ett relativt fritt tolkningsutrymme för anbudsgivarna. Detta har inte varit kommunens avsikt. Förvaltningsrätten bedömer att förfrågningsunderlaget inte heller innehåller tillräckligt tydliga instruktioner om prissättningen. Att förfrågningsunderlaget brustit i tydlighet i detta avseende får stöd av kommunens uppgift om att anbudsgivarna valt att prissätta positionerna på olika sätt. Även om bolagets prissättning inte kan anses vara felaktig utifrån hur förfrågningsunderlaget är utformat, har det inte framkommit skäl att ifrågasätta kommunens invändning att anbudet inte är jämförbara samt att kommunen inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Förvaltningsrätten kan således konstatera att förfrågningsunderlaget är utformat på ett sådant sätt att det kan och har uppkommit oklarheter om vad som efterfrågas i upphandlingen och hur detta ska prissättas. Som en följd av detta har kommunen riskerat att inte kunna ingå ett affärsmässigt rimligt kontrakt, vilket utgör ett av syftena med upphandlingsreglerna. Att kommunen valt lägsta pris som utvärderingsmodell innebär inte i sig att kommunen är förhindrad att avbryta upphandlingen med hänvisning till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förfrågningsunderlagets utformning uppfyller inte kravet på transparens och kommunens beslut att avbryta upphandlingen får därmed anses vara motiverat av sakliga skäl och förenligt med LOU. Det har inte framkommit att beslutet strider mot de principer som ligger till grund för LOU och det finns därför inte

förutsättningar för ett ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda grunderna.

Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit Catharina Nordler.