



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2016-11-04
Meddelad i Göteborg

Mål nr
10155-16

SÖKANDE

Skaraborgs Ståd AB, 556219-5510
Fägrevägen 2
549 41 Moholm

MOTPART

Stenungsunds kommun
444 82 Stenungsund

SAKEN

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

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2016-11-07 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 439460

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Stenungsunds kommun har genomfört en upphandling av städtjänster, dnr 0203-16. Av tilldelningsbeslut daterat den 2 september 2016 framgår att Skaraborgs Städ AB vann upphandlingen. Kommunen beslutade därefter att avbryta upphandlingen. Som skäl för avbrytandebeslutet angavs i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget har angetts olika nivåer för hur snabbt man rimligtvis städar olika lokaltyper (s.k. avverkningsgrad, vilket motsvarar städade kvadratmeter per timme). Utifrån avverkningsgrad skulle sedan beställaren bedöma rimligheten i anbuderna. Då ritningarna i förfrågningsunderlaget inte uppvisar samma antal kvadratmeter som de antal kvadratmeter anbudsgivarna skulle lämna pris på innebär det att anbudsgivarna har fått fel förutsättningar vid kalkylerande av anbud på grund av fel i utvärderingsmodellen. Utvärderingen av anbudspriserna har då inte kunnat bedömas korrekt. Det affärsmässigt bästa resultatet kan därför inte uppnås och det bedöms finnas sakliga och godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Skaraborgs Städ AB yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte ska avbrytas. Bolaget anför i huvudsak följande. En upphandlande myndighet får endast avbryta en upphandling om det finns sakligt godtagbara skäl. Det kan inledningsvis konstateras att kommunen har genomfört motsvarande upphandling år 2012. Alla objekt har varit av samma omfattning då som nu, förutom Stora Höga förskola som har minskat sin yta jämfört med föregående upphandling. Kommunen har redan i samband med upphandlingen år 2012 informerats om att de ytor som angetts i underlagen inte stämmer överens med ritningarna. Detta har följaktligen redan varit känt för kommunen och kan inte utgöra ett godtagbart skäl att avbryta upphandlingen. Med tanke på att föregående upphandling inte har

avbrutits framstår det även som oförenligt med likabehandlingsprincipen att, efter att tilldelningsbeslut meddelats, avbryta den nu aktuella upphandlingen efter dialog med en anbudsgivare. Rimligheten i anbudet borde dessutom ha kunnat utvärderas avseende de objekt där uppgifterna om yta i anbudet stämmer överens med de uppgifter som anbudet skulle baseras på.

Av kommunens svar på fråga 11 i "Frågor och svar" framgår vidare att kommunen har varit medveten om att avvikelser kan förekomma. Ett skalkrav i upphandlingen har dessutom varit att anbudsgivaren skulle besöka samtliga objekt för att få en korrekt bild av verksamheten och dess lokaler (se punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget). Det är inga problem att uppskatta hur stor procentuell del av varje objekt som består av respektive lokalyta. Samtliga anbudsgivare har haft samma förutsättningar och möjligheter att ställa vidare frågor om man ansåg sig få problem att kalkylera. Det har dock endast inkommit en fråga om utvärderingsmodellen. I samband med det lämnade förtydligandet borde kommunen ha tittat närmare på sin utvärderingsmodell. Kommunen har inte vid något tillfälle begärt redovisning eller förtydligande av hur bolaget har kalkylerat eller beräknat pris/arbets tid, vilket borde ha gjorts i samband med utvärderingen eller anbuds presentationen. Uppgiften om att kommunen efter tilldelningsbeslutet har upptäckt att anbudsgivarna har haft svårt att kalkylera kan sammanfattningsvis ifrågasättas. Det kan även noteras att skillnaden mellan högsta och lägsta anbudspris i föregående upphandling har uppgått till 47 procent, dvs. mer än i den aktuella upphandlingen.

Vidare kan noteras att samtliga anbudsgivare har haft samma förutsättningar i form av lägst pris och angivna kvadratmeter. Båda anbudet som har kvalificerat sig innehåller timpris som uppfyller ställda skalkrav. Övriga anbud har förkastats på grund av bristande skalkravsuppfyllelse, inte på grund av orimligt lågt pris eller för hög avverkningsgrad. Hur de anbudsgivarna har kalkylerat är oväsentligt. Årets vinnande anbudspris ligger i nivå

med vinnande anbud föregående avtalsperiod. Det låter följaktligen orimligt att de två anbud som kvalificerat sig inte skulle ge det affärsmässigt bästa resultatet.

Stenungsunds kommun anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. I upphandlingen ska anbudsgivarna prissätta ett antal olika objekt som ska städas. Kommunen har angett totalt antal kvadratmeter för varje objekt och förtydligat objektet med en bifogad ritning. För att säkerställa tillräcklig kvalitet har kommunen angett i förfrågningsunderlaget att angivna avverkningsgrader för olika lokaltyper inte får överstigas. Vid en närmare kontrollmätning har det visat sig att Stora Höga förskola är 249 kvadratmeter mindre än vad som har angetts. Alla anbudsgivare har fått samma uppgifter att beräkna avverkningsgraden utifrån, men det är i realiteten inte möjligt att göra en beräkning eftersom anbudsgivarna har fått gissa vilken lokaltyp de ytor som inte finns med i underlaget avser. Det är därför oklart vilken avverkningsgrad som anbudsgivarna har beräknat för ytor som avviker från ritningarna och inte finns i verkligheten.

Kommunen har tidigare fått kommentarer om att utvärderingsmodellen har varit otydlig, men hade vid utvärderingstillfället inte fått information från anbudsgivare om att utvärderingsmodellen inte heller var förutsägbar i detta avseende. Spridningen av priserna – 33 procent mellan högsta och lägsta anbudspris – talar för att anbudsgivarna har gjort skilda tolkningar av vad som efterfrågas. Kommunen måste tydligare utreda och kunna beskriva vad tjänsten ska omfatta och hur anbuderna ska utvärderas för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska kunna antas. Tilldelningskriterierna är sammanfattningsvis inte formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (jfr bl.a. EU-domstolens dom i mål C-368/10, Max Havelaar, punkt 88). Eftersom kommunen inte har kunnat redogöra för hur anbudsgivarna ska kalkylera har de inte kunnat lämna sina bästa anbud. Om kommu-

nen skulle göra en större rättelse av utvärderingsmodellen av kalkylerat pris skulle det innebära en förändring av ett ska-krav. Ändringar av sådana krav ska normalt ses som en väsentlig förändring som kräver att upphandlingen avbryts (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 18 juni 2012 i mål nr 1589-12 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 oktober 2010 i mål nr 1706-10). Sammanfattningsvis har principerna om transparens och likabehandling åsidosatts. Bristerna i förfrågningsunderlaget har kunnat påverka potentiella anbudsgivares förutsättningar att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunen har därför haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Avbrytandebeslutet har inte varit godtyckligt och är förenligt med gemenskapsrätten.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget (i förekommande fall efter justeringar genom frågor och svar) anges bl.a. följande.

1.4 Volym och optioner

[...]

Stora Höga förskola Städyta 579 kvm

Frågor och svar, fråga 11

Samtliga anbudsgivare ska basera sitt anbudspris enligt kommunens angivna ytor som totalt är 17 559 kvm. Detta för att alla anbudsgivare ska räkna på samma yta. Om det skulle visa sig att det är avvikelser i kommunens beräkningar på ytan

justeras detta i avtalet i form av avdrag/tillägg utifrån kommunens tabell för maxavverkningsgrad samt det angivna timpriset i anbudet.

5.1. Anbudsprövning och utvärdering

[...]

Utvärdering sker enligt nedan:

Jämförelsesumma = Totalt anbudspris/månad - mervärde.

Anbud med lägst jämförelsesumma kommer att antas.

5.2 Anbudspris

[...]

Priset ska anges i form av fast pris per månad/objekt. Priset ska anges exklusive mervärdesskatt.

Det pris som kommer att ligga till grund för utvärderingen av anbudspriset är summan av samtliga sju (7) objekt/månad i enlighet med beskrivning ovan.

Orimligt låga anbud (grundat på såväl kostnad per timme som städtimmar) kommer att förkastas. Med orimligt lågt anbud avser beställaren ett anbudspris som är baserat på antingen ett timpris lägre än 250 kr/timme eller en avverkningsgrad högre än tabellen nedan.

Frågor och svar, fråga 10

Avverkningsgraden får inte överstigas enligt tabell nedan.

Tvättstuga, kapprum, entré, skölja 300 kvm

Hissar, förråd, soprum, skolsköterska 500 kvm

Bibliotek, uppehållsrum, kontor, konferens, korridor, gymnastiksal 700 kvm

Matsal, pausrum, fikarum 100-200 kvm

Toalett 25-35 kvm

Omklädningsrum och dusch 100-200 kvm

Trappor 200 kvm

Förvaltningsrättens bedömning

LOU innehåller ingen uttrycklig reglering av frågan om när en myndighet har rätt att avbryta en upphandling. Av praxis framgår att rätten att avbryta

en upphandling inte är begränsad till undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Ett sådant beslut måste dock vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa gemenskapsrättliga regler (jfr bl.a. EU-domstolens domar i mål C-27/98 och C-92/00, RÅ 2009 ref. 43 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 maj 2015 i mål nr 787-15).

EU-domstolen har uttalat att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlande myndigheten, efter att ha bedömt och jämfört anbudet, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsfordran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr mål C-244/02 Kauppatalo Hansel). Brister i förfrågningsunderlagets utformning har även i flera kammarrättsavgöranden bedömts utgöra ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling (jfr bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls domar den 19 november 2015 i mål nr 1984-15 respektive den 6 mars 2012 i mål nr 93-12).

Av punkt 1.4 i förfrågningsunderlaget i sin justerade lydelse framgår att anbudspriset ska baseras på de ytor som kommunen har angett. Av punkt 5.2 i förfrågningsunderlaget i sin justerade lydelse framgår vidare att anbud som har baserats på en högre avverkningsgrad än vad kommunen har angett i en viss tabell kommer att förkastas. Avverkningsgraden varierar mellan olika lokaltyper. För att kunna göra en korrekt beräkning krävs följaktligen att anbudsgivare, utöver storleken på de ytor som kommunen har angett per objekt, även vet hur ytorna fördelar sig på olika lokaltyper.

Skaraborgs Städ AB har inte ifrågasatt att den angivna lokalytan för Stora Höga förskola avviker från ritningen och verkligheten, men har gjort gällande att det är möjligt att göra en uppskattning av hur lokalytan fördelar sig på olika lokaltyper vid det obligatoriska platsbesöket. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att det kan vara möjligt att göra en ungefärlig uppskattning vid ett sådant besök. Det klargör dock inte hur anbudsgivaren ska göra

beräkningen av de ytor som inte existerar. Exempelvis går det inte att utläsa av förfrågningsunderlaget om beräkningen ska göras utifrån hur stor del av den faktiska lokalytan som utgörs av de olika lokaltyperna, eller om det är tillåtet att betrakta all överskjutande yta som t.ex. kontorslokaler. Detta medför att upphandlande myndighet inte har möjlighet att kontrollera om de angivna avverkningsgraderna överskrids. I punkt 1.4 i förfrågningsunderlaget med tillhörande svar på fråga 11 är det visserligen reglerat hur avvikelser ska hanteras i avtalet. Eftersom det uttryckligen anges att anbudspriset ska beräknas på de angivna ytorna kvarstår dock problemet att anbudsgivare, utan närmare anvisningar, måste göra beräkningen baserat på ytor som inte existerar. Med hänsyn till förfrågningsunderlagets utformning har det inte heller varit möjligt att bortse från prisuppgifterna avseende ett objekt. Bristerna i förfrågningsunderlagets utformning är sådana att Stenungsunds kommun enligt förvaltningsrättens mening har haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Det saknar i en sådan situation betydelse om kommunen har känt till avvikelserna sedan tidigare eller har agerat på ett annat sätt i en tidigare upphandling. Vad som anförts i övrigt visar inte heller att det finns förutsättningar för ett ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Karin Johansson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

