



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-11-28
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21246-11
Enhet 15

SÖKANDE

Ahlsell AB, 556012-9206

Ombud:

Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

Haninge kommun
Kommunstyrelseförvaltningen
136 81 Haninge

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-11-29	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 182311

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Haninge kommun (kommunen) genomför en upphandling av VA- och VVS-material (ref.nr 28/2011). Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt LOU. Fyra anbudsgivare har uppfyllt kvalificeringskraven, däribland Ahlsell Sverige AB (Ahlsell). Kommunen har beslutat att teckna avtal med Dahl Sverige Aktiebolag som har lämnat anbud med lägsta pris.

YRKANDEN M.M.

Ahlsell yrkar att upphandlingen ska göras om. Som skäl anges bl.a. följande.

Utvärderingsmodellen

I förfrågningsunderlaget anges följande avseende krav på anbudet. "Prövning sker om anbudet uppfyller ställda krav i upphandlingen. Pris- och rabattuppgifter lämnas i Prisbilaga och sen för anbudsgivaren över den totala anbudssumman till webbformulär Utvärderingsmodell".

Vidare anges följande avseende utvärderingsmetod. "Enligt lägsta prismetoden där det framräknade jämförelsetalet är lägsta pris. Det anbud som har det lägsta jämförelsetalet kommer att antas under förutsättning att villkoren i Begränsad kontroll är uppfyllda." Till förfrågningsunderlaget fanns en Prisbilaga bifogad. I denna fanns en rad produkter nämnda med produktbenämning, RSK-nr samt i vilken enhet anbudsgivarna skulle ange priset för produkten.

Hur jämförelsetalet skulle framräknas framgår inte av förfrågningsunderlaget. Kommunen har dock i "meddelanden, frågor och svar" den 8 september 2011 meddelat att utvärderingen kommer att beräknas på 1 st.

av varje produkt i prisbilagan. Kommunen har således vid utvärderingen av anbudet genomfört en utvärdering genom att addera ihop de olika styckpriserna för artiklarna och därigenom erhållit ett utvärderingspris som har jämförts mellan anbudsgivarna för att se vilken anbudsgivare som fick lägst pris och därmed även fick teckna kontrakt med kommunen.

Den av kommunen använda utvärderingsmetoden strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen på grund av att kommunen inte har beaktat den förväntade mängden köp av olika produkter vid utvärderingen av anbudet. Priserna skulle ha viktats så att priserna för produkter som köps med hög frekvens och med en hög volym väger tyngre än priserna för produkter som köps med låg frekvens och med lägre volym. För det fall ingen hänsyn tas till hur vanligt förekommande de olika produkterna är kan en anbudsgivare som har låga priser på produkter som köps med låg frekvens och med lägre volym samt höga priser på produkter som köps med högre frekvens och med högre volym erhålla ett lägre pris och därmed vinna kontraktet jämfört med en anbudsgivare som har höga priser på mindre frekvent förekommande produkter och låga priser på frekvent förekommande produkter. Kommunens utvärderingsmodell har dock på grund av hur den utformats lett till att en anbudsgivare inte har kunnat dra fördel av att den offererat låga priser på produkter som köps med hög frekvens och till en hög volym. Kommunens utvärderingsmodell leder därför inte till ett rättvisande resultat.

Kommunen torde i detta fall inte ha några svårigheter med att få fram siffror på hur vanligt förekommande en produkt är. Att kommunen inte i förväg kan beräkna exakt vilka mängder av olika varor som kommer att beställas utgör inte skäl för att inte ens försöka göra en rimlig uppskattning av den förväntade mängden. Att den ifrågavarande utvärderingsmetoden strider mot LOU har fastställts i rättspraxis vid ett flertal tillfällen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

DOM

Allmänna avdelningen

Hänvisning sker även till Länsrätten i Skåne läns dom i mål 2734-08 E, Länsrätten i Mariestad dom i mål 865-09 samt Kammarrätten i Stockholms dom i målen 2501-09 och 2508-09 samt Kammarrätten i Göteborgs dom i målen 5457-04 och 6206-04.

Ahlsell menar sammanfattningsvis att nämnda rättsfall tydligt anger att olika varor eller tjänster ska ges olika tyngd i utvärderingen av pris beroende på förväntad upphandlingsvolym per vara eller tjänst. Eftersom detta inte skett har anbudsgivarna lidit skada. Hade kommunen viktat de olika positionerna i prisbilagan i förhållande till förväntad inköpsvolym hade Ahlsell utformat sitt anbud annorlunda. Ahlsell menar att kommunen bryter mot LOU genom att inte differentiera mellan olika produkter beroende på förväntad inköpsvolym och att det är allvarligt att kommunen inte med säkerhet tecknar kontrakt med den anbudsgivare som totalt sett under kontraktstiden ger den lägsta kostnaden.

Nollställning av anbud

I förfrågningsunderlaget anges följande avseende nollställning av anbud. "I det fall det saknas en prisuppgift för en position i anbudssortimentet kommer det att läggas på ett belastningspris på denna position. Belastningspriset kommer vara det i upphandlingen högsta lämnade priset för positionen i fråga plus 10 procent. Har ingen av anbudsgivarna lämnat pris för en och samma efterfrågad position i anbudssortimentet utgår denna position i beräkningen av anbudsgivarnas jämförelsetal". Ahlsell menar att upphandlingen även brister i förutsägbarhet vad gäller den nollställningsmetod som kommunen enligt förfrågningsunderlaget ska använda sig av.

Nollställningsmetoden bygger på att en anbudsgivare som inte har angivit pris på en position i prislistan, alternativt en anbudsgivare vars produkt inte bedöms som likvärdig kommer att åläggas ett belastningspris. Detta belastningspris ska enligt kommunen räknas ut genom att addera det högsta offe-

rerade priset i upphandlingen med tio procent. Anbudsgivarna kan alltså inte i förväg känna till vilket belastningspris som kommer att åläggas dem i det fall de inte innehar en produkt och således inte kan lämna pris på en position i prisbilagan. En anbudsgivares utvärderingspris blir därmed beroende på hur andra anbudsgivare utformat sina anbud. Den aktuella nollställningsmetoden har omöjliggjort för Ahlsell att förutse vilken verkan ett eventuellt utelämnat pris på enskilda positioner skulle få och därmed har Ahlsell inte vetat hur de skulle utforma ett så optimalt anbud som möjligt. Ahlsell har därmed lidit skada. Hade nollställningsmetoden varit förutsebar hade Ahlsell utformat sitt anbud annorlunda. Ahlsell anser därför att kommunen bryter mot transparensprincipen. Domstolar har vid ett flertal tillfällen underkänt den nu aktuella nollställningsmetoden, se bland annat mål nr 3768-07 (Kammarrätten i Jönköping) samt mål nr 3335-10E (Förvaltningsrätten i Malmö).

Ahlsell har till följd av begångna fel lidit eller i vart fall riskerat att lida skada eftersom man inte har vetat hur man skulle utforma sitt anbud för att lämna ett så konkurrenskraftigt och optimalt anbud som möjligt. Den utvärderingsmetod och den nollställningsmetod som använts har inte varit transparenta och de har påverkat utformningen av anbuderna. Otydligheterna kan hänföras till förfrågningsunderlaget och felen kan inte rättas till genom en ny utvärdering.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten avslår Ahlsells yrkande att upphandlingen ska göras om. Som skäl anges bl.a. följande. Kommunen anser att förhållandena i förfrågningsunderlaget har varit klara och kända från annonsens första dag och att anbudsgivarna i upphandlingen, samt potentiella anbudsgivare, har haft samma förutsättningar i det konkurrensuppsökande skeendet och att de EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling ej trätts för när.

Utvärderingsmodellen

Kommunen anser att utvärderingsmodellen, i denna lägsta prisupphandling, är både transparent och behandlar alla anbudsgivare likvärdigt, då samtliga anbudsgivare visste förutsättningarna för att lämna anbudspriser på angivna produkter i prisbilagan. Hur viktningen av de olika positionerna i prisbilagan ska gå till är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra. I detta fall har kommunen givit varje position samma vikt genom att lämnat anbudspris multipliceras med volymen ett.

I prisbilagan framgår det, högst upp, hur jämförelsetalet beräknas genom att den ändras för varje anbudspris som läggs in i prisbilagan samt att formeln för beräkningen av jämförelsetalet visas i formelfältet när cellen markeras. I prisbilagan framgår således att anbudspriserna adderas ihop samt att detta också framgår i "frågor & svar" i upphandlingen.

Ahlsell har haft samma förutsättningar som övriga anbudsgivare, samt potentiella anbudsgivare, och kan därför ej kan ha lidit eller riskerar att lida skada på grund av aktuell utvärderingsmodell.

Nollställning av anbud

Kommunen anser att användandet av relativa metoder vid utvärdering ej strider mot de EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling. Syftet med ett belastningspris är att det ska vara högre än ett eventuellt utelämnande anbudspris för att inte en anbudsgivare ska få fördelar av att utelämnade ett anbudspris för en position där anbudsgivarens pris är högre än belastningspriset. För att sätta ett i underlaget förutbestämt belastningspris så ska hela marknaden i EU gås igenom i syfte att finna det högsta priset för respektive position i prisbilagan för att säkerställa att ingen anbudsgivare, och potentiell anbudsgivare, ska få fördelar av att utelämnade ett anbudspris för en position och därmed strategiskt prisa sig in genom att ej använda sina egna prisuppgifter. Kommunen har då valt den relativa metoden fram-

för den absoluta metoden då belastningspriset beräknas utifrån lämnade prisuppgifter i upphandlingen och därmed påverkas inte belastningspriset av potentiella anbudsgivares priser.

Ahlsell har lämnat prisuppgifter på samtliga efterfrågade positioner i prisbilagan varför Ahlsell ej kan ha lidit eller riskerar att lida skada på grund av aktuell nollställningsmetod.

Ahlsell vidhåller sitt yrkande och anför bl.a. följande. Kommunen har i sitt yttrande inte har påvisat att någon av Ahlsells invändningar mot upphandlingen skulle vara ogrundade.

Utvärderingsmodellen

Ahlsell motsätter sig inte att anbudsgivarna fått kännedom om hur jämförelsetalet i utvärderingen beräknas. Genom att göra det enkelt för sig har kommunen valt en utvärderingsmodell som inte är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Kommunen torde, enligt vad Ahlsell erfar såsom leverantör till många olika kommuner, köpa de produkter som anges i prisbilagan med mycket stor variation. Ahlsell noterar att kommunen inte invänder mot att det skulle innebära svårigheter att ta fram statistik på inköpsvolymer. Det torde därmed inte råda några som helst tvivel om att det inom kommunen finns statistik kring dessa inköp att tillgå. Även om denna statistik inte skulle finnas, menar Ahlsell att en rimlig uppskattning kan göras.

Nollställning av anbud

Kommunen tycks mena att kommunen har ett fritt val att tillämpa den aktuella nollställningsmetoden. I domstolspraxis har det angivits att det fiktiva priset som läggs på en "tom position" i en prislista måste vara förutsägbart för anbudsgivarna. Det innebär att man t.ex. inte får använda det högsta anbudspriset som en annan anbudsgivare offererat som belastningspris. Kommunen behöver inte göra en djuplodande marknadsanalys i syfte all

finna det högsta priset på marknaden för respektive position i prisbilagan. Kommunen hade istället i förfrågningsunderlaget genom den prisbild man har av tidigare liknande köp, t.ex. av nuvarande leverantör av en viss produkt, exempelvis kunnat ange ett fiktivt fast pris med ett påslag om exempelvis 50 procent.

UTREDNING I MÅLET

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Krav på anbudet

Prövning sker om anbudet uppfyller ställda krav i upphandlingen. Pris- och rabattuppgifter lämnas i Prisbilaga och sen för anbudsgivaren över den totala anbudssumman till webbformulär Utvärderingsmodell.

Utvärdering

Anbuden kommer att utvärderas enligt nedanstående metod.

Utvärderingsmetod

Enligt lägsta prismetoden där det framräknade jämförelsetalet är lägsta pris.

Det anbud som har det lägsta jämförelsetalet kommer att antas under förutsättning att villkoren i Begränsad kontroll är uppfyllda.

Kan anbuden inte skiljas åt enligt beskrivning ovan kommer särskiljning ske genom att lämnade procentsatser i prisbilagan summeras ihop och den anbudsgivare som får den högsta summan tilldelas kontraktet under förutsättning att villkoren i Begränsad kontroll är uppfyllda.

Nollställning av anbud

I de fall det saknas en prisuppgift för en position i anbudssortimentet kommer det att läggas på ett belastningspris på denna position. Belastningspriset kommer vara det i upphandlingen högsta lämnade priset för positionen i fråga plus 10 procent. Har ingen av anbudsgivarna lämnat pris för en och samma efterfrågad position i anbudssortimentet utgår denna position i beräkningen av anbudsgivarnas jämförelsetal.

Av bilaga till anbudet framgår bl.a. följande.

Total anbudssumma (jämförelsetal)

RSK-

nummer

Benämning

Enhet

Anbudspris

RSK-nummer	Benämning	Enhet	Anbudspris
1030868	100 REPMUFF RDS L=240 DY 116-128.	Pris/st	
1038116	100x50 ANBORRN-BYGEL TYP 3800.	Pris/st	

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Likabehandlingsprincipen förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Att ett förfrågningsunderlag ska vara förutsebart innebär att det ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten anser har betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållandena 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.

Utvärderingsmodellen

Enligt förfrågningsunderlaget har kommunen valt att använda sig av utvärderingsmetoden lägsta pris. Ahlsell har anfört att utvärderingsmetoden strider mot principerna om transparens och likabehandling. Ahlsell menar

att priserna i utvärderingen borde ha viktats så att produkter som köps med hög frekvens och hög volym väger tyngre än priser för produkter som köps med låg frekvens och lägre volym. Kommunens utvärderingsmodell har på grund av hur den utformats lett till att en anbudsgivare inte har kunnat dra fördel av att den offererat låga priser på produkter som köps med hög frekvens och till en hög volym.

Utvärderingsmetoden lägsta pris innebär att den upphandlande myndigheten ska anta det anbud som har lägst anbudspris och som motsvarar kraven på föremålet för upphandlingen såsom dessa framgår av annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget. Denna metod skiljer sig från utvärderingsmetoden där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas på så sätt att en myndighet, vid tillämpning av den senare metoden, utvärderar anbud efter den relativa vikt som de åsatt de olika anbudsutvärderingskriterierna.

Förvaltningsrätten finner att kommunens förfrågningsunderlag är tydligt och alla anbudsgivare har behandlats lika. Utvärderingsmodellen har vidare tillämpats i enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Det faktum att priser inte har en viktning som motsvarar förväntad inköpsvolym eller -frekvens gör inte förfrågningsunderlaget oförenligt med LOU.

Ahlsell har vidare anfört att det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur jämförelsetalet ska framräknas. I bilaga till förfrågningsunderlaget framgår emellertid att den totala anbudssumman är lika med jämförelsetalet. Förvaltningsrätten finner därmed att det inte kan råda någon tveksamhet i vad som utgör jämförelsetalet enligt förfrågningsunderlaget. Någon anledning för ingripande enligt LOU föreligger inte heller på denna grund.

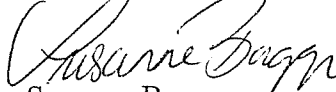
Nollställning av anbud

Kommunen har använt en s.k. relativ utvärderingsmodell i upphandlingen som innebär att värderingen är beroende av andra anbud. Det står den upphandlande myndigheten fritt att använda sig av en sådan relativ utvärderingsmodell förutsatt att kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens är uppfyllda. Förvaltningsrätten finner att det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget vilka utvärderingskriterier som kommer att tillämpas och hur kommunen tänkt beräkna priset i det fall prisuppgift saknas för en position i anbudssortimentet. Enligt förvaltningsrättens mening bör alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare tolkat kriterierna på samma sätt. Förvaltningsrätten finner därför att förfrågningsunderlaget inte kan anses vara så otydligt och oförutsebart att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis har det i målet således inte framkommit annat än att utvärderingen har skett på det sätt som beskrivits i förfrågningsunderlaget och att förfrågningsunderlaget uppfyller de krav som följer av LOU och EU-rätten. Vad Ahlsell har anfört ger inte stöd för att den aktuella upphandlingen ska skett i strid med reglerna i LOU eller de för upphandling grundläggande EU-rättsliga principerna har trätts för när på sådant sätt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 5 § LOU. Förutsättningar för ingripande från domstolens sida föreligger därmed inte, varför Ahlsells ansökan ska lämnas utan bifall.

Förvaltningsrätten har i dom denna dag avslagit Onninen AB:s ansökan om överprövning av aktuell upphandling i mål nr 20748-11.

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


Susanne Bagge
Rådman

Föredragande har varit Anna Mörtberg.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU