



SÖKANDE

Bilda Personalmäklarna i Stockholm AB, 556620-4201
Västmannagatan 3
111 24 Stockholm

Ombud: Olle Ringbro
Juristfirman Olle Ringbro AB
Box 3450
103 69 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

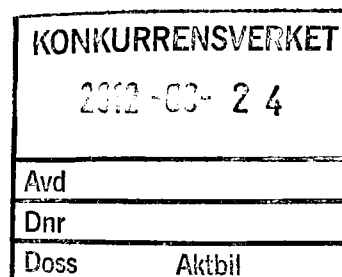
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Bilda Personalmäklarna i Stockholm AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten avvisar Bilda Personalmäklarna i Stockholm AB:s yrkande om ersättning för rättegångskostnader.



BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling av personaluthyrningstjänster gällande socialsekreterare, gymnasielärare, grundskolelärare, förskolelärare, barnskötare och fritidspedagoger, dnr KFKS 2012/162. En av anbudsgivarna är Bilda Personalmäklarna i Stockholm AB (Bilda). I ett första tilldelningsbeslut den 14 maj 2012 meddelade kommunen att man kommer att anta anbud från Bemannia AB och NGS Group AB/ Vikariepoolen. I nytt tilldelningsbeslut den 28 maj 2012, sedan VRE Education AB (VRE) begärt överprövning (förvaltningsrättens mål 10894-12 som avskrevs den 31 maj 2012 efter återkallande) samt tjänsten socialsekreterare brutits ut, meddelade kommunen att man för de övriga yrkeskategorierna kommer att anta anbudsgivaren VRE.

Bilda ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om, alternativt rättas och att bolaget ska tilldelas tre eller flera kontrakt. Bilda yrkar vidare att bolaget ska få ersättning för rättegångskostnader. Till stöd för sin talan anför Bilda bl.a. följande. Tilldelningsbeslutet är inte fattat med utgångspunkt från att "lägsta pris" och "det ekonomiskt mest fördelaktiga" anbudet ska antas. Antaget anbud utgör inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till samtliga omständigheter och tilldelningsbeslutet strider därför mot 12 kap. 1 § LOU och förfrågningsunderlaget.

Tilldelningsbeslutet är diskriminerande, uppfyller inte kravet på likabehandling och är inte transparent i förhållande till förfrågningsunderlaget och LOU. Den s.k. "pyramidmodellen" och kommunens tillämpning av denna strider mot 15 kap. 17 § LOU om att ett anbud ska förkastas om priset är onormalt lågt. Vid utvärderingen av vinnande anbud medräknas, vid sammanvägningen, priser för yrkeskategorierna fritidspedagoger och förskolelärare som borde ha förkastats på grund av att priserna för dessa är

onormalt låga. Utvärderingen strider också mot förfrågningsunderlaget genom att samtliga yrkeskategorier lagts samman varvid det inte är möjligt för kommunen att utvärdera bästa priset för respektive yrkeskategori och därmed för upphandlingen i sin helhet. Detta har framförallt betydelse då de ekonomiskt viktigaste yrkeskategorierna enligt denna modell, barnskötare och grundskolelärare, därmed kunnat åsättas alltför höga priser i förhållande till andra anbudsgivares priser, därför att det antagna anbudet grundas på att de mera ekonomiskt betydelselösa yrkeskategorierna åsatts underpris av vinnande anbudsgivare. Det kan påstås att den anbudsgivare som tilldelats uppdragen har genomfört en strategisk budgivning med underprissättning för vissa yrkeskategorier.

Utvärderingen strider också mot 15 kap. 3 a § LOU, som anger att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala beloppet som ska betalas enligt kontraktet. Genom användande av "pyramidmodellen" kommer denna uppskattning fram till att kommunen antagit det dyraste anbudet därför att barnskötare och grundskollärare är de yrkeskategorier som köps. Vinnande anbud har de högsta priserna för dessa yrkeskategorier.

Bilda och andra anbudsgivare uppfattade den första delen i punkt 5.4 i förfrågningsunderlaget som avgörande kriterium för den utvärdering som där-efter skulle genomföras. Kommunen har förvirrat anbudsgivarna genom innehållet i punkt 5.4. I princip skulle kommunen istället enbart kunnat använda sig av andra stycket i punkt 5.4, om detta ensamt varit relevant. Vid sådan formulering skulle det ha varit uppenbart att "lägsta pris-princip" frångåtts för respektive yrkeskategori och ersatts av en "medel-värdesprincip" som innebär att anbudsgivare tydligen ska spekulera över andra anbudsgivares prissättning. Då skulle anbudsgivare ha kunnat reagera direkt och redan genom förfrågningsunderlaget invänt mot upphandlingen. Tillämpningen av "pyramidmodellen" innebär att Bilda inte kan förstå eller beräkna vad som krävs för att få anbudet antaget när anbudet

utformas. Utvärderingen av anbuderna leder till högre kostnader för kommunen och ekonomisk skada för Bilda.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget är tydligt utformat och innehåller tydliga beskrivningar hur prisutvärderingen skulle gå till. LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i 1 kap. 9 § och 12 kap. 1-2 §§. En upphandlande myndighet kan i princip välja vilken modell som helst för att genomföra anbud så länge den kan anses uppfylla de grundläggande principerna i LOU.

Syftet med denna upphandling är att säkerställa kommunens behov av utlyrd personal vid oplanerad eller planerad frånvaro och vid uppsägningar. Det är omöjligt att i upphandlingsunderlaget ange volymer för de olika yrkeskategorierna. Bemanningsbranschen är enligt Skatteverket en bransch där svart arbetskraft används i hög grad. Inom ramen för Nackaprojektet bedrivs ett samarbete mellan Skatteverket, Ekobrottsmyndigheten och Brottsförebyggande rådet, där kommunen har beslutat att upphandla personaluthyrningstjänster så att den situationen inte uppstår. Kommunen har valt ett sätt för att förhindra prisdumpning, vilket i annat fall förekommer i stor omfattning.

Lägsta pris behöver inte vara den som lämnat det per yrkeskategori lägsta priset utan på den lägsta prismodell som valts för utvärderingen. Utvärderingsmodellen bygger på att samtliga kategoripriser summeras och ett medelvärde räknas ut för varje arbetsgivare. Den/de anbudsgivare som har lägst medelpris i förhållande till medelvärdet för samtliga anbud, + – 5 procent, går vidare till prisutvärderingen. Den/de anbudsgivare som har lägst pris inom medelvärdet för samtliga anbuderna vinner upphandlingen. Den utvärderingen har förtydligats ytterligare för samtliga anbudsgivare.

vare genom handlingen "Frågor och svar". Bildas kommentar att kommunen kommer att få betala de högsta priserna för vissa yrkeskategorier är helt irrelevanta, då det inte finns någon kristallkula som visar vilken typ av tjänster som kommer att avropas under kontraktstiden.

DOMSKÄL

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Kommunen har i avsnitt 5.4 i förfrågningsunderlaget angett följande.

ANBUDESUTVÄRDERING, STEG 3

Anbudsutvärderingen omfattar följande moment och bedöms mot ställda skakrav. Begärda uppgifter enligt kvalificeringsfasen ska visa att anbudsgivaren har kapacitet och förmåga att genomföra uppdraget.

Uppfyllande av ställda skakrav

- Alla skakrav i bifogade svarsformulär ska ha besvarats med Ja utan reservationer.

Lägsta pris

- Anbudspris ska lämnas på samtliga delar i prisbilagan och med enhetspris per yrkeskategori. Här avses att endast ett pris kan lämnas per yrkeskategori.

Kommunen kommer att anta den anbudsgivare som uppfyller ovanstående kriterier och lämnat det lägsta priset.

Utvärdering

För utvärdering kommer Evaluera Pyramidmodellen (bifogas) att användas vilket innebär att samtliga enhetspriser slås samman och att medelvärdet av samtliga kvalificerade leverantörers priser beräknas. Procentavvikelse (+ -) 5 % kring medelvärdet ger maximal poäng. Är avvikelsen större sjunker den erhållna poängen.

Kommunen har i "Frågor och svar", på en fråga om hur slutpoängen räknas ut (ID: 11567), svarat följande.

1. Alla anbudsgivare ska uppfylla ställda skakrav.
2. De anbudsgivare som klarat 1 ovan går vidare till prisutvärderingen.
3. Samtliga kategoripriser summeras och ett medelvärde räknas ut för varje anbudsgivare.
4. Den/de anbudsgivare som har lägst medelpris i förhållande till medelvärdet för samtliga anbud + - 5 % går vidare till prisutvärderingen.

5. Den/de anbudsgivare som har lägst pris inom medelvärdet för samtliga anbudet vinner upphandlingen.

Bilda har gjort gällande att det för bolaget framstått som otydligt hur utvärderingen av anbudet skulle gå till med hänsyn till att kommunen i förfrågningsunderlaget angett att "lägsta pris" skulle antas samtidigt som det angetts att utvärdering skulle ske enligt den s.k. "pyramidmodellen". Vidare har Bilda anfört att kommunens utvärdering inte gjorts enligt förfrågningsunderlaget genom att varje yrkeskategori inte utvärderats för sig utan lämnade priser för de olika yrkeskategorierna i stället lagts samman till ett pris, vilket ställts mot övriga anbudsgivares priser.

Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Något hinder mot att den upphandlande myndigheten använder sig av en s.k. relativ utvärderingsmodell, där värderingen blir beroende av de ytterligare anbud som lämnas, föreligger därmed inte så länge kraven på lika-behandling, förutsebarhet och transparens är uppfyllda (jfr t.ex. domar av Kammarrätten i Stockholm den 10 mars 2010, mål 6724-09, och den 23 september 2010, mål 3772-10).

Högsta förvaltningsdomstolen har i sitt avgörande RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. att 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 15 kap. 16 § LOU framgår att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upp-

handlande myndigheten eller det anbud som har lägst pris. Förvaltningsrätten kan ha viss förståelse för Bildas invändningar mot förfrågningsunderlaget då kommunens användning av begreppet "lägsta pris" innebär viss risk för missförstånd. Emellertid anser förvaltningsrätten att det i vart fall efter kommunens förtydliganden i "Frågor och svar", måste ha stått klart för anbudsgivarna vilken utvärderingsmodell som valts och hur utvärderingen skulle gå till, t.ex. att varje leverantörs priser skulle summeras och ett medelvärde räknas ut för varje anbudsgivare. Kravet på transparens får därmed anses uppfyllt.

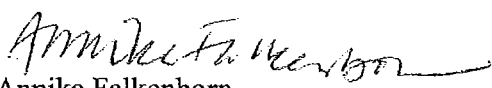
Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen gjort prisutvärderingen i enlighet med den valda utvärderingsmodellen och att den anbudsgivare som lämnat det enligt utvärderingsmodellen lägsta priset vunnit upphandlingen. Vad Bilda anfört visar inte annat än att samtliga anbudsgivare har behandlats och bedömts på samma sätt. Förvaltningsrätten delar också kommunens bedömning att varken kommunen själv eller Bilda kan veta på vilka av yrkeskategorierna det kommer att bli mest vakanser hos den ordinarie personalen.

Bilda har inte heller i övrigt anfört något som visar att kommunen åsidosatt någon bestämmelse i LOU.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det mot bakgrund av vad som anförts i målet inte finns förutsättningar för ingripande enligt LOU. Bildas ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten kan inte besluta om ersättning för rättegångskostnader varför detta yrkande från Bildas sida ska avvisas.

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


Annika Falkenborn

rådman

Föredragande har varit David Munck.



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 uppgive 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