



KLAGANDE
WEXWEX AB, 556735-1225

Ombud: Advokat David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Erik Dahlbergsallén 15
115 20 Stockholm

MOTPART
Nacka kommun
Upphandlingschef Per-Olof Andersson
131 81 Nacka

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 februari 2013 i mål nr 3539-13,
se bilaga A

SAKEN
Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår Nacka kommuns yrkande om att överklagandet ska avvisas.
2. Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att Nacka kommuns upphandling Personaluthyrningstjänster fastighetsförvaltning och byggprojektering KFKS 2012/683-050 ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

WEXWEX AB (bolaget) yrkar att kammarrätten ska besluta att Nacka kommuns upphandling Personaluthyrningstjänster, fastighetsförvaltning och byggprojektering KFKS 2012/683-050 ska göras om.

Nacka kommun (kommunen) bestrider bifall till överklagandet och yrkar att kammarrätten ska avvisa bolagets begäran om att upphandlingen ska göras om.

Bolaget vidhåller till stöd för sin talan vad det tidigare har anfört samt tillägger bl.a. följande. Förvaltningsrättens dom innebär ett rättfärdigande av att kringgå den uttryckliga regleringen i 15 kap. 16 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, om att anbud med lägst pris ska antas. En utvärdering enligt den s.k. pyramidmodellen innebär att medelvärdet av samtliga erbjudna priser styr vilket anbud som ska antas. Detta får till följd att vinnande anbudsgivare per se inte kan bli den anbudsgivare som erbjuder lägst pris. Anbud med lägst pris utesluts till förmån för anbud vars pris ligger nära genomsnittet. Upphandlande enhet väljer därmed att anta ett högre pris än marknadspris vilket snedvrider alla positiva effekter av en fri marknad.

Rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 avsåg upphandling med tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Avgörandet kan därför inte tillmätas någon betydelse i nu väckta frågeställningar.

Att en anbudsgivare inte har kännedom om vilka priser övriga leverantörer kommer att erbjuda i en upphandling är helt riktigt och nödvändigt för att säkerställa konkurrens på lika villkor. En kvalificerad anbudsgivare som lämnar anbud i en upphandling där tilldelningsgrund är lägsta pris är dock medveten om att ju lägre pris han kan prestera, desto troligare är det att han tilldelas kontraktet. När pyramidmodellen används rubbas denna

förutsättning. En anbudsgivare bör då inte prestera sitt lägsta möjliga pris utan uppskatta nivån av medelvärdet av alla erbjudna priser för att komma ifråga för tilldelning av kontraktet.

En sådan situation ger inget incitament till konkurrens eftersom uppskattat medelvärde alltid kommer att generera ett högre pris än lägsta pris. Om någon anbudsgivare erbjuder ett anbud som är mycket högre eller lägre i förhållande till uppskattat medelvärde kommer anbudsutvärderingen att ge ett förfelat resultat. I ett av bolaget skapat exempel enligt modellen sker tilldelning till det anbud som har näst högst pris och de lägsta anbuderna diskvalificeras på grund att ett anbud har ett mycket högt pris.

I uppdragsforskningsrapporten "En logisk fälla Relativ poängsättning av pris vid anbudsutvärdering i offentlig upphandling" Konkurrensverket (2009:12 s. 5), uttalar Anders Lunander bl.a. följande. "Det fundamentala problemet med en utvärderingsmetod som bygger på en relativ poängsättning av pris är att den bryter mot antagandet om att valet mellan två alternativ ska vara oberoende av förekomsten av ett irrelevant alternativ. Därmed kan metoden inte sägas uppfylla de krav vi ställer på en rationell beslutsmetod".

I de fall då den upphandlande myndigheten önskar undvika att anbud med onormalt lågt pris antas innehåller LOU reglering för att hantera detta.

Kommunen anser att metoden, genom att den bestämmer vad som är marknadspris, garanterar kommunen kvalitet. Bolaget bestrider att detta uppnås genom en godtycklig utvärdering och att kommunens synsätt tyder på att kommunen lägger in andra kriterier i utvärderingen än vad förfrågningsunderlaget ger uttryck för.

Kommunen hänvisar till tidigare yttrande i förvaltningsrätten anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

LOU:s grundläggande principer är inte ifrågasatta då det tydligt framgår hur utvärderingen ska gå till. Utvärderingen leder till att den som lämnat lägsta pris enligt redovisad prisutvärderingsmodell kommer att antas.

Utvärderingsmodellen är mycket tydlig och kan inte missförstås av anbudsgivarna. Det finns ingen tolkning i LOU om hur lägsta pris ska värderas utan det ska ske utifrån den utvärderingsmodell som valts. Modellen är inte godtycklig utan leder till att den som lämnat det bästa anbudet enligt pyramidmodellen erhåller kontraktet och konkurrensmomentet kvarstår.

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad som är marknadspris utifrån vald utvärderingsmodell. Kommunen anser att ett marknadspris är ett anbud som i sin helhet uppfyller alla ställda krav på kompetens och kapacitet etc. samt pris. Genom utvärderingsmodellen garanteras att antagen anbudsgivare levererar den kompetens, erfarenhet etc. som uppdraget kräver och som står i proportion till den tjänst/kategori som avropas, vilket också innebär att anbudsgivaren får en ersättning som står i relation till vad denne levererar.

I ett förfrågningsunderlag finns det utrymme för en viss skönsmässig utvärdering vilket alltid är fallet när det är fråga om relativa utvärderingsmodeller. Det är inte domstolens sak att göra en detaljerad prövning av utvärderingen utan att se till att principerna i LOU följs (Kammarrätten i Sundsvalls dom den 22 mars 2013 i mål nr 2130-12).

Bolaget kan varken lida eller komma att lida skada om det inte tilldelas kontraktet enligt vald utvärderingsmodell. Överklagandet ska därför avvisas.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för kammarrättens bedömning

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. Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att om den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att den leverantör som ansökt om överprövning lidit, eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78 har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat bl.a. följande. En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och urvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (se HFD 2012 ref. 48 I-II).

En förvaltningsdomstols överprövning enligt LOU tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (se Högsta förvaltningsdomstolens dom den 15 februari 2013 i mål nr 351-12).

En upphandlande myndighet ska sträva efter att utforma utvärderingsmodellen så förutsebart, matematiskt korrekt och likabehandlande som

möjligt och att sträva efter en modell som inte gör det möjligt för leverantörerna att manipulera densamma (Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, Andersson m.fl., 2013, s. 466).

Utredning i målet

I förfrågningsunderlaget punkt 5.4 Anbudsutvärdering steg 3 anges bl.a. följande.

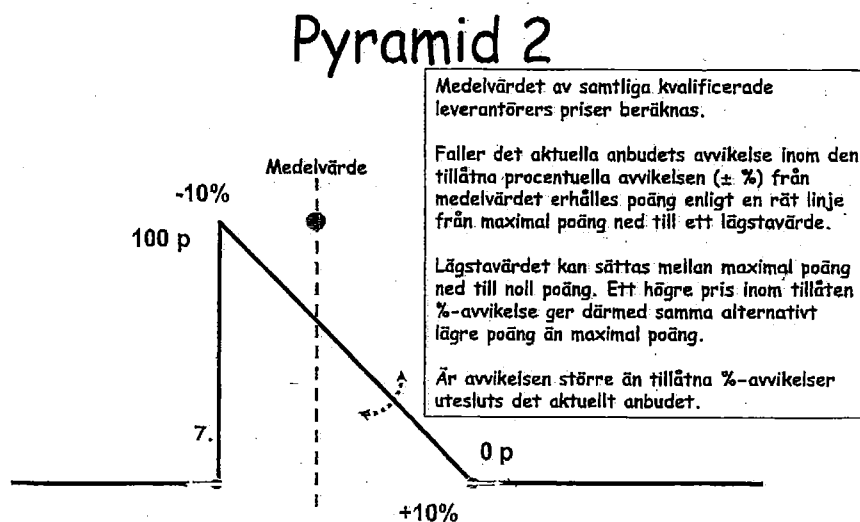
Alla skakrav i bilagda svarformulär ska ha besvaras med Ja utan reservationer.

Kommunen kommer att anta de/n anbudsgivare som uppfyller ovanstående kriterier och lämnat det lägsta priset.

För utvärdering kommer Evaluera Pyramid 2 modellen (bifogas) att användas vilket innebär att medelvärdet av samtliga kvalificerade leverantörers priser beräknas. Faller det aktuella anbudets avvikelse inom den tillåtna procentuella avvikelsen (plus/minus 10 procent) från medelvärdet erhålls poäng enligt en rät linje från maximal poäng ned till ett lägstavärde (sätts av köparen). Lägstavärdet kan sättas mellan maximal poäng ned till noll poäng. Ett högre pris inom tillåten procentavvikelse ger därmed samma alternativt lägre poäng än maximal poäng.

Är avvikelsen större än tillåtna procentavvikelser utesluts det aktuella anbudet.

Den s.k. Pyramid 2 modellen kan grafiskt beskrivas enligt följande:



Förutsättningar för sakprövning av målet

Kammarrätten konstaterar inledningsvis i likhet med förvaltningsrätten att den omständigheten att bolaget inte har lämnat anbud i upphandlingen inte utgör hinder för att ta upp bolagets talan till prövning med hänsyn till att det är förfrågningsunderlagets utformning som är ifrågasatt (jfr EU-domstolens avgörande C-230/02 Grossmann Air Service). Nacka kommuns yrkande att överklagandet ska avvisas ska därför avslås.

Pyramid 2-modellens förenlighet med LOU

Frågan i målet är om Nacka kommuns utvärderingsmodell "Pyramid 2-modellen" är förenlig med LOU och särskilt det unionsrättsliga kravet på öppenhet (transparens).

Kammarrätten konstaterar att pyramidmodellen i och för sig är matematiskt klar. Denna omständighet är emellertid inte tillräcklig för att kravet på öppenhet ska vara uppfyllt. Enligt EU-domstolens praxis gäller i detta avseende att förfrågningsunderlaget ska formuleras på ett sådant sätt att samtliga rimligt upplysta och normalt aktsamma anbudsgivare kan få kännedom om den exakta innebörden av tilldelningskriterierna och således kan tolka dem på samma sätt (C-368/10 Max Havelaar).

För de anbudsgivare som överväger att lämna anbud i upphandlingen är det inte förutsägbart hur anbudet ska utformas för att ha störst möjlighet att antas eftersom medelvärdet av de kvalificerade leverantörernas anbud är avgörande. Som angetts av bolaget finns det även en risk för att resultatet av upphandlingen kan manipuleras genom att mycket höga anbud höjer medelvärdet av anbudssummorna på ett sådant sätt att låga anbud faller utanför den tillåtna procentavvikelsen och därmed diskvalificeras.

I beskrivningen av pyramidmodellen anges att poängsättningen av de anbud

som faller inom ramen för den tillåtna procentavvikelsen sker i förhållande till ett lägstavärde som kan sättas mellan maximal poäng och lägsta poäng. Det framgår varken hur lägstavärdet ska beräknas eller om grunderna för denna beräkning är fastställda i förväg. Pyramidmodellen brister därför även i detta avseende i öppenhet och medför en risk för att kommunen kan påverka vilket anbud som ska antas genom att beräkna lägstavärdet på ett visst sätt.

Enligt modellen ska anbud vars pris faller utom ramen för tillåtna procentavvikelser uteslutas. LOU ger emellertid endast utrymme för att utesluta ett anbud på grund av dess pris när det är fråga om s.k. onormalt låga anbud och då med iakttagande av det särskilda förfarande som är angivet i 12 kap. 3 § LOU. En sådan förbehållslös uteslutning av anbud med ett mer än tio procent lägre pris än genomsnittspriset som pyramidmodellen föreskriver saknar således stöd i LOU.

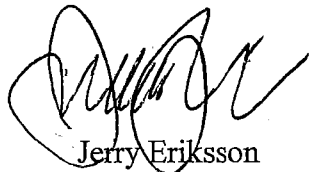
Utifrån ovanstående bedömer kammarrätten att pyramid 2-modellen i sin helhet uppvisar sådana brister att den inte kan anses uppfylla LOU:s krav på bl.a. öppenhet. Det utrymme för skönsmässighet från upphandlande myndighets sida som följer av Högsta förvaltningsdomstolens ovan redovisade praxis får därmed anses ha överskridits.

Fråga om bolaget har lidit skada

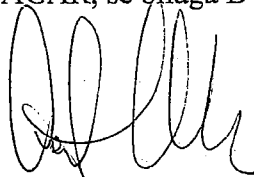
Beslut om åtgärd får enligt 16 kap. 6 § endast ske om leverantören lidit eller riskerar att lida skada på grund av en överträdelse av LOU eller unionsrätten. Med hänsyn till att bristen avsett en sådan grundläggande del i förfrågningsunderlaget som utvärderingsmodellen för tilldelning av kontakt anser kammarrätten att bolaget visat att det s.k. skaderekvisitet är uppfyllt. Förutsättningarna för att besluta om åtgärd är därför uppfyllda.

Med hänsyn till att upphandlingen brister i det konkurrensuppsökande skedet ska den göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



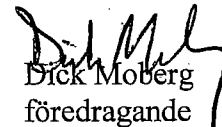
Jerry Eriksson
lagman
ordförande



Cecilia Landelius
kammarrättsråd
referent



Karin Nilsson Edin
kammarrättsråd



Dick Moberg
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2013-02-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3539-13

SÖKANDE

WEXWEX AB, 556735-1225

Ombud: Advokat David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Erik Dahlbergsallén 15
115 20 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
Inköpsenheten
131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nacka kommuns yrkande att ansökan om överprövning ska avvisas.

Förvaltningsrätten avslår WEXWEX AB:s ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 328197

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		

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (nedan kommunen) genomför en upphandling som gäller personaluthyrningstjänster m.m. (KFKS 2012/683-050).

WEXWEX AB (nedan bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Anbudsgivare med lägst pris kommer inte att antas på grund av hur utvärderingsmodellen har utformats. I stället kommer tilldelning ske utifrån vilken avvikelse de inkomna anbuden har i förhållande till medelvärdet av samtliga erbjudna priser i upphandlingen.

Kommunen yrkar att ansökan om överprövning ska avvisas och bestrider i övrigt bifall till ansökan om överprövning. Kommunen anför i huvudsak följande. Tiden för att lämna anbud har gått ut och bolaget har inte lämnat något anbud. Det kan därför inte lida skada. Av förfrågningsunderlaget (punkt 5.4) framgår tydligt vad som avses med lägsta pris. Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, definierar inte vad som avses med lägsta pris utan det är lägsta pris utifrån utvärderingsmodell som valts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada kan ansöka om överprövning (jfr 16 kap. 4 § LOU). Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan själva utformningen i förfrågningsunderlaget ha medfört att bolaget ansett sig diskriminerat och därför avstått från att lämna anbud i upphandlingen. Det krävs därför inte att bolaget har gett in anbud i den aktuella upphandlingen för att få talerätt. Förvaltningsrätten avslår därför kommunens yrkande att ansökan om överprövning ska avvisas.

Frågan som förvaltningsrätten ska ta ställning till är om det på grund av vad bolaget har anfört – att kommunen har förbisett tilldelningsgrunden lägsta pris genom att använda sig av en felaktig utvärderingsmodell samt att förfrågningsunderlaget inte är transparent då utvärderingsmodellen inte går att utläsa – finns skäl för förvaltningsrätten att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU.

Rättsliga förutsättningar

Det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör emellertid att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat utöver beaktande av de grundläggande principerna. EU-domstolen har uttalat att förfrågningsunderlag och tilldelningskriterier ska vara utformade på så sätt att alla normalt omsorgsfulla och rimligt informerade leverantörer kan tolka dem på samma sätt (mål C-19/00 SIAC Construction).

Vid tilldelning av kontrakt i en offentlig upphandling kan upphandlande myndighet fritt välja mellan två olika tilldelningsgrunder för antagande av anbud – det/de anbud som har lägst pris eller det/de anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (se 15 kap. 16 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har i aktuell upphandling angett tilldelningsgrunden lägsta pris och har för att komma fram till lägsta pris valt en utvärderingsmodell som de kallar pyramidmodellen. Av punkten 5.4 samt bilaga till förfrågningsunderlaget framgår, enligt förvaltningsrättens bedömning, klart och tydligt vilken utvärderingsmodell som kommunen valt och hur utvärderingen kommer att gå till. Alla rimligt införmerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare borde ha kunnat tolka och förstå den beskrivna utvärderingsmodellen. Det förhållandet att kommunen angett lägsta pris som tilldelningsgrund påverkar inte bedömningen. Kommunen har därför inte, genom sitt förfrågningsunderlag, brutit mot transparensprincipen. Eftersom förvaltningsrätten inte anser att den nu aktuella utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot kraven i LOU kan bolaget inte anses ha lidit någon skada. Förvaltningsrätten avslår därför bolagets ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1a LOU).

Kaija Hultquist

Kaija Hultquist

Rådman

Cornelia Andersson har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.