



SÖKANDE

BN Måleri & Golv Aktiebolag, 556248-5796
Sjögatan 11
891 60 Örnsköldsvik

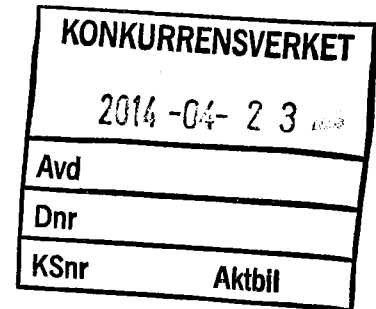
Ombud: Advokaten Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten finner inte skäl för ingripande med anledning av ansökan om överprövning från BN Måleri & Golv Aktiebolag avseende entreprenadområde E2 Örnsköldsvik.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget Västernorrland upphandlar genom öppet förfarande ramavtal avseende underhållsarbeten och ombyggnader (dnr 13LS1557). Upphandlingen avser sex olika entreprenadområden; bygg (E1), måleri (E2), golv (E3), värme och sanitet (E4), ventilation (E5) och el (E6). För varje ramavtalsområde ska tre avtal tecknas för vart och ett av de geografiska områdena Medelpad (Ånge, Sundsvall och Timrå), Ådalen (Härnösand, Sollefteå och Kramfors) och Örnsköldsvik. Tilldelningsgrund är lägsta pris.

Avseende entreprenadområde E2 Örnsköldsvik har tre kvalificerande anbud kommit in. Avtalet för det aktuella entreprenadområdet har tilldelats företaget Nybergs Bygg och Måleri, före Renmarks Måleri Aktiebolag och BN Måleri & Golv Aktiebolag.

BN Måleri & Golv Aktiebolag (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen i den del som avser måleri i Örnsköldsvik och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som skäl för sin ansökan anför bolaget i huvudsak att utvärderingsmodellen inte är ägnad att säkerställa ett rättvisande resultat vilket strider mot principerna om transparens och likabehandling. Om upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU skulle bolaget ha kunnat komma in med ett anbud som baserats på helt andra förutsättningar och därvid antas som leverantör för delområdet. Bolaget riskerar således att lida skada i den mening som avses i LOU.

Landstinget bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

I upphandlingens administrativa föreskrifter anges att utvärderingen sker enligt principen om lägsta pris. Vidare framgår att anbudsgivaren i sitt anbudsformulär ska ange bl.a. timkostnaden för arbetare samt material och varor. Av anbudsformuläret för delområde E2 Målning framgår i punkt 3

(geografiskt område Örnsköldsvik) vilka timkostnader och procentpåslag som anbudsgivare ska ange i upphandlingen. Vidare framgår att en nettoprislista avseende material ska bifogas. I punkt 5 i anbudsskissen anges bl.a. att vid anbudsutvärderingen kommer en total fiktiv anbudssumma att användas baserat på de timpriser och procentpåslag som lämnats i anbudet, enligt en formel som anges i punkt 5. Varje timpris och procentpåslag multipliceras med en på förhand angiven fiktiv faktor (t.ex. ska procentpåslaget för material och varor ur nettoprislista multipliceras med den fiktiva summan 300 000 kr). Summan av dessa delbelopp utgör det totala utvärderingspriset i upphandlingen.

En stor del av det som anbudsgivaren tar betalt för i upphandlingen hänförs till material och varor (dvs. inte arbetskostnader). Med utgångspunkt i de anbudspriser som kommit in i upphandlingen och de fiktiva priserna/volymer som Landstinget själva angivit i utvärderingsmodellen kan konstateras att det fiktiva priset för material och varor utgör ca 40 procent av de totala kostnaderna i upphandlingen. Det är självklart att de olika anbudsgivarnas materialpriser kan skilja sig åt i stor utsträckning och att frågan om vilket anbud som ger den lägsta totalkostnaden för Landstinget till stor del beror på vem som har offererat de lägsta materialpriserna. Utvärderingsmodellen utgår från ett procentpåslag på de materialpriser som anges. Detta procentpåslag beräknas emellertid inte på de materialpriser som varje anbudsgivare anger utan på ett fiktivt belopp (300 000 kr), vilket är detsamma för alla anbudsgivare. Materialpriserna utvärderas inte i något annat avseende. Utvärderingsmodellen innebär att det inte har någon som helst betydelse för utvärderingens utgång vilka materialpriser som anbudsgivaren offererar. Nedan anges ett exempel på vilken effekt utvärderingsmodellen kan få:

Anbudsgivare 1

Totala materialpriser enligt listan:	1 000 000 kr
Procentpåslag på materialpriserna:	5 %
Fiktivt belopp varpå procentpåslaget beräknas:	300 000 kr
Utvärderingsvärde avseende material:	15 000 kr

Anbudsgivare 2

Totala materialpriser enligt listan:	50 000 kr
Procentpåslag på materialpriserna:	5 %
Fiktivt belopp varpå procentpåslaget beräknas:	300 000 kr
Utvärderingsvärde avseende material:	15 000 kr

Ovanstående exempel visar att trots att Anbudsgivare 1 har 20 gånger så höga materialpriser som Anbudsgivare 2, så får de exakt samma utvärderingsvärde för material (förutsatt att de har angivit samma procentpåslag). I själva verket medför denna modell att materialpriserna inte utvärderas alls vilket i sin tur medför att det inte kan säkerställas att ett rättvisande resultat uppnås eller att anbudet med det lägsta priset verkligen antas (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1336-13).

Om utvärderingsmodellen hade tagit hänsyn till anbudsgivarnas olika materialpris och säkerställt ett rättvisande resultat skulle bolaget ha kunnat lämna ett anbud baserat på helt andra förutsättningar och hade därefter kunnat antas som leverantör i upphandlingen. Hur bolagets och övriga anbudsgivares anbud hade sett ut med en utvärderingsmodell som varit förenlig med LOU kan inte bedömas utan att veta hur en sådan utvärderingsmodell sett ut. Dock kan sägas att om nettopriserna hade utvärderats i någon mån hade förhållandet mellan anbudsgivarnas nettopriser fått betydelse för upphandlingens utgång och därmed givetvis för anbudens utformning. Bolaget har därför riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § första stycket LOU.

Landstinget

Nettoprislistan som efterfrågas i upphandlingen speglar de prisvillkor som respektive leverantör har fått hos sin grossist. Om en leverantör har förhandlat sig till goda prisvillkor hos grossisten kan det antas påverka pris-

sättningen när han sammanställer sitt anbud. Nettoprislistan och ett eventuellt procentpåslag i anbudet på priserna i prislistan är två konstanter under avtalets löptid; om en leverantör betingar säg 0, 4 eller 10 procent påslag gör han det inte bara på det fiktiva beloppet 300 000 kr som används i anbudsutvärderingen utan på hela sitt sortiment i nettoprislistan. Omständigheter av detta slag innebär att det är felaktigt att påstå att materialpriserna i nettoprislistan saknar betydelse för utvärderingen. Nettoprislistorna som sådana används visserligen inte vid utvärderingen men uppgifterna i nettoprislistorna har direkt påverkan på vilket procentpåslag och därmed också utpris på material och varor som leverantörerna betingar sig i sitt anbud.

Enligt Landstingets uppfattning speglar utvärderingsmodellen relativt väl kostnadsproportionerna vid målerientreprenader. Landstinget bestrider att material och varor utgör 50 procent av den totala kostnaden vid anskaffning enligt ramavtal för måleri. Material- och varupriserna har således inte sådan stor betydelse för utfallet av utvärderingen som bolaget gör gällande.

Landstinget medger att utvärderingsmodellen uppvisar vissa brister som anbudsgivarna kunnat dra nytta av. Till den krets som dragit nytta av den påtalade bristen hör dock bolaget. Bolaget har i sitt anbud angett 0 procent påslag på material och varor men bolaget tilldelades ändå inte kontraktet pga. att de lämnat högre priser än övriga anbudsgivare. Ingen annan anbudsgivare har dragit nytta av bristen på bolagets bekostnad. Bolaget kan mot den bakgrunden inte anses ha lidit skada på grund av den påtalade bristen i utvärderingsmodellen. Den omständigheten att bolaget måhända hade kunnat lämna ett bättre anbud med en annan utvärderingsmodell ligger utanför skadebedömningen enligt 16 kap. 6 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har denna dag genom dom i mål nr 3242-13 bestämt att upphandlingen i den del som avser entreprenadområde E2 Örnsköldsvik ska rättas på så sätt att anbudet från Nybergs Bygg och Måleri NBM inte

ska beaktas vid ny utvärdering. Förvaltningsrätten finner dock skäl att ändå pröva bolagets invändningar i sak.

Bestämmelser

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).

En upphandlande myndighet ska antingen anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset (12 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har 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 (16 kap. 6 § LOU).

Utredningen i målet

Av anbudsformulär E2 framgår att anbudsutvärderingen ska ske på följande sätt.

Vid anbudsutvärderingen kommer en total fiktiv anbudssumma, för varje delavtal var för sig, att räknas ut med hjälp av i anbud lämnade à-priser och procentpåslag på följande sätt:

Formel: Total fiktiv anbudssumma = A2*A3 + B2*B3 + C2*C3 + D2*D3 + E2*E3

	1. Kategori	2. Anbud	3. Fiktiv faktor	4. Summa (SEK)
A	Yrkesarbetare målare (Timkostnad för arbete utfört 07:00-16:00 vardagar)	SEK/tim	1 000 tim	X

B	Procentpåslag för arbete (16:00-07:00 vardagar)	%	10 000 SEK	X
C	Procentpåslag för arbete (helger inkl. lö/sö)	%	10 000 SEK	X
D	Material och varor ur netto- prislista	%	300 000 SEK	X
E	Samordning av underentre- prenör	%	50 000 SEK	X
FAs	Fiktiv anbudssumma			X

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget gör gällande att Landstingets utvärderingsmodell inte säkerställer att anbudet med lägsta pris antagits på grund av att utvärderingsmodellen inte tar hänsyn till kostnaderna för material och varor.

Frågan i målet är om det finns skäl för ingripande enligt LOU med hänsyn till vad bolaget anfört om att den valda utvärderingsmodellen inte är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som har lägst pris antas.

Det är i målet ostridigt att en tillämpning av utvärderingsmodellen medför att priset på varor och material inte beaktas utan det är enbart det procentpåslag som anbudsgivaren har på sitt material som beaktas vid utvärderingen. Bolaget gör gällande att priset på varor och material utgör omkring 40 procent av upphandlingens värde baserat på de anbudspriser som kommit in i upphandlingen och de fiktiva priser/volymer som Landstinget själva angivit i utvärderingsmodellen. Enligt bolaget medför en tillämpning av utvärderingsmodellen att en stor del av upphandlingen helt saknar värde vid bedömningen av om vem som ska tilldelas kontaktet. Landstinget har härvid invänt att material- och varupriserna inte har en så stor betydelse för utfallet av utvärderingen som bolaget gör gällande. Oavsett den exakta fördelningen mellan material och arbete anser förvaltningsrätten att det får

anses sannolikt att varor och material kommer utgöra en inte oväsentlig del av upphandlingens värde.

Om utvärderingsmodellen följs innebär det att priset för varor och material inte kommer att utvärderas utan enbart det procentpåslag som anbudsgivaren har på sitt material. En tillämpning av utvärderingsmodellen innebär således att en inte oväsentlig del av upphandlingen inte kommer att värderas vid bedömningen av vem som ska tilldelas kontrakt. Frågan är om ett sådant förfarande är förenligt med bestämmelsen om tilldelningskriteriet lägsta pris i 12 kap. 1 § första stycket 1 LOU.

Av praktiska skäl har den upphandlande myndigheten ett relativt stort utrymme att göra urval av vilka poster som ska utvärderas. Högsta förvaltningsdomstolen har i ett avgörande uttalat 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. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att 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 och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt anses. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (RÅ 2002 ref. 50).

Först kan konstateras att resultatet i detta fall inte är så uppenbart felaktigt som i det avgörande av Kammarrätten i Göteborg som återopats av bolaget (mål nr 1336-13, dom den 8 juli 2013). I det nämnda avgörandet hade den upphandlande myndigheten valt att tillämpa tilldelningskriteriet lägsta pris men beslutat att endast priset för arbete, som värdemässigt utgjorde 20 procent av upphandlingen, skulle utvärderas vilket ledde till att den leverantör som hade lägst totalpris inte tilldelades kontraktet.

Vad gäller den utvärderingsmodell som Landstinget har använt anser förvaltningsrätten att den är tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget och den har också tillämpats på det sätt som beskrivits i förfrågningsunderlaget. Bedömningen av vilket anbud som ger lägst pris ska göras utifrån den upphandlande myndighetens perspektiv, och myndigheten har stor frihet att välja vilka kriterier man tänker använda vid utvärderingen. Som nyss nämnts har utvärderingsmodellen inte heller lett till något sådant uppenbart felaktigt resultat som var fallet i det ovan nämnda kammarrättsavgörandet.

Kammarrätten i Göteborg har i ett annat avgörande (mål nr 2759-12) ansett att den omständigheten att en utvärderingsmodell inte beaktat eventuella tillkommande kostnader visserligen medförde att kommunen kunde drabbas av kostnader under kontraktstiden som man enligt vald utvärderingsmodell inte kunnat beakta vid utvärderingen. Detta medförde dock inte att modellen som sådan strider mot 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som nu nämnts att utvärderingsmodellen inte kan anses vara utformad på ett sådant sätt att den inte är ägnad att ge ett rättvisande resultat och att principerna om likabehandling och transparens har tillgodosetts genom användandet av utvärderingsmodellen. Ansökan kan därför inte bifallas på denna grund.

Även om den aktuella utvärderingsmodellen skulle anses strida mot LOU kan enligt förvaltningsrättens mening bolaget inte anses ha lidit skada av denna brist.

Med beaktande av den åberopsbörd som får anses föreligga i upphandlingsmål, där dispositionsprincipen är starkt uttalad, får det i första hand ankomma på sökanden att på ett tydligt sätt klargöra varför och på vilket sätt omständigheter i målet är sådana att det i lagen föreskrivna skaderekvisitet är uppfyllt (jfr RÅ 2009 ref. 69). När ett påstått fel i upphandlingen, vilket är fallet i aktuellt mål, är av sådant slag att det har påverkat det konkur-

rensuppsökande skedet, kan sökandens skada förvisso vara mer abstrakt beskriven. Det är således tillräckligt att sökanden kan visa att felet har påverkat det sätt på vilket leverantören har utformat anbudet och att leverantören, om felet inte förelåg, hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud (jfr Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling [1 juli 2013, Zeteo], kommentaren till 16 kap. 6 §).

I förevarande mål har bolaget till stöd för att skaderekvisitet är uppfyllt, i allt väsentligt, anfört att bolaget hade kunnat komma in med ett anbud som baserats på helt andra förutsättningar om upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU och att bolaget därefter hade kunnat antas som leverantör för delområdet. Vad gäller detta påstående kan förvaltningsrätten konstatera att det ligger i sakens natur att en anbudsgivare kan lämna ett nytt anbud om en upphandling görs om, vilket också mycket möjligt, skulle kunna medföra att det nya anbudet är bättre än det tidigare anbudet vilket i sin tur skulle kunna leda till att anbudet antas. Enbart denna omständighet medför dock inte att bolaget kan anses ha visat att skaderekvisitet i LOU är uppfyllt.

Bolaget gör även gällande att bolaget inte har kunnat konkurrera med sina priser på varor och material i utvärderingen. Av utvärderingsmodellen framgår dock att någon utvärdering av material och priser inte kommer att ske. Vad som däremot framgår är att utvärderingen ska göras bl.a. utifrån anbudsgivarnas priser på arbetskostnader och prispåslag på material och varor. Liksom landstinget gör gällande kan förvaltningsrätten konstatera att bolaget i sitt anbud här har angett 0 procent påslag på material och varor men att bolaget ändå inte tilldelades kontraktet eftersom det lämnat högre priser på arbetskostnaderna än övriga anbudsgivare. Omständigheten att bolaget angett 0 procent påslag på material och varor tyder enligt förvaltningsrättens mening snarare på att bolaget har dragit nytta av den påstådda bristen i förfrågningsunderlaget än lidit skada till följd här av. Det har inte heller fram-

kommit att någon annan anbudsgivare har dragit nytta av bristen på bolagets bekostnad.

Bolaget kan, i synnerhet när den upphandlande myndigheten bestrider skada, inte anses ha visat att skaderekvisitet är uppfyllt. Det kan enligt förvaltningsrättens mening inte heller anses uppenbart att bolaget åsamkats sådan skada som bör medföra att ett ingripande från förvaltningsrättens sida framstår som påkallat.

Sammantaget finner förvaltningsrätten således att bolaget inte har anfört någon omständighet som gör att upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller de gemenskapsrättsliga principer som bär upp lagen. Därmed saknas förutsättningar för ett ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning och yrkande om att upphandlingen ska göras om ska därför avslås.

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



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredraganden Lina Rosin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 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.