



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2013-06-28
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 12764-13

KLAGANDE

Interoc Fasad AB, 556871-2243
 Mariehällsvägen 44
 168 65 Bromma

Ombud: Karl Nilsson
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

MOTPART

Locum AB, 556438-7909
 Box 17201
 104 62 Stockholm

Ombud: Advokat Joel Gustafsson och Jur.kand. Christian Martinsson
 MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
 Box 11918
 404 39 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling



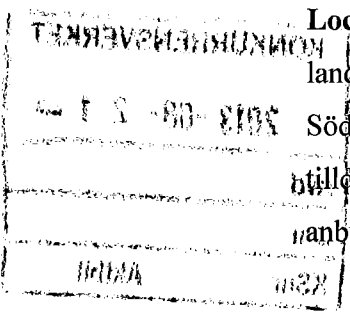
FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Dok.Id 367662

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

 **Locum AB** (nedan Locum) genomför en upphandling för Stockholms läns landstings räkning avseende fasadrenovering och fönsterbyte på Södersjukhuset i Stockholm (LOC 1302-0511). Locum har i ett tilldelningsbeslut den 17 maj 2013 beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Interoc Fasad AB (nedan Interoc).

Interoc yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Den utvärderingsmodell som Locum har tillämpat i upphandlingen ger ändrings- och tillägsarbeten (ÄTA) ett oproportionerligt stort genomslag i utvärderingen av det fiktiva priset i förhållande till vad som i verkligheten kommer att upphandlas. Utvärderingsmodellen säkerställer därför inte att den leverantör som i realiteten kan erbjuda lägst pris antas. Upphandlingen strider därför mot principerna om proportionalitet och transparens i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Enligt utvärderingsmodellen ska anbudsgivarnas offererade à-priser multipliceras med 12 000 timmar vilket har inneburit att priset för ÄTA har utgjort ca 133 procent av det fasta priset hos den vinnande leverantörens anbud respektive 153 procent hos Interoc's anbud. Generellt sett i byggbranschen räknar man dock med att ca 10 procent ÄTA utöver kontraktssumman. Den entreprenad som Locum upphandlar är till sin karaktär förhållandevis enkel. Entreprenadområdet är begränsat till fasaden och den yta som ska putsas är tydligt beskriven. Antalet fönster som ska bytas är entydigt beskriven i förfrågningsunderlaget. Detta innebär rimligtvis att en utvärderingsmodell där utvärderingsgrunden är lägsta pris så långt det är möjligt ska stämma överens med förutsättningarna som anges i förfrågningsunderlaget. I enlighet härmed bör ÄTA-arbeten utgöra

en liten del av skillnaden mellan kontraktssumman och entreprenadsumman. Hade det istället varit på så vis att det rådde en viss osäkerhet över entreprenadområdet eller antal fönster som skulle bytas skulle ÄTA-arbetena kunna bli mer omfattande. Det antal timmar som à-priserna för de olika yrkeskategorierna har multiplicerats med står således inte i rimlig proportion till de antal timmar som normalt aktualiseras för en entreprenad av detta slag. Till stöd för denna bedömning hänvisas till en upphandling avseende fasadrenovering som genomfördes 2007 och som av volymen att döma måste ha uppgått till ett avsevärt högre kontraktsvärde än i nu aktuell upphandling. I denna upphandling angavs dock mätverkena till 6 700 arbetstimmar och 4 000 000 kr i materialkostnad. Detta kan jämföras med de mätvärden som nu är aktuella om 10 000 timmar och en materialkostnad om 3 000 000 kr.

Locum har även vid beräkningen av kostnaderna för material, underentreprenör och hjälpmedel använt en felaktig formel vilket lett till att lämnade procentpåslagen för de olika kostnaderna fått ett oproportionerligt stort genomslag i utvärderingen.

Interoc ifrågasätter inte anbudsgivarnas möjlighet att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse i utvärderingen. Genom att ÄTA har fått ett orimligt stort genomslag i utvärderingen har anbudsgivare vid sin prissättning inte kunnat lämna priser utifrån verkliga förutsättningar utan tvingats lämna priser som resulterat i ett så lågt fiktivt anbudspris som möjligt. På så sätt har anbudsgivarna förbundit sig till priser som inte är anpassade till volymen av de verkliga arbeten som ska utföras inom ramen för entreprenaden, vilket inte kan anses vara förenligt med transparensprincipen.

Interoc har lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada av detta eftersom bolaget hade haft möjligheter att tilldelas kontraktet om Locum i

utvärderingsmodellen rätteligen hade angett timmar och kostnader som stått i rimlig proportion till de ÄTA-arbeten som normalt aktualiseras för en entreprenad av detta slag. Anbudsgivarnas priser skulle då ha sett annorlunda ut och det kan inte uteslutas att bolaget då hade tilldelas kontraktet.

Locum bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Locum har genomfört upphandlingen i enlighet med de principer som följer av 1 kap. 9 § LOU och även i övrigt i enlighet med LOU. Det stämmer inte att ÄTA har fått ett orimligt stort genomslag i utvärderingsmodellen. Angiven omfattning bygger på Locums erfarenhet av tidsåtgång för redan genomförda arbeten av fasadrenovering och fönsterbyte på Södersjukhuset samt en uppskattad beräkning av antalet timmar för genomförande av nu aktuell upphandling. Det saknar vidare betydelse vilken av de båda formlerna för beräkning av procentpåslag som har använts. Resultatet blir ändå detsamma. Utvärderingsmodellen karaktäriseras av öppenhet och förutsebarhet och har tillämpats lika för alla anbudsgivare. Utvärderingsmodellen är utformad på så sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare förstår den på samma sätt. Genom den tillämpade utvärderingsmodellen har Locum säkerställt att det anbud med lägst pris för genomförande av upphandlingen har antagits. Utvärderingen har genomförts på objektiva grunder och i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget, varför grund för ingripande mot upphandlingen saknas. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens 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 (transparensprincipen). 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.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (Högsta förvaltningsdomstolens dom den 15 februari 2013 i mål nr 351-12). 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 utvärderingsmodeller 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 (RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Som huvudprincip krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter talan grundas på (RÅ 2009 ref 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Proportionalitetsprincipen

Förvaltningsrätten prövar först om ÄTA har getts ett oproportionerligt stort genomslag i utvärderingen i strid mot proportionalitetsprincipen.

Locum har i aktuell upphandling angett tilldelningsgrunden lägsta pris och har för att komma fram till lägsta pris valt en utvärderingsmodell där anbudsgivarna har fått lämna dels ett fast pris och dels ett pris på ÄTA.

Locum har därefter lagt samman dessa båda poster och räknat ut ett fiktivt anbudspris i enlighet med de anbud som anbudsgivarna har lämnat. I ÄTA ingår å-priser för respektive yrkeskategori om totalt 12 000 timmar. Vidare ingår kostnader för material, underentreprenader och övriga hjälpmedel samt procentpåslag på dessa kostnader.

Förvaltningsrätten vill framhålla att det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov. Så länge det står i överensstämmelse med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen, står det också myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget i enlighet med det som myndigheten anser mest ändamålsenligt. En generell effekt av proportionalitetsprincipen är att krav ska anpassas efter sina syften. Om det finns ett annat och mindre ingripande sätt att uppnå syftet med kravet, ska detta mindre ingripande sätt användas. Den upphandlande myndigheten har dock alldeles klart ett utrymme inom vilken den kan agera i förhållande till proportionalitetsprincipen (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5795-10).

Enligt Locum har utvärderingsmodellen utformas dels utifrån Locums tidigare erfarenheter av tidsåtgång för arbeten av fasadrenovering och fönsterbyte på Södersjukhuset, dels utifrån en uppskattning av antalet timmar för genomförande av nu aktuell upphandling vad gäller fasadrenovering och fönsterbyte på Södersjukhuset. Även med beaktande av det som Interoc har anfört om branschpraxis m.m. ger det som anförs i ansökan inte anledning att närmare ifrågasätta Locums beräkningar i denna del. Förvaltningsrätten anser istället att vad Locum har anfört och vad som i övrigt framkommit i målet om ÄTA:s genomslag i utvärderingen, med hänsyn till upphandlingens art och värde, inte är mer långtgående än vad som är nödvändigt i förhållande till det som ska upphandlas. Med beaktande av de negativa konsekvenser som ett lägre genomslag för ÄTA i

utvärderingen skulle kunna få för Locum, i form av merkostnader, får kravet snarare anses väl avvägt. Eftersom syftet med utvärderingsmollen således är att det fiktiva priset i så stor utsträckning som möjligt ska motsvara det verkliga priset saknar det procentuella förhållandet mellan ÄTA-priserna och det fasta priset också betydelse för bedömningen. Inte heller valet av beräkningssätt vid beräkningen av procentpåslag på materialkostnader m.m. synes få någon reell inverkan på resultatet av utvärdering.

Utifrån det som Locum har anfört och vad som i övrigt har framkommit i utredningen i målet gör förvaltningsrätten bedömningen att priset för ÄTA inte har fått ett oproportionerligt stort genomslag i utvärderingen. Skäl att ingripa mot upphandlingen på den grunden att utvärderingsmodellen strider mot proportionalitetsprincipen finns därför inte.

Transparensprincipen

Förvaltningsrätten övergår härefter till att pröva om utvärderingsmodellen står i strid med principen om transparens. Interoc har i denna del anfört att eftersom utvärderingsmodellen, enligt Interoc, inte motsvarar det faktiska priset är det fiktiva pris som leverantörerna lämnat i anbudet är missvisande. Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget klart och tydligt framgår hur beräkningen av det fiktiva priset kommer att gå till. Vilka priser leverantörerna därefter väljer att lämna och vilka ekonomiska överväganden som ligger till grund för anbuden är dock leverantörernas ensak och inte något som den upphandlande myndigheten kan göras ansvarig för. I målet har inte heller anförts att förfrågningsunderlaget i övrigt skulle vara otydligt eller att det på grund av bristande transparens skulle vara svårt för leverantörerna att förutse utfallet vid utvärderingen. Skäl att ingripa mot upphandlingen på den grund att

utvärderingsmodellen striden mot principen om transparens finns har därmed inte framkommit.

Skada

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).

Frida Niklasson
Förvaltningsrättsfiskal

Cindra Lindblom har föredragit målet.