



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-07-13
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6022-11 E
Enhet 2:1

SÖKANDE
Osvel AB, 556675-6390
Öjersbovägen 7
434 99 Kungsbacka

MOTPART
Mölnåls Stad
431 82 Mölnåls

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

KONKURRENSVERKET
2011-07-13
Avd
Dnr
Doss

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 94121

PoStadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
09:00-15:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****BAKGRUND**

Mölnads Stad genomför en upphandling med ett öppet förfarande av ramavtal avseende Hantverkstjänster – elarbeten, dnr 79-2011.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 27 maj 2011 framgår att Mölnads Stad har valt att teckna avtal med andra leverantörer än Osvel AB.

YRKANDE M.M.

Osvel AB ansöker om överprövning av upphandlingen och anför följande. Mölnads Stad har brutit mot LOU och den grundläggande unionsrättsliga proportionalitetsprincipen. I anbudsunderlaget ingick en bilaga C, Produktlista, som vid revidering kompletterades med en ny bilaga C med justerade priser. Bilaga C är prissatt med priser hämtade från Göteborgs Stads ramavtal med leverantören STOREL, som tillhandahåller el-material. Produktlistans priser är baserade på att Göteborgs Stad inhandlar material för minst 30 miljoner kronor per år. Nu används samma prislista, som ingen elleverantör som har materialinköp understigande 30 miljoner kronor kan inhandla till. Detta gör att små och medelstora firmor lider skada och diskrimineras. Nu aktuellt ramavtalet för Mölnads Stad omfattar dels kategori A om cirka 1,4 miljoner kr, dels kategori B om 0,6 miljoner kr. Användandet av bilaga C strider mot proportionalitetsprincipen. – Mölnads Stad har tillåtit ett procentpåslag på de priser som anges i bilaga C men begränsat detta till 25 procent. Påslag därutöver beaktas inte. Detta medför att man inte tillåts kompensera för högre inköpspriser än vad som tillåts som försäljningspriser med ett högre påslag, eftersom Mölnads Stad villkorar ramavtalsleverantörernas möjliga försäljningspris. Detta förförande får anses strida mot LOU och unionsrättsliga principer. Bolaget har lidit skada av förfarandet. – Bolaget ifrågasätter sålunda om det är ändamålsenligt och relevant att använda en prissatt materiallista som är ämnad för Göteborgs

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Stad med flera kommuner och om denna lista med ett förutbestämt högsta prispåslag kan anses vara proportionerlig och om inte ett sådant förfarande diskriminerar små och medelstora firmor.

Mölnads Stad yrkar att bolagets ansökan om överprövning ska avslås och anför följande. Mölnads Stad har upphandlat ramavtal för löpande elarbeten. Osvel AB har lämnat in ett anbud men har inte tilldelats ramavtal, då bolaget inte varit bland de fyra som lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Bolaget har under pågående avtalsperiod varit ramavtalsleverantör till Mölnads Stad och har haft övervägande del av sin omsättning genom detta ramavtal. – *Prissättning på marknaden* Vid upphandling av löpande underhållsarbeten uppstår alltid frågan om hur man väljer de mest rättvisande och för den upphandlande myndigheten fördelaktigaste utvärderingskriterierna. Oftast baseras utvärderingen på timpris och därtill kan komma andra utvärderingskriterier. Genom att jämföra timpriser får man en viss uppfattning om vilken anbudsgivare som kan erbjuda de förmånligaste villkoren för den inköpande organisationen. Timpris är dock endast en del av totalkostnaden, då hantverkare i regel även tillhandahåller material samt i vissa fall anlitar underentreprenörer och ansvarar för samordningen av arbeten. Tillhandahållet material samt samordningsuppdrag faktureras beställaren och totalkostnaden består således bl.a. av timkostnaden, materialkostnaden samt eventuell kostnad för underentreprenör. – Utifrån tidigare erfarenhet av beställning av elarbeten har staden kännedom om prissättningen i elbranschen. Denna skiljer sig från andra hantverksbranscher. I regel offereras mycket låga timpriser, där företaget endast kan täcka sina löpande kostnader för personal. Vinsten, som gör att verksamheten blir lönsam, tas däremot i material genom att höga påslag läggs på egna inköpspriser. Enligt stadens beräkningar består cirka 50 procent av fakturerade belopp av materialkostnad. I vissa fall är dock materialkostnaden närmare 90 procent av totalkostnaden. Prissättningen med höga material-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

priser och låga timkostnader skapar stora problem för staden, då kostnaderna för elinstallationer blir mycket oförutsägbara och icke-transparenta.

– *Utvärderingsmodell* Det är en utmaning att handla upp tjänster under rådande marknadssituation så att en leverantör som i verkligheten kan erbjuda de bästa villkoren vinner upphandlingen. Som ovan beskrivits ger inte en jämförelse av timpris en tillräckigt bra bild av de villkor företaget erbjuder, utan det är av stor vikt att även erbjuda materialpriser kan jämföras. I denna upphandling har materialpriserna jämförts genom att användas en prislista där priserna är satta och anbudsgivarna därefter kunnat lägga till ett procentuellt påslag på priserna. Detta är ett användbart sätt att ge alla anbudsgivare en möjlighet att konkurrera på lika villkor och få jämförbara anbud. Det är värt att nämna att modellen har fungerat bra på andra hantverksbranscher där leverantörers vinstmarginal har räknats in i timpriserna. Staden är medveten om att inköpspriserna för material varierar och att företagen därmed är olika konkurrenskraftiga. Detta är dock en naturlig följd av fri marknadsekonomi och prissättning. Mölndals Stad anser att det inte finns skäl att betala höga priser för material, när det finns leverantörer som kan erbjuda bättre villkor. – Den prislista som har använts i denna upphandling baseras på stadens egna inköpspriser. Priserna har dock justerats upp med 25 procent och därmed är bolagets påstående om att en mycket hög inköpsvolym krävs för att kunna tillhandahålla elmaterial till motsvarande priser inte korrekt. Enligt utvärderingsmodellen har anbudsgivarna kunnat lägga på ytterligare 25 procent på prislistans priser. Detta innebär att staden i vissa fall har behövt betala 50 procent mer för material i samband med inköp av installationstjänst jämfört med att köpa in materialet själv. Staden har gjort bedömningen att det inte är ekonomiskt försvarbart att tillåta högre materialpriser. Det har funnits andra parametrar än materialpris, framför allt timpris, som har möjliggjort att många aktörer har kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. I verkligheten har de flesta anbudsgivarna offererat betydligt lägre påslag än det maximalt tillåtna 25 procent. Bland de företag som lämnat anbud och tilldelats ramavtal finns

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

även företag som kan betecknas som små eller medelstora. Utifrån denna vetskap delar Mölndals Stad inte bolagets påstående om att upphandlingen diskriminerar mindre företag. Staden är en stor kund och det är naturligt att alla aktörer på marknaden inte kan erbjuda tjänster som kan tillgodose stadens behov. Detta innebär dock inte att den aktuella upphandlingen diskriminerar några företag. – *Proportionerlig och ändamålsenlig anbudsutvärdering* Osvel AB anser att det sätt på vilket Mölndals Stad har utvärderat materialpriser strider mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär bland annat att de i förfrågningsunderlaget ställda kraven måste vara motiverade mot bakgrund av den upphandlande myndighetens behov. Kraven ska vara objektivt utformade och de får inte diskriminera någon leverantör. Kraven får inte heller framstå som godtyckliga eller uppenbart osakliga, jfr RÅ 2010 ref. 78. Proportionalitetsprincipen innebär även att en upphandlande myndighet vid utvärdering inte bör premiera anbudsgivare som erbjuder kvalitéter som inte medför användbart mervärde för myndigheten. – Som framgår av beskrivningen ovan är utvärderingen av prislistan ett effektivt sätt att få transparenta och jämförbara materialpriser. Då materialpriser har en stor betydelse för helhetskostnaden för elinstallationer under avtalstiden, ger utvärdering av materialpriser ett stort mervärde för staden. Mölndals Stad anser inte att den bryter mot proportionalitetsprincipen i den aktuella upphandlingen. – Man bör komma ihåg att den kommunala inköpsverksamheten i första hand alltid ska tillfredställa myndighetens behov av varor och tjänster och inte leverantörernas behov av att få leverera till en viss prisnivå och vinstmarginal. Staden överväger noga vid varje anskaffning hur priserna ska utvärderas för att säkerställa att anbudet med bäst villkor vinner upphandlingen. – *Sammanfattning* Förfrågningsunderlaget har inte varit behäftat med sådana brister att de grundläggande unionsrättsliga principerna träds för när. Det finns därmed inte skäl att ingripa mot upphandlingen. Mot denna bakgrund anser Mölndals Stad att bolagets ansökan ska avslås.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****DOMSKÄL***Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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 beaktas.

Regeringsrätten, numer Högsta Förvaltningsdomstolen, har uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte optimalt utformade måste godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när, se RÅ 2002 ref. 50.

Av Regeringsrättens avgörande RÅ 2009 ref. 69 framgår att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att förvaltningsrätten bör pröva bara de grunder som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestäm-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

melse i eller någon av de principer som anges i lagstiftningen och att en leverantör till följd av detta lidit eller kan komma att lida skada.

För att en upphandling enligt LOU ska uppfylla unionsrättens krav på lika-behandling ska leverantörer och de produkter som erbjuds behandlas lika. De förfaranden som används av en upphandlande myndighet ska tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer som deltar i en upphandling.

Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Den upphandlande myndigheten har friheten att formulera utvärderingskriterierna utifrån sina behov så länge dessa är transparenta och inte strider mot de grundläggande principerna i LOU.

I de Administrativa föreskrifterna AFB.52 *Procentpåslag på material enligt bifogad prislista* anges att anbudsgivare uppger påslag på material enligt bifogad prislista bilaga C produktlista. Endast en procentsats kan uppges. Påslag över 25 procent beaktas inte. – Prislistan baseras på stadens egna inköpspriser med ett påslag om 25 procent.

Frågan i målet är om begränsningen avseende procentpåslaget för visst material baserat på aktuell prislista strider mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om proportionalitet och likabehandling utifrån de av bolaget anförda grunderna.


Den begränsningsregel avseende procentpåslag på visst material som har ställts upp i de administrativa föreskrifterna har ett naturligt samband med upphandlingen och får anses stå i proportion till det syfte som eftersträvas, nämligen att tillgodose att elinstallationer upphandlas till så lågt pris som

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

möjligt genom bland annat transparenta och jämförbara anbud. Det har vidare inte visats att begränsningsregeln skulle gå utöver vad som behövs eller varit ändamålsenligt för upphandlingen i fråga. Det har inte heller visats att den prisnivå som har bestämts är så låg att den i praktiken utesluter små och medelstora företag från att lämna anbud i upphandlingen. Förfarandet får anses ha gett alla anbudsgivare en möjlighet att konkurrera på lika villkor, om än inte alla kunnat påräkna samma vinstmarginaler. Mölndals Stads förfarande kan därmed inte anses stå i strid med vare sig proportionalitetsprincipen eller likabehandlingsprincipen, dvs. principen om icke-diskriminering.

Sammanfattningsvis medför det som Osvel AB anfört och har visat inte att Mölndals Stad har brutit mot någon bestämmelse i LOU. Grund för ingripande enligt LOU finns därför inte, varför Osvel AB:s ansökan ska avslås.

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


Lars-Olof Nörgren

Föredragande i målet har föredraganden Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 3109/1B LOU