



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 12

**DOM**  
2015-05-07  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
1938-15

**SÖKANDE**

ApoEx AB, 556633-4149

Ombud: Advokat Kristian Pedersen  
Advokatfirman Kahn Pedersen  
Box 16119  
103 23 Stockholm

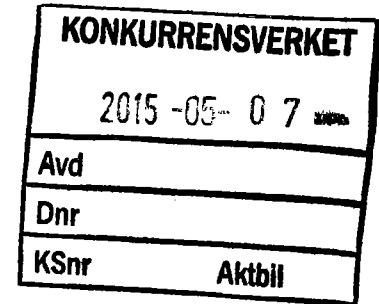
**MOTPART**

Stockholms stad, 212000-0142

Ombud: Stadsadvokaten Oscar Jacobsson  
Stadsledningskontoret  
Juridiska avdelningen  
105 35 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ApoEx AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 605770

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 08:00-16:30

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms stad (staden) genomför en upphandling av sjukvårds- och inkontinensprodukter (dnr 3.3.1-444/2014). Upphandlingen sker genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelning av ramavtal kommer att ske enligt tilldelningsgrunden lägsta pris. Av tilldelningsbeslut framgår att staden avser att teckna ramavtal med annan anbudsgivare än ApoEx AB (bolaget).

**Bolaget** ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Utformningen av utvärderingsmodellen strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och 12 kap. 1 § LOU. Staden har tillämpat en utvärderingsmodell som inte ger ett rättvisade resultat eftersom den inte är ägnad att identifiera anbudet med lägst pris. Eftersom staden har valt lägsta pris som tilldelningsgrund är den skyldig att anta det anbud som i varje enskilt fall, dvs. för varje avrop från ramavtalet, medför lägsta pris. Det är ett grundläggande krav att en utvärderingsmodell är verklighetsbaserad i den meningen att resultatet utvisar vilket anbud som de facto är bäst sett till den valda tilldelningsgrunden, myndighetens inköpsmönster, inköpsvolym och övriga faktiska förhållanden.

Stadens utvärderingsmodell lever inte upp till kraven som ställs i rättspraxis. Kammarrätten i Stockholm har i mål nr 5913–5915-10 uttalat att en utvärderingsmodell måste ge ett rättvisade resultat som överensstämmer med de faktiska kostnaderna som myndigheten kommer att ha till följd av upphandlingen i fråga. Kammarrätten i Jönköping har i mål nr 1418-11 uttalat att en utvärderingsmodell måste identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, eftersom det var den tilldelningsgrund som valts för upphandlingen. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 1336-13 uttalat

att en utvärderingsmetodik som innebär att utvärderingen inte tar hänsyn till den värdemässigt klart dominerande delen av upphandlingen strider mot LOU.

Utvärderingen får inte innebära att en stor del av det som ska upphandlas över huvud taget inte blir föremål för utvärdering. Staden har utvärderat produkterna med enheten ett (1) oavsett hur stor förbrukningen i realiteten är. Anbudsgivarna kan därför lämna ett mycket högt pris på produkter som kommer att avropas i stor omfattning och ett lågt pris på produkter som inte kommer att avropas i någon större omfattning och ändå få ett totalt sett bra utvärderingspris. Detta innebär att staden kan få betala ett orimligt högt pris för vissa varor och att utvärderingsmodellen inte speglar de faktiska kostnaderna. Vid tillämpning av avtalet kan en leverantör leverera produkter som avropas ofta till ett mycket högt pris och därmed kompensera sig för förluster för de produkter som avropas sällan till ett mycket lågt pris. Modellen går enkelt att manipulera och öppnar upp för osund strategisk anbudsgivning. Det blir därmed inte fråga om någon konkurrensutsättning av det som den upphandlande myndigheten upphandlar.

Staden kan inte bortse från den historiska förbrukningen. Även om förbrukningen framöver inte exakt kommer att överensstämja med tidigare förbrukning ger den historiska förbrukningen en tydlig bild av hur den relativa förbrukningen, produkter emellan, kommer att se ut. Då den upphandlande myndigheten faktiskt har tillgång till detaljuppgifter om inköpsvolymen för respektive produkt finns ingen godtagbar ursäkt till att inte använda dessa uppgifter i syfte att säkerställa att utvärderingen blir rättvisande. Det finns ingen anledning att anta att det kommer inträffa några betydande förändringar under avtalstiden.

Bolaget har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada till följd av stadens agerande. Bolaget skulle sannolikt vid en korrekt utvärderingsmodell som beaktar förbrukningen varit det anbud som i praktiken gett staden det

lägsta priset. Att staden numera gjort en beräkning utifrån de historiska volymerna är dock inte relevant eftersom anbudgivarna skulle ha lämnat andra anbudspriser vid en annorlunda utformad utvärderingsmodell. Stadens nya beräkning framgår dessutom inte av yttrandet. Eftersom överträdelsen rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

**Staden** bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför till stöd härför i huvudsak följande.

Utvärderingsmodellen är förenlig med 1 kap. 9 § LOU och 12 kap. 1 § LOU. Den ger ett rättvisande resultat och är ägnad att identifiera anbudet med lägsta pris. Det finns inget grundläggande krav på att en utvärderingsmodell ska vara ”verklighetsbaserad” i den meningen som bolaget hävdar. Inte heller finns det någon skyldighet att anta den anbud som för varje avrop från ramavtalet medför lägst pris. Det är riktigt att staden vid utvärderingen inte har beaktat den faktiska förbrukningen. Staden har istället använt enhet ett (1) och beräknat ett omräknat utvärderingspris för respektive position/produkt, dvs. ett styckepris. På detta sätt erhålls ett relevant lägsta pris jämförbart med andra anbud.

Anledningen till att staden inte valt att använda historisk inköpsvolym är just för att uppgifterna är historiska och inte säger något om vilka volymer som kommer att avropas under nästa avtalsperiod. Upphandlingen omfattar många olika verksamheter och huvudmän; kommunstyrelsen, 14 stadsdelsnämnder och 17 facknämnder. Historiska volymer är därför högst osäkra. Även om staden hade valt att ta hänsyn till historisk förbrukning skulle det fortfarande funnits möjlighet att vara strategisk i anbudsgivandet. Det är ofrånkomligt med strategisk anbudsgivning vid upphandlingar som omfattar många olika produkter och tilldelningsgrunden lägsta pris. Detta innebär inte att modellen strider mot principerna om likabehandling och transparens eller att den skulle medföra en begränsning av konkurrensen.

Alla anbudsgivare har fritt kunnat avgöra vilka priser som ska offereras. Anbudsgivarna ansvarar för att de kan leverera till offererade priser. Åberopade kammarrättsavgöranden ger inte stöd för att stadens utvärderingsmodell skulle strida mot gällande rätt.

Staden bestrider att bolagets anbud, vid en korrekt utvärderingsmodell som beaktat förbrukningen, sannolikt skulle varit det anbud som i praktiken gett det lägsta priset och att bolaget till följd härav lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada. Även med beaktande av historiska volymer skulle utfallet enligt stadens beräkningar ha blivit detsamma.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### **Utgångspunkter för prövningen**

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grund av vad bolaget anfört finns grund för att ingripa mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU. Överprövningen 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 HFD 2013 ref. 5). Som huvudprincip krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU. Det är inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden måste visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalas (se HFD 2013 ref. 53).

### Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att det finns skäl för ingripande enligt LOU på grund av att den valda utvärderingsmodellen inte är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som har lägst pris antas.

Av 12 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Varken i LOU eller bakomliggande direktiv (2004/18/EG) finns någon definition av lägsta pris. Bedömningen huruvida den upphandlande myndighetens utvärderingsmodell är förenlig med LOU får istället göras utifrån principerna i 1 kap. 9 § LOU. Enligt denna bestämmelse ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten 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 antas. Detta följer också av EU-rättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Kravet på affärsmässighet har utmönstrats ur LOU men denna ändring av lagtexten har inte varit avsedd att innebära någon ändring av rättsläget vad gäller vilka rättsprinciper som skall iakttas vid en upphandling (se prop. 2006/07:128 s. 157).

Av förfrågningsunderlaget framgår att staden har valt att tillämpa tilldelningskriteriet lägsta pris. Den aktuella utvärderingsmodellen innebär i huvudsak att staden har räknat ut utvärderingspriset genom att multiplicera pris per produkt eller position med enheten ett (1). Summan av offererade priser ger sedan det sammanlagda utvärderingspriset. Staden har vitsordat att utvärderingsmodellen inte tar hänsyn till någon uppskattad förbrukning och menar att en historisk förbrukning inte kan tas till intäkt för vad som kommer att avropas nästkommande avtalsperiod, eftersom upphandlingen omfattar många olika verksamheter och huvudmän.

Kammarrätten i Stockholm har i några avgöranden funnit att en utvärderingsmodell som innebar att principen om lägsta pris inte fick genomslag i det enskilda fallet stred mot LOU (se domar den 18 februari 2011 i mål nr 5913–5915-10 och 5603-10). Kammarrätten uttalade att utformningen av utvärderingsmodellen ledde till att anbudgivare kunde bli placerade högt i rangordningen för olika områden utan att ha någon leveransskyldighet. Omständigheterna i målet var sådana att olika bolag inom samma koncern hade lagt flera anbud som antagits av myndigheten. Eftersom myndigheten var hänvisad till rangordningen i ramavtal kunde bolagen avböja uppdrag tills dess att det koncernbolag som hade högst pris för aktuellt uppdrag tillfrågats om uppdraget. Förvaltningsrätten anser att omständigheterna i kammarrättsavgörandena skiljer sig avsevärt från förevarande mål. Det har inte heller påståtts att vinnande leverantör i aktuell upphandling skulle sakna leveransskyldighet på sätt som skett i avgörandena.

Staden kan inte heller anses ha helt bortsett från någon värdemässigt dominerande del av upphandlingen vid utformandet av utvärderingsmodellen, enbart med hänvisning till att inköpsvolymen inte beaktas. Omständigheterna i aktuellt mål kan därför, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses likna dem i Kammarrätten i Göteborgs dom den 8 juli i mål nr 1336-13. Kammarrätten fann i det målet att en utvärderingsmodell som enbart beaktade priset för arbete, som värdemässigt utgjorde 20 procent av upphandlingen, stred mot LOU. I den upphandlingen saknade den värdemässigt dominerande delen av upphandlingen därför helt betydelse för tilldelning av kontrakt.

Förvaltningsrätten anser inte heller att det av bolaget åberopade avgörandet från Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1418-11, är jämförbart med situationen i förevarande mål. I målet var fråga om en s.k. relativ utvärderingsmodell och något speciella förutsättningar där en tredje anbudsgivares strategiska anbud tydligt påverkat utvärderingen av de två övriga anbudsgivarnas anbud och på så sätt påverkat utgången i upphandlingen.

Syftet med upphandlingsregleringen kan enligt domstolens uppfattning inte i första hand vara att tillse att myndigheter gör bra affärer (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 23 september 2011 i mål 1084-11). Även om upphandlingsmodellen i förevarande upphandling öppnar upp för strategisk anbudsgivning har samtliga anbudsgivare haft lika förutsättningar vid anbudslämnandet samt ansvarar för att de kan leverera till offererade priser. Förvaltningsrättens finner att utformandet av upphandlingsmodellen inte medför att principerna som bär upp LOU och EU-rätten träds för när. Bolaget har dessutom inte visat att utvärderingen i aktuell upphandling inte medfört ett resultat där anbudet med det lägsta priset antagits.



Sammanfattningsvis har bolaget därmed inte visat att upphandlingen genomförts i strid med LOU varför bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV3109/1A LOU).

Johan Rick  
Förvaltningsrättsfiskal

Förvaltningsrättsnotarien Lizette Harletun Ilkhani har föredragit målet.



# 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. 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.