

KLAGANDE

Swesafe AB, 556529-5911
Kopparbergsvägen 45
722 19 Västerås

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson och
Jur.kand. Magnus Stålmarker
Baker & McKenzie Advokatbyrå
Box 5719
114 87 Stockholm

MOTPART

Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 15 juni 2010 i mål nr 10203-10,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 24 juni 2010 upphör härmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Swesafe AB (Swesafe) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om och anför följande. Samma skäl mot att ange verifierade in-

köpspriser finns både när uppgifterna ska lämnas i anbudet och när de ska lämnas i samband med avrop. Det är själva redovisandet av sådana kostnader som avhåller leverantören från att lämna anbud och som därigenom begränsar konkurrensen. Det är inte riktigt att kravet överensstämmer med för branschen gällande standardavtal eller att kravet förekommer regelmässigt inom branschen. Även om så skulle vara fallet medför detta inte att kravet blir tillåtet enligt LOU. Merparten av avtalen inom entreprenadbranschen avser situationer där LOU inte är tillämplig och sådana avtal är därför inte anpassade till lagens krav. En köpare av en vara betalar normalt utifrån principen att företaget som tillhandahåller varan ska få ersättning för sina kostnader. Prissättningen sker vanligtvis utifrån efterfrågade nettopriser på specificerade artiklar i upphandlingen och/eller rabatt på fabrikantens prislista.

Utvärderingsmetoden är inte förenlig med LOU eftersom den riskerar att bli missvisande när materialkostnaden neutraliseras och anbudsgivarna i verkligheten kan ha olika kostnader. Kontraktet kan därför komma att tilldelas den leverantör som inte har det lägsta priset. Swesafe har lidit skada genom att förfrågningsunderlaget inte är utformat i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Bolaget har tvingats att lämna ett anbud som anpassats till förutsättningarna i det befintliga förfrågningsunderlaget.

Göteborgs stad anser att kammarrätten ska avslå överklagandet och anför följande. Vid utvärderingen av anbudet har framkommit att Swesafe inte är aktuellt för avtal, men på andra grunder än de av Swesafe påstådda bristerna i upphandlingen. Swesafe har därför inte lidit skada på sätt som krävs för bifall enligt LOU. Påståendet att självkostnadsprincipen för ersättning av material inte förekommer regelmässigt i entreprenadavtal är felaktigt. AB/ABT gäller i så gott som alla entreprenader, såväl offentliga som privata och har förhandlats fram mellan marknadens parter. Upphandlingen resulterar enligt utvärderingen i fyra ramavtal med olika leverantörer. Beställaren avropar sedan en tjänst enligt rangordning, det är alltså inte fråga om någon

förnyad konkurrensutsättning. Under utförandet av tjänsten kommer det att visa sig om material behövs och hur det ska anskaffas. Om leverantören ska tillhandahålla materialet måste denne också specificera de kostnader som ska ersättas. I praktiken handlar det om att leverantören på fakturan ska specificera sina kostnader för material, hjälpmedel m.m. och göra påslag på dessa kostnader enligt ramavtalet. På begäran har beställaren sedan rätt att granska specifikationen ytterligare. Det är inte fråga om att i samband med avropet ange självkostnad i form av verifierade inköspriser.

Vad gäller utvärderingen av materialkostnaden görs detta med ett bestämt påslag som är detsamma för samtliga anbudsgivare. Det går inte att i förväg definiera vilket material som kommer att ingå och därför neutraliseras materialkostnaden i utvärderingen. Det är i första hand entreprenadtjänsten som upphandlats och inte materialet och det är inte säkert att en leverantör över huvud taget kommer att få beställning på något material. Upphandlingsbolaget har därför valt att inte utvärdera eventuell materialkostnad, vilket framgår av förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten har den 24 juni 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Angivande av verifierade inköspriser

Av utredningen framgår att avrop enligt ramavtalet kommer att ske utan någon förnyad konkurrensutsättning. Avropet avser en tjänst och det är först under tjänstens utförande som det kommer att framgå i vilken utsträckning som material behövs. Angivandet av verifierade självkostnader för material ska således ske först i samband med att leverantören begär ersättning för sina materialkostnader. Att en beställare ska kunna granska de materialkostnader som leverantören debiterar påverkar varken leverantörens möjligheter att sluta ramavtal eller att få ett avrop. Kravet på att redovisa verifierade

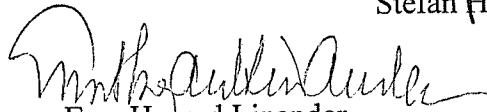
självkostnader kan inte anses konkurrensbegränsande eller annars stå i strid med LOU.

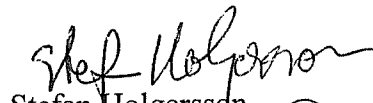
Utvärdering av materialkostnad

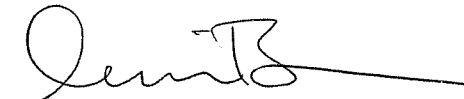
Nettomaterialkostnaden har vid utvärderingen beaktats i form av förutbestämda påslag på schabloniserade materialkostnader. Detta medför visserligen att den upphandlande myndigheten inte kunnat beakta den egentliga materialkostnaden vid valet av entreprenör. Det får dock anses utrett att det inte i förväg går att förutse vilket eller hur mycket material som kommer att ingå i framtida avrop. Upphandlingen avser tjänster såsom mindre nyinstallationer och underhålls- och reparationsarbeten. Det framgår av utredningen att det i de flesta avrop inte förekommer något material och att beställaren avgör om inköp av material ska ske genom leverantören. Användningen av de förutbestämda kostnaderna framgår av förfrågningsunderlaget och tillämpas lika för alla anbudsgivare. Förfrågningsunderlaget kan mot den bakgrunden inte anses strida mot LOU.

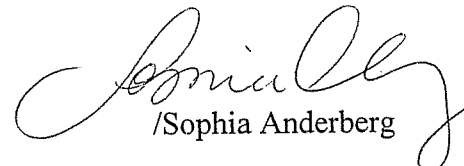
Eftersom Swesafe inte visat att upphandlingen strider mot LOU ska överklagandet avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Ewa Hagard Linander


Stefan Holgersson


Maria Boshnakova
referent


/Sophia Anderberg



SÖKANDE

Swesafe AB, 556529-5911
Kopparbergsvägen 45
722 19 Västerås

Ombud: Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson
Baker & McKenzie Advokatbyrå
Box 5719
114 87 Stockholm

MOTPART

Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 13 april 2010 upphör härmed
att gälla.

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlings AB (upphandlingsbolaget) har genomfört en upphandling av ramavtal, Brandlarm/inbrottslarm – hantverkstjänster, dnr 334/08. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling. Sista anbudsdag var den 14 april 2010.

Förvaltningsrätten beslutade den 13 april 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande. Av upphandlingsföreskrifterna framgår att en prövning av anbuderna görs genom en sammanslagning av offererade priser och angivna mängder i prislistan i delmomentet Produkt. Av prislistan framgår att utvärderingen baseras på bl.a. av entreprenören verifierade nettomaterialkostnader (verifierad självkostnad), baserad på ett fast påslag på 10 procent, vilket ska anges i anbudet. Kravet på att anbudsgivaren ska redovisa sina materialsjälvkostnader är inte förenligt med kravet på proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU, eftersom sådana uppgifter utgör affärshemligheter. Kravet, som varken kan anses motiverat eller nödvändigt, begränsar också konkurrensen. I flertalet av de inköpsavtal som bolaget tecknat med sina leverantörer finns sekretessåtaganden bl.a. vad avser inköpspriser och rabatter. På grund av beskrivna utvärderingskriterier och krav i anbudsinvitan kan bolaget alltså tvingas avstå från att lämna anbud för att inte röja affärshemligheter och konfidentiella avtal med sina leverantörer, vilket skulle skada bolagets verksamhet. Alternativet, att lämna anbud och röja affärshemligheter, innebär också det att bolaget kommer att lida skada.

Upphandlingsbolaget anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Bolagets påstående att det i anbudet ska anges nettomaterialkostnader är direkt felaktigt. I anbudet ska enbart lämnas timkostnader för arbeten på löpande räkning, vilket bolaget upplysts om. I den prislista som bolaget hänvisar till ska bolaget endast fylla i de nio översta uppgifterna och inte något för materialkostnad/verifierad självkostnad, vilket visas av att den uppgiften, liksom de efterföljande, redan är ifylld. I de flesta fall förekommer i avrop på avtal inget material, eller så tillhandahålls detta av beställaren. I de fall då material ändå ingår i leverantörens åtagande avgörs av den avropande beställaren hur detta ska införskaffas, via ramavtal som beställaren har eller på annat sätt tillhandahålls av beställaren, eller om leverantören ska köpa in materialet. Kostnaden för material ersätts enligt AB04 med fast påslag om 10 procent, varför beställaren då behöver veta vad det inköpta materialet har kostat. Inte heller här är det frågan om några nettomaterialkostnader eller affärshemligheter som ska avslöjas utan enbart om priset för det inköpta materialet, vilket leverantören kan välja att införskaffa var som helst efter överenskommelse med beställaren. Det är viktigt att skilja på de upphandlingsregler som gäller för ramavtalstillfället, d.v.s. denna upphandling, och de regler som gäller vid avropstillfället. Bolaget tycks blanda samman dessa. I upphandlingen ställs inga krav på att få ta del av leverantörernas verifierade inköpspriser. Om det efter att ramavtal tecknats och avrop som inkluderar material görs och detta leder till att självkostnaden behöver verifieras och affärshemligheter härigenom riskerar att röjas får detta hanteras enligt gällande sekretesslagstiftning. Någon risk för skada föreligger således inte varken i upphandlings- eller avrops-skeendet. Vidare bör nämnas att AB/ABT tillsammans med AMA AF sedan en lång tid utgör de standardvillkor som uteslutande används för att reglera beställare och utförares ansvarsrelation i entreprenadavtal, offentliga såväl som privata. AB är standard för entreprenadbranschen. Kravet på verifierad självkostnad i utförarskedet är helt i enlighet med AB och strider inte heller mot någon av de grundläggande principerna i LOU.

Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget ifrågasätter inte kravet på avgivande av timkostnader för arbeten på löpande räkning utan invändningen avser kostnaden för material i samband med sådant arbete. Bolaget bekräftar också påståendet att det i anbudet enbart ska anges timkostnader för arbeten på löpande räkning och inte några nettomaterialkostnader. Bolaget bestrider emellertid påståendet att affärshemligheter inte riskerar att röjas med hänsyn till att bolaget enbart har att visa vad inköpt material kostat för beställaren så att denne ska kunna ersätta materialkostnaden. Priset för det inköpta materialet är just den faktiska nettomaterialkostnaden, vilken till stor del omfattas av sekretessåtaganden. Ett avslöjande av inköpspris innebär i sin tur att leverantörens vinstmarginal avslöjas vilket måste anses utgöra en affärshemlighet. Kravet på självkostnadsverifikation måste till följd härav anses konkurrensbegränsande och i strid med principerna för offentlig upphandling. Det förhållandet att det i anbudet inte ska anges några nettomaterialkostnader, utan att verifikationerna ska lämnas först i samband med utförandet av uppdraget, förändrar inte denna bedömning. Att förfarandet är i enlighet med vad som är allmänt vedertaget enligt AB04 och i privata upphandlingar ändrar inte heller denna bedömning. Bolaget är också av den uppfattningen att det inte spelar någon roll huruvida inköpspriset ska anges i själva anbudet eller om det är först i samband med att kostnaden uppkommer som den ska verifieras. Kravet på kostnads-specifikation är i båda fallen konkurrensbegränsande och därmed inte förenligt med bestämmelserna i LOU. Någon möjlighet att läka denna brist genom sekretesslagstiftningen finns inte.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har 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 ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska enligt samma paragraf principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår av punkten 3.3.5. AFB.31 Anbuds form och innehåll avseende delmoment Produkt att momentet är en prislista som är uppbyggd som ett avrop som räknar samman kostnaden av en definierad mängd tjänster. Här redovisar anbudsgivaren samtliga offererade priser på de kategorier som efterfrågas.

I prislistan upptas 16 punkter varav de första nio avser arbetskostnader av olika slag och resterande sju avser produkter/material där beskrivningen är verifierad självkostnad. Samtliga kolumner avseende de sistnämnda sju punkterna är förifyllda såväl avseende mängd, påslag som kostnad, och någon självkostnad ska inte anges i anbudet.

Fråga i målet är om den nu aktuella upphandlingen strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling och då i första hand om upphandlingens utformning medför en konkurrensbegränsning.

Parterna synes vara eniga om att ett krav på att leverantören redan i samband med anbudsavlämnandet ska ange självkostnad i form av verifierade inköspriser strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling, vilket förvaltningsrätten instämmer i (jfr Regeringsrättens avgörande RÅ 1997 ref. 40). Parterna förefaller vidare vara överens om att

något sådant krav inte uppställs i förfrågningsunderlaget såsom det är utformat.

Bolaget menar emellertid att även den omständigheten att information ska lämnas om bolagets självkostnad efter att ramavtal tecknats och i samband med att eventuellt avrop görs medför en konkurrensbegränsning i strid med reglerna i LOU. Bolaget hänvisar härvid till nyssnämnda avgörande från Regeringsrätten samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 1431-1995 och Länsrättens i Södermanlands län mål nr 1545-05 och 2581-09.

Enligt förvaltningsrättens mening tar emellertid samtliga dessa avgöranden sikte på upphandlingar då krav ställts på att leverantörerna redan i anbudet och inför anbudsprövningen ska ange verifierade inköpspriser, vilket som ovan konstaterats inte gäller i detta mål. De krav på att redovisa inköpspriser som nu är aktuella synes vidare stå helt i överrensstämmelse med för branschen gällande standaravtal.

Förvaltningsrätten anser med hänsyn härtill att det inte av förfrågningsunderlagets utformning går att utläsa något krav på att bolaget i anbudet ska avslöja självkostnader som utgör affärshemligheter, och som därmed skulle innebära en konkurrensbegränsning som står i strid med LOU. Bolaget kan därför inte anses ha visat att det lidit eller kan komma att lida sådan skada som avses i LOU, varför ansökan bör avslås.

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



Lars Dahlström

Rådman

Föredragande i målet ha varit Johanna Rössberger.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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.