



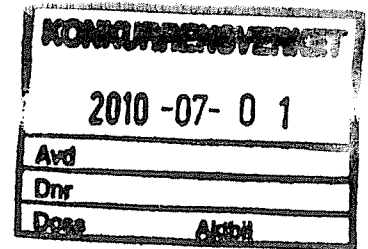
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 1

DOM
 2010-07-01
 Meddelad i
 Göteborg

Mål nr
 9900-10 E
 Enhet 1:1

SÖKANDE

TOOLS Väst AB, 556021-3166
 c/o Bolagsjurist Martin Lundberg
 B&B TOOLS AB (publ)
 Box 10024
 100 55 Stockholm

**MOTPART**

Kungälv kommun
 442 81 Kungälv

Ombud:
 Advokat Carl Hagberg
 Box 11920
 404 39 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör härmed att gälla.

BAKGRUND

Kungälv's kommun har genomfört en upphandling avseende järnhandelsvaror, dnr. 2009/1554. Av tilldelningsbeslut framgår att Ahlsell Sverige AB vann upphandlingen.

Förvaltningsrätten har den 9 april 2010, på yrkande av TOOLS Väst AB (bolaget), beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan förvaltningsrätten slutligen prövar upphandlingen eller beslutar något annat.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar, såsom det slutligen har utformats, att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att bolagets anbud, som uppfyller alla skall-krav, går vidare till utvärderingsfasen och därvid utvärderas av kommunen. I andra hand yrkar bolaget, för det fall förvaltningsrätten skulle finna att bolagets anbud inte uppfyller samtliga skall-krav, att upphandlingen ska göras om.

Bolaget anför bl.a. följande. Tilldelningsbeslutet har varit felaktigt på så sätt att klagandens anbud diskvalificerats såsom att det inte uppfyllt skallkrav trots att skallkrav varit uppfyllda. Bolaget lämnade anbud vari bl.a. ingick prisfilen som var bilaga 5 till förfrågningsunderlaget samt den förteckning kallad "Kundrabatter 2010". I bolagets prisfil anges helt enligt förfrågningsunderlagets instruktioner priser på samtliga artiklar. Vissa artiklar har inte prissatts som olika bruttopris och nettopris utan bolagets prissättningssystem har endast nettopriser. Som exempel kan nämnas det exempel som avses i tilldelningsbeslutet vilket torde syfta på rad 17 "BÅGFIL 225 12" 24" där det angivits bruttopris 49.00 kr, rabatt "NETTO" och nettopris 49.00 kr. I sådana situationer har i kolumnen "bruttopris" angivits priset, i kolumnen "rabatt %" angivits "NETTO" och

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 3
9900-10 E

i kolumnen "nettopris" angivits priset. Så har skett genomgående i samtliga situationer där bolaget inte tillämpar olika bruttopriser och nettopriser. Rent tekniskt blir alltså bruttopriset samma som nettopriset och rabattsatsen blir noll procent. Anledningen till att bolaget i större utsträckning nettoprissätter artiklar är att det som torde vara intressant för kunden, och även den upphandlande myndigheten, är vad kunden får betala för respektive artikel. Inte hur mycket som anges i ett bruttopris som ingen kund betalar eftersom priset alltid rabatteras till en nettoprisnivå. Givetvis hade det varit möjligt att t.ex. dubbla samtliga nettopriser och ange ett fiktivt bruttopris jämte 50 procents rabatt för att nå samma nettopris. Bolaget ser dock varken att en sådan "fiktiv prissättning" skulle göra upphandlingen bättre eller att det kan uttolkas något sådant krav ur förfrågningsunderlaget. Skall-kravet avseende hur priserna i prisfilen ska anges är till fullo uppfyllda genom bolagets prisfil. Vidare skrivs i tilldelningsbeslutet "På övrigt sortiment har angivits rabattgrupper ej rabattsatser". Bolaget ställer sig frågande till vad som anses med detta. Bolaget har i förteckningen "Kundrabatter 2010" angivit i kolumnen "Varugrupp index" angivit bolagets egen benämning på respektive varukategori, i kolumnen "Text" angivit varugruppens namn och i kolumnen "TypRab" angivit hur många procent rabatt som ges i respektive varugrupp. Bolaget gör alltså även i detta avseende gällande att den fullgjort skall-kravet.

Kommunen anser att bolagets yrkande ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Därutöver har bolaget inte lidit något skada. Syftet med konstruktionen i punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget är att på ett hanterbart sätt kunna utvärdera leverantörernas utbud av järnvaror. Att utvärdera leverantörernas hela sortiment hade gett det mest rättvisa utfallet men är både ekonomiskt och praktiskt omöjligt. Kommunen har därför valt ut de 174 artiklar som kommunen historiskt sett har beställt mest av och använt dessa som utvärderingskriterium för priset.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 4
9900-10 E

Det är dock inte säkert att det är just dessa artiklar inom de olika produktområdena som man kommer att beställa i framtiden, varför kommunen även har efterfrågat bruttopris och rabattsats på de olika produktområdena. Syftet med detta krav är att kommunen ska kunna försäkra sig om att leverantörerna lämnar ett konkurrenskraftigt erbjudande på hela sitt sortiment och inte bara på de 174 varor som utvärderas. Det är därför av avgörande betydelse för kommunen att både bruttopris och rabattsatser har angivits för alla varor i produktområdet, för att en leverantör inte ska kunna dumpa priserna på just de 174 varor som utvärderingen grundas på men kunna hålla uppe priserna på hela det övriga sortimentet. Det är nämligen erbjudandet för hela sortimentet som avgör det slutliga ekonomiska utfallet för kommunen. I kvalificeringsfasen är det således inte det slutgiltiga priset, nettopriset, som är det avgörande utan att både bruttopriser och rabattsatser anges för varje produktområde. Rabattsatsen för varje produktområde ska således både redovisas i prisformuläret och handlingen med rabattsatser på övrigt sortiment. Konstruktionen förutsätter således att för artiklar i samma produktområde ska samma rabattsats anges i båda dokumenten. I komplettering som skickats ut till leverantörerna har kommunen bekräftat att skrivningen ska tolkas som att de rabattsatser som anges för de nettoprissatta produkterna i prisformulär, bilaga 5, även ska gälla för övriga produkter inom respektive produktgrupp.

I bolagets anbud har 71 av 174 varor angetts med nettopriser, vilket enligt bolaget ska tolkas som att bolaget lämnar noll procents rabatt på dessa varor. I handlingen med rabattsatser för övriga fabrikat har dock bolaget lämnat rabattsatser på alla produktområden. Vid en analys av anbudet framgår det att de produktområden som bolaget har valt att lämna nettopriser för varor i prisformuläret är de produktområden där bolaget lämnar låga rabattsatser. För de produktområden som bolaget har redovisat rabattsatser i prisformuläret uppgår rabatterna till mellan 45 och 80 procent medan de för de som nettoprissats gäller rabattsatser på mellan 15 och 25 procent.

Genom att göra på detta sätt har bolaget skaffat sig ett konkurrenskraftigt anbud när det gäller de 174 varor som omfattas av prisformuläret. Genom bolagets användning av nettopriser endast för de varor som omfattas av prisformuläret men rabatter för övriga varor i dessa produktområden ger en utvärdering av anbudet ingen rättvisande bild av bolagets totala anbud. Genom att inte följa skall-kravet att redovisa bruttopris samt den rabattsats som gäller för samtliga varor i samma produktområde uppfylls därmed inte det bakomliggande syftet med kravet. Bolaget har således inte lämnat de uppgifter som efterfrågas genom de aktuella skall-kraven och anbudet uppfyller därmed inte alla skall-krav.

Bolaget har inte ens påstått att bolaget lidit eller komma att lida skada av kommunens beslut, varför begäran om överprövning redan av denna anledning ska avslås. Även om bolaget uppfyller skall-kraven kommer bolaget ändå inte att lida någon skada eftersom deras anbud inte kan utvärderas av den anledningen att några av de produkter som bolaget har offererat inte är jämförbara med de som efterfrågas i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har därefter yttrat sig och anfört bl.a. följande. Bolaget går i allt större utsträckning ifrån en förlegad prissättningsmodell som utgår från högt prissatta produkter som rabatteras med höga procentsatser till de verkliga priserna. I de fall bolaget endast lämnar nettopriser är rabatten alltså redan lämnad i ett hårt pressat nettopris. Om upphandlande myndighet har rätt att kräva en prissättningsmodell där anbudslämnaren måste skapa ett prissättningsystem som alltid anger två priser och en rabattsats däremellan riskerar detta att utestänga bolaget från hela marknaden med offentliga upphandlingar genom att bolaget har en nettoprissättningsmodell. Upphandlande myndighet får inte utforma sitt förfrågningsunderlag på ett sätt som omöjliggör för anbudslämnare att delta om de inte baserat sin prissättningsmodell på att alla produkter ska ha olika priser. Det är otillåtet för kommunen att ställa ett sådant krav. Vid kommunens tidigare upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 6
9900-10 E

av järnhandelsvaror valdes bolaget till leverantör. De två fallen företar stora likheter (jfr. Länsrätten i Göteborg dom den 26 mars 2008, mål nr. 780-08). Om förvaltningsrätten finner att bolaget inte har uppfyllt skall-kravet ska upphandlingen göras om eftersom det inte tydligt framgått av förfrågningsunderlaget att skall-kravet skulle tolkas på så sätt som kommunen gjort. Hade kommunen tänkt göra en helt motsatt tolkning av innebörden i prissättningsanvisningen i förfrågningsunderlaget som är näst intill identiskt med det tidigare förfrågningsunderlaget skulle kommunen ha klargjort detta på ett mycket tydligare sätt. Upphandlingen strider på så sätt mot principen om transparens.

Det fanns endast två anbudslämnare i den aktuella upphandlingen. Det synes oklart om det vinnande bolaget tilldelats någon poäng vid utvärderingsfasen eller om kommunen bara har konstaterat att det vinnande bolaget ensamt gått vidare till utvärderingsfasen och är tillräckligt bra för att antas. Bolagets varukorg är 32 procent billigare än det vinnande bolagets. Mot denna bakgrund framgår det tydligt att skaderekvisitet är uppfyllt.

Kommunen har yttrat sig och anfört bl.a. följande. Problemet när man ska upphandla järnvaror är att kommunen vid tiden för när upphandlingen ska göras inte vet vilka varor som kommer att behövas framöver. Kommunen måste därför hitta en metod för att kunna utvärdera de olika leverantörernas totala erbjudande på hela sortimentet. Kommunens metod är att leverantörerna i kvalificeringsfasen ska ange både bruttopris, rabattsats för varugruppen och nettopriset för de varor som kommunen sedan ska utvärdera. I skall-kravet ingår således att samma rabattsats ska lämnas för alla varor inom en produktgrupp. Om leverantören inte lämnar rabatt för enskilda varor inom en varugrupp som för övrigt omfattas av rabatter faller syftet med skall-kravet bort. Kravet är proportionellt. Kravet kan inte heller anses vara diskriminerande eftersom bolaget utan större problem kunnat justera sin prislistor för att dessa skulle passa in i modellen. Kommunen har utvär-

derat Ahlsells anbud efter att man konstaterat att det uppfyllt kvalificeringskraven, vilket framgår av tilldelningsbeslutet.

Bolaget har därefter yttrat sig och anfört bl.a. följande. Det är en missuppfattning från kommunens sida att det skulle vara möjligt att utan större problem justera prislister till kommunens modell med brutto, minus rabatt och netto. Kommunen har klargjort att artiklarna i varukorgen ska prissättas enligt modellen brutto minus rabatt och netto, men även att dessa rabattsatser ska korrespondera med rabattsatser på allt övrigt sortiment. Kommunen begär alltså att hela sortimentet bruttoprissätts. Bolaget har i sitt sortiment omkring 500 000 artiklar och bolagets prissättning syftar till att nettoprissätta alla frekvent omsatta artiklar. Bolaget har i flera år arbetat med att skapa ett affärs- och prissättningssystem som bygger på nettopriser. Den tröskeleffekt som kommunen skapar genom att tvinga alla anbudslämnare att använda prissystem med olika brutto- och nettopriser kan alltså knappast överskattas. Ett annat problem än den stora arbetsinsatsen med att skapa ett nytt prissystem är att priserna skulle bli påhittade. Bolaget har nämligen nettoprissatt artiklar på delar av sitt sortiment och avser att nettoprissätta allt större del. Bolaget uppfattar inte kommunens förfrågningsunderlag inklusive förtydligande i upphandlingen som substantiellt annorlunda än förfrågningsunderlaget vid tidigare upphandling. För det fall kommunen avsåg att göra en motsatt tolkning mot tidigare upphandling hade det ålegat kommunen att på ett långt tydligare sätt klargöra detta.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. 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.

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 lidit eller kan komma att lida skada.

Utredningen

I punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget anges följande. "Priserna skall lämnas i form av bruttopris angiven rabattsats för produktområdet samt nettopris enligt bifoga Prisformulär, bilaga 5. På övrigt sortiment produktområden som räknas som järnvaror, skall motsvarande rabattsats anges."

I komplettering 2 till förfrågningsunderlaget formuleras en fråga enligt följande. "I förfrågningsunderlaget punkt 3.7 anges att "På övrigt sortiment produktområden som räknas som järnvaror, skall motsvarande rabattsats anges" Vi tolkar det som att de rabattsatser som anges för de nettoprissatta produkterna i Prisformulär, även ska gälla för övriga produkter inom respektive produktgrupp. Är detta riktigt uppfattat?" På detta har kommunen svarat ja.

Förvaltningsrättens bedömning

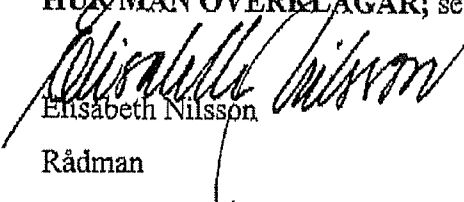
I den här typen av upphandling, som är aktuell i förevarande mål, vet upphandlande myndighet inte vilka varor som man kommer att beställa. Upphandlande myndighet måste således använda sig av en prissättningsmodell som tar fram det mest konkurrenskraftiga anbudet samtidigt som modellen ska vara förenlig med LOU. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 9
9900-10 E

samt den komplettering som kommunen har skickat ut att det är ett skallkrav att, för de 174 utvalda varorna, ange bruttopris, rabattsats och nettopris. Dessutom är det ett skallkrav att ange rabattsatser på de olika produktområdena som de offererade varorna tillhör och rabattsatserna ska vara samma som för de offererade varorna. Enligt Förvaltningsrätten omöjliggör inte modellen för anbudslämnarna att lämna anbud. Inte heller står modellen i strid med transparensprincipen. Prissättningsmodellen står således inte i strid med LOU. Vad som anförts angående Kungälv's kommuns tidigare upphandling förändrar inte den bedömningen.

Bolaget har avseende 71 av 174 varor angett nettopriset under bruttopris, under rabatt netto och under nettopris samma pris som under bruttopris. Bolaget anför att bolagets bruttopris är nettopris då varan är hårt prispressad. Rabattsatsen är således noll. Därigenom uppfyller bolaget kravet i punkt 3.7 första ledet i förfrågningsunderlaget genom att man har fyllt i prisformuläret, bilaga 5, till förfrågningsunderlaget. Däremot framgår det som ovan angetts att det också är ett skallkrav att ange samma rabattsats för samma produktområde som den offererade varan tillhör. Bolaget har lämnat olika rabatter avseende offererade produkter och produktområden genom att man i prisformuläret har angett rabattsats netto på vissa varor, d.v.s. noll procent, och att man avseende samma produktområde angett en annan rabattsats. Skallkravet i punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget är således inte uppfyllt. Grund för åtgärd enligt LOU finns därför inte och ansökan bör avslås. Vad parterna i övrigt har anført medför inte någon annan bedömning.

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



Elisabeth Nilsson

Rådman

Föredragande i målet har varit Hannah Ivarsson.

Särskild upplysning

Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av domen inte prövas efter det att tio dagar har gått från dess meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Detta gäller även om domen överklagas inom den anvisade tiden tre veckor.



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 göts till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.