



KONKURRENSVERKET	
2013 -09- 13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Onninen AB, 556371-9474

Ombud: Advokat Magnus Wiktorson
Advokatfirman NORDIA Göteborg KB
Kungsportsavenyen 31-35
411 36 Göteborg

MOTPARTER

1. Örebro kommun
Box 30000
701 35 Örebro

2. Ahlsell Sverige AB, 556012-9206

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

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 31 maj 2013 i mål nr 1657-13,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för prövning i enlighet med vad som framgår av skälen för avgörandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 5 juni 2013 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Onninen AB

Onninen AB yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avslå Ahlsell Sverige AB:s ansökan om överprövning. I andra hand yrkar bolaget att kammarrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Bolaget åberopar vad det tidigare anfört och tillägger bl.a. följande.

Krav avseende beställning

Av det kontaktkort som bifogades Onninen AB:s anbud framgår telefon- och faxnummer samt e-postadresser till bolagets säljare, hos vilka beställning kan ske. Även adressuppgift avseende bolagets hemsida lämnas i kontaktkortet. Beställning från bolaget kan ske på samtliga dessa adresser och nummer. Onninen AB har bekräftat uppställt krav genom att hänvisa till och bilägga kontaktkortet till anbudet och genom att i punkt 3.1.28 bekräfta att samtliga obligatoriska krav och kommersiella villkor uppfylls.

Krav avseende leveranstid

Av punkt 2.1.7 i förfrågningsunderlaget framgår ett identifierbart och preciserat ska-krav om att leverans ska kunna ske inom viss tid såvitt avser lagerhållet material. Onninen AB har uppfyllt ska-kravet. Härutöver finns inget krav i punkt 2.1.7 avseende att leverans ska kunna ske inom vissa tidsramar. I förfrågningsunderlaget ställs visserligen två frågor, nämligen om tid för leverans vid akuta tillfällen av dels lagerhållet material, dels icke lagerhållet material. Frågorna innebär dock inte krav på att leverans ska kunna ske inom viss angiven tid vid akuta ärenden. Onninen AB har besvarat frågorna. Beträffande icke lagerhållet material har Onninen AB angett att leveranstiden inte kan anges eftersom denna är beroende på tillverkare. Om ett krav skulle anses ha uppställts om att en viss tidsangivelse ska anges – av vilket slag som helst – är förfrågningsunderlaget inte tillräckligt preciserat och tydligt för att uppfylla principerna om förutsebarhet, tydlighet och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Ett ska-krav som innebär att vilken leveranstid som helst kan anges fyller inte heller någon rimlig funktion.

Anbudens giltighetstid

Om kammarrätten bifaller Onninen AB:s yrkande om att avslå Ahlsell Sverige AB:s ansökan om överprövning kommer det ursprungliga tilldelningsbeslutet, varigenom Onninen AB:s anbud antogs, att stå fast. I detta fall finns enligt etablerade principer ingen fråga om anbudens giltighet.

Om kammarrätten däremot inte bifaller Onninen AB:s förstahandsyrkande finns inga giltiga anbud kvar att utvärdera. I förfrågningsunderlaget ställs krav på att anbud ska vara bindande till och med den 31 december 2012. Denna tidpunkt har passerats varför inget av de lämnade anbuden längre är giltigt. Upphandlingen måste därför göras om.

Örebro kommun

Örebro kommun anser att kammarrätten ska pröva frågan om giltighet för anbud men anger i övrigt att Onninen AB:s yrkande godtas.

Ahlsell Sverige AB

Ahlsell Sverige AB anser att överklagandet ska avslås. I andra hand yrkar bolaget att kammarrätten återförvisar målet till förvaltningsrätten för prövning av den grund i bolagets ansökan som förvaltningsrätten inte tagit ställning till. Vidare anser Ahlsell Sverige AB att kammarrätten ska avvisa Onninen AB:s andrahandsyrkande. Bolaget åberopar vad det tidigare anfört och tillägger bl.a. följande.

Krav avseende beställning

I punkt 2.1.2 i förfrågningsunderlaget efterfrågas information om hur beställning kan ske och kontaktuppgifter. Onninen AB har hänvisat till bilagan "Kontaktkort VA", vilket obestrifft avser bilagan "Kundteam VA". Varken av svaret eller av bilagan framgår huruvida beställning kan ske via Onninen AB:s hemsida. Bilagan innehåller för övrigt endast kontaktuppgifter till personer som är anställda av Onninen AB och innebär inget skriftligt och konkret åtagande från Onninen AB. Fråga är om ett obligatoriskt krav som innebär att vissa uppgifter ska anges. Det är inte tillräckligt för uppfyllelse att

det i anbudet bekräftas att samtliga obligatoriska och kommersiella villkor uppfylls.

Krav avseende leveranstid

Punkt 2.1.7 i förfrågningsunderlaget innehåller enligt ordalydelsen fyra skalkrav, däribland att tid ska anges för leverans vid akuta tillfällen av dels lagerhållet material, dels icke lagerhållet material. Onninen AB har inte uppgett någon leveranstid för icke lagerhållet material. Det svar som bolaget lämnat är inget precist eller definierat åtagande gentemot kommunen. Att förfrågningsunderlaget inte innehåller något krav på hur lång leveranstiden får vara vid akuta tillfällen kan inte medföra någon annan bedömning av Onninen AB:s anbud. En anbudsgivare som inte anger en leveranstid förbinder sig inte heller till någon leveranstid över huvud taget, vilket vore orimligt.

Anbudens giltighetstid

Kammarrätten har inom ramen för detta mål att ta ställning till om det med anledning av Ahlsell Sverige AB:s ansökan finns skäl för ingripande enligt LOU. Onninen AB:s andrahandsyrkande om att upphandlingen måste göras om för att en ny och giltig tilldelning ska kunna ske berör inte frågan om huruvida kommunen inte skulle ha förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Onninen AB går därför utanför saken i målet (Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 351-12). Vidare saknar Onninen AB, om än dess anbud har angripits och bolaget har rätt att överklaga förvaltningsrättens dom, rätt att framställa nya yrkanden (Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 4714-12).

Om kammarrätten inte avvisar Onninen AB:s andrahandsyrkande ska detta avslås. Ahlsell Sverige AB har vid tre tillfällen skriftligen förlängt sitt anbuds giltighetstid, senast den 19 juni 2013 då giltighetstiden förlängdes till och med den 30 september 2013. Bolagets anbud är därför fortfarande gällande.

Såvitt är känt för bolaget har Onninen AB inte överlämnat någon specifik skrivelse till kommunen avseende förlängning av sitt anbuds giltighetstid. Med hänsyn till Onninen AB:s ställning som klagande part, med yrkande om rättelse, får dock anses stå klart att bolaget står fast vid sitt anbud.

Om Onninen AB:s anbud inte längre är bindande saknas skäl för kammarrätten att ta ställning till bolagets yrkande om rättelse, eftersom Ahlsell Sverige AB:s anbud fortfarande är giltigt. För det fall Onninen AB:s anbud inte längre är bindande har bolaget varken lidit eller riskerat att lida skada.

Vidare har Onninen AB inte framfört eller visat att kommunen brustit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU i fråga om anbudens giltighetstid. Således har Onninen AB heller inte lidit skada av någon sådan brist, vilket utgör förutsättning för ingripande.

Övrigt

Kammarrätten har den 5 juni 2013 beslutat att Örebro kommun inte får ingå avtal innan något annat har bestämts i målet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan huruvida den omständigheteten att anbudens giltighetstid kan ha löpt ut kan beaktas aktualiseras enligt kammarrättens mening först om det finns skäl för ingripande i upphandlingen i enlighet med 16 kap. 6 § LOU. En första fråga är således om det föreligger sådana skäl.

Krav avseende beställning

I punkt 2.1.2 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att beställningar ska kunna ske via hemsida, e-post, telefon eller fax. Vidare efterfrågas uppgift från anbudsgivare i fritextsvar enligt följande.

”Ange om beställning kan ske via hemsida, e-post, telefon och/eller telefax!
Ange också nummer för telefon och telefax, adress till hemsida och e-post!”

I Onninen AB:s anbud har såsom fritextsvar angetts ”Se bifogat dokument ’Kontaktkort VA’ ”. I det dokumentet återfinns kontaktuppgifter till personer som jobbar med VA och som har funktionen ”Innesäljare/Offert” eller ”Utesäljare”. Uppgift finns om personernas telefonnummer, telefaxnummer och e-postadresser. Av dokumentet framgår vidare bl.a. växeltelefonnummer och hemsidadress för Onninen AB.

Kammarrättens bedömning

Ordalydelsen i punkt 2.1.2 innebär att det som krav gäller att beställning ska kunna ske genom något eller flera av alternativen hemsida, e-post, telefon eller telefax. Den information som efterfrågas från anbudsgivare avser dock att det för samtliga dessa alternativ ska anges dels huruvida beställning kan ske, dels kontaktuppgift.

I det kontaktkort som bifogats Onninen AB:s anbud anges visserligen inte uttryckligen huruvida beställning kan ske genom något eller flera av de alternativ som avses i punkt 2.1.2 i förfrågningsunderlaget. Enligt kammarrättens uppfattning måste emellertid uppgifterna om telefonnummer, telefaxnummer och e-postadress till enskilda säljare rimligen förstås på det sättet att beställning kan ske med användning av dessa kontaktuppgifter.

Kammarrätten anser därför att Onninen AB har uppfyllt det krav som uppställts om att beställning ska kunna ske på något av de alternativa sätten samt att bolaget har redovisat begärda uppgifter i fråga om telefonnummer, telefaxnummer och e-postadress. Enbart angivandet av bolagets hemsidadress i kontaktkortet kan däremot inte anses besvara frågan om huruvida beställning kan ske via hemsida.

Frågan är då om denna brist i Onninen AB:s anbud utgör grund för att bortse från anbudet. Visserligen följer av likabehandlingsprincipen att ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav som uppställts av den upphandlande myndigheten i princip inte får beaktas. I förevarande fall innehåller dock förfrågningsunderlaget inget krav på att beställning ska kunna ske via

hemsida. Inte heller ska möjligheten till sådan beställning ligga till grund för anbudsutvärderingen. Den efterfrågade uppgiften om huruvida beställning kan ske via hemsida får därför i sammanhanget anses ha karaktär av ren upplysning, helt utan betydelse för frågan om vilket anbud som ska antas. Vid sådant förhållande anser kammarrätten att det skulle vara oproportionerligt att lägga bristen i Onninen AB:s anbud till grund för att bortse från anbudet. Att bolagets anbud utvärderats trots bristen innebär därför inte att Örebro kommun förfarit i strid med LOU.

Krav avseende leveranstid

I punkt 2.1.7 i förfrågningsunderlaget uppställs som krav dels att leverans ska ske nästkommande vardag vid beställning före kl. 15.00 av lagerhållet material, dels att leveranstidpunkt ska väljas med hänsyn till kundens möjlighet att ta emot godset, inom normal arbetstid (7.00–15.30). Vidare efterfrågas uppgifter i fritextsvar enligt följande.

”Ange tid för leverans vid akuta tillfällen av lagerhållet material. Ange även tid för leverans vid akuta tillfällen av icke lagerhållet material.”

I Onninen AB:s anbud anges följande beträffande akuta tillfällen av lagerhållet material.

”Akuta ärenden under ordinarie arbetstid åtgärdas omgående och kan levereras inom 1–3 timmar. Beroende på leveransplats. Kan även avhämtas på centrallager. För akuta ärenden utanför ordinarie arbetstid gäller Onninens jourservice.”

Vidare anges följande i anbudet beträffande akuta tillfällen av icke lagerhållet material.

”Leveranstid kan ej anges då den är beroende av tillverkare. Onninen ställer givetvis upp för att lösa problem på snabbast och bästa sätt.”

Örebro kommun har i överprövningsprocessen anfört att kommunen, efter anbudstidens utgång, meddelat Onninen AB att det i punkt 2.1.7 finns en fråga som behöver besvaras: ”Ange tid för leverans vid akuta tillfällen av icke lagerhållet material!”. Såvitt framgår av vad kommunen anfört lämnade Onninen AB därefter, som svar, samma information som bolaget angett beträffande leveranstid för akuta tillfällen av lagerhållet material.

Kammarrättens bedömning

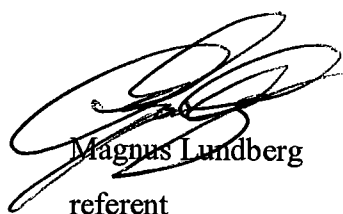
Punkt 2.1.7 i förfrågningsunderlaget uppställer inget krav på någon viss längsta leveranstid vid akuta tillfällen, vare sig det är fråga om lagerhållet eller icke lagerhållet material. Vidare är de uppgifter som efterfrågats i detta avseende inte avsedda att ligga till grund för anbudsutvärderingen. Under dessa omständigheter anser kammarrätten, även om Onninen AB i sitt anbud inte har specificerat någon leveranstid vid akuta tillfällen för icke lagerhållet material, att det saknas förutsättningar för att på den grunden bortse från anbudet. Ett annat synsätt skulle enligt kammarrättens mening leda till ett oproportionerligt resultat (jfr bedömningen ovan).

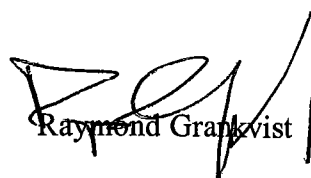
Det nu anförda medför att det saknar betydelse i vad mån den komplettering som begärts av Örebro kommun, liksom Onninen AB:s efterföljande svar, har kommit att gå utöver vad som utgjort en konkretisering av tidigare uppgifter i anbudet.

Återförvisning

Förvaltningsrätten har inte prövat vad Ahlsell Sverige AB har anført om att Onninen AB:s anbud inte uppfyller uppställt krav på att priset på position 13.4 i VA-delen ska styrkas. Denna prövning bör med hänsyn till instansordningsprincipen inte göras av kammarrätten som första instans. Målet ska därför återförvisas till förvaltningsrätten för sådan prövning.

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


Magnus Lundberg
referent


Raymond Granqvist


Carina Gester



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2013-05-31
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
1657-13 E

SÖKANDE

Ahlsell Sverige AB, 556012-9206
Liljeholmsvägen 30
117 98 Stockholm

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

MOTPARTER

1. Örebro kommun
Box 300 00
701 35 Örebro

2. Onninen AB, 556371-9474
Box 1602
701 16 Örebro

Ombud: Advokat Magnus Wiktorson
Advokatfirman NORDIA Göteborg KB
Kungsportsavenyen 31-35
411 36 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att utvärderingen ska göras om. Vid utvärderingen ska endast de anbud som uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav utvärderas i enlighet med det som anförs i domskälen under ”Förvaltningsrättens bedömning”.

Dok.Id 86425

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

En upphandling har genomförts i samverkan mellan kommunerna Askersund, Hallsberg, Karlskoga, Kumla, Lekeberg, Örebro, Arboga, Kungsör och Köping samt även Futurum fastigheter i Örebro AB och Bergslagens kommunalteknik. Upphandlingen har utförts av Örebro kommun och avser ramavtal på VA- och VVS-material under perioden den 1 oktober 2012 till den 30 september 2015 med möjlighet till förlängning (Ks 154/2012). Upphandlingen har genomförts genom öppet förfarande enligt LOU. Som utvärderingsgrund har tillämpats lägsta pris. Enligt tilldelningsbeslut har de upphandlande myndigheterna beslutat att anta anbudet från Onninen AB.

I dom den 15 februari 2013 (mål nr 4347-12) förordnade förvaltningsrätten om rättelse på så sätt att utvärderingen skulle göras om. Domen överklagades av Onninen AB till Kammarrätten i Göteborg, som i beslut den 17 april 2013 (mål nr 1662-13) upphävde förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för handläggning.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Ahlsell Sverige AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts, i första hand på så sätt att Onninen AB:s anbud förkastas och i andra hand på så sätt att Onninen AB:s anbud åläggs ett belastningspris beträffande position 13.4 (VA-delen).

Ahlsell Sverige AB anför följande.

Ahlsell har till följd av begångna fel lidit skada eftersom man vid en korrekt utvärdering hade tilldelats kontraktet. Onninen AB:s anbud är behäftat med åtminstone tre brister avseende skall-krav.

Beställningsrutiner

Onninen har inte angett huruvida beställning kan ske via hemsida, e-post, telefon och/eller telefax. Det framgår av förfrågningsunderlaget (punkten

2.1.2) att kravet är obligatoriskt. Det går inte att endast klicka i "Ja" för att visa på att kravet uppfylls. I stället finns ett fritextfält där svar ska lämnas enligt följande: "Ange om beställning kan ske via hemsida, e-post, telefon och/eller telefax! Ange också nummer för telefon och telefax, adress till hemsida och e-post! (Fritextsvar)". Således måste det svar som en anbudsgivare lämnar i fritextfältet, eller den information som anbudsgivare i fritextfältet hänvisar till, visa på att kravet uppfylls. Onninen har uppgett följande: "Kontaktkort VA". Den bilaga som Onninen hänvisar till kan inte vara någon annan än den som är benämnd "Kundteam VA". Det framgår inte på något sätt av nämnda bilaga huruvida beställning kan ske via hemsida, e-post, telefon och/eller telefax. När det gäller frågan om beställning kan ske via hemsida är det inte tillräckligt att endast ange en hemsidadress för att kravet ska anses uppfyllt. Bara det faktum att en anbudsgivare har en hemsida visar inte med automatik på att beställningar också kan göras via densamma. En upphandlande myndighet får enbart beakta sådan information som har skickats med anbudet och hade kommunen gjort så hade den upptäckt att Onninen inte uppfyller kravet under punkten 2.1.2. Konsekvensen av att Onninen har utelämnat denna information är att Onninen inte har förbundit sig till att kunna ta emot beställningar via hemsidan. Kravet kan inte tolkas på annat sätt än att Örebro kommun ska kunna göra beställningar via leverantörens hemsida. Ahlsell har, såsom efterfrågats, förbundit sig till att kunna ta emot beställningar via sin hemsida. Att anta Onninens anbud är ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Ahlsell vill påtala den rättspraxis som finns på området. En dom från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 872-12) visar på att det är anbudet i det skick som förelåg vid anbudstidens utgång som ska bedömas. Detta innebär i detta fall att om Örebro kommun genom egna efterforskningar finner att beställning kan ske via Onninens hemsida, får detta inte beaktas vid kvalificeringen och utvärderingen av anbudet.

Leveranstider

Onninen har inte angett någon tid för leverans vid akuta tillfällen av icke lagerhållet material (punkten 2.1.7). Det framgår av upphandlingssystemet att detta krav är obligatoriskt. Örebro kommun har efterfrågat information bl.a. enligt följande: "Ange även tid för leverans vid akuta tillfällen av icke lagerhållet material". Svar ska lämnas av anbudsgivaren i ett fritextfält. Onninen har svarat enligt följande: "Leveranstid kan ej anges då den är beroende av tillverkare. Onninen ställer givetvis upp för att lösa problem på snabbast och bästa sätt". Onninen har således inte angivit någon leveranstid över huvud taget. Att leveranstiden av icke lagerhållet material är beroende av tillverkaren är något som är en verklighet för alla grossister. Dock är det fullt möjligt att ange en leveranstid, vilket exempelvis Ahlsell har gjort. Kravet är tydligt; en leveranstid för dessa situationer ska anges. Om ingen tid anges kan inte kravet anses uppfyllt. Att Onninen i meningen efter uttalar sin ambition att lösa problem på snabbast och bästa sätt läker på intet sätt det faktum att ingen leveranstid har angetts för leverans vid akuta tillfällen av icke lagerhållet material. Det som efterfrågas är inte anbudsgivarens vilja och ambition att lösa problem, utan det är en leveranstid som efterfrågas. Kravet måste förstås på så sätt att anbudsgivaren ska förbinda sig till en viss leveranstid avseende icke lagerfört material när kommunen har materialbehov vid akuta tillfällen. Genom sin skrivelse har Onninen inte förpliktat sig till någon fast leveranstid alls avseende akut leverans av icke lagerfört material. Detta betyder att kommunen, för det fall avtal tecknas med Onninen, inte kommer kunna kräva någon specifik leveranstid vid dessa akuta situationer. Det förefaller således uppenbart att Onninen inte har uppfyllt det obligatoriska kravet att ange sådan leveranstid. Eftersom Ahlsell, såsom efterfrågats, har angett leveranstid under denna punkt och därmed har förbundit sig till specifik leveranstid avseende dessa akuta situationer strider det mot likabehandlingsprincipen att låta Onninens anbud gå vidare till slutlig utvärdering trots att de inte har förbundit sig till någonting avseende denna punkt.

Priserna måste kunna styrkas

Onninen kan inte styrka priset (punkten 2.1.1) på position 13.4 i VA-delen. Det framgår av upphandlingssystemet att detta krav är obligatoriskt. Det krav som är av intresse lyder enligt följande: "Priser i anbudet baseras på priser i katalog/hemsida exklusive rabattsats. Priserna måste därför kunna styrkas med prislista i katalog, pris på hemsida eller annat alternativ. I artikelspecifikationen ska hänvisning till katalogsida/hemsida anges". Onninen har på position 13.4 offererat artikeln "Vatek". Denna artikel återfinns varken i Onninens katalog/hemsida eller i Onninens bruttoprislista som bifogades anbudet. Eftersom denna artikel varken återfinns i Onninens katalog, på deras hemsida eller i bruttoprislistan, uppfyller inte Onninen kravet på att priset kan styrkas. Kravet måste rimligtvis förstås så att en anbudsgivare inte ska kunna utnyttja utvärderingsmodellen genom att sätta låga bruttopriser i varukorgen för att på så sätt kunna lämna en låg rabattsats som sedan ska gälla för hela det övriga sortimentet inom samma produktgrupp. Det framgår nämligen av förfrågningsunderlaget att rabattsatsen som anges i kolumn i artikelspecifikationen ska gälla den produkt som ska utvärderas och hela den produktgruppen som produkten tillhör oavsett dimension, storlek m.m. Genom att inte upprätthålla kravet på att priset ska kunna styrkas har Onninen på detta sätt kunnat tillförskansa sig en otillbörlig fördel. Örebro kommun har således, genom att inte upprätthålla detta krav avseende Onninens anbud vad gäller position 13.4 VA-delen, brutit mot likabehandlingsprincipen.

Örebro kommun motsätter sig bifall till ansökan och anför följande.

Beställningsrutiner

Onninen har besvarat frågan genom att skicka med ett blad där informationen om de upphandlande myndigheternas möjligheter att kontakta Onninen för beställningar. Uppgift finns på bladet om namn på säljare, med telefonnummer, telefaxnummer, e-postadress samt information med hemsida och

e-postadress till företaget. Detta finner de upphandlande myndigheterna tillräckligt som svar på frågan.

Leveranstider

Enligt 9 kap. 8 § LOU har den upphandlande myndigheten möjlighet att hämta in förtydliganden. En kompletterande fråga ställdes därför till Onninen den 5 juli 2012 angående svaret som lämnats. "Fråga: I förfrågningsunderlaget för VA-VVS-material för kommuner/förbund i Örebro län samt kommunerna Arboga, Kungsör och Köping har vi en fråga på punkt 2.1.7 som behöver besvaras: Ange tid för leverans vid akuta tillfällen av icke lagerhållet material! Svar: Akuta ärenden under ordinarie arbetstid åtgärdas omgående och kan levereras inom 1-3 timmar. Beroende på leveransplats. Kan även avhämtas på centrallager. För akuta ärenden utanför ordinarie arbetstid gäller Onninens jourservice."

Priserna måste kunna styrkas

När arbetet med att godkänna/underkänna produkterna gjordes, godkände de sakkunniga produkten 13.4 hos Onninen. Vateks produkt var känd av de sakkunniga och ingen granskning i prislista eller på hemsida behövde göras. Vid förfrågan till Onninen om att produkt inte finns med i prislista meddelar de att produkten inte finns i ordinarie sortiment i dag, men kommer att införskaffas om de blir leverantör. Andra produkter från Vatek ingår i det ordinarie sortimentet, se t.ex. nr 13.1 och 13.2 och med samma rabattsats för produktgruppen som för 13.4. Texten "Finns ej i Onninens ord. sortiment", som står på andra produkter, missades av Onninen, som information på position 13.4 i artikelspecifikationen. Att ge Onninen ett belastningspris för position nr 13.4 är felaktigt. Onninen har svarat på produkten med pris och rabattsats för produktgruppen och därmed anser de upphandlande myndigheterna frågan vara besvarad.

Ahlsell Sverige AB tillägger följande.

Beställningsrutiner

Kravet är inte utformat på så sätt, vad gäller hemsida, att endast en hemsida ska anges. Kravet är uppenbart utformat på så sätt att anbudsgivare har att ange om beställning kan ske via hemsida. Det är långt ifrån en självklarhet att beställning kan göras via en hemsida så det kan inte hävdas att det är underförstått att beställning kan göras via en hemsida enbart för att en hemsida har angetts.

Leveranstider

Av kommunens yttrande framgår att kommunen har hämtat in kompletterande uppgifter från Onninen avseende leveranstid för akuta tillfällen av icke lagerhållet material. Upphandlande myndighet får förvisso bereda en anbudsgivare möjlighet att inkomma med kompletteringar och förtydliganden avseende anbudet samt ge möjlighet att rätta uppenbara fel. Detta dock endast om det kan ske utan risk för särbehandling. Den kompletteringsmöjlighet som kommunen har gett Onninen utgör dock särbehandling och kan därmed inte anses vara förenlig med likabehandlingsprincipen. Onninen's anbud utan kompletteringar saknade ett angivande av leveranstid varför den tillkomna leveranstiden måste anses utgöra helt ny information och därmed en otillåten komplettering.

Om den kompletteringsmöjlighet som kommunen i detta fall gett en anbudsgivare skulle betraktas som tillåten enligt lagstiftningen, skulle detta innebära att leverantörer mer eller mindre regelmässigt skulle kunna se en möjlighet i att inte ange vissa efterfrågade uppgifter som senare ska ligga till grund för avtalet. Om detta inte godtas av den upphandlande myndigheten skulle leverantören ändå få möjlighet att komplettera. En sådan ordning kan inte anses vara förenlig med LOU. Ahlsell anser därför att kommunen har särbehandlat Onninen och därmed agerat på ett sätt som inte är förenlig med likabehandlingsprincipen. För det fall förvaltningsrätten skulle

finna att kommunen inte har agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att begära in denna kompletterande uppgift anför Ahlsell följande. Onninens kompletterande uppgifter är inte tillräckliga för att kravet ska anses vara uppfyllt. Av svaret framgår endast leveranstiden vid akuta ärenden under ordinarie arbetstid. Någon uppgift om Onninens jourservice har inte bifogats till anbudet.

Priserna måste kunna styrkas

Kraven under 2.1.1 är obligatoriska. Det får därför betraktas som anmärkningsvärt att kommunen i sitt yttrande anger att ingen granskning mot bifogad prislista eller hemsida behövde göras eftersom produkten var känd sedan tidigare. Kommunen synes ha nöjt sig med Onninens svar om att denna artikel kommer att införskaffas för det fall Onninen tilldelas kontrakt. Detta kan dock inte motivera att kommunen bortser från kravet att priset måste styrkas genom katalog eller prislista. Andra anbudsgivare har, på grund av kravet i 2.1.1 nödgats att endast offerera produkter man har täckning för i sin prislista eller katalog.

Örebro kommun tillägger följande.

Leveranstider

Svar på frågan om leverans vid akuta tillfällen av lagerhållet material har begärts efter anbudstidens utgång eftersom svaret på frågan inte bedömdes som tillräckligt. Någon särbehandling har det inte varit frågan om eftersom förtydligande frågor av liknande karaktär har ställts till samtliga anbudsgivare, bl.a. har den upphandlande myndigheten begärt svar på åtta frågor från Ahlsell efter anbudstidens utgång för att kunna utvärdera deras anbud.

Priserna måste kunna styrkas

När de upphandlande myndigheterna har behov av att säkerställa prisuppgift, fabrikat eller annan uppgift ska denna katalog, hemsida eller annat

alternativ finnas tillgänglig. De upphandlande myndigheterna har frågat på 181 produkter. De upphandlande myndigheterna har inte haft för avsikt att leta i anbudsgivarens "katalog/hemsida eller annat alternativ" för varje produkt som offererats utan använda dem vid behov. Anbudsgivaren har också flera andra produkter av samma fabrikat (Vatek) och den aktuella produkten kontrollerades därför inte i katalog, på hemsida eller annat.

Onninen AB har yttrat sig målet och då anfört bland annat följande.

Onninen bestrider Ahlsells yrkanden, till följd varav tilldelningsbeslutet den 8 oktober 2012, varigenom Onninens anbud antas, ska stå fast. Onninen bestrider att bolagets anbud i något avseende skulle vara behäftat med brister avseende skall-krav. Onninen uppfyller samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget. De upphandlande kommunerna har inte i något avseende brutit mot de grundläggande principerna för upphandling som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Ahlsell har inte lidit eller kan inte heller komma att lida skada.

Beställningsrutiner

Beställningar av Onninen kan göras på samtliga de alternativ som anges i första stycket under punkten 2.1.2 i förfrågningsunderlaget. Därmed uppfyller Onninen detta skall-krav. I punkten 3.1.28 begär de upphandlande kommunerna att anbudsgivaren ska bekräfta att samtliga obligatoriska och kommersiella villkor uppfylls och accepteras. Onninen har lämnat bekräftelse härpå, vilket även innefattar en bekräftelse på att ovan nämnda skall-krav är uppfyllt. Av punkten 2.1.2 andra stycket framgår att kommunerna önskar att anbudsgivarna ska ange om beställning kan ske på de aktuella alternativen samt lämna kontaktuppgifter. Onninen har besvarat förfrågningsunderlaget i denna del genom att hänvisa till och bifoga ett kontaktkort där samtliga de efterfrågade kontaktuppgifterna finns samlade. Onninens svar, genom att hänvisa till sitt kontaktkort, kan inte rimligen tolkas på något annat sätt än att det även utgjorde en bekräftelse på att beställning

kan ske på samtliga de i kontaktkortet angivna kontaktuppgifterna. Att de upphandlande myndigheterna fann att Onninen svar var tillräckligt tydligt och att man kunde nöja sig med detta, framgår även av vad Örebro kommun anför.

Leveranstider

Kommunerna har ställt upp krav att leverans ska kunna ske inom viss tid. I förfrågningsunderlaget anges sålunda uttryckligen att vid beställning före kl. 15.00 av lagerhållet material ska leverans ske nästkommande vardag. Härutöver ställer förfrågningsunderlaget överhuvudtaget inte något skallkrav avseende att leverans ska kunna ske inom vissa tidsramar. Onninen uppfyller detta skallkrav, vilket har bekräftats i anbudet. Utöver skallkravet ställs två frågor i förfrågningsunderlaget (punkten 2.1.7), där anbudsgivaren ombeds ange tid för leverans vid akuta tillfällen avseende dels lagerhållet material och dels icke lagerhållet material. Det finns inte något skallkrav av innebörd att leverans ska kunna ske inom viss angiven tid när det gäller akuta ärenden. Onninen har besvarat båda de ställda frågorna. När det gäller icke lagerhållet material så är det fråga om produkter som ännu inte är inköpta av leverantör. På grund av detta kommer leveranstiden att vara beroende av enskild produkt och tillverkare. I detta avseende föreligger ingen skillnad mellan Onninen och övriga anbudsgivare. I konsekvens härmed är det naturligt att upphandlande myndighet såvitt gäller icke lagerhållna produkter inte har uppställt något skallkrav avseende leveranstiden.

Priserna måste kunna styrkas

I förfrågningsunderlaget anges att priserna i anbudet måste styrkas med prislista i katalog, pris på hemsida eller annat alternativ. Onninen har till sitt anbud bifogat en bruttoprislista och härigenom styrkt lämnat pris avseende den aktuella produkten.

Ahlsell Sverige AB vidhåller vad som har anförts i tidigare yttranden.

DOMSKÅL

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 skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 9 kap. 8 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar fel-skrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enligt andra stycket i paragrafen får myndigheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 eller 11 kap. samma lag.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har 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 har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår under punkten 2.1.7 att tid för leverans vid akuta tillfällen av lagerhållet material ska anges för såväl lagerhållet material som icke lagerhållet material. Av Onninen AB:s anbud framgår att bolaget har besvarat den första frågan enligt följande: "Akuta ärenden under ordinarie arbetstid åtgärdas omgående och kan levereras inom 1-3 timmar beroende på leveransplats. Kan även avhämtas på centrallager. För akuta ärenden utanför ordinarie arbetstid gäller Onninen AB:s jourservice". Frågan om leveranstid för icke lagerhållet material har besvarats på följande sätt: "Leveranstid kan ej anges då den är beroende av tillverkare. Onninen AB

ställer givetvis upp för att lösa problem på snabbast och bästa sätt". Örebro kommun har uppgett att det förstnämnda svaret har inkommit efter att Onninen AB har tillfrågats om saken. Örebro kommun har i sitt första yttrande till förvaltningsrätten uppgett att Onninen AB:s uppgift gav svar på frågan om tid för leverans av icke lagerhållet material, vilket inte stämmer med hur uppgiften har antecknats i anbudet. I sitt andra yttrande har kommunen däremot uppgett att Onninen AB:s svar gällde frågan om leveranstid för lagerhållet material. Örebro kommun har ansett att den har ställt en kompletterande fråga på ett otillräckligt svar från Onninen AB. Enligt kommunen uppgav den för Onninen AB att det fanns en fråga som behövde besvaras. Örebro kommun uppmanade Onninen AB enligt följande: "Ange tid för leverans vid akuta tillfällen av icke lagerhållet material!".

Förvaltningsrätten anser, oavsett ovanstående otydligheter angående lagerhållet eller icke lagerhållet material, att Onninen AB vid anbudstidens utgång inte hade besvarat frågan och att frågan, efter uppmaning, fortfarande inte till fullo är besvarad. Örebro kommuns inställning är att Onninen AB har getts möjlighet att komplettera sitt svar i enlighet med 9 kap. 8 § LOU. Genom det sätt som Örebro kommun har formulerat sin uppmaning på till Onninen AB framstår det dock som att även Örebro kommun har ansett att frågan inte var besvarad.

En komplettering som avses i 9 kap. 8 § LOU får inte leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud och det får endast innebära att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 13 oktober 2005 i mål nr 4214-05 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 maj 2012 i mål nr 872-12). De uppgifter som Onninen AB har tillåtits komplettera sitt anbud med hör inte den typen av uppgifter. I stället är det uppgifter som enligt uppställda obligatoriska krav skulle ingå i anbudets innehåll, men som har utelämnats.

Onninen AB har besvarat frågan under punkten 2.1.2 i förfrågningsunderlaget på så sätt att bolaget har hänvisat till ett dokument med adress- och telefonuppgifter. Förvaltningsrätten anser att Onninen AB med detta inte har uppgett på vilket sätt beställning kan ske och att bolaget inte har åtagit sig någonting beträffande den saken. Utvärderingen måste då bygga på rena antaganden, vilket inte leder till en rättvis jämförelse med övriga anbud.

Genom att Örebro kommun agerat i strid med LOU har Ahlsell AB lidit eller kan komma att lida skada. Med anledning av vad ovan har anförts finns det skäl för beslut om rättelse, genom att utvärderingen görs om. Vad Onninen AB har anført utgör inte skäl för en annan bedömning. Vid en ny utvärdering ska endast de anbud som uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav utvärderas. Med denna utgång saknas det anledning för förvaltningsrätten att ta ställning i frågan om den prisuppgift som inte har styrkts på ett visst sätt.

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



Olle Sundberg

rådman

Föredragande: förvaltningsrättsjuristen Monica Krunegård

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.