



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-08-26
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2699-11
Enhet 2

SÖKANDE

Dahl Sverige AB, 556287-0229
Industrigatan 38
581 11 Linköping

Ombud: Advokat Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

1. Nyköpings kommun
611 83 Nyköping

2. Ahlsell Sverige AB
Liljeholmsvägen 30
117 98 Stockholm

Ombud: Johan Bui-Quy
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2011-08-29	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att Nyköpings kommuns upphandling ”Rör- och rördelar för kommunens totala behov”, diarienummer KK10/446, ska göras om.

Dok.Id 48073

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

BAKGRUND

Nyköpings kommun (kommunen) inbjöd genom förfrågningsunderlag leverantörer att lämna anbud avseende upphandling "Rör- och rördelar för kommunens totala behov", diarienummer KK10/446. Kommun beslutade den 20 april 2011 att anta en annan anbudsgivare än Dahl Sverige AB (Dahl), nämligen Ahlsell Sverige AB (Ahlsell).

ANSÖKAN M.M.

Dahl ansöker om överprövning av upphandlingen. I första hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten förordnar att utvärderingen ska göras om på så sätt att Ahlsells anbud inte beaktas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Grunden för förstahandsyrkandet är att Ahlsells anbud inte uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav avseende dels att det övriga prissortimentet ska ligga i samma prisnivå som priserna på artiklarna i anbudsspecifikationerna, dels att en av Ahlsells erbjudna artiklar inte är likvärdig den som efterfrågats. Grunden för andrahandsyrkandet är att förfrågningsunderlaget inte tydligt angett hur priserna på övrigt sortiment skulle förhålla sig till priserna på artiklarna i anbudsspecifikationen.

Till stöd för ansökan anförs bl.a. följande. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande och kontraktet ska tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån Pris (vikt 70 %) och Service och sortimentsbred (vikt 30 %). Nettopriset ska ifyllas i de till förfrågan bifogade anbudsspecifikationerna. I anbudsspecifikationerna hänvisas till vissa särskilda artiklar med angivna artikelnummer, s.k. RSK-nummer som pekar ut särskild produkt från en särskild tillverkare. Utvärdering av pris ska ske genom att det mest fördelaktiga totalpriset enligt bifogade anbudsspecifikationer erhåller 100 poäng. Övriga anbudspriser sätts sedan i relation till detta. Anbudsspecifikationerna innehåller tre stycken "typjobb" och en

sammanställning av vanligt förekommande artiklar. Det är endast fråga om en liten del av anbudsgivarnas sortiment och en mindre andel av de inköp som kan förväntas från kommunen. Anbudsgivarna ska även lämna anbud på sitt övriga sortiment. Enligt förfrågan ska anbudsgivarna offerera en nettoprislista eller en prislista med rabatt. Vidare anges att det övriga sortimentet ”*skall ligga i samma prisnivå som anbudsspecifikationerna*”. Det innebär, enligt bolagets uppfattning, att nettopriserna på det övriga sortimentet ska ligga på samma prisnivå som nettopriserna på motsvarande artiklar i anbudsspecifikationerna. Eller, om prislista med rabatt offereras, att priserna efter rabatt ska ligga på samma prisnivå som nettopriserna på motsvarande artiklar i anbudsspecifikationerna. Om inte detta krav uppställdes skulle en anbudsgivare kunna dumpa priserna på det begränsade antalet artiklarna i specifikationerna, och istället kompensera sig med kraftigt höjda priser på det övriga sortimentet. Eftersom endast en liten del av de förväntade inköpen omfattas av utvärderingspriset skulle anbudsgivaren få ett lågt pris i utvärderingen, medan den upphandlande myndigheten i praktiken skulle få höga kostnader vid tillämpningen av ramavtalet. Ahlsells anbud uppfyller inte kravet i denna del. Ahlsell har dumpat priserna på artiklarna i anbudsspecifikationerna och kompenserat sig genom högre priser på det övriga sortimentet. Ahlsell har på detta sätt skaffat sig en fördel gentemot bolaget som offererat samma prisnivå på artiklarna i det övriga sortimentet som på artiklarna i anbudsspecifikationerna. Eftersom Ahlsells anbud inte uppfyller skall-kravet på att prisnivån ska vara densamma på det övriga sortimentet ska Ahlsells anbud förkastas. Dahl lämnar även en rad exempel på Ahlsells rabattgivning och prissättning av olika varor för att belysa det anförda.

Ahlsells anbud ska även förkastas av följande skäl. Anbudsgivarna har, i enlighet med LOU:s bestämmelser, haft möjlighet att offerera likvärdiga produkter. En av Ahlsells offererade artiklar är dock inte likvärdig de efterfrågade artiklarna. Den efterfrågade produkten med RSK-nummer 7032032

har ram och lock tillverkad i segjärn, medan Ahlsells produkt med RSK-nummer 7038262 är tillverkad i gråjärn. Båda materialen är varianter av gjutjärn, men segjärn har en avsevärt högre hållfasthet än gråjärn. Segjärn är också betydligt dyrare än gjutjärn, varför en betäckning – liksom den efterfrågade – tillverkad i segjärn blir betydligt dyrare än en betäckning tillverkad av gjutjärn.

Kommunen yrkar att bolagets ansökan ska lämnas utan bifall samt anföra bl.a. följande. Kommunen har angett tre stycken typjobb och en lista på frekvent material, som fungerat som fyra ”varukorgar” på det material som åtgår i vanligt förekommande arbeten i kommunen. Detta upplägg är nödvändigt och vanligt förekommande där leverantörer har ett mycket stort sortiment och upphandlande myndighet inte har någon praktisk möjlighet att utvärdera hela produktsortimentet. Båda anbuden har bedömts likvärdigt gällande utvärderingskriteriet sortimentsbredd. Kommunen har specificerat ”varukorgarna” på ett transparent och tydligt sätt. Båda anbudsgivarnas priser och rabatter på övrigt sortiment har bedömts vara i enlighet med ”samma prisnivå”. Dahl anser att Ahlsell på ett systematiskt sätt skulle ha skaffat sig fördelar genom att dumpa priserna på artiklarna i anbuds-specifikationerna. Emot detta talar att prisskillnaden är liten och att anbudsgivarna måste stå för sina angivna priser. Eftersom det övriga sortimentet ligger utanför ”varukorgarna” och inte ingår i utvärderingen så har ingen av anbudsgivarna kunnat skaffa sig några otillbörliga utvärderingsfördelar. Det är självfallet upp till anbudsgivarna att göra en affärsmässig och strategisk bedömning av konkurrensen och anbudspriser på sina produkter där riktpislistor och olika rabattsatser i slutändan ger olika slutpriser beroende på en rad olika faktorer. Däri ligger rimligen också varje anbudsgivares volymuppskattning om t.ex. ”varukorgarna” och rimligen också rörbranschens erfarenhetsmässiga uppskattning av volymer och artiklar för det så kallade övriga sortimentet till en kommun.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angivit RSK-nummer för att på tydligast möjliga sätt ange vilken funktion som efterfrågas. Praxis medger att krav som ställs på produkter i en upphandling får ställas genom artikelnummer för det fall det är praktiskt ogenomförbart att på något annat sätt ange vilka funktionskrav som respektive produkt ska fylla. Likvärdiga produkter måste alltid godtas och så länge samma krav på handhavande, funktion och livslängd uppfylls av den offererade produkten ska den accepteras som likvärdig. Kommunen anser att såväl Dahl som Ahlsell offererade likvärdiga produkter som uppfyller de krav som kommunen uppställt i förfrågningsunderlaget. Värt att notera angående certifikat och standarder inom VA-material är att olika material kan anses uppfylla samma standard. Ett visst material behöver inte användas för att få en produkt certifierad eller godkänd enligt viss standard. Det betyder att betäckningar i olika gjutningar, gråjärn och segjärn, uppfyller samma standarder och certifikat. Artikelnumret som Ahlsell offererat är helt likvärdigt den efterfrågade funktionsmässigt, dvs. betäckningen uppfyller samma belastningsklass m.m. Kommunen har inte angett något krav på att betäckningen ska vara tillverkat i just segjärn.

Dahl anför i yttrande bl.a. följande. Skall-kravet "samma prisnivå" måste läsas mot bakgrund av att anbudsspecifikationerna dels endast omfattar en mycket liten del av anbudsgivarnas sortiment, dels beloppsmässigt omfattar en liten del av de inköp kommunen förväntas göra under avtalsperioden. Det är av den anledningen mycket viktigt för kommunen att de anbudssummor som utvärderas har relevans för kommunens totala kostnad.

En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare måste, enligt bolagets uppfattning, tolka det som att rabattsatserna på varor i artikelspecifikationerna och i det övriga sortimentet ska vara desamma. Kommunen har gjort gällande att Ahlsells i sitt anbud har "samma prisnivå" på det övriga sortimentet som i artikelspecifikationerna. Med anförande av olika

exempel gör Dahl gällande att prisnivån generellt sett är avsevärt högre i Ahlsells övriga sortiment än för de artiklar som anges i anbudsspecifikationerna.

Ahlsell som, i enlighet med Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 7 juni 2011 i mål nr 471-11 resp. den 14 juni 2011 i mål nr 7311-10, beretts tillfälle att yttra sig, anför bl.a. följande. Det är vanligt att för utvärderingen upprätta en varukorg innehållande de mest frekventa inköpta artiklarna. Att anbudsspecifikationen endast utgör en liten del av kommunens reella behov innebär inte att utvärderingen varit ägnad att ge ett icke rättvisande resultat. Det kan inte anses proportionerligt att en upphandlare ska se till eventuella anbudsgivares sortiment vid upprättandet av en varukorg. I och med de relevanta och tydligt angivna artiklarna måste anbudsspecifikationen anses transparent, likabehandlande samt ge ett rättvisande resultat. Det framgår tydligt att endast anbudsspecifikationen, och inte övrigt sortiment, kommer att utvärderas.

Dahl tolkar det som att det, avseende övrigt sortiment, finns ett krav på att rabatter i samma nivå måste offereras. Med ett sådant krav skulle en nettoprislista bli omöjlig att offerera. Kravet på "samma prisnivå" bör därmed innebära att priser i övrigt sortiment ska vara på en nivå som inte skiljer sig allt för mycket från den prisnivå som anges i anbudsspecifikationen, det vill säga priserna i prislistan får inte, vid en jämförelse med det övriga sortimentet, vara ovanligt höga. Det bör vara upp till den upphandlande enheten att avgöra om artiklarna ligger i samma prisnivå. I och med att kommunen ansett att Ahlsells pris för övrigt sortiment ligger på samma nivå som priset i anbudsspecifikationen, samt det faktum att Ahlsells totalpris för anbudsspecifikation endast är knappt 74 000 kr högre än bolagets, kan det inte anses visat att Ahlsell dumpat sina priser. I och med skillnader i produkternas utgångspris innebär skillnaderna i rabatt en avsevärt liten skillnad avseende slutpris. Om det angivna skall-kravet skulle anses utgöra

ett krav avseende rabattsatsernas nivå måste rabattsatserna, mot bakgrund av det ovanförda, anses vara på samma nivå som rabatterna i anbudsspecifikationerna.

Ahlsell delar kommunens bedömning att olika typer av gjutjärn, vilka uppfyller liknande funktion, avser likvärdiga produkter. Då det inte framgår att den likvärdiga produkten måste ha samma material, kan materialet inte anses utgöra stor vikt vid en likvärdighetsbedömning.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förfrågningsunderlaget

I Anbudsinbjudan anges bl.a. följande.

PRÖVNING OCH UTVÄRDERING

3. Anbudsutvärdering

Nyköpings kommun kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till samtliga omständigheter med följande viktning.

- | | |
|------------------------------|------|
| 1. Pris | 70 % |
| 2. Service – sortimentsbredd | 30 % |

Pris

Det mest fördelaktiga totalpriset enligt bifogad anbudsspecifikation 1-4, bilagor.

Service – sortimentsbredd

God service med full sortimentsbredd. Kunniga kontaktpersoner
Anbudsgivaren ska beskriva detta i anbudet.

KOMMERSIELLA VILLKOR

Kontrakt

Efter tilldelningsbeslutet och avslutad upphandling skall ramavtal/beställningsskrivelse upprättas gemensamt mellan leverantören och Nyköpings kommun. Ramavtal/beställningsskrivelse baseras på innehållet i detta förfrågningsunderlag och antaget anbud.

Priser

- Nettopriser skall ifyllas på bifogade anbudsspecifikation 1-4, bilagor. RSK-artikelnnummer är angivna. Motsvarande likvärdigt sortiment kan offereras, ange då vilket sortiment – fabrikat som är offererat, bilaga 2.
- Offerera nettoprislista eller Er prislista ./ rabatt på övrigt sortiment för rör- och rördelar inom detta varuområde, som ska ligga i samma prisnivå som anbudsspecifikation 1-4, bilaga 2.

Förvaltningsrättens bedömning

Likvärdiga produkter

Förvaltningsrätten finner att Dahl inte har visat att kommunen har brutit mot kraven enligt förfrågningsunderlaget genom att godta den av Ahlsell erbjudna produkten med RSK-nummer 7038262. Det som har förekommit i målet leder inte till annan bedömning än att denna produkt tillgodoser det avsedda ändamålet på ett sätt som är likvärdigt med den i underlaget angivna produkten med RSK-nummer 7032032. Det finns därför inte skäl till ingripande enligt LOU i denna del.

Transparens

Förvaltningsrätten prövar därefter det som Dahl har gjort gällande ifråga om förfrågningsunderlagets tydlighet, nämligen att det i underlaget enligt Dahl inte har angetts hur priserna på övrigt sortiment skulle förhålla sig till priserna på artiklarna i anbudsspecifikationerna. Frågeställningen blir då vad kravet på "samma prisnivå" innebär och om förfrågningsunderlaget är tillräckligt klargörande.

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet att lämna prislista på det övriga sortimentet är uppställt under Kommersiella villkor. Med sådana villkor avses villkor som reglerar avtalsrättsliga förhållanden som gäller under avtalstiden, exempelvis ekonomiska villkor och avtalstider, och inte förhållanden som hänför sig till kvalificeringen eller utvärderingen. Det följer av förfrågningsunderlaget att priserna på det övriga sortimentet inte utvärderas vid upphandlingen för att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kravet på "samma prisnivå" innebär emellertid att såväl leverantörer/anbudsgivare som kommunen har att ta ställning till priser i det övriga sortimentet för att bedöma utfallet av upphandlingen, låt vara att det inte

är för att jämföra olika anbud. Kommunen har även anfört att man funnit att både Dahl och Ahlsell har lämnat priser på "samma prisnivå". I och för sig är det med hänsyn till det stora antal varor som kan komma att köpas in av kommunen en lämplig metod att begränsa utvärderingen till ett antal varukorgar. Kommunen har emellertid i formuleringen av villkoret infört ett moment av värdering av priserna på det övriga sortimentet.

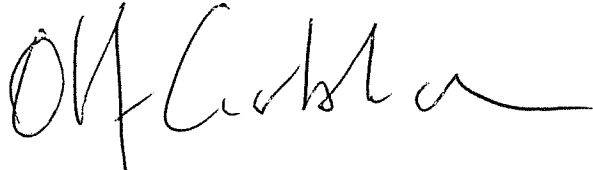
Vidare är kriterierna för att bedöma "samma prisnivå" inte preciserade i förfrågningsunderlaget. Innebörden av begreppet kan inte heller anses vara entydigt eller vedertaget. Detta lämnar öppet för en närmast skönsmässig bedömning av om priserna för det övriga sortimentet ligger på samma nivå som varorna enligt anbudsspecifikationerna. Villkoret måste också uppfattas som att ett anbud kan förkastas om kommunen anser att sortimentet inte håller samma prisnivå som varorna i anbudskorgarna.

Förvaltningsrätten finner således att tillämpningen av villkoret förutsätter en värdering av priserna i det övriga sortimentet och att utformningen inte är tillräckligt tydlig för att en leverantör/anbudsgivare ska kunna förutse om egna eller andra leverantörers/anbudsgivares priser tillgodoser kravet på "samma prisnivå" eller vilken bedömning kommunen gör i denna fråga. Detta står inte i överensstämmelse med principen om öppenhet och förutsebarhet. Dahl måste härigenom anses ha lidit eller riskera att lida sådan skada att ett ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU är motiverat.

Vid denna bedömning prövar förvaltningsrätten inte det som Dahl hävdar om att Ahlsells anbud inte uppfyller kravet på priser på det övriga sortimentet på "samma prisnivå" som varorna enligt anbudsspecifikationerna.

Eftersom bristen kan anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör upphandlingen göras om.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Olof Carlstedt'. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the end.

Olof Carlstedt

Handläggare har varit Charlotte Lindsäter.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU