



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2016-05-23
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26627-15
4543-16

SÖKANDE

Omninen AB, 556371-9474

Ombud: Advokat Magnus Wiktorson
Advokatfirman NORDIA Göteborg KB
Kungsportsavenyen 1
411 36 Göteborg

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-05-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Det interimistiska beslutet från den 11 december 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 697872

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00
Telefax
08-561 680 01
E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

~~SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling av Ramavtal gällande VA-material 2015 (ref nr 10271) genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen är indelad i 21 geografiska anbudsområden där tre rangordnade leverantörer ska antas per anbudsområde. Av tilldelningsbeslut meddelat den 26 februari 2016 framgår att SKI avser att tilldela ramavtal i samtliga geografiska anbudsområden till Dahl Sverige Aktiebolag (Dahl) med rangordningsplats 1, Ahlsell Sverige AB (Ahlsell) med rangordningsplats 2 och Onninen Aktiebolag (Onninen) med rangordningsplats 3.~~

Onninen ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om och i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Dahls och Ahlsells anbud inte får beaktas vid anbudsutvärderingen. Onninen har lämnat in en ansökan om överprövning före det att tilldelningsbeslutet meddelades (mål nr 26627-15) och en ansökan om överprövning efter det att tilldelningsbeslut meddelats (mål nr 4543-16). Till stöd för sin talan anför Onninen i huvudsak följande.

Onninens bruttopris överstiger Dahls med ca 82 procent vilket bara kan förklaras med att grundläggande felaktigheter förekommit inom ramen för upphandlingen.

Bruttoprislista

Utformningen av förfrågningsunderlagets punkt 4.6.5 innebär att de leverantörer som inte tidigare publicerat sina bruttoprislistor har fått en stor konkurrensfördel. En anbudsgivare som inte arbetar med en officiell bruttoprislista är naturligtvis helt fri i prissättningen mot sina kunder. SKI kan svårligen kontrollera eller hävda att lämnade bruttopriser inte är ”verkliga” eller ”gäl-

lande". En förklaring till resultatet i upphandlingen kan vara att Dahl och Ahlsell inte använt "verkliga" eller "gällande" bruttopriser.

Väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget

Tilläggen i det elektroniska forumet "frågor och svar" om att bruttopriserna

ska vara "verkliga och gällande" samt att bruttoprislistan inte får innehålla avvikelser från anbudsgivarens publika/officiala bruttoprislista innebär att förfrågningsunderlagets villkor väsentligen förändrats.

Dahls nettopris är högre än bruttopriset

Dahls nettopris är högre än bruttopriset och det är därmed uppenbart att upphandlingen är felaktig.

Leveranstid

Villkoret i punkt 4.3.1 att beställningsvaror ska kunna levereras inom fem arbetsdagar efter lagd beställning strider mot proportionalitetsprincipen. Det är otydligt vart en artikel ska härledas enligt punkten 4.1.2 i förfrågningsunderlaget och därmed vilken rabatt som kommer att gälla för artikeln.

Produktgrupper

I punkten 4.1.2 är det otydligt vart en artikel ska härledas och därmed vilken rabatt som kommer att gälla för artikeln. Det finns produkter som inte utvärderas där det för bolaget är otydligt vilken rabatt som kommer att gälla. Anbudsgivarna kan uppfatta villkoren på olika sätt vilket kan förklara att så olika bruttopriser har lämnats.

Otydligheter avseende hur priser ska lämnas

Utformningen av punkten 2.9.3 i förfrågningsunderlaget brister då de produkter som omfattas av upphandlingen inte säljs per förpackning och då olika fabrikanter tillämpar olika enheter. Detta kan ha haft en avgörande betydelse för hur respektive leverantör har valt att utforma sitt anbud.

Felaktigheter i beräkningen av Dahls och Ahlsells priser skulle kunna förklara det märkliga utfallet i upphandlingen.

Butiker

Förfrågningsunderlaget brister även i tydlighet och transparens i punkt 4.5.2

då definitionen av butik kan ge upphov till olika tolkningar hos olika leverantörer.

Ahlsells anbud

I det första tilldelningsbeslutet den 18 februari 2016 konstaterade SKI att Ahlsells anbud inte uppfyllde kravet på att 90 procent av sortimentet i prisbilagan ska offereras. I det senare meddelade tilldelningsbeslutet reviderade SKI sin uppfattning avseende en produkt varför Ahlsell kom att omfattas av utvärderingen. Onninen är av uppfattningen att Ahlsells anbud fortfarande inte uppfyller nämnda krav.

Bolaget har lidit skada då det finns en uppenbar risk att anbudsgivare uppfattar villkoren i förfrågningsunderlaget olika vilket har direkt betydelse för hur olika leverantörer kommer att utforma sina anbud. Vid en korrekt bedömning hade Dahls och Ahlsells anbud inte beaktats i anbudsutvärderingen, alternativt skulle upphandlingen gjorts om.

SKI bestrider ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

Bruttoprislista

Bruttopriserna enligt punkt 4.6.5 ska vara verkliga och gällande även om det är en för upphandlingen speciellt framtagen bruttoprislista. SKI har kontrollerat de av Dahl lämnade bruttopriserna genom verifikat i form av fakturor och kundintyg som visar att de aktuella bruttopriserna används. Det är inte oproportionerligt att i punkt 4.3.1 begära att beställningsvaror ska kunna levereras inom fem arbetsdagar efter lagd beställning. Gällande punkten

4.1.2 i förfrågningsunderlaget har SKI genom en uppräkningslista angivit exempel för respektive produktgrupp för att leverantörerna ska kunna bedöma i vilken grupp en produkt hör hemma. SKI har även angett vilken produktgrupp varje produkt som utvärderas tillhör. Gällande punkten 2.9.3 anges i prisbilagan att anbudsgivaren kan ange en annan enhet om den angivna enheten inte stämmer överens med efterfrågad produkt. Det var bara Onninen som hade lämnat priser på fel sätt. Gällande punkt 4.5.2 bestrider SKI att förfrågningsunderlaget brister i tydlighet och transparens avseende definitionen av begreppet butik.

Förvaltningsrätten har den 11 december 2015, efter yrkande från Onninen, förordnat att SKI inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Inledningsvis kan nämnas att förvaltningsrätten denna dag även har avgjort ett annat mål i samma upphandling, mål 4675-16.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot någon grundläggande princip eller bestämmelse i LOU.

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning

är begränsad till de grunder som parten har åberopat (RÅ 2009 ref. 69).
Det är således bolaget som har att visa att SKI har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU samt att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta. Vidare kan den, som hos en förvaltningsdomstol ansöker om ingripande mot en upphandling, få bifall endast om denne klargör och konkretiserar på vilket sätt man lidit skada eller kan komma att lida skada. (HFD 2013 ref. 53)

Utgångspunkten är att en upphandlande myndighet är fri att själv bestämma föremålet för upphandlingen och bestämma de kvalitetsnivåer, prestanda m.m. som ska gälla för upphandlingen så länge det sker inom ramen för gemenskapsrätten.

Frågan om inhämtande av handlingar

Förvaltningsrätten har den 6 april 2016 avslagit ett yrkande från Onninen om editionsföreläggande avseende

- (a) Dahls och Ahlsells anbud inklusive samtliga bilagor som inlämnats i den av SKI genomförda upphandlingen.
- (b) Samtliga verifikat som SKI har inhämtat från Dahl.
- (c) Ahlsells publika bruttolista.

Onninen anser att förvaltningsrätten ska inhämta nämnda handlingar. När det gäller domstolens utredningsansvar kan vägledning hämtas från Högsta förvaltningsdomstolens praxis.

Officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Dessa mål rör ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare och har en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka förvaltningsprocesslagen har konstruerats. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att

en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på. (HFD 2009 ref. 69)

Om en part utan framgång hos den upphandlande myndigheten har begärt att få ta del av uppgifter som han önskar åberopa till stöd för talan ankommer det på domstolen att pröva om vissa uppgifter krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befins vara fallet, är rätten skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten. Rätten ska ta ställning till om den behöver informationen för att kunna göra en effektiv överprövning med utgångspunkt i vad parterna anfört. (HFD 2015 ref. 55)

Onninen har angett vilka omständigheter som bolaget grundar sin talan på och att bolaget, utan framgång, har begärt att få ta del av aktuella uppgifter hos SKI. Domstolen gör därför följande bedömning i frågan om rätten ska inhämta nämnda handlingar inom ramen för sin utredningsskyldighet.

- Att Dahl i sitt anbud lämnat nettopriser som överstiger angivna bruttopriser samt vilka artiklar detta avser.

Påstående är ostridigt och därför saknas det skäl att begära in några handlingar av denna anledning.

- Att Ahlsell och Dahl i sina anbud lämnat priser på artiklar i Bruttoprisklistorna samt avseende de produkter som omfattas av själva anbudsutvärderingen som strider med i upphandlingen uppställda obligatoriska villkor om att priserna ska vara "verkliga och gällande"

Förvaltningsrätten konstaterar att Ahlsells anbud utgått från en sedan tidigare publicerad bruttoprislista och att Dahl lämnat in verifikat till styrkande av att bruttopriserna i bolagets anbud varit verkliga och gällande. Vad Onninen anfört om att en förklaring till resultatet i upphandlingen kan vara att Dahl och Ahlsell inte använt "verkliga" eller "gällande" bruttopriser ut-

gör, enligt förvaltningsrätten, inte tillräckliga skäl att ifrågasätta SKI:s uppgifter och begära in handlingar för att genomföra en generell kontroll av att Ahlsell och Dahl i sina anbud lämnat priser som är "verkliga och gällande".

- Att SKI genom att tillåta Dahl att upprätta en specifik Bruttoprisklista har brutit mot principerna om likabehandling.

Det är för förvaltningsrätten oklart vilka av de begärda uppgifterna som är avsedda att styrka detta påstående. Förvaltningsrätten bedömer att det saknas skäl att begära in några handlingar för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning i denna del.

- Att Ahlsell och Dahl i sina anbud har lämnat pris på andra enheter än de som efterfrågats i förfrågningsunderlaget samt vilka artiklar och priser detta avser.

Enligt förvaltningsrätten är detta inte ett tillräckligt konkret och preciserat påstående för det ska finnas skäl att ifrågasätta SKI:s uppgifter och begära in handlingar för att genomföra en generell kontroll av huruvida Ahlsell och Dahl i sina anbud har lämnat pris på andra enheter än de som efterfrågats i förfrågningsunderlaget.

- Att Ahlsell inte uppfyller ställda obligatoriska villkor om att 90 procent av sortimentet i prisbilagan ska offereras.

Enligt förvaltningsrätten är detta inte ett tillräckligt konkret och preciserat påstående för det ska finnas skäl att ifrågasätta SKI:s uppgifter och begära in handlingar för att genomföra en generell kontroll av huruvida Ahlsell uppfyller ställda obligatoriska villkor om att 90 procent av sortimentet i prisbilagan ska offereras.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det saknas skäl att begära in några handlingar för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning.

Bruttoprislistor

Onninen har anfört att de leverantörer som inte tidigare publicerat sina bruttoprislistor har fått en stor konkurrensfördel då dessa bolag har kunnat lämna låga priser på de artiklar som ingår i utvärderingen och höga priser på övriga artiklar. SKI har invänt att bruttopriserna ska vara verkliga och gällande även om det är en för upphandlingen speciellt framtagen bruttoprislista. Onninen har även anfört att en förklaring till resultatet i upphandlingen kan vara att Dahl och Ahlsell inte använt "verkliga" eller "gällande" bruttopriser. Förvaltningsrätten konstaterar att Ahlsells anbud utgått från en sedan tidigare publicerad bruttoprislista och att Dahl lämnat in verifikat till styrande av att bruttopriserna i bolagets anbud varit verkliga och gällande. Förvaltningsrätten finner det därmed tillfredsställande utrett att Dahl och Ahlsell använt sig av "verkliga" eller "gällande" bruttopriser. Det är således inte visat att likabehandlingsprincipen eller någon annan grundläggande princip trätts för när i denna del.

Väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget

Onninen har även anfört att tilläggen i det elektroniska forumet "frågor och svar" om att bruttopriserna ska vara "verkliga och gällande" samt att bruttoprislistan inte får innehålla avvikelser från anbudsgivarens publika/officiala bruttoprislista innebär att förfrågningsunderlagets villkor väsentligen förändrats.

Av förfrågningsunderlagets punkt 4.6.5 framgår bl.a. att anbudsgivaren till anbudet ska bifoga en fullständig lista på gällande bruttopriser dvs. priser i svenska kronor utan avdrag för rabatt, provision, försäljningskostnader och dylikt för de artiklar som ingår i anbudsgivarens sortiment som omfattas av upphandlingen. Det anges vidare att de bruttopriser som anges i anbudsgivarens inlämnade bruttoprislista ska vara samma priser som anbudsgivaren anger i fliken "Varukorg Bruttopris" i Bilaga 04-Prisbilaga.

Då det redan av förfrågningsunderlagets punkt 4.6.5 framgår att det ska vara "gällande" bruttopriser och att priserna i inlämnad bruttoprislista ska vara ~~samma som anges i anbudet får, enligt förvaltningsrätten, de aktuella tillägg~~en i det elektroniska forumet "frågor och svar" anses vara förtydliganden av vad som redan framgår av förfrågningsunderlaget och inte väsentliga förändringar av detsamma.

Dahls nettopris är högre än bruttopriset.

Onninen hävdar att Dahls nettopris är högre än bruttopriset och att Dahl därmed brutit mot obligatoriska villkor i förfrågningsunderlaget. Onninen har emellertid inte preciserat vilket obligatoriskt villkor som nämnda förhållande skulle strida emot. Förvaltningsrätten finner att inte annat visats än att det i upphandlingen saknas obligatoriska krav som förhindrar att ett anbud innehåller högre nettopriser än bruttopriser.

Leveranstid

Onninen har anfört att villkoret att beställningsvaror ska kunna levereras inom fem arbetsdagar efter lagd beställning strider mot proportionalitetsprincipen. Enligt förvaltningsrätten har Onninen emellertid varken visat att villkoret strider mot proportionalitetsprincipen eller hur bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av vad som anförts.

Produktgrupper

Onninen har anfört att det är otydligt vart en artikel ska härledas och därmed vilken rabatt som kommer att gälla för artikeln. SKI har invänt att man genom en uppräknings angivit exempel för respektive produktgrupp för att leverantörerna ska kunna bedöma i vilken grupp en produkt hör hemma samt vilken produktgrupp varje produkt som utvärderas tillhör. Vad Onninen anfört om att det finns produkter som inte utvärderas där det för bolaget är otydligt vilken rabatt som kommer att gälla innebär enligt förvaltningsrätten varken att transparensprincipen eller likabehandlingsprincipen träffs för när

eller att det kan anses visat att bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av vad som anförts. Vad Onninen anført om att anbudsgivarna kan uppfatta villkoren på olika sätt vilket kan förklara att så olika bruttopriser har lämnats ändrar inte den bedömningen.

Otydligheter avseende hur priser ska lämnas

Onninen anser att utformningen av förfrågningsunderlaget brister då de produkter som omfattas av upphandlingen inte säljs per förpackning och då olika fabrikanter tillämpar olika enheter. SKI har invänt att anbudsgivaren kan ange en annan enhet om den angivna enheten inte stämmer överens med efterfrågad produkt och att det bara var Onninen som hade lämnat priser på fel sätt. Enligt förvaltningsrätten har Onninen i denna del varken visat att transparensprincipen eller likabehandlingsprincipen trätts för när. Onninens påstående att felaktigheter i beräkningen av Dahls och Ahlsells priser skulle kunna förklara det märkliga utfallet i upphandlingen ändrar inte den bedömningen.

Butiker

Onninen har anført förfrågningsunderlagets punkt 4.5.2 brister i tydlighet och transparens då definitionen av butik kan ge upphov till olika tolkningar hos olika leverantörer. Trots en något vag formulering om att butiken ska lagerhålla vanligast förekommande artiklar för att utvärdringspriset ska reduceras så anser förvaltningsrätten att definitionen av butik är tillräckligt tydlig för att inte transparensprincipen, eller likabehandlingsprincipen, ska anses ha trätts för när. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att den reduktion av utvärdringspriset om maximalt 10 procent som skulle kunna vara aktuell i denna del inte ensamt skulle kunna göra att Onninens anbud skulle kunna bli ekonomiskt mer fördelaktigt än Dahls och Onninen lider således inte heller skada av vad som anförts.

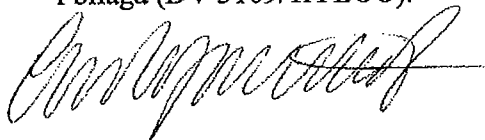
Ahlsells anbud

Onninen har anfört att Ahlsells anbud inte uppfyller kravet om att 90 procent av sortimentet i prisbilagan ska offereras. Det enda som anförs till stöd för detta är att SKI i ett första tilldelningsbeslut ansett att Ahlsells anbud inte uppfyllt det aktuella kravet. Förvaltningsrätten finner därmed att Onninen inte visat att Ahlsell inte uppfyller det aktuella kravet.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det saknas skäl att besluta att upphandlingen ska göras om eller förordna om rättelse. Ansökan om överprövning ska därför avslås och det interimistiska beslutet från den 11 december 2015 upphör därmed att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Eva Gullfeldt

Rådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.