



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2018-08-29

Meddelad i Stockholm

Mål nr

15394-18

SÖKANDE

Lib Luck & Inredningsbolaget AB, 556572-5909

Ombud: Advokaterna Olof Hallberg och Lukas Granlund samt jur.kand.

Angelo Skog

Box 1065

101 39 Stockholm

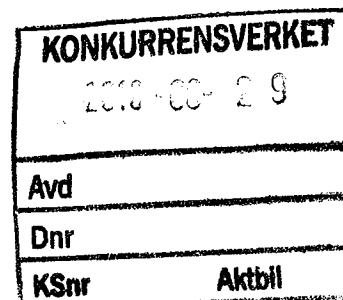
MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798

117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 1007472

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

BAKGRUND

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför, med tillämpning av öppet förfarande enligt 4 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), en ramavtalsupphandling avseende Möbler 2017. Upphandlingen omfattar elva anbudsområden varav bl.a. A (möbler för skola) och B (möbler för förskola) hanteras i tilldelningsbeslut den 28 juni 2018 med projektnummer 10348. Tilldelningsgrund var för anbudsområde A lägst pris och för anbudsområde B det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upphandlingen omfattar hela Sverige och är indelad i 21 geografiska anbudsområden som utgörs av Sveriges nuvarande län. Förutom typfallssortimentet som representerar vanliga möbler med stor volym ges de leverantörer som tilldelas ramavtal möjlighet att sälja ett övrigt sortiment avseende anbudsområde A och ett kompletterande sortiment för anbudsområde B (i det följande gemensamt benämnt annat sortiment). Utvärderingen av anbud skedde i tre steg. Samtliga anbudsgivare kvalificerade sig för steg 1. Prövningen av anbudspris utgjorde steg 2 och endast de bolag som redovisades under steg 2 gick vidare till steg 3 där produktprövning genomfördes. Lib Luck & Inredningsbolaget AB:s (bolaget) anbud förkastades i samband med prövningen av anbudspris. Bolaget tilldelades således inte ramavtal.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen avseende områdena A och B ska göras om. Som grund för yrkandet anförs i första hand att annat sortiment som ramavtalsinnehavarna genom ramavtalen får möjlighet att sälja inte har upphandlats korrekt utan genom otillåten direktupphandling. I andra hand görs gällande att tilldelningen av ramavtal skett i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet. Felen medför att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada.

SKI bestrider bifall till ansökan och anför att upphandlingen har genomförts i enlighet med principerna i 1 kap. 9 § LOU och lagen i övrigt samt att bolaget varken lidit eller riskerar att lida skada.

Bolaget anför, till stöd för sin talan, i huvudsak följande. Utvärderingsmodellen är inte ägnad att utpeka det/de bästa anbuden eller att ge ett rättvisande resultat. De leverantörer som tilldelas ramavtal kommer att under ramavtalet även kunna sälja varor från annat sortiment till priser som inte har varit föremål för någon utvärdering. Detta sortiment utgör en betydligt större mängd produkter än de som utvärderats och utgjort grund för tilldelning av ramavtal. Det innebär att andra produkter kommer att anskaffas till priser som inte har varit föremål för konkurrens. Följden blir att den leverantör som inte tilldelats ramavtal är utesluten från den marknad som ramavtalen täcker, dvs. i princip hela möbemarknaden. Typfallsprodukterna uppgår till 57 för område A respektive 69 för område B medan det totala antalet produkter som en leverantör kommer att kunna sälja under ramavtalet säkerligen överstiger tusen produkter per område. Då SKI vet att de avropande myndigheternas behov är större och bredare än enbart typfallsprodukterna men ändå valt att ha ett tilldelningsförfarande som endast beaktar delar av detta behov, har alla leverantörer på den relevanta marknaden inte getts samma förutsättningar. Kravställningarna, tillsammans med sättet för tilldelning måste därför anses stå i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet. Avtalet, i den del det avser annat sortiment, har tilldelats leverantörer utan konkurrensutsättning och upphandling. Eftersom tilldelningen av annat sortiment utgör otillåten direktupphandling måste hela upphandlingen göras om.

Att det inte har angetts något maxtak för antalet som ska tilldelas ramavtal leder till godtyckliga antaganden av anbud. Avseende både anbudsområde A och B har SKI valt att dra gränsen vid de anbud som placerats direkt före bolagets anbud. Det som skiljer bolagets anbud från övriga anbudsgivares är

att bolaget har valt att använda belastningspriser, vilka endast utgör ett fiktivt utvärderingsvärde som inte får någon betydelse vid avrop då bolaget inte har offererat några typprodukter. Att bolagets anbud skulle vara dyrare är därför missvisande. Med hänsyn till det stora antal leverantörer som tilldelats ramavtal och att den leverantör som inte tilldelas ramavtal utestängs från den offentliga sektorns marknad avseende de aktuella anbudsområdena står upphandlingen i strid med likabehandlingsprincipen.

Att bolaget har uteslutits från utvärderingen och därmed utestängts från hela den aktuella marknaden trots att det har uppfyllt uppställda krav medför att det har lidit eller riskerar att lida skada. Någon möjlighet för bolaget att utanför detta ramavtal sälja de produkter som omfattas av ramavtalet är i det närmaste utesluten. Hade SKI tvingats utvärdera även annat sortiment hade bolagets anbud framstått som mer fördelaktigt. Om en utvärdering och/eller specificering av annat sortiment utförts hade sannolikheten ökat för att det hade hanterats som ett eget anbudsområde eller t.o.m. som en egen upphandling. Båda situationerna hade lett till att bolaget hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud. Även omständigheten att SKI inte har angett något förutbestämd högre gräns för hur många anbud som ska antas innebär att bolaget har lidit skada. Hade det varit klart angivet skulle bolaget ha kunnat lämna typfallssortiment alternativt vidta andra åtgärder för att höja sin konkurrenskraft.

SKI anför, till stöd för sin inställning, bl.a. följande. Att ramavtal innehåller övrigt sortiment är en vedertagen och accepterad metod för upphandling. Att upphandlingen har utformats på så vis att anbudsgivarna inte måste erbjuda en viss andel av typfallsprodukterna för att kunna bli tilldelade ramavtal har skett med hänsyn till konkurrensen och för att ge mindre leverantörer möjlighet att lämna anbud. Det finns inget krav att utvärdera hela värdet av en ramavtalsupphandling. Att så inte sker innebär inte heller att utvärderingsmodellen inte är ägnad att identifiera de bästa anbuden.

Att annat sortiment i anbuden var dominerande till antal samt att avropen under föregående ramavtal (Möbler 2013) var fler avseende ”övrigt sortiment” än avseende typfallsprodukterna saknar relevans för målet eftersom den upphandlingen skedde utifrån en annan modell. Typfallssortimentet för förevarande upphandling är betydligt mer omfattande än för Möbler 2013 och täcker in de flesta standardbehov. Inför upphandlingen har försäljningsstatistik från 19 leverantörer gällande ramavtalet Möbler 2013 granskats. Slutsatsen är att om köpen från nu aktuell upphandling fördelar sig på samma sätt som för Möbler 2013, kommer 92 % av alla köp inom anbudsområde A och 70 % inom anbudsområde B att avse typfallsprodukter. SKI har också haft kontakter med både upphandlande myndigheter och leverantörer för att utforma typfallssortimenten så att köp styrs till just dessa produkter. Merparten av alla avrop kommer att ske inom ramen för typfallssortimenten.

De två grunderna i förfrågningsunderlaget för att anta fler än fem leverantörer per anbudsområde är motiverade utifrån de upphandlande myndigheternas behov av produktbredd och väl fungerande konkurrens inom ramavtalet. De är likabehandlande och transparenta, dvs. stod klara för leverantörerna vid annonseringen och kan kontrolleras i efterhand. Genom frågor och svar har det klargjorts att anbud med tomma typfallskorgar kommer att accepteras och utvärderas i konkurrens med övriga anbud. Det framgår också att det krävs för att ett sådant anbud ska antas att det finns ett behov av konkurrens i ramavtalet eller för att tillgodose de upphandlande myndigheternas behov av sortimentsbredd inom typfallen. Tillräcklig konkurrens uppnåddes i upphandlingen utan att bolagets anbud behövde antas och eftersom bolagets anbud saknar typfallsprodukter kunde inte heller grunden att tillgodose upphandlande myndigheters behov av ett brett utbud av produkter inom typfallen aktualiseras.

Eftersom bolaget avstod från att lämna anbud på samtliga typfallsprodukter inom både anbudsområde A och B har dess anbud utvärderats med belastningspriser på samtliga typfallspositioner. För anbudsområde A blev bolagets totala anbudssumma 218 procent dyrare än anbudssumman för det bästa anbudet och 150 procent dyrare än det sist antagna anbudet. För anbudsområde B blev bolagets totala anbudssumma 239 procent dyrare än anbudssumman för det bästa anbudet och 164 procent dyrare än det sist antagna anbudet. Eftersom bolagets anbud var högst i pris respektive det som var minst ekonomiskt fördelaktigt har anbudet inte gått vidare i utvärderingen.

Bolaget måste rimligen ha förstått att ett tomt anbud skulle innebära stor risk att inte antas. SKI har inte lämnat någon information som kan uppfattas som ett löfte om att anta tomma anbud. Bolaget har varken agerat seriöst eller omsorgsfullt i upphandlingen och har därmed själv orsakat eventuell skada. Bolaget har inte heller visat på vilket sätt det kunnat lida skada av de upphandlingsfel som görs gällande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Antalet tilldelade ramavtal

Bolaget har anfört att SKI, genom att inte uppge något maxantal för hur många leverantörer som ska tilldelas ramavtal, har öppnat upp för godtyckliga antaganden av anbud, efter de första fem, vilket bolaget anser vara en överträdelse av de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Bolaget har även gjort gällande att det, om det hade varit klart angivet hur många anbud som skulle antas, hade kunnat skaffa resurser för att lämna ett typsortiment eller vidta andra konkurrenshöjande åtgärder.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, ska dessa enligt 5 kap. 5 § LOU vara minst tre om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. Det finns inte föreskrivet någon övre gräns för antalet leverantörer som får antas till ett ramavtal. Den upphandlande myndigheten väljer själv hur många leverantörer den vill anta till ett ramavtal i det fall fler än tre ska antas. Hur många leverantörer som ska tilldelas ramavtal har fått avgöras mot bakgrund av föremålet för upphandlingen och av den upphandlande myndighetens behov.

Av förfrågningsunderlaget p. 1.1.8 och 2.11.4 framgår att SKI avser teckna ramavtal med minst fem leverantörer per anbudsområde och län samt att SKI, om det behövs för att uppnå tillräcklig konkurrens i ramavtalet och för att tillgodose behovet av ett brett utbud inom typfallen, kan komma att anta fler än fem leverantörer. Bolaget har haft samma möjlighet som andra leverantörer att ge ett konkurrenskraftigt anbud och förutsättningarna för att lämna anbud har varit transparenta. Med hänsyn härtill och till vad som anförts i det föregående har SKI inte överträtt någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling genom att inte uppge något maxantal.

Otillåten direktupphandling

Bolaget har gjort gällande att upphandlingens utformning där en uppdelning sker mellan ett typfallssortiment som har utvärderats i samband med tilldelning av ramavtal och ett annat sortiment som utvärderas först efter avrop från myndighet utgör otillåten direktupphandling av annat sortiment.

För att en otillåten direktupphandling ska föreligga krävs att upphandlande myndighet anskaffar en vara eller tjänst utan föregående annonsering enligt LOU, trots att det inte är tillåtet att genomföra upphandlingen utan ett annonserat upphandlingsförfarande. Det krävs också att det finns ett ingånget avtal med ekonomiska villkor som innebär att den upphandlande myndigheten anskaffar varor eller tjänster som omfattas av LOU:s tillämpningsområde. I förevarande fall har något avtal avseende annat sortiment mellan upphandlande myndighet och leverantör inte tecknats. Redan av den anledningen utgör inte nu aktuell upphandling otillåten direktupphandling. Enbart den omständigheten att hela värdet av en ramavtalsupphandling inte är utvärderat innebär inte heller att det utgör en otillåten direktupphandling. Grund för ingripande enligt LOU med anledning av vad bolaget anfört i denna del saknas således.

Huruvida utvärderingsmodellen strider mot grundläggande principer

Upphandlingen är konstruerad på så vis att leverantörerna har att lämna anbud på ett typfallssortiment bestående av ett visst sortiment. För det fall leverantören inte erbjuder en viss produkt ur typfallssortimentet påförs ett belastningspris. Det finns inga krav på att ett visst antal typfallsprodukter måste erbjudas. Det förekommer heller inte några restriktioner avseende antalet typfallsprodukter som kan påföras belastningspris. De leverantörer som tilldelats ramavtal har förutom typfallssortimentet möjlighet att för anbudsområdena A och B sälja ett annat sortiment.

För anbudsområde A och B lämnade 24 leverantörer anbud. Samtliga anbudsgivare kvalificerade sig för steg 1 vilket innefattade momenten uteslutningsprövning och leverantörskvalificering. Därefter redovisades och utvärderades de anbudsgivare med lägst totalpris avseende anbudsområde A respektive de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden avseende anbudsområde B. För samtliga 21 län tilldelades ramavtal till 22 leverantörer avseende an-

budsområde A och 18 anbudsgivare avseende anbudsområde B. Avseende anbudsområde A redovisas de anbudsgivare som lämnat lägst totalpris för området. Avseende anbudsområde B redovisades de anbudsgivare som lämnat de ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. Prövningen av anbudspris utgjorde steg 2 och endast de bolag som redovisades under steg 2 gick vidare till steg 3 där produktprövning genomfördes. Eftersom bolagets anbud var högst i pris respektive det som var minst ekonomiskt fördelaktigt har anbudet inte gått vidare till steg 3 i utvärderingen.

Proportionalitetsprincipen innebär att krav och andra kriterier i en upphandling inte får gå längre än vad som behövs och vad som får anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Upphandlande myndighet har stor frihet att själv bestämma vad som ska upphandlas och vilka egenskaper det som upphandlas ska ha.

Bolaget har anfört att kraven som ställts upp i förfrågningsunderlaget, tillsammans med sättet att tilldela ramavtal, står i strid med proportionalitetsprincipen. Bolaget har inte närmare redogjort för vilka konkreta omständigheter som står i strid med proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten kan inte se att några av de krav som har uppställts i förfrågningsunderlaget eller tillvägagångssättet för tilldelning kan anses strida mot denna princip. Tvärtom förefaller upphandlingen inkluderande då upphandlingens utformning möjliggör att leverantörer som inte kan erbjuda någon del av typfallsprodukterna, vilka är de upphandlande myndigheter i första hand har behov av, ändå kan lämna anbud.

Likabehandlingsprincipen syftar till att ge alla anbudsgivare, oberoende av nationalitet, samma möjligheter när de utformar sina anbud, men principen förbjuder även diskriminering som inte beror på nationalitet. Principen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, utan att det finns sakliga skäl för sådan behandling. Detta

medför att krav och utvärderingskriterier ska tillämpas lika gentemot samtliga leverantörer som deltar i upphandlingen. Det är även förbjudet att vidta åtgärder som indirekt har samma verkan. Principen om likabehandling medför emellertid ingen skyldighet för upphandlande myndighet att kompensera för inneboende naturliga konkurrenshinder som typiskt sett drabbar vissa leverantörer mer än andra och tar inte sikte på underlåtenhet att avhjälpa eller minska befintliga brister eller naturliga konkurrenshinder.

Bolaget har gjort gällande att SKI känner till att avropande myndigheters behov är större och bredare än enbart typfallsprodukterna men att SKI ändå valt att ha ett tilldelningsförfarande som endast beaktar delar av detta behov. Detta har enligt bolaget gynnat de leverantörer som har haft det av SKI utvalda utbudet av typfallsprodukter i sitt sortiment och missgynnat bolaget, som enbart haft annat sortiment att erbjuda.

Enligt SKI beräknas typfallssortimentet utgöra 92 % av avropade produkter avseende anbudsområde A och avseende anbudsområde B uppges samma siffra uppgå till 70 %. Bolaget har inte presenterat något underlag som gör sannolikt att avropande myndigheters behov inte till största delen tillgodoses av typfallssortimentet. Förhållandet att anskaffning av annat sortiment varit dominerande under föregående ramavtalsupphandling visar inte att det kommer att vara det även för nu ifrågavarande upphandling. Bolaget har därmed inte gjort sannolikt att typfallssortimentet endast kommer att utgöra en mindre del av det som behöriga myndigheter sedan avropar.

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt hur utvärderingen av anbud genomförs. Bolaget har haft samma möjlighet som övriga leverantörer att offera efterfrågat utbud av typfallsprodukter. Det bör vidare ha stått klart för bolaget redan innan anbud lämnades att ett anbud med enbart belastningspriser inte skulle stå sig i förhållande till anbud som innehöll typfallsprodukter. Omständigheten att bolaget inte har haft de av SKI utvalda typfallspro-

dukterna i sitt sortiment och inte heller på annat sätt införskaffat dessa och därmed inte gått vidare i utvärderingsprocessen och blivit tilldelat ramavtal medför inte i sig att likabehandlingsprincipen har åsidosatts.

Sammanfattande bedömning

Bolaget har inte visat att SKI har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Således har bolaget varken lidit eller kommer att lida skada av sådan orsak. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Fredrik Bergius
Rådman

Catherine Bäckvall har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

