



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2019-09-24
Meddelad i Linköping

Mål nr
4347-19

SÖKANDE

Prendo AB, 556262-6233

MOTPART

Nyköpings kommun, 212000-2940

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Nyköpings kommun (Kommunen) genomför upphandlingen Profilprodukter, dnr KK19/197, som förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelning i upphandlingen sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris som baseras på en mervärdesmodell. Kommunen meddelade den 17 maj 2019 ett tilldelningsbeslut enligt vilket en annan leverantör än Prendo AB (Prendo) tilldelades kontrakt i upphandlingen.

Prendo ansöker om överprövning och anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Användandet av en rabattsats som utvärderingskriterium strider mot upphandlingsprinciperna och kan omöjligen ge en rättvis jämförelsegrund då inget grundpris behöver redovisas. En rabattsats ger därför ingen indikation angående lägsta pris utan snarare gynnar en ej marknadsmässig prissättning. Detta har fastställts även i praxis, se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 1922-14. För att kunna säkerställa att utvärderingen görs på rätt grunder måste det vara säkerställt och känt vilket sortiment det är som

Dok.Id 378784

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

man upphandlar. När upphandlaren begär rabatt på övrigt sortiment kan sortimenten se väldigt olika ut hos olika leverantörer. Upphandlaren vet inte något om leverantörens prissättning och vet inte vad rabatten är värd. Det går alltså inte att säkerställa vilka varor man har rabatt på eller vad man betalar för dem. Här faller hela upphandlingen på att man inte kan säkerställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för upphandlaren. Upphandlingsförfarandet och utvärderingen strider därmed mot 16 kap. LOU. Upphandlingen är även utformad på sådant vis att ingen kontroll kan göras av inlämnade anbud. De obligatoriska kraven angående produkterna är otydligt utformade och har inte klargjorts trots upprepade frågor. Det har därför varit omöjligt för anbudsgivare att lämna sina anbud under lika förutsättningar.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen har inte brutit mot LOU. Kommunen upphandlar ramavtal för profilprodukter, vars huvudsakliga syfte är att tjäna som marknadsföringsmaterial för kommunens behov. Avrop från ramavtalet kommer att ske löpande, då behov uppstår hos någon av kommunens olika verksamheter. Utvärderingsmodellen utgår från ett uppskattat behov, där ett avtalat sortiment av de mest frekvent förekommande produkterna ska prissättas med fast pris. Utöver det avtalade sortimentet som ska prissättas, utvärderades också en rabattsats på övrigt sortiment, där angiven rabattsats viktas mot uppskattad avropsvolym av dessa artiklar. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt mervärdesmodellen, där angiven rabattsatt för övrigt sortiment utgör grund för mervärdet i utvärderingen. Anbudet med lägst jämförelsetal antas. Kommunen motsätter sig Prendos uppfattning avseende användande av rabattsats som utvärderingsmodell. Utvärderingsmodellen grundar sig i en totalkostnad baserad på uppskattad avropsvolym och fördelning mellan inköp på avtalat respektive övrigt sortiment. Rabattsatsen viktas utifrån en uppskattad avropsvolym på övrigt sortiment, vilket baseras på historiska inköp,

där dessa viktats till ca 40 procent av den totala inköpsvolymen. Angiven rabattsats ska gälla på bifogad prislista för övrigt sortiment. I ska-krav 8.1 anges att bifogad prislista ska vara anbudsgivarens officiella prislista, och därmed inte vara utformad enbart för denna upphandling. Angiven prislista ska således gälla under avtalstiden. Kommunen har i utvärderingen således beaktat en total kostnad som baserats på framtida behov och avropsfördelning för avtalat respektive övrigt sortiment. Utvärderingen innebär att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan antas. Samtliga profilprodukter som efterfrågades i upphandlingsdokumenten föregicks av krav. Kommunen har, förutom specifika krav för varje produkt, specificerat antal färger samt huruvida produkten kommer att avropas med olika tryck eller ej. Kommunen kan inte på förhand avgöra den slutliga avropsvolymen, inte heller vilka tryck som kan komma att avropas för respektive produkt under avtalstiden. Det ligger i sakens natur att vid upphandling av ramavtal inte kunna avgöra exakta behov på förhand. Kommunen har därmed angett vilka produkter som kan komma att avropas med olika tryck och färg i samtliga obligatoriska krav, såväl som förtydligande i Frågor och svar. Samtliga anbudsgivare delgavs samma information i det uppsökande skedet och genomgick kontroll och prövning utifrån samma förutsättningar. Kommunen anser därmed att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan utses med bibehållandet av de grundläggande principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utvärderingsmodellen m.m.

Prendo har i målet gjort gällande att obligatoriska krav i upphandlingen är otydligt utformade och att detta har omöjliggjort för anbudsgivare att lämna anbud under lika förutsättningar.

Förvaltningsrätten konstaterar att Prendo i målet inte har preciserat på vilket sätt de ställda kraven i upphandlingen brister i transparens. Då det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan, finner förvaltningsrätten att skäl att förordna om ingripande på grund av det Prendo gjort gällande i relevant avseende inte har framkommit.

Vad sedan gäller Prendos invändning mot utvärderingsmodellen kan följande sägas.

Av punkten 2.0 Prövning och utvärdering i Administrativa föreskrifter framgår att tilldelning i upphandlingen sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt en mervärdesmodell där anbudsgivare ska ange en generell rabattsats i procent som gäller på övrigt sortiment och det är denna angivna rabattsats som ligger till grund för mervärdet i utvärderingen. Angiven procentsats dras av det ursprungliga anbudspriset, vilket ger ett slutgiltigt jämförelsetal. Det anbud som erhåller lägst jämförelsetal kommer att antas.

Under Frågor och svar i upphandlingen har Kommunen justerat utvärderingsmodellen genom att ange att varje procent avseende den generella rabattsatsen som anbudsgivarna skulle ange för övrigt sortiment genererar ett avdrag på – 400 kr och att maximalt avdrag uppgår till – 40 000 kr.

Förvaltningsrätten konstaterar utifrån det ovan anförda att Kommunen i den aktuella upphandlingen har valt att tilldela kontraktet till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris, som i sak har samma innebörd som tilldelningsgrunden lägsta pris enligt tidigare lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja utformning av utvärderingsmodell så länge den inte strider mot LOU eller de EU-rättsliga

principerna och så länge denna är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. I rättspraxis (se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 1922-14) har en utvärderingsmodell som helt eller delvis bygger på utvärdering av offererade rabattsatser utan att upphandlade myndighet tar hänsyn till på vilket pris rabatten lämnas ansetts kunna leda till att inte anbudet med det lägsta priset antas och därigenom står i strid med LOU och upphandlingsdirektiven.

Utvärderingsmodellen i aktuell upphandling bygger på en mervärdemodell där de rabattssatser på övrigt sortiment som anbudsgivarna offererar, tillsammans med offererade priser för avtalat sortiment bestämmer det jämförelsetal som ligger till grund för tilldelningen. Några krav avseende de varor som rabatten ska lämnas på eller koppling till priserna som rabatterna lämnas på saknas i upphandlingsdokumenten. Vid det förhållandet finner förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen inte kan anses vara ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris antas, vilket i sin tur innebär att den står i strid med upphandlingsdokumenten, LOU och upphandlingsdirektiven.

Skada

För att förvaltningsrätten ska förordna om ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU krävs utöver ett konstaterande att Kommunen har brutit mot LOU även att Prendo har lidit eller riskerar att lida skada på grund av Kommunens överträdelse.

Prendo har i sin ansökan om överprövning inte påstått att bolaget till följd av bristerna i förfarandet lidit eller riskerat att lida skada. Det faktum att en leverantör ansöker om överprövning får emellertid anses innebära en presumtion att denne anser sig ha lidit skada av en påstådd överträdelse (jfr. Kammarrätten i Stockholms avgörande den 27 juni 2017 i mål nr 6434-16).

Kammarrätten i Jönköping ansåg i mål 2809-17 att även en leverantör som rätteligen diskvalificerats i upphandlingen på grund av att denne inte uppfyller obligatoriska krav ska anses ha lidit eller riskerat att lida skada av ett upphandlingsfel som är av sådan karaktär att det på ett påtagligt sätt riskerar att medföra konkurrensbegränsande effekter på ifrågavarande anskaffningar. Domstolen fann att felet således är av sådan art att upphandlingen måste göras om eftersom leverantören under sådana omständigheter har möjlighet att inkomma med ett nytt anbud och vid det nya anbudsförfarandet tilldelas kontraktet.

Det ovan konstaterade felet i aktuell upphandling avser utvärderingsmodellen och således grundförutsättningarna för utvärdering av anbuderna och är därmed av sådan karaktär att det på ett påtagligt sätt riskerar att medföra konkurrensbegränsande effekter på ifrågavarande anskaffningar. Prendo får därmed anses ha lidit eller riskerat att lida skada på grund av Kommunens konstaterade överträdelse.

Slutsats

Förvaltningsrätten anser att Kommunen, genom att använda en utvärderingsmetod som inte leder till ett rättvisande resultat, har förfarit i strid mot LOU och upphandlingsdirektiven. Prendo har till följd av bristerna i förfarandet lidit eller riskerat att lida skada. Förutsättningar för att besluta om ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger härmed. Med hänsyn till den aktuella överträdelsens art ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Kristina H Samuelsson
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

