



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

DOM
 2013-07-01
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 2215-13

SÖKANDE

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

Ombud: Jurist och ombudskonsult Therese Olausson
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

MOTPART

Tekniska Verken i Linköping AB, 556004-9727
 Box 1500
 581 15 Linköping

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

KONKURRENSVERKET	
2013-07-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Ahlsell Sverige AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen avseende El-materiel, dnr 12/226, ska göras om.

Dok.Id 127179

Postadress
 Box 406
 581 04 Linköping

Besöksadress
 Brigadgatan 3

Telefon
 013-25 11 00

E-post:
 forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
 013-25 11 40

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Tekniska Verken i Linköping AB (Tekniska verken) genomför en upphandling avseende EI-materiel, dnr 12/226 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs med ett förhandlat förfarande. Grund för tilldelning av kontrakt är det anbud som har lägst pris utifrån kriterierna Frekventlista (50 procent), Baslista (40 procent) och Driftförråd (10 procent). Av tilldelningsbeslut meddelat den 22 mars 2013 framgår att annan än Ahlsell Sverige AB (Ahlsell) har tilldelats kontraktet.

Ahlsell ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten upphäver tilldelningsbeslutet och ålägger Tekniska verken att göra om upphandlingen.

Tekniska verken motsätter sig bifall till ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Parterna har under skriftväxlingen anfört bl.a. följande.

Ahlsell

Av förfrågningsunderlaget framgår att värderingsgrunderna är Frekventlista (specifika artiklar med frekventa behov), Baslista (stickprover inom varje varugrupp) och Driftförråd (initial- och månadskostnad). Någon information om hur anbudsgivarna kommer att poängsättas beträffande respektive kriterium finns inte. Avsaknaden av poängskala medför svårigheter att förutse hur viktningssmodellen kommer att tillämpas.

Beträffande kriteriet som avser det övriga sortimentet, Baslista, anges i förfrågningsunderlaget att utvärderingen kommer att genomföras genom stickprover inom varje varugrupp. Någon ytterligare upplysning om vilka

artiklar och volymer som kommer att jämföras finns inte. Ahlsell har till sitt anbud bifogat en ordinarieprislista (med tillhörande rabatter) som omfattar ca 53 000 artiklar. Att anbudsgivarna kan offerera olika priser och olika rabattvillkor beroende på vilka artiklar eller artikelgrupper det är frågan om är naturligt. Det måste därför av förfrågningsunderlaget framgå vilka artiklar/artikelgrupper som beställaren avser att jämföra.

Enligt anbudssammanställningen har Tekniska verken valt att göra stickprovskontroller på totalt 18 697 artiklar med för anbudsgivarna gemensamma s.k. E-nummer. Det är hur valet av dessa produkter har skett som står i strid med transparensprincipen. Att endast de produkter med samma E-nummer som samtliga anbudsgivare har kunnat offerera skulle ingå i utvärderingen har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna har inte kunnat förutse detta. Även om det hade framgått av förfrågningsunderlaget hade det dock inte varit en lämplig metod i syfte att anta anbudet med lägst pris. Detta eftersom det dels finns produkter med olika E-nummer som kan ha samma funktion/kvalitet fast till ett helt annat pris, dels att det inte säger något om det framtida behovet hos Tekniska verken. Det är ca 83 procent av de artiklar som ingår i stickprovskontrollerna som Tekniska verken aldrig tidigare har beställt av Ahlsell. Det är därför högst anmärkningsvärt och olämpligt att utvärderingen omfattar så många artiklar. Siffran kan vara ännu högre eftersom ingen av anbudsgivarna vet vilka produkter som har utvärderats. Det kan inte heller uteslutas att de jämförda produkterna är direkt irrelevanta för upphandlingen. Ett antal produkter i Ahlsells sortiment är inte avsedda för kunder liknande Tekniska verken, utan snarare för konsumentmarknaden. Ahlsell har dock ingen insyn i vilka produkter som har utvärderats.

I praxis har utvärderingsmodeller som på liknande sätt ger den upphandlande enheten utrymme att påverka utvärderingen på ett godtyckligt sätt underkänts i flera mål. Redan utrymmet eller möjligheten att påverka ut-

värderingen på ett sätt som anbudsgivarna inte har kunnat förutse står i strid med de unionsrättsliga principerna (jfr exempelvis Förvaltningsrätten i Luleås dom den 19 februari 2010 i mål nr 589-10).

Antalet artiklar som har utvärderats genom stickprov är så många att anbudsgivarnas pris har blivit mycket höga i förhållande till de priser som har angetts för Frekventlistan. Detta innebär att stickprovskontrollerna har haft en väsentligt större betydelse i utvärderingen än de 40 procent som anges i förfrågningsunderlaget. Tekniska verken har därmed frångått den redan bristfälliga utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget. Därtill kommer att vissa artiklar köps i betydligt större volymer än andra, vilket rimligen borde beaktas i utvärderingen. Det hade varit förmånligare för respektive anbudsgivare att skicka med en begränsad prislista för övrigt sortiment, som enbart inkluderande de artiklar där bäst rabatt hade kunnat erbjudas.

Sammanfattningsvis är den viktningmodell som beskrivs i förfrågningsunderlaget inte förenlig med transparensprincipen och den metod som Tekniska verken har använt är varken transparent eller ämnad att säkerställa att anbudet med det lägsta priset antas. Bristerna är väsentliga. Ahlsell har till följd av Tekniska verkens agerande lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada. Med en tydligare beskrivning om vilka övriga artiklar som Tekniska verken avsett att utvärdera, hade Ahlsell kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud.

Tekniska verken

Det står den upphandlande enheten fritt att bestämma hur förfrågningsunderlaget ska utformas och vad som ska tillmätas betydelse så länge det sker inom ramen för de grundläggande principerna (se Kammarrätten i Stockholms dom den 24 juni 2010 i mål nr 1805-10). Kravställandet ska inte utgå från vad som är förmånligast utifrån anbudsgivarnas perspektiv utan den upphandlande enheten bestämmer detta ensam.

Under anbudstiden skickade Tekniska verken ut ett informationsmeddelande där det angavs bl.a. följande. Anbudsgivaren kommer att bifoga sin bruttoprislista med tillhörande rabattbrev. Den komprimerade varugruppslistan, bilaga 2, Baslista Varugrupper El utgår. Stickprover kommer att vara omfattande för att säkerställa prisnivån inom olika varugrupper hos anbudsgivarna.

Vid utvärderingen av anbudsgivarnas anbud avseende kriteriet Baslista framkom att totalt 18 697 artiklar var identiska/gemensamma. Antalet säkerställde att prisnivån för "ospecifika framtida behov" klargjordes. Anbudsgivarna var väl medvetna om att prislistan med medföljande rabattbrev skulle utvärderas. Av informationsmeddelandet som gick ut under anbudstiden framgick att stickproverna skulle vara omfattande. Antalet var väl representerat statistiskt sett och säkerställde att principerna om likabehandling och icke-diskriminering följdes.

Det råder inget samband antalsmässigt mellan artiklarna i Frekventlistan och Baslistan. Frekventlistan omfattar specifika artiklar medan Baslistan ska täcka in övriga gemensamma artikelnummer för säkerställande av lägsta prisnivån för ospecifika framtida behov. Tekniska verken har ett framtida investeringsbehov på ca 700 miljoner kronor och detta kommer att resultera i specifika artikelbehov under ramavtalsperioden, vilka dock är ospecificerade idag.

Ahlsell har inte lidit skada då det inte har lämnat lägst pris på Frekventlistan. Anbudsgivarna har haft de vedertagna verktygen i traditionellt offertarbete inom grossistbranschen, dvs. kunden offereras en bruttoprislista med tillhörande rabattbrev. Ett attraktivt nettopris uppnås antingen med lågt bruttopris och/eller hög rabattsats. Vilka nettoprisnivåer som varje tilltänkt kund erhåller ligger helt och hållet i anbudsgivares påverkan/ansvar.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Enligt 16 kap. 6 § LUF ska rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I avsnitt 3.1.2. *Värderingsgrunder vid prövning av anbud i utvärderingsfasen* i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Det anbud som har det lägsta priset, enligt nedan, kommer att tilldelas avtal.
50 procent baserad på Frekventlista, specifika artiklar med frekventa behov.
40 procent baserad på Baslista, stickprover inom varje varugrupp.
10 procent baserad på Driftförråd, initial- och månadskostnad.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan är om Tekniska verken har brutit mot de allmänna principerna för upphandling i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att Ahlsell har lidit eller kan komma att lida skada.

Ahlsell har gjort gällande att förfrågningsunderlaget i den del som avser utvärderingsmodellen saknar transparens och förutsebarhet dels då uppgifter om poängsättning för utvärderingskriterierna saknas, dels då uppgifter om hur stickprovskontrollerna kommer att göras i fråga om utvärderingskriteriet Baslista saknas.

I principen om transparens (som bl.a. innefattar ett krav på förutsebarhet) ligger att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en anbudsgivare på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LUF och unionsrätten inte träds för när (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Av förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som har det lägsta priset kommer att tilldelas avtal varvid en viktning kommer att göras utifrån kriterierna Frekventlista (50 procent), Baslista (40 procent) och Driftförråd (10 procent). Eftersom viktningen av de lämnade prisuppgifterna för de olika kriterierna anges på ett tydligt sätt i underlaget får avsaknaden av en poängskala vara en sådan brist som kan accepteras (jfr RÅ 2002 ref. 50).

När det gäller utvärderingskriteriet Baslista framgår av förfrågningsunderlaget att det kommer att utvärderas genom stickprov inom varje varugrupp. Vad som närmare avses med detta finns inte beskrivet i underlaget. Det finns inte heller uppgifter om vilka artiklar eller vilka volymer som ska jämföras genom stickprovskontroller. Förvaltningsrätten anser att kriteriet är utformat på ett sätt som ger Tekniska verken ett betydande utrymme för godtyckliga bedömningar vid utvärderingen. Kriteriet medför att Tekniska verken först i samband med utvärderingen kan bestämma vilka artiklar och hur många artiklar som ska utvärderas. Inte heller den information som Tekniska verken har lämnat i meddelandet under anbuds tiden klargör hur utvärderingen av kriteriet kommer att gå till. För anbudsgivarnas del innebär kriteriet att det inte är möjligt att förutse vad Tekniska verken kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen, vilket begränsar möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget i den del som avser utvärderingskriteriet Baslista brister i öppenhet och förutsebarhet. Att Tek-

niska verken har haft en avsikt att bedöma kriteriet i enlighet med principerna om likabehandling och icke-diskriminering ändrar inte förvaltningsrättens bedömning.

Förvaltningsrätten finner därmed att Tekniska verken har agerat i strid med principen om transparens i 1 kap. 24 § LUF. Bristen har medfört att Ahlsell har lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF. Bristen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och upphandlingen ska därför göras om. Vid denna utgång saknas anledning att pröva Ahlsells invändningar att utvärderingen inte har genomförts på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget.

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

Frida Nordholm

Föredragande har varit Joakim Lundegård.



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. 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 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.