



DOM

2015-09-07

Meddelad i Stockholm

KONKURRENSVERKET

2015-09-09

Avd

Dnr

KSnr

Aktbil

KLAGANDE

Allt i Transport & Spedition 018 AB, 556639-6049

Ombud: Advokaten Hugo Norlén och biträdande juristen Erik Nilsson
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 januari 2015
i mål nr 29107-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår överklagandet.
2. Kammarrättens interimistiska beslut den 9 februari 2015 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Allt i Transport & Spedition 018 AB (ATS) yrkar i första hand att rättelse ska ske i form av en ny utvärdering där ATS anbud beaktas och i andra hand att upphandlingen görs om. ATS för i huvudsak fram följande.

Det gick inte, för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare, att tolka förfrågningsunderlaget som att negativa "tillägg" var förbjudna. Varken villkorets lydelse eller begreppet "tillägg" i sitt sammanhang talade för att SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) haft för avsikt att ge begreppet en snävare innebörd än normalt. Kravet på att tillägg bara fick vara positiva var otydligt utformat. Kravet begränsade vidare anbudsgivarnas möjligheter att fritt prissätta sina anbud. Bristerna i detta avseende medför att en så ingripande påföljd som uteslutning inte står i proportion till ATS:s bagatellartade icke-uppfyllelse av det otydliga kravet.

Domstolar har tidigare prövat rabatter i form av negativa påslag. "Tillägg" och "påslag" är synonyma, och i avsaknad av vägledning för hur begreppet "tillägg" ska förstås är det fullt naturligt att söka vägledning i den praxis som bildats kring tolkning av begreppet "påslag". Enligt Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6794-14 är negativa påslag eller tillägg tillåtna så länge förfrågningsunderlaget inte begränsar antingen nivån på tilläggen/påslagen eller anbudsgivarnas möjligheter att ge rabatter.

Förfrågningsunderlaget i upphandlingen saknar begränsningar för nivån på tillägg för kartonger som inte återlämnas inom 90 dagar. Det innehåller inte heller några inskränkningar i möjligheten att lämna rabatter. Det stod alltså alla anbudsgivare fritt att t.ex. pressa priset på kartonger för att på ett affärsmässigt sätt skapa ett så attraktivt anbud som möjligt. Vad SKI anfört om ATS:s försök till att manipulera prismodellen saknar under alla omständigheter betydelse. Den avgörande frågan är i stället om ATS lämnat

pris i enlighet med förfrågningsunderlaget. SKI har först i kammarrätten gjort gällande att det i alla fall var riktigt att utesluta ATS pga. bristande uppfyllelse av kravet på att kartongerna skulle ingå som "lån". Det rör sig alltså om en ny grund för uteslutning varför den ska bortses från.

SKI anser att överklagandet ska avslås och framför i huvudsak följande.

Fråga är om ordet "tillägg" i sin normala språkliga innebörd inte bara inbegriper positiva utan även negativa belopp. Enligt SKI:s uppfattning är så inte fallet. Denna tolkning, som även var förvaltningsrättens tolkning, får stöd av vad som framgår av ordböcker. Det finns även anledning att ifrågasätta om "tillägg" och "påslag" verkligen är fullt ut synonyma begrepp i ekonomiska sammanhang. För det fall kammarrätten anser att ordet "tillägg" kan inbegripa även negativa belopp måste det emellertid även prövas om denna tolkning är rimlig för upphandlingen. Därvid borde rätten bedöma om en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör i denna upphandling kunnat utgå ifrån att även negativa tillägg efterfrågades.

Gällande förfrågningsunderlaget vill SKI påpeka att genom angivandet av "negativa tillägg" för kartonger som inte lämnas tillbaka senast 90 dagar efter utfört flyttupdrag, ingår kartongerna inte längre som lån. Detta eftersom kartongerna är relativt sett dyrare under perioden som enligt förfrågningsunderlaget ska ingå som lån än de är därefter. Det är alltså fråga om "hyra" under 90 dagar. Dessutom en mycket dyr sådan. Flyttkartongerna skulle utgöra en stor kostnad för den upphandlande myndigheten om de inte kvarhålls 90 dagar efter utfört arbete. I vissa fall kan upphandlande myndigheter behöva behålla kartonger för förvaring efter avslutad flytt. Detta har anbudsgivarna getts möjlighet att kompensera sig för genom ett tillägg. En anbudsgivare som anger ett högt negativt tillägg för kvarhållna kartonger kompenserar givetvis för detta, som ATS gjort, genom höga priser på övriga poster. Om "negativa tillägg" för kartonger skulle accepteras måste upphandlande myndigheter behålla alla kartonger för att få

bästa möjliga pris för sina flyttuppdrag. En sådan ordning förfelar syftet med upphandlingen och skulle innebära att avtalet i princip blir oanvändbart.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

ATS har anfört att SKI i strid med bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, har uteslutit bolaget efter att det lämnat ett negativt tillägg för oreturerade kartonger i stället för ett positivt tillägg. Frågan i målet är alltså om SKI har haft grund för att utesluta ATS från upphandlingen och om ATS i så fall har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

Den svenska lagstiftningen, som bygger på gemenskapsrättsliga bestämmelser, ger inte närmare besked om hur t.ex. ett förfrågningsunderlag ska vara utformat (se RÅ 2002 ref. 50). I den tidigare lagstiftningen (1 kap. 4 § i 1992 års LOU) fanns principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande inte uttryckligen i lagtexten utan ansågs följa av gemenskapsrätten. Däremot uppställdes ett krav på att upphandlingen skulle genomföras affärsmässigt. I kravet på affärsmässighet ansågs ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Av förarbetena till den nuvarande lagstiftningen framgår att avsikten är att 1 kap. 9 § i den nu aktuella lydelsen inte ska medföra någon ändring av rättsläget vad gäller de principer som ska iakttas vid upphandling

trots att begreppet affärsmässighet är borttaget (prop. 2006/07:128 s. 155-157).

I förfrågningsunderlaget punkten 3.5.2 med rubriken "Packmaterial" anges bl.a. följande. Packmaterial ska tillhandahållas av Anbudsgivaren. Kartonger ska ingå som lån under förutsättning att dessa lämnas tillbaka senast 90 dagar efter utfört flyttuppdrag. I flyttuppdraget ska det ingå utkörning respektive avhämtning av kartonger.

I förfrågningsunderlagets Bilaga 5 anges bl.a. följande. Anbudsgivarna ska ange ett tillägg bl.a. för flyttkartonger som inte återlämnas efter 90 dagar efter flyttuppdraget. Det är i denna kolumn som ATS har angett ett negativt belopp.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Enligt kammarrätten är förfrågningsunderlagets anvisningar klara och tydliga. Det har genomgående framhållits att kartonger ska ingå som lån och för det fall kartongerna inte lämnas tillbaka inom 90 dagar ska de upphandlade myndigheterna betala ett tillägg.

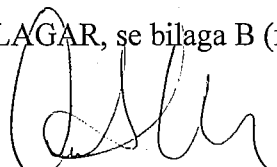
I likhet med förvaltningsrätten konstaterar kammarrätten att begreppet "tillägg" i vissa sammanhang inte kan sägas utesluta att även ett negativt tillägg kan göras. Sett i sitt sammanhang kan ordet "tillägg" i förevarande fall dock svårligen tolkas på annat sätt än att prisangivelsen inte kan avse en minuspost. Ett annat synsätt skulle innebära att uppdragsgivarna är tvungna att behålla de lånade kartongerna eftersom kostnaderna skulle bli betydligt högre om de lämnar tillbaka dem i enlighet med det aktuella avtalet. Enligt kammarrätten är det klart att så inte har varit syftet med den aktuella upphandlingen. Vad ATS framfört föranleder ingen annan bedömning.

Kammarrätten finner sammantaget att SKI inte har brutit mot någon bestämmelse i LOU. ATS har således inte visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därför inte stöd för ingripande med stöd av LOU. Överklagandet ska därför avslås.

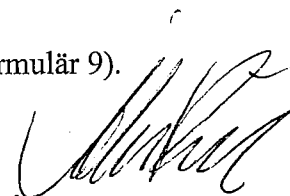
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Cecilia Silfverhjelm
kammarrättsråd
ordförande



Cecilia Landelius
kammarrättsråd
referent



Åke Kärnell
kammarrättsråd



Anna Eriksson Vallin
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2015-01-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
29107-14

SÖKANDE

Allt i transport och spedition 018 AB, 556639-6049

Ombud: Advokaten Hugo Norlén och biträdande juristen Erik Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 555537

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en samordnad upphandling av flytt- och transporttjänster på uppdrag av Nacka kommun, Täby kommun, Vaxholms stad, Lidingö stad, Värmdö kommun och Danderyds kommun, dnr STIC 2014. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 19 november 2014 framgår att annan anbudsgivare än **Allt i transport och spedition 018 AB (ATS)** antas.

ATS yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras i vilken ATS anbud ska beaktas. ATS yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Utvärderingspriset i upphandlingen baserar sig på fyra olika scenarion för vilka anbudsgivarna har angett sina enhetspriser (avtalspriser), nämligen: Verksamhet, Möbler, Utställning och Skolflytt. I förfrågningsunderlaget anges att SKI kommer att summera ett totalt utvärderingspris under fliken Totalpris i anbudsförmuläret för respektive kommun (bilaga 5 i förfrågningsunderlaget). Anbudsgivarna skulle i bilaga 5, som är ett Excelark, i raderna 28 och 29, cell C, ange uppgift om "Tillägg (kr/st.)" för flytt- och garderobskartonger som INTE återlämnas 90 dagar efter flyttuppdraget. ATS har för varje avropsberättigad kommun fyllt i bilagan med sina enhetspriser för respektive flyttscenario. ATS valde att ange ett negativt tillägg, dvs. i praktiken ett avdrag på priset för kartonger som inte lämnats tillbaka inom 90-dagarsfristen.

Av utvärderingsprotokollet framgår att SKI har ansett att ATS inte lämnat priser utifrån ställda villkor, eftersom ATS i stället för ett tillägg har angett

ett avdrag för ej återlämnade kartonger. Enligt ATS står SKI:s beslut om uteslutning i strid med 1 kap. 9 § LOU (likabehandlings- och proportionalitetsprincipen samt principen om transparens) och 12 kap. LOU.

Ett negativt pris är ett tillägg

SKI har efterfrågat pris på oreturerade kartonger och uttryckt sig som att man efterfrågat ett tillägg i den delen. SKI har utgått från att anbudsgivare bara var villiga att ta betalt för oreturerade kartonger. Detta ska dock inte tolkas som att det finns ett förbud mot att anbudsgivarna i stället betalar de avropande kommunerna för kartonger som inte lämnas tillbaka inom 90 dagar. Rent språkligt är ett "tillägg" något extra, ett pålägg, ett tillskott eller liknande. SKI synes mena att ett prisavdrag är motsatsen till ett pristillägg, och att ATS därför inte uppfyller kravet. ATS bestrider detta.

Ett tillägg kan, ur matematisk synvinkel, utgöras av ett negativt tal. Som bekant kan ett negativt tal adderas till ett annat tal. Det finns domstolsavgöranden som avser frågan om tolkning av "påslag" som stöder ATS uppfattning (förvaltningsrätten i Umeås dom den 23 december 2013 i mål nr 1452-13 och förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 30 september 2014 i mål nr 2782-14). I bägge målen har "påslag" tolkats så att även negativa tal omfattas av begreppet. Slutsatsen som kan dras från dessa avgöranden är att ord som "påslag", "tillägg", eller liknande även omfattar negativa tillägg och påslag, dvs. minuspriser. Detta är i linje med hur man i praxis tolkat begreppet "anbudspris" så att även nollanbud och minuspriser omfattas (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 15 december 2009 i mål nr 2767--2768-09 och Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 9 juli 2014 i mål nr 29514-13). Det finns ingen anledning att göra skillnad på ska-krav att ange timpris och ska-krav att ange tillägg för oreturerade kartonger; i båda fallen ska ett negativt pris anses utgöra ett pris i LOU:s mening.

Det relevanta kravet ska således endast tolkas som att SKI har begärt prisuppgift för kartonger som inte återlämnas. ATS har lämnat prisuppgift i de relevanta delarna i prisbilagan, och uppfyller därmed kravet om angivande av pris. ATS har följaktligen lämnat sina enhetspriser i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Uteslutningen strider mot den fria prissättningen i offentlig upphandling samt 12 kap. LOU

Vid offentlig upphandling råder fri prissättning. Det finns inget förbud i LOU mot att anbudsgivare avger nollanbud eller negativa anbudspriser så länge det inte rör sig om onormalt låga anbudspriser. Det finns inga hinder enligt LOU mot att anbudsgivarna pressar enskilda prisposter i syfte att skapa ett så attraktivt anbud som möjligt. Anledningen till att ATS lämnade ett negativt tillägg var att ATS, efter att ha gjort en kalkyl över kostnaderna för återlämnande av utlånade katronger, bedömde att det var mer lönsamt att uppmuntra kommunerna att behålla kartongerna genom ett prisavdragsincitament än att försöka få dem att återlämna kartonger genom att debitera oreturerade kartonger. På så sätt undviker ATS bl.a. administrativa kostnader. SKI har inte gjort gällande att ATS anbudspriser skulle vara onormalt låga. Genom att ändå utesluta anbudet på grund av bolagets negativt angivna anbudspris, kringgår SKI i praktiken de strikta reglerna i 12 kap. LOU om uteslutning av anbudsgivare på grund av onormalt låga anbudspriser.

Uteslutningen strider mot proportionalitetsprincipen

LOU innehåller inte någon uttrycklig reglering av nivån på de krav som får ställas i en upphandling. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling får i stället avgöras med tillämpning av de unionsrättsliga principerna, främst proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantö-

ren än som erfordras för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Det finns inte något syfte med att förbjuda negativa tillägg för kartonger. Ett förbud mot att lämna negativa tillägg är varken en lämplig eller nödvändig åtgärd för att upprätthålla en sund konkurrens mellan anbudsgivarna. Härtill kommer att LOU redan innehåller en reglering avseende uteslutning av onormalt låga anbud. I den del ett sådant negativt tillägg/prisavdrag skulle utgöra ett onormalt lågt pris finns det inget skäl att hindra en anbudsgivare från att lämna det pris som man anser vara lämpligt. I och med att de avropande kommunerna inte skulle drabbas negativt av ATS sätt att avge sina anbudspriser, ska ATS påstådda överträdelse av kraven i upphandlingen under alla omständigheter betraktas som bagatellartad. En uteslutning av ATS under dessa omständigheter skulle vara orimlig och strida mot proportionalitetsprincipen.

Förfrågningsunderlaget brister i fråga om transparens

Det var möjligt att lämna negativa tal i Excelarken i bilaga 5, och ATS har, mot bakgrund av principen om fri prissättning, tolkat det som att det inte fanns några hinder mot att göra negativa tillägg i upphandlingen. Som SKI har utformat sin utvärderingsmodell var det omöjligt för ATS att förutse att det inte skulle vara möjligt att lämna ett negativt anbudspris. Om kravet på angivande av tillägg skulle tolkas på så sätt att anbudsgivarna bara fick ange priser som utgjorde en kostnad för de avropande kommunerna borde SKI ha angett det uttryckligen i förfrågningsunderlaget. Den omständigheten att SKI inte förväntade sig att anbudsgivare skulle lämna ett negativt pris för oreturerade kartonger påverkar inte denna bedömning. Eventuella oklarheter om vad som har gällt i fråga om negativa tillägg ska inte drabba

ATS. Under alla omständigheter ska upphandlingen göras om på grund av de oklarheter som rått i denna del.

SKI bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Förkastandet av ATS anbud var både tillåtet och nödvändigt enligt gällande rätt. Förfrågningsunderlaget har inte brutit i transparens eller proportionalitet. SKI har inte heller på något annat sätt i upphandlingen brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i den lagen.

Frågan om ATS anbud uppfyller kravet på angivande av pris

Enligt punkt 1.2.11 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren lämna priser utifrån de villkor som ställs i förfrågningsunderlaget. Priserna ska lämnas på angivet ställe i förfrågningsunderlaget och anbudsformulär för respektive kommun. Enligt punkt 3.5.2 i förfrågningsunderlaget ska packmaterial tillhandahållas av leverantören. Angående flyttkartonger framgår dessutom följande.

- Kartonger ska ingå som lån under förutsättningen att dessa lämnas tillbaka senast 90 dagar efter utfört flyttuppdrag.
- I flyttuppdraget ska det ingå utkörning respektive avhämtning av kartonger.

I bilaga 5 (för varje avropsberättigad kommun) skulle priser anges för ett antal olika kostnadsposter. Utifrån dessa räknades priser fram för fyra olika scenarion. Priserna för de olika scenariona lades samman till ett utvärderingspris per avropsberättigad kommun. Två av kostnadsposterna i bilaga 5 var benämnda "Tillägg flyttkartonger som INTE återlämnas inom 90 dagar efter flyttuppdraget" respektive "Tillägg garderobskartonger som INTE återlämnas inom 90 dagar efter flyttuppdraget". För dessa var ett bestämt antal kartonger per scenario angivna.

ATS anbud var väsentligt högre än alla andra anbud i upphandlingen för de andra posterna. Genom stora negativa tillägg för de nämnda tilläggsposterna fick dock anbudet lägst utvärderingspris för samtliga avropsberättigade kommuner. SKI bedömde att de negativa beloppen inte utgjorde "tillägg" och att anbudet därför inte hade lämnats i enlighet med villkoren i förfrågningsunderlaget. Det är SKI:s uppfattning att ordet "tillägg" utesluter att negativa priser anges. Detta har förvaltningsrätten tydligt påtalat för SKI i ett tidigare mål om överprövning (Förvaltningsrätten i Stockholms avgörande den 9 september 2011 i mål nr 14115-11). I denna upphandling hade SKI efterfrågat "påslag" respektive "rabatt" och en anbudsgivare hade lämnat negativa tal som påslag och positiva tal som rabatter. Förvaltningsrätten fann att SKI i detta fall brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inte förkasta anbudet. Tillägg och påslag måste i detta sammanhang betraktas som synonyma begrepp.

Om inte ordet "tillägg" är tillräckligt för att förstå att det inte är ett negativt tal som efterfrågas kan detta utläsas än tydligare i kontexten av upphandlingen. I prisbilagan skulle priser anges för ett antal olika scenarion, genom angivande av bl.a. timpriser för personalrelaterade kostnader. För att komma ifrån sådan strategisk anbudsgivning som präglat tidigare upphandlingar på området ställde SKI som krav att alla personalrelaterade kostnader skulle vara minst 250 kr. Anbudets pris räknades fram med hjälp av antalet timmar SKI hade angett för respektive kostnadspost och uppdrag.

I upphandlingen ställdes som krav att kartonger skulle ingå som lån förutsatt att de lämnades åter senast 90 dagar efter utfört uppdrag. Det ställdes även som krav att leverantören skulle ombesörja utkörning och avhämtning av kartonger. För att möjliggöra för upphandlande myndigheter att vid förvaringsbehov behålla ett antal kartonger efter flytten, för viss eller obestämd tid, gavs möjlighet för leverantörerna att ange ett tillägg för den situationen så att de inte tvingas skänka bort kartonger. Detta möjliggjordes

genom att ett ”tillägg” efterfrågades för kvarhållna kartonger. För de olika exempelscenarierna var olika antal kartonger angivna. Det måste i denna kontext vara uppenbart att ett tillägg inte avser ett avdrag.

Frågan om en princip om fri prissättning och 12 kap. LOU

SKI vänder sig mot ATS beskrivning av en princip om fri prissättning enligt LOU. Upphandlande myndigheter har, inom ramen för de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU, frihet att ange hur prissättning ska ske. Att ställa upp och tillämpa sådana villkor innebär inte att reglerna om onormalt låga anbud kringgås.

Frågan om uteslutning strider mot proportionalitetsprincipen

ATS tycks mena att det var oproportionerligt dels att endast efterfråga tillägg för kartonger som inte lämnas tillbaka, dels att förkasta ATS anbud på grund av att anbudet inte uppfyllde kravet på hur pris skulle lämnas. SKI anser inte att ett krav om hur pris ska lämnas i en upphandling kan vara oproportionerligt, då det inte utgör ett krav på leverantören eller upphandlingsföremålet. För det fall en proportionalitetsbedömning ska göras av villkor för prissättningen i en upphandling ska den göras i enlighet med RÅ 2010 ref 78, dvs. genom en kontroll av om prisvillkoret har en objektiv utformning, är icke diskriminerande samt inte framstår som godtyckligt eller osakligt.

Bakgrunden till upphandlingens prismodell är att uppnå en sund och effektiv konkurrens med seriösa anbud inom en bransch där strategisk anbuds-givning enligt SKI:s erfarenhet är vanligt förekommande. Golvpriser har därför satts för alla personalrelaterade kostnader och det har inte funnits möjligheter att ge rabatter. Syftet med upphandlingen är att köpa flyttjänster till förmånliga priser och en lämplig affärsmodell. Som framgått ska leverantören tillhandahålla flyttkartonger, vilka ingår som lån. I undantags-

fall kan upphandlande myndighet behöva behålla kartonger för förvaring efter avslutad flytt. Detta har anbudsgivarna getts möjlighet att kompensera för genom tillägg. En anbudsgivare som anger ett negativt tillägg för att behålla kartonger kompenserar givetvis för detta, som ATS gjort, genom höga priser på övriga poster. Om "negativa tillägg" för kartonger skulle accepteras måste upphandlande myndigheter behålla alla kartonger för att få marknadsmässiga priser för sina flyttuppdrag. Syftet med upphandlingen har inte varit att köpa kartonger. Hade detta varit syftet hade kravet att kartonger skulle ingå som lån givetvis inte ställts upp, utan pris för kartonger hade efterfrågats.

SKI anser att förbudet mot att ange "negativa tillägg" för behållna flyttkartonger varit nödvändigt för att uppfylla syftet med upphandlingen. ATS affärsmodell med negativa tillägg förfelar hela syftet med såväl upphandlingen som prismodellen. Förbudet att ange "negativa tillägg" är proportionerligt. Villkor om hur priser får sättas i en upphandling är i högsta grad väsentliga. Att tillåta avvikelser gentemot sådana villkor för en viss anbudsgivare torde vara bland de tydligaste övertramp av likabehandlingsprincipen en upphandlande myndighet kan göra. Andra leverantörer drabbas direkt. Det fanns ingen möjlighet att låta ATS inkomma med nya priser. Förkastandet var således proportionerligt.

Frågan om transparens

Av EU-domstolens dom C-19/00 SIAC Construction framgår att transparensprincipen innebär att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna förstå vad som efterfrågas. Att ett tillägg efterfrågades innebär att varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare förstod att ett negativt tal inte kunde anges. Detta gäller vid en isolerad tolkning av rekvisitet "tillägg" samt särskilt vid en tolkning av rekvisitet i kontexten av den aktuella upphandlingen. Att en teknisk spärr mot angivande av negativa belopp saknades innebär rimligtvis inte att en

normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare förutsätter att det är tillåtet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Allmänt om kravuppfyllelse m.m.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt, och att principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas. Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav strider mot likabehandlingsprincipen, jfr EU-domstolens dom i mål C-243/89, Stora Bält.

Förvaltningsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget (punkt 1.2.11) framgår att anbudsgivaren ska lämna priser utifrån de villkor som ställs i förfrågningsunderlaget. I prisbilagan till förfrågningsunderlaget har anbudsgivare getts möjlighet att ange ett pristillägg för flytt- respektive garderobskartonger som inte återlämnas inom 90 dagar efter flyttuppdraget.

Förvaltningsrätten har i målet att pröva om SKI har agerat felaktigt som uteslutit ATS anbud på grund av att bolaget i sitt anbud angett negativa priser för oreturerade kartonger. Förvaltningsrätten har härvid att ta ställning till vad som avsetts med begreppet "tillägg" i prisbilagan och om ett negativt pris kan anses utgöra ett tillägg i upphandlingen. Förvaltningsrätten har för det fall rätten skulle anse att ett negativt pris inte utgör ett tillägg även att pröva om den aktuella anvisningen avseende tillägg utformats tillräckligt tydligt samt om SKI har agerat i strid med proportionalitets-

eller likabehandlingsprincipen som uteslutit anbudet från ATS på grund av att bolaget angett negativa priser för oreturerade kartonger.

Kan ett negativt pris utgöra ett tillägg?

Förvaltningsrätten uppfattar den i prisbilagan gjorda anvisningen om angivande av tillägg för oreturerade kartonger som att det inte funnits en skyldighet för en anbudsgivare att ange ett belopp för denna post. För det fall en anbudsgivare väljer att ange ett belopp i denna del anser förvaltningsrätten dock att beloppet måste överstiga eller sammanfalla med noll kr. Även om begreppet "tillägg" i vissa sammanhang kan användas för att beteckna ett negativt tal anser förvaltningsrätten att begreppet om det används i pris-sammanhang vanligtvis betecknar ett positivt tal. Med hänsyn härtill och då det inte framkommit att SKI i upphandlingen avsett att begreppet "tillägg" ska ges en vidare innebörd än vad som får anses vara begreppets normala, gör förvaltningsrätten bedömningen att det inte har varit tillåtet att ange negativa priser för de aktuella posterna. Anbudet från ATS har därför, enligt förvaltningsrättens mening, inte utformats utifrån de villkor som uppställts i förfrågningsunderlaget, varför SKI haft fog för att utesluta anbudet. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därför med anledning av vad ATS har anfört i denna del.

Strider uteslutandet mot transparens-, proportionalitet- eller likabehandlingsprincipen?

Enligt förvaltningsrättens mening har anvisningen om angivande av tillägg för oreturerade kartonger formulerats på ett sådant sätt att det med tillräcklig tydlighet framgår att endast positiva priser får anges i denna del. Förvaltningsrätten finner därför att upphandlingen inte brister i transparens i detta avseende. Det förhållandet att det saknats en teknisk spärr för angivande av negativa tal i prisbilagan förändrar inte denna bedömning. Varken anvisningen i sig eller uteslutandet till följd av att ATS inte följt den

gjorda anvisningen strider, enligt förvaltningsrättens mening, mot proportionalitetsprincipen. Det har heller inte framkommit att SKI genom att förkasta ATS anbud har agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Det saknas därför grund för ingripande med anledning av vad ATS anfört även i denna del.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte visat att upphandlingen genomförts i strid med LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Robert Johansson

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.