

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2008-01-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25141-07
Rotel 227

SÖKANDE

Frans Svanström & Co Aktiebolag, 556024-9558
Box 90132
120 21 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2008 -01- 30.	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Ombud: Advokat Pauline Ottergren
Advokatfirman Lars Andersson AB
Malmö Börshus, Skeppsbron 2
211 20 Malmö

MOTPART

Upphandlande enheterna:
Västerviks kommun
Västerviks kommuns Förvaltnings AB
Västerviks Bostad AB
Västervik Miljö-& Energi AB
Västerviks Kraft-Elnät AB
Gamleby Fastighets AB

Ombud
Kommentus Gruppen AB, 556026-1900
Hornsgatan 15
117 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt 7 kap. LOU.

Länsrätten upphäver de interimistiska besluten av den 19 och den 20 november 2007.

Dok.Id 294371

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00
E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Kommentus Gruppen AB (nedan Kommentus) har, på uppdrag av ett antal upphandlande enheter, genomfört en öppen upphandling av kontors- och förbrukningsmateriel för perioden 2007-10-01—2009-09-30, projektnummer 5093. Upphandlingen avser fyra produktgrupper: Kontorsmateriel, Skolmateriel, Datortillbehör och Kopieringspapper – palleverans. Kommentus har för avsikt att träffa ramavtal med ett eller tre företag inom varje produktgrupp per upphandlande enhet. Frans Svanström & Co Aktiebolag (nedan Svanströms) har lämnat anbud avseende produktgrupperna kontorsmateriel, skolmateriel och datortillbehör. Inte i något fall har Svanströms utsetts till leverantör enligt bilaga till tilldelningsbeslut den 9 november 2007.

Länsrätten i Kalmar län biföll i beslut den 19 och den 20 november 2007 Svanströms yrkande om interimistiskt beslut och överlämnade i beslut den 23 november 2007 målet till Länsrätten i Stockholms län.

YRKANDE M.M.

Svanströms ansöker om överprövning och yrkar i första hand att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om och i andra hand att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Det yrkas också att länsrätten interimistiskt ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats eftersom de upphandlande enheterna inte uppfyllt de grundläggande kraven enligt LOU och Svanströms kan komma att lida skada till följd därav. Svanströms anför bl.a. följande. Formuleringen i punkterna 3.7 och 4.3 i förfrågningsunderlaget måste innebära att olika rabattsatser inom en och samma produktgrupp inte godtas. Motsvarande ordalydelse och resonemang återfinns i paragraf 6 i ramavtalet. Samtliga anbudsgivare har ingett anbud med enhetlig rabattsats inom respektive produktgrupp med undantag av

Gullbergs Kontorscenter AB (nedan Gullbergs). Bolagets anbud uppfyller inte skall-kravet under punkt 3.7 och 4.3. i förfrågningsunderlaget. Till anbudet skulle enligt punkt 3.7 bifogas ”kataloger och/eller prislistor på offererade produkter”. Med kataloger och/eller prislistor måste avses anbudsgivarens officiellt gällande sådana med bruttoprisangivelser. För denna ståndpunkt talar, utöver ordalydelsen, Kommentus svar på ställda frågor enligt upprättat frågeformulär med svar. Flera anbudsgivare har emellertid upprättat och bifogat särskild prislista till sitt anbud. Det gäller Corporate Express Svenska AB och Kontorab. Att ge in en särskilt upprättad prislista är en brist i ett skall-krav och de aktuella anbuden borde ha förkastats. Svanströms hade antagits som leverantör om upphandlingen hade genomförts på ett korrekt sätt och tilldelningsbeslutet grundat sig på ett korrekt och rättvisande underlag. När det gäller rabattsatser och bruttopriser har de upphandlande enheterna brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anta anbud som inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Hade villkoren i upphandlingen medgivit olika rabattsatser för produkter inom en och samma produktgrupp hade Svanströms kunnat ge väsentligt högre rabatter och därmed lägre nettopris för ett stort antal produkter. Alternativt hade nettopriset kunnat anpassas genom ett lägre bruttopris som inte överensstämde med den ordinarie prislistan. Genom bristerna vad gäller tydlighet och fullständighet i förfrågningsunderlaget har de upphandlande enheterna brutit mot kraven på affärsmässighet och objektivitet.

Kommentus yrkar att länsrätten avslår bolagets yrkanden och anför till stöd härför bl.a. följande. Kommentus har inte brutit mot någon bestämmelse i lagen om offentlig upphandling och de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet, likabehandling och transparens. Det som ligger till grund för utvärderingen är offererade priser (i kronor och ören) för varje enskild uppgiven ”frekvent produkt” inom respektive produktgrupp. Detta framgår tydligt av förfrågningsunderlaget. Beträffande rabattsatserna, som även efterfrågas i förfrågningsunderlaget, ligger dessa inte till grund

för utvärderingen. Tanken med att efterfråga uppgiften är att ge upphandlande enheterna en bild av vad produkter som ligger utanför "frekventa produkter" kan komma att kosta. I förekommande fall så må upphandlande enhet begära in anbud särskilt för varje sådan beställning. Efterfrågade rabattsatser inverkar inte på något sätt på utvärderingen. För övrigt har Svanströms inte heller lämnat samma rabattsats på övrigt sortiment som på det efterfrågade sortimentet och kan således inte anses ha lidit skada på den grunden. Kommentus har inte anledning att ifrågasätta en anbudsgivares uppgift om att en till anbudet bifogad prislista är "gällande prislista" och anser därför att begärda uppgifter och underlag har lämnats med anbudet. Frågan har ingen direkt betydelse då det framgår av förfrågningsunderlaget att det endast är nettopriserna som kommer att utvärderas och det har också skett. Ingen anbudsgivare har lidit skada eller blivit diskriminerad. Sammantaget anser Kommentus att utvärderingen skett helt utifrån klart redovisade grunder i förfrågningsunderlaget och av det framgår också klart att rabattsatser för s k övrigt sortiment inte kommer att utvärderas.

Svanströms har därefter i yttrande tydliggjort de omständigheter och grunder som åberopats och sammanfattningsvis uppgett följande. Parterna är eniga om att det är offererade nettopriser som legat till grund för utvärderingen. Kommentus har, genom att inte förkasta de anbud som inte uppfyllde förfrågningsunderlagets skall-krav på angivande av bruttopris, brutit mot nämnda krav på affärsmässighet, objektivitet och likabehandling. Detta gäller i vart fall leverantörerna Corporate Express Svenska AB ("Corporate Express") och Kontorab. Om endast en rabattsats per produktgrupp får användas, kommer den generellt att bli lägre och därmed nettopriset för respektive produkt högre. Kommentus har, genom att tillåta Gullbergs att ge olika rabattsatser inom respektive produktgrupp, givit Gullbergs en otillbörlig fördel. Några av de leverantörer som efterkommit skall-kravet att ge en enhetlig rabattsats inom respektive produktgrupp har i stället brutit i skall-kravet rörande att ange bruttopris enligt gällande prislista. Det har påverkat

nettopriset på följande sätt. Genom att bruttopriset för enskilda produkter angivits med ett lägre pris än enligt gällande prislista, har nettopriset för dessa produkter kunnat sättas lägre, utan att det medfört att leverantören behövt ge en högre rabattsats för samtliga produkter inom produktgruppen. På så sätt har de aktuella leverantörerna kunnat erbjuda väsentligt lägre nettopris för vissa enskilda produkter, vilket i sin tur påverkat utgången av upphandlingen. Kommentus har, genom att tillåta i vart fall Corporate Express och Kontorab att använda annat än ordinarie bruttoprislistor, givit dessa leverantörer en otillbörlig fördel. Att bruttoprislistorna varit anpassade måste enligt Svanströms uppfattning ha stått klart för Kommentus, med tanke på de synnerligen låga priser som erbjöds rörande vissa produkter.

Ett exempel på hur Corporate Express anpassat sin bruttoprislista är priset för Akthäftare Rapid HD 12. Bruttotopriset för akthäftaren är enligt Corporate Express hemsida 594 kronor, se bilaga 25. Ordinarie bruttopris för akthäftaren anges i produktbilaga 2A av Corporate Express till 35 kronor 70 öre och rabattsatsen till 30 %, se bilaga 1 sista raden.

Rätteligen har Corporate Express lämnat ca 94 % rabatt på denna produkt och skulle därmed antingen erjudit motsvarande rabattsats, 94 %, för samtliga produkter inom den aktuella produktgruppen eller givit 30 % rabatt på ordinarie bruttopriset för produkten, vilket skulle ha gett ett nettopris om 415 kr80 öre. Så har inte skett.

Som svar på Svanströms yttrande uppger Kommentus bland annat följande. Förfrågningsunderlaget ger inte anledning till uppfattningen att endast en gemensam rabattsats för hel produktgrupp godtas. Kommentus har aldrig ställt som krav att gällande prislistor skall finnas offentligt tillgängliga på Internet. Även andra prislistor accepteras så länge som de med fog kan kallas för gällande prislistor. Utdragen från Corporate Express hemsida styrker inte något påstående som har betydelse för målet.

Svanströms har i svar sammanfattningsvis uppgett att Corporate Express ingivna prislista utgör inte, och kan inte heller anses med fog kunna kallas, en gällande prislista.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall en upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 22 § LOU stadgas att en upphandlande enhet skall anta antingen
1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Av 7 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Länsrätten gör följande bedömning

I 1 kap. 4 § LOU slås fast att en upphandling skall genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn. Kravet på affärsmässighet kommer också till uttryck i 22 § samma kapitel. Vill den upphandlande enheten tillämpa regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall enheten ange detta i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling och samtidigt ange vilka omständigheter som den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den vikti-

gaste först. Enligt förarbetena till lagen om offentlig upphandling skall den upphandlande enheten inte bara noga ange dessa s k kringomständigheter utan också redan från början göra klart för sig hur olika omständigheter kan värderas i ekonomiska termer (prop. 1992/93:88 s 52).

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmåter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Principen om transparens innebär bl.a. att förfrågningsunderlag skall utformas så tydligt att leverantörerna vet vad den upphandlande enheten efterfrågar. Vissa förutsättningar som bedöms viktiga kan en enhet uppställa med skall-krav. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

I förfrågningsunderlag för Upphandling av Kontors- och förbrukningsmateriel anges under punkt 3.7 Priser bland annat följande:

”Pris-/produktbilaga (bilagor 2A, 2B, 2C och 2D) skall fyllas i och ligger till grund för utvärderingen. -----.

Rabattsats i % för de produktgrupp/er som anbudsgivaren offererar skall även gälla för samtliga övriga produkter som säljs under avtalstiden och som kan anses höra hemma i produktgruppen ifråga. Detta kommer att ingå

i tecknat avtal men kommer inte att utvärderas. Rabattsatserna skall vara fasta under hela avtalsperioden.

Kataloger och/eller prislister på offererade produkter skall bifogas anbudet.

Samtliga offererade priser i pris-/produktbilaga (bilagor 2A,2B, 2C och 2D) skall vara fasta under första avtalsåret, tom 2008-09-30.

-----.”

Under 4.3 Anbudsutvärdering anges bland annat att utvärderingen av anbudet sker separat för varje produktgrupp och kommun och att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet/anbudet kommer att antas med hänsyn till viktningen pris 85 procent och elektronisk handel 15 procent.


Länsrätten får konstatera att i pris-/produktbilagan uppgivet bruttopris och rabattsats i procent skiljer sig avsevärt åt mellan anbudsgivare. I förfrågningsunderlaget anges emellertid inte något för anbudsgivarna bindande förhållningssätt när det gäller nivå på rabattsats. Anbudsgivarna har också till anbudet bifogat katalog och/eller prislister avseende offererade produkter.

Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen inte omfattar annat än det pris, som efter avdragen rabattsats, framgår av leverantörens ingivna pris-/produktbilaga. Att Kommentus i sin utvärdering frångått vad som angivits i förfrågningsunderlaget har inte visats. Vilka konsekvenser angivna rabattsatser kan få vid de upphandlande enheternas framtida eventuella köp av vad som anges som övriga produkter inom produktgruppen är inte föremål för länsrättens överprövning i målet.

Länsrätten finner att det inte föreligger sådana brister i Kommentus anbudsutvärdering, utifrån angivna utvärderingskriterier, att den åsidosätter principerna i LOU. Inte heller i övrigt har det visats att förfarandet strider mot de krav som ställs upp i LOU. Det saknas därför grund för att besluta om att rättelse skall ske eller att upphandlingen skall göras om på sätt som

AGE Kontor Data AB begärt. Ansökan om överprövning skall därför avslås och de interimistiska besluten skall upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (3109/1a)


Eva Pedersen
Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.