



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredragande: J. Blom

DOM

2011-05-25
Meddelad i
Luleå

Mål nr
560-11 E
D5

SÖKANDE

Ahlsell AB, 556012-9206

Ombud:

Erika Togö
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

KONKURRENSVERKET	
2011-05-26	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPARTER

1. Gällivare kommun
982 81 Gällivare

2. TOP bostäder AB, 556051-8739
Box 130
982 21 Gällivare

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Gällivare kommuns och TOP bostäder AB:s upphandling ”Ramavtal gällande leverens av arbetskläder och skyddsmaterial” får avslutas först sedan utvärderingen gjorts om och rättats, varvid anbudet från Industriprodukter AB:s anbud ska förkastas.

Dok.Id 15928

Postadress Box 849 971 26 Luleå	Besöksadress Skeppsbrogatan 41	Telefon 0920-29 54 90 E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se www.dom.se	Telefax 0920-29 54 98	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-16:00
--	--	---	---------------------------------	--

BAKGRUND

Gällivare kommun och TOP bostäder AB (kommunen) har genom förenklad upphandling upphandlat ramavtal gällande leverans av arbetskläder och skyddsmaterial. Två anbud har kommit in, varav ett från Ahlsell Sverige AB. Enligt tilldelningsbeslut daterat den 8 mars 2011 har de beslutat att teckna avtal med Industriprodukter, Gällivare.

YRKANDEN M.M.

Ahlsell Sverige AB har ansökt om överprövning och i första hand yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen följer de i förfrågningsunderlaget angivna förutsättningarna och att bolaget därmed tilldelas kontraktet. I andra hand har bolaget yrkat att anbudet från Industriprodukter ska förkastas om den komplettering de tillåtits göra står i strid mot LOU. I tredje hand har bolaget yrkat att tilldelningsbeslutet upphävs och att upphandlingen görs om.

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan.

GRUNDER

Ahlsell Sverige AB

I förfrågningsunderlaget har angetts hur utvärderingen skulle göras med hjälp av utvärderingskriterierna pris, produktsortiment samt kvalitet/miljö. Ahlsell Sverige AB begärde ett förtydligande av kommunen då det ansåg att förfrågningsunderlaget brast i transparens eftersom det inte gick att utläsa vilka produkter som skulle utvärderas och om dessa skulle kopplas till inköpsvolymen vid utvärdering av priset. Anbudsgivarna har på så sätt ingen möjlighet att förutse hur anbuden skulle komma att utvärderas, dvs. vilka av de tusentals lämnade à-priserna som skulle ingå i utvärderingen.

Kommunen valde att inte rätta förfrågningsunderlaget. I anbudsformuläret angavs endast att prissättning av anbudet skulle avges med rabatt alternativt med nettopriser på respektive leverantörs prislista för skydds- och arbetskläder/skor samt skyddsmaterial. Denna formulering kan endast tolkas som att det var upp till anbudsgivarna att välja att presentera en unik nettoprislista för kommunen med de produkter som anbudsgivarna antog att kommunen skulle komma att köpa in, alternativt att välja att bifoga en bruttoprislista med ett för kommunen unikt rabattbrev.

Något rabattbrev efterfrågas inte i förfrågningsunderlaget. Ahlsell Sverige AB valde därför att i sitt anbud bifoga en nettoprislista utifrån de av kommunen angivna produktgrupperna samt förfrågningsunderlagets bilagor om inköpsstatistik. Ahlsell Sverige AB anser att den bifogade nettoprislistan i bolagets anbud omfattar hela det av kommunen efterfrågade sortimentet, dvs. det sortiment som av kommunen efterfrågar i förfrågningsunderlaget. Kommunen anger att Ahlsell Sverige AB:s nettoprislista skulle omfatta endast ett fåtal produkter. Ahlsell Sverige AB har svårt att förstå detta eftersom bolagets nettoprislista omfattar 1 109 produkter. Ahlsell Sverige AB har gjort allt som en normalt insatt anbudsgivare kan göra för att offera ett anbud som omfattar hela det sortiment som kommunen har efterfrågat.

Då ett av utvärderingskriterierna var produktsortimentets bredd ansåg Ahlsell Sverige AB att det bästa sättet att visa övriga produktsortiments bredd var att även bifoga en komplett bruttoprislista till anbudet. Detta för att visa att bolagets sortiment är mycket bredare än de av kommunen efterfrågade produktgrupperna. Eftersom kommunen inte särskilt hade efterfrågat ett rabattbrev, utan angett detta endast som ett alternativ till en nettoprislista, bifogades inget rabattbrev till anbudet. Ahlsell Sverige AB:s anbud innehöll därmed en nettoprislista för utvärdering av utvärderingskriteriet pris och en bruttoprislista för utvärdering av kriteriet produktsortiment.

Den utvärdering som gjorts i tilldelningsbeslutet stämmer inte överens med förfrågningsunderlaget. Av sammanställningen av utvärderingen av utvärderingskriteriet pris framgår att kommunen godtyckligt har plockat ut några få enstaka artiklar ur de båda anbudsgivarnas sortiment för varje produktgrupp och jämfört dessa priser mot varandra. Här har priserna plockats från Ahlsell Sverige AB:s nettoprislista. Kommunen har dock utöver detta för prisjämförelse även plockat produkter ur "övrigt sortiment" och har därvid plockat produkter för jämförelse ur Ahlsell Sverige AB:s bifogade bruttoprislista, vilka har jämförts med produkter ur Industriprodukters nettopriser. Det är uppenbart felaktigt att jämföra en anbudsgivares nettopriser med en annan anbudsgivares bruttopriser. Det framgick inte av förfrågningsunderlaget att produkter ur anbudsgivarnas "övriga sortiment", dvs. utöver den efterfrågade nettoprislistan, skulle komma att utvärderas eller i så fall hur.

Ahlsell Sverige AB anser därmed att kommunen har utvärderat anbuden på ett icke likabehandlande sätt. Om utvärderingsmodellen ska godkännas, ska utvärdering av produkter endast ske på av båda anbudsgivarnas angivna nettopriser för produkterna, alternativt bruttopriser minus rabatt. Enligt Ahlsell Sverige AB ska endast nettoprislistan ligga till grund för utvärderingen i kriteriet pris. Brutttoprislistan får däremot användas för bedömningen av bolagets produktsortimentets bredd.

Enligt tilldelningsbeslutet har inga förtydligande av anbud skett. Där uppges att komplettering av anbudet, priser gällande skor, har begärts på beställarens begäran av Industriprodukter. Ahlsell Sverige AB kan av tilldelningsbeslutet inte utläsa vad kompletteringen har inneburit. Det kan endast anta att kompletteringen innebär ett tillförande av nya uppgifter till anbudet efter anbudstidens utgång. Även om bilder och uppgifter om dessa skor funnits med i en broschyr, så verkar inte priser för dessa skor ha funnits med i anbudet. I så fall hade en komplettering inte varit nödvändig. Priser

som saknas i anbudet, och som sedan begärs in av kommunen, är just ett sådant tillförande av ny information som anses vara en otillåten komplettering och särbehandling som åsidosätter likabehandlingsprincipen. Komplettering får inte ske med uppgifter som saknats i anbudet vid anbudstidens slut och som gäller ska-krav uppställda i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget gett anbudsgivarna möjlighet att själva välja om en nettoprislista eller en bruttoprislista kombinerat med rabatter skulle anges. Det har medfört att de anbud som inkommit inte har varit helt jämförbara. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att kommunen, efter det att anbuderna angivits, skulle välja ut vissa artiklar att utvärdera. Det betyder att kommunen har förbehållit sig rätten att godtyckligt välja produkter för prisjämförelse efter det att anbuderna har avgivits. Resultatet är att kommunen har förbehållit sig fri prövningsrätt. De produkter som kommer att ingå i utvärderingen måste tydligt framgå av förfrågningsunderlaget. Det enda som framgick av förfrågningsunderlaget var att angivna å-priser skulle komma att utvärderas. Uppenbarligen har kommunen tillgång till statistik som kan ligga till grund för en tydlig utvärderingsmodell med den ”varukorg” över de mest frekventa artiklarna som kunde bifogas förfrågningsunderlaget som underlag för utvärdering.

Genom kommunens åsidosättande av LOU har Ahlsell Sverige AB lidit skada då förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen har varit icke-transparent, icke likabehandlande och diskriminerande. Ahlsell Sverige AB har inte kunnat förutse hur anbudet skulle komma att utvärderas och har lidit skada av att kommunen har gjort prisjämförelser på fel produkter.

Kommunen

Kommunen anser att det är nettoprislistor eller rabattprislistor på hela leverantörens sortiment som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. De anser också att det i anbudsformuläret tydligt anges att anbudspriset ska avgas

med rabatt alternativt med nettoprislistor på respektive leverantörs prislista för skydds- och arbetskläder/skor samt skyddsmaterial. Det står ingenstans angivet att leverantören ska göra en egen unik prislista till kommunen utan att det är leverantörens hela prislista för ovan artiklar som efterfrågas. Kommunen har full förståelse för att anbudsgivarna inte kan anta vad kommunen ska köpa in och har därför begärt pris och rabatt på hela leverantörens sortiment. Kommunen har inte begärt något rabattbrev, men däremot rabatt på leverantörens prislista.

Statistiken som bifogas förfrågningsunderlaget visar vad kommunen har köpt, inte vad som kommer att köpas. Det skulle vara orimligt att göra en "varukorg" som bygger på gjorda inköp, när man inte vet hur framtida köp kommer att se ut. Det skulle innebära att allt som köps utanför "varukorgen" skulle behöva ske till bruttopris, utan någon rabatt.

Det är även tydligt angivet i förfrågningsunderlaget hur priset ska utvärderas, vilket också har gjorts. Eftersom kommunen inte styr inköpen till vissa artiklar utan inköpen görs av leverantörens hela sortiment har utvärderingen gjorts genom att lika produkter (märken) har plockats ut för att utvärderas mot varandra. Då kan man tydligt se vilka produktgrupper som ska utvärderas mot varandra. Det är också tydligt vilka produktgrupper som ska utvärderas, dock inte per artikelnivå. Eftersom det tydligt efterfrågats rabatt på hela sortimentet kan man också välja exakt vilka produkter ur anbudsgivarnas sortiment som ska jämföras mot varandra. Transparens uppfylls till fullo.

Kommunen har valt ett lågprisalternativ respektive ett dyrare alternativ. De har utvärderat likvärdiga produkter och i det dyrare alternativet är det exakt samma produkter. Leverantörerna i denna bransch har i stort sett exakt lika sortiment (samma underleverantörer), vilket gör att även en upphandlare relativt enkelt kan plocka ut likvärdiga artiklar/exakt lika produkter. Kom-

munen har utvärderat de priser som är lämnade i respektive anbud. I Ahlsell Sverige AB:s anbud finns ingen rabatt på hela sortimentet utan endast ett fåtal produkter utvalda till en nettoprislista. På övriga sortimentet har Ahlsell Sverige AB bifogat en prislista utan rabatter. Utvärderingen kan inte göras på ett annat sätt än detta då man använt de prislistor som finns med i det inlämnade anbudet. Kommunen har valt att utvärdera olika produktgrupper från leverantörernas hela produktsortiment och jämfört likvärdiga artiklar ur de produktgrupper som efterfrågats.

Kompletteringen från Industriprodukter gäller priser på två par skor som finns med i anbudet. Inget nytt är således tillfört anbudet utan endast en komplettering av pris på skor som finns med i broschyr i anbudet.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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.

Enligt 15 kap. 12 § får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Enligt 16 kap. 5 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Ifrågasatt otillåten komplettering

I förfrågningsunderlaget anges att ”i anbudet ska prislistor redovisas med bruttopriser med angivande av rabatter alternativt nettopriser (efter rabattavdrag)”. Kommunen har även i ett av sina yttranden till förvaltningsrätten anfört att hela leverantörens prislista för skydds- och arbetskläder/skor samt skyddsmaterial efterfrågas enligt anbudsformuläret.

Av handlingarna i målet framgår att kommunen inhämtat prisuppgifter på två par skor från Industriprodukter AB och att dessa uppgifter är inhämtade efter anbudstidens utgång.

Vid en genomgång av Industriprodukter AB:s anbud kan förvaltningsrätten konstatera att det varken av den till anbudet bifogade katalogen (Fristads) eller prislistan finns något pris på de skor som kommunen begärt komplettering på, dvs. Fristad Bootes S-613 och Indus S-615. Det betyder att en komplettering skett av uppgifter som saknats i anbudet vid anbudstidens slut och som gäller ska-krav uppställda i förfrågningsunderlaget.

En sådan komplettering är inte tillåten enligt LOU på grund av risken för särbehandling. Industriprodukter AB:s anbud borde därför rätteligen ha förkastats.

Att inte förkasta anbud som inte uppfyller ska-kraven står i strid med 1 kap. 9 § LOU. Då Ahlsell Sverige AB var en av två anbudsgivare och kom på andra plats får bolaget därmed anses ha lidit skada på grund av felet. Grund för ingripande enligt LOU föreligger följaktligen redan av den anledningen.

Utvärderingsmodell och utvärdering av inkomna anbud

Av förfrågningsunderlaget framgår att priset ska utvärderas enligt följande.

60 procent prisbild. Poängskala 1–10. Prisbilden beräknas med utgångspunkt från avgivna å-priser på produkter/artiklar. Lägsta prisbild erhåller 10 p. Högre prisbild erhåller poäng proportionellt mot lägsta.

Prisbilden avses att bedömas enligt följande.

- varselkläder-, byxor, jackor, västar; vinter och sommarplagg (30 procent)
- arbetskläder inom gva samt fastighetsförvaltning – byxor, jackor, västar; vinter och sommarplagg (30 procent)
- arbetsskor till ovan verksamheter (20 procent)
- skyddsmaterial- hjälmar, hörselskydd (10 procent)
- arbetskläder inom restaurang-kökspersonal (10 procent)

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att utöver priset ska "Produktsortiment" och "Kvalité/Miljö" utvärderas med 20 procent vardera.

Av sammanställningen av utvärderingskriteriet pris framgår att kommunen vid utvärderingen gjort ett urval av några enstaka artiklar ur de båda anbudsgivarnas sortiment för varje produktgrupp.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det inte av förfrågningsunderlaget att utvärderingen skulle komma att ske genom urval. Kommunen har således vid utvärderingen inte hållit sig inom ramen för det förfrågnings-

underlag som de själva utformat. Det sätt på vilket utvärderingen kommit att ske har lämnat ett stort utrymme för godtycke och i princip en fri prövningsrätt då urvalet av de produkter som faktiskt utvärderats skett i efterhand. Kommunen har därigenom bl.a. brutit mot principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten har dessutom i tidigare domar ansett att den utvärderingsmodell som tillämpats i detta mål innebär att anbudsgivaren saknar möjlighet att förutse vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen. Det saknas skäl att i detta mål göra någon annan bedömning.

Av handlingarna i målet framgår att Ahlsell Sverige AB till sitt anbud valt att bifoga en nettoprislista (utformad ur Ahlsells bruttoprislista) utifrån de av kommunen angivna produktgrupperna samt förfrågningsunderlagets bilagor om inköpsstatistik. Då ett av utvärderingskriterierna var produkt-sortimentets bredd har även en komplett bruttoprislista bifogats anbudet. Då det av förfrågningsunderlaget framgår att det utöver priset också ska göras en utvärdering av produktsortimentet har bolaget enligt förvaltningsrättens uppfattning kunnat visa på att det inte var bolagets avsikt att priser ur bruttoprislistan skulle utvärderas under "Prisbild" på det sätt som kommunen gjort. Att utvärdera priser som en anbudsgivare inte offererat är inte förenligt med likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Kommunen har således även i detta avseende brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU.

För att ett fel ska leda till ingripande enligt LOU krävs att sökanden lider eller riskerar att lida skada på grund av felet. I detta fall har förvaltningsrätten redan konstaterat att vinnande anbud inte borde ha gått vidare till utvärderingsfasen. Då återstår bara det anbud som Ahlsell Sverige AB lämnat. Ahlsell Sverige AB kan därför inte anses lida skada på grund av eventuella otydligheter eller felaktigheter vid utvärderingen. Grund för ingripande enligt LOU på grund av eventuella fel i denna del föreligger därför inte.

Det brott mot LOU som förvaltningsrätten ansett föreligga är inte hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede utan till kvalificeringen av anbud. Den åtgärd som då blir aktuell är rättelse. Ansökan ska således bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse av utvärderingen har gjorts, varvid Industriprodukter AB:s anbud ska förkastas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 C)


Britt Dahlin