



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning I

DOM
2010-04-13
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6611-10 E, 6662-10 E,
6663-10 E, 6664-10 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

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

Ombud: Erika Togö
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPARTER

1. Falkenbergs kommun
311 80 Falkenberg

2. Falkenbergs Bostads AB
311 80 Falkenberg

3. Vatten och Miljö i Väst AB
Box 110
311 22 Falkenberg

4. Falkenberg Energi AB
311 80 Falkenberg

Ombud för 2 – 4:
Rolf Landholm
Falkenbergs kommun
311 80 Falkenberg

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att Bröderna Wijklunds Järnhandel AB:s anbud inte ska delta i utvärderingen. Därmed upphör de interimistiska besluten den 14 och den 20 januari 2010 att gälla.

KONKURRANSPÅSKED	
2010-04-13	
Avt	
Dnr	
Dag	Altid

Dok.Id 2465

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-15:00
---	---	--	-----------------------------------	---

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1**

DOM

Sida 2
6611-10 E, 6662-10 E,
6663-10 E, 6664-10 E

BAKGRUND

Falkenbergs kommun, Falkenbergs Bostads AB, Vatten och Miljö i Väst AB och Falkenberg Energi AB har genomfört en upphandling av järnhandelsvaror. I tilldelningsbeslut den 4 januari 2010 meddelades att Bröderna Wijklunds Järnhandel AB (Wijklunds) tilldelats uppdraget.

Länsrätten i Hallands län beslutade den 14 och den 20 januari 2010 att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat hade beslutats.

YRKANDEN M.M.

Ahlsell Sverige AB (Ahlsell) yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse på så sätt att anbudet från Wijklunds inte anses kvalificerat för utvärdering. Ahlsell anför bl.a. följande. Falkenbergs kommun publicerade den 20 oktober 2009 förfrågningsunderlag i den aktuella upphandlingen. I förfrågningsunderlaget angavs att rabatt eller påslag ska lämnas i kolumn Q "Rabatt/påslag". I bilaga 6 fanns 15 varugrupper angivna, för vilka kommunen efterfrågade en rabattsats. Av instruktionerna i bilaga 6 framgår att endast en rabattsats kan förekomma inom en huvudgrupp. Ahlsells datoriserade rabattsystem innehåller avsevärt fler rabattgrupper än 15, vilket innebär ett problem vid rabattsättningen av kommunens 15 grupper. Ahlsell ställde därför en fråga angående rabattsättningen och huruvida det var möjligt att sätta olika rabattsatser för undergrupper i de 15 huvudgrupperna eller att helt enkelt bifoga sitt vanliga rabattbrev. Kommunen svarade att endast en rabattsats fick anges på respektive varugrupp/järnhandelsområde. Ahlsell valde att ändå lämna anbud, trots att kravet på endast 15 rabattgrupper var svårt att uppfylla. Av förfrågningsunderlag och publicerat förtydligande framgår alltså med all önskvärd tydlighet att endast en rabattsats får anges för respektive varugrupp. I förfrågningsunderlaget angavs även att uppenbara felskrivningar, felräkningar eller något annat uppenbart fel i

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 3
6611-10 E, 6662-10 E,
6663-10 E, 6664-10 E

anbudet får rättas. Den upphandlande myndigheten får också för att göra nollställning möjligt begära att anbudet förtydligas om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Av tilldelningsbeslut framgår att kommunen har tilldelat Wijklunds avtalet. När Ahlsell bad att få se Wijklunds anbud visade det sig att de i sitt anbud har angett olika rabattsatser i en och samma varugrupp. Kommunen har därefter gett Wijklunds möjlighet att komplettera sitt anbud med nya rabattsatser. Kammarrätten i Stockholm har i sitt mål 3973-04 sammanfattat möjligheten till komplettering av anbud på följande sätt. En av de grundläggande principerna för upphandling är transparens. Principen innebär bl.a. att förfrågningsunderlag ska utformas så tydligt att leverantörerna vet vad den upphandlande enheten efterfrågar. Om den upphandlande enheten skulle bortse från att en anbudsgivare inte uppfyller ett eller flera skall-krav och ändå utvärderar dennes anbud skulle enheten gentemot anbudsgivare som uppfyller skall-kraven bryta mot en annan av de grundläggande principerna för upphandling nämligen likabehandlingsprincipen. Av rättspraxis framgår att möjligheten för upphandlande enhet att begära att en anbudsgivare rättar/kompletterat ett anbud som inte uppfyller de kvalificeringskrav som uppställts i förfrågningsunderlaget är starkt begränsad. I mål 1396-01 konstaterar Kammarrätten i Sundsvall att en upphandlande enhet får medge att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Enheten får också medge att ett anbud förtydligas och kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Kammarrätten i Stockholm har även i mål 5226-07 uttalat att "ett förtydligande eller en annan komplettering får därför inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud". Den komplettering som Wijklunds har tillåtits att göra strider mot LOU och gällande rättspraxis av följande skäl. Skall-kravet i förfrågningsunderlaget har varit tydligt formulerat samt ytterligare tydliggjort i ett förtydligande publicerat under anbudstiden. Att Wijklunds ändå gav olika rabattsatser inom en och samma huvudgrupp kan inte anses vara en sådan up-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
6611-10 E, 6662-10 E,
6663-10 E, 6664-10 E

penbar felskrivning, felräkning eller annat uppenbart fel i anbudet som får rättas. Förfrågningsunderlaget kunde inte varit tydligare angående skallkravet att endast en rabattsats skulle anges för varje huvudgrupp. Anbud som inte uppfyller skallkrav får inte kvalificeras för utvärdering. Kompletteringen innebär att Wijklunds fått revidera i anbudet angivna prisvillkor vilket innebär att förtydligandet av anbudet har lett till särbehandling och konkurrensbegränsning. Wijklunds har särbehandlats i och med att de efter anbudstiden har gått ut tillåtits att ge in helt nya uppgifter. Dessa uppgifter påverkar väsentligt anbudets ekonomiska villkor då vissa av rabatterna i det ursprungliga anbudet angavs som N (Netto = 0 % rabatt) och dessa rabatter i Wijklunds komplettering i stället anges som upp till 40 % rabatt. Kommunen har vid kontakt invänt att kommunen även begärt komplettering från Ahlsell. Ahlsell vill dock påpeka att bedömningen av dessa två kompletteringars överensstämmelse med LOU inte är avhängiga av varandra. Varje komplettering måste bedömas för sig och bolagets komplettering gäller endast ett förtydligande av en otydlighet i anbudet gällande leveranstid. Det är alltså ett förtydligande av uppgifter som härrör sig till utvärderingsfasen och som inte gäller ett kvalificeringskrav, så kallat skallkrav. Den komplettering som kommunen begärde av Ahlsell måste således anses vara en godkänd rättelse av en otydlig beskrivning i anbudet och kan inte anses vara särbehandlande och konkurrensbegränsande. Genom kommunens åsidosättande av LOU har Ahlsell lidit skada då de vid en korrekt utförd upphandling hade erhållit kontrakt. Ahlsell har offererat ett ekonomiskt fördelaktigt anbud och är den enda anbudsgivare som lämnat in ett kvalificerat anbud, alltså ett anbud om uppfyller samtliga skallkrav. Den skada som kan åsamkas kommunen på grund av en prövning i förvaltningsrätten är inte större än den skada som drabbat Ahlsell.

Falkenbergs kommun (kommunen) som genom fullmakt företräder Falkenbergs Bostads AB, Vatten och Miljö i Väst AB och Falkenberg Energi AB anser att Ahlsells ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 5
6611-10 E, 6662-10 E,
6663-10 E, 6664-10 E

följande. Det aktuella förtydligandet/kompletteringen av Wijklunds har skett utan risk för varken särbehandling eller konkurrensbegränsning. Skall-kravet har framgått tydligt i anbudsförfrågan samt komplettering den 20 november 2009. Att Wijklunds medvetet skulle ha diskvalificerat sig genom att ange olika rabattsatser förefaller inte särskilt sannolikt. Kommunen har betraktat detta som en uppenbar felskrivning. Wijklunds har efter anmodan förtydligat sitt anbud genom att rätta till det uppenbara felet utan reservation eller invändning. Risk för särbehandling genom att andra anbudsgivare skulle ha avstått från att lämna anbud har inte uppstått. Påståendet saknar helt relevans eftersom skall-kraven inte har ändrats. Ahlsell har inte på något sätt visat hur detta skulle kunna vara aktuellt. Wijklunds har uppfyllt samtliga skall-krav inklusive kravet om en rabattsats per varugrupp. En diskvalificering av anbud från Wijklunds på dessa grunder skulle emellertid strida mot proportionalitetsprincipen och därmed LOU.

Ahlsell anför därefter bl.a. följande. Bristen angående skall-kravet i Wijklunds anbud kan inte ses som en uppenbar felskrivning. Skall-kravet var tydligt uttryckt, dels i förfrågningsunderlaget och dels i Frågor & svar som publicerades i god tid innan sista anbudsdag. En normal anbudsgivare kan inte med ett så tydligt förfrågningsunderlag kunna anses göra ett sådant fel i förhållande till ett skall-krav. Det fel som finns i anbudet måste därför anses vara ett medvetet fel. Wijklunds har i sitt anbud skrivit fel på två ställen, dels i bilagan för rabattsatser, dels i prisbilagan. Felet kan därmed inte vara en uppenbar felskrivning. Den komplettering som Wijklunds har tillåtit göra har rättat felet i rabattbilagan men torde betyda att ovanstående krav att varje enskild artikel ska vara kopplad till den rabattgrupp till vilken artikeln tillhör fortfarande inte är uppfyllt. Denna brist kan inte heller rättas till utan att priserna i anbudet ändras då flera av Wijklunds rabattsatser i bilaga 6 har ändrats och höjts. Ahlsell anser att Wijklunds på grund av de svårigheter som alla anbudsgivare hade med att göra om sina rabattsatser så att de skulle stämma överens med kommunens varugrupper,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 6
6611-10 E, 6662-10 E,
6663-10 E, 6664-10 E

valde att göra ett medvetet fel i sitt anbud. Om detta förfarande tillåts innebär det att ett anbud som inte uppfyller ett skall-krav godkänns. Vidare innebär det att andra anbudsgivare, som kan ha avstått från att lämna anbud, hade kunnat lämna anbud och sedan få justera sina felaktiga rabatter i efterhand. Den komplettering som Wijklunds tillåtit göra är en otillåten komplettering och kommunen ska åläggas att rätta upphandlingen på så sätt att Wijklunds anbud inte kvalificeras för utvärdering.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår bl.a. följande. 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.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller feräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 7
6611-10 E, 6662-10 E,
6663-10 E, 6664-10 E

Utredningen

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Bedömning av anbudsgivare och anbud görs i tre steg. Först ska konstateras att anbudsgivaren som företag uppfyller kvalifikationskraven. De anbud som kvalificerat sig får sedan sina anbud prövade avseende kravspecifikationen, punkten 2. Anbud som uppfyller ställda krav utvärderas enligt punkten 3.2. Enligt punkten 3.2.1.1 ska bruttopris lämnas i bilaga 3. Rabatt eller påslag ska lämnas i kolumn Q. Procentsatser lämnas i en av anbudsgivaren bifogad rabatt/påslagslista enligt anvisning i bilaga 6 och ska lämnas för både det efterfrågade sortimentet samt på övrigt sortiment gällande järnhandelsartiklar som inte finns representerade i bilaga 3. Summering sker i kolumn R "summa nettopris". Varje enskild artikel ska via kolumn Q vara kopplad till den rabattgrupp till vilken artikeln tillhör (av anbudsgivare bifogad rabattbilaga) samt prislista. Det anbud som har lägst totalt nettopris för hela kolumnen "summa nettopris" tilldelas 75 poäng. Övriga anbud erhåller poäng som är proportionellt lägre i förhållande till lägsta priset. Av bilaga 6 "rabattbrev" framgår vilka huvudgrupperna är och att en rabattsats per huvudgrupp ska lämnas.

Av Wijklunds anbud framgår att man i två av huvudgrupperna lämnat flera rabattsatser. Man har sedan kompletterat sitt anbud och har då ändrat sina tidigare angivna rabattsatser och lämnat högre rabatt än tidigare.

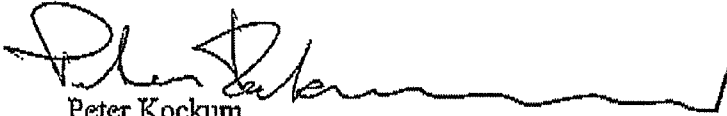
Förvaltningsrätten gör följande bedömning

I upphandlingsförfarandet ingår en kvalificeringsfas med så kallade skallkrav och en utvärderingsfas. De anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, skallkraven, ska inte beaktas vid utvärderingen. I förevarande upphandling var ett av skallkraven att rabatt eller påslag skulle lämnas i bilaga och att det skulle lämnas en rabattsats för varje varugrupp.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 8
6611-10 E, 6662-10 E,
6663-10 E, 6664-10 E

I målen är klarlagt att Wijklunds inte uppfyllt skall-kravet avseende en rabattsats per varugrupp. Såsom kommunen anført har detta krav varit tydligt. Felet är av sådan art att det inte kan hänföras till uppenbar felskrivning eller annat uppenbart fel i anbudet. De upphandlande myndigheterna hade därför inte rätt att tillåta en rättelse från Wijklunds på denna grund. Inte heller kan det vara fråga om en sådan komplettering eller förtydligande, som kunde ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Den komplettering som kommunen låtit Wijklunds göra kan därför inte anses vara förenlig med principerna i LOU och gemenskapsrätten om lika-behandling och öppenhet. Med hänsyn till detta uppfyller inte Wijklunds anbud ett av skall-kraven och skulle därför inte delta i utvärderingen. Eftersom Ahlsell lider skada genom att Wijklunds anbud felaktigt har antagits ska ansökan om överprövning bifallas. Det torde vara tillräckligt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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



Peter Kockum

Föredragande i målen har varit föredraganden Jennifer Onäng.



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 var till 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.