



KONKURRENSVERKET	
2012-08-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE OCH MOTPARTER

1. Input Interiör KC AB, 556534-1830
Södra Valviksvägen 10
352 51 Växjö

Ombud: Advokat Jesper Sundström
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg
Box 11920
404 39 Göteborg

2. De3 Interiör AB, 556708-2168
Slättängsvägen 101
291 62 Kristianstad

Ombud: Advokat Gustav Linge och advokat Mats P Olsson
Adacta Advokatbyrå Karlskrona AB
Östra Köpmangatan 2 B
371 32 Karlskrona

MOTPARTER

1. Kinnarps AB, 556256-6736
521 88 Kinnarp

Ombud: Jur. kand. Pernilla Larsson och advokat Thomas Svedberg
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försämringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen

2. Ronneby kommun
372 80 Ronneby

3. Karlshamns kommun
374 81 Karlshamn

4. Olofströms kommun
Box 302
293 24 Olofström

5. Sölvesborgs kommun
294 80 Sölvesborg

6. AB Ronnebyhus
Gångbrogatan 3
372 37 Ronneby

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
-

Dok.Id 122932

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag - fredag
08:00-16:00

7. Ronneby Miljö- och Teknik AB, 556366-1437
Ronneby kommun
372 80 Ronneby

8. Karlshamns Energi AB
Box 174
374 23 Karlshamn

9. Karlshamns Hamn AB
Box 8
374 21 Karlshamn

10. Karlshamnsbostäder AB, 556526-8355
Rådhusgatan 28
374 36 Karlshamn

11. Olofströms Kraft AB, 556415-2436
Box 303
293 24 Olofström

12. Olofströms Näringsliv AB, 556104-9940
Västra Storgatan 18
293 38 Olofström

13. Miljöförbundet Blekinge Väst, 222000-1644
Klostergatan 1
294 31 Sölvesborg

14. Sölvesborgs Energi
294 80 Sölvesborg

15. Sölvesborg-Bromölla kommunalförbund
Förbundskansliet
294 80 Sölvesborg

16. Olofströmshus AB, 556415-6445
Box 194
293 23 Olofström

Ombud för 3-16:
Ronneby kommun
372 80 Ronneby

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 22 december 2011 i mål nr 3530-11,
3558-3572-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Input Interiör KC AB (Input Interiör) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutar att upphandlingen avslutas i enlighet med kommunens tilldelningsbeslut. I andra hand yrkar Input Interiör att upphandlingen ska göras om.

De3 Interiör AB (De3 Interiör) yrkar i första hand att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutar att Kinnarps AB (Kinnarps) och Midcon inte uppfyller skall-kraven enligt anbudsförfrågan samt att kammarrätten förordnar att De3 Interiör tilldelas följande kontrakt och rangordningsplats: Nr. 2 i kategori 2 och nr. 1 i kategori 3. De3 Interiör medger diskvalifikation i kategori 1 och hemställer om att kammarrätten fastställer förvaltningsrättens dom såvitt avser Input Interiörs diskvalifikation i samtliga tre kategorier. I andra hand yrkar De3 Interiör att upphandlingarna avseende kategorierna 2 och 3 ska göras om med reservation för att Input Interiör, Kinnarps och Midcon inte får delta, då dessa medvetet brutit mot upphandlingens skall-krav.

Kinnarps motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

Ronneby kommun m.fl. anser att tilldelningsbeslutet ska bestå.

Parterna har som grund för sin talan anfört i huvudsak följande.

Input Interiör

I förfrågningsunderlaget uppställs inte något skall-krav om att identiska produkter ska tillhandahållas till samma pris till samtliga kunder, förutsatt att de offereras vid samma tid. Skall-kravet syftar till att säkerställa att offererade produkter ingår i anbudsgivarens ordinarie sortiment. Att utsträcka detta till att bli en regel med instruktioner för anbudsgivarna hur de ska sätta sina priser är inte förenligt med LOU och strider mot principen om förutse-

barhet och kravet på proportionalitet. Prissättning påverkas av ett antal av varandra oberoende faktorer hänförliga till köparen, konkurrenssituationen, inköp och tillverkning av produkten m.m. Dock påverkas aldrig priset på en marknad där fri konkurrens råder av vad en anbudsgivare erbjuder för priser i andra av varandra oberoende upphandlingar. Skall-kravet villkoras också genom att priset ska ha offererats vid samma tid. Det är omöjligt att bedöma vad som avses och tolkningen saknar den förutsebarhet som krävs. Anbudsgivare hindras därigenom att ge rätt pris på produkter enligt de villkor och förutsättningar som ställs upp i den enskilda upphandlingen. Andra upphandlande myndigheter kommer indirekt att bestämma över anbudsgivarens prissättning. Detta är orimligt och inte affärsmässigt. Det finns heller inte grund för att utesluta Input Interiörs anbud i kategori 3, då ingen av de produkter som förvaltningsrätten anser har offererats till olika priser jämfört med upphandlingen i Växjö finns offererad i denna kategori. För det fall kammarrätten delar förvaltningsrättens bedömning av skall-kravet, måste kravet tillämpas lika för alla anbudsgivare. Kinnarps har i sitt anbud offererat produkter som i andra upphandlingar har offererats till andra priser.

Förvaltningsrätten har också felaktigt bortsett från att Kinnarps anbud inte uppfyller uppställda skall-krav avseende vridbarhet och justerbarhet i djupled av armstöd för en offererad stol. Inte heller Midcons anbud uppfyller ställda skall-krav beträffande tre skåp som avviker med 16,5 % från anbudsspecifikationen. Förvaltningsrätten har, utan att närmare motivera varför, accepterat avsteg från skall-kraven när Kinnarps och Midcons anbud utvärderats, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Kinnarps har fått göra otillbörliga kompletteringar. Detta avsteg från likabehandlingsprincipen har inte berörts eller utvärderats av förvaltningsrätten. Anbudet var inte komplett och korrekt ifyllt och borde inte ha utvärderats.

De3 Interiör

De3 Interiör har i allt väsentligt anfört samma grunder och omständigheter som i förvaltningsrätten med följande tillägg och förtydligande.

Kinnarps har upprättat egna, specifika prislistor för just den här upphandlingen, vilket inte var tillåtet enligt anbudsunderlaget. Kinnarps har därigenom brutit mot skall-krav. Förvaltningsrätten har gjort en korrekt bedömning att diskvalificera Input Interiör på den grunden att bolaget haft olika priser i olika prislistor i strid med anbudsunderlaget. Kinnarps har emellertid gjort samma fel, men där har förvaltningsrätten kommit till motsatt slutsats. Genom förvaltningsrättens dom, som innebär att Kinnarps och Midcons anbud, trots brister, får vara med i anbudsutvärderingen och läggas till grund för kommande kontrakt, har De3 Interiör lidit skada.

Kinnarps

Kinnarps vidhåller de omständigheter och grunder man anfört i förvaltningsrätten med följande tillägg och förtydligande.

Skall-kravet har förtydligats genom "Frågor och svar" under anbudstiden. Mot denna bakgrund bestrider Kinnarps att det inte skulle framgå av förfrågningsunderlaget att identiska produkter ska tillhandahållas till samma pris till samtliga kunder, förutsatt att de offereras vid samma tid. Det uppställda skall-kravet kan tolkas strängare än vad som har gjorts av förvaltningsrätten, även inbegripet krav på ordinarie/officiell prislista. En sådan tolkning medför inte att en anbudsgivare hindras från att ge rätt pris på produkter enligt de villkor som uppställs i den enskilda upphandlingen. En anbudsgivare kan uppdatera sin prislista och anpassa sitt sortiment efter vad den enskilda kunden efterfrågar samt ge en beställare en högre eller lägre rabattsats i förhållande till sin ordinarie prislista och på så sätt anpassa prisbilden. Den upphandlande myndigheten vill genom sitt skall-krav säkerställa en marknadsmässig prisnivå på anbudsgivarens hela sortiment, inte bara på utvärderade produkter. Input Interiörs agerande vid anbudslämning handlar dock om att systematiskt anpassa sortiment och prislistor i syfte att

offerera typprodukter som inte ingår i deras ordinarie sortiment till ett onormalt lågt pris och använda sig av "ordinarie" priser och produkter när de upphandlande myndigheterna avropar andra varor enligt avtalet. Input Interiörs anbud ska uteslutas ur samtliga tre kategorier, eftersom deras prislista inte kan anses som konstruerad i vissa delar, men inte i andra. Den prislista som Kinnarps lämnat in i upphandlingen är den senaste allmängiltiga prislistan. Det är denna prislista som också har bifogats i flera andra upphandlingar under år 2011.

Ronneby kommun

De upphandlande myndigheterna har inte frångått förfrågningsunderlaget, inte tagit ovidkommande hänsyn eller i övrigt brutit mot någon bestämmelse i LOU. Beträffande komplettering av De3 Interiörs anbud avseende kategori 1 har denna bedömts som tillåten. Det kan tilläggas att även Kinnarps har tillåtits komplettera sitt anbud med pris avseende vissa positioner i kategori 1. Kinnarps anbudsspecifikation var inte komplett och korrekt ifylld:

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Är förfrågningsunderlaget otydligt?

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2002 ref. 50).

Överprövningen av den i målet aktuella upphandlingen rör bl.a. tolkningen av förfrågningsunderlagets skall-krav vad gäller de till anbudet bifogade prislistornas beskaffenhet. Input Interiör har gjort gällande att förvaltningsrättens tolkning av att "identiska produkter ska tillhandahållas till samma

pris till samtliga kunder, förutsatt att de offereras vid samma tid", inte är ett skall-krav som kan utläsas av förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken "Krav på leverantörens sortiment" (s. 7) att:

"Offererade produkter ska finnas tillgängliga i huvudleverantörens ordinarie sortiment och prislista, under minst 12 månader efter avtalsstart. Offererade produkter ska inte vara ett tillfälligt anbudssortiment utan detta sortiment med prislista ska även användas mot övriga kunder, inte vara unik för beställaren."

Syftet med det ovan uppställda skall-kravet får anses vara att de offererade produkterna ska ingå i anbudsgivarens ordinarie sortiment och inte enbart tillhandahållas för den i målet aktuella upphandlingen. Kammarrätten anser inte att ett krav på en ordinarie eller officiell prislista kan utläsas i förfrågningsunderlaget. Även om vissa brister och oklarheter i ett förfrågningsunderlag kan accepteras, ska samtliga skall-krav finnas med i förfrågningsunderlaget och vara klara till sin innebörd.

Det kan inte heller godtas att en anbudsgivare ska behöva leta efter skall-krav avseende prislistor på olika ställen i förfrågningsunderlaget eftersom rubriker inte överensstämmer med innehåll. För att ett krav på en prislistas beskaffenhet ska anses vara transparent är det rimligt att skall-kravet tydliggörs och konkretiseras under rubriken "Pris". I tredje och fjärde styckena under rubriken "Pris" (s. 8-9) i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

"Priserna ska vara kopplade till de offererade huvudleverantörernas sortiment ... Offererade produkter skall ingå i anbudsgivarens ordinarie sortiment och inte vara ett tillfälligt anbudssortiment... Aktuella prislistor skall bifogas anbudet."

Under nämnda rubrik förklaras inte närmare vad som avses med prislista och ett krav på en ordinarie eller en officiell prislista kan inte utläsas. Det är rimligt att ett skall-krav är så klart till sin innebörd att en anbudsgivare inte behöver tolka det. Enligt kammarrättens mening är kravet på prislistornas beskaffenhet så otydligt att en tolkning av kravets innebörd blir nödvändig. Att, som förvaltningsrätten gjort, tolka ordalydelsen som ett

krav på att identiska produkter ska tillhandahållas till samma pris till samtliga kunder, förutsatt att de offereras vid samma tid är, enligt kammarrättens mening, en allt för långtgående tolkning av förfrågningsunderlagets ordalydelse.

Vid angivna förhållanden anser kammarrätten att förfrågningsunderlaget är så så oklart till sin innebörd att det strider mot de grundläggande gemenskapsrättsliga kraven på transparens och likabehandling.

Förtydligande av förfrågningsunderlag

Kinnarps uppger att skall-kravet har förtydligats genom ett antal frågor och svar under anbudstiden. I dessa frågor och svar har kommunerna uppgett att inga egna konstruerade prislistor accepteras samt att med ordinarie prislista avses en officiell prislista som inte är specialanpassad för detta anbud.

Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen och möjligheterna att komplettera eller förtydliga ett förfrågningsunderlag är begränsade. I LOU saknas detaljerade regler beträffande förfrågningsunderlag både avseende utformning och ändringar som förtydliganden och kompletteringar. Ett förtydligande eller en komplettering får således bedömas med utgångspunkt i de grundläggande EU-rättsliga principer som bl.a. kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.


En upphandlande myndighet får i regel göra kompletteringar och förtydliganden som handlar om att klargöra tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget. En komplettering eller ett förtydligande får inte innebära en väsentlig förändring. Exempelvis kan en ändring eller ett tillägg av skall-krav ses som en väsentlig förändring. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras. Detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Om den upphandlande myndigheten anser att nya krav måste ställas innebär detta att upp-

handlingen ska avbrytas och göras om (jfr Kammarrätten i Jönköpings domar den 20 september 2011, mål nr. 1367-11 och 1399-11).

Kammarrätten har ovan konstaterat att det inte följer av förfrågningsunderlagets ordalydelse att det till anbudet ska bifogas vare sig en ordinarie eller en officiell prislista. Kommunernas svar kan inte anses vara ett förtydligande, utan är snarare att betrakta som ett tillägg till skall-kravet om att prislista ska bifogas anbudet. Ett tillägg om att en officiell prislista ska bifogas anbudet är, enligt kammarrättens mening, en sådan väsentlig förändring av skall-kravets innebörd att det får betraktas som ett nytt krav.

Vid en samlad bedömning anser kammarrätten att underlaget för upphandlingen inte varit tydligt och transparent på ett sådant sätt att leverantörerna kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud. Kammarrätten anser därför att det finns skäl för att ingripa mot upphandlingen och besluta att den ska göras om. Vid denna utgång saknas skäl att pröva de ytterligare invändningar som Input Interiör och De3 Interiör framställt mot förvaltningsrättens dom.

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


Christer Abrahamsson Bodil Stelzer Anders Davidson
referent

Föredragande: Kristina Linderöth /kl