



SÖKANDE

AV Syd AB, 556273-9358

Ombud: advokaten Ulf Yxklinten
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

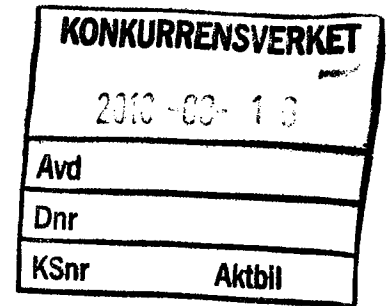
MOTPART

Helsingborgs stad
251 89 Helsingborg

Ombud: stadsjuristen Rebecca Törner och juristen My Karlsson
Rådhuset
Stadsjuridiska enheten
251 89 Helsingborg

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Med bifall till ansökan beslutar förvaltningsrätten att Helsingborgs stads upphandling av Ljud, bild och småel, SLF-319/2017, ska göras om.

BAKGRUND

Helsingborgs stad genomför upphandling av hemnära elektronik, ljud, bild och små-el (SLF- 319/2017). Upphandlingen genomförs i enlighet med reglerna för öppet förfarande. Sista anbudsdag var den 27 december 2017. AV Syd AB ansökte om överprövning samma dag och yrkade dels att upphandlingen skulle göras om, dels att förvaltningsrätten interimistiskt skulle förordna att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat beslutats av rätten. Förvaltningsrätten har den 29 december 2017 beslutat att staden inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Något tilldelningsbeslut har inte meddelats.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

AV Syd ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför *AV Syd* bl.a. följande.

Upphandlande myndighet har genom punkten 4.1.7 ställt upp som obligatoriskt krav att anbudsgivarens priser ska finnas tillgängliga via internettjänsten Prisjakt. Kravet strider mot likabehandlingsprincipen eftersom det diskriminerar leverantörer som valt att inte ha sina priser på Prisjakt, liksom leverantörer som endast säljer till företag eller de som endast säljer genom offentligt upphandlande avtal. För att en leverantör ska få sina priser publicerade på Prisjakt förutsätts bl.a. att leverantören säljer till konsumenter, vilket framgått vid kontakt mellan bolaget och Prisjakt. Stadens krav utestänger därför leverantörer som inte säljer sina produkter till konsumenter och strider därigenom mot likabehandlingsprincipen. Kravet strider dessutom mot proportionalitetsprincipen eftersom det saknar koppling till upphandlingsföremålet. Det är grundlöst att påstå att anbuds-konkurrensen blir bättre eller större genom att utestänga flera etablerade

leverantörer, bl.a. AV Syd, från möjligheten att lämna anbud. Kravet på att priserna ska återfinnas på Prisjakt är helt enkelt inte ett lämpligt eller effektivt sätt att uppnå det eftersträvade syftet med upphandlingen och strider därmed mot principen om proportionalitet.

Som en direkt följd av det otillåtna kravet utestängs AV Syd från upphandlingen och har tvingats avstå från att lämna anbud. Om Helsingborgs stad genomfört upphandlingen i enlighet med lagstiftningen och dess bakomliggande principer skulle AV Syd ha kunnat lämna ett vinnande anbud. Som en direkt följd av myndighetens otillåtna agerande riskerar därmed AV Syd att lida skada. Helsingborgs stads påstående att AV Syd inte uppfyller samtliga ska-krav, utgör rena gissningar och spekulationer från stadens sida. AV Syd har avstått från att lämna anbud i upphandlingen av det uppenbara skälet att AV Syd inte uppfyller det otillåtna kravet om prisredovisning på Prisjakt.

Helsingborgs stad bestrider bifall till AV Syds ansökan och anför bl.a. följande.

Den aktuella upphandlingen avser hemnära elektronik inom områdena ljud och bild, foto, video samt hem och hushåll. I upphandlingen ställs krav på att en anbudsgivare ska ha en e-handelslösning där de aktuella produkterna presenteras för att underlätta för beställaren. Produktutbudet på marknaden för hemelektronik förändras och uppdateras ständigt. Produkter utgår ur sortimentet hela tiden eftersom modeller försvinner och ersätts i mycket snabb takt. Detta innebär att de produkter som ingår i en leverantörs utbud vid tidpunkten för en upphandling snabbt förändras i takt med att produkterna blir föråldrade. Erfarenheter från tidigare upphandlingar har också visat att leverantörens priser på ersättande produkter inte sällan är väsentligt högre än det pris som leverantören tillämpat för de produkter som ingått i en prisbilaga eller utvärderingsmodell vid upphandling, detta

samtidigt som marknadspriserna på samma produkter hela tiden sjunker. När produkterna byts ut på detta sätt tappar staden helt möjligheten att följa upp prissättningen av produkterna eftersom det oftast inte finns några officiella prislistor att gå efter. Den utvärderingsmodell som staden valt, och därmed också kravet i punkten 4.1.7, syftar till att säkerställa marknadsmässiga priser genom att använda marknads egna strukturer. För att tillse att staden får konkurrenskraftiga priser på de upphandlade varorna under hela avtalstiden, samt för att underlätta uppföljningen av leverantörens prissättning, har staden i nu aktuell upphandling valt att koppla det avtalade priset till ett påslag eller en rabatt på det pris som leverantören erbjuder för sina produkter på den öppna marknaden, dvs. det pris som redovisas på Prisjakt. Kravet ger samma förutsättningar för alla anbudsgivare eftersom de kan vara säkra på att alla som deltar i upphandlingen lämnar verkliga priser och inte priser som tagits fram särskilt för den aktuella upphandlingen.

Åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet, dvs. att hushålla med de skattemedel som staden hanterar genom att säkerställa marknadsmässiga priser under hela avtalstiden. Den inverkan som åtgärden har för leverantören är inte heller så stor att åtgärden är oproportionerlig jämfört med åtgärdens syfte. Kravet strider således inte mot proportionalitetsprincipen och inte heller mot likabehandlingsprincipen. I sammanhanget får också noteras att en leverantör inte själv kan välja att ha sina priser på Prisjakt. Priserna finns på webbsidan om leverantören har en sådan öppen och modern e-handelslösning som efterfrågas i upphandlingen. Det är vidare kostnadsfritt för en leverantör att presenteras på Prisjakt.

AV Syd inte heller anses ha lidit skada av stadens agerande. AV Syd uppfyller inte kraven på de i upphandlingen efterfrågade e-handelstjänsterna, t.ex. att pris ska kunna ses utan särskild inloggning. Vidare kan AV Syd – utifrån det sortiment som bolaget idag erbjuder – endast leverera delar av det i upphandlingen efterfrågade sortimentet.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 4 § 1 LOU får förvaltningsrätten överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. I 20 kap. 6 § anges vidare att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (jfr EU-domstolens domar i mål 810/79 *Überchär*, p 16 samt den förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, p 27).

Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven i upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas t.ex. när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Likaså ska kraven på anbudsförfrågans innehåll eller villkoren i anbudsförfarandet stå i rätt i proportion till upphandlingens art (se bl.a. prop. 2015/16:195 s. 972 f. och prop. 2006/07:128 s. 155 f.).

Proportionalitetsprövningen sker i tre steg, där det första steget behandlar frågan huruvida den vidtagna åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra innebär en prövning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Slutligen bedöms huruvida den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrättens bedömning

Den nu aktuella upphandlingen har i punkten 4.1.7, *Prisjämförelse*, följande utformning.

Anbudsgivarens priser ska finnas tillgängliga i en öppen och allmänt tillgänglig databas. Detta för att möjliggöra en effektiv prisuppföljning och marknadsmässig konkurrens. Staden har i upphandlingen valt att använda www.prisjakt.se i utvärderingsyfte.

Det är i målet ostridigt att anbudsgivaren ska ha sina priser presenterade på Prisjakt för att uppfylla det obligatoriska kravet avseende prisjämförelse. Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingen rör hemnära elektronik, en bransch som har såväl företag, offentliga institutioner och privatpersoner som sin marknad. AV Syd har i målet visat, genom att lämna in skriftväxling mellan bolaget och Prisjakt, att Prisjakt endast redovisar priser från leverantörer som säljer sina produkter till konsumenter. Det är därför tydligt att nu aktuellt krav innebär att leverantörer som uteslutande levererar till företag eller offentliga institutioner, vilket AV Syd gör, inte har möjlighet att uppfylla kravet i punkt 4.1.7. Frågan förvaltningsrätten har att pröva är därför om kravet i avsnitt 4.1.7 i upphandlingsdokumentet strider mot principerna om likabehandling och proportionalitet och därmed står i strid med grundläggande principer enligt LOU.

Staden har bl.a. uppgett att syftet med kravet att anbudsgivarens priser ska återfinnas på Prisjakt är att få marknadsmässiga och konkurrenskraftiga

priser under hela avtalstiden samt att underlätta en effektiv uppföljning av prissättningen. Frågan är om kravet är nödvändigt för att uppnå målet samt, om så är fallet, om kravet står i rimlig proportion till den skada som åtgärden åsamkar.

Det är, som förvaltningsrätten tidigare konstaterat, klarlagt att leverantörer som inte säljer de efterfrågade varorna till konsumenter inte heller kan finnas tillgängliga på den hemsida som angetts i upphandlingsdokumentet. Till följd av detta uppfyller de inte samtliga ska-krav och kan heller inte delta i anbudsgivningen. Konsekvenserna av Helsingborgs stads krav är att leverantörer av hemelektronik som annars kunnat delta i upphandlingen utesluts ur densamma. Enligt förvaltningsrättens mening främjar därför kravet inte syftet att säkerställa en marknadsmässig eller konkurrenskraftig prissättning. Därtill konstaterar förvaltningsrätten att andra sätt att följa upp prisutvecklingen hade kunnat tillgripas och likväl kunna upprätthålla syftet att få konkurrenskraftiga priser. Förvaltningsrätten anser därmed att kravet i avsnitt 4.1.7 går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet varför det inte heller står det i rimlig proportion till den skada kravet åsamkar. Förvaltningsrätten bedömer därför att kravet inte är proportionerligt i förhållande till målet att uppnå marknadsmässiga priser under hela anbudstiden. Det saknas därmed anledning att även pröva huruvida kravet strider mot likabehandlingsprincipen.

Bolaget har anfört att det har lidit skada genom att inte kunna lämna något anbud. Helsingborgs stad har invänt att AV Syd inte uppfyller andra krav i nu aktuell upphandling, däribland att pris ska kunna kontrolleras utan särskild inloggning. Bolaget kan därutöver – utifrån det sortiment som bolaget idag erbjuder – endast leverera delar av det i upphandlingen efterfrågade sortimentet. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit skada av nu aktuellt ska-krav. Något stöd för detta påstående har Helsingborgs stad inte inkommit med. Förvaltningsrätten konstaterar att ovan nämnda krav, som

bedömts stå i strid med proportionalitetsprincipen, har uteslutit AV Syd från möjligheten att lämna anbud och delta i upphandlingen, varför bolaget också får anses ha lidit skada. Då bristerna hänför sig till upphandlingsdokumentet har det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen påverkats. Det är därför inte tillräckligt med rättelse utan upphandlingen måste göras om. AV Syds ansökan ska därmed bifallas och upphandlingen Ljud, bild och små-el, SLF- 319/2017, ska göras om.

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



Daniela Ochsenius Andersson
Förvaltningsrättsfiskal

Hedvig Areskoug har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.