



KLAGANDE

Omninen AB, 556371-9474

Ombud: Advokat Magnus Wiktorson
Advokatfirman NORDIA Göteborg KB
Kungsportsavenyen 1
411 36 Göteborg

MOTPARTER

1. Ahlsell Sverige AB, 556012-9206

Ombud: Karl Nilsson
Tenders Sverige AB
582 19 Linköping

2. Örebro kommun
Box 300 00
701 35 Örebro

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 25 november 2013 i mål nr
3743-13

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens
avgörande står därför fast.

Kammarrättens internistiska beslut den 4 december 2013 upphör därmed
att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2014 -02- 20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),
- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1). Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.



Anders Bengtsson



Niclas Falkendal
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2013-11-25
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
3743-13 E

Sida 1 (8)

9

Bilaga A

SÖKANDE

Ahlsell Sverige AB, 556012-9206

Ombud:

Karl Nilsson
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPARTER

1. Onninen Aktiebolag, 556371-9474

Ombud:

Advokat Magnus Wiktorson
Advokatfirman NORDIA Göteborg KB
Kungsportsavenyen 31-35
411 36 Göteborg

2. Örebro kommun

Box 300 00
701 35 Örebro

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att ny utvärdering ska ske varvid Onninen AB:s produkt 13.4 ska beräknas med ett s.k. belastningspris i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2013-11-25Sida 2
3743-13 E**BAKGRUND**

Örebro kommun genomför i samverkan mellan kommunerna Askersund, Hallsberg, Karlskoga, Kumla, Lekeberg, Örebro, Arboga, Kungsör och Köping samt även Futurum fastigheter i Örebro AB och Bergslagens kommunalteknik en offentlig upphandling avseende ramavtal på VA- och VVS-material under perioden den 1 oktober 2012 till den 30 september 2015 med möjlighet till förlängning (Ks 154/2012). Upphandlingen sker genom öppet förfarande enligt LOU och som utvärderingsgrund gäller lägsta pris. Enligt tilldelningsbeslut har de upphandlande myndigheterna beslutat att anta anbudet från Onninen AB (Onninen).

Sedan Ahlsell Sverige AB (Ahlsell) ansökt om överprövning med hänvisning till att Onninen inte uppfyller alla skall-krav, har förvaltningsrätten i dom den 15 februari 2013 i mål nr 4347-12 förordnat om rättelse med innebörden att Onninen uteslutits från upphandlingen, varefter Kammarrätten i Göteborg återförvisat målet för fortsatt handläggning då Onninen inte fått tillfälle att yttra sig. Förvaltningsrätten har därefter i dom den 31 maj 2013 i mål nr 1657-13 på nytt förordnat om rättelse med samma innebörd. Sedan Onninen överklagat domen har kammarrätten i dom den 10 september 2013 i mål nr 3467-13 upphävt förvaltningsrättens dom. Kammarrätten ansåg att Onninens anbud inte hade sådana brister som utgjorde grund för uteslutning, vad gällde de två skall-krav som förvaltningsrätten lagt till grund för sitt avgörande. Kammarrätten återförvisade målet för prövning av den tredje grunden, att priserna måste kunna styrkas, som Ahlsell åberopat till stöd för sin talan.

Förvaltningsrätten har i beslut den 23 september 2013 förordnat att Örebro kommun inte får ingå avtal förrän rätten beslutar annat.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2013-11-25Sida 3
3743-13 E**PARTERNAS INSTÄLLNING**

Ahlsell vidhåller sitt yrkande att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts, *i första hand* på så sätt att Onninens anbud förkastas och *i andra hand* på så sätt att Onninens anbud åläggs ett belastningspris beträffande position 13.4 (VA-delen) samt anför bland annat följande.

Onninen kan inte styrka priset (punkten 2.1.1) på position 13.4 i VA-delen. Det framgår av upphandlingssystemet att detta krav är obligatoriskt. Det krav som är av intresse lyder enligt följande: "Priser i anbudet baseras på priser i katalog/hemsida exklusive rabattsats. Priserna måste därför kunna styrkas med prislista i katalog, pris på hemsida eller annat alternativ. I artikelspecifikationen ska hänvisning till katalogsida/hemsida anges".

Onninen har på position 13.4 offererat artikeln "Vatek". Denna artikel återfinns varken i Onninens katalog/hemsida eller i Onninens bruttoprislista som bifogades anbudet. Eftersom denna artikel varken återfinns i Onninens katalog, på deras hemsida eller i bruttoprislistan, uppfyller inte Onninen kravet på att priset kan styrkas.

Kravet måste rimligtvis förstås så att en anbudsgivare inte ska kunna utnyttja utvärderingsmodellen genom att sätta låga bruttopriser i varukorgen för att på så sätt kunna lämna en låg rabattsats som sedan ska gälla för hela det övriga sortimentet inom samma produktgrupp. Det framgår nämligen av förfrågningsunderlaget att rabattsatsen som anges i kolumn i artikelspecifikationen ska gälla den produkt som ska utvärderas och hela den produktgruppen som produkten tillhör oavsett dimension, storlek m.m. Genom att inte upprätthålla kravet på att priset ska kunna styrkas har Onninen på detta sätt kunnat tillförsäkra sig en otillbörlig fördel. Örebro kommun har således, genom att inte upprätthålla detta krav avseende Onninens anbud vad gäller position 13.4 VA-delen, brutit mot likabehandlingsprincipen.

Onninen bestrider bifall till Ahlsells ansökan och anför bland annat följande.

Ahlsell har i sin begäran om överprövning påtalat att en av totalt 181 efterfrågade produkter (artikel 13.4) inte återfinns i Onninens officiella bruttoprislista. Påståendet är riktigt. Onninen har inte tidigare varit leverantör till kommunerna och som Onninen förstått det är den aktuella produkten särskilt framtagen för Örebro kommuns räkning. Onninen hade inte denna produkt i sitt ordinarie sortiment. Därmed

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2013-11-25Sida 4
3743-13 E

kan naturligtvis inte heller priset styrkas genom hänvisning till bolagets hemsida eller i katalog intagen bruttoprislista.

Enligt förfrågningsunderlaget kan dock priset styrkas på annat sätt. Enligt Onninen är det tillräckligt att priset på artikeln anges i det lämnade anbudet såsom Onninen har gjort. Onninen kan inte heller se att det skulle vara möjligt att styrka det offererade priset på något annat sätt än vad Onninen har gjort. Kommunerna har inte heller haft någon invändning mot Onninens anbud i denna del.

Onninen kommer att köpa produkten från företaget VA Teknik AB som är en av Onninens ordinarie underleverantörer.

Syftet med att kommunerna har föreskrivit att priset ska kunna styrkas är enligt Onninen att de ska ha en möjlighet att genomföra stickprovskontroller inom de olika produktgrupperna. Syftet är inte att kommunerna ska kunna säkerställa att samtliga 181 efterfrågade produkter i varje enskilt fall finns med på en bruttoprislista.

Ahlsell har innan den nu pågående upphandlingen haft ramavtal med bl.a. Örebro kommun och har som tidigare leverantör av naturliga skäl, till skillnad från Onninen, haft just den aktuella produkten i sitt ordinarie sortiment samt även i sin officiella bruttoprislista. Ahlsells tolkning av förfrågningsunderlaget skulle innebära att endast de leverantörer som vid tiden för anbudets lämnade har samtliga efterfrågade produkter i sitt ordinarie sortiment och i sin officiella prislista skulle ha möjlighet att delta i upphandlingen. Konsekvensen av detta är att vid upphandling skulle ett stort antal leverantörer inte vara kvalificerade att delta trots att de har såväl vilja som kapacitet att leverera samtliga efterfrågade produkter. Den leverantör som sedan tidigare innehar befintligt avtal med den upphandlande myndigheten har sannolikt, av just denna anledning, samtliga efterfrågade produkter intagna i sin officiella bruttoprislista och därmed möjlighet att delta i upphandlingen medan konkurrenter som t.ex. Onninen inte skulle kunna lämna anbud. En sådan tolkning och tillämpning skulle motverka hela syftet med upphandlingsreglerna i LOU.

Ahlsell tillägger bl.a. följande.

Det aktuella kravet är ingalunda irrelevant eller oproportionerligt. Kravet förekommer inte sällan i denna typ av offentliga upphandlingar och generellt kan sägas att syftet med kravet är att upphandlande myndighet ska kunna försäkra sig om att anbudsgivarna inte utnyttjar utvärderingsmodellen genom att offerera priser i varukorgen som är markant lägre än vad som gäller för övrigt sortiment. Upphandlande myndighet uppnår på så sätt en prismässig balans mellan varukorgen och övriga sortiment. Detta är av betydelse eftersom en

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2013-11-25Sida 5
3743-13 E

icke oväsentlig del av de beställningar som görs under ramavtalet avser just det övriga sortimentet.

Den påtalade produkten är på intet sätt unik för Örebro kommun. De leverantörer som finns på marknaden har denna produkt i sitt sortiment och det är således fritt fram för grossisterna (t.ex. Ahlsell och Onninen) att ta in dessa i sina produktkataloger/ordinarie prislistor. Detta utan någon förpliktelse att lagerföra artikeln. Onninen har varken gjort detta eller styrkt prisuppgiften på annat sätt, exempelvis genom att inhämta prisuppgift från leverantören (VA-teknik). Det får i sammanhanget även anses mycket anmärkningsvärt att det av Onninen erbjudna priset är drygt 40 % lägre än Ahlsell s inköpspris.

Onninen tillägger bl.a. följande.

Anbudsgivarnas interna affärsuppgörelser med sina underleverantörer har inte någon betydelse för frågan om en prisuppgift kan anses styrkt eller ej. Till vilket pris eller andra villkor anbudsgivarna, som är grossister, har möjlighet att inköpa en produkt är naturligtvis inte relevant för att i nästa led styrka ett pris som lämnas i ett anbud till upphandlande myndighet.

Örebro kommun har fått tillfälle att yttra sig men inte hörts av i detta mål.

I mål nr 1657-13 har kommunen i nu aktuellt avseende anfört följande.

När arbetet med att godkänna/underkänna produkterna gjordes, godkände de sakkunniga produkten 13.4 hos Onninen. Vateks produkt var känd av de sakkunniga och ingen granskning i prislista eller på hemsida behövde göras. Vid förfrågan till Onninen om att produkt inte finns med i prislista meddelar de att produkten inte finns i ordinarie sortiment i dag, men kommer att införskaffas om de blir leverantör. Andra produkter från Vatek ingår i det ordinarie sortimentet, se t.ex. nr 13.1 och 13.2 och med samma rabattsats för produktgruppen som för 13.4. Texten "Finns ej i Onninen ord. sortiment", som står på andra produkter, missades av Onninen, som information på position 13.4 i artikelspecifikationen. Att ge Onninen ett belastningspris för position nr 13.4 är felaktigt. Onninen har svarat på produkten med pris och rabattsats för produktgruppen och därmed anser de upphandlande myndigheterna frågan vara besvarad.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2013-11-25Sida 6
3743-13 E**DOMSKÄL**

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

2. KRAVSPECIFIKATION**2.1. Generella krav****2.1.1. ARTIKELSPECIFIKATION**

Specifikation enligt AMA Anläggning 10 Allmän material- och arbetsbeskrivning för markarbeten.

Ingående produkter i rubricerad upphandling redovisas i bifogad artikelspecifikation med tillhörande produktspecifika krav. Produktbeskrivning med hänvisning till visst märke, fabrikat eller RSK-nummer har gjorts enbart för att förenkla beskrivningsarbetet. Likvärdiga produkter, egenskaper eller processer accepteras alltid. När annan produkt anges måste detta tydligt anges, så de upphandlande myndigheterna enkelt kan jämföra produkterna.

Inom varuområdet VVS-Industri ska både metriska och ISO-rör kunna köpas.

Det sortiment, som kommer att utvärderas, har angetts i den bifogade artikelspecifikationen. Samtliga uppgifter som efterfrågas i artikelspecifikationen ska fyllas i av anbudsgivaren på bilaga "artikelspecifikation". Artikelspecifikationen ska bifogas elektroniskt till det elektroniska anbudet i samma format som ursprunget, Excel, detta för att anbudena ska kunna utvärderas och jämföras på ett enkelt sätt.

När det saknas kvantitetsangivelse i artikelspecifikationen för vissa varor, är detta ett uttryck för att kommunerna har behov av dessa varor, men att behovet inte har kunnat kvantifieras.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2013-11-25Sida 7
3743-13 E

Rabattsatsen som anges i kolumn i artikelspecifikationen ska gälla den produkt som ska utvärderas samt hela den produktgruppen som produkten tillhör oavsett dimension, storlek m.m. Ramavtalet grundar sig på produktgruppernas rabattsatser. Rabattsatser inom varuområde VA-VVS-material, som inte specificerats i artikelspecifikation, ska anges. Katalog eller hemsida anges samt vilka av anbudsgivarens produktgrupper som anbudet gäller, inom VA-VVS material.

Priser i anbudet baseras på priser i katalog/hemsida exklusive rabattsats. Priserna måste därför kunna styrkas med prislista i katalog, pris på hemsida eller annat alternativ. I artikelspecifikationen ska hänvisning till katalog/sida/hemsida anges.

För produkter som anbudsgivaren inte har lämnat pris, beräknas produkten med ett s.k. belastningspris. Detta pris tas ifrån anbudsgivarens katalog/hemsida exklusive rabatt. Om anbudsgivaren saknar produkt beräknas priset på övriga anbudsgivares medelpris exklusive rabatt. Detta för att en rättvis bedömning ska kunna göras.

Förvaltningsrättens bedömning

I målet är nu fråga om Onninen uppfyller kraven i 2.1.1 avseende artikelspecifikation och om så inte är fallet, vad följderna av det ska bli. Onninen har inte styrkt priset på den aktuella produkten i 13.4 genom det huvudalternativ som anges i förfrågningsunderlaget (hänvisning till katalog eller hemsida). Onninen hävdar att om det är fråga om en produkt som inte finns i det ordinarie sortimentet, är det en omöjlighet för en anbudsgivare att styrka priset på detta sätt. Förvaltningsrätten anser dock liksom Ahlsell att Onninen haft möjlighet att styrka priset på annat sätt, till exempel genom någon hänvisning till VA Teknik AB som bolaget avser att köpa produkten ifrån. Det är möjligt att detta skulle medföra en viss inskränkning i Onninen's möjligheter till egen prissättning, men i den aktuella situationen är detta något som får accepteras. Som parterna anfört kan det finnas skäl för att ha ett skall-krav av det aktuella slaget, och förvaltningsrätten anser inte att kravet i sig är oproportionerligt.

Onninen har inte styrkt sitt anbudspris genom vare sig hänvisning till egen katalog/prislista eller på något alternativt sätt. Genom att utvärdera Onni-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2013-11-25Sida 8
3743-13 E

nens anbud på sätt som skett trots att det inte uppfyllt det aktuella skalkravet har de upphandlande myndigheterna brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Det har inte framkommit annat än att andra anbudsgivare därigenom har riskerat att lida skada på grund av detta. Förvaltningsrätten finner därför att det föreligger grund för att ingripa mot upphandlingen och att detta ska ske genom rättelse.

Om Onninen inte alls hade lämnat något pris på produkten hade följden blivit att den fått ett s.k. belastningspris. Det förefaller oproportionerligt att den som lämnar ett pris på en produkt men inte styrker detta skulle drabbas hårdare än den som inte alls lämnar något pris. Förvaltningsrätten anser alltså att det vore oproportionerligt att utesluta Onninen från utvärderingen. Det ligger närmare till hands att betrakta ett obestyrt pris som obefintligt, och att alltså jämställa obestyrt pris med att prisuppgift saknas. Rättelsen bör därför bli att ny utvärdering ska ske varvid Onninens produkt 13.4 ska beräknas med ett s.k. belastningspris i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. En sådan påföljd kan inte anses oproportionerlig.

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

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.