

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2016-12-08
Meddelad i Göteborg

Sida 1 (9)

Mål nr
9163-16**SÖKANDE**
Olsonic AB, 556180-0771Ombud:
Anders Lindström
c/o Olsonic AB
Datavägen 24
436 32 Askim**MOTPART**
Varbergs kommun
432 80 Varberg**SAKEN**
Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling, förkortad LOU

KONKURRENSVERKET	
2016-12-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 446507

Postadress
Box 53197
400 15 GöteborgBesöksadress
Sten Sturegatan 14Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.seTelefax
031 - 711 78 59Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM
2016-12-08**Sida 2
9163-16**BAKGRUND**

Varbergs kommun (nedan kommunen) genomför en upphandling av tonerkassetter och bläckpatroner, dnr KS 2016/0014. Av tilldelningsbeslut den 15 augusti 2016 framgår bl.a. att Atea AB har vunnit upphandlingen och att anbudet från Olsonic AB inte har kvalificerat sig till utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Olsonic AB ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Kommunen har ställt upp krav avseende bruttoprislistor i punkt 4.3.3- 4.3.4 i förfrågningsunderlaget. Bedömningen av om kravet strider mot proportionalitetsprincipen ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Det primära syftet med det aktuella kravet verkar vara att säkerställa att bruttoprislistan inte är specifikt framtagen för denna upphandling och fastställa vilka bruttopriser som gäller för anbudsgivarens övriga sortiment så att den generella rabattsatsen får avsedd effekt även för övrigt sortiment. Utöver detta verkar kravet syfta till att ta reda på vilket övrigt sortiment som anbudsgivaren har. Om syftet med kravet endast är att inhämta prisuppgifter på övrigt sortiment är kravet för omfattande. Kravet framstår dessutom som uddlöst eftersom kommunen inte beskriver vilka produkter som ska ingå i bruttoprislistan/produktkatalogen utöver de som ingår i bilaga 1. För att uppfylla kravet i förfrågningsunderlaget räcker det med att skicka en lista med bruttopriser på de artiklar som ingår i bilaga 1. Detta kan därför inte anses vara en lämplig och effektiv åtgärd.

Nästa fråga är om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, dvs. att det saknas mindre ingripande alternativ. Det kan i detta

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-12-08Sida 3
9163-16

sammanhang noteras att samtliga uppställda krav i en offentlig upphandling som regel ska vara möjliga att kontrollera (jfr EU-domstolens dom i mål C-448/01 Wienstrom). Det kan först ifrågasättas om det är lämpligt att tillåta anbudsgivare att inkomma med bruttoprislistor som finns på publika hemsidor och hur kommunen säkerställer att priserna inte ändras i efterhand på den publika webbsidan. Det finns inte heller någon möjlighet för en myndighet att bedöma om en bruttoprislista är äkta eller specifikt framtagen för upphandlingen och innehåller uppblåsta priser. Att studera skillnader i prissättningen och identifiera omotiverade prisskillnader är i sig ett avsteg från likabehandlingsprincipen och sannolikt hopplöst att genomföra. Upphandling med hjälp av ett sortimentsurval genom varukorgar kommer alltid att innebära att man köper grisen i säcken. Om man som upphandlare vill säkerställa att få de lägsta priserna på en viss vara ska varan ingå i varukorgen och utvärderingen. Eftersom kravet följaktligen är ineffektivt kan det inte anses vara nödvändigt.

Det sista steget i bedömningen är en bedömning av om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Det aktuella kravet får inte mer negativ effekt än att det kan vara en utmanande och mycket tidskrävande uppgift att sammanställa samtliga priser i sitt sortiment samt att bruttopris kan vara en mycket känslig uppgift för en verksamhet.

En alternativ tolkning av kravet är slutligen att de anbudsgivare som har gett in bilaga 1 har uppfyllt kravet avseende bruttoprislistor eftersom bilagan innehåller alla de uppgifter som kravet avser, nämligen bruttopriser avseende de artiklar som finns upptagna i bilagan. Kommunen har sammanfattningsvis antingen uppställt ett krav som strider mot LOU eller felaktigt uteslutit Olsonic AB från utvärderingen. Bolaget kommer därför att lida skada om kommunen tecknar avtal i enlighet med tilldelningsbeslutet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-12-08Sida 4
9163-16

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Bolaget har i sitt anbud hänvisat till en webbplats där den efterfrågade bruttoprislistan skulle vara tillgänglig. Vid kommunens kontroll har det visat sig att den uppgivna bruttoprislistan innehöll nettopriser på de produkter som efterfrågades i bilaga 1. I bilaga 1 skulle anbudsgivarna ange såväl brutto- som nettopriser på ett specificerat antal produkter. Den i bilaga 1 angivna rabattsatsen skulle därefter vara tillämplig på övrigt sortiment hos bolagen. Eftersom bolaget inte har uppfyllt ska-kravet har kommunen inte kunnat genomföra den tänkta kontrollen. Bolagets anbud har därför inte gått vidare till utvärdering.

Vad gäller kravets förenlighet med LOU kan inledningsvis konstateras att samtliga anbudsgivare har behandlats på ett likartat sätt och att den ekonomiska risken som bolaget har lyft fram ligger hos kommunen. Den ekonomiska risken påverkar inte heller utvärderingen av ingivna anbud. Kravet på att ge in en bruttoprislista som visar anbudsgivarens sortiment och priser strider vidare inte mot proportionalitetsprincipen eftersom upphandlingen avser ett ramavtal som ska kunna avropas av hela kommunen. Kommunen beskriver dessutom tydligt i förfrågningsunderlaget varför kommunen vill kunna kontrollera bruttoprislistan och inte enbart få en bild av de produkter som anges i bilaga 1.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

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 (1 kap. 9 § LOU).

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 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Utredning i målet

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

4.3.2 Rabattsats

Anbudsgivaren ska ange en (1) generell rabattsats för övrigt sortiment. Rabattsats lämnas i bilaga 1 "Produkter och priser Tonerkassetter och bläckpatroner". Rabatten ska gälla för samtliga artiklar hos anbudsgivaren inom den upphandlade produktgruppen och utgår från anbudsgivarens bruttoprislista, utom för de nettoprissatta artiklar som offererats i denna upphandling. Denna rabatt ska dras från bruttopris vid köp och ska gälla under ramavtalsperioden inklusive eventuell förlängning.

4.3.3 Katalog och bruttoprislista

Anbudsgivaren ska inkomma med gällande katalog och bruttoprislista som på ett korrekt och riktigt sätt ska spegla anbudsgivarens aktuella sortiment. Brutttoprislistan ska vara giltig och avse kundkategori som motsvarar köparen.

Det är önskvärt att katalog och bruttopriser finns på anbudsgivarens publika webbsida vid dag för sista anbudsdag, men katalog och bruttoprislista får sändas i skriftlig form till köparen (se avsnitt 1.4.7 "Inlämning av kataloger och bruttoprislistor" ovan).

Om anbudsgivaren har katalog och bruttoprislistor på publik webbsida önskar köparen att anbudsgivaren lämnar korrekt webbadress med eventuella inloggningsuppgifter nedan.

4.3.4 Bruttoprisklistor

Speciellt framtagna bruttoprislistor för denna upphandling accepteras ej.

Den till anbudet bifogade bruttoprislistan ska användas mot anbudsgivarens övriga kunder inom samma kundkategori, dvs. den ska inte vara unik för Varbergs kommun. Offererade artiklar i det nettoprissatta sortimentet i bilaga 1 – ”Produkter och priser Tonerkassetter och bläckpatroner” ska finnas med i bruttoprislistan.

Köparen kommer studera bruttoprislistan och jämföra med lämnade bruttopriser i bilaga 1 – ”Produkter och priser Tonerkassetter och bläckpatroner”. Bruttopriskerna utgör en del av utvärderingen av priserna.

Bruttopriskerna som lämnas i bilaga 1 – ”Produkter och priser Tonerkassetter och bläckpatroner” ska återfinnas i bruttoprislistan och utgöra anbudsgivarens verkliga och gällande bruttopriser.

Nettopriser är enligt vedertagen definition ett pris efter avdragen rabatt, provision, försäljningskostnader eller dylikt. Bruttoprisker är priser utan avdrag för rabatter eller dylikt.

Om det upptäcks omotiverade prisskillnader mellan bruttopriser för artiklar i bilaga 1 – ”Produkter och priser Tonerkassetter och bläckpatroner”, exempelvis att likvärdiga artiklar av samma eller högre kvalitet systematiskt offereras med lägre bruttopris i bilaga 1 – ”Produkter och priser Tonerkassetter och bläckpatroner”, kan köparen komma att begära in motivering till de priser som lämnats i anbudet. Om köparen inte anser att eventuell förklaring är godtagbar kan bruttoprislistan komma att bedömas som specifikt framtagen för denna upphandling.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-12-08Sida 7
9163-16

annan bestämmelse i samma lag. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att ordet aktuella i formuleringen "anbudsgivarens aktuella sortiment" i punkt 4.3.3 i förfrågningsunderlaget skulle kunna tolkas som att anbudsgivarens fullständiga sortiment avses. Punkt 4.3.3 bör dock läsas tillsammans med punkt 4.3.2 där det framgår att det som är av intresse är bruttoprislistor avseende den upphandlade produktgruppen. Kravet ska enligt förvaltningsrättens mening följaktligen tolkas som att bruttoprislistorna ska omfatta samtliga artiklar inom den upphandlade produktgruppen.

Vad gäller frågan om det finns någon reell möjlighet att kontrollera om prislistan används i förhållande till andra kunder kan förvaltningsrätten konstatera att frågan om kontrollmekanismer har behandlats i praxis. I ett fall som rörde listpriser för tidningar har kammarrätten gjort bedömningen att kontrollmekanismerna har varit tillräckliga när den upphandlande myndigheten har kontaktat anbudsgivaren och anbudsgivaren har bekräftat att priserna är korrekta. I det aktuella fallet fanns priserna även tillgängliga på anbudsgivarens webbplats (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 9 mars 2015 i mål nr 2701-14). I nu aktuellt fall har upphandlande myndighet dessutom uttryckligen angett att en jämförelse kommer att göras mellan priserna i bruttoprislistan och bruttopriser för artiklar i bilaga 1 i syfte att upptäcka omotiverade prisskillnader. Sådana prisskillnader skulle kunna tyda på att priserna i bruttoprislistan har anpassats till den aktuella upphandlingen. Det har inte närmare utvecklats på vilket sätt en sådan granskning skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att frågan om den upphandlande myndighetens

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-12-08Sida 8
9163-16

möjlighet till kontroll inte medför att förfrågningsunderlagets utformning strider mot de grundläggande principerna i LOU. Beträffande lämpligheten i att tillåta anbudsgivare att hänvisa till bruttoprislistor som finns på publika webbplatser anser förvaltningsrätten att det får förutsättas att upphandlande myndighet sparar ner eller skriver ut de bruttoprislistor som har varit tillgängliga vid den aktuella tidpunkten, om inte annat för att möjliggöra en senare kontroll. I praktiken bör det därför inte uppstå någon skillnad jämfört med om anbudsgivare ger in listor på annat sätt. Kravet får sammanfattningsvis anses vara en lämplig och effektiv åtgärd för att säkerställa att den generella rabattsatsen får avsedd effekt även för övrigt sortiment.

Nästa fråga är om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, dvs. att det saknas mindre ingripande alternativ. Vad Olsonic AB har anfört i denna del hänför sig till frågan om kravet är en effektiv och lämplig åtgärd. Det har inte framkommit att det finns mindre ingripande alternativ för att uppnå det eftersträvade syftet.

Frågan är slutligen om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Det saknas skäl att ifrågasätta uppgiften om att bruttopris kan vara en mycket känslig uppgift för en verksamhet och att det kan vara en såväl utmanande som mycket tidskrävande uppgift att sammanställa bruttoprislistan. Förvaltningsrätten anser dock inte att detta medför att kravet avseende bruttoprislistor är oproportionerligt i förhållande till den upphandlande myndighetens intresse av att säkerställa att den generella rabattsatsen får avsedd effekt.

Olsonic AB har sammanfattningsvis inte visat att det aktuella kravet strider mot de grundläggande principerna i LOU. Bolaget har inte heller visat att det har uppfyllt kravet på att ge in en bruttoprislista. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2016-12-08

Sida 9
9163-16

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



Karin Härtmann

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skicka till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 överklagandet för offentlig part räknas 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 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 antars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.