



KLAGANDE

Azzcon Group i Sverige AB, 556677-5168

Ombud: Jur.kand. Petter Nordin
Advokatfirman Landerdahl & Partners AB

MOTPART

1. Nyköpings kommun

2. Prendo AB, 556262-6233

KONKURRENSVERKET	
2019 11 15	
Avg	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 24 september 2019 i mål nr 4347-19, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling; fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.


Azzcon Group i Sverige AB yrkar att kammarrätten ska meddela prövningstillstånd och, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslå Prendo AB:s ansökan om överprövning. Bolaget anför skäl för att dess talan ska bifallas.

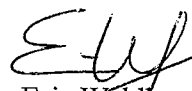
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det framgår inte av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling vem som får överklaga en förvaltningsrätts avgörande i ett mål om överprövning av en upphandling, utan det får istället bedömas mot bakgrund av de allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291). Av 33 § nämnd lag framgår att en förvaltningsrätts beslut får överklagas av den som det angår, om det har gått honom eller henne emot.

I det nu aktuella målet har förvaltningsrätten funnit skäl att ingripa mot upphandlingen och har beslutat att upphandlingen ska göras om. Enligt kammarrättens mening har förvaltningsrättens beslut inte en sådan precis och påtaglig betydelse för Azzcon Group i Sverige AB att bolaget har talerätt (jfr HFD 2012 ref. 2). Vad bolaget har anfört i sak medför inget annat ställningstagande. Överklagandet ska därför avvisas.

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


Ola Holmén
kammarrättslagman
ordförande


Eric Wahlberg
tf. kammarrättsassessor
referent

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2019-09-24
Meddelad i LinköpingMål nr
4347-19**SÖKANDE**

Prendo AB, 556262-6233

MOTPART

Nyköpings kommun, 212000-2940

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Nyköpings kommun (Kommunen) genomför upphandlingen Profilprodukter, dnr KK19/197, som förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelning i upphandlingen sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris som baseras på en mervärdesmodell. Kommunen meddelade den 17 maj 2019 ett tilldelningsbeslut enligt vilket en annan leverantör än Prendo AB (Prendo) tilldelades kontrakt i upphandlingen.

Prendo ansöker om överprövning och anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Användandet av en rabattsats som utvärderingskriterium strider mot upphandlingsprinciperna och kan omöjliggöra en rättvis jämförelsegrund då inget grundpris behöver redovisas. En rabattsats ger därför ingen indikation angående lägsta pris utan snarare gynnar en ej marknadsmässig prissättning. Detta har fastställts även i praxis, se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 1922-14. För att kunna säkerställa att utvärderingen görs på rätt grunder måste det vara säkerställt och känt vilket sortiment det är som

Dok.Id 378784

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se		måndag–fredag 08:00–16:00

man upphandlar. När upphandlaren begär rabatt på övrigt sortiment kan sortimenten se väldigt olika ut hos olika leverantörer. Upphandlaren vet inte något om leverantörens prissättning och vet inte vad rabatten är värd. Det går alltså inte att säkerställa vilka varor man har rabatt på eller vad man betalar för dem. Här faller hela upphandlingen på att man inte kan säkerställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för upphandlaren. Upphandlingsförfarandet och utvärderingen strider därmed mot 16 kap. LOU. Upphandlingen är även utformad på sådant vis att ingen kontroll kan göras av inlämnade anbud. De obligatoriska kraven angående produkterna är otydligt utformade och har inte klargjorts trots upprepade frågor. Det har därför varit omöjligt för anbudsgivare att lämna sina anbud under lika förutsättningar.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen har inte brutit mot LOU. Kommunen upphandlar ramavtal för profilprodukter, vars huvudsakliga syfte är att tjäna som marknadsföringsmaterial för kommunens behov. Avrop från ramavtalet kommer att ske löpande, då behov uppstår hos någon av kommunens olika verksamheter. Utvärderingsmodellen utgår från ett uppskattat behov, där ett avtalat sortiment av de mest frekvent förekommande produkterna ska prissättas med fast pris. Utöver det avtalade sortimentet som ska prissättas, utvärderades också en rabattsats på övrigt sortiment, där angiven rabattsats viktas mot uppskattad avropsvolym av dessa artiklar. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt mervärdesmodellen, där angiven rabattsatt för övrigt sortiment utgör grund för mervärdet i utvärderingen. Anbudet med lägst jämförelsetal antas. Kommunen motsätter sig Prendos uppfattning avseende användande av rabattsats som utvärderingsmodell. Utvärderingsmodellen grundar sig i en totalkostnad baserad på uppskattad avropsvolym och fördelning mellan inköp på avtalat respektive övrigt sortiment. Rabattsatsen viktas utifrån en uppskattad avropsvolym på övrigt sortiment, vilket baseras på historiska inköp,

där dessa viktats till ca 40 procent av den totala inköpsvolymen. Angiven rabattsats ska gälla på bifogad prislista för övrigt sortiment. I ska-krav 8.1 anges att bifogad prislista ska vara anbudsgivarens officiella prislista, och därmed inte vara utformad enbart för denna upphandling. Angiven prislista ska således gälla under avtalstiden. Kommunen har i utvärderingen således beaktat en totalkostnad som baserats på framtida behov och avropsfördelning för avtalat respektive övrigt sortiment. Utvärderingen innebär att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan antas. Samtliga profilprodukter som efterfrågades i upphandlingsdokumenten föregicks av krav. Kommunen har, förutom specifika krav för varje produkt, specificerat antal färger samt huruvida produkten kommer att avropas med olika tryck eller ej. Kommunen kan inte på förhand avgöra den slutliga avropsvolymen, inte heller vilka tryck som kan komma att avropas för respektive produkt under avtalstiden. Det ligger i sakens natur att vid upphandling av ramavtal inte kunna avgöra exakta behov på förhand. Kommunen har därmed angett vilka produkter som kan komma att avropas med olika tryck och färg i samtliga obligatoriska krav, såväl som förtydligande i Frågor och svar. Samtliga anbudsgivare delgavs samma information i det uppsökande skedet och genomgick kontroll och prövning utifrån samma förutsättningar. Kommunen anser därmed att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan utses med bibehållandet av de grundläggande principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utvärderingsmodellen m.m.

Prendo har i målet gjort gällande att obligatoriska krav i upphandlingen är otydligt utformade och att detta har omöjliggjort för anbudsgivare att lämna anbud under lika förutsättningar.

Förvaltningsrätten konstaterar att Prendo i målet inte har preciserat på vilket sätt de ställda kraven i upphandlingen brister i transparens. Då det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan, finner förvaltningsrätten att skäl att förordna om ingripande på grund av det Prendo gjort gällande i relevant avseende inte har framkommit.

Vad sedan gäller Prendos invändning mot utvärderingsmodellen kan följande sägas.

Av punkten 2.0 Prövning och utvärdering i Administrativa föreskrifter framgår att tilldelning i upphandlingen sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt en mervärdesmodell där anbudsgivare ska ange en generell rabattsats i procent som gäller på övrigt sortiment och det är denna angivna rabattsats som ligger till grund för mervärdet i utvärderingen. Angiven procentsats dras av det ursprungliga anbudspriset, vilket ger ett slutgiltigt jämförelsetal. Det anbud som erhåller lägst jämförelsetal kommer att antas.

Under Frågor och svar i upphandlingen har Kommunen justerat utvärderingsmodellen genom att ange att varje procent avseende den generella rabattsatsen som anbudsgivarna skulle ange för övrigt sortiment genererar ett avdrag på – 400 kr och att maximalt avdrag uppgår till – 40 000 kr.

Förvaltningsrätten konstaterar utifrån det ovan anförda att Kommunen i den aktuella upphandlingen har valt att tilldela kontraktet till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris, som i sak har samma innebörd som tilldelningsgrunden lägsta pris enligt tidigare lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja utformning av utvärderingsmodell så länge den inte strider mot LOU eller de EU-rättsliga

principerna och så länge denna är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. I rättspraxis (se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 1922-14) har en utvärderingsmodell som helt eller delvis bygger på utvärdering av offererade rabattsatser utan att upphandlade myndighet tar hänsyn till på vilket pris rabatten lämnas ansetts kunna leda till att inte anbudet med det lägsta priset antas och därigenom står i strid med LOU och upphandlingsdirektiven.

Utvärderingsmodellen i aktuell upphandling bygger på en mervärdemodell där de rabattssatser på övrigt sortiment som anbudsgivarna offererar, tillsammans med offererade priser för avtalat sortiment bestämmer det jämförelsetal som ligger till grund för tilldelningen. Några krav avseende de varor som rabatten ska lämnas på eller koppling till priserna som rabatterna lämnas på saknas i upphandlingsdokumenten. Vid det förhållandet finner förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen inte kan anses vara ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet utifrån grunden pris antas, vilket i sin tur innebär att den står i strid med upphandlingsdokumenten, LOU och upphandlingsdirektiven.

Skada

För att förvaltningsrätten ska förordna om ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU krävs utöver ett konstaterande att Kommunen har brutit mot LOU även att Prendo har lidit eller riskerar att lida skada på grund av Kommunens överträdelse.

Prendo har i sin ansökan om överprövning inte påstått att bolaget till följd av bristerna i förfarandet lidit eller riskerat att lida skada. Det faktum att en leverantör ansöker om överprövning får emellertid anses innebära en presumption att denne anser sig ha lidit skada av en påstådd överträdelse (jfr. Kammarrätten i Stockholms avgörande den 27 juni 2017 i mål nr 6434-16).

Kammarrätten i Jönköping ansåg i mål 2809-17 att även en leverantör som rätteligen diskvalificerats i upphandlingen på grund av att denne inte uppfyller obligatoriska krav ska anses ha lidit eller riskerat att lida skada av ett upphandlingsfel som är av sådan karaktär att det på ett påtagligt sätt riskerar att medföra konkurrensbegränsande effekter på ifrågavarande anskaffningar. Domstolen fann att felet således är av sådan art att upphandlingen måste göras om eftersom leverantören under sådana omständigheter har möjlighet att inkomma med ett nytt anbud och vid det nya anbudsförfarandet tilldelas kontraktet.

Det ovan konstaterade felet i aktuell upphandling avser utvärderingsmodellen och således grundförutsättningarna för utvärdering av anbuderna och därmed av sådan karaktär att det på ett påtagligt sätt riskerar att medföra konkurrensbegränsande effekter på ifrågavarande anskaffningar. Prendo får därmed anses ha lidit eller riskerat att lida skada på grund av Kommunens konstaterade överträdelse.

Slutsats

Förvaltningsrätten anser att Kommunen, genom att använda en utvärderingsmetod som inte leder till ett rättvisande resultat, har förfarit i strid mot LOU och upphandlingsdirektiven. Prendo har till följd av bristerna i förfarandet lidit eller riskerat att lida skada. Förutsättningar för att besluta om ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger härmed. Med hänsyn till den aktuella överträdelsens art ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Kristina H Samuelsson

Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



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 (söndagsregeln).

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.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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 nå 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.