



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2011-03-25  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
407-11  
Enhet 2

**KLAGANDE**

Ahlsell AB, 556012-9206  
Liljeholmsvägen 30  
117 98 Stockholm

Ombud: Tenders Sverige AB  
Nygatan 34  
582 19 Linköping

**MOTPART**

Katrineholms kommun  
641 80 Katrineholm

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011 -03- 2 8	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Ahlsell AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Katrineholms kommuns upphandling ”VA- material för markarbeten, ramavtal, dnr KS/2010:496:053” ska göras om.

Dok.Id 39129

<b>Postadress</b> Box 406 581 04 Linköping	<b>Besöksadress</b> Brigadgatan 3	<b>Telefon</b> 013-25 10 00 <b>E-post:</b> forvaltningsratten@linkoping.dom.se	<b>Telefax</b> 013-25 11 40	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	--

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Katrineholms kommun (kommunen) upphandlar i samverkan med Sörmland Vatten och Avfall AB samt Flens och Vingåkers kommun "VA- material för markarbeten, ramavtal, dnr KS/2010:496:053". Upphandlingen har genomförts genom ett öppet förfarande. Grund för tilldelning av kontrakt är det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Kriterier som tillmäts betydelse vid det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet är pris med 70 % och service med 30 %.

Kommunen har i tilldelningsbeslut den 18 januari 2011 funnit att Dahl Sverige AB har lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Av tilldelningsbeslutet framgår att alla anbudsgivare fick full poäng i kriteriet service. Ahlsell AB:s (Ahlsell) anbud var lägst i pris på angivna produkter i anbudsspecifikation. Vad avser "rabatt övrigt sortiment (jämförelse sker genom stickprov)" har Ahlsell för de i efterhand utvalda artiklarna haft högst pris av anbudsgivarna.

Ahlsell ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva kommunens tilldelningsbeslut och besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till Ahlsells ansökan.

**SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

*Utredning m.m.*

Den aktuella upphandlingen omfattar leveranser av markförlagt VA- material för successiva avrop under avtalsperioden. Avsikten med upphandling-

en har varit att täcka upphandlande enheters behov genom avrop av markförlagt VA- material.

Nedan följer relevanta avsnitt av anbudsfrågan.

#### 1.10. Anbudsprövning

Utvärdering kommer att ske i tre steg, kvalificering, utvärdering av anbudsgivare och utvärdering av anbud.

##### *Utvärdering av anbud*

Vid bedömning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kommer följande kriterier att tillmätas betydelse i viktordning enligt nedan:

Pris 70 %

Service 30 %

##### Pris

Anbudspris kommer att utvärderas utifrån uppräknade produkter i bilaga 2 som är ett urval av produkter inköpta under perioden 2009-07-01 – 2010-06-30.

##### Service

Det som kommer att beaktas vid utvärdering kring servicebegreppet omfattar beställnings- och fakturalösningar och tillgång till serviceorganisation vid avrop. Se bilaga 1.

#### 3.4 Priser/rabatter

Anbudspriser ska anges netto, dvs. listpris med avdragen rabatt och exklusive mervärdesskatt. Priserna ska anges i SEK enligt uppställning i bifogad artikelspecifikation, bilaga 2.

Rabatter som erbjuds vid elektroniska beställningar ska anges enligt anvisningar i bilaga 1.

För anbudspriser som avser övrigt sortiment ska uppgifter om stående rabatter presenteras i prislista som bifogas med anbud. Detta sortiments priser ska följa samma norm som för nettoprissatta produkter. Stafflade priser godtas inte.

Av anbudsformulär framgår bl.a. följande.

#### 4. Pris

Rabatt övrigt sortiment (jämförelse sker genom stickprov)

#### *Parternas argumentation*

*Ahlsell* anför följande. I förfrågningsunderlaget anges i punkten 1.10 angående utvärdering av anbudspriser att vid bedömning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kommer pris med 70 % och service med 30 % tillmätas betydelse i viktordningen. Anbudspriset kommer att utvärderas utifrån uppräknade produkter i bilaga 2 som är ett urval av produkter inköpta under perioden 2009-07-01 – 2010-06-30. I förfrågningsunderlagets bilaga 1, anbudsformulär, anges även rabatt övrigt sortiment (jämförelse sker genom stickprov). Det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur många artiklar eller stickprov som skulle komma att utvärderas eller hur dessa artiklar skulle väljas ut. Anbudsgivarna hade därför ingen möjlighet att bedöma hur deras anbud skulle komma att bedömas i denna del. Kommunen har tagit fram en anbudsspecifikation med 297 artiklar ur sin inköpsstatistik. Att därutöver utvärdera artiklar anses icke-transparent och ger kommunen ett alltför stort utrymme för godtycklighet och subjektiva värderingar. Detta strider även mot likabehandlingsprincipen. Utvärderingsmodellen är konkurrenshämmande och står i strid med LOU och EG-

rättsliga principer för offentlig upphandling. Av tilldelningsbeslutet framgår att alla anbudsgivare hade full poäng i kriteriet service. Ahlsells anbud var lägst i pris på angivna produkter i anbudsspecifikationen. Av bilagan, jämförelse rabatter, framgår att Ahlsell för de fem av kommunen i efterhand utvalda artiklarna konsekvent hade högst pris av anbudsgivarna. Det ifrågasätts om kommunens val har skett på ett likabehandlande och objektivt sätt. Kommunens val av produkter med rabattsats för utvärdering har omkullkastat utvärderingsmodellens konstruktion. De i efterhand utvalda produkterna skulle enligt kommunen inte påverka utvärderingen i sådan mån att det kunde uppfattas som konkurrenshämmande. Tilldelningsbeslutet visar dock att kommunen vid utvärderingen har valt att utvärdera produkter som gynnar en annan leverantör än Ahlsell och därmed omkullkastat resultatet av utvärderingen av nettoprissatta produkter enligt anbudsspecifikation. De fem artiklarna har plockats ut till synes godtyckligt och det är inte otänkbart att ett annat urval av produkter skulle givit motsatt prisbild. Resultatet är att kommunen har förbehållit sig fri prövningsrätt. I rättspraxis har utvärderingsmodeller som på liknande sätt ger den upphandlande myndigheten utrymme för godtyckliga bedömningar eller på annat sätt ger myndigheten möjlighet att påverka utvärderingen på ett godtyckligt eller på ett skönsmässigt sätt underkänts. Aktuell upphandling strider mot LOU eftersom kommunen vid utvärderingen på ett godtyckligt sätt har kunnat styra utvärderingen genom val av artiklar att utvärdera. Utvärderingsmodellen har inte varit utformad på ett sätt som varit ägnat att leda till ett rättvisande resultat. En utvärderingsmodell som ger upphandlande myndighet möjlighet att först efter det att anbudet inkommit välja vilka artiklar och hur många som ska utvärderas innebär en i det närmaste fri prövningsrätt. Det står inte i överensstämmelse med LOU. Med en korrekt utvärderingsmodell hade Ahlsell tilldelats kontraktet.

*Kommunen* anför följande. LOU innehåller inte något regelverk för hur anbud ska utvärderas. Enligt praxis tillåts upphandlande myndighet ställa

de krav som de finner relevanta. Detta gäller så länge som grundläggande upphandlingsprinciper inte åsidosätts. I aktuell upphandling har det på ett öppet och transparent sätt angivits hur utvärderingen ska ske. Till största delen ska utvärderingen ske genom prissättning av produkter i en produktlista med angivande av produktnamn men även genom att via stickprov utvärdera antal produkter som samtliga anbudsgivare lämnat anbud på. I produktlistan har medtagits produkter som kommunen har köpt mer än ett enstaka exemplar av under de senaste åren. Priserna i denna lista är fasta och kan endast ändras i enlighet med stadgade avtal. Priser för företagets övriga produkter regleras endast genom angivande av procentsats. Utvärdering av procentsatsen i sig ger ingen vägledning beträffande företagets prissättning om man inte vid utvärderingen får ta hänsyn till produkternas grundpris multiplicerat med angiven procentsats. Då ges ett pris för de varor som inte ingår i produktlistan. Det har inte varit möjligt att ange vilka varor som skulle utvärderas genom stickprov eftersom det har styrts av vilka produkter som samtliga anbudsgivare har lämnat jämförbart pris på. Vid utvärderingen har alla anbudsgivare behandlats på samma sätt. De produkter som företagen har lämnat pris på har multiplicerats med företagets angivna procentrabatt. På detta sätt säkerställs att den leverantör som har det lägsta priset tilldelas kontraktet. Ett vanligt beteende bland leverantörer är att ge anbud med låga priser på produkterna i produktlistan och sedan ha höga priser för övriga produkter. Att de fem utvalda produkterna i sammanställningen utföll till nackdel för Ahlsell visar att kommunen har haft fog för att genomföra utvärderingen på aktuellt sätt. Ahlsells prissättning för produkter som inte har haft fixerat pris har legat högre än konkurrenterna. Några ytterligare produkter utöver de utvärderade fem har kontrollerats, även i dessa fall har Ahlsells priser varit högre än konkurrenternas. Av svar till Ahlsell angående stickproven har sagts att produkterna inte kan påverka utvärderingen i sådan mån att det kan uppfattas som konkurrenshämmande, vilket är en skillnad mot att det inte påverkar utvärderingen. Upphandlingsunderlaget har varit transparent då det på ett klart och

tydligt sätt har angivits hur anbuden ska utvärderas och samtliga anbudsgivare har utvärderats på samma sätt. Metoden är inte konkurrenshämmande då klart angivna regler tillämpats på samtliga anbudsgivare.

*Ahlsell* genmäler bl.a. följande. Det kan inte anses klart och tydligt att inte ha med information om stickprov i förfrågningsunderlagets prisutvärderingsmodell utan endast i förfrågningsunderlagets bilaga 1. I förfrågningsunderlaget finns det inte någon hänvisning till bilaga 1. Det kan inte heller anses klart och tydligt att inte ha med stickprovsprodukterna i förfrågningsunderlaget. Kommunens argument att det faktum att samma utvärderingsregler har tillämpats på samtliga anbudsgivare skulle påvisa att en transparent utvärderingsmetod har använts är inte överrensstämmande med de EG- rättsliga principerna. Anledningen till att anbudsgivarna kan erbjuda bra priser på de i varukorgen efterfrågade artiklarna är att dessa varor köps in frekvent av kommunen. Det är inte proportionerligt att låta anbudsgivare sätta priser på produkter i varukorgen för vilka en anvisad volym inköps enligt statistik och att samtidigt godtyckligt välja ut fem artiklar som inköps enstaka gånger och låta dessa fem produkters priser omkastat utvärderingsresultatet från varukorgen.

*Kommunen* genmäler bl.a. följande. Kommunens utvärderingsmodell framgår av underlaget. Att det framgår av en bilaga betyder inte att underlaget är otydligt. Några ytterligare faktorer än dem som har angivits i underlaget har inte tillkommit i samband med utvärderingen.

*Lagtext m.m.*

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

Av 12 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndigheten ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att 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.

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten uttalade bl. a. att i det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmåter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

#### *Förvaltningsrätten gör följande bedömning*

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det med anledning av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU. För att rätten ska vidta åtgärder enligt LOU krävs även att sökanden kan visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Inför en upphandling kan den upphandlande myndigheten fritt utforma förfrågningsunderlaget. Det måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de



gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. I principerna för offentlig upphandling som anges i 1 kap. 9 § LOU ingår även principerna om transparens och förutsebarhet.

Den aktuella upphandlingen avser leveranser av markförlagt VA- material.

Ahlsell anser att det av förfrågningsunderlaget inte framgår hur många stickprov som skulle utvärderas och hur de skulle väljas ut. Det är inte otänkbart att ett annat urval av produkter genom stickprov skulle ge motsatt prisbild. Resultatet är därför att kommunen har förbehållit sig fri prövningsrätt. Utvärderingsmodellen med stickprov är konkurrenshämmande och står i strid med LOU och EG-rättsliga principer för offentliga upphandlingar.

Kommunen anser att de i sin produktlista har tagit med produkter som kommunen köpt mer än ett enstaka exemplar av under de senaste åren. Att det i anbudsformuläret inte varit möjligt att ange vilka produkter som skulle medtas i stickprov beror på att det måste avse produkter som alla anbudsgivare lämnat pris på. På detta sätt säkerställer kommunen på ett bättre sätt att den leverantör som har lägst pris tilldelas kontraktet.

Av anbudsformuläret framgår att vid utvärderingen tillmäts pris betydelse med 70 % och service med 30 %. Utvärdering av kriteriet pris enligt uppställning i anbudsformuläret har skett genom dels uppräknade produkter i bilaga, dels genom stickprov på produkter utanför bilaga.

I aktuell upphandling har anbudsgivarna inte haft någon vetskap om hur många och vilka artiklar som skulle utvärderas genom stickprov. Förvaltningsrätten anser att en utvärdering av priset enligt denna metod har lämnat ett utrymme för godtycke och i princip en fri prövningsrätt då urvalet av de produkter som faktiskt utvärderas kunde ske i efterhand. Det kan inte anses uteslutet att ett annat urval av produkter skulle ha givit ett annat resultat

vid utvärderingen av priset. Den valda utvärderingsmodellen får därmed anses strida mot principerna om förutsebarhet och transparens. Av denna anledning finner förvaltningsrätten att kommunen har brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Detta får anses ha medfört att Ahlsell har lidit eller riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 5 § LOU. Ahlsells ansökan om överprövning ska därför bifalls och upphandlingen göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).



Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Lisa Hansson.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU