



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-12-27
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
12793-12 E
Enhet 2:2

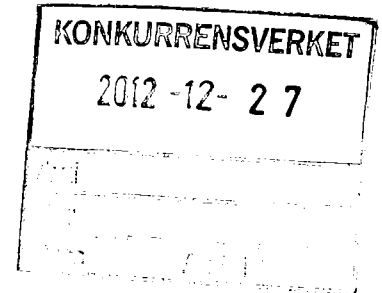
SÖKANDE

Geab The Phone House AB, 556107-3841
Box 4161
131 04 Nacka

Ombud: Ralph Bengtsson
Geab The Phone House AB
Samma adress

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGKRUND

Göteborgs stad, Upphandlingsbolaget, har upphandlat mobila enheter, dnr 233/12. Av tilldelningsbeslutet framgår att Geab The Phone House AB inte antagits som leverantör. Vidare framgår att avtalsspärr gäller till och med den 3 november 2012 och att ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 26 oktober 2012.

YRKANDE M.M.

Geab The Phone House AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits. Bolaget yrkar även att förvaltningsrätten interimistiskt beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats. Bolaget anför bl.a. följande. Rättelsen ska bestå i att Upphandlingsbolaget vid utvärderingen bortser från BKE TeleCom AB:s anbud och därefter gör en ny utvärdering. Upphandlingen har skett i strid mot LOU då upphandlande myndighet ska behandla leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Förfrågningsunderlaget har inte varit tillräckligt tydligt i punkterna 1.7.19 Leverantörens fakturor och 1.6.1 Anbudsutvärdering avseende när offererade priset ska vara fastställda. Detta leder till att varje enskild anbudsgivare lämnas fri att tolka tidsbegreppet och därefter komma in med priser baserade på valfritt datum. Därmed kan en likvärdig utvärdering av inkomna priser inte göras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Bolagets priser grundar sig på den insamlade information och möten med tillverkare inför inlämnande av anbudet. Priserna är uträknade med de förutsättningarna att de ska gälla vid nya avtalets start den 1 januari 2013. Bolaget har inte någonstans i förfrågningsunderlaget eller i "varukorgen" funnit att prissättningen ska vara baserad på anbudets inlämningsdatum. Genom detta har bolaget fråntagits möjligheten att utses till leverantör i upphandlingen. – Bolaget har i sitt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
12793-12 E

inlämnade anbud förhållit sig i enlighet med de av Upphandlingsbolagets angivna förutsättningar i förfrågningsunderlaget. Texten i förtydligandet har utskickats av Upphandlingsbolaget efter anbudstidens utgång och har därmed ändrat kravspecifikationen samt utvärderingsgrunderna efter anbudstidens utgång och således diskvalificerat bolagets anbud på felaktiga grunder. I upphandlingsprotokollet avsnitt 2.2.4 anges att bolaget har via intyg ej kunnat bekräfta att inlämnade priser gäller enligt modellen aktuellt inköpspris plus % påslag vid anbudslämnande och under utvärderingsprocessen. Anbudsgivaren har i sitt svar istället hänvisat till avtalsstart". Vidare står det att efter "prisjämförelse har anbud från BKE TeleCom AB och The Phone House AB varit aktuella för uppdraget. Från båda leverantörerna har förtydligande av anbudspriser enligt ovan begärts. BKE TeleCom AB har efter begäran inlämnat ett intyg i form av fakturaunderlag och intyget har godkänts. GEAB The Phone House AB har via intyg inte kunnat bekräfta att inlämnade priser gäller enligt modellen gällande inköpspris plus % påslag vid anbudslämnande och under utvärderingsprocessen. Anbudsgivaren har i sitt svar istället hänvisat till avtalsstart. Upphandlingsbolaget har i förfrågningsunderlaget inte angivit klara och tydliga skallkrav i avsnitten 1.6.1 och 1.7.19, vilket medfört att utvärderingsgrunderna ändrats efter anbudstidens utgång. Förfarandet strider mot principen om förutsebarhet och därmed även mot kraven på affärsmässighet i LOU. Bolagets krav på rättelse består i att Upphandlingsbolaget kräver in nya anbudspriser och inköpsfaktura - inget eventuellt marknadsföringsstöd, volymbonusar eller liknande ska ligga till grund för att påvisa ett eventuellt lägre inköpspris - från samtliga anbudsgivare avseende ett förutbestämt datum eller basmånad och därefter göra en ny prövning av vilket anbud som ska antas, alternativt ska upphandlingen göras om.

Upphandlingsbolaget bestrider bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Bolagets anbud har rätteligen förkastats då offererade priser är lämnade med reservation som inte motsvarar förutsättningen för prissättningen i förfråg-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 4
12793-12 E

ningsunderlaget och omöjliggör en rättvisande utvärdering. Upphandlande myndighet har haft en skyldighet att förkasta bolagets anbud i syfte att inte, i strid med likabehandlingsprincipen, behandla bolaget mer förmånligt än andra anbudsgivare. Förfrågningsunderlaget är helt tydligt avseende gällande inköspriser och att inköspriserna ska kunna kontrolleras under anbudsutvärderingen. Förfrågningsunderlaget är tydligt utformat och har inte begränsat möjligheten för bolaget, eller andra rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare, att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller förutse hur anbuden skulle komma att bedömas vid utvärderingen. Under alla förhållanden föreligger inga brister av sådan art och omfattning som motiverar att upphandlingen ska göras om. Bolaget har lämnat priser i strid med förfrågningsunderlaget och anbudet har korrekt förkastats. En anbudsgivare har att förhålla sig till de förutsättningar som den upphandlande myndigheten angett i förfrågningsunderlaget vid utformandet av sitt anbud. Bolaget har ostridigt lämnat anbudspriser som bolaget menar är "uträknade med förutsättningarna att de skall gälla vid avtalets startdatum 1 januari 2013". Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarna ska redovisa de högsta procentuella påslagen på gällande inköspriser (p. 1.6.1) samt att kontroll av inköspriser ska kunna ske genom att Upphandlingsbolaget får tillgång till leverantörens/tillverkarens fakturor både under utvärderingsprocessen och under hela avtalsperioden (p. 1.7.19). En grundförutsättning i LOU är att kvalificeringen ska göras innan ett kontrakt tilldelas. Alla krav som ställs i en upphandling måste kunna kontrolleras. Prisangivelser i anbudet rör påslag mot gällande inköspriser och dessa ska kunna verifieras under utvärderingsprocessen genom kontroll av fakturor som de facto existerar. Genom att bolaget lämnat priser som uppges gälla från den 1 januari 2013 är det inte fråga om gällande inköspriser utan om framtida priser, och någon kontroll av inköpsfakturor kan givetvis inte göras eftersom inköpen inte skett utan priserna endast bygger på uppskattningar. Någon objektiv jämförelse mellan anbudsgivarna går då heller inte att göra. Det viktiga är att de offererade priserna ska vara baserade på gällande inköspriser och

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 5
12793-12 B

vara verifierbara, vilket i sig innebär att inköspriserna måste vara gällande när anbudet lämnas och att det finns möjligheter att kontrollera inköspriset mot verifikat. Ett gällande inköspris är ett gällande inköspris och det är då inte fråga om "valfritt datum" utan det senaste inköspriset i förhållande till anbudslämnandet. Datumet för inköpsfakturan är bevis för gällande inköspris kan av naturliga skäl vara olika för olika anbudsgivare eftersom respektive leverantör styr över sina egna inköp. Samtliga anbudslämnare har i detta avseende behandlats lika och haft samma förutsättningar att utforma konkurrenskraftiga anbud. Alla anbudsgivare har haft möjlighet att möta det krav som bolaget inte uppfyllt och kravet har därtill uppfyllts av samtliga övriga anbudsgivare. Likabehandlingsprincipen innebär såväl att lika situationer ska behandlas lika som att olika situationer inte får behandlas lika. BKE TeleCom AB har t.ex. till skillnad från bolaget kunnat styrka sitt inköspris med fakturaunderlag. I enlighet med likabehandlingsprincipen har Upphandlingsbolaget haft en skyldighet att förkasta bolagets anbud. Övriga anbudsgivare har uppfattat kravet korrekt och förhållit sig till detta. Ordet "gällande" och "under utvärderingsprocessen" kan knappast misstolkas. Dessutom har bolaget varit leverantör i det innevarande ramavtalet i var upphandling samma krav ställdes och är således väl medveten om vad som avses med "gällande inköspris". Förfrågningsunderlaget har inte brutit i transparens. – Bolaget kan som utesluten leverantör inte framföra invändningar mot andra anbudsgivare och har inte heller anfört någon grund för yrkandet att BKE TeleCom ABs anbud inte ska utvärderas. Bolagets anbud har rätteligen förkastats och en anbudsgivare som rätteligen förkastats är inte längre att betrakta som en potentiell leverantör och kan följaktligen inte lida skada av om andra anbudsgivare kvalificerats eller inte. Sammanfattningsvis har förfrågningsunderlaget varit klart och tydligt. Upphandlingsbolaget har inte ändrat krav eller utvärderingsgrunder som påstås, och inte heller i övrigt brutit mot LOU eller de upphandlingsrättsliga principerna.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

En 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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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 (16 kap. 6 § LOU).

Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 §§ att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr), (16 kap. 8 § LOU).

Utredning

I förfrågningsunderlaget punkt 1.6.1 Anbudsutvärdering anges bl.a. följande. Anbudsgivare skall per produktgrupp redovisa de högsta % påslagen på gällande inköspriser. Endast lägre % påslag än de i anbudet redovisade skall kunna tillämpas vid avrop under ramavtalsperioden. De % påslagen utvärderas EJ.

I förfrågningsunderlaget punkt 1.7.19 Leverantörens fakturor anges följande. Upphandlingsbolaget ska på begäran kunna få tillgång till leverantörens/tillverkarens fakturor för kontroll av inköspriser både under utvärderingsprocessen och under hela avtalsperioden.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 7
12793-12 E*Förvaltningsrättens bedömning*

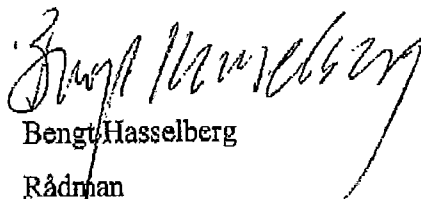
Ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten inom föreskriven tid och avtalsspärren fortsatt därför att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten; varför bolagets yrkande om interimistiskt beslut inte föranlett någon särskild åtgärd.

Den första fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om bolagets anbud rätteligen förkastats. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbuds-givarna ska redovisa procentpåslag på gällande inköpspriser samt att Upp-handlingsbolaget på begäran ska kunna få tillgång till leverantörens/till-verkarens fakturor för kontroll av inköpspriser både under utvärderings-processen och under hela avtalsperioden. Vidare framgår att bolaget lämnat anbud under dessa förutsättningar vid tidigare upphandling. Förvaltnings-rätten anser att de uppställda kraven är tillräckligt tydliga och därför inte strider mot de av bolaget åberopade principerna och 1 kap. 9 § LOU.

Frågan här efter blir då om bolaget kan anses ha lidit skada. Kamrätten i Jönköping har i dom den 28 mars 2012 (mål nr 3307-11) uttalat att en leve-rantör som rätteligen har uteslutits från upphandlingen inte längre kan be-traktas som en presumtiv leverantör. Leverantören kan därmed inte heller anses lida skada i den mening som avses i LOU. Mot denna bakgrund sak-nas skäl att göra någon ytterligare prövning av det som bolaget har anfört.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte finns förutsättning-ar för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

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


Bengt Hasselberg
Rådman

Föredragande: M Georgsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva 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. 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 var till 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, transport 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 3109/1B LOU