



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 31

DOM
2016-04-11
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3066-16



Ankomstdatum
2016-04-11

SÖKANDE

Ahlsell Sverige AB, 556012-9206

Ombud: Therese Olausson
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Ahlsell Sverige AB:s yrkande om editionsföreläggande.

Förvaltningsrätten avslår Ahlsell Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 707263

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför, som öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ramavtalsupphandlingen Järnhandelsvaror 2015 (dnr 10269). I upphandlingsprotokoll med tilldelningsbeslut daterat den 3 februari 2016 framgår bl.a. följande. Två av anbudgivare gick vidare till utvärdering, Tools Sverige AB (Tools) och Ahlsell Sverige AB (Ahlsell). Efter att Tools anbud först bedömdes som onormalt lågt, men sedan Tools med stöd av 12 kap. 3 § LOU fått lämna förklaring vilken enligt SKI visar att anbudet är allvarligt menat och att offererat pris omfattat samtliga kostnader för genomförandet av uppdraget, bedömer SKI att Tools gett in det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet i alla geografiska områden som upphandlingen omfattar. SKI beslutar att tilldela ramavtal till Tools.

Ahlsell yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska ålägga SKI att vidta rättelse innebärande att en ny utvärdering genomförs där anbudet från Tools ej beaktas, och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkas att förvaltningsrätten ska ålägga SKI att tillhandahålla kopior på handlingar förenade med korrespondensen, beslutsunderlag och beslut avseende Tools onormalt låga priser (editionsföreläggande). Till stöd för talan anför Ahlsell bl.a. följande.

SKI har godtagit Tools förklaring av offererat pris trots att det starkt kan ifrågasättas om det låga priset verkligen är allvarligt menat, och det finns risk att Tools inte kommer att klara av eller kommer att vilja leverera till dessa låga priser under avtalsperioden. Bruttopriserna som Tools lämnat är cirka 700 000 kr lägre än de priser Ahlsell lämnat. Även Tools nettopriser är lägre än Ahlsells, vilket tillsammans resulterar i ett totalt anbudspris som är cirka 28 procent lägre än det totala anbudspriset från Ahlsell. Så pass mycket lägre priser är anmärkningsvärt. Enligt Kammarrätten i Göteborgs dom i

mål nr 2598–2601-13 ska den upphandlande myndigheten visserligen visa att anbudspriset är onormalt lågt, men anbudsgivaren har bevisbördan och ska göra sannolikt att ett anbud med onormalt lågt anbudspris är seriöst och att anbudsgivaren kommer att leverera till erbjudna villkor. Att man kan pröva en vinnande anbudsgivares förklaring till onormalt låga priser framgår av rättspraxis, se EU-domstolens avgörande i mål C-599/10 samt Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i mål nr 6578-14 och 6579-14 samt mål nr 6159–6160-14. En upphandlande myndighet har inte obegränsad frihet vid bedömning om en förklaring till onormalt låga priser är acceptabel.

SKI bör åläggas att redovisa beslutsunderlaget för bedömningen av Tools orimligt låga priser för att möjliggöra prövningen av SKI:s beslut om att godkänna Tools förklaring till priser som initialt har förefallit orimligt låga för SKI. Handlingar som bör tillställas förvaltningsrätten och Ahlsell syftar till att visa på de omständigheter som legat till grund för SKI:s slutliga bedömning att godta Tools förklaring. Uppgifterna i dessa handlingar kommer att visa på hur SKI har formulerat sin begäran om förtydligande med anledning av 12 kap 3 § LOU och huruvida Tools förklaring styrker att anbudet är allvarligt menat. Allt för allmänt hållna förklaringar om anledningarna till för lågt pris kan utgöra grund för att förkasta anbudet från Tools i enlighet med rättspraxis.

I förfrågningsunderlagets punkt 4.5.1 anges att lagervaror ska kunna levereras inom en arbetsdag efter beställning, att det i Norrbottens och Västerbottens län accepteras två arbetsdagers leveranstid efter beställning samt att beställningsvaror ska kunna levereras inom tre dagar i samtliga län. Detta är ett skall-krav, som avseende leveranstid för beställningsvaror strider mot proportionalitetsprincipen, eftersom dessa typiskt sett är så kallade anskaffningsartiklar som leverantören inte har i lager utan måste beställa från leverantörer/tillverkare. Således styr inte anbudsgivaren över leveranstiden för dessa produkter utan det beror på dennes leverantör. Marknaden för järn-

handelsvaror är global. Exempel på artiklar som utgör beställningsvaror och som med all sannolikhet tar längre tid att leverera än SKI:s krav om leveranstid är större maskiner, bandsåg, pelarborrmaskiner, svetsmaskiner och fräsar. Generellt sett tar anskaffningar av artiklar för att levereras till slutkund minst sju arbetsdagar från leverantörer i Europa, för produkter som måste tillverkas gäller fyra–sex veckor, och om anskaffningen sker från leverantörer från t.ex. Asien är det vanligt att leveranstiden uppgår till åtta veckor i normalfallet. Ahlsell har lämnat ett kvalificerat anbud och har därmed accepterat samtliga krav och villkor som anges i förfrågningsunderlaget. SKI:s upphandlingar utgör mycket betydelsefulla kontrakt som uppgår till stora belopp. Det utgör ett starkt incitament för Ahlsell att vidta i de här sammanhangen offensiva åtgärder för att försöka tillmötesgå kraven. Ahlsell har nödgats ta höjd för eventuella vitesanspråk på grund av ett allt för hårt ställt krav på leveranstid. Detta har exempelvis inneburit att Ahlsell har vägt in kostnad för expressfrakt. SKI har införlivat medlemmarnas önskemål om leverans inom tre arbetsdagar för beställningsartiklar utan att ta hänsyn till vad som faktiskt är möjligt att prestera för leverantörssidan. Ahlsell tolkar Tools strategi som ett högt risktagande med en förhoppning om att uppföljningen av avtalsvillkoren inte kommer att innefatta kontroll av leveranstid för beställningsvaror.

Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget vilka produkter det vid varje given tidpunkt kan vara fråga om. Av punkten 4.3.1 framgår att anbudsgivaren ska erbjuda ett sortiment som omfattar ett brett urval artiklar inom respektive produktgrupp. Vidare framgår av punkten 4.1 att alla artiklar som anbudsgivaren har i sitt sortiment av järnhandelsvaror ska ingå i ramavtalet och att upphandlande myndighet ska kunna avropa alla artiklar som tillhör någon av de nämnda produktgrupperna. Det kan alltså röra sig om ett mycket stort och omfattande sortiment av produkter som kan komma att avropas. Med hänsyn tagen till att det inte är känt på förhand vilka produkter i beställningssortimentet som kan komma att avropas och att anbuds-

givaren inte styr över leveranstiden från underleverantör, samt till de krav på omfattning av sortiment som ställs, är kravet på leveranstid om tre dagar inte rimligt. Ahlsell ser heller inget skäl till varför en sådan kort leveranstid av beställningsvaror skulle vara motiverad. Kravet står således i strid med såväl transparens- som proportionalitetsprincipen. Otydligheter kan ha lett till att anbudsgivare tolkat underlaget på olika sätt och därigenom haft olika förutsättningar vid utformandet av sina respektive anbud. Avseende SKI:s invändning om att leveranstiden inte har ifrågasatts under tiden för frågor och svar, har regleringen av offentlig upphandling i Sverige ingen preklusionsfrist.

Tools anbud borde ha förkastats, vilket hade inneburit att Ahlsell istället tilldelats kontraktet. På grund härav har Ahlsell lidit skada, eller i vart fall riskerat att lida skada. Att förfrågningsunderlaget innehåller väsentliga brister bl.a. i strid mot transparens- och proportionalitetsprincipen har också gjort att Ahlsell lidit, eller i vart fall riskerat lida, skada eftersom det påverkar Ahlsells möjligheter att utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud och därigenom bolagets möjligheter att tilldelas kontraktet.

SKI bestrider bifall till Ahlsells samtliga yrkanden och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

Bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU om förkastande av onormalt låga anbud är fakultativ för den upphandlande myndigheten att tillämpa. Någon skyldighet att förkasta ett onormalt lågt anbud saknas enligt gällande lagstiftning. Av denna anledning saknas förutsättningar att bifalla Ahlsells yrkande om rättelse, liksom om edition. Det saknas stöd i gällande rätt för att pröva frågan om SKI borde ha förkastat Tools anbud.

SKI bestrider att kravet på leveranstid för beställningsvaror är oproportionerligt. En upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma upphand-

lingsföremålet. Det har vid SKI:s förstudie till denna upphandling framställts önskemål från SKI:s kunder om de leveranstider som sedan kravställs i upphandlingen. Det går givetvis inte att åstadkomma en viss leveranstid utan att ställa krav om just den leveranstiden. Kravet går alltså inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet. Huruvida det är "rimligt" att kräva viss leveranstid är inte en fråga för upphandlingsrätten. Om kraven är sådana att leverantörerna inte kan uppfylla dem kommer det inte att lämnas några anbud i upphandlingen. Ahlsell har lämnat anbud i upphandlingen och accepterat kravet. Ahlsells anbud har dessutom uppfyllt alla ställda krav.

Hela beställningssortimentet *kan komma* att avropas vilket framgår av punkt 4.1 i förfrågningsunderlaget. Det faktum att man inte vet vilka produkter i ett upphandlat sortiment som faktiskt kommer att köpas är en naturlig följd av att det upphandlande avtalet är just ett ramavtal. Det framgår inte av ansökan hur Ahlsell menar att den påstådda transparensbristen ska ha påverkat bolagets möjlighet att lämna anbud. Ahlsell kunde lämna anbud, övriga anbudsgivare kunde lämna anbud och Ahlsell ställde under upphandlingen inga frågor gällande leveranstiderna. Det ska även beaktas att LOU är en förfarandelagstiftning. Den reglerar inte de upphandlade avtalens materiella innehåll. Att ett upphandlat, accepterat och mellan två parter överenskommet avtalsvillkor skulle vara "oskäligt" eller liknande innebär alltså inget upphandlingsfel. Tvärtom är det en civilrättslig fråga som löses på sedvanligt vis inom avtalsförhållandet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 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. Om den upphandlande myn-

digheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har 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 har gjorts.

Onormalt lågt anbud och editionsföreläggande

Av 12 kap. 3 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt; dock får anbudet förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet, och inte fått ett tillfredsställande svar. Regleringen ger den upphandlande myndigheten en möjlighet, inte en skyldighet, att förkasta ett anbud, jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 juni 2007, mål nr 1641-07, och Kammarrätten i Jönköpings dom den 2 juli 2009, mål nr 1247-09. I de avgöranden som Ahlsell åberopat hade den upphandlande myndigheten förkastat ett anbud, varvid prövningen avsåg om det var befogat. Förvaltningsrätten anser att det saknas skäl för ingripande i upphandlingen på denna grund.

Oavsett vilka handlingar som skulle ges in saknas, enligt bedömningen ovan, möjlighet för förvaltningsrätten att förkasta Tools anbud som onormalt lågt. De handlingar som Ahlsell begärt att SKI ska åläggas att tillhandahålla krävs enligt förvaltningsrättens mening inte för att rätten ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2015 ref. 55. Mot bakgrund härav saknas skäl för förvaltningsrätten att med stöd av utredningsskyldigheten i 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, begära in handlingar från SKI. Vidare ska, då handlingarna inte kan antas ha betydelse som bevis, Ahlsells yrkande om edition avslås (jfr 20 § FPL och 38 kap. 2 § rättegångsbalken).

Leveranstid för beställningsvaror

Som Ahlsell framhållit finns det ingen särskild preklusionsfrist för att ansöka om överprövning avseende förfrågningsunderlaget i en upphandling. Det faktum att Ahlsell lämnat anbud, och inte framfört invändningar eller ansökt om överprövning under anbudstiden, har därmed inte betagit bolaget talerätt.

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 78. Om en upphandlande myndighet ställer obligatoriska krav som inte är möjliga för leverantörerna att uppfylla är det skäl för ingripande mot upphandlingen, jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 december 2015, mål nr 2583-15. Att både Tools och Ahlsell lämnat anbud som uppfyllt det obligatoriska kravet avseende leveranstid för beställningsvaror, talar dock för att det inte är sannolikt att SKI krävt något som inte är möjligt att prestera. Vad Ahlsell anfört om Tools risktagande framstår som spekulationer vilka inte kan grunda ingripande enligt LOU. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta SKI:s uppgifter om önskemål från kommuner och landsting om viss leveranstid för beställningsvaror. Det framstår då som lämpligt och effektivt att ange detta som ett obligatoriskt krav. Ett sådant krav framstår också som nödvändigt för att uppnå det eftersträvande syftet och ett mindre ingripande alternativ är svårt att se. Den negativa effekten framstår inte som oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 28 februari 2014, mål nr 5832-13). Härvid beaktar förvaltningsrätten särskilt att Ahlsell lämnat ett anbud som ostridigt uppfyller kravet. Således anser förvaltningsrätten att det inte har framkommit att kravet avseende leveranstid för beställningsvaror skulle vara omöjligt att uppfylla eller att det strider mot proportionalitetsprincipen.

En upphandling ska genomföras så att den är tillräckligt förutsebar för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare, jfr t.ex. EU-domstolens dom i mål C-19/00 och Kammarrätten i Stockholms dom den 12 mars 2014, mål nr 4777-13. När det är fråga om en ramavtalsupphandling ligger det i sakens natur att en garanterad avropsmängd inte kan anges. Där emot måste anbudsgivare ges sådan information att de på förutsebara grunder ska kunna avgöra vilka aktörer som kan förväntas använda sig av ramavtalet om behov uppstår, jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 12 februari 2016, mål nr 6450-15. Ahlsell har inte bestritt att detta framgår. Det framgår också vilka produktgrupper som ingår och exempel ges på artiklar i varje produktgrupp. Förvaltningsrätten anser inte att det framkommit att SKI brutit mot transparensprincipen.

Slutats

Förvaltningsrätten anser således att det inte har framkommit skäl att vare sig rätta upphandlingen genom att förkasta Tools anbud eller att göra om upphandlingen. Ahlsells yrkande om editionsföreläggande för att visa att anbudet är onormalt lågt innefattar inget som kan ha betydelse för denna bedömning. Ahlsells yrkande om editionsföreläggande och ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Anneli Berglund Creutz

Rådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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 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. 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.