



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2013-02-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26524-12

KLAGANDE

Storköksgruppen Svenska Öst Aktiebolag, 556355-6330

Ombud: Advokaten Mikael Dubois och jur.kand. Nike Berlin
c/o Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om ingripande på så sätt att
upphandlingen ska göras om i enlighet med domskälen.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2013-08-21 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

Dok.Id 326015

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) utför en upphandling avseende ramavtal med leverantörer av storköksutrustning (Storköksutrustning 2012, projektnummer 10133). Upphandlingen genomförs som en öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och är indelad i fem anbudsområden/produktområden och 21 geografiska områden. Anbudsgivare kan välja att lämna anbud på ett eller flera av dessa geografiska anbudsområden. Respektive anbudsområde/produktområde och geografiskt anbudsområde utvärderas var för sig.

Storköksgruppen Svenska Öst Aktiefbolag (Storköksgruppen) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att den ska göras om för samtliga fem anbudsområden/produktområden i de geografiska områdena Stockholm, Uppsala, Södermanland, Östergötland, Kalmar, Örebro, Västmanland, Dalarna och Gävleborgs län. Till stöd för sin talan anför Storköksgruppen i huvudsak följande.

Bruttopriskravet i kombination med frakt- och installationskravet innebär att kostnaden för leverans och installation ska ingå i varans pris innebär motsättningar som omöjliggör för leverantörer att lämna jämförbara anbud. Storköksgruppen har saknat möjlighet att lämna ett anbud som uppfyller bruttopriskravet och frakt- och installationskravet samtidigt eftersom deras officiella bruttoprislista inte inkluderar frakt och installation. Förfrågningsunderlaget är i denna del inte konkurrensneutralt och säkerställer inte att anbuden i upphandlingen blir jämförbara. Förfrågningsunderlaget strider därför mot likabehandlingsprincipen samt 1 kap. 9 § LOU. Det är vidare otydligt i förfrågningsunderlaget huruvida samma rabattsats ska lämnas för ett helt anbudsområde/produktområde. Modellen för rabattsättning i förfrågningsunderlaget är således otydligt och säkerställer inte att ett rättvisande resultat uppnås. Utformningen av förfrågningsunderlaget stri-

der därför mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU, i denna del. Storköksgruppen kan komma att lida skada enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU eftersom de vid en korrekt utförd upphandling skulle ha kunnat lämna ett anbud och under andra förutsättningar antas som leverantör i upphandlingen.

Bruttopriskravet

Bruttopriskravet låser leverantörer på förhand vid vissa priser. Kostnader för frakt och installation är betungande för de produkter som är föremål för upphandlingen. De varierar beroende på typ av produkt, fraktsätt och installationernas svårighetsgrad och kan komma att uppgå till betydande belopp. Vissa leverantörer bygger in priser på frakt och installation i sin officiella prislista medan andra leverantörer anger varans pris i sin officiella prislista och lägger på separata kostnader för frakt och installation. Vid sådant förhållande kräver likabehandlingsprincipen att förfrågningsunderlaget ger leverantörer möjlighet att anpassa anbudspriser till bruttoprislistornas olika kostnadsförutsättningar, så att de kan delta i upphandlingen på lika villkor och så att anbudena i upphandlingen blir jämförbara med varandra.

Storköksgruppens officiella bruttoprislista bygger på priser exklusive frakt och installation. För att få kostnadstäckning för frakt och installation i sitt anbud och erbjuda priser som är jämförbara med övriga anbud redovisade bolaget kostnader för frakt och installation bredvid priserna som gäller enligt Storköksgruppens officiella bruttoprislista. Storköksgruppen gjorde detta för att dess anbud skulle uppfylla bruttopriskravet samtidigt som totalpriset inklusive installation och frakt framgick. I annat fall skulle Storköksgruppen ha varit tvungen att göra om sin bruttoprislista för upphandlingen, något som inte är tillåtet enligt bruttopriskravet.

Särredovisningen av frakt- och installationskostnader medförde att

Storköksgruppens anbud inte uppfyllde frakt- och installationskravet. Brutto-
topriskravet innebär att en anbudsgivare diskvalificeras från upphandlingen
om denne inte baserar sitt anbud på sin officiella bruttoprislista. Samtidigt
innebär frakt- och installationskravet att en anbudsgivare diskvalificeras
från upphandlingen om frakt och installation inte ingår i anbudspriset, vil-
ket ska baseras på leverantörens officiella bruttoprislista. Leverantörer som
inte har en officiell bruttoprislista som ger täckning för frakt- och installat-
ionskostnader kan därmed tvingas avstå från att delta i upphandlingen ef-
tersom de riskerar att gå med förlust på vissa beställningar, samtidigt som
andra leverantörer kan delta i upphandlingen därför att deras frakt- och
installationskostnader redan ingår i deras officiella bruttoprislista.

Storköksgruppen anser i och för sig inte att det strider mot likabehand-
lingsprincipen att begära priser som inkluderar kostnad för leverans och
installation. En leverantörs kostnader ingår alltid på något sätt i priset på
dess produkter. Sättet för redovisning är därvid en teknikalitet.

Storköksgruppen särredovisade sina kostnader för frakt och installation för
att dess anbud skulle uppfylla bruttopriskravet samtidigt som totalpris in-
klusive frakt och installation skulle framgå av anbudet. Kostnader för frakt
och installation ingår således i Storköksgruppens anbud. Därmed är det
jämförbart med övriga anbud.

Bruttopriskravet i kombination med kraven på att kostnader för leverans
och installation ska ingå i varans pris och att anbudsgivarna inte får ändra
sina på förhand angivna bruttopriser, innebär sammanfattningsvis motsätt-
ningar som gör det omöjligt för leverantörer att lämna jämförbara och kon-
kurrenskraftiga anbud utan att diskvalificeras. Anbudsgivare, som inte har
inkluderat frakt- och installationskostnader i sin officiella bruttoprislista,
utestängs från deltagande i upphandlingen. I denna del säkerställer förfråg-
ningsunderlaget därför inte ett rättvisande resultat dvs. att det ekonomiskt

mest fördelaktiga anbudet antas. Utformningen av förfrågningsunderlaget strider således mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Modellen för rabattsättning

Av punkten 2.1.1 *Priser* i förfrågningsunderlaget framgår inte att det finns ett obligatoriskt krav på att avge en enhetlig procentsats för samtliga produkter inom ett anbudsområde/produktområde. Det är möjligt att ange olika rabattsatser på varje rad i flikarna 3–6 i prisbilagan. Därutöver kan andra rabattsatser anges i flik 2 i prisbilagan. Enligt svaret på fråga 11 i *Frågor och svar* gäller den sistnämnda fliken det sortiment som inte finns i varukorgen. En utebliven rabattsats i flik 2 i prisbilagan medför enligt anvisningen vidare endast att nollrabatt ska anses föreligga där.

Med beaktande av vad som framgår av förfrågningsunderlaget och prisbilagan gjorde Storköksgruppen tolkningen att det var möjligt att sätta olika rabattsatser inom respektive anbudsområde/produktområde. Att denna tolkning gjordes måste också ses mot bakgrund av att den övriga prissättningen blir låst, eftersom Storköksgruppen måste ange ett fast bruttopris inklusive leverans och installation. Om rabattsättningen vid sådant förhållande skulle vara begränsad till att avse en rabattsats per anbudsområde, skulle detta ytterligare bidra till låsning av prissättningen i upphandlingen vilket Storköksgruppen ansåg vara orimligt. Vidare anger SKI uttryckligen i prisbilagan att det väsentliga för SKI är att rabattsatserna framgår på ett tydligt sätt så att det är möjligt för SKI att *bedöma prisnivån för anbudsgivarens hela sortiment inom respektive anbudsområde och inte att fastställa nettopriserna för ett mindre urval av artiklar.*

Storköksgruppens officiella bruttoprislista har utrymme för olika stora rabatter på olika poster inom varje anbudsområde/produktområde. Mot bakgrund av den tolkning som Storköksgruppen gjort av hur rabattsättningen skulle ske i upphandlingen, angav Storköksgruppen olika rabattsatser på

olika rader i flikarna 3–6 i sin prisbilaga för den bruttoprislista som anges på Storköksgruppens hemsida. Storköksgruppen var tydlig med att ange hur alla relevanta rabatter skulle sättas. Denna redovisning av rabatter bidrog till att Storköksgruppens anbud inte ansågs kvalificerat.

Det är mycket otydligt i förfrågningsunderlaget huruvida samma rabattsats ska lämnas för ett helt anbudsområde/produktområde, inte minst med beaktande av förfrågningsunderlagets och prislistans utformning och av de lösningar i prissättningen som föreligger i övrigt. Den tolkning som SKI gör gällande om beslutet att utesluta Storköksgruppens anbud ur upphandlingen måste anses som mycket oklar. Modellen för rabattsättning i förfrågningsunderlaget är därmed otydlig och kan inte tolkas på samma sätt av samtliga anbudsgivare. Förutsättningarna för hur rabattsättningen ska ske i upphandlingen strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Eftersom de påtalade felaktigheterna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om för samtliga fem anbudsområden/produktområden i den omfattning som Storköksgruppen har angett i sitt yrkande.

Om bristerna i förfrågningsunderlaget inte förelegat skulle Storköksgruppen ha kunnat utforma sitt anbud baserat på andra förutsättningar och därvid kunnat kvalificeras och antas som leverantör i upphandlingen. Det innebär att Storköksgruppen kan komma att lida skada.

SKI medger bifall till ansökan om ingripande med stöd av LOU och anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning.

Bruttopriskravet

SKI har i upphandlingen ställt krav på att leveranser ska ske *levererat förtullat* enligt Incoterms 2010. Leveransvillkoret innebär att säljaren avlämnar godset importklarerat till köparen, icke lossat från anländande trans-

portmedel, på angiven destinationsort. Säljaren ska stå för alla risker och kostnader för leveransen dit. Inom offentlig sektor är detta av tradition det leveransvillkor som används av upphandlande myndigheter. Detta leveransvillkor är också det som tillämpas i ALOS 05, Allmänna bestämmelser för leverans av varor (utan montage) till offentlig sektor som har utarbetats av representanter från offentlig sektor och leverantörer och torde därför vara ett väl avvägt och balanserat leveransvillkor.

Anbudsgivarna lämnar anbud per län och anbuden lämnas således för geografiskt begränsade anbudsområden. Fraktkostnaderna kan hanteras och regleras i de lämnade rabattsatser som anbudsgivarna ska lämna för varje produktområde. Det kan inte anses strida mot likabehandlingsprincipen att begära priser som inkluderar kostnader för leverans. Om priser för frakt inte hade ingått skulle priserna tvärtom inte varit jämförbara med varandra. Genom att ha brutit ut frakt- och installationskostnaderna och inte inkluderat dessa i bruttopriserna i enlighet med avsnitt 2.1.14 i förfrågningsunderlaget samt i lämnade svar under anbudstiden, se t.ex. svar på fråga 12, har Storköksgruppen brutit mot skall-krav i förfrågningsunderlaget.

Modell för rabattsättning

Med anledning av överprövningen de i upphandlingen inkomna anbuden återigen granskats. SKI har i samband med detta funnit att två av de leverantörer som SKI enligt upphandlingsprotokollet den 3 december 2012 valt att sluta ramavtal med, har lämnat priser enligt samma avvikande modell som Storköksgruppen med flera rabattsatser per anbudsområde. Som en konsekvens härav, och för att upprätthålla principen om likabehandling, borde även dessa anbud ha förkastats. Därtill har de anbudsgivare, som utöver Storköksgruppen förkastades i samband med prövningen av obligatoriska krav, även de lämnat olika rabattsatser inom något anbudsområde. Det finns således anledning att befara att förfrågningsunderlaget inte har

varit tillräckligt tydligt med avseende på kravet hur rabattsatser skulle anges i anbudet.

Eftersom felet har uppstått i samband med utvärderingen av anbudet skulle rättelse kunna vara en tillräcklig åtgärd. Emellertid kan den slutsatsen dras att förfrågningsunderlaget inte varit tillräckligt tydligt med avseende på hur rabattsatser skulle anges i prisbilagan då fem anbudsgivare (inklusive Storköksgruppen) av åtta, i större eller mindre utsträckning, har lämnat olika rabattsatser inom anbudsområdena. Rättelse skulle också få den konsekvensen att det i flera geografiska anbudsområden endast skulle återstå en (1) leverantör varvid hela syftet med upphandlingen förfelas, eftersom tillräcklig konkurrens inte uppnåtts. Dessa omständigheter talar för att principerna om transparens och likabehandling inte har upprätthållits vid genomförandet av upphandlingen, och att den mest adekvata åtgärden är att upphandlingen görs om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten 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 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Av RÅ 2009 ref 69 följer att det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på samt visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Storköksgruppen har ansökt om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om såvitt avser samtliga fem produktområden i de geografiska anbudsområdena Stockholm, Uppsala, Södermanland, Östergötland, Kalmar, Örebro, Västmanland, Dalarna och Gävleborgs län.

Storköksgruppen har som grund åberopat dels att upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen eftersom det inte är möjligt för vissa leverantörer att uppfylla bruttopriskravet i kombination med frakt- och installationskravet, dels att modellen för rabattsättning i förfrågningsunderlaget strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

Bruttopriskravet

Den upphandlande myndigheten ska enligt principen om likabehandling behandla alla leverantörer lika och ge dessa lika förutsättningar.

Storköksgruppen har anfört att bolagets officiella bruttoprislista bygger på priser exklusive frakt och installation. För att få kostnadstäckning för frakt och installation i sitt anbud och erbjuda priser som är jämförbara med övriga anbud har bolaget därför redovisat kostnader för frakt och installation bredvid priserna som gäller enligt Storköksgruppens officiella bruttoprislista. Priserna redovisades på detta sätt för att anbudet skulle uppfylla brut-

topriskravet samtidigt som totalpriset inklusive installation och frakt framgick. Enligt Storköksgruppen skulle bolaget i annat fall ha varit tvunget att göra om sin bruttoprislista för upphandlingen, något som inte är tillåtet enligt bruttopriskravet. SKI har å sin sida anfört att det inte kan anses strida mot likabehandlingsprincipen att begära priser som inkluderar kostnader för leverans. Om priser för frakt inte hade ingått skulle priserna inte varit jämförbara med varandra.

Det är förvaltningsrättens bedömning att Storköksgruppen har visat att redovisningskraven i förfrågningsunderlaget, inkluderat prisbilagan, inte behandlar alla leverantörer lika. Kraven riskerar i stället att missgynna leverantör vars bruttoprislista anger priser exklusive frakt och installation. Förvaltningsrätten finner därför att det är visat att förfrågningsunderlaget i denna del är behäftat med sådana brister att det strider mot de grundläggande EU-rättsliga principerna eller annan bestämmelse i LOU.

Modell för rabattsättning

Enligt principen om transparens ska den upphandlande myndigheten bl.a. lämna så utförlig information om hur kvalificeringen av anbud ska ske att leverantören efter förmåga kan utforma ett konkurrensmässigt anbud. Den information som ges i en upphandling måste vara av sådan omfattning och kvalitet att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt och alla leverantörer måste få samma information vid samma tillfälle. (Jfr EU-domstolens dom i mål C-19/00 SIAC.)

Storköksgruppen har anfört att modellen för rabattsättning i förfrågningsunderlaget strider mot transparens och likabehandlingsprincipen. När SKI med anledning av ansökan om överprövning återigen granskade de inlämnade anbuderna framkom att sammanlagt fem av åtta anbudsgivare har angett olika rabattsatser inom något anbudsområde. SKI har därför medgett

bifall på den grunden att det finns anledning att befara att förfrågningsunderlaget inte har varit tillräckligt tydligt med avseende på kravet hur rabattsatser skulle anges i anbudet.

Om motparten anser att en ansökan om överprövning enligt 16 kap. LOU ska bifallas, bör rätten i princip kunna utgå från att den ska bifalla ansökan och besluta om lämplig åtgärd (Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1693-12).

Förvaltningsrätten konstaterar att både Storköksgruppen och SKI anser att förfrågningsunderlaget är otydligt avseende modellen för rabattsättning. Det har i målet inte framkommit någon omständighet som ger anledning att avvika från utgångspunkten att parternas gemensamma uppfattning ska gälla. Förvaltningsrätten finner därför att upphandlingen strider mot de EU-rättsliga principerna eller annan bestämmelse i LOU också i denna del.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att principerna om likabehandling och transparens har trätts för när. Storköksgruppen kan till följd av detta ha lidit eller komma att lida skada. Det finns därför skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Då de angivna bristerna är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om för samtliga fem produktområden i de geografiska anbudsområdena Stockholm, Uppsala, Södermanland, Östergötland, Kalmar, Örebro, Västmanland, Dalarna och Gävleborgs län.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (3109/1A LOU).

Magnus Åhammar

Rådman

Handläggare har varit föredraganden Helena Lindh.



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. 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 3109/1A LOU