



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 2  
Ulf Nordberg

**DOM**  
2013-03-06  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
6245--6249-12  
Enhetschef 2

**SÖKANDE**

Midroc Electro AB, 556436-3595  
Österängsvägen 2A  
554 63 Jönköping

**MOTPARTER**

1. Jönköpings kommun, Upphandlingsenheten  
551 89 Jönköping

2. Habo kommun  
Box 212  
566 24 Habo

3. Rosenlunds Fastighets AB, 556062-9205  
Box 6077  
550 06 Jönköping

4. Jönköping Airport Fastighets AB, 556790-5541  
Flygplatsvägen  
555 93 Jönköping

5. Högskolefastigheter i Jönköping AB, 556284-1089  
Gjuterigatan 3 B  
553 18 Jönköping

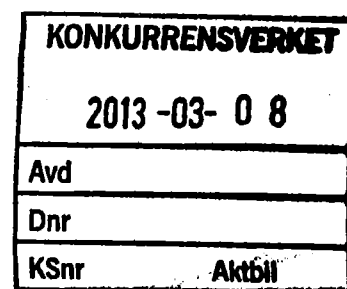
Ombud för 1-5: Stadsjuristen Thomas Nordqvist  
Stadskontoret  
Jönköpings kommun  
551 89 Jönköping

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om såvitt avser i målet aktuella avtalsområden.



Dok.Id 92533

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## BAKGRUND

Jönköpings kommun genomför för de som motparter betecknade upphandlande myndigheternas räkning en upphandling, öppet förfarande avseende elinstallationstjänster och olika slags artiklar. Upphandlingen omfattar

flera avtalsområden. Förevarande upphandling avser avtalsområdena säkerhetsanläggningar, tele och larm (dnr 12/76) samt el och data (dnr 12/73). Inom ramen för respektive avtalsområde har de upphandlande myndigheterna för avsikt att ingå avtal med tre leverantörer för varje i bilaga närmare definierade geografiska områden. Vid anbudsutvärderingen prövas vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt enligt huvudkriterierna pris (80 procent), kvalitet (2 procent), miljö (3 procent) och kompetens (15 procent). Huvudkriteriet pris innehåller bl.a. följande delkriterier:

- Materiel som finns upptaget i Elektroskandias grundnettoprislista debiteras med följande rabattavdrag (olika rabattsatser medges och fylls i per olika huvudområden, men genomsnittet anges här). Undantaget från listan är vissa huvudgrupper som framgår av Jönköpings kommuns förteckning "Grupper GNP-lista". Delvikten för kriteriet är 35 procent av helheten.
- Materiel som inte finns upptaget i Jönköpings Kommuns förteckning "Grupper GNP-lista", samt inte finns med i Elektroskandias grundnettoprislista debiteras mot verifierad självkostnad inkl. framförhandlade rabatter med följande påslag. Delvikten för kriteriet är 35 procent av helheten.

De upphandlande myndigheterna har antagit andra leverantörer än Midroc Electro AB för nu aktuella avtalsområden. Sedan tilldelningsbeslut fattats har Midroc Electro AB ansökt om överprövning.

### **YRKANDEN**

**Midroc Electro AB (bolaget)** yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om avseende avtalsområdena säkerhetsanläggningar, tele och larm (dnr 12/76) samt el och data (dnr 12/73).

**De upphandlande myndigheterna** anser att ansökan ska avslås.

### **VAD PARTERNA ANFÖR**

Bolaget: I förfrågningsunderlaget hänvisas till en viss prislista (grundnettoprislista) från en namngiven grossist (Elektroskandia). Detta gynnar leverantörer som har avtal med denna grossist, medan leverantörer som har avtal med annan grossist missgynnas. Prislistan omfattar nästan hundra huvudgrupper. För varje huvudgrupp finns ett antal undergrupper. I varje undergrupp finns en mängd artiklar upptagna. Totalt innehåller prislistan ca 150 000 artiklar. Som de upphandlande myndigheterna har anfört så har bolaget ett rikstäckande avtal med Elektroskandia. Midroc Jönköping använder dock en annan grossist som huvudsaklig leverantör, varför Midroc ändå kan komma att lida skada p.g.a. bristerna i upphandlingen. Även om flera grossister har ett liknande sortiment av varor, både till omfattning och urval, är det inte frågan om identiska varor med samma artikelnummer (E-nummer). Dessa artikelnummer är unika för en viss vara från en viss tillverkare. Alla tillverkare levererar inte till alla grossister. Därför skiljer sig de olika grossisternas sortiment åt, särskilt på nivån artikel/artikelnummer. En anbudsgivare som har avtal med Elektroskandia och som har för avsikt att använda Elektroskandia som leverantör under avtalstiden, har avsevärt lättare att beräkna de rabatter på huvudgrupperna i Elektroskandias prislista som skulle anges i anbudet jämfört med en anbudsgivare som avser att använda annan leverantör. Vidare gynnas sådan anbudsgivare av priskrite-

riet inköp av materiel som inte anges i Elektroskandias prislista. Det beaktas då inte att anbudsgivare som gör större inköp av artiklar som inte anges i Elektroskandias prislista även kommer att göra mindre inköp av artiklar som anges i prislistan. Fakturering är ett annat område där leverantör som har annan grossist än Elektroskandia missgynnas. Även om de olika grossisternas prislistor finns tillgängliga i elektronisk form är det inte, som de upphandlande myndigheterna tycks tro, möjligt för en anbudsgivare att på något sätt samköra de olika grossisterna för att på detta sätt översätta Elektroskandias prislista till den egna grossistens prislista.

De upphandlande myndigheterna: De upphandlande myndigheterna är intresserade av att köpa varor och tjänster så billigt som möjligt. Därvid är det inte intressant från vilken grossist eller tillverkare en viss vara kommer. Elektroskandia är marknadsledande i grossistledet och det är därför fullt normalt och rimligt att man utgår från marknadsledande grossists prislista. Elektroskandias prislista används dessutom endast vid framtagande av anbud (beräkning av offererade rabatter) och fakturering. Vinnande anbudsgivare kan ändå välja fritt vilken grossist som materiel ska köpas från. Användningen av Elektroskandias prislista innebär därför inte ett otillbörligt gynnande av de leverantörer som har Elektroskandia som grossist. Anbudsgivarna har ändå fritt kunnat välja grossist. Bolaget har vidgått att det har ett rikstäckande avtal med Elektroskandia. Att Midroc lokalt har en annan grossist saknar betydelse i sammanhanget. De svårigheter som påstås föreligga saknar relevans eftersom Elektroskandias prislista finns att tillgå på internet, varför det kan förutsättas att Midroc både har tillgång till och kan använda sig av Elektroskandias prislista. En grossist borde vidare kunna tillhandahålla en förteckning som gör det möjligt att översätta sin prislista till Elektroskandias prislista. Vidare är det nödvändigt att ställa krav på priset på de produkter som ska levereras i samband med utförandet av tjänsterna. Annars kan en leverantör vinna upphandlingen genom att offerera ett extremt lågt pris för utförande av tjänsten för att sedan kom-

pensera sig genom att debitera höga priser för produkterna som används vid utförandet av tjänsterna.

### **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### *Gällande regler*

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

I Högsta förvaltningsdomstolens dom den 15 februari 2013 i mål nr 351-12 anges bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att leverantören kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndighet-

en ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval"). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräknning av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana upp-

gifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det inte annars är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

I förevarande upphandling har de upphandlande myndigheterna gjort en hänvisning till varumärke genom att föreskriva prisredovisning enligt de i målet aktuella kriterierna:

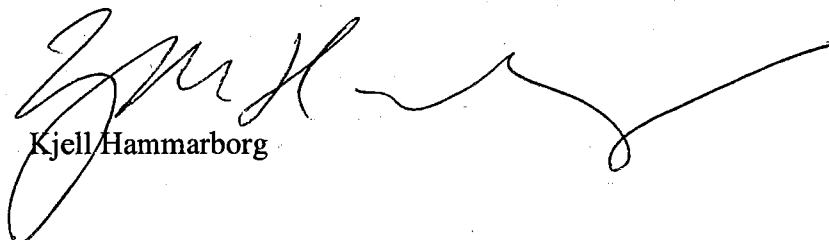
- Materiel som finns upptaget i Elektroskandias grundnettoprislista debiteras med följande rabattavdrag (olika rabattsatser medges och fylls i per olika huvudområden, men genomsnittet anges här). Undantaget från listan är vissa huvudgrupper som framgår av Jönköpings kommuns förteckning "Grupper GNP-lista". Delvikten för kriteriet är 35 procent av helheten.
- Materiel som inte finns upptaget i Jönköpings Kommuns förteckning "Grupper GNP-lista", samt inte finns med i Elektroskandias grundnettoprislista debiteras mot verifierad självkostnad inkl. framförhandlade rabatter med följande påslag. Delvikten för kriteriet är 35 procent av helheten.

Någon möjlighet att vid prissättning enligt Elektroskandias grundnettoprislista byta ut en eller flera artiklar mot likvärdiga artiklar från annan grossist kan inte utläsas ur förfrågningsunderlaget även om upphandlande myndigheter hävdar att så är fallet. För likvärdiga artiklar framstår istället den andra punkten som tillämplig. Enligt förvaltningsrättens mening är förfarandet att jämställa med hänvisning till varumärke, typ m.m. som regleras i 6 kap. 4 § LOU. En sådan hänvisning är endast tillåten i undantagssituationer. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt, för att en hänvisning till viss typ m.m. ska vara tillåten (jfr Falk, Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, andra upplagan, s. 246). Förvaltningsrätten anser att vad de upphandlande myndigheterna anfört inte visar att det här är fråga om en sådan undantagssituation. Hänvisningen till Elektroskandias grundnettoprislista har vidare inte följts av orden "eller likvärdigt", vilket är ett

krav enligt 6 kap. 4 § LOU. Upphandlande myndigheter har därför brutit mot LOU genom att ställa upp kriterierna.

Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget förmått göra sannolikt att dess möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen kan ha påverkats negativt. Bolaget har därför lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Då felet i upphandlingen är hänförligt till den konkurrensuppsökande fasen kan en mindre ingripande åtgärd än beslut om att upphandlingen ska göras om såvitt avser i målet aktuella avtalsområden inte väljas.

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



Kjell Hammarborg