



SÖKANDE

Cramo AB, 556104-3539
Box 4027
169 04 Solna

Ombud: Advokaten Christoffer Stavenow och biträdande juristen Max
Thimmig
Stavenow & Partners Advokatbyrå AB
Skeppsbron 40
111 30 Stockholm

MOTPART

Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2019-05-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Örnsköldsviks kommun genomför en upphandling avseende hyra av maskiner och verktyg (A18-083 F) genom ett öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut som meddelades den 16 november 2018 har annan anbudsgivare än Cramo AB antagits.

Cramo AB (Cramo) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse gjorts på så sätt att anbudsutvärderingen görs om varvid Cramos anbud tas med i den slutliga utvärderingen. I andra hand yrkar Cramo att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Cramo bl.a. följande. I upphandlingen ställdes ett obligatoriskt krav på att anbudsgivare skulle bifoga en bruttoprislista till sitt anbud. Bruttopriserna skulle vara samma i både prisbilagan och svarsbilagan. När Cramo av misstag skickade in sin bruttoprislista som uppgav andra uppgifter än de som framgick av svarsbilagan ställde kommunen felaktigt frågan om vilka uppgifter som skulle ges företräde eftersom det av upphandlingsdokument framgår att om priser i olika handlingar inte stämmer överens med varandra så ska priset i den s.k. svarsbilagan ges tolkningsföreträde och att det är den som ska gälla. Kommunen har på eget initiativ hämtat in förtydliganden och kompletteringar och bortsett från de uppgifter den fått av Cramo. De restriktivetsregler som gäller när en leverantör vill att något ska kompletteras gäller inte i ett sådant fall. Om det skulle vara tillåtet att enligt fritt skön beakta eller bortse från kompletterande uppgifter skulle detta öppna för fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Principen om affärsmässighet bör vara vägledande för om beslut om att tillåta rättelse eller inte ska ske.

Genom att kommunen valt att förkasta Cramos anbud av formaliaskäl i stället för att anta Cramos anbud som varit mest ekonomiskt fördelaktigt har kommunen brutit mot principen om affärsmässighet.

Kommunens begäran om förtydligande och komplettering torde leda till en skyldighet och plikt att förhålla sig till de förtydliganden och kompletteringar som inkommer. Efter att kompletteringarna och förtydliganden inkom så bestämde kommunen att förkasta Cramos anbud med motiveringen att kommunen inte godtog rättelsen. Kommunen borde i enlighet med egna föreskrifter i upphandlingsdokument enbart tagit priset i svarsbilagan i beaktande. Genom att förkasta Cramos anbud har Cramo lidit skada eftersom om kompletteringarna hade beaktats hade Cramo tilldelats kontraktet.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och yrkar att avtalsspärren ska upphävas samt anför följande. Cramos anbud har förkastats då det inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav. I de administrativa föreskrifterna anges att om den webbaserade webbsidan alternativt katalogen inte innehåller priser ska en separat prislista medsändas anbudet (priserna ska stämma överens med de offererade priserna och vara de priser som offereras till de kunder som inte har avtal med leverantören). I den av Cramo ingivna svarsbilagan var det flera positioner där det offererade priset inte stämde överens med det pris som stod i den bifogade prislistan. Kommunen gav Cramo möjlighet inkomma med information om vart i det inlämnade anbudet som dessa priser kunde hittas eller ses. Kommunen bad inte Cramo att komma in med nya uppgifter eller komplettering till anbudet.

På positionerna 19-24, 25-30 och 67-72 stämde inte någon av de offererade priserna med angivna priser i prislistan. Utifrån att Cramo svarade att den prislista som bifogats anbudet varit felaktig och att Cramo även accepterade att den bifogade prislistan kunde anses vara rätt uppfattade kommunen det

som ett alternativt anbud, vilket inte accepteras enligt de administrativa föreskrifterna. Slutsumman i svarsbilagan skulle av anbudsgivare överföras till det webbaserade formuläret Utvärdering för att anbuden skulle kunna utvärderas i upphandlingssystemet e -Avrop. I det fall utvärderingssumman som överförts till webbformuläret inte stämde överens med utvärderingssumman i svarsbilagan skulle utvärderingssumman i svarsbilagan anses vara den korrekta. I detta fall stämde utvärderingssummorna i dessa två dokument överens med varandra.

Cramo gemälar följande. Kommunen har hänvisat till punkten 5.1 i de administrativa föreskrifterna. Detta krav är mycket svårtolkat varför det strider mot transparensprincipen. Det som dock torde kunna tolkas är att till anbudet ska uppgifter om leverantörens övriga sortiment bifogas och priserna som offereras i anbudet ska vara detsamma som de priser som offereras övriga kunder. Om kravet ska läsas på det sättet så innebär detta en kraftig inskränkning på konkurrensen då det helt tar bort möjligheten att anpassa priset till kommunen. Det innebär även, i och med att alla leverantörer får olika fasta priser, att leverantörerna behandlas olika, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Det skulle dock kunna motiveras med att det är en proportionerlig inskränkning i och med att det leder till en bra affär. I detta fall är det dock motsatsen som skett i och med att resultatet de facto lett till att priset blivit högre. Kravet är därför inte proportionerligt och strider mot proportionalitetsprincipen. Genom att underkänna Cramos anbud med hänvisning till ett otillåtet krav ligger skadan i att Cramo riskerar att gå miste om upphandlingskontrakt.

Kommunen anför därefter följande. Det är inte ovanligt att kommunen ställer aktuella krav på separat prislista på det sätt som gjorts. Kravet har inte föranlett någon fråga under anbudstiden. Har anbudsgivarna ansett att kravet varit svårtolkat borde de rimligen ha ställt en fråga om det. Kommunen har efterfrågat en prislista med samma priser som offereras till kunder utan avtal

för att försöka säkerställa att det inte är en kundanpassad prislista specifikt anpassad till denna upphandling. Kommunen ville försäkra sig om att det är en offentlig prislista som rabatterna räknas mot. Detta måste anses vara ett proportionerligt krav där ett stort sortiment ska utvärderas. Leverantörerna kan anpassa priserna med hjälp av rabattsatserna de lämnar i upphandlingen, vilket gör att alla leverantörer behandlas lika. Upphandlingens syfte är att avtalet ska användas som ett komplement till kommunens egen maskinutrustning och då har kommunen många verksamheter och behoven ser olika ut under året samt från år till år är detta ett fungerande sätt att utvärdera ett brett sortiment. Om kommunen hade låtit Cramo att komma in med en ny prislista alternativt accepterat den prislista som Cramo bifogat anbudet men som de i förtydligandet påpekade var felaktig skulle kommunen därigenom ha brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens.

Cramo gemälar därefter följande. Det har funnits tre felskrivningar i den bifogade prislistan som en upphandlande myndighet får tillåta att anbudsgivare rättar. Det har inte varit fråga om nya sakuppgifter. I själva verket har någon rättelse inte varit nödvändigt eftersom kravet på prislistan är otillåtet att ställa. Det är inte tillåtet att tvinga en leverantör att lämna högre priser än man själv vill i en upphandling. Det är inte tillåtet att som obligatoriskt krav ange att anbud under en viss nivå (s.k. golvpris) inte kommer att antas. På grund av det anförda ska upphandlingen för det fall att kommunens tolkning visar sig ha företräde göras om. Alternativt ska kravet på prislistan tolkas i ljuset av det som Cramo anger mot uppgiften i punkt 5.3 vars formulering ger företräde till svarsbilagan om differens föreligger.

Kommunen anför slutligen följande. I denna upphandling ska sortiment utvärderas enligt offererade rabattsatser mot ett bruttopris. Kommunen har varken satt något golvpris eller takpris på det anbudsgivaren får offerera.

Cramo gemäler slutligen följande. Kommunen har påstått att ett flertal positioner inte stämde överens med bifogad lista. Detta är felaktigt. Det som är korrekt är att tre bruttopriser i prislistan var felaktiga. Däremot innehöll den bilaga som är benämnd svarsbilaga inga fel och det är den som skulle utvärderas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU får rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kunnat komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 4 kap. 1 § 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.

Av 4 kap. 9 § LOU följer att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Åtgärden ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att det inte funnits skäl att besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla (se 20 kap. 8 § LOU). Eftersom förvaltningsrätten nu avgör målet slutligt föranleder kommunens yrkande i denna del inte någon åtgärd från förvaltningsrätten.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. Ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav ska förkastas (jfr HFD 2016 ref. 37 I och II).

Av punkten 5.1 i de administrativa föreskrifterna framgår bl.a. att anbud ska innehålla en offentlig webbsida med produkter alternativt en produktkatalog som visar bredden av sortimentet. Om den webbaserade webbsidan alternativt katalogen inte innehåller priser ska en separat prislista medsändas anbudet (priserna i prislistan ska stämma överens med de offererade priserna och vara de priser som offereras till de kunder som inte har avtal med leverantören).

Av punkten 5.3 i de administrativa föreskrifterna framgår att priser och rabatter anges i den bifogade bilagan Svarsbilaga pris. Anbudsgivaren ska överföra utvärderingssumman till det webbaserade formuläret utvärdering och om summorna inte stämmer är överens så är det slutsumman som Svarsbilaga pris som ska anses vara rätt.

Det framgår att Cramos anbud innehöll en sådan prislista som avses i punkten 5.1 men att priserna avseende ett antal positioner inte stämde överens med de offererade priserna. Kommunen har därför efter att Cramo besvarat kommunens begäran om förtydligande förkastat Cramos anbud då kommunen inte ansett att Cramo uppfyllt det obligatoriska kravet på att lämna överensstämmande prisuppgifter.

Cramo har bl.a. anfört att kommunen brutit mot principen om affärsmässighet genom att kommunen inte beaktat de uppgifter som Cramo lämnat i sitt svar på kommunens begäran om förtydligande.

Förvaltningsrätten konstaterar att principen om affärsmässighet har utmönstrats ur LOU och att principen i stället har ansetts komma till uttryck genom de grundläggande principerna som numera framgår av 4 kap. 1 § LOU (prop. 2006/07:128 sid. 156-157).

Förvaltningsrätten anser inte att kommunen haft en skyldighet att beakta berörda uppgifter som Cramo lämnat i sitt svar på kommunens begäran om förtydligande. Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen endast frågat var i Cramos anbud aktuella priser återfinns eftersom prisuppgifterna i prisbilagan och i offererade priser i svarsbilagan inte stämde överens med varandra. Cramo inkom dock med ett utförligt svar på varför vissa priser i prisbilagan inte stämde överens med offererade priser i svarsbilagan. Även om det är kommunen som tagit initiativ till ett förtydligande, såsom Cramo har anfört, så har Cramo självmant lämnat kompletterande uppgifter som gått utöver vad som begärts in. Bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU ställer inte något krav på en upphandlande myndighet att godta/acceptera en rättelse, ett förtydligande eller en komplettering. Kompletteringar som accepterats och som inneburit att ett obligatoriskt krav genom kompletteringen uppfyllts har i ett flertal kammarrättsavgöranden inte ansetts vara tillåtna då ett sådant agerande bedömts strida mot likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 december 2011 i mål nr 2147-11 och Kammarrätten i Stockholms dom den 6 februari 2013 i mål nr 6530-12). Förvaltningsrätten bedömer därför inte att kommunen förfarit felaktigt när kommunen valt att inte beakta de nu aktuella uppgifter som Cramo inkom med efter anbudstidens utgång. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att Cramo inte visat att kommunen genom sitt agerande har brutit mot de grundläggande principerna och därmed förfarit på ett sätt som inte varit affärsmässigt. Kommunen kan inte heller anses ha haft fri prövningsrätt på sådant sätt att ett ingripande enligt LOU är motiverat.

Med hänvisning till punkten 5.3 i de administrativa föreskrifterna har Cramo anfört att kommunen felaktigt frågat Cramo om vilka uppgifter som skulle ges företräde och att kommunen borde ha utvärderat Cramos anbud i enlighet angivna priser i svarsbilagan i stället för att förkasta Cramos anbud. Kommunen har i denna del anfört att den utvärderingssumma som förts över till webbformuläret stämt överens med utvärderingssumman i Cramos svarsbilaga men att det är vissa priser i den bifogade prislistan som inte stämt överens med angivna priser i svarsbilagan varför nu aktuellt obligatoriskt krav i 5.1 inte varit uppfyllt. Förvaltningsrätten finner i likhet med kommunen och med beaktande av vad Cramo anfört i målet att det inte är visat annat än att Cramo inte uppfyllt det aktuella obligatoriska kravet i punkten 5.1 i de administrativa föreskrifterna då Cramo lämnat olika prisuppgifter i den medsända prislistan och i svarsbilagan. Förvaltningsrätten finner således inte att det är visat att kommunen, genom att förkasta Cramos anbud p.g.a. bristande kravuppfyllelse, skulle ha agerat i strid med LOU eller i strid med de administrativa föreskrifterna.

Cramo har anfört att kravet i punkten 5.1 i nu berörd del strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen varför kravet är otillåtet.

Kommunen har anfört att kravet innebär att anbudsgivare skulle bifoga en prislista med samma priser som offereras till kunder utan avtal och att dessa priser skulle stämma överens med de offererade priserna i nu aktuell upphandling. Förvaltningsrätten anser att kravet är tillräckligt tydligt för att tolkas på detta sätt och att kravet inte brister i transparens på så sätt att ett ingripande upphandlingen på denna grund föreligger. Förvaltningsrätten beaktar härvid att Cramo, såvitt framkommit, skickat in den efterfrågade prislistan, vilket tyder på att även Cramo förstått innebörden av kravet. Det är därmed inte heller visat på vilket sätt Cramo skulle ha lidit skada i denna del.

Cramo har anfört att kravet innebär att en fast prissättning tillämpats, men där den fasta prissättningen är olika från leverantör till leverantör, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Cramo hänvisar till HFD 2018 ref. 50 och anför att

man inte kan tvinga en leverantör att lämna högre priser än man själv vill i en upphandling. Kommunen anser å sin sida inte att likabehandlingsprincipen åsidosatts genom att begära att anbudsgivare bifogar en s.k. bruttoprislista mot vilken de av anbudsgivarna olika offererade rabattsatserna räknats mot samt att HFD 2018 ref. 50 inte har någon koppling till nu aktuell upphandling då kommunen varken satt något golvpris eller takpris.

Förvaltningsrätten anser inte att förhållandena i nu aktuellt mål kan likställas med förhållandena i HFD 2018 ref. 50. I nu aktuellt mål är det inte fråga om golvpris såsom var fallet i HFD 2018 ref. 50. Mot bakgrund av vad kommunen har anfört i målet anser förvaltningsrätten inte att Cramo visat att bolaget "tvingats" att lämna högre priser än vad Cramo velat. Enligt förvaltningsrättens mening är det inte heller visat att någon fast prissättning tillämpats på ett sådant sätt att Cramo skulle ha lidit skada p.g.a. brott mot likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten beaktar härvid att Cramo haft en lägre utvärderingssumma i jämförelse med den vinnande anbudsgivaren.

Cramo har vidare anfört att nu aktuellt krav på bruttoprislista inte är proportionerligt i och med att resultatet i nu aktuell upphandling lett till att priset blivit högre. Förvaltningsrätten har konstaterat ovan att kommunen haft rätt att förkasta Cramos anbud som i för sig hade ett lägre pris i jämförelse med vinnande anbudsgivarens anbud. Vad Cramo har anfört om att priset de facto blivit högre visar inte att kravet varit oproportionerligt. Det är i övrigt inte visat att kravet skulle vara oproportionerligt.

Cramo har även anfört att det aktuella kravet på bruttoprislista är konkurrensbegränsande på så viss att det hindrar anbudsgivare att konkurrera med sina skräddarsydda priser och att anbudsgivare inte kan dra nytta av sina eventuella stor-driftsfördelar. I denna del konstaterar förvaltningsrätten att det inte är visat att Cramo varit förhindrad att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Anbudsgivarna har såvitt framkommit kunnat konkurrera med lägre priser. Förvaltningsrätten

konstaterar härvid att Cramo även haft den lägsta utvärderingssumman. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund inte att det p.g.a. inskränkning på konkurrens finns skäl att ingripa mot upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis, med beaktande av vad Cramo anfört i målet, att det inte framkommit skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Yohann Gilbert
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

