



**SÖKANDE**

Olsonic AB, 556180-0771  
Datavägen 24 2tr  
436 32 Askim

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult  
Box 5625  
114 86 Stockholm

**MOTPART**

1. Solatum Hus&Hem AB, 556194-2177  
Box 43  
881 21 Sollefteå

2. Sollefteå kommun  
881 80 Sollefteå

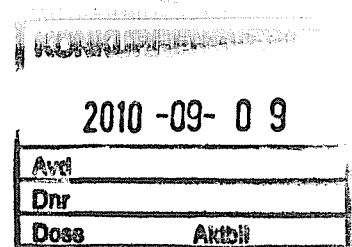
**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning på så sätt att Sollefteå kommun och Solatum Hus & Hems upphandling av toners och datatillbehör, dnr KS/138/2010, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 4 augusti 2010 ska gälla intill denna dom vunnit laga kraft.



## BAKGRUND

**Sollefteå kommun och Solatum Hus&Hem AB** (kommunen) genomför upphandling av toners och datatillbehör, dnr KS/138/2010. Anbudstiden löper ut den 30 augusti 2010 och således har beslut om tilldelning ännu inte meddelats.

## YRKANDE M.M.

**Olsonic AB** (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar upphandlingen ska göras om. Till stöd för bolagets talan anføres i huvudsak följande. Av anbudsförutsättningarna framgår att beställningar som läggs senast klockan 12 ska levereras påföljande dag. Detta innebär att företag i södra Sverige eller i andra stater inom Europeiska unionen i praktiken uteslås från möjlighet att delta i upphandlingen. Ordinarie leverans av företagspaket, från avsändare i södra Sverige, med Posten AB eller motsvarande tjänster från andra distributionsföretag såsom Schenker, UPS etc. förutsätter i fråga om adresser norr om Sundsvall en garanterad leveranstid på minst två arbetsdagar. Alternativa lösningar, innebärande olika sorters direktleverans, är oproportionerligt kostsamma och medför därmed en betydande konkurrensnackdel för leverantörer i södra Sverige. Den aktuella föreskriften är heller inte sakligt motiverad. Det måste rimligen kunna krävas att den upphandlande enheten ska ha en större framförhållning för sina beställningar än ett dygn. Föreskriften innebär att konkurrensen inte utnyttjas på bästa sätt. Förfarandet strider därmed mot EU-fördragets bestämmelser om fri rörlighet av varor och tjänster samt mot de grundläggande principerna om likabehandling (ickediskriminering) och proportionalitet.

Vidare uppställs krav i anbudsförutsättningarna på att anbudsgivarna istället för färdiga anbudspriser ska redovisa sina inköspriser i tidigare led samt sina aktuella påslag. Detta innefattar krav på otillbörlig insyn i anbudsgivarnas företagshemligheter vilket strider mot de grundläggande principerna om likabehandling (ickediskriminering) och proportionalitet

samt mot svensk rättspraxis, se RÅ 1997 ref. 40. Offererade anbudspriser är för anbudsgivarna civilrättsligt bindande under den avtalade kontraktstiden. Varje anbudsgivare ansvarar således för sina respektive försäljningspriser, oberoende av hur dessa har framräknats. Inom det aktuella produkt-sortimentet kan anbudsgivarnas marginaler vidare komma att vara olika för varje individuell produkt. Kraven på redovisning av inköspriser samt fasta marginaler är därmed inte affärsmässigt motiverat. Om aktuella slutpriser ska kunna ändras under avtalad löpande kontraktstid, beroende på variationer i inköspriser, förändringar i valutakurser etc. riskerar detta att på sikt medföra sådana konsekvenser att det inte går att fastställa vad som utgör lägsta bud. Enbart vid fasta bud eller indexuppräknade priser är det möjligt att fastställa lägsta pris.

**Kommunen** motsätter bifall till yrkandet och anför i huvudsak följande. I rubricerad upphandling har kommunen valt att utvärdera anbuden enligt principen "lägsta pris". Som utgångspunkt för utvärderingen ligger anbudsgivarens inköspris och ett procentuellt påslag, som ska täcka kostnader för logistik, lagerhantering, löner, vinst m.m. För att säkerställa likabehandling av samtliga anbud beträffande anbudspris har kommunen i förfrågningsunderlaget specificerat produkterna så att likvärdiga produkter ska kunna offereras utan särbehandling. Denna prismodell ansågs lämplig då den aktuella produktgruppen datatillbehör har en väldigt svängande marknad där produkter blir inaktuella relativt snabbt då utvecklingen går i en snabb takt, som bolaget själv angett på sin hemsida är priserna också beroende av valutakurser som är ständigt rörliga. Denna prismodell gör att varken köpare eller säljare låser fast sig vid några andra priser än marknadspriser och skapar en vinna-vinna situation. Att ett enskilt företag skulle drabbas av valutahöjningar eller prishöjningar av underleverantörer som inte drabbar någon annan aktör på marknaden ser kommunen som osannolikt. Oavsett hur prisuppräknning sker kommer lägsta pris utvärderas vid öppning och utvärderingstillfället och vara lika för samtliga anbuds-

lämnare. De uppgifter som rör anbudslämnarens inköpspriser skulle, enligt kommunens mening, omfattas av sekretess och därmed inte lämnas ut vid en begäran. Det kan således inte vara konkurrenssnedvridande.

Att företag drabbas av olika kostnader i upphandlingssammanhang beroende på geografisk belägenhet är ingen ovanlighet. Det finns logistikmöjligheter till norra Sverige och om bolaget har valt en annan logistiklösning innebär det inte att kommunen genom sina behov uteslutit leverantörer från södra Sverige. För att inte behöva bygga lager på flera platser inom kommunen som är stor till ytan är ett av kommunens behov en kort leveranstid. Krav på kort leveranstid är således inte kopplat till kommunens framförhållning.

Förvaltningsrätten har den 4 augusti 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Tillämpliga bestämmelser*

Med hänsyn till att den aktuella upphandlingen påbörjats innan ändringarna i LOU ska bestämmelserna tillämpas i dess lydelse före den 15 juli 2010.

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.

Av 10 kap. 2 § LOU framgår att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,

5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.

Enligt tredje stycket får myndigheten begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 5.

Av 16 kap. 2 § samma lag framgår att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

#### *Utredningen i målet*

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

#### **3.5 Utvärderingskriterier**

##### *Nettopris*

Artikelbilagan innehåller ett antal produkter av olika typer. Varje artikel skall redovisas med företagets inköspriser för de artiklarna och ett procentuellt påslag som skall täcka företagets omkostnader och vinst. Detta ger tillsammans ett kundpris som kommer att utvärderas. För att vara så transparent som möjligt kommer produkterna specificeras noggrant och avvikelser från den specifikationen kommer att medföra att artikeln stryks. Leverantören skall bifoga kopia på fakturor som stödjer sina åberopade inköspriser samt en teknisk beskrivning över den offererade artikeln. Det procentuella påslaget ska sedan gälla för hela produktgruppen in om de efterfrågade artiklarna. Samtliga positioner skall redovisas med pris.

#### **4.6 Leveransvillkor**

Godset **skall** fritt levereras till anvisad plats inom Sollefteå kommun (Incoterms DDP). Order som är lagd innan 12:00 dag 1 skall kunna levereras dag 2 under kontorstid dvs. senast 16:00. Ange om order kan vara inne senare för leverans på utsatt tid.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Fråga i målet är om det skall-krav avseende leverans samt det utvärderingskriterium avseende nettopris som ställts upp av kommunen i förfrågningsunderlaget till aktuell upphandling är förenliga med de grundläggande principerna om upphandling i LOU.

När förfrågningsunderlaget beslutats och skickats ut till leverantörerna har den upphandlande myndigheten satt "ramen" för upphandlingen, d.v.s. de förutsättningar som ska gälla. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag kan strida mot principerna att behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt mot kravet att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt. Leverantörerna bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur utvärderingen kommer att gå till. Det är en förutsättning för att leverantörerna ska förstå konsekvenserna av att välja den ena eller den andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt.

När det gäller frågan huruvida förfrågningsunderlag och tillämpad utvärdering av anbud i visst fall uppfyller de krav på affärsmässighet som uppställs i LOU har Regeringsrätten i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat bland annat följande. LOU som bygger på EG-direktiv ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck ibland annat 1 kap. 4 och 22 §§ LOU (i den äldre lagen om offentlig upphandling). I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en entreprenör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer även av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska

livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Bolaget har anfört att det av kommunens uppställda leveransvillkor strider mot EU-fördragets bestämmelser om fri rörlighet av varor och tjänster samt mot de grundläggande principerna om likabehandling (ickediskriminering) och proportionalitet. Av förfrågningsunderlaget framgår att varor som beställs före klockan 12 ska levereras senast påföljande dag. Kommunen har till förvaltningsrätten anfört att då kommunen till ytan är stor är kort leveranstid viktig för att inte tvingas bygga lagerplatser. Med hänsyn härtill samt att leveransvillkoret kan uppfyllas genom olika logistiska lösningar oavsett leverantörens geografiska belägenhet finner förvaltningsrätten att kravet i sig inte kan anses strida mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att såsom ett utvärderingskriterium ska nettopris används där anbudslämnaren ombeds ange inköpspris samt procentuellt påslag. När det gäller frågan om vilka uppgifter en upphandlande enhet har rätt att begära in från anbudsgivare finns det, förutom de speciella kraven i 10 kap. 2 § LOU som inte är aktuella i målet, inte några närmare regler i lagen. De uppgifter som kommunen efterfrågat anses normalt vara affärshemligheter och enligt förvaltningsrättens mening är det inte motiverat att kräva att anbudsgivarna ska lämna ut sådana uppgifter (jämför RÅ 1997 ref. 40). Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att utvärderingskriteriet inte är förenligt med LOU:s bestämmelser att upphandling ska ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och att upphandlingen ska genomföras affärsmässigt. Bolaget riskerar under dessa omständigheter att lida skada och förutsättningar för ett ingripande enligt LOU föreligger således. Då den brist som således föreligger härrör från upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan en rättelse

inte anses vara en tillräcklig åtgärd. För att åtgärda bristen i förfrågningsunderlaget är det därför nödvändigt att upphandlingen görs om. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att bolagets ansökan ska bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

---

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1C).

  
Anita Enocksson





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

**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 skrivelserna 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.