



SÖKANDE

Frimeko AB, 556607-0834
Transportvägen 23
302 30 Halmstad

MOTPART

Burlövs kommun
Box 53
232 21 Arlöv

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013 -08- 0 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Burlövs kommuns upphandling av möbler till Östragårds förskola får inte avslutas förrän rättelse vidtagits genom en ny utvärdering varvid de stolar som Frimeko AB offererat avseende positionerna 4-6 ska anses vara likvärdiga med de efterfrågade stolarna i produktspecifikationen.

BAKGRUND

Burlövs kommun genomför en upphandling av möbler till Östragårds förskola i Åkarp. Upphandlingen genomförs som en förnyad konkurrensutställning utifrån ramavtalet Möbler – offentliga miljöer.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Frimeko AB (Frimeko) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, såsom det får förstås, att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen görs om varvid de av Frimeko offererade produkterna ska bedömas som likvärdiga med de i produktspecifikationen begärda produkterna och att någon straffpoäng inte ska tilldelas Frimeko. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Det möblemang som efterfrågas till förskolan anges i produktspecifikationen vilken huvudsakligen innehåller möbler från Lekolar AB (Lekolar) men även likvärdiga produkter accepteras. Om en leverantör inte förmår att presentera likvärdiga produkter kommer denne att "straffas" genom att ett visst katalogpris tillämpas avseende den produkten, med avdrag för en "generell rabattsats". Enligt förfrågan kommer det anbud att antas som har det lägsta priset.

Lekolar har det lägsta utvärderingspriset, 367 540 kr. Frimeko har offererat priset 347 290 kr men har utvärderingspriset 384 584 kr eftersom Frimeko belastats med totalt 37 294 kr i "straff" för att Frimekos produkter inte anses vara likvärdiga med de efterfrågade produkterna i produktspecifikationen.

Frimekos anbud har blivit felaktigt bedömt. Huvudparten av de "straffpoäng" som Frimeko tilldelats beror på att de barnstolar som offererats i po-

sitionerna 4-6 inte bedömts vara likvärdiga. Handläggaren synes ha gjort följande antaganden om Frimekos offererade stolar vilka har kommunicerats med Frimeko i e-post:

- stolarna skiljer sig i mått från de begärda stolarna från Lekolar,
- stolarna har inte samma färg på sitsen och på benen vilket Lekolars stolar har,
- stolarna har inte ljuddämpande tassor vilket Lekolars stolar har,
- sitsarna är inte gjorda av högtryckslaminat vilket Lekolars stolar är, samt
- ryggarna är tvådelade vilket Lekolars stolar inte är.

Kommunen har gjort felaktiga antaganden avseende Frimekos stolar. Stolarna har samma färg på sitsen som på benen, de har ljuddämpande tassor och sitsarna är gjorda av högtryckslaminat. Beträffande måtten har stolarna samma sittdjup och samma höjd som Lekolars stol men är två cm bredare (36 cm i stället för 34 cm). Det är fråga om en skillnad väsentligt understigande tio procent vilket branschen tillämpar som likvärdigt. Någon praktisk betydelse har inte heller den marginellt ökade bredden eftersom samma antal stolar får plats runt borden oavsett hur möbleringen sker. Skillnaden på 2 cm har inte något utslag vid en möblering av det slag det nu är fråga om.

Med begreppet "likvärdig" förstås att produkten är väl så bra kvalitetsmässigt men den behöver dock inte vara identisk. Kommunen har valt att jämföra Frimekos stolsrygg med Lekolars stolsrygg. Frimekos stol ger inte minskad komfort eller ökar risken för glid. Emellertid är det ointressant eftersom kommunen inte kan jämföra produkten utifrån parametrar som inte efterfrågats. I förfrågningsunderlaget framgår inte att stolsryggen ska utvärderas eller ens att viss stolsrygg efterfrågas. Det är inte förenligt med LOU att ta hänsyn till faktorer som inte angetts i förfrågningsunderlaget.

Det kan inte vara ett krav att Frimekos stolar ska vara identiska med Lekolars stolar. Om så skulle vara fallet skulle kommunen aldrig kunna köpa stolar från någon annan än Lekolar. Om kommunen tolkar kravet på så sätt att det krävs identiska produkter är detta inte i överensstämmelse med LOU. Kommunen har åsidosatt de grundläggande principerna i LOU, särskilt likabehandlingsprincipen, genom att tilldela Frimeko "straffpoäng".

Burlövs kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. I utvärderingen har kommunen bedömt att de av Frimeko offererade stolarna avviker från specifikationen och även i övrigt inte uppfyller kraven att vara godtagbara ur ett kvalitets- och helhetsintryck i förhållande till den miljö de ska placeras. I utvärderingen har därför de av Frimeko offererade stolarna utgått varefter Frimekos anbud nollställts genom att anbudet påförts ett tillägg motsvarande kommunens kostnad för anskaffning av stolar som uppfyller de ställda kraven. Efter denna nollställning har Frimekos anbud inte det lägsta utvärderingspriset.

I avropsförfrågan har följande angetts beträffande utvärderingen av anbudet: *Utvärderingen kommer att ske i två led. I första ledet kommer offererade produkter att bedömas om de kan anses som likvärdiga de specificerade produkterna vad gäller design, kvalitet och funktion och om de kan anses godtagbara ur ett kvalitets- och helhetsintryck i förhållande till den miljö de ska placeras.*

För de nu aktuella produkterna, positionerna 4-6 i produktspecifikationen, har angetts bl.a. att sitsbredden ska vara 34 cm och sittedjupet 31 cm. De av Frimeko offererade stolarna har en sitsbredd på 36 cm och ett sittedjup på 33 cm dvs. 2 cm större i både sitsbredd och sittedjup. Sittytan blir därigenom 13 procent större än vad som angetts i specifikationen vilket är en betydande skillnad i sittytan. Det är främst sitsbredden som har betydelse för stolens funktion. En mindre stol ger mer flexibilitet då man behöver

sätta fler stolar runt borden. Frimekos stol bedöms därför inte som likvärdig i detta avseende.

Frimekos stolar skiljer sig även i andra avseenden från produktspecifikationen även om detta inte framgår som exakta krav i underlaget. Frimekos stol har delad rygg vilket medför klämrisk samt försvårar vid rengöring. Det finns även en skillnad när det gäller sitsens utformning och struktur som ger minskad komfort och risk att glida. Frimekos stolar är även i dessa avseenden inte likvärdiga specifikationen.

På den aktuella förskolan finns redan i dag viss utrustning som flyttas från tillfälliga lokaler. Befintliga stolar överensstämmer med produktspecifikationen. Frimekos stolar avviker till utseende och storlek från dessa vilket skulle ge ett försämrat helhetsintryck. Kommunen har tydligt angett att möblernas design och helhetsintryck har betydelse för bedömningen om produkterna kan anses likvärdiga. Frimekos stolar är inte likvärdiga de stolar som anges i produktspecifikationen. Enligt utvärderingsprincipen har kommunen då nollställt Frimekos anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan 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 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I den i målet aktuella avropsförfrågan anges i punkt 2 att anbud ska lämnas på de produkter som anges i specifikationen Bilaga 1, eller, med hänsyn till design, kvalitet och funktion, likvärdiga produkter.

I punkt 3 anges att anbud som uppfyller ovan angivna krav utvärderas enligt följande: Utvärderingen kommer att ske i två led. I första ledet kommer offererade produkter att bedömas om de kan anses som likvärdiga de specificerade produkterna vad gäller design, kvalitet och funktion och om de kan anses godtagbara ur ett kvalitets- och helhetsintryck i förhållande till den miljö de ska placeras. Av de anbud som uppfyller kraven kommer där efter anbudet med lägsta pris att väljas. För att ge möjlighet att anta anbud där enstaka produkter saknas eller bedöms inte uppfylla kvalitetskraven enligt ovan förbehåller sig kommunen rätten att anta anbud endast till viss del, dock minst 80 procent av anbudssumman, eller anbud som inte är helt kompletta. De produkter som då utgår eller saknas kommer i prisjämförelsen att kostnadsberäknas utifrån ordinarie prislister inkl. generella rabatter enligt ramavtalen (katalogpris ./ generell rabatt). I den mån produkter saknas eller utgår från anbuderna kommer dessa således att nollställas på detta sätt.

I produktspecifikationen anges i position 4 följande: Sits och rygg i färgat högtryckslaminat. Stativet lackerat i samma färg som laminatet. Sitthöjd 35 cm. Sitsbredd 34 cm. Sittdjup 31 cm. Vikt 3,7 kg.

I position 5 anges följande: Sits och rygg i björkfanér med ytskikt i högtryckslaminat. Stativ lackerat i silver RAL 9006. Sitthöjd 35 cm. Sitsbredd 34 cm. Sittdjup 31 cm. Vikt 3,7 kg.

I position 6 anges följande: Sits och rygg i färgat högtryckslaminat. Stativet lackerat i samma färg som laminatet. Sitthöjd 35 cm. Sitsbredd 34 cm. Sittdjup 31 cm. Vikt 3,7 kg.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om de av Frimeko offererade stolarna avseende positionerna 4-6 är likvärdiga med de stolar som efterfrågas i produktspecifikationen dvs. Lekolars stolar.

Det står en upphandlande myndighet fritt att bestämma vad som ska upphandlas så länge de grundläggande principerna inte åsidosätts. Av praxis följer att förfrågningsunderlaget/avropsförfrågan ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

I produktspecifikationen för de aktuella positionerna anges att sitthöjden ska vara 35 cm, sitsbredden 34 cm och sittdjupet 31 cm. Kommunen har i förvaltningsrätten anfört att de av Frimeko offererade stolarna har en sitsbredd på 36 cm och ett sittdjup på 33 cm. Frimeko gör gällande att stolen har samma sittdjup och sitthöjd som Lekolars stol men att den är 2 cm bredare. I utvärderingsprotokollet framkommer inte annat än att kommunen endast har bedömt att stolarna avviker i sittbredd.

I förvaltningsrätten har kommunen även anfört att stolarna skiljer sig åt i andra avseenden från produktspecifikationen även om det inte framgår som exakta krav i underlaget. Enligt kommunen har Frimekos stol delad rygg

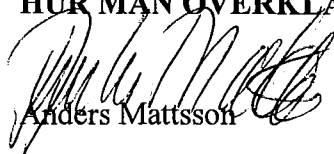
vilket medför en klämrisk och försvårar vid rengöring samt att sitsens utformning och struktur ger minskad komfort och risk att glida. Enligt förvaltningsrätten framgår det över huvud taget inte i avropsförfrågan att kommunen efterfrågar angivna egenskaper på stolarna. Eftersom dessa egenskaper inte utgör krav i upphandlingen kan det som kommunen anfört om att Frimekos stolar även skiljer sig åt i andra avseenden än vad som anges i produktspecifikationen därmed inte beaktas vid bedömningen av huruvida Frimekos stolar är likvärdiga med de efterfrågade stolarna.

Den av Frimeko offererade stolen har en sitsbredd på 36 cm medan sitsbredden enligt avropsförfrågan ska vara 34 cm. Avvikelsen i detta hänseende utgör således endast ca sex procent.

Mot bakgrund av det anförda och med hänsyn till vilken slags möblering det är frågan om i förevarande fall, anser förvaltningsrätten att de av Frimeko offererade stolarna inte avviker i alltför stor utsträckning från de uppställda kraven och att stolarna därmed är att betrakta som likvärdiga med de efterfrågade stolarna. Att kommunen i avropsförfrågan angett att design, kvalitet och funktion har betydelse vid bedömningen om produkterna kan anses likvärdiga och om produkterna kan anses godtagbara ur ett kvalitets- och helhetsintryck i förhållande till den miljö de ska placeras i, kan inte kompensera det faktum att kommunen i avropsförfrågan inte uppställt uttryckliga krav avseende de egenskaper som uppenbarligen tillmätts betydelse i upphandlingen.

Sammantaget anser förvaltningsrätten därför att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om varvid de av Frimeko offererade stolarna i positionerna 4-6 ska anses vara likvärdiga de efterfrågade stolarna i produktspecifikationen.

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


Anders Mattsson

Maria Persson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.