



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2014-06-11
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
225-14 E
Enhet 2

SÖKANDE

Komikapp AB, 556335-2409

Ombud: Advokat Nicklas Hansson och jur. kand. Elin Andersen
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPARTER

Enköpings kommun
Heby kommun
Håbo kommun
Knivsta kommun
Uppsala kommun
Östhammars kommun

KONKURRENSVERKET	
2014-06-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Genom:

Uppsala kommun
Kommunledningskontoret, Upphandling
753 75 Uppsala

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Uppsala kommun m.fl. har via kommunledningskontoret i Uppsala kommun (kommunen), genom ett öppet förfarande genomfört en upphandling av ramavtal avseende s.k. tyngdtäcken, dnr 2013-037. Genom tilldelningsbeslut den 7 januari 2014 tilldelades Somna AB kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Komikapp AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsvärderingen görs om varvid bolagets anbud ska tas upp till utvärdering, alternativt att samtliga anbud förkastas. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Beställarna har uteslutit bolaget på grund av att bolaget inte ansetts vara kvalificerat för utvärdering. Som skäl anger beställarna att krav A3 inte är uppfyllt, vilket har lydelsen "Produkten skall ej låta, prassla vid beröring mot kroppen". Det framgår av beställarnas utvärdering att en referensgrupp, vid bedömningen om krav A3 är uppfyllt, har uttalat att "Täcket prasslar, låter, (...)" om bolagets offererade produkt.

Krav A3 innebär att offererad produkt inte ska avge något ljud vid beröring mot kroppen. Samtliga täcken, således även samtliga offererade täcken, avger ljud vid beröring mot kroppen. Med tillämpningen av likabehandlingsprincipen ska anbuderna behandlas lika i fråga om uppfyllelse av krav A3. Detta krav kan dock inte uppfyllas av någon anbudsgivare och kan således inte läggas till grund för uteslutning av bolagets anbud samtidigt som anbud från andra anbudsgivare, som offererat täcken som avger ljud, kvalificerats för utvärdering. Beställarna har emellertid bortsett från kravet på ljudlöshet vid bedömningen av övriga anbud i upphandlingen. Eftersom täcket från antagen leverantör, som också låter vid beröring mot kroppen, utvärderas ska således även anbudet från bolaget utvärderas. Beställarnas tillämpning av krav A3 strider följaktligen mot likabehandlingsprincipen.

Beställarna har under alla omständigheter inte specificerat vad som avses med "ej låta, prassla". Istället har beställarna genom tillämpningen av kravet gett sig själv fri prövningsrätt att godtyckligt och skönsmässigt bedöma vilket av offererade täcken som ska köpas in, oaktat pris. Det är omöjligt för en anbudsgivare att förutse vad den av beställarna utsedda referensgruppen anser krävs för att ett täcke ska anses "låta, prassla" vid beröring. Helt utan tillämpning av mätbara kriterier och med stöd av uteslutande subjektiv bedömning från referensgruppen har beställarna gjort bedömningen att bolagets täcke avger ljud på ett sätt som medför uteslutning av anbudet. Förfarandet är en tydlig överträdelse av LOU och bakomliggande principer om transparens och likabehandling.

Vidare framgår inte av förfrågningsunderlaget hur utvärdering och bedömning av kravuppfyllelse kommer att gå till, utan beställarna har i efterhand presenterat en redogörelse för innebörden i det aktuella kvalificeringskravet. Det framgår exempelvis inte av förfrågningsunderlaget om det finns tillsatta utvärderingsgrupper eller hur beställarna i övrigt avser att genomföra bedömningen. I anbudet framgår anbudsgivarnas namn och beställarna har haft kännedom om vilket täcke som tillhört respektive anbudsgivare. Beställarna har getts utrymme för subjektiva och skönsmässiga bedömningar, vilket inte är förenligt med LOU. I tilldelnings-/utvärderingsprocessen har det i praxis ansetts möjligt att acceptera visst mått av subjektivitet. I förevarande mål är det dock fråga om uppfyllande av kvalificeringskrav. I kvalificeringsfasen finns inte något utrymme för subjektiva och godtyckliga bedömningar. I förevarande fall har beställarna ställt kvalificeringskrav som tillämpats olika beroende på vilket anbud som bedömts.

Beställarnas i efterhand presenterade redogörelse för innebörden i det aktuella kvalificeringskravet framgår inte av förfrågningsunderlaget. Tillämp-

ningen av kravet, dvs. beställarnas bedömning av kravuppfyllelse, strider mot principen om transperens eftersom faktorer, utöver av vad som framgår av ställt krav i sådant fall har beaktats. Det strider således även mot transperens att utesluta bolagets anbud

Även om kravet i sig skulle anses vara mätbart är det, och tillämpningen av det, under alla omständigheter i strid mot proportionalitetsprincipen. Det är inte förenligt med proportionalitetsprincipen att som grund för ett förkastande av ett anbud åberopa att ett krav på ljudlöshet, som inte kan uppfyllas, inte har uppfyllts.

Beslutet om uteslutning föranleder skada eller risk för skada för bolaget då bolaget rätteligen ska tilldelas det upphandlade kontraktet eftersom bolaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen. Genom beställarnas förfarande går bolaget miste om intäkter, vilket utgör skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU.

Uppsala kommun (kommunen) bestrider bifall till bolagets ansökan och yrkar i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin inställning anför kommunen bl.a. följande. Kommunen medger att formuleringen vid kontroll av uppfyllnad för krav A3 är något generellt formulerad. Det finns inte något tälle som inte ger ifrån sig något ljud alls, det är en teoretisk omöjlighet. I begreppet ljud måste det ges utrymme att räkna in och beakta ljudbilden. Ett ljud som upplevs som obehagligt eller oönskat upplevs också som mycket högre än ett behagligt och önskat ljud. Det finns visserligen ett visst inslag av subjektivitet i begreppet "ljud" men det har ansetts godtagbart med ett visst mått av subjektivitet i praxis. Det kan inte läsas in av ordalydelsen i krav A3 att produkten inte får ge ifrån sig något ljud alls. Kommunen har preciserat att produkten inte får prassla något det synes vara ostridigt att bolagets produkt gör till skillnad från de andra produkterna. Bolagets påstå-

ende, om att kvalificeringskravet tillämpats olika beroende på vilket anbud som bedömts, är således felaktigt.

Det stämmer heller inte, som bolaget gjort gällande, att kommunens förfarande står i strid med likabehandlingsprincipen. Bolaget och dess produkt har kontrollerats på samma sätt som övriga anbudsgivare och deras offererade produkter. Den referensgrupp som provade de olika offererade tyngdtäckena bestod av tre personer som provade täckena genom att använda dem i en vårsäng under 15 minuter vardera. Täckena jämfördes vad gäller egenskaper och hur de kändes att ha över kroppen. Olika upplevelser utkristalliserades beroende på materialet i respektive täcke, där bolagets täcke utmärkte sig för att ge prasslande ljud ifrån sig. En grupp av utlåtanden med subjektiva inslag måste anses kunna utgöra ett objektiva godtagbart resultat vid en kontroll av ska-kravsuppfyllnad. Det måste även få anses vara den upphandlande myndigheten som är bäst lämpad att utvärdera anbud utifrån de krav som ställts i förfrågningsunderlaget.

Sammanfattningsvis uppfyller krav A3 de grundläggande principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet. Om förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingen strider mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU så menar kommunen att rättelse inte är möjlig eftersom en sådan skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Det enda möjliga beslutet är i det fallet att upphandlingen görs om.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling i anledning av de grunder bolaget har anfört.

En av de grundläggande principerna för offentlig upphandling är kravet på transparens. Denna princip medför främst en skyldighet för den upphand-

lande myndigheten att skapa öppenhet i upphandlingen, dvs. att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Höga krav ska därför ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av förfrågningsunderlaget. De rättsprinciper som anges i 1 kap. 9 § LOU omfattar även ett krav på förutsebarhet.

Av EU-domstolens dom den 18 oktober 2001, mål C-19/00 (SIAC Construction), p. 42, framgår bl. a. följande. Tilldelningskriterierna skall vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

I förfrågningsunderlaget krav A3 anges att produkten ska ej låta, prassla vid beröring mot kroppen. Bolaget anför att kommunen inte har specificerat vad som avses med "ej låta, prassla" och att kommunen, utan tillämpning av mätbara kriterier, gjort en subjektiv bedömning av offererade täck- en. Vidare anför bolaget att det är omöjligt att förutse vad den av kommunen utsedda referensgruppen anser krävs för att ett täcke ska anses "låta, prassla" vid beröring.

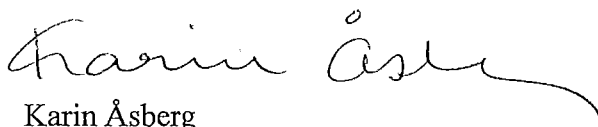
Kommunen medger att det finns ett visst inslag av subjektivitet i begreppet "ljud" men invänder mot bolagets påstående och menar att det av ordalydelsen i krav A3 inte kan läsas in att produkten inte får ge ifrån sig något ljud alls och att det i begreppet ljud även ges utrymme för att beakta ljud- bilden. Kommunen har i efterhand, dvs. efter att bolaget ansökt om över- provning, förklarat hur den aktuella bedömningen gått till. Därvid har framkommit att en referensgrupp bestående av tre personer jämfört täcke-

nas egenskaper. De tre personernas olika upplevelser har varit avgörande för bedömningen av anbudet.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår inte av förfrågningsunderlaget att offererade täcken faktiskt får låta vid beröring mot kroppen. Det framgår heller inte att bedömningen skulle göras av en referensgrupp eller hur referensgruppen skulle bedöma täckenas egenskaper. Förvaltningsrätten finner därmed att krav A3 är otydlig och att kravet kan tolkas olika. Förfrågningsunderlaget innehåller således påtagliga brister avseende krav A3. Förvaltningsrätten uppfattar att bristerna är allvarliga och att de måste ha inneburit att leverantörerna haft svårigheter att skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett anbud. Det framstår heller inte som osannolikt att även andra leverantörer, utöver de i målet aktuella, hade övervägt att lämna anbud om bristerna i förfrågningsunderlaget inte hade funnits. Bristerna måste anses strida mot de grundläggande principerna om förutsägbarhet och transparens i 1 kap. 9 § LOU.

För att ett ingripande enligt LOU ska kunna ske krävs att bolaget lidit eller riskerat att lida skada på grund av otydligheten i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget, genom de angivna bristerna, inte har varit så klart och tydligt utformat att anbudsgivarna kunnat avgöra vad kommunen skulle komma att tillmäta betydelse vid upphandlingen. Mot denna bakgrund får det anses visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed. Eftersom felet är att hänföra till det konkurrenssökande skedet av upphandlingen, ska upphandlingen göras om.

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


Karin Åsberg
rådman

Målet har handlagts av Heléne Hartzell.



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. 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.