

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

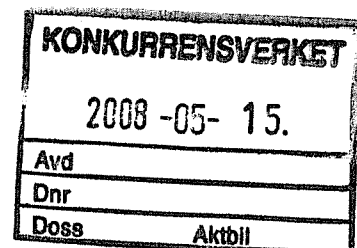
DOM
2008-05-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8450-08
Rotel 222

SÖKANDE

Smaky Restaurant Aktiebolag, 556159-1628

Ombud: Jur. kand. Pierre Frennesson
Celsus Advokatbyrå
Box 7100
103 87 Stockholm



MOTPART

Apoteket AB, 556138-6532

Ombud: Advokat Carl Bokwall
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut av den 18 april 2008 gäller därmed inte längre.

Dok.Id 326898

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Apoteket AB (Apoteket) har genomfört en upphandling beträffande inköp av 90 kyldiskar (ursprungligen 50 st). Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt LOU:s regler för förenklad upphandling.

I tilldelningsbeslut av den 10 april 2008 har angetts att Apoteket beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Smaky Restaurant Aktiebolag (Smaky).

YRKANDEN M.M.

Smaky ansöker om överprövning och yrkar att Apotekets upphandling avseende kyldiskar ska göras om.

Vidare yrkas att länsrätten genom interimistiskt förordnande omedelbart ska besluta att upphandlingen inte ska få avslutas innan något annat har beslutats av länsrätten eller överprövande instans, innebärande att upphandlingskontrakt inte får tecknas innan så skett.

Till stöd för sin talan anför Smaky i huvudsak följande. Totalt har två anbudsgivare varit med i upphandlingen, vars anbudstid gick ut den 28 mars 2008. Smaky har uppfyllt alla "skall-krav" i förfrågningsunderlaget (med undantag för det under avsnitt 3.4.2. i förfrågningsunderlaget, vilket saknar relevans) och därmed gått vidare till utvärderingsfasen.

I utvärderingsfasen har Apoteket uppgett att en samlad bedömning med utgångspunkt från de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna har varit avgörande. Som skäl för att inte ha valt att teckna avtal med Smaky har Apoteket uppgett bl.a. att Smakys kyldisk inte fanns på företagets hemsida och att uppgivna referenser inte var nåbara.

Information om offererad produkt

I anbudskriterierna anges ingenstans att offererad kyldisk måste finnas på anbudsgivarens hemsida, utan endast mått, färg och antal hyllor vilka Smaky har följt.

Referensinhämtning

Vad avser referensinhämtningen har Apoteket medgivit att man inte ens försökt att nå dessa med hänvisning till att det varit för omständligt sedan Smaky inte angivit telefonnummer till dessa samt att de fanns i Tyskland. Krav på att angivna referenser måste finnas i Sverige har inte uppställts. Aktuella referenser är vidare stora välkända företag vilka är lätta att nå. Inte heller har Apoteket begärt komplettering av referensuppgifterna jämlikt LOU.

Sammanfattning

Genom att väga in omständigheter som inte uppställts som urvalskriterier samt underlåta att kontakta referenser har Smakys kyldiskar inte kunnat jämföras på ett likvärdigt sätt. Bedömningen har därmed skett på ett sätt som varit till nackdel för Smaky.

Apotekets bedömning av anbudet strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Inte heller har den förutsebarhet och öppenhet som lagen kräver iakttagits. Sedan upphandlingen inte har skett i överensstämmelse med LOU och bristerna varit av allvarlig art samt medfört skada eller i vart fall risk för skada för Smaky ska den göras om.

Apoteket bestrider i svaromål den 25 april 2008 yrkandet om att upphandlingen skall göras om och yrkar att länsrätten skall upphäva det interimistiska beslutet av den 18 april 2008.

Sammanfattning av Apotekets bestridande grunder

Apoteket har genomfört en korrekt utvärdering av anbuderna med beaktande av de grundläggande principerna om likabehandling och transparens enligt 1 kap 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och i övrigt genomfört upphandlingen i enlighet med LOU.

Smaky riskerar inte att lida skada på sätt som förutsätts i 6 kap 2 § LOU till följd av de påstådda bristerna i upphandlingen eftersom Smakys anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska kvalificeringskrav (skall-krav) i förfrågningsunderlaget. Risk för skada är en nödvändig förutsättning för att länsrätten ska kunna pröva sökandens påstående om brister i en upphandling. Det föreligger därmed inte några skäl att ingripa mot upphandlingen. Eftersom det redan nu kan konstateras att Smaky inte lider skada föreligger det inte längre grund för det interimistiska beslutet.

Avseende förhållandet att Smakys anbud inte uppfyller samtliga skall-krav anförs följande.

Kontaktuppgifter till referenser saknas

I avsnitt 4.2 "Referenser" i förfrågningsunderlagets Bilaga B ("Svarsformuläret") ställs skall-kravet att anbudsgivarna ska ange en förteckning över referenser från de senaste två åren enligt det format som anvisas. Under rubriken finns en tabell avsedd för lämnande av referenserna, kontaktperson hos referenserna/kunderna, deras telefonnummer samt övrig information. Syftet med skall-kravet är att Apoteket ska kunna verifiera att anbudsgivaren har nödvändig erfarenhet från liknande uppdrag. Skall-kravet är således av stor betydelse.

I Smakys anbud identifieras inte referenserna närmare och uppgift om kontaktperson och telefonnummer har helt utelämnats. Knapphändig referensin-

formation som "SHELL" och att uppdraget avsåg "Bensinstationer i Tyskland" gör det inte möjligt att kontrollera referensen. Detta utgör en allvarlig brist i Smakys anbud.

Oavsett om rätt kontaktperson skulle kunna hittas efter extra ansträngningar från Apotekets sida (som man i så fall inte skulle behöva lägga ner avseende andra anbudsgivare) har Smaky genom att utelämna uppgifter om kontaktperson och telefonnummer inte uppfyllt skall-kravet.

Ostyrkt kvalitetssäkringssystem

I avsnitt 3.3.2 i Svarsformuläret. anges att certifiering eller dokumentering av eget kvalitetssäkringssystem ska bifogas. Smaky har inte bifogat någon som helst dokumentering avseende de kvalitetssäkringssystem Smaky säger sig ha. Anbudet uppfyller därmed inte kvalificeringskravet.

Avvikelser från absoluta produktkrav

I avsnitt 4.4 i Svarsformuläret anges de tekniska och funktionella krav som ställs på kyldiskarna. Som framgår i avsnitt 4.4.1 "Mått" efterfrågades kyldiskar med följande mått: bredd ca: 800-900 mm, djup max: 660 mm, samt höjd ca 1 500 mm. Det bör understrykas att det angivna djupkravet utgör det maximala djupet, dvs. detta är ett absolut produktkrav. Detta beror på de krav som styr Apotekets butikskoncept. För djupa kyldiskar (eller annan inredning) fungerar inte med hänsyn till de krav Apoteket ställer på gångbredder och framkomlighet i butikerna. Smakys offererade kyldisk har måtten: bredd 900 mm, djup 715 mm samt höjd 1 400 mm. Djupet överstiger således det efterfrågade maximala djupet.

Sammanfattning

Smakys anbud är inte komplett eftersom flera kvalificeringsskall-krav inte uppfylls och skulle rätteligen ha förkastats och inte ha beaktats vid utvärderingen. Apoteket fick emellertid endast två anbud i upphandlingen och var mån om att bibehålla konkurrensen. Oaktat att Smakys anbud inte diskvalificerades har Apoteket varit lagligen förhindrat att anta Smakys anbud pga. att anbudet inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav.

Mot ovan angivna bakgrund kan Smaky inte lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU ens om Smakys påstående om bristerna i upphandlingen vore riktiga.

Utvärderingen av anbuden har skett på ett korrekt sätt

För det fall att länsrätten mot förmodan skulle finna att Smakys anbud uppfyller samtliga skall-krav har Apoteket inte tagit några ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av anbuden. Vid utvärderingen har Apoteket enbart utgått från anbuden och sitt förfrågningsunderlag.

Det är inte korrekt att Smaky inte tilldelats kontraktet p.g.a. att kyldisken inte kunde hittas på Smakys hemsida. Smakys anbud har erhållit färre poäng än den vinnande anbudsgivarens anbud med hänsyn främst till att Smakys referenser inte gått att verifiera, att Smaky inte styrkt påstått kvalitetssäkringssystem och att den kyldisk som Smaky offererat inte möter Apotekets produktkrav lika bra som den vinnande anbudsgivarens kyldisk.

Overifierbara referenser

Som framgår ovan har Smaky utlämnat uppgifter om kontaktpersoner och telefonnummer till angivna referenser. Det skulle krävas avsevärda och orimliga resurser om Apoteket skulle tvingas identifiera rätt kontaktpersoner i de anbud som inkommer i Apotekets upphandlingar. Det är inte rimligt att Apotekets upphandlare ska sitta och ringa runt för att jaga rätt kontaktperson för att en anbudsgivare utlämnar nödvändiga kontaktuppgifter. Ju större företag eller organisation som åberopas som referens, desto mer ansträngande och tidsödande blir det att söka rätt kontaktperson. Det är därför som skall-kravet innefattar ett krav på uppgift om kontaktperson och telefonnummer. Detta krav är nödvändigt, rimligt och proportionerligt.

Huruvida Apoteket, utan några kontaktuppgifter, kan nå rätt kontaktpersoner eller inte hos Smakys referenser är oväsentligt eftersom Apoteket ställt ett skall-krav som omfattar kontaktuppgifter för att slippa identifiera och jaga efter kontaktpersoner.

På grund av att Smaky underlåtit att följa en tydlig anvisning i ett skall-krav har påstådda referenser inte kunnat verifieras. Det är följaktligen inte på något sätt konstigt att Smakys anbud värderats lägre än det vinnande anbudet i detta avseende.

Ostyrkt kvalitetssäkring

I avsnitt 3.3.2 i Svarsformuläret i Smakys anbud har Smaky åberopat tillverkarens EN/ISO - certifiering vilket inte efterfrågas. Smaky påstår att det finns ett eget kvalitetssäkringssystem men har inte bifogat någon dokumentering trots att detta krävs. Av dessa skäl har Smaky erhållit lägre poäng än vinnande anbudsgivare som är ISO-certifierad och har bifogat intyg härom i sitt anbud.

Funktionella produktkrav

I Apotekets Upphandlingsbeskrivning anges i avsnitt 1.2 att kyldiskarna ska vara utformade så att de ger produkten så mycket exponering som möjligt för att optimera försäljning. Vidare anges att kyldiskarna ska stämma överens med Apotekets koncept gällande uttryck. Apotekets koncept beskrivs närmare i avsnitt 4.4.3 "Färg och inredning" i Svarsbilagan där det anges att kyldisken ska vara vit och ha ca fyra hyllplan samt botten.

Smaky anger i sitt anbud att dess kyldisk tillverkas med tre hyllplan med botten som standard men att finns möjlighet att komplettera med extra hyllplan. Detta sägs dock minska hyllavståndet. Eftersom Smakys kyldisk bara är 1 400 mm hög medför detta att avståndet mellan hyllplanen blir för litet för att varorna ska få den optimala exponering som Apotekets koncept eftersträvar (bl.a. eftersom en del produkter helt enkelt inte får plats).

Utöver att den kyldisk som Smaky offererar inte klarar det maximala djupmåt-
tet svarar alltså Smakys kyldisk sämre mot ställda utvärderingskriterier än
vinnande anbudsgivares produkt, Smakys anbud har av dessa skäl värderats
lägre än det vinnande anbudet som bättre motsvarar det önskade konceptet.

Förekomsten eller bristen på bilder på Smakys hemsida har inte på något sätt
påverkat utvärderingen av Smakys anbud. Det anges tydligt i tilldelningsbe-
slutet att det var uteblivna referensuppgifter och kyldiskens mått och funktion
som fällt avgörandet i utvärderingen och att Smakys anbud bara bedömts efter
sitt innehåll. Sammantaget har Apoteket genomfört upphandlingen på ett kor-
rekt sätt med iakttagande av de grundläggande principerna om likabehandling
och transparens. Smakys yrkande om att upphandlingen ska göras om ska där-
för ogillas.

Smaky vidhåller i svarsskrift av den 28 april 2008 vad som anförts i överprövningsskriften av den 18 april 2008. Därutöver tillägger Smaky följande.

Ytterligare omständigheter och grunder

I upphandlingen har endast två anbud inkommit. Som Apoteket har uppgett var bolaget därför mån om att bibehålla konkurrensen. Apoteket har trots yttrandet om att bibehålla konkurrensen, inte gjort vad som med hänsyn därtill rimligtvis ålegat bolaget.

För att tillförsäkra att de båda anbuden utvärderades på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt borde Apoteket ha ställt kompletterande frågor till Smaky beträffande i vart fall referenser och kvalitetssäkringssystemet. Det ringa merarbete som detta skulle ha orsakat Apoteket mot vad som stod att vinna, nämligen att upphandlingen blev korrekt utförd, är försumbart och utgör inte skäl nog för att avstå därifrån.

Beträffande referenserna hade information framkommit om Apoteket begärt komplettering. Lämnade referenser är stora multinationella företag som de två senaste åren gjort inköp från tillverkaren av aktuell kyldisk i över 1 500 exemplar. Inköpen har företagits efter omfattande tester. Genom lämnande av dessa referensföretag, förstår en aktsam upphandlare att en hög kvalitetsstämpel är aktuell.

I angivna bolag är det dock p.g.a. storleken vanligt med stor personalomsättning, så även beträffande inköparna. Det var mot denna bakgrund som Smaky inte lämnade närmare kontaktuppgifter. Aktuella och specifika kontaktuppgifter hade dock kunnat erhållas om Apoteket begärt komplettering.

Även om det må anses finnas vissa brister beträffande Smakys angivande av referenser, bestrids att dessa skulle vara så omfattande att skall-kravet i 4.2 inte skulle anses uppfyllt. Dessutom står det inte angivet att samtliga rutor, dvs. att även kontaktperson och telefonnummer måste vara ifyllda för att svaret skall beaktas.

Beträffande kvalitetssäkringssystemet hade Apoteket erhållit information för det fall Apoteket begärt komplettering. Det ska här också påpekas att kravet i 3.3.2 inte är något skall-krav utan ett bör-krav. Smaky har svarat ja på båda frågor. Det görs därför gällande att Smaky har uppfyllt kvalificeringskravet.

Utöver det nu anförda skall tilläggas att Apoteket är ett av de största statligt ägda bolagen i Sverige och som genomfört ett flertal upphandlingar. Smaky är däremot ett mindre företag inom kyldiskbranschen med begränsad erfarenhet av upphandlingar.

Utöver detta ska tilläggas att förfrågningsunderlaget i många hänseenden har varit bristfälligt, vilket Apoteket också har medgivit. Förfrågningsunderlaget har varit väl förenklat genom sin enkätliknande konstruktion med kryssfrågor. Det har också i viktiga hänseenden haft felformulerade frågor samt helt utelämnat frågor som för aktuell utrustning torde vara av stor relevans. Bland annat har krav som inte är direkt tillämpliga beträffande denna typ av utrustning t.o.m. angetts som skall-krav i förfrågningsunderlaget, jfr. avsnitt 3.4.2.

Vidare anges i förfrågningsunderlaget att måtten på kyldiskarna "bör" ha bl.a. ett djup på max 660 mm. Apoteket gör nu gällande att detta är ett absolut krav, d.v.s. i princip likvärdigt med ett skall-krav. Man har här således på ett förvirrande sätt blandat bör-krav med absoluta krav.

I övrigt kan anföras att de av Smaky offererade kyldiskarna har sneda gavlar. Detta gör att djupet snabbt smalnar av uppåt. De från bör-kravet överskjutande 55 mm är belägna längst ned på den djupaste delen av kyldisken och torde därför inte vara hindrande på något sätt.

Sammanfattning

Mot bakgrund av vad som anförts ovan i förening med vad som anförts tidigare, har Smaky visat att samtliga skall-krav är uppfyllda. Till detta skall läggas att Apoteket inte har uteslutit Smakys anbud, utan att Smaky har gått vidare till utvärderingsfasen. I förevarande fall har tidsnöden och det slarv som den medfört gått ut över Smaky på så vis att Smakys anbud inte utvärderats på ett med övrig anbudsgivare likvärdigt sätt. Dessutom har Smaky starka skäl att anta att Smakys offererade pris varit det lägsta priset.

Aktuell upphandling har således haft sådana allvarliga brister att dessa jämlikt 16 kap 2 § LOU medfört skada eller risk för skada för Smaky. Upphandlingen ska därför göras om.

DOMSKÄL

Länsrätten prövar målet slutligt.

Tillämpliga bestämmelser

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.

I 12 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet medge att en anbudsökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Enligt 16 kap. 1 § LOU gäller bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 2 § nämnda kapitel framgår bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Handlingarna i målet

Av tilldelningsbeslutet av den 10 april 2008 framgår bl.a följande. Efter utvärdering av inkomna anbud har Apoteket gjort en samlad bedömning av de olika anbuden med utgångspunkt från de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna.

Det som blev avgörande var bedömningen som gjordes av erbjuden kyldisk; Vinnande företag hade en kyldisk som bättre passade de behov Apoteket hade avseende mått och funktion, vilket ledde till något högre poäng.

I övrigt framgår att Apoteket, utöver detta, inte kunnat nå referenser eller se offererad kyldisk på bild på Smakys hemsida.

Av avsnitt 1.1 Instruktioner för svarsformulär framgår att alla skall-krav måste vara uppfyllda för att anbud ska kunna utvärderas.

Länsrättens bedömning

Av Apotekets upphandlingsbeskrivning för den aktuella upphandlingen framgår att urvalet av anbudsgivare görs i två led. Först prövas anbudsgivaren i en kvalificeringsomgång och därefter görs en utvärdering av dennes anbud. Anbudsgivaren skall uppfylla kvalificeringsfasen för att få vara med i anbudsutvärderingen.

Smaky har vid prövningen i fas ett befunnits kvalificera sig för utvärdering i fas två. Något utrymme för att i detta skede på talan av upphandlande myndighet utesluta sökanden från att vara med i utvärderingen av anbudet på den grunden att skall-krav eller annat kvalificeringskrav inte uppfyllts finns inte.

Under rubriken ”Anbudsutvärdering” har tre utvärderingskriterier angetts.

1. Leveranstid / Pris / Produkter
2. Leverantörsutvärdering / Referenser
3. Miljö

Kriterierna har viktats i olika grader i en fallande skala.

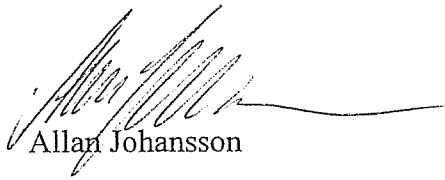
I vart och ett av kriterierna görs hänvisning till rubricerade punkter i svarsformuläret till upphandlingsbeskrivningen. De punkter som hänvisas till består

av både skall- och bör-krav. Värdering skall således göras inte bara av allmänna krav utan även av krav som är kvalificeringskrav. Det kan ifrågasättas om utrymme enligt de gemenskapsrättsliga upphandlingsprinciperna på denna punkt alls finns för att göra en utvärdering i sistnämnt hänseende på sätt som skett. Däremot kan bör-krav utvärderas enligt denna modell. Vid den utvärderingen har Apoteket beträffande kravet på att kyldiskarna bör ha vissa specificerade mått och funktioner funnit att vinnande företags produkt bättre svarade mot Apotekets krav och därmed fått en högre poäng. Någon invändning mot redovisningen av utvärderingen på denna punkt kan med hänsyn till att det är fråga om tydliga och odiskutabla krav på produkten inte göras utifrån de s.k. likabehandlings- och transparensprinciperna.

Omständigheterna i målet är inte sådana att det kan anses ha ålegat upphandlande myndighet att initiera kompletteringar eller förtydliganden av sökandens anbud.

Sammanfattningsvis konstaterar länsrätten att även om upphandlingsbeskrivningen och utvärderingsmodellen inte varit optimalt utformad kan några oklarheter om vad som bestämts i fråga om utvärderingen av Smakys anbud och beslutet att inte tilldela Smaky anbudet inte anses ha framkommit. Utvärderingen av anbuden har i allt väsentligt uppfyllt kravet på likvärdig och icke-diskriminerande behandling enligt 1 kap. 9 § LOU. Något ingripande med stöd av lagen skall således inte ske. Ansökan skall därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a).


Allan Johansson
rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarien Caroline Carlstedt.