



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Nyström

DOM
 2012 -05- 3 1
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3731-12 E

SÖKANDE

Santé Sweden AB, 556646-7154
 Box 9044
 700 09 Örebro

Ombud: Björn Isrealsson
 Advokatbyrå JURICUM AB
 Box 221
 701 44 Örebro

KONKURRENSVERKET	
2012 -06- 0 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Eslövs kommun
 241 80 Eslöv

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse efter den 1 november 2011

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Santé Sweden AB:s begäran om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Eslövs kommun (kommunen) genomför upphandling av ramavtal avseende leasingkontrakt av fåtölj för avkoppling/återhämtning med massage, 2012:03. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 4 april 2012 tilldelades Promas AB avtalet.

Santé Sweden AB (Santé) ansöker om överprövning och har därvid överlämnat ärendet till förvaltningsrätten med uppmaning att ogiltigförklara upphandlingen, alternativt krävt att offererad produkt ska utvärderas på exakt samma sätt som den valde leverantörens och finnas med som ett alternativ för kommunens enheter, att välja om man vill ha ett ekonomiskt mer fördelaktigt alternativ än det offererade från den valda leverantören. Santé har dessutom förutsatt att upphandlaren uppmanas att kompensera för merkostnader som uppstår i samband med förnyad upphandlingsprocess för bl a transporter installation, provuppställning m m.

Vidare menar Santé, sammanfattningsvis, att upphandlingen är behäftad med följande fel; Skall-krav har ställts upp som inte är objektivt bedömbart, uteslutning av Santés anbud har skett på felaktiga grunder och prövning har skett av ett för anbudsgivaren okänt kriterium. Till stöd för sin talan anför Santé bl a följande. Kommunen har bedömt deras produkt som mycket dålig och underlåtit att vidare utvärdera produkten. Kommunen har godtyckligt förkastat deras anbud för att endast ha ett anbud kvar att utvärdera, som man förutbestämt innan upphandlingen. Hela upphandlingen upplevs som riggad för att passa den vinnande leverantören. Santés anbud låg prismässigt betydligt lägre än det antagna anbudet. Förfrågningsunderlaget är undermåligt formulerat. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vad bra, mycket bra, dåligt och mycket dåligt innebär. Detta ska specificeras i förväg. Användarvänligheten på deras produkt kan inte anses mycket dålig bara för att knappar och text är angivna på engelska på dis-

playen. Detta skulle i så fall ha framgått i förfrågningsunderlaget som ett skall-krav att kontrollen med knappar ska vara på svenska. Det är med andra ord ett nytt krav som framkommit. Att utvärdera ett anbud utifrån ett kriterium som inte varit känt för anbudsgivaren är felaktigt. Massagefåtöljen är tillverkad av Sanyo Electric, Japan som alltid sätter användaren i första rummet och har en synnerligen användarvänlig display som tar max 2 minuter att lära sig. Bolaget har även utarbetat marknadens mest pedagogiska användarmanual. Idag har alla gått ur grundskola med obligatorisk undervisning i engelska. Alla kan tyda knappar och texter på en användarkontroll. Det finns dessutom symboler på flesta knappar som stöd för användarna. Sanyos massagefåtöljer är unika då den har möjlighet att helt individuellt anpassa massagen till varje unik användare. De uppfyller därmed skall-kravet och det är inte upp till kommunen att utvärdera. Att produkten ska vara enkel att använda torde inte vara lämpligt som skall-krav ur objektivitetssynpunkt. Utvärderingen med utvärderingsmodellen är godtycklig och har klara brister. Santé uppfyller skall-kravet på bra komfort. Promas AB:s anbud ligger mer än 70 % över Santé's anbud. Det är inte det ekonomiskt mest fördelaktiga för kommunen att anta det vinnande anbudet. Kravet på priset för leasing per styck per månad för fåtölj är inte uppfyllt av vinnande anbud då de angivit en av posterna till 0 kr. Kommunen fordrade att pris för leasing plus pris för service och support skulle anges. Detta krav har Santé, till skillnad från vinnande anbud, uppfyllt.

Upphandlingen torde ske enligt 15 kap. LOU. Kommunen ska därför pröva alla anbudsansökningar och anbud som inkommit i rätt tid. Uteslutning kan, enligt 15 kap. 13 §, endast ske om anbudsgivaren gjort sig skyldig till ett brott eller har ekonomiska svårigheter samt inte erlagt föreskrivna sociala avgifter och skatter. Kommunens formulering att utesluta anbudsgivare från fortsatt prövning om produkten bedöms som mycket dåligt strider mot LOU. För att få klarhet i vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det nödvändigt att pröva alla anbud mot alla kriterier. Det ska

också anges hur stor betydelse varje kriterium har. Alla anbud måste prövas mot alla kriterier. Santé yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan anför bl a följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och med där tillhörande principer. Alla har behandlats lika och helt förutsättningslöst. Att Promas AB:s anbud var det högsta anbudspriset innebär inte att kommunen frångått utvärderingen enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen har varit mycket tydliga med vilka krav som ställs samt hur utvärderingen kommer att ske. Det står tydligt vad som avses med användarvänlighet och vad som utgör kriterier för användarvänlighet. 0 poäng innebär att stolen inte uppfyller skall-kravet på användarvänlighet och att den utesluts från fortsatt utvärdering. Produkten ska passa alla kommunens personal, vilka har olika utbildningsnivå, utbildningsbakgrund och etnisk bakgrund. Alla behärskar inte engelska tillräckligt för att förstå en så pass omfattande display som Santé offererat. Bedömningen och betygsättningen av utvärderingskriterierna har skett av upphandlingens utvärderingsgrupp. Gruppen består av representanter för olika personalkategorier vilka ska använda produkten. Eftersom olika personer i utvärderingsgruppen hade svårigheter att komma igång med användandet av produkten på grund av att de inte förstod de engelska termerna på displayen uteslöts produkten från fortsatt utvärdering. Skall-krav har inte utvärderats av kommunen, såsom Santé påstår. Kommunen har kontrollerat uppfyllandet av skallkravet genom en bedömning och ansett att produkten inte uppfyllt skallkravet. Santé anger att utvärderingsmodellen är godtycklig och har brister, men inte vilka dessa brister är. Mervärdesmodellen är en vedertagen utvärderingsmodell vilken ger en rättvis, tydlig och ekonomiskt mätbar utvärdering. Promas AB:s anbud har angett 0 kr i kostnad för service- och supportavtal, därmed har prisuppgift angetts. Att Promas AB anger 0 kr för service- och supportavtal är inget som kommunen har anledning att ifråga-

sätta. Inga anbud har uteslutits under prövningens gång och alla anbud som inkommit i rätt tid har utvärderats. Detta har skett utifrån den tydliga beskrivningen i förfrågningsunderlaget om hur utvärderingen ska genomföras. För användarvänlighet och komfort har det tydligt beskrivits vad som kommer att bedömas samt att produkten utesluts om den bedöms som mycket dålig. En mycket dålig fåtölj kommer inte att fungera i verksamheten. Vid utvärderingen gjordes en samlad bedömning av alla kriterier där bland annat displayens språk påverkade hur användarvänligheten betygsattes vad avser hantering och utformning av innehållet i displayen. Förfrågningsunderlagets utformning är så transparent och tydligt att anbudsgivaren själv kan göra en bedömning av hur användarvänlig en offererad produkt är. Kommunens syfte är att konkurrensutsätta inköpet utifrån kommunens behov. Det ligger i kommunens intresse att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Med anledning av Santés i ansökan framställda önskemål konstaterar förvaltningsrätten inledningsvis att rättens möjlighet till ogiltigförklaring avser endast ingångna avtal, inte upphandlingsförfarandet som sådant. Yrkandet om bli antagen som alternativ leverantör är i strid med punkten 1. 3 i förfrågningsunderlaget som anger att en leverantör kommer att antas för

hela uppdraget. Därtill gäller att det överhuvudtaget inte ankommer på rätten att ålägga upphandlande myndighet kostnadsansvar i samband med upphandling.

Förfrågningsunderlaget/utvärderingsmodell

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 4.1, utvärdering, bl.a. att inkomna anbud kommer att utvärderas i tre steg enligt följande: 1. Kvalificering, enligt kraven på anbudsgivaren, 2. Prövning, uppfyllandet av de ovillkorliga/skallkraven på efterfrågade tjänster, 3. Utvärdering av kvalificerade anbud enligt angivna utvärderingskriterier. Anbudet måste alltså klara kraven i steg 1 för att gå vidare till steg 2 osv.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 4.6, utvärderingskriterie - användarvänlighet, att offererad produkt skall vara enkel att använda. Med enkel menas att användaren skall uppleva att det är enkelt att komma igång att använda stolen, göra ev. val, sätta på musik/tal, läsa manualen som vägledning. Vid utvärderingen kommer följande att bedömas:

- manualen
- att starta displayen som styr stolens inställning
- hantering och utformning av innehållet i displayen
- förekomst och utformning av förprogrammerade program
- hanteringen av musik/tal spelaren med hörlurar
- hur flyttas stolen
- storlek på stol

Blir bedömningen att användarvänligheten är "mycket dålig" utesluts stolen från fortsatt utvärdering. Bedömningen av användarvänlighet (fasta svarsalternativ) 100 % mycket bra, 67 % bra, 33 % dålig, 0 % mycket dålig.

Förvaltningsrätten kan inte finna att Santé har visat att förfrågningsunderlaget är behäftat med sådana brister som medför att grund för ingripande enligt LOU föreligger. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer kriterierna och utformning för en upphandling. Dessa godtas om de inte strider mot principerna som uppstår upphandlingsprocessen. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, som i detta fall, att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Kommunen har i det

aktuella förfrågningsunderlaget tydligt beskrivit hur kvalificeringen av anbuderna kommer att ske samt hur de olika kriterierna kommer att utvärderas. Det framgår klart att man måste uppfylla steg 1 och 2 för att gå vidare till utvärderingen. Vad gäller användarvänlighet som utvärderingskriterie har i förfrågningsunderlaget även angetts vilka parametrar som kommer att bedömas gällande fätöljens användarvänlighet, vad som är viktigt för användarvänligheten samt hur många poäng man kan uppnå. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget gett anbudsgivarna en tillräckligt god bild av vad kommunen kommer att lägga vikt vid sin utvärdering och att det därmed inte är otydligt.

Utvärderingen av anbud

Den upphandlande myndigheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. Av de underliggande handlingarna går att utläsa att kommunen rätteligen har påbörjat utvärderingen av Santés anbud, efter det att anbudet gått vidare från kvalificeringsfasen till utvärderingsfasen. Kommunen har i förfrågningsunderlaget klart och tydligt angivit att de inte kommer att fortsätta utvärdering av ett anbud som får omdömet mycket dåligt gällande användarvänlighet och komfort. Uteslutningen av Santés anbud från vidare utvärdering har således skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Utvärdering vid offentlig upphandling ska göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan rymma ett visst mått av skönsmässighet eller subjektivitet som måste godtas under förutsättning att den upphandlande myndigheten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget kan anses tillåta. Det är endast direkta felbedömningar eller brister av viss omfattning som bör leda till ett ingripande enligt LOU. Av de underliggande handlingarna i målet framgår att utvärdering har skett genom att ett flertal representanter från olika personalkategorier har testat fätöljen. Vid

en sammantagen bedömning av de olika parametrarna har den av Santé offererade fåtöljen fått betyget dålig användarvänlighet. Att displayen är på engelska var inte enbart anledningen till att fåtöljen fick ett dåligt betyg, utan i Santé's fall var displayen svårförstådd i kombination med att den var på engelska. Detta får enligt rätten anses gå under bedömningskriterierna att "starta displayen som styr stolens inställningar" samt under "hantering och utformningen av innehållet i displayen", och är således inte ett nytt skall-krav eller okänt bedömningskriterium. Det är huvudsakligen förbehållet kommunen att bedöma vilket anbud som bäst uppfyller kraven. Med hänsyn till vad som framkommit i målet finner rätten att vad Santé anført inte visar att anbudet uppfyller det av kommunen uppställda kravet. Beträffande Santé's invändning om att Promas AB i sitt anbud inte har angett något pris för service- och supportavtal framgår det av handlingarna i målet att Promas AB har lämnat prisuppgift 0 kr. En prisuppgift har således lämnats av Promas AB. Det får därmed anses visat att Promas AB uppfyller det av kommunen ställda skall-kravet. Det som Santé åberopat är således omständigheter som inte föranleder till ingripande och ansökan ska följaktligen avslås.

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


Marianne Alwall



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. 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 skrivelsen 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU