



**LÄNSRÄTTEN
I VÄSTERBOTTENS LÄN**
Föredragande
Christina Röckner

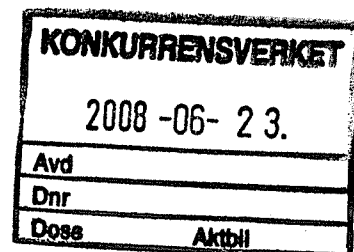
DOM
2008 -06- 19
Meddelad i
Umeå

Mål nr
976-08 E
Kansli 1

SÖKANDE

Kontorsvaruhuset i Norrland AB, 556228-4587
Norra Järnvägsgatan 52
931 37 Skellefteå

Ombud: Staffan Granberg
Kontorsvaruhuset i Norrland AB
Norra Järnvägsgatan 52
931 37 Skellefteå



MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

SAKEN

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

Umeå kommun (kommunen) har infordrat anbud avseende mjukpapper & barnblöjor (dnr 08007) och beslutat att anta det anbud som lämnats av Procurator AB. – Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

Kontorsvaruhuset i Norrland AB (bolaget) yrkar i länsrätten i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan.

Genom interimistiskt beslut den 30 maj 2008 har länsrätten förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Dok.Id 36149

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post:	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. (1 kap. 9 § LOU)

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. (9 kap. 8 § första stycket LOU)

En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset. (12 kap. 1 § första stycket LOU)

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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. (16 kap. 2 § första stycket LOU)

Kommunens förfrågningsunderlag och utvärdering av anbuden

I förfrågningsunderlagets Upphandlingsföreskrifter anges bl.a. följande.

3.1 Kvalificeringsfas

I kvalificeringsfasen bedöms både anbudsgivaren och anbudet utifrån angivna krav i "Svarsbilaga Kvalificering". Där har samtliga kvalificeringskrav som gäller denna upphandling samlats.

3.2 Definitioner och förklaringar

Av de kvalificerade anbudsgivarna kommer anbudet med lägsta pris att antas som vinnare.

I Svarsbilaga Kvalificering anges bl.a. följande.

3.0 Svarsbilaga Kvalificering

Notera att samtliga avsnitt måste besvaras med ja. Endast ett svar anges per rad. Den anbudsgivare som inte uppfyller samtliga krav eller som underlåter att besvara samtliga krav kommer att diskvalificeras.

Sk 1.4 Produkterna ska uppfylla kriterierna för Svanenmärkning eller Bra Miljöval. Uppfylls detta?

Av kommunens tilldelningsbeslut med bilagor framgår att tre anbud utvärderats samt att anbudet från Procurator bedömts ha lägst pris och anbudet från bolaget näst lägst pris.

Parternas anföranden

Bolaget anför. I första hand yrkas att länsrätten ska besluta om rättelse innebärande att bolaget tillåts rätta den uppenbara felskrivningen avseende offererat pris på positionerna 27 och 28 i Anbudsspecifikationen samt att anbudet från Procurator ska förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. - I Anbudsspecifikationens position 27 och 28 efterfrågas pris på blöjor per styck. Detta föranledde en missuppfattning som borde ha uppmärksammats av kommunen. Blöjor säljs normalt i enheten kartong. Kartongen innehåller i positionen 27 tre stycken innerförpackningar om 48 st blöjor per innerförpackning och i positionen 28 tre stycken innerförpackningar om 50 st blöjor per innerförpackning. Av misstag har kartongpriset delats med 48 istället för 144 respektive 50 istället för 150. Detta har följaktligen gett ett styckepris som är tre gånger högre än avsett. Både i bolagets anbud och i anbudet från Procurator har lämnats pris på samma produkter, produkterna har samma tillverkare och samma artikelnummer. I bolagets anbud har beträffande position 27 angetts förpackningsstorlek om 48 stycken och i Procurators anbud 3 x 48 stycken på samma artikel, beträffande position 28 har i bolagets anbud angetts 50 stycken och i anbudet från Procurator 3 x 50 stycken. Eftersom bolagets pris är tre gånger högre än

vinnande anbuds pris torde det ha varit uppenbart för kommunen att det är fråga om en felskrivning från bolagets sida. Prisavvikelsen är väldigt stor och avviker dramatiskt från prissättningen i anbudets övriga positioner varför rättelse borde ha medgivits. Beträffande position 27 skulle pris per styck då ha blivit 1,96 att jämföra med Procurators pris 1,90. För position 28 skulle bolagets pris per styck ha blivit 1,66 att jämföra med Procurators pris 1,70. Den prisdifferens som då uppkommer korresponderar med den som gäller för alla övriga positioner där bolaget beträffande de flesta positioner har det lägsta priset. Kommunen har underlåtit att utnyttja den möjlighet som LOU ger att rätta detta uppenbara fel för att få en så riktig och rättvis utvärdering som möjligt samt för att erhålla det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. - Genom att inte ge bolaget möjlighet att rätta en uppenbar felskrivning har kommunen agerat i strid mot 9 kap. 8 § första stycket LOU. Beträffande motsvarande bestämmelse i äldre LOU (1992:1528) har Hentze och Sylvén på sidan 142 i lagbokscommentaren (1998) till den lagen uttalat följande. "Orden 'En upphandlande enhet får medge' ger intryck av att den upphandlande enheten kan avstå från att medge rättelse för anbudsgivare eller anbudssökande. Detta är inte avsikten med paragrafen. Är det fråga om en uppenbar felskrivning eller felräkning eller annat misstag har anbudsgivare eller anbudssökande rätt till rättelse." För att en sådan skyldighet ska föreligga krävs dock att det rör sig om ett uppenbart fel. Hentze och Sylvén uttalar i lagbokscommentaren att i ordet uppenbar torde ligga bl.a. att den upphandlande enheten insett eller borde ha insett misstaget. I aktuell upphandling handlar den uppenbara felaktigheten om att bolaget angett ett pris som är tre gånger högre än vad som egentligen offereras. Avseende positionerna 27 och 28 har bolaget i sitt anbud offererat ett cirka 200 procent högre pris än de två övriga utvärderade anbudena. Redan av denna anledning borde kommunen ha insett att det rört sig om en uppenbar felskrivning. En jämförelse med prisavvikelser anbudena emellan på övriga positioner visar att den aktuella avvikelsen är markant större än övriga avvikelser. Detta talar ytterligare för att kommunen insett eller borde ha insett

att det rört sig om en uppenbar felskrivning. Kommunen hänvisar i länsrätten till prissättningen i ett icke utvärderat anbud från ett annat företag i koncernen. Detta saknar dock relevans. Jämförelsen med ett förkastat anbud styrker snarare att kommunen insett felskrivningen. – Kommunen skulle naturligtvis inte ha ställt en ledande fråga om offererat pris är för högt. Anbudsgivaren ska enbart ta ställning till om det anbudspris som lämnats är riktigt avseende den enhet som efterfrågats. Detta är enbart en förtydligande information som alla har rätt att ställa inom ramen för LOU. I det aktuella fallet är det inte priset som skulle ha rättats utan enheten. Bolagets pris per tre stycken blöjor står därför oförändrat. En enhetskorrigering ska inte förväxlas med en priskorrigering. Att sedan enhetskorrigeringen ger ett annat styckepris förstår var och en. Under de år bolaget arbetat med offentliga upphandlingar inom skilda produktområden är förtydligande frågor av denna typ mera regel än undantag. Inom näringslivet betraktas dessa möjligheter till förtydliganden som etiska och inte som kommunen menar oetiska.

- Anbudet från Procurator uppfyller inte skall-kravet att samtliga produkter ska uppfylla kriterierna för Svanenmärkning eller Bra Miljöval. Inga undantag från detta krav finns i förfrågningsunderlaget. I det vinnande anbudet från Procurator har offererats tre produkter som inte uppfyller dessa krav. Dessa är Centrumbox S med artikelnr 95325 (position 9), Centrumbox M med artikelnr 95330 (position 10) och Torkduk Softwash med artikelnr 742100 (position 26). Genom att utvärdera Procurators anbud trots att det inte uppfyllt samtliga skall-krav har kommunen agerat i strid mot principerna om likabehandling och transparens och mot 1 kap. 9 § LOU. Kommunen anför i länsrätten att centrumboxar är stödprodukter som inte ingår i produktgruppen mjukpapper & barnblöjor och därmed inte omfattas av kraven som ställs på produktgruppen. Att en anbudsgivare ska anta och förstå att ej undantagna produkter inte omfattas av de krav som ställts är orimligt och är att betrakta som en efterhandskonstruktion för att legitimera ett bristfälligt förfrågningsunderlag. Om produkter som inte tillhör produktgruppen mjukpapper & barnblöjor av självklarhet inte skulle omfattas av kraven skulle

även servetter med självklarhet undantas från detta krav. Servetter tillhör varugruppen engångsmaterial och inte mjukpapper & barnblöjor. Torkduk Softwash är en s.k. non-woven produkt. Produkten omfattas av skall-kravet att uppfylla kriterierna för Svanenmärkning eller Bra Miljöval. I likhet med andra Non-woven produkter uppfyller produkten inte dessa kriterier. Denna uppgift kan styrkas av producenten SCA Hygiene Products eller kontrolleras på Svanens hemsida. Att servetter, centrumboxar och non-woven produkter inte skulle omfattas av ställda skall-krav framgår inte av förfrågningsunderlaget och ska därför underkännas i de fall där kriterierna för Svanenmärkning eller Bra Miljöval inte uppfylls. Att anbudsgivarna förklarat att produkterna uppfyller ställda skall-krav ger inte kommunen rätt att inom ramen för LOU godkänna produkter som inte uppfyller kraven. Produkterna skulle ha underkänts och anbudet diskvalificerats. Även bolaget har offererat dessa produkter varför bolagets anbud naturligtvis också skulle ha underkänts. – I förfrågningsunderlaget anges att av de kvalificerade anbudsgivarna kommer anbudet med lägsta pris att antas som vinnare. Någon ytterligare förklaring av vad som anses vara lägsta pris ges inte. Eftersom längd och vikt för toalettpapper, hushållspapper samt torkrullar skulle anges i Anbudsspecifikationen kunde man på goda grunder anta att beräkningen av pris skulle baseras på dessa uppgifter. Det ger en skev och oriktig prisjämförelse att vid utvärderingen av lägsta pris enbart jämföra lägsta pris per styck. Det ger då en kraftig fördel att t.ex. lämna pris på en hushållspappersrulle som är 55 meter jämfört med en rulle som är 97 meter. Kommunen har vid prisutvärderingen jämfört produkterna rulle mot rulle samt pris per styck mot pris per styck. Detta har gett en felaktig och bristfällig jämförelse och utvärdering. En utvärdering på det sättet kan endast göras om produkterna har samma specifikationer. Eftersom kommunen kan se att anbudsgivarnas offererade produkter avviker i längd mellan varandra måste en omräkning av styckepriser till pris per meter göras. Att underlåta att göra denna omräkning står i strid mot likabehandlingsprincipen, principen om transparens och 1 kap. 9 § LOU. – Kommunen anför i länsrätten att man i

förfrågningsunderlaget i de flesta fall angett en produkt med tillägget ”eller likvärdig” och att med likvärdig menas produkter med i stort sett samma vikt. Att ställa så luddiga krav som ”i stort sett” är ett helt nytt sätt att utvärdera pris och borde därför ha angetts i förfrågningsunderlaget. Naturligtvis ska produkterna utvärderas i gram för att få en riktig jämförelse. Kommunen anför vidare i länsrätten att ett annat skäl till att man utvärderat rulle mot rulle är att ”En faktor som spelar in är att offererade rullar måste få plats i befintliga behållare”. Denna uppgift är ny och finns inte med i förfrågningsunderlaget. Den är direkt konkurrensbegränsande och ger anbudsgivare av kommunens befintliga fabrikat en otillbörlig konkurrensfördel som inte kan betraktas som ringa. – Bolaget har inte hävdats att längd- och/eller viktjämförelse skulle vara till bolagets fördel i alla fall. Däremot skulle det ge en riktig prisjämförelse mellan de olika anbudsgivarnas produkter. – Bolaget kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU eftersom det på goda skäl kan antas att bolaget vid en korrekt genomförd upphandling skulle ha antagits som leverantör.

Bolaget har bifogat en alternativ prisutvärdering vid vilken produkterna jämförts pris per meter. Vid sådan utvärdering samt att priserna på blöjor (position 27 och 28) korrigerats är bolagets anbudspris 239 368 kr lägre än Procurators pris.

Kommunen anför. Bolaget menar att kommunen borde ha förstått att i anbudet angivna priser på positionerna 27 och 28 uppenbarligen var felaktiga. Detta påstående avvisas. Kommunens mångåriga erfarenhet visar att det inte är ovanligt att anbud uppvisar stora prisskillnader beträffande olika artiklar inom en varugrupp. Företag har olika inköpsvillkor och väljer av strategiska och taktiska skäl att hålla mycket låga priser på vissa artiklar och höga priser på andra. Kommunen har på enskilda artiklar upplevt prisskillnader som vida överstiger tre gånger vad en konkurrent offererat utan att det varit någon felaktighet i anbudet. Det finns inte någon substans i vad

som anförs om att kommunen borde ha insett att bolagets pris på position 27 och 28 var uppenbart fel. Ett konkurrerande anbud från ett företag inom samma koncern som bolaget har offererat ett högre pris på position 27 och 28 än bolaget gjort. Det företaget har offererat 6,50 kr/st såväl på position 27 som på position 28. Företaget diskvalificerades i upphandlingen, men det är intressant att ett företag i samma koncern offererat ett högre pris än bolaget. Detta förstärker uppfattningen att prisbilden i bolagets anbud på intet sätt är orimlig. – Det vore djupt oetiskt att ta kontakt med en anbudsgivare och fråga om inte deras pris är för högt. I en öppen upphandling finns inte någon förhandlingsmöjlighet och ett sådant agerande vore diskriminerande mot övriga anbudsgivare. Det skulle gynna den tillfrågade anbudsgivaren på ett otillbörligt sätt till men för övriga konkurrenter. Får man som anbudsgivare en sådan fråga skulle man naturligtvis justera sitt pris. – Bolaget anför vidare att den vinnande anbudsgivaren Procurator offererat tre produkter som inte uppfyller kriterierna för Svanenmärkning eller Bra Miljöval och därmed inte uppfyller samtliga skall-krav. Centrumboxar är stödprodukter och ingår inte i produktgruppen Mjukpapper & Barnblöjor. Det är en självklarhet att dessa produkter inte omfattas av kraven som ställs på produktgruppen. Torkduk Softwash är en non-woven produkt som är välkänd av kommunen. Produkten är funktionell och fungerar utmärkt i verksamheten. Av den anledningen angavs varumärket i förfrågningsunderlaget, även om likvärdig produkt kunde offereras. Samtliga anbudsgivare, även bolaget, har offererat denna produkt. Samtliga anbudsgivare har även svarat Ja på frågan om produkterna uppfyller kriterierna för Svanenmärkning eller Bra Miljöval. Kommunen har ingen anledning att misstro anbudsgivarna som är specialister på varuområdet. Att samtliga anbudsgivare unisont förklarar att denna produkt uppfyller kriterierna för Svanenmärkning eller Bra Miljöval räcker för kommunen. Även om produkten inte är miljömärkt kan den mycket väl motsvara kriterierna. Bolagets påstående rörande Procurator gäller även dem själva. Även bolaget har offererat de produkter som man nu hävdar inte uppfyller samtliga krav.

Samtidigt har man svarat Ja på frågan om produkterna uppfyller kriterierna för Svanenmärkning eller Bra Miljöval. - Bolaget anför att kommunen borde ha tagit hänsyn till längd och vikt på toalettpapper, hushållspapper och torkrullar. Det är korrekt att vikt och längd kan skilja mellan olika offererade produkter. I de flesta fall har kommunen angett en produkt med tillägget ”eller likvärdig”. Med likvärdig menas produkter med i stort sett samma vikt. En annan faktor som spelar in är att offererade rullar måste få plats i befintliga behållare. Kommunen delar inte bolagets synpunkt att styckepriset borde göras om till pris per meter. En produkt kan vara lång, tunn och väldigt smal, vilket skulle ge ett lågt pris per meter men sannolikt dålig funktion, t.ex. högre åtgång vid varje tillfälle. Om omräkning ska göras är det korrekta att jämföra gramvikten per rulle. En sådan omräkning skulle leda till att prisskillnaden mellan Procurator och bolaget ökar med ytterligare cirka 166 000 kr till bolagets nackdel. En sådan omräkning påverkar således inte den inbördes ordningen mellan anbudsgivarna.

Länsrättens bedömning

Bolaget anför att det beträffande två positioner i anbudet av misstag angett fel prisuppgifter och att det rört sig om ett sådant uppenbart fel att det haft rätt till rättelse. För att en anbudsgivare ska ha rätt till rättelse krävs att det rör sig om en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Som bolaget påpekat torde i ordet uppenbar ligga att den upphandlande myndigheten insett eller borde ha insett misstaget. Det måste således vara klart och tydligt att det verkligen är fråga om ett misstag från anbudsgivarens sida. I förevarande mål uppger bolaget att priset av misstag angetts tre gånger högre än vad som avsetts. Med hänsyn bl.a. till vad som anförts av kommunen om att prisskillnader mellan olika anbud kan vara betydande kan det enligt länsrättens mening inte anses vara fråga om ett uppenbart fel. Att tillåta ändring av i anbudet angivna prisuppgifter skulle i förevarande fall strida mot likabehandlingsprincipen och innebära en

otillåten särbehandling av bolaget. Förutsättningar för att medge rättelse föreligger således inte.

Vidare anför bolaget att den vinnande anbudsgivaren Procurator offererat tre produkter; Centrumbox S, Centrumbox M och Torkduk Softwash, som inte uppfyller i förfrågningsunderlaget angivet skall-krav att uppfylla kriterierna för Svanenmärkning eller Bra Miljöval. Kommunen anför att centrumboxar är stödprodukter och inte ingår i produktgruppen Mjukpapper & Barnblöjor varför det är en självklarhet att produkterna inte omfattas av kraven. Länsrätten noterar utifrån vad som angetts i Anbudsspecifikationen om förbrukning under år 2007 att centrumboxar inte är någon förbrukningsvara. Det synes vara fråga om en helt annan typ av produkt än övriga efterfrågade produkter. Detta talar för att kommunen inte avsett att produkterna skulle omfattas av det aktuella skall-kravet. Det framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget att centrumboxar skulle vara undantagna varför förfrågningsunderlaget måste anses vara bristfälligt i detta avseende. Bristen är enligt länsrättens mening dock av smärre art och omfattning och torde därför inte ha påverkat utformningen av anbudet. Länsrätten finner därför inte att bristen medfört att principen om förutsebarhet skulle ha trätts för när. – Vad gäller produkten Torkduk Softwash har kommunen efterfrågat ett specifikt varumärke men även gett möjlighet att offerera likvärdiga produkter. Även om den specifikt efterfrågade produkten inte skulle uppfylla aktuellt skall-krav vore det enligt länsrättens mening orimligt och strida mot principen om förutsebarhet att inte utvärdera anbud som offererar i förfrågningsunderlaget efterfrågade produkter.

Kommunen har vid prisutvärderingen jämfört styckepriser samt pris rulle mot rulle. Länsrätten finner, i likhet med vad som anförs av bolaget, att eftersom det för toalettpapper, hushållsrullar samt torkrullar skulle anges längd och vikt i anbudet här anbudsgivarna haft skäl att anta att dessa uppgifter skulle komma att beaktas vid utvärderingen samt att det ger en skev

och oriktig prisjämförelse att enbart jämföra styckepriser. För att få en rättvisande jämförelse torde det korrekta vara att, som kommunen anfört, jämföra gramvikten per rulle. En sådan omräkning skulle enligt kommunen vara till nackdel för bolaget. Detta har inte bestritts av bolaget. På grund av det anförda finner länsrätten att det inte framkommit att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av den felaktiga utvärderingen. Inte heller den jämförelse som bolaget gjort beträffande pris per meter visar att bolagets pris skulle vara lägre än Procurators i fall man räknar på icke korrigerade priser beträffande position 27 och 28.

På grund av det anförda och då vad som i övrigt anförts av bolaget inte medför att upphandlingen kan anses strida mot de gemenskapsrättsliga principerna, 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU kan ansökan inte bifallas.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 30 maj 2008.

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


Helén Leijon

Upplysning: Överklagandetiden enligt bifogad bilaga är tre veckor. Den tid under vilken ett överklagande kan tas upp till prövning av kammarrätten kan dock bli kortare. En ansökan om överprövning av offentlig upphandling får nämligen normalt inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt avseende det som upphandlas. Kammarrätten får dock även om ett kontrakt

föreligger normalt pröva ansökan till dess att tio dagar gått från det att länsrätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.