



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden Helene Larsson

DOM

2011-05-11

Meddelad i

Växjö

Mål nr

4942-10, 5082-10, 5092-10,
5093-10, 5094-10, 5096-10,
5097-10, 5098-10, 5099-10,
5100-10, 4945-10

SÖKANDE

Procurator AB, 556002-1387
Box 9504
200 39 Malmö

Ombud: Advokat Martin Dell
Martin Dell Advokatbyrå
Rödhakegatan 10
254 50 Helsingborg

KONKURRENSVERKET	
2011-05-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Se partsförteckning, bilaga 1

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Kommunerna i Kalmar, Borgholm, Emmaboda, Högsby kommun, Mönsterås, Mörbylånga, Nybro, Oskarshamn, Torsås, Västervik och Vimmerby (kommunerna) har gemensamt genomfört en upphandling av bl.a. rengöringsmedel och städartiklar. Upphandlingen har administrerats av Kalmar kommun och har skett i form av ett öppet förfarande och varit delbar på två ramavtal. Enligt tilldelningsbeslutet inkom fyra anbud varav alla utom Procurator AB (Procurator) kvalificerade sig till utvärdering. Nybloms papper AB bedömdes ha det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende bägge delarna och tilldelades därför kontrakten.

Förvaltningsrätten beslutade den 18 november 2010 att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att domstolen beslutar något annat.

Den 18 november 2010 överlämnades mål avseende Vimmerby och Västerviks kommuner genom beslut från förvaltningsrätten i Linköping.

Procurator ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget ska kvalificeras och att utvärderingen ska göras om. I andra hand yrkar Procurator att upphandlingen görs om.

Som grund för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Procurators anbud har förkastats på felaktiga grunder vilket strider mot principerna om proportionalitet och likabehandling. Kommunerna har anmärkt på 27 offererade produkter. Procurator medger enbart att 11 av dessa har offererats på felaktigt sätt. De övriga 16 produkterna (under positionerna 2, 10, 13,

15, 16, 17, 18, 20, 21, 64, 71, 79, 100, 101, 102 och 107) måste anses likvärdiga med de efterfrågade.

Kommunerna bryter mot likabehandlingsprincipen genom att hänvisa till referensprodukter i underlaget. Detta har delvis medfört att endast en tillverkarens produkter kan erbjudas, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Hänvisning är tillåten endast om förutsättningarna i 6 kap. 4 § LOU är uppfyllda. Det hade varit objektivt möjligt för kommunerna att beskriva föremålen för upphandlingen tydligt och begripligt på ett annat sätt. Egenskaperna hade kunnat definieras med hjälp av uppgifterna från produktdatabladen. Kommunerna påstår att de inte har kompetens att specificera produkterna på annat sätt. Detta stämmer inte eftersom de med egna resurser analyserat varenda alternativ produkt.

Bolaget har lämnat lägsta pris på upphandlingens båda delar. Dessutom har offererats 0-5 respektive 0-10 leveransdagar samt innehav av certifierat kvalitets- och miljöledningssystem. Högsta poäng ska därför tilldelas även vid utvärderingen i dessa delar.

Kravet att det ska offereras likvärdiga produkter strider mot principen om transparens eftersom det ingenstans i underlaget informeras om vilka krav som måste vara uppfyllda för att en vara ska anses som likvärdig referensprodukterna. Det enda som framgår är ett artikelnummer och en kort beskrivning av referensprodukten. Kommunerna har inte gett någon instruktion om vilka informationskällor som anbudsgivarna ska använda.

Kommunerna bestrider bifall till överklagandet och har i huvudsak anfört följande. I underlaget har angetts att minst 90 % av efterfrågade produkter ska offereras d.v.s. 128 av 142. Det har även angetts att likvärdiga produk-

ter accepteras. Om så inte har skett diskvalificeras anbudsgivaren. En hänvisning görs till tillverkarnas artikelnummer i underlaget. Underlaget innehåller dock begränsad information. Det är alltså inte enbart information från denna som avgör om en produkt kan anses likvärdig eller inte. Anbudsgivarna kan läsa på tillverkare och nuvarande leverantörers hemsida om produkternas egenskaper. På marknaden finns en mängd produkter som är likvärdiga och många leverantörer har därför haft möjlighet att lämna anbud.

Utformningen av underlaget står inte i strid med LOU. Upphandlingen omfattar många produkter av varierande slag. Det är inte praktiskt möjligt att beskriva varje enskild produkt på ett sådant klart och tydligt sätt att anbudsgivarna kan avgöra vad som efterfrågas utan att hänvisa till referensprodukter. Kommunerna har inte experter avseende varje produkttyp som uttömmande kan beskriva varje produkts relevanta egenskaper. Det är även ett väldigt tidskrävande arbete. Dessutom förfogar de potentiella leverantörerna över den kunskapen. Resterande anbudsgivare i upphandlingen har inte haft några problem att avgöra vad som är likvärdigt.

Ställda krav har inte varit för snäva. Ett stort antal av anbudsgivarnas offererade produkter har accepterats som likvärdiga. I tveksamma fall har man valt att acceptera produkten i stället för att diskvalificera den. Det finns ingen skyldighet för en upphandlande myndighet att specificera i vilka avseende en vara är likvärdig. Produkten ska vara likvärdig i alla relevanta delar och individuell bedömning görs avseende varje produkt. Procurator har mycket god kännedom om flertalet av referensprodukterna. LOU uppställer inga krav på beställaren att specificera i förfrågningsunderlaget vilka egenskaper en produkt ska ha för att anses likvärdig den efterfrågade. Detta får i stället avgöras från fall till fall i den konkreta situationen. Det har

även angetts i underlaget att det är kommunerna som avgör vad som är likvärdigt. Det är riktigt att kommunerna i efterhand har tvingats göra bedömningen av om offererade produkter är likvärdiga med angivna referensprodukter.

Offererade produkter under positionerna 2, 10, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 64, 71, 79, 100, 101, 102 och 107 är inte likvärdiga med de efterfrågade. Enligt kommunerna har Procurator de efterfrågade produkterna eller motsvarande i sitt sortiment men har ändå valt att offerera andra billigare icke likvärdiga varor. Bolaget har inte ens påstått att andra produkter skulle offererats om underlaget formulerats annorlunda. Procurator har inte heller visat att bolaget lider eller riskerar att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Domstolen har enbart att pröva vad som omfattas av parternas yrkanden samt åberopade handlingar.

Transparensprincipen

Ett förfrågningsunderlag uppfyller principen om transparens bl.a. om de obligatoriska kraven är så pass tydliga och förutsebara att anbudsgivaren har möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Av utredningen i målet framgår att de efterfrågade varorna och dess krav ska läsas ut ur en sortimentssammanställning av nuvarande leverantörs produkter. I sammanställningen finns information under respektive produkt (bl.a. nuvarande leverantörs artikelnummer, produktnamn och förpackningsstorlek). Det anges att även likvärdiga produkter får offereras. I un-

derlaget framgår inte var anbudsgivaren inhämtar information om vilka övriga krav som ställs på varje produkt. Kommunerna har i yttrande angett att uttömmande information om efterfrågade varor inte enbart kan utläsas av underlaget samt att myndigheterna i efterhand har bedömt om en offere-rad vara kan anses vara en likvärdig produkt med en i sortimentsbeskriv-ningen.

Förvaltningsrätten konstaterar att även om en anbudsgivare skulle ha god kännedom om konkurrerande producenters och grossisters produkter kan de inte utifrån informationen i förfrågningsunderlaget utröna vilka egen-skaper hos de efterfrågade varorna kommunerna tillmäter betydelse och vilka andra produkter som myndigheterna därför anser vara likvärdiga. Detta innebär att oavsett om Procurator marknadsför de i underlaget namn-givna produkterna har inte utrymme funnits för bolaget att kalkylera med likvärdiga billigare produkter.

Kommunerna har i yttrande bl.a. angett att efterfrågade varor inte kunnat specificeras bättre med hänsyn till tidsbrist eller att det saknas kompetent personal. Detta kan inte anses vara godtagbara skäl att frångå kraven i LOU. Dessutom framgår av kommunernas yttrande att kommunerna utgått från nuvarande leverantörers produktblad under utvärderingen när bedöm-ning gjorts om varorna uppfyller ställda krav. Dessa hade med lätthet kun-nat bifogas underlaget.

Det sagda innebär att de obligatoriska kraven i underlaget inte kan anses tydliga och förutsebara på ett sätt att potentiella anbudsgivare haft möjlig-het att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kommunerna har därför brutit mot principen om transparens.

Principen om likabehandling

Likabehandlingsprincipen innebär att leverantörer och de produkter som erbjuds ska behandlas lika. Förfrågningsunderlaget är utformat på ett sätt som gör det svårt för anbudsgivarna att bedöma vilka produkter som kan bedömas som likvärdiga angivna märken. Det är därför enklare att offerera den redan namngivna varan. Angivandet av specifikt varumärke torde därför i aktuellt mål gagna det varumärket vilket får anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrättens samlade bedömning är därför att förfrågningsunderlaget inte kan anses uppfylla principerna om transparens eller likabehandling som myndigheterna enligt 1 kap 9 § LOU är skyldiga att följa.

Enligt 16 kap 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget och därför är inte rättelse en tillräcklig åtgärd. Procurator får anses lida skada eftersom kommunernas otydliga underlag förhindrat bolaget att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Procurators ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att den aktuella upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109-1D-LOU)

Göran Lundahl



Partsförteckning

1. Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar

2. Borgholms kommun
Box 52
387 21 Borgholm

3. Emmaboda kommun
Box 54
361 21 Emmaboda

4. Högsby kommun
579 80 Högsby

5. Mönsterås kommun
Box 54
383 22 Mönsterås

6. Mörbylånga kommun
386 80 Mörbylånga

7. Nybro kommun
382 80 Nybro

8. Oskarshamns kommun
Box 706
572 28 Oskarshamn

9. Torsås kommun
Box 503
385 25 Torsås

10. Västerviks kommun
593 80 Västervik

11. Vimmerby kommun
Stadshuset
598 81 Vimmerby

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ

INKOM: 2011-05-09
MÅLNR: 4942-10
AKTBIL: 33



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 var till 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 3109/1D LOU