



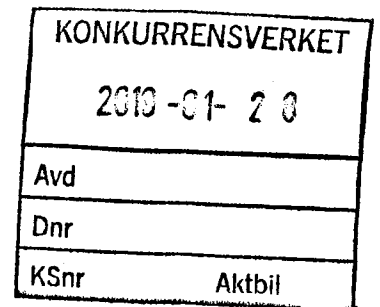
SÖKANDE

Eurofins Water Testing Sweden AB, 559115-3613

Ombud: Jur.kand. Christoffer Erlandsson och Advokat Roger Wier
Advokatfirman Morris AB

MOTPART

1. Alvesta kommun
2. Lessebo kommun
3. Ljungby kommun
4. Markaryds kommun
5. Tingsryds kommun
6. Uppvidinge kommun
7. Wexnet AB, 556923-9444
8. Växjöbostäder AB, 556935-3534
9. Växjö Energi AB, 556187-5203
10. Växjö Energi Elnät AB, 556526-8512
11. Växjö Fastighetsförvaltning AB, 556087-6038
12. Växjö kommun
13. Älmhults kommun



Ombud: Växjö kommun

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTEN AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Alvesta kommun, Lessebo kommun, Ljungby kommun, Markaryds kommun, Tingsryds kommun, Uppvidinge kommun, Wexnet AB, Växjöbostäder AB, Växjö Energi AB, Växjö Energi Elnät AB, Växjö Fastighetsförvaltning AB, Växjö kommun och Älmhults kommun

(Kommunerna) genomför en upphandling av laboratorietjänster 2018; dnr KS 2018-00191. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. Kommunerna har genom tilldelningsbeslut den 10 september 2018 beslutat att anta annan leverantör än Eurofins Water Testing Sweden AB (Eurofins).

Eurofins yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny kvalificering och utvärdering sker varvid Eurofins anbud ska kvalificeras till utvärderingen. I andra hand yrkar Eurofins att upphandlingen ska göras om. Eurofins har lidit, eller i vart fall riskerar att lida skada.

Kommunerna anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Eurofins

Kommunerna har agerat i strid med 4 kap. 1 § LOU eftersom kommunerna har förkastat ett anbud som uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda ska-krav. Kommunerna skulle rätteligen ha kvalificerat Eurofins anbud. Vad gäller yrkandet i andra hand gör Eurofins gällande att upphandlingen har brustit i transparens och öppenhet. Kommunerna har förkastat Eurofins på en grund som inte angivits i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget anges inte att det utgör ett obligatoriskt krav för anbudsgivarna att komma in med en beskrivning av erbjudna ”extra insatser”, utan det har endast angetts att en sådan beskrivning ska bedömas i utvärderingen.

Eurofins anbud har enligt kommunerna förkastats eftersom Eurofins inte uppfyller punkten 3.4 i förfrågningsunderlaget. I nämnda punkt anges det att anbudsgivaren ska kunna erbjuda extra insatser enligt kravspecifikationen. Eurofins har uttryckligen angivit i anbudet att man erbjuder extra insatser. I

punkten anges vidare att en bedömning kommer att göras utifrån anbudsgivarens beskrivning i anbudet. Vidare i denna punkt är "vågsymbolen" angiven och denna är definierat som att "frågan är viktad och ingår i utvärderingen". Det finns inte något uttryckligt obligatoriskt krav i upphandlingen att lämna en beskrivning avseende de extra insatser som erbjuds av anbudsgivaren. Det faktum att Eurofins uppenbarligen har missat att bilagera en beskrivning till sitt anbud är alltså inte en grund för uteslutning. Det är dock en fråga för utvärderingen av Eurofins anbud och som givetvis hade påverkat Kommunernas utvärdering av Eurofins anbud negativt i den delen.

Kommunerna

Enligt kommunernas uppfattning så borde det vara rimligt att en anbudsgivare ska ha kommit in med någon form av konkretisering (beskrivning, information) av ett ställt krav för att kommunerna i utvärderingsfasen ska ges en möjlighet att kunna göra en utvärdering av anbudsgivarens beskrivning. Innebörden av punkten 3.4. i upphandlingsdokumenteten är att anbudsgivare ska kunna erbjuda extra insatser och att detta ska konkretiseras genom en beskrivning i anbudet. Det framgår även tydligt av upphandlingsdokumentet i punkten 3.4 "*beskriv nedan eller ange i bilaga vilket sidnummer vi kan hitta svaret*". Det har varit av vikt för kommunerna att i enlighet med punkten 3.4. få information och vetskap kring huruvida en anbudsgivare kan skapa trygghet genom rådgivning och erbjudande av extra hjälp vid krissituationer. Vid anbudstidens utgång så kan det konstateras att Eurofins inte lämnat in någon konkretisering av punkten 3.4 varvid Eurofins anbud varit inkomplett och därmed förkastats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 4 kap. 1 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan förutse vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid utvärderingen av anbuden. I samma dom uttalar HFD att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet emellertid gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de grundläggande principerna inte träds för när. EU-domstolen har understrukit vikten av att alla anbudsgivare ska

kunna tolka uppställda kriterier på samma sätt och angett att förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00, SIAC Construction, p. 42). I regel gäller den upphandlande enhetens tolkning av krav ställda i förfrågningsunderlaget, så länge förfrågningsunderlaget är tydligt och otvetydigt. Det är vidare den upphandlande enheten som får stå den huvudsakliga risken för eventuella otydligheter i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrättens bedömning

Eurofins gör gällande att bolaget uppfyller alla ställda obligatoriska krav och menar att punkten 3.4 inte är ett obligatoriskt krav. Punkten 3.4 har enligt Eurofins endast med utvärderingen att göra.

I punkten 3.4 ”extra insatser” anges följande:

Anbudsgivare ska kunna erbjuda extra insatser enligt kravspecifikationen. Beskriv hur anbudsgivaren arbetar för att erbjuda upphandlande myndigheter hög kompetens och kapacitet samt tillgänglighet vid extra insatser enligt kravspecifikationen samt till vilken eventuell tillkommande kostnad för utförande av analyser på helgdagar och eventuell tillkommande provhämtningskostnad (anges per kommun och provhämtningstillfälle). Ange också om ni erbjuder tillgång till ett journummer och när detta i så fall kan användas. En bedömning kommer att göras utifrån anbudsgivarens beskrivning i anbudet. Ansvarig upphandlare kommer att närvara vid utvärderingstillfällena, men deltar ej i utvärderingen.

Kommunerna anför att innebörden av punkten 3.4. i upphandlingsdokumenteten är att anbudsgivare ska kunna erbjuda extra insatser och att detta ska konkretiseras genom en beskrivning i anbudet samt att detta tydligt framgår av skrivningen i punkten.

För att en formulering i ett förfrågningsunderlag ska anses utgöra ett obligatoriskt krav, måste det uttryckligen framgå av ordalydelsen att det är fråga om ett sådant krav. Förvaltningsrätten konstaterar, så som Eurofins anfört, att symbolförklaringen för ett obligatoriskt krav saknas vid punkten 3.4. Enligt förvaltningsrättens mening kan emellertid inte enbart avsaknaden av symbolen innebära att punkten inte skulle utgöra ett obligatoriskt krav som ska vara uppfyllt för att kunna utvärderas. Av förfrågningsunderlaget framgår ett krav på extra insatser. I samma stycke står det *"Beskriv hur anbudsgivaren arbetar för att erbjuda upphandlande myndigheter hög kompetens och kapacitet samt tillgänglighet vid extra insatser enligt kravspecifikationen samt till vilken eventuell tillkommande kostnad för utförande av analyser på helgdagar och eventuell tillkommande provhämtningskostnad (anges per kommun och provhämtningstillfälle)"*. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund härav att det av formuleringen framgår att även beskrivningen omfattas av det obligatoriska kravet som måste vara uppfyllt.

Förvaltningsrätten bedömer även att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare bör kunna tolka innebörden av förfrågningsunderlaget på samma sätt och att det således inte har brutit i transparens och öppenhet.

Förvaltningsrätten konstaterar därmed att samtliga obligatoriska krav i Eurofins anbud inte var uppfyllda vid anbudstidens utgång. Kommunernas hantering av anbudet har därför varit korrekt och Eurofins har rätteligen uteslutits ur upphandlingen på grund av brister i sitt eget anbud. Eurofins har således inte visat att kommunerna har brutit mot LOU i upphandlingen och skäl för ingripande enligt LOU saknas därmed. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Kristina Jonsson

rådman

Föredragande: Tove Engelkes



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

