



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2014-03-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
29237-13

1

SÖKANDE

Master Design Sverige AB, 556347-9178
Upplagsvägen 1
117 43 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-03-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Master Design Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 445866

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomförde en upphandling avseende profilprodukter och presentreklam. Upphandlingen sker genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslutet daterat den 25 november 2013 framgår att kommunen har beslutat att anta anbud från Rodemreklam AB (Rodemreklam).

Master Design Sverige AB (Master Design) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att det vinnande anbudet förkastas, varvid ny tilldelning ska ske till de företag som uppfyller uppsatta obligatoriska krav alternativt att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Master Design bl.a. följande. Under anbudsutvärderingen uteslöts samtliga anbud utom ett, Rodemreklams anbud. Tre av de produkter som ingick i Rodemreklams anbud och i utvärderingen uppfyller inte den produktspecifikation som kommunen ställt upp i upphandlingen. Trots detta har Rodemreklam inte uteslutits. Vid en genomgång av testprotokollen har det visat sig att identiska produkter från olika anbudsgivare fått helt olika bedömning. Identiska produkter från en och samma leverantör har i flera fall bedömts helt olika och fått allt från mycket höga poäng till underkänt. Master Design har efter tilldelningsbeskedet haft ett möte med kommunen och då besiktigat inlämnade prover. Efter det har Master Design skriftligen framfört de brister och felaktigheter som bolaget anser åvilar utvärderingen av upphandlingen. Kommunen har dock meddelat att de trots påpekandena inte ändrar sitt beslut. Följande av Rodemreklams produkter följer inte den uppsatta produktspecifikationen:

- Produkt nr 2, kulspetspenna. Av produktspecifikationen i bilaga 2 "Varuprover" (bilaga 2) framgår bl.a. att kulspetspennan ska ha artikelnummer 10614600 eller likvärdigt. Pennan får ha valfri text el-

ler bild i tvåfärgstryck. Rodemreklam har lämnat in prov på en penna som på en helt avgörande punkt inte följer specifikationen i bilaga 2. Pennan som hänvisas till med artikelnummer har twistfunktion. Rodemreklams penna har klickfunktion. En penna som inte har twistfunktion är inte en likvärdig produkt. Vidare har pennan trefärgstryck istället för tvåfärgstryck. Trots detta har pennan godkänts och fått 4,38 i medelbetyg. Alla bedömare har gett 5 poäng för trycket trots att kravet var ett tvåfärgstryck.

- Produkt nr 4, tubvävt nyckelband. Av bilaga 2 framgår bl.a. att nyckelbandet ska vara vitt med valfri text eller bild i tvåfärgstryck. Rodemreklam har lämnat prov på nyckelband med enfärgstryck. Bandet är lila. Trots detta har nyckelbandet godkänts och fått högsta betyg av alla bedömare både vad gäller tryck och utseende.
- Produkt nr 7, namnbricka. Namnbrickan ska enligt bilaga 2 bl.a. vara i borstad metall med valfri text eller bild i enfärgstryck. Rodemreklams namnbricka har tvåfärgstryck. Produkten har trots detta godkänts och fått höga betyg i utvärderingen.

Ingen av de tre ovan angivna produkterna uppfyller de krav som ställts upp i upphandlingsunderlagets bilaga 2. Enligt de krav kommunen ställt upp räcker det med att en produkt inte uppfyller kommunens produktspecifikation för att anbudet ska uteslutas. Testerna av produkterna är genomförda på ett undermåligt sätt där godtycke och eventuellt även partiskhet har varit accepterat. Kommunen har således på flera punkter brutit mot de grundläggande principerna som uppställs i LOU och detta medför skada för Master Design. Av Master Designs produkter underkändes fyra stycken i bedömningen. Alla fyra produkter var identiska med Rodemreklams:

- Produkt nr 5, slaskskrapa i plast. Enligt bilaga 2 ska slaskskrapan bl.a. tåla maskindisk i 40 grader och ha valfri text eller bild i tvåfärgstryck. Master Design och Rodemreklam har lämnat in identiska slaskskrapor från samma tillverkare. Utvärderingen av slaskskraporna skiljer sig trots att skraporna är identiska. Rodemreklam fick medelbetyg 4,25 och Master design fick 4,75. Avseende tryckets kvalitet fick Master Design medelbetyget 1,0 och Rodemreklam fick medelbetyget 4,0. Vid Master Designs besiktning visade produkterna likvärdiga skador. Trycket på Rodemreklams skrapa är levererad som prov från tillverkaren Plastprint. Master Design fick samma prov men underkände kvalitén. Tillverkaren uppgav då att proverna med det aktuella trycket var reklamationer dvs. en inte godkänd produkt. Master Design valde därför att trycka upp en annan logotyp som är det prov som finns med i utvärderingen. Master Design har maskindiskat detta prov i 55 grader utan någon som helst påverkan på trycket. Med anledning av detta i frågasätter Master Design i vilken temperatur produkterna har maskindiskats. I bilaga 2 står det diskmaskin 40 grader men i protokollet står det 50 grader.
- Produkt nr 6, jacka. Rodemreklam och Master Design lämnade in identiska jackor enligt angiven beskrivning. Rodemreklams jacka blev godkänd och Master Designs jacka blev underkänd. Skillnaden i betyget avsåg inte trycket utan bedömningen för utseende och kvalitet.
- Produkt nr 7, namnbricka. Vid en jämförelse av produkterna konstateras att både Master Designs och Rodemreklams namnbricka är tillverkade av borstad metall enligt angiven beskrivning. Master Designs namnbricka har mått enligt beskrivningen emedan Rodemreklams är mindre. Rodemreklams namnbricka har tvåfärgstryck och skulle således ha underkänts. Båda namnbrickornas tryck är av

bra kvalitet. Trots detta har Rodemreklams produkt fått medelbetyget 3,92. Master Designs produkt har fått medelbetyget 1, 67 och underkänts. I protokollet står noterat att Master Designs produkt känns som plast, inte gravyr. Ingen av produkterna har gravyr och det ingår inte i specifikationen.

- Produkt nr 10, pikétröja. Rodemreklam och Master Design lämnade in identiska pikétröjor från samma leverantör enligt angiven beskrivning. Rodemreklams pikétröja blev godkänd och Master Designs identiska tröja blev underkänd. Skillnaden i betyg gällde inte trycket utan bedömningen avseende utseende och komfort.

Kommunen har enligt ovan på flera punkter brutit mot de grundläggande principerna i LOU och detta kommer medföra skada för Master Design. När kommunen samanställt testet har den inte uppmärksammat den tydliga skillnaden i hur identiska produkter har bedömts. Efter tilldelningsbeslutet och efter frågor från Master Design har kommunen ändrat sig avseende två produkter, pennan och jackan, på så sätt att de anbudsgivare som lämnat in produkter med de i bilaga 2 specificerade artikelnumren har fått högst poäng. Två produkter har tagits bort, pikétröja och Roll Up, med hänvisning till prislistan i bilaga 1. Detta är ett felaktigt beslut mot bakgrund av vad som framgår av prislistan. I prislistan finns två kolumner, en för pris 0-100 st. och en för pris 101-200 st. I den senare kolumnen står "utvärderas ej", dvs. att priset utvärderas i upphandlingen på totalpriset för 0-100 st. Följs detta ska ingen produkt utvärderas vilket är felaktigt. Ytterligare en produkt, USB-minne, har tagits bort efter tilldelningsbeskedet med hänvisning till att den med artikelnummer specificerade produkten inte motsvarar kommunens krav. Detta trots att kravet kommer från kommunen och ställts upp i upphandlingsunderlaget. Således har fem av totalt tolv produkter tagits bort och på ytterligare två har poängbedömningen förändrats. För de produkter som kvarstår i upphandlingen är bedömningen oklar och obegriplig. Ett exempel på detta är produkt nr 8, mugg. Rodemreklam, Master De-

sign och ytterligare en anbudsgivare har lämnat in identiska muggar från samma tillverkare och alla har ett enfärgstryck av hög tryckkvalité. Trots detta är betygssättningen markant olika. Sammanfattningsvis har alltså kommunen på flera punkter i olika delar av utvärderingen brutit mot de grundläggande principerna i LOU och detta kommer medföra skada för Master Design.

Kommunen bestrider bifall till Master Designs ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen har genomfört en upphandling av profilprodukter. En upphandling som på grund av dess karaktär innehåller bedömningar av bl.a. design och utseende. Vidare krävs tester och prover. De grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU har i alla delar följts. Master Designs uppfattning att kommunen gjort en felaktig bedömning i anbudsutvärderingen stämmer inte. En opartisk utvärderingsgrupp har genomfört tester och prover enligt förfrågningsunderlaget. Det är inte anbudsgivarna som utvärderar anbuden, det gör kommunen och det har i sin helhet skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Utvärderingsgruppens samlade bedömning av de lämnade anbuden har resulterat i att vinnande anbud är Rodem-reklam då företaget lämnat det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är således inte en lägsta prisupphandling. Vissa typer av upphandlingar innehåller en skönmässig bedömning vilket är tillåtet. Att så är fallet framgår bl.a. av en dom ifrån Kammarrätten i Jönköping, mål nr 5-09.

Master Design har yttrat sig och anför bl.a. följande. En av de viktigaste och mest grundläggande principerna inom ramen för offentlig upphandling är att en ansökan som inte uppfyller uppställda obligatoriska krav inte kan, ska eller får beaktas vid anbudsutvärderingen. Den anbudsgivare som erhållit tilldelningsbeslutet uppfyller inte samtliga obligatoriska krav och ska därför förkastas. Enligt upphandlingsunderlagets svarsbilaga SK 13 "Produktbedömning" ska de fem anbudsgivare som offererar lägst pris och som sänt in varuprover enligt bilaga 1 "Prislista" och bilaga 2 gå vidare till ut-

värderingen. Utvärderingen ska ske enligt bilaga 3 "Utvärdering av varu-prover" (bilaga 3) och punkt 5.5 i de Administrativa föreskrifterna. Punkt 5.5 anger att anbudsutvärderingen omfattar vissa angivna moment och be-döms mot ställda obligatoriska krav. Av punkt 5.5. framgår bl.a. att an-budsgivaren måste uppfylla de obligatoriska kraven för att kunna antas. Rodemreklam har antagits trots att anbudsgivaren i tre fall lämnat anbud på produkter som inte överensstämmer med bilaga 2 och borde således uteslu-tits från utvärderingen. Master Design har inlämnat produkter som i alla delar överensstämmer med uppställda specifikationer. Kommunens förfar-ande är inte förenligt med de grundläggande principerna för LOU eller den beskrivning av skönsmässiga bedömningar som gjorts i det av kom-munen åberopade rättsfallet. Principerna för offentlig upphandling måste följas även då utvärderingen baseras på en skönsmässig bedömning. Om en upphandlande enhet avser att tillämpa en skönsmässig bedömning ska även denna bedömning grundas på en likartad behandling av de ingående pro-dukter/leverantörer som uppfyller ställda krav. Kommunen har agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU, vilket medför skada för Master Design.

Kommunen har yttrat sig och anfört att kommunen vidhåller att upphand-lingen har genomförts helt enligt förutsättningarna som finns beskrivna i förfrågningsunderlaget och att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU har följts i alla delar.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU följer att upphandlande myndigheter ska 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 upphandlingen 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Master Design har till stöd för att upphandlingen ska rättas alternativt göras om bl.a. anfört att Master Designs produkter bort tilldelas högre poäng i anbudsutvärderingen och att vinnande anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, varför det vinnande anbudet bort förkastas.

För att Master Design ska kunna anses ha lidit eller komma att lida skada krävs till att börja med att bolaget lyckas visa att anbudet uteslutits på felaktiga grunder, det vill säga att de varuprodukter som inte blivit godkända bort tilldelas högre poäng under anbudsutvärderingen. Förvaltningsrätten tar därför först ställning till om Master Designs anbud rätteligen förkastats.

Förvaltningsrätten förtydligar inledningsvis att en upphandlande myndighet har stor frihet att inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. De utvärderingskriterier som används ska vara tydliga och fattbart formulerade där även deras inbördes vikt ska anges. Hur tydligt utvärderingskriterierna kan anges är dock beroende av föremålet för upphandlingen. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra någon egen utvärdering av de lämnade anbuden utan endast att bedöma om utvärderingen skett i strid med LOU och vad som angivits i förfrågningsunderlaget.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande. De anbudsgivares anbud som anses uppfylla de obligatoriska kraven uppställda i bilaga 2 går vidare till anbudsutvärderingen. Under anbudsutvärderingen poängsätts inlämnade varuprover, i enlighet med bilaga 3, på en skala 1-5. Anbudsgivaren måste, för att klara utvärderingen, bl.a. få minst tre poäng på varje inlämnat varuprov. Master Design uteslöts under anbudsutvärderingen då produkt nummer 5 (slaskkrapa) och produkt nummer 7 (namnbricka) inte nådde upp till kravet på minst tre poäng. Avseende produkt nr 7 framgår följande av bilaga 3.

- Metallens och gravyrens kvalitet bedöms på en skala mellan 1-5
- Magnetfästet testat på olika tjocka underlag och ska fungera på konventionella inomhusplagg som t.ex. blus och kavaj. För att bli godkänd ska magnetfästet hålla på en yllekavaj som värderas 3 poäng på skalan 1-5
- Utseende bedöms på en skala 1-5

Master Designs namnbricka har inte bedömts uppfylla kraven på kvalitet och utseende. Kommentaren från produkttesterna var "Känns som plast. Ej gravyr.". Master Design har till stöd för att namnbrickan bort tilldelas högre poäng bl.a. anfört att namnbrickan är tillverkad av borstad metall enligt angiven beskrivning i bilaga 2 och att gravyr inte ingår i produktspecifikationen. Förvaltningsrätten anser dock att det av bilaga 3 tydligt framgår att gravyr är en faktor som kommer tas i beaktande vid utvärderingen och poängsättningen av namnbrickorna, och att detta borde stått klart för anbudsgivarna. Det har således inte framkommit annat än att utvärderingen av namnbrickorna skett med beaktande av förfrågningsunderlaget och tillhörande bilagor. Vad Master Design anfört utgör således inte skäl för en annan bedömning än att utvärderingskriterierna har formulerats i enlighet med LOU och att poängsättningen skett i överensstämmelse med de kriterier som angivits i utvärderingsunderlaget. Då Master

Designs namnbricka underkänts har bolaget inte nått upp till kravet på minst 3,0 poäng per produkt. Kommunen har således haft skäl för att utesluta Master Designs anbud och det saknas således anledning att bedöma huruvida poängsättningen av produkt nr 5 varit korrekt.

Frågan härefter blir då om Master Design kan anses ha lidit skada. Kamrarrätten i Jönköping har i dom den 28 mars 2012 (mål nr 3307-11) uttalat att en anbudsgivare som rätteligen har uteslutits från upphandlingen inte längre kan betraktas som en presumtiv leverantör. Anbudsgivaren kan därmed inte heller anses lida skada i den mening som avses i LOU. Mot denna bakgrund saknas skäl att göra någon ytterligare prövning av det som Master Design har anfört.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte finns förutsättningar för ett ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU)

Magnus Åhammar
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Elin Schmid har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.