

**LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN**

Föredragande: A-C. Ceder

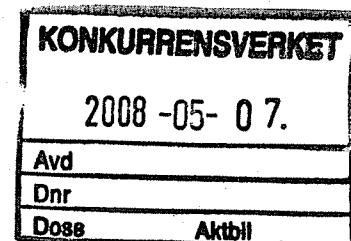
DOM
2008-05-05
Meddelad i
Luleå

Mål nr
580-08 E
Rotel 5

SÖKANDE

SCA Hygiene Products AB, 556007-2356
405 03 Göteborg

Ombud:
Advokaten Fredrik Linder
Jur. kand. Johan Rick
Box 715
101 33 Stockholm



MOTPART

Norrbottens läns landsting
971 89 Luleå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

Genom ett förfrågningsunderlag den 7 november 2007 infortrade Norrbottens läns landsting anbud enligt ramavtal för papper och plastprodukter (landstingets dnr 1643-07). Upphandlingen avser ett stort antal olika produkter, i handlingarna betecknade som positioner, med successiva avrop till landstinget. Avtalstiden är tre år med möjlighet till förlängning med maximalt två år. I en förteckning över produktspecifika krav anges under positionerna 630 och 635: Torkrulle stor samt liten. Skall vara av nyfiber. Skall vara hylslös rulle med mittmatning. Skall kunna användas i befintliga M-boxar och Metsä-Serlas boxar eller likvärdiga. Ange pris per meter och vikt per rulle. Som utvärderingskriterium angavs lägsta pris.

Genom tilldelningsbeslut den 18 februari 2008 antogs ett stort antal anbud från nio olika leverantörer, däribland SCA Hygiene Products AB (fortsätt-

Dok.Id 43604

Postadress Box 849 971 26 Luleå	Besöksadress Skeppsbrogatan 41	Telefon 0920-29 54 90 E-post: lansratteninorrbotten@dom.se http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottens_lan/	Telefax 0920-29 54 98	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-16:00
--	--	---	---------------------------------	--

ningsvis benämnt SCA) och Finess Hygiene AB (Finess). Vad gäller positionerna 630 och 635 fanns fem anbudsgivare. Under position 630 angavs: Här valdes Finess som uppfyller kraven om nyfiber, 10,95 kr. Under position 635 angavs: Här valdes Finess till lägsta pris/meter (0,0839 kr) 26,87 kr/rulle. Efter rättelse av tilldelningen beträffande vissa andra positioner meddelades ett nytt tilldelningsbeslut den 4 mars 2008.

SCA har yrkat att länsrätten skall besluta att upphandlingen skall göras om.

Genom interimistiskt beslut den 14 mars 2008 har länsrätten beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Landstinget har motsatt sig bifall till SCA:s yrkande.

Parterna har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

SCA: Utformningen av förfrågningsunderlaget samt genomförd utvärdering strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och föreskrifterna i 1 kap. 4 § lagen LOU. Dessa brister gäller samtliga positioner i upphandlingen, inte endast positionerna 630 och 635. SCA har genom skriftlig förfrågan till landstinget, innan anbudstidens utgång, försökt att få klarhet i vad som avses med "lägsta pris", t. ex. hur vikt, längd och bredd avseende produkterna spelar in i denna bedömning. SCA har inte erhållit något förtydligande hur utvärderingen av lägsta pris kommer att genomföras. En jämförelse mellan Finess och SCA rörande de två positionerna visar att avseende position 630 är SCA billigare sett till pris/kg och avseende position 635 är SCA billigare sett till pris/kg, pris/rulle och pris/m². Trots detta har SCA inte tilldelats någon av dessa positioner då de har gått till Finess med motiveringen att avseende position 630 är Finess billigare sett till pris/rulle och avseende position 635 billigare sett till pris/meter. Förfrågningsunderlaget är otydligt då det inte framgår huruvida uppmaningen i de "Produkt-

specifika kraven" att ange pris per meter och vikt per rulle är ett skall-krav eller ett bör-krav. Det sätt på vilket landstinget utformat förfrågningsunderlaget avseende utvärderingskriteriet lägsta pris, exempelvis avseende positionerna 630 och 635, strider mot transparensprincipen i 1 kap. 4 § LOU. Det saknas helt och hållet uppgifter hur lägsta pris kommer att beräknas. Denna brist medför att det är omöjligt för anbudsgivaren att kunna förutse hur deras anbud kommer att utvärderas. Det otydliga förfrågningsunderlaget medför också en ökad risk för att det kan ha tagits ovidkommande hänsyn vid utvärderingen. Det är inkonsekvent och otydligt av landstinget att i ett av fallen använda sig av kriteriet pris/rulle och sedan i det andra fallet använda sig av pris/meter som kriterium för lägsta pris. Det saknas en tydlig motivering varför landstinget har valt att utvärdera anbuden på det sätt som gjorts. Det sätt på vilket landstinget valt att utvärdera anbuden har ensidigt kommit att gynna Finess, då de vid en konsekvent genomförd utvärdering inte vunnit både position 630 och 635. I utvärderingsprotokollet står avseende position 630 att här valdes Finess som uppfyller kraven om nyfiber. Av förfrågningsunderlaget framgår att nyfiber är ett skall-krav vad avser positionerna 630 och 635. Skrivningen i utvärderingsprotokollet ger utifrån dessa förutsättningar intrycket av att det endast var Finess som uppfyllde detta krav. Enligt landstinget var så dock inte fallet utan det var fler anbudsgivare som uppfyllde detta krav. Det framstår som oklart varför landstinget väljer att nämna att kravet på nyfiber är uppfyllt vad avser position 630 men inte vad avser 635, då det är ett skall-krav för båda dessa positioner. Av SCA:s produktblad avseende positionerna 630 och 635 framgår tydligt att produkterna består av nyfiber genom att det anges att produkterna består av HTCTMP samt kemisk massa. Enligt branschpraxis visar dessa uttryck tydligt att produkterna består av nyfiber. Beteckningen HTCTMP beskriver att produkten är framställd genom en särskild separationsprocess i vilken fibrerna skiljs från veden. Denna process förutsätter således att det rör sig om 100 procent nyfiber. Detta är något som samtliga aktörer i branschen är ense om. Landstinget skriver att "kemisk process är en produk-

tionsprocess...” Detta uttalande kan vitsordas i sak, men i produktbladet talas om kemisk massa och inte om kemisk process. Dessa två begrepp beskriver två skilda saker där kemisk massa är ett tydligt uttryck för att produkten är tillverkad av enbart nyfiber, medan kemisk process beskriver en typ av process vilken, precis som landstinget påtalar, kan användas för olika typer av fiber. Det framstår som om landstinget har blandat ihop begreppen kemisk massa och kemisk process. Vad avser begreppet kemisk massa råder det i branschen ingen som helst tvekan om att det rör sig om nyfiber. Det är helt klart att HTCTMP och kemisk massa var för sig utgör beteckning som visar att det är fråga om 100 procent nyfiber. Förfrågningsunderlaget är otydligt utformat avseende hur poängsättning kommer att ske. Det är oklart hur en eventuell utvärdering av bör-kraven förhåller sig till utvärderingen av de för varje enskild position uttryckligen angivna utvärderingskriterierna. Skall-krav skall inte poängsättas och det råder oklarhet om hur viktningstalen är tänkta att användas. Den bristande förutsebarheten i upphandlingen har inneburit att SCA och de andra anbudsgivarna inte kunnat avge sina anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle komma att ske. Det finns brister beträffande samtliga positioner i upphandlingen av sådan art och omfattning att hela upphandlingen måste göras om. Förfrågningsunderlaget och utvärderingen strider mot transparensprincipen, lika-behandlingsprincipen och 1 kap. 4 § LOU.

Landstinget: Finess har antagits som anbudsgivare på positionerna 630 och 635, eftersom deras anbud är det enda som uppfyller skall-kravet på att pappersrullarna skall vara av nyfiber. Finess har lämnat lägsta pris på position 635 vid en jämförelse av anbuden utifrån pris/meter. Beträffande position 630 har Finess lämnat det näst lägsta priset/meter. Finess har dock antagits som vinnare även på den positionen eftersom anbudet med lägsta pris, anbudet från Papyrus, inte uppfyller skall-kravet om nyfiber. Positionerna 630 och 635 utgörs av pappersrullar, s.k. Torkyrullar. För pappersrullar är pris/meter ett rättvisande jämförelsetal. Pris/meter skall således vara det

utslagsgivande och utgöra vinnande anbud enligt utvärderingsformen lägsta pris under förutsättning att anbudet i övrigt uppfyller alla ställda skall-krav. SCA har under anbudstiden ställt en fråga angående hur utvärderingen av pappersprodukter kommer att gå till. Landstinget har besvarat bolaget genom att bl. a. hänvisa till dokumentet "Produktspecifika krav" där det framgår vilka krav som ställs på respektive position och vilken utvärderingsform som kommer att tillämpas samt vilka uppgifter som skall lämnas i anbudet, t. ex. pris/meter och vikt. SCA tackade därefter för erhållet svar. Vid utvärderingen av anbuden kunde landstinget konstatera att det endast framgick med tydlighet av Finess anbud att offererade pappersrullar uppfyllde det ställda skall-kravet om nyfiber. Förutsättningen för att ett anbud skall kunna antas är att anbudet uppfyller samtliga ställda skall-krav. Av flertalet inkomna anbud, inklusive anbudet från SCA, går inte att utläsa om offererat papper uppfyller skall-kravet om nyfiber. Landstinget har därför ansett att anbudet från SCA inte uppfyller ställt krav. Med hänsyn härtill kan SCA inte anses ha lidit någon skada. Anbudet från Finess är det enda anbudet som uppfyller samtliga skall-krav på nämnda positioner. Anbudet från SCA innehåller högre priser på positionerna 630 och 635 och skulle av den anledningen inte ha erhållit kontrakt på dessa två positioner även för det fall anbudet skulle ha ansetts ha uppfyllt skall-kravet om nyfiber. En upphandlande myndighet måste få en tydlig bekräftelse i anbudet på att samtliga krav är uppfyllda. SCA har i beskrivningen inte på något sätt talar om att produkterna består av 100 procent nyfiber. SCA har angivit att produkterna består av HTCTMP och kemisk process, vilket är en produktionsprocess och de två begreppen säger i sig inget om att offererade produkter skulle bestå av nyfiber. Sammanfattningsvis har landstinget rätteligen antagit Finess som leverantör på positionerna 630 och 635 eftersom det är det enda anbud som uppfyller samtliga skall-krav.

Länsrätten beslutar följande.

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 7 kap. 2 § LOU, får i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU skall en upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Av 1 kap. 22 § framgår att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m. m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad med det viktigaste först.

Begreppet skall-krav återfinns vare sig i LOU eller i EG:s upphandlingsdirektiv utan har utvecklats i den svenska tillämpningen av upphandlingsreglerna. Med skall-krav avses krav som är obligatoriska, d. v. s. måste vara uppfyllda för att ett anbud skall kunna tas med i anbudsutvärderingen. En nödvändig förutsättning för att anbud skall kunna prövas och utvärderas är således att skall-kraven är uppfyllda.

Uppfyller anbudet från SCA skall-kraven beträffande positionerna 630 och 635 ?

I förfrågningsunderlaget anges hur prövning och utvärdering av anbud kommer att genomföras. På sedvanligt sätt anges en trestegsmodell. I första steget sker en kvalificering av anbudsgivarna. För dem som kvalificerat sig i steg 1 sker i ett andra steg en prövning av om de obligatoriska kraven, skall-kraven, är uppfyllda. I ett tredje steg sker en utvärdering av de anbud som uppfyllt såväl kvalificeringskraven som de obligatoriska kraven.

I förfrågningsunderlaget anges, som nämnts redan inledningsvis, de produktspecifika kraven för torkrullar enligt positionerna 630 och 635. Det anges således att de skall vara av nyfiber, att de skall vara av modellen hylslös rulle med mittmatning och att de skall kunna användas i befintliga M-boxar och Metsä-Serlas boxar eller likvärdiga. Vidare anges: Ange pris per meter och vikt per rulle. – Som utvärderingskriterium anges lägsta pris. Till förfrågningsunderlaget har landstinget fogat en katalog över positionerna med ifyllda uppgifter om bl. a. varornas benämning, nuvarande leverantör och prognostiserad förbrukning. För anbudsgivarna har återstått att fylla i bl. a. artikelnummer och pris/enhet. Även i denna katalog anges nyfiber under rubriken benämning. Länsrätten kan konstatera att det tydligt framgått att nyfiber utgjort ett skall-krav beträffande positionerna 630 och 635.

I tilldelningsbeslutet finns en företeckning över positionerna med kortfattad motivering för varje position. Beträffande position 630 anges: Här valdes Finess som uppfyller kraven om nyfiber, 10,95 kr. Beträffande position 635 anges: Här valdes Finess till lägsta pris/meter (0,0839 kr), 26,87 kr/rulle.

Av SCA:s anbud framgår att ifrågasatt produkter består av HTCTMP samt kemisk massa. SCA har vidare gjort gällande att det är gängse bland branschfolk att använda ifrågasatt bokstavskombination eller begreppet kemisk massa för att visa att produkten består av nyfiber. Länsrätten finner inte skäl att ifrågasätta vad SCA härvidlag har uppgett. Vidare har SCA besvarat den till förfrågningsunderlaget fogade katalogen, där nyfiber anges

i produktbeskrivningen, med att ange bl. a. anbudspriset för ifrågavarande produkter. Länsrätten kan mot angiven bakgrund inte komma till annan slutsats än att SCA uppfyllt skall-kravet på nyfiber.

Landstinget har i yttranden till länsrätten gjort gällande att SCA inte uppfyllt skall-kravet beträffande positionerna 630 och 635. Länsrätten kan dock utifrån ingivet material inte göra annat antagande än att SCA:s anbud vid tiden för utvärderingen ansetts av landstinget kvalificerade för utvärdering enligt steg 3 och även blivit utvärderade. Denna bedömning vinner stöd även av en skriftväxling mellan SCA:s företrädare och landstingets upphandlare. Den förstnämnde skrev i ett e-postmeddelande den 11 mars 2008: Jag avvaktar fortfarande ditt svar avseende skall-kravet på nyfiber enligt position 630. Har landstinget ansett att endast Finess uppfyller kravet eller anser landstinget att alla anbudsgivare gör det ? Vilken bedömning har gjorts avseende samma skall-krav för position 635 ? – Upphandlaren svarade följande dag: Det var inte bara Finess som hade nyfiber på position 630 och 635 men enligt landstinget till lägsta pris. Landstinget har gjort samma bedömning på positionerna 630 och 635.

Utvärderingskriteriet lägsta pris beträffande positionerna 630 och 635.

I förteckning över produktspecifika krav framgår för båda positionerna att anbudsgivarna skulle ange pris per meter och vikt per rulle. Som utvärderingskriterium angavs lägsta pris.

Länsrätten kan väl instämma i SCA:s invändning att det föreligger en otydlighet kring motiveringen av tilldelningsbeslutet i denna del. Som framgått av det föregående måste upplysningen om att varorna enligt position 630 uppfyller kraven om nyfiber anses obehövlig och missvisande i och med att även varorna enligt position 635 torde ha ansetts uppfylla detta krav. Otyd-

ligt är också om vikten/rulle är tänkt att ha någon betydelse vid bedömningen av lägsta pris. Som SCA påpekat är den efterfrågade vikten på pappret av relevans eftersom denna beror på papprets tjocklek och därmed dess effekt. Det är lägsta pris som är utvärderingskriterium och det är endast beträffande längden (meter) som priset efterfrågats särskilt. Uppgiften om vikt/rulle synes inte vara kopplad till utvärderingskriteriet. Länsrätten gör bedömningen att landstinget valt att göra utvärderingen utifrån pris/meter och att någon befogad invändning inte kan göras mot detta.

Position 630 avser liten torkrulle. Finess har lämnat anbud på rullar med längden 120 m och med ett pris om 10,95 kr. Priset/meter utgör således $(10,95 \text{ kr} : 120 \text{ m} =) 0,091 \text{ kr/meter}$. SCA:s anbud har inte lägre pris $(12,32 \text{ kr} : 110 \text{ m} =) 0,112 \text{ kr/meter}$.

Position 635 avser stor torkrulle. Finess har lämnat anbud på rullar med längden 320 m och med ett pris om 26,87 kr. Priset/meter utgör således $(26,87 \text{ kr} : 320 \text{ m} =) 0,084 \text{ kr/meter}$. SCA:s anbud har inte lägre pris $(23,65 \text{ kr} : 250 \text{ m} =) 0,095 \text{ kr/meter}$.

Länsrätten finner således att upphandlingen av positionerna 630 och 635 skett på sådant sätt att landstinget inte kan anses ha brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Har landstinget beträffande övriga positioner brutit mot LOU?

SCA har åberopat en lång rad generella oklarheter i förfrågningsunderlaget vilka bolaget bedömt vara av sådan art och omfattning att hela upphandlingen skall göras om.

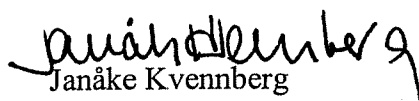
Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 anfört att LOU, som bygger på EG-direktiv, inte gett närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en värderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som sägs i 1 kap 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att förfrågningsunderlaget skall vara så klart och tydligt formulerat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d. v. s. att det anbud som är mest fördelaktigt antas. Detta följer av gemenskapsrättens krav på transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör, enligt Regeringsrätten, att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Vid en sammantagen bedömning finner länsrätten att vad SCA anfört inte kan anses visa att upphandlingen inte tillgodoser de krav på bl. a. affärsmässighet, likabehandling och transparens som de grundläggande principerna i gemenskapsrätten eller LOU ställer. Vid angivna förhållanden skall ansökan avslås.

Länsrätten avslår SCA Hygiene Products AB:s talan.

Länsrättens interimistiska beslut den 14 mars 2008 skall inte längre gälla.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c). Det erinras särskilt om den s. k. tiodagarsfristen i 7 kap 1 § tredje stycket 2 LOU.


Janåke Kvennberg



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.