



SÖKANDE

Papperspartner i Norr Aktiebolag, 556438-2967
Verkstadsvägen 4
931 61 Skellefteå

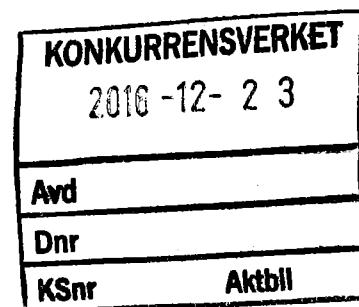
Ombud: Advokat Hampus Ek
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Lycksele kommun
921 81 Lycksele

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av upphandlingen avseende Avtalsområde 2 (Rengöring och tillbehör).

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen avseende Avtalsområde 3 (Hygien- och torkpapper) inte får avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att en ny prövning av anbuderna genomförs.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Lycksele kommun (Kommunen) har infordrat anbud (dnr UH-2016-31) avseende *Städmaterial och engångsartiklar* (Avtalsområde 1), *Rengöring och tillbehör* (Avtalsområde 2) och *Hygien- och torkpapper* (Avtalsområde 3). Vid upphandlingen används öppet förfarande. Kommunen avsåg att teckna avtal med 1-3 leverantörer per avtalsområde.

I upphandlingens Avtalsområde 2 har tre anbud kommit in, bl.a. från Papperspartner i Norr Aktiebolag (Papperspartner). Samtliga anbud diskvalificerades. Anbudet från Papperspartner diskvalificerades på grund av att anbudsgivaren inte uppfyllt kraven på positionerna 2:7, 2:8 och 2:105.

I upphandlingens Avtalsområde 3 har tre anbud kommit in. Samtliga anbud godkändes och rangordningen för delat anbud var 1) OCAY Sverige I AB (OCAY), 2) Papperspartner och 3) Ahlsell Sverige AB (Ahlsell).

Papperspartner ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen avseende Avtalsområde 2 och 3. Papperspartner yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen avseende Avtalsområde 2 får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att Kommunen vid ny anbudsutvärdering antar Papperspartners anbud så som varande det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Papperspartner yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen avseende Avtalsområde 3 får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att Kommunen vid ny anbudsutvärdering, utan OCAY:s anbud, antar Papperspartners anbud med rangordning 1 så som varande det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen anser i första hand att ansökan om överprövning avseende upphandlingens Avtalsområde 2 och 3 ska avslås. I andra hand anser Kommunen att upphandlingen ska göras om i sin helhet.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Papperspartner anför bl.a. följande.

Avtalsområde 2

Av utvärderingsprotokollet kan utläsas att Kommunen gjort bedömningen att Papperspartner beträffande positionera 2:7, 2:8 och 2:105 inte uppfyllt upphandlingens ställda krav. Påstådda brister rör sig dock om ett missförstånd. Kommunens grund har angivits vara att produkterna i 2:7 och 2:8 inte skulle vara lågskummande för skurmaskiner; vilket produkterna som offere-rats i själva verket är. Av märkningen med piktogram av produkten framgår att produkten kan användas av kombimaskiner och är därmed lågskum-mande. Av e-postsvar från Nilfisk framgår bl.a. följande.

”[...] Det är allmänt känt i hela branschen gällande skurmaskinsleverantörer städbolag etc att MAN SKALL ANVÄNDA LÅGSKUMMANDE medel för att därigenom ej få problem med maskinerna som det BLIR MED HÖGSKUMMANDE medel. Det är av yttersta vikt att etiketterna för HÖGSKUMMANDE medel ej har piktogram märkning för städning med skur maskiner.[...]”

Det finns överhuvudtaget ingen standard, norm eller annat gränsvärde för vad som ska anses vara ”lågskummande”. Kommunen efterfrågade i sitt förfrågningsunderlag ”*Allrengöring, högkoncentrat, lågskum för kombima-skin, ph 9,2*”. I avsaknad av norm eller dylikt måste detta betraktas utifrån det tänkta användningsområdet, dvs. i detta fall för en kombimaskin. Pro-dukten tillverkare PLS Produkt AB (PLS) har genom produktmärkning med piktogram på etikett och produktblad angivit att Allfix är lämplig att använda i kombimaskin. Eftersom avsaknad av sagda egenskap (lågskum) riskerar att förstöra maskinen ifråga är det uteslutet att sådan märkning överhuvudtaget skulle förekomma om annat än lågskum för kombimaskin varit en del av produktens egenskap och användningsområde. I detta ligger inte att produkten tvunget måste innehålla en viss tensid som Kommunen tycks påstå. Att produkterna som efterfrågades skulle innehålla en låg-skummande tensid var inte ett krav i upphandlingen. Att en produkt som PLS skriver ”ger skumning” utesluter inte ”lågskum för kombimaskin”

eftersom skum förekommer också om det är lågskum, vilket framgår av begreppet. Skulle skum överhuvudtaget inte förekomma skulle det kallas "skumfritt" eller liknande.

Beträffande position 2:105 uppgavs i upphandlingens Frågor och svar den 6 april 2016 följande.

"Hänvisning ska alltid ske direkt till produkten för att underlätta kontrollen av samtliga artiklar. Skulle det emellertid förekomma att detta av någon anledning inte är praktiskt möjligt för någon/några artiklar, kan anbudsgivaren skriva ut i kommentarskolumnen hur upphandlande myndighet istället går tillväga för att hitta artikeln elektroniskt via internetlänken som angivits.

Alltså: där det är praktiskt möjligt hänvisa alltid direkt till själva produkten för att underlätta kontroll och utvärdering, är det inte möjligt, ange då internetlänk och beskriv i kommentarsrutan för artikel hur vi kan hitta artikeln via länken."

Som framgår av Papperspartners anbud har de följt anvisning i Frågor och svar och angivit i kommentarsfält för 2:105 hur man hittar artikeln. De har under rubriken länk adress länkat till produktkatalogens sajt men har under rubrik kommentar i aktuellt fält angivit följande.

"Följ länken. Klicka på förstoringsglasat nedtill på sidan. Skriv 6964 o slå enter. Ni får du upp produkt o art nummer i rutan. Klicka på art numret. Produkten finns längst upp till höger."

Vad Kommunen anfört om att det ändå skulle vara möjligt för Papperspartner att länka direkt till produktblad i anbudsgivarens webbshop eller tillverkarens beskrivning är helt oriktigt. Anbudets utformning överensstämmer till fullo med instruktion i förfrågningsunderlag samt Frågor och svar.

Papperspartner har således lämnat anbud på positioner 2:7, 2:8 och 2:105 och skulle rätteligen tagits upp till utvärdering. När så inte har skett har Papperspartner lidit skada. Om Kommunen agerat i enlighet med LOU och de unionsrättsliga principerna hade Papperspartners anbud antagits så som varande det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Avtalsområde 3

OCAY:s anbud uppfyller inte ställda krav då denna anbudsgivare inte angivit länkar till positionerna 3.3 och 3.38 i enlighet med uppställt krav. Länken till position 3.3 fungerar inte alls och länken till position 3.38 är till en annan artikel. Någon komplettering har inte skett. Ett anbud som inte uppfyller ställda skall-krav ska regelmässigt förkastas.

Till bemötande av vad Kommunen anfört ska det klarläggas att länkarna ifråga aldrig har fungerat. Således handlar det inte om att webbutik eller länkar ändrats under upphandlingens gång. Det handlar om att skall-krav inte har uppfyllts. Mot Kommunens resonemang om proportionalitet för en uteslutning (som måste anses vara en undantagssituation) måste ställas den massiva rättspraxis som finns till stöd för att anbud som inte möter skall-krav ska förkastas. Anbud som inte överensstämmer med vad som efterfrågats eller annars inte uppfyller ställda skall-krav ska regelmässigt förkastas. Det följer av bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 5696-2002, 9352-11 och 7563-11, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8085-04, Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1823-05 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 3243-04. Eftersom OCAY:s anbud aldrig har mött uppställda krav i denna del ska anbudet förkastas.

När Kommunen trots detta tagit upp OCAY:s anbud till utvärdering har Kommunen agerat i strid med de unionsrättsligt grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Papperspartner som skulle erhållit rangordning 1 om det inte vore för denna överträdelse. Papperspartner lider därmed eller riskerar att lida skada till följd av överträdelsen.

Kommunen anför bl.a. följande.

Avtalsområde 2

Kommunen har ett intyg från fabrikatören PLS om att offererade produkter för positionerna inte är lågskummande, då de enligt intyget saknar den ke-

miska tensiden för att vara lågskummande. Det förefaller tydligt att offererade produkter för position 2:7 och 2:8 inte är giltiga. Produkterna kan förvisso enligt piktogrammet nyttjas i kombimaskiner, men saknar den kravställda egenskapen att vara "lågskummande". Det innebär att Kommunen inte bestrider att produkterna kan användas i en kombiskurmaskin, men anser att produkterna inte är lågskummande och saknar därför en kravställd egenskap.

Beslutet att ogiltigförklara position 2:105 kan fastställas vara tvistigt, men bygger på att Kommunen vid utvärdering av Avtalsområde 2 utgått ifrån att det är praktiskt möjligt att hänvisa till ett produktblad eller till en internetlänk som går direkt till produkten. Vid en orubblig bokstavstolkning förefaller det således vara korrekt förfaret att utesluta Papperspartner på angiven grund. Emellertid, är det viktigt att förtydliga att Kommunen fastställde beslutet att underkänna Papperspartners anbud på position 2:105 utifrån ett helhetsperspektiv, vilket innebär att Kommunen inte anser att uteslutning endast på sådan grund att Papperspartner hänvisat till en "produktkatalog" istället för ett produktblad eller internetlänk är skälig.

Avtalsområde 3

Kommunen anser inte länkefelet som Papperspartner hänvisar till för position 3.3 eller att OCAY referat till samma produktblad för position 3:39 som för 3:38 utgör skälig grund för uteslutning, då felet inte påverkat kvalificeringsutredningen av anbudet eller resultatet av utvärderingen. Kommunen har med ledning av angivna produktnamn och artikelnummer ändå kunnat fullgöra kontroll av båda produkterna.

Kommunen anser att skaderekvisitet inte bör kunna anses vara uppfyllt, då de felaktigheter som Papperspartner anför inte har påverkat möjligheten att utreda om offererade produkter är godkända eller inte.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten kan oavsett hur yrkandena i målet har utformats, som åtgärd vid prövning av en pågående upphandling, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se rättsfallet RÅ 2005 ref. 47).

Avtalsområde 2

Kommunen har diskvalificerat Papperspartner på grund av att bolaget inte uppfyllt kraven på positionerna 2:7, 2:8 och 2:105.

Anbudsgivaren ska fylla i ett Excel-ark kopplat till olika positioner för de produkter som offereras. Genom bl.a. position 2:105 har uppställts krav på att direkt länka till produkten för att underlätta kontrollen av samtliga artiklar. I Frågor och svar som Papperspartner hänvisat till framgår att anbudsgivaren om det inte är möjligt att direkt länka till produkten i kommentar beskriva hur Kommunen går tillväga för att hitta produkten via länken. Papperspartner har för position 2:105 länkat till en produktkatalog och i kommentar beskrivit hur Kommunen ska gå tillväga för att hitta produkten. Även om Kommunen anser att det varit praktiskt möjligt att direkt länka till

produkten, vilket Papperspartner bestrider, får Papperspartner i och med sin beskrivande kommentar anses ha uppfyllt kravet i position 2:105.

Kommunen och Papperspartner har olika uppfattningar om vad som avsågs med kravet i position 2:7 och 2:8 om lågskummande rengöringsmedel.

Papperspartner har fört fram att det saknas en branschstandard om vad som är lågskummande och Kommunen har fört fram att den offererade produkten inte är lågskummande, vilket skulle innebära att Kommunen tvingas köpa in antiskummedel för att använda produkten.

Produkten Allfix som Papperspartner offererat har egenskapen att den fungerar bra till en kombiskurmaskin, vilket får sägas vara ett av kraven. Detta framgår av ett piktogram på produkten. Det är dock inte det enda kravet. Att produkten ska ha egenskapen lågskum är en annan. Kommunen har kontaktat tillverkaren PLS och av yttrande skrivet av kemist och miljöansvarig Erik Persson framgår följande.

”Allfix och Allfix Combi

Dessa två produkter har liknande receptur med den stora skillnaden på val av den rengörande tensiden. Allfix innehåller en tensid som ger skumning medan Allfix Combi innehåller en lågskummande tensid. Detta för att vara bättre anpassad till att användas i kombiskurmaskiner.”

Bevisbördan för att en produkt faktiskt uppfyller en viss egenskap får i detta fall anses ligga på Papperspartner som ansöker om överprövning. Det som går att utläsa om Papperspartners offererade produkt är att den enligt piktogram passar till att användas i kombiskurmaskiner, vilket Papperspartner inte visat är liktydligt med att produkten är lågskummande. Detta inte minst mot bakgrund av yttrandet från PLS där det framgår att leverantören har en annan liknande produkt som är lågskummande. Att det saknas en branschstandard om vad egenskapen lågskum innebär kan inte frånta Papperspartners ansvar att visa att just deras produkt uppfyller sökt egenskap.

På grund av det ovan anförda och då inte heller vad som i övrigt anförts av

Papperspartner medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna ska ansökan om överprövning av upphandlingen avseende Avtalsområde 2 (Rengöring och tillbehör) avslås.

Avtalsområde 3

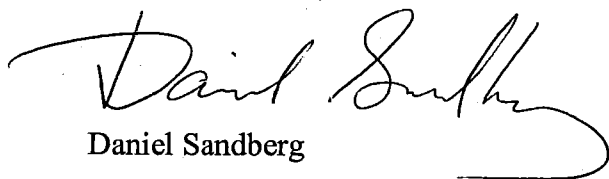
I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (se Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden den 20 maj 2016 i mål nr 2691-15 och 555-15).

Det är i målet ostridigt att OCAY inte har uppfyllt kravet om att ange länkar till produkterna för positionerna 3.3 och 3.38 i prisbilagan. Syftet med att ange dessa länkar har enligt Frågor och svar varit att underlätta kontrollen av artiklarna. I Förfrågningsunderlaget 1.8 framgår att anbudet måste innehålla samtliga efterfrågade uppgifter och i 2.2 framgår att samtliga anbudsbilagor ska fyllas i med efterfrågade uppgifter för att prövningen av anbuderna ska kunna ske korrekt. I bilaga skall-krav 5.2 framgår att anbudsgivaren ska lämna information om hur upphandlande myndighet går tillväga för att nyttja anbudsgivarens webbshop för att beställa varor. I nämnda Frågor och svar framgår att hänvisning med länk alltid ska direkt till produkten om så är möjligt och att om så inte är fallet ska anbudsgivaren redogöra för hur Kommunen hittar produkten.

Förvaltningsrätten finner inte annat än att kravet måste anses vara relevant för upphandlingen. Annat har inte heller framkommit än att kravet på en korrekt ifylld prisbilaga med korrekta hänvisningar är förenligt med proportionalitetsprincipen. Av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Det är i målet klarlagt att OCAY i sitt anbud inte lämnat korrekta länkar till produkter som efterfrågats för positionerna 3.3 och 3.38. På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att anbudet från OCAY rätteligen inte borde ha godtagits. Genom att ändå godta och utvärdera anbudet har Kommunen handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet och därmed även mot bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Papperspartner har i och med agerandet lidit eller riskerat lida skada.

Det finns därmed grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU. Med hänsyn till att de i målet aktuella bristerna hänför sig till prövningen av anbuderna och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede anser förvaltningsrätten att det är tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att anbudsprövningen görs om, med beaktande av att OCAY:s anbud inte uppfyller skall-kravet om korrekt ifylld prisbilaga för positionerna 3.3 och 3.38. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen avseende Avtalsområde 3 (Hygien- och torkpapper) får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU)



Daniel Sandberg

Förvaltningsrättsfiskal



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

