



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Lina Bergkvist

DOM
2013-10-03
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2704-13

SÖKANDE

Electrolux Professional AB, 556025-2081

Ombud: Johan Bui-Quy
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

KONKURRENSVERKET	
2013-10-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Karlshamns kommun
374 81 Karlshamn

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Electrolux Professional AB:s begäran om överprövning.

Förvaltningsrätten interimistiska beslut från den 12 juli 2013 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 78818

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Karlshamns kommun (kommunen) genomför en förnyad konkurrensutsättning benämnd Investeringar 2013. Avropet avser ett flertal produktområden och baseras på ramavtalet "Storköksutrustning 2012". Fristen för att inkomma med avropssvar löpte ut den 12 juli 2013.

Electrolux Professional AB (Electrolux) ansöker om överprövning avseende produktområdet ugnar och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att den förnyade konkurrensutsättningen ska göras om.

Electrolux anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan. Avropsförfrågan innehåller ett både konkurrensbegränsande och oproportionerligt skallkrav samt en oförutsebar utvärderingsmodell. Avropsförfrågan strider mot de grundläggande principerna i LOU. Under rubriken avropsspecificering framgår följande krav: Automatisk ugnrensning via förinställt program och med tabletter. Detta krav innebär att endast ett fabrikat kan offereras och vad som är konkurrensbegränsade är att rengöringen måste ske med hjälp av tabletter. Electrolux kan offerera produkter med automatisk ugnrensning via förinställt program och med flytande medel. Resultatet, dvs. kvaliteten på rengöringen, är dokumenterat densamma eller bättre. Ur handhavandesynpunkt utgör dessutom Electrolux lösning ett bättre alternativ eftersom ugnens behållare med rengöringsmedel räcker för ett antal tillfällen, medan en tabletlösning fordrar ett manuellt moment vid varje rengöringstillfälle. Enligt Electrolux finns det ingen fördel och inget mervärde med den lösning som kommunen kräver. Vid kontakt med kommunen uppgavs att anledning till kravet var att personalen föredrog att själva stoppa i tabletter, vilket inte är ett sakligt skäl att ställa aktuellt krav. Den huvudsakligen funktionen som efterfrågas är att ugnen ska vara konstruerad på så sätt att en manuell rengöring inte är nödvändig och huruvida detta sker med tabletter eller någon annan form av rengöring är irrelevant. Det

faktum att kommunen redan har ett avtal avseende tabletter är irrelevant för bedömningen av kravets förhållande till proportionalitetsprincipen och vad kommunen menar med effektivitetsskäl är oklart. Kostnaden för rengöringsmedlet uppstår oavsett om kommunen vänder sig till befintlig tablettleverantör eller om kommunen vänder sig till en leverantör av flytande medel. Det kan inte heller vara betungande att vissa ugnar rengörs med tabletter och andra med förinställt program eller flytande medel, eller åtminstone inte så pass betungande att det motiverar kravet.

Vidare anser Electrolux att utvärderingsmodellen är oklar. På den övre delen av sidan framgår att priset är viktat till 80 procent och ergonomi till 20 procent, men på den nedre delen av sidan framgår att anbudspriset utgör 60 procent, ergonomi 35 procent, miljökrav 0 procent och garanti fem procent. Det förekommer därmed två olika budskap kring vilka kriterier som kommer att utvärderas och det går av detta skäl inte att förutse hur utvärderingen kommer att göras. Det blir även svårt att prissätta produkterna. Två utvärderingsmodeller har angetts och detta har inneburit att en leverantör med utgångspunkt i underlaget inte kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Utöver att det är oklart hur utvärderingen ska genomföras saknas också information om hur utvärderingskriteriet ergonomi ska utvärderas. Av utvärderingsmodellen framgår att ergonomin bedöms utifrån dokumentationen. Det finns ingen upplysning om vad i den inlämnade dokumentationen som ska tillmätas betydelse och det måste ifrågasättas om studier av dokumentation är en lämplig metod för att utvärdera en produkts ergonomiska egenskaper. En sådan metod ger utrymme för godtyckliga och subjektiva bedömningar.

Genom bristerna i avropsförfrågan har Electrolux lidit skada. Det skallkrav som utgör grunden för en av grunderna för ansökan medför att endast en

leverantör kan lämna anbud som uppfyller samtliga krav. Det har inte heller varit möjligt att förutse hur utvärderingen ska gå till. Electrolux möjligheter att lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt och därigenom tilldelas kontraktet har därmed påverkats negativt.

Kommunen begär att yrkandet avslås i sin helhet och anför bl.a. följande. Grunden för kommunens krav på ugnrensning är att kommunen i befintliga ugnar använder tabletter. Kommunen har upphandlat denna typ av rengöringsmedel och det är kommunens avsikt att kunna använda samma tvättmedel i samtliga ugnar.

Avseende utvärderingsmodellen kan konstateras att Electrolux är rangordnade som etta i ramavtalet och får därmed anses vara väl insatta i ramavtalet. Kommunen har använt sig av SKL Kommentus vägledande informationsmaterial som ett exempel på hur anbudspriset ska räknas fram rent matematiskt utifrån ett fiktivt exempel som förekommer i informationsmaterialet. Kommunens syfte var alltså att tydliggöra hur utvärdering rent principiellt skulle komma att gå till. Vilka kriterier som skulle komma att användas i den reella anbudsutvärderingen framgår tydligt i anbudsformulärets punkt "Utvärderingskriterier". Det fanns därmed inga tveksamheter om vilka kriterier som kommunen avsåg att använda. Electrolux hade även möjligheten att begära ett förtydligande från kommunen.

Förvaltningsrätten beslutade den 12 juli 2013 att kommunen, beträffande produktområdet ugnar i ramavtalet "Storköksutrustning 2013", inte får ingå avtal efter den förnyade konkurrensutsättningen benämnd Investeringar 2013 innan rätten beslutar något annat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 5 kap. 7 § LOU framgår att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Vid tillämpning av första stycket ska

1. den upphandlande myndigheten för varje kontrakt som ska tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,
2. den upphandlande myndigheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,
3. anbuden lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten inte ta del av innehållet i dem innan den angivna svarstiden har löpt ut, och
4. den upphandlande myndigheten tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

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 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Skallkravet avseende automatisk ugnrensning med tabletter

Electrolux har gjort gällande att skallkravet avseende automatisk ugnrensning via förinställt program och med tabletter är konkurrensbegränsande och oproportionerligt. Proportionalitetsprincipen i LOU innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Kraven måste dock vara kopplade till föremålet för upphandlingen, dvs. de ska avse och påverka just den produkt som upphandlas. De krav som ställs upp måste dock vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78).

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet är kopplat till upphandlingsföremålet och det har en direkt påverkan på vad som ska upphandlas. Kravet framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt, utan har utformats

med beaktande av användarna och vad kommunen önskar upphandla. Vidare är kravet tydligt och lika för alla anbudsgivare. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det aktuella kravet inte kan anses strida mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Förvaltningsrätten finner därför att Electrolux ansökan ska avslås i denna del.

Två olika utvärderingsmodeller

Electrolux har anfört att utvärderingsmodellen är oklar eftersom två utvärderingsmodeller har angetts och detta har inneburit att en leverantör med utgångspunkt i underlaget inte kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att det åligger varje leverantör att omsorgsfullt ta del av kraven i förfrågningsunderlaget. I avropsförfrågan anges visserligen två olika utvärderingsmodeller, men i texten anges även att den ena är ett exempel och läsaren uppmanas att "Se följande exempel". Mot denna bakgrund bör en normalt omsorgsfull leverantör kunna förstå hur utvärderingen ska gå till och förvaltningsrätten finner inte att vad Electrolux har anfört i denna del innebär avropsförfrågan strider mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Electrolux ansökan ska därför avslås i denna del.

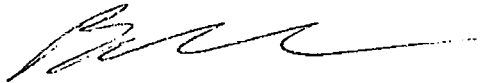
Utvärdering av kravet avseende ergonomi

Som huvudprincip i mål enligt LOU krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref 69). Förvaltningsrätten finner inte att Electrolux har gjort sannolikt att kommunens metod för att utvärdera kravet avseende ergonomi strider mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan be-

stämmelse i LOU eller att bolaget därigenom lidit skada. Förvaltningsrätten finner därför att Electrolux ansökan ska avslås även i denna del.

Följaktligen ska Electrolux ansökan avslås.

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



Bertil Idarsson