


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredragande: A. Renvall

DOM

2013-08-30

Meddelad i
LuleåMål nr
1198-13 E
D5**SÖKANDE**NKV Kontorsvaror AB, 556315-0613
Box 816
971 25 Luleå**MOTPART**Piteå kommun, Ek-och inköpsavdelningen
941 85 Piteå**SAKEN**Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
LOU

KONKURRENSVERKET	
2013 -09- 0 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett på så sätt att NKV:s anbud utvärderas.

Dok.Id 40906

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Residensgatan 17

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Piteå kommun har genom öppet förfarande upphandlat "Städförbrukningsmaterial 2013". Enligt tilldelningsbesked daterat den 13 maj 2013 har upphandlingen tilldelats Kontorsvaruhuset Sverige AB (Kontorsvaruhuset). NKV Kontorsvaror AB (NKV) var en av tre anbudsgivare.

NKV har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen ska rättas. Som grund för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. NKV har offererat 145 av 145 efterfrågade produkter. I förfrågningsunderlaget anges att uppgifterna i kommunens handlingar ska ses som en vägledning över vilka krav på utformning, utförande, kvaliteter och egenskaper som offererade produkter ska uppfylla. Det anges vidare att anbud ska omfatta minst 97 procent av antalet specificerade artiklar i anbudsspecifikationen, dvs. 140,65 artiklar. Kommunen har vid utvärderingen av anbud begärt in prover för test av vissa artiklar. Kommunen har därvid diskvalificerat sju av de offererade artiklarna (10, 35, 36, 37, 60, 123 samt 138), vilket fått till följd att bolaget inte uppnått 97 procent av offererade artiklar. Enligt bolagets uppfattning har kommunen gjort felaktiga bedömningar för positionerna 10, 35, 36, 37 och 123. NKV har rätteligen offererat över 98 procent godkända produkter samt det lägsta priset. NKV borde därför ha tilldelats upphandlingen.

Piteå kommun har motsatt sig bifall till ansökan och bl.a. anfört följande. I förfrågningsunderlaget anges klart och tydligt hur kvalificering och utvärdering av anbud kommer att genomföras. Kommunen har tydligt angett vilka krav som ställs på de efterfrågade produkterna. I de fall anbud lämnats på likvärdiga produkter av annat fabrikat än vad som i vissa fall angetts i kravspecifikationen och städenheten inte haft kännedom om dessa har uppgifter kontrollerats och när så bedömts nödvändigt har produkterna testats av städenhetens personal. Testerna har dokumenterats. Minst sex av

de redovisade produkterna (10, 36, 37, 60, 123 samt 138) kan inte bedömas som godkända. Anbudet är således inte kvalificerat för utvärdering, utifrån de förutsättningar som angivits i kommunens handlingar. Även om position nr 10 skulle godkännas, skulle NKV:s anbud fortfarande inte omfatta de efterfrågade 97 procent av de specificerade produkterna då fem av dem fortfarande skulle vara diskvalificerade.

NKV har senare yttranden anfört bl.a. följande. Vad gäller position 10 så motsvarar produkten förfrågan. Kommunen gjorde en direktupphandling under hösten 2012 och denna gick till NKV. Position 10 är densamma i direktupphandlingen som i nuvarande upphandling och är den produkt som efterfrågats. Kommunen har här inte fullgjort sin skyldighet att kontrollera denna produkt. Vad gäller position 123 så är det anmärkningsvärt att kommunen bortser från det klargörande som lyfts fram bland annat genom den e-postkonversation som skett med leverantören, där det tydligt framgår att position 123 motsvarar vad kommunen efterfrågat. Kontorsvaruhuset har på position 35 offererat en mopp som inte uppfyller kraven då den inte innehåller microfiber. Produkten är inte godkänd och Kontorsvaruhuset kommer inte upp i 97 procent av godkända produkter.

Piteå kommun har i yttrande vidhållit tidigare inställning att NKV:s anbud inte omfattar minst 97 procent av antalet specificerade varor.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad en överprövning enligt LOU innebär

En ansökan om överprövning enligt LOU avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, samt om detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada.

För att förvaltningsrätten ska fatta beslut om åtgärd enligt LOU krävs således dels att fel förekommit i upphandlingen, dels att felet varit till men för den sökande. För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingen genomförts i strid med LOU och detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada ska domstolen förordna om rättelse alternativt att upphandlingen ska göras om.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69 framgår att som huvudprincip i mål om offentlig upphandling bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Förvaltningsrätten är således bunden av de omständigheter sökanden har lagt till grund för sin talan.

Frågan och förutsättningarna i målet

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad NKV anfört är visat att kommunen brutit mot någon av de grundläggande prin-

ciperna i 1 kap. 9 § LOU och att detta medfört att NKV lidit skada eller kan komma att lida skada.

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken "2.1 Allmänt" att "Anbud ska omfatta minst 97 % av antalet specificerade artiklar i Anbudsspecifikationen, bilaga 2". I "2.7 Anbudet" anges att ett anbud prövas, utvärderas och antas endast om under förutsättningen att de obligatoriska "skallkraven" i anbudsbegäran, förfrågningsunderlaget och övriga bilagor är uppfyllda. I anbudsspecifikationen finns 145 produkter listade. Av specifikationen framgår produktgrupp, benämning, nuvarande artikelnummer, förbrukning och enheter.

I förevarande fall har kommunen diskvalificerat sex positioner och därmed ansett att NKV inte uppfyller skallkravet om att anbudet ska omfatta minst 97 procent av antalet specificerade artiklar. NKV:s anbud har därmed inte kvalificerats för utvärdering.

För att konkurrensen ska vara på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Av underlaget ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte tillgodoser dessa krav får inte antas.

De diskvalificerade positionerna

Av de sex positioner som Piteå kommun diskvalificerat så har NKV anfört att kommunen gjort felaktiga bedömningar vad avser position 10, 35, 36, 37 och 123. Under rubriken "2.10.3 Krav på produktens utformning, utförande, kvalitet och egenskaper" i förfrågningsunderlaget anges att anbudsprover ska på begäran tillsändas kommunen kostnadsfritt. Vidare framgår att om den produkt anbudsgivaren offererat, inte bedöms uppfylla ställda krav (som anges i produktspecifikationen, bilaga 7) på utformning, utförande, kvalitet och egenskaper, kan anbudet komma att förkastas.

Position 10

I produktspecifikationen (bilaga 7 till förfrågningsunderlaget) för position 10 anges att det rör sig om produktgrupp "handhygien", benämningen är "Tork Premium tvål ex mild 1 L S1", artikelnumret "420701" och produktkravet är "Oparfumerad, skonsam och mild flytande tvål för normal handtvätt". Kommunen har diskvalificerat positionen då NKV offererat en produkt med annat artikelnummer, nämligen "400701".

NKV har bl.a. anfört att bolaget vann den direktupphandling som Piteå kommun företog under hösten 2012 och som löpt till och med nuvarande upphandling. När NKV levererat produkter till kommunen har den nu i produktspecifikationen efterfrågade produkt levererats och cirka 300 stycken till antalet. Någon på kommunen borde ha reagerat om det var fel produkt som levererades. På NKV:s hemsida återfinns rätt produkt och ett möte hölls även med kommunen angående produkten.

Av NKV:s anbud framgår tydligt att bolaget angett rätt benämning, "Tork Premium tvål ex mild 1 L S1", på den artikel som man haft för avsikt att offerera. Den omständigheten att man inte angett rätt artikelnummer för den produkten kan då inte vara ett skäl att diskvalificera produkten särskilt då NKV angett en modell, 400701, som visserligen är äldre men som också enligt NKV:s uppfattning skulle kunna ses som en likvärdig produkt eftersom dispensen till tvålen inte har förändrats. Kommunen har inte heller påstått att modellen 400701 inte skulle kunna ses om ett godtagbart alternativ. Position 10 får därmed anses uppfylla de krav som kommunen ställt. Den omständigheten att produkten levererats under direktupphandlingstiden till kommunen, utan att kommunen påtalat att det skulle ha varit fel produkt som levererats, talar också för att NKV offererat den produkt som efterfrågas. Position 10 ska således godkännas.

Position 35-37

Kommunen har i yttrande godtagit den produkt som offereras under position 35. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning.

Vad gäller position 36 och 37 framgår följande i produktspecifikationen. Det rör sig om produktgrupp "redskap", benämningen är "K-MOPP TANGO 40 CM" (position 36) och "K-MOPP TANGO 60 CM" (position 37), artikelnumret "62531917" respektive "62531918" och produktkravet är "skall ha kardborrefäste, vara av syntetmaterial med bomullsfrans (inte microfiber). För torr- och fuktmoppning. Skall ge låg friktion och ha låg vikt. Tvättbar upp till 90 grader, tåla torktumling upp till 55 grader. Öglor för upphängning".

NKV har angett produkter under dessa positioner och kommunen har begärt in prover av dessa. Kommunen har dock diskvalificerat såväl position 36 som 37 då det efter tester av två av varandra oberoende arbetslag, framkommit att utrustningen är för "tungarbetad".

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det tydligt i produktspecifikationen att ett av kraven på position 36 och 37, är att produkterna ska ge låg friktion och ha låg vikt. Av den testdokumentation som kommunen ingivit framgår att de nu aktuella produkterna är tungarbetade. Produkterna möter således inte de krav som kommunen angett i sin produktspecifikation. Att kommunen diskvalificerat position 36 och 37 får således anses som korrekt då offererade produkter inte uppfyller de krav på utformning, utförande, kvalitet och egenskaper som är uppställda.

Position 123

I produktspecifikationen (bilaga 7 till förfrågningsunderlaget) för position 123 anges att det rör sig om produktgrupp "Kem och rengöring", benäm-

ningen är "Multivax 5L", artikelnumret "62513115" och produktkravet är "Skall med gott resultat kunna användas i högvarviga maskiner, lättarbetad, ej halkig".

NKV har angett produkten "Safir duowax" i sitt anbud och kommunen har begärt in prover av produkten. Kommunen har sedan diskvalificerat positionen med motiveringen att produkten som tillhandahållits kommunen, inte är ett vax utan ett kombinerat rengörings- och underhållsmedel. Vidare anser kommunen att det måste stått klart för anbudsgivaren att det var ett vax som kommunen avsåg att upphandla.

NKV har anfört att den produkt som offererats är ersättaren till "Multivax 5L" då denna utgått ur leverantörens sortiment under år 2009. NKV har vidare inkommit med kopior av den e-postkonversation som bolaget haft med tillverkaren. Av den framgår att "Multivax 5L" artikelnummer "62513115" utgick ur sortimentet år 2009 och ersattes med "Safir Duovax" artikelnummer "62512302". Enligt leverantören har produkterna samma funktion och samma egenskaper.

Kommunen har framfört att NKV av namnet på produkten som kommunen angett som "likare" borde ha förstått att det är ett vax som efterfrågas. Då denna produkt ("likaren") utgått ur sortimentet är det dock inte enligt förvaltningsrättens mening lika självklart eftersom produktbeskrivningen endast anger att produkten med gott resultat ska kunna användas i högvarviga maskiner och vara lättarbetad och inte halkig. Förvaltningsrätten bedömer således utifrån produktspecifikationen att den produkt NKV offererat under position 123 uppfyller ställda krav och att kommunen inte kunnat diskvalificera positionen enbart av den anledningen att produkten inte är ett vax.

Ingripande enligt LOU

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som ovan redovisats att såväl position 35 som positionerna 10 och 123 ska godkännas då de bedöms uppfylla de krav på utformning, utförande, kvalitet och egenskaper som kommunen uppställt i sitt förfrågningsunderlag. NKV kommer då upp i 141 av 145 artiklar. Därmed kommer också NKV:s anbud att uppfylla det "skall-krav" som finns uppställt i förfrågningsunderlaget, nämligen att anbudet ska omfatta minst 97 % av antalet specificerade artiklar i anbudsspecifikationen. Bolagets anbud borde därför rätteligen ha kvalificerats för utvärdering och inte förkastats.

För att ett ingripande enligt LOU kan ske ska även NKV ha lidit skada eller i vart fall kunnat komma att lida skada. Av kommunens anbudssammanställning framgår att NKV lämnat det lägsta priset för offererade produkter. Hade NKV:s anbud kvalificerats för utvärdering hade de tilldelats kontraktet då grund för tilldelning av kontrakt är lägsta pris. NKV har därmed lidit skada och det finns grund för ett ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför bifallas och upphandlingen får avslutas först efter rättelse skett på så sätt att NKV:s anbud ska utvärderas.

Övrigt

NKV har i sin begäran om överprövning även påstått att vinnande anbudsgivare, Kontorsvaruhuset, under position 35 offererat en mopp som inte uppfyller ställda krav och att Kontorsvaruhuset därmed inte kommer upp i 97 procent av godkända produkter. Detta påstående har inte bemötts av kommunen.

Förvaltningsrätten finner emellertid med hänsyn till att priset är avgörande för tilldelningen av kontraktet i aktuell upphandling – och då NKV har lämnat lägst pris – att bolaget inte visat att de riskerar att lida skada om Kontorsvaruhusets anbud inte utesluts.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Britt Dahlin', with a stylized flourish at the end.

Britt Dahlin