



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
Enhet 2
Ida Jerdmyr

DOM
2012-02-27
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
4736-11 E
Domare 2:4

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Eurofins Environment Sweden AB, 556065-7958
Box 737
531 17 Linköping

Ombud: Advokat Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPART

1. Essunga kommun
465 82 Nossebro

2. Grästorps kommun
467 80 Grästorp

3. Lidköpings kommun
Upphandlingsenheten
531 88 Lidköping

4. Skara Energi AB, 556429-4303
532 88 Skara

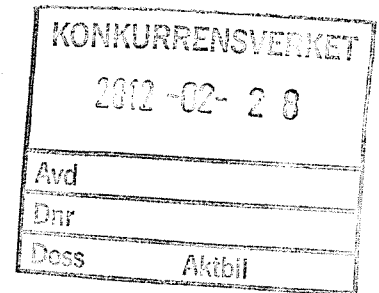
5. Skara kommun
532 88 Skara

6. Vara kommun
534 81 Vara

Ombud för 1-6: Karin Grunselius
Lidköpings kommun
Skaragatan 8
531 88 Lidköping

SAKEN

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



Dok.Id 58760

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:

forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Eurofins Environment Sweden AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Essunga kommun, Grästorps kommun, Lidköpings kommun, Skara Energi AB, Skara kommun och Vara kommun (myndigheterna) genomför tillsammans en upphandling av laboratorietjänster. Upphandlingen sker genom öppet förfarande och ska resultera i två ramavtal.

I tilldelningsbeslut den 12 september 2011 meddelas att anbud har lämnats av två företag. Båda anbuden befanns vara kvalificerade och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till lägst jämförelsetal antas. Alcontrol AB (Alcontrol) har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och kommer därför att tilldelas uppdraget.

YRKANDEN M.M.

Eurofins Environment AB (Eurofins) begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett genom en ny utvärdering varvid Alcontrols anbud ska förkastas. I andra hand yrkar Eurofins att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Eurofins anför i huvudsak följande. Alcontrols anbud uppfyller inte samtliga skall-krav. Alcontrol har till sitt anbud bilagt allmänna villkor som inte motsvarar de kommersiella villkoren i upphandlingen. De allmänna villkor som Alcontrol har bilagt sitt anbud står i många delar i strid med de kommersiella villkoren som gäller för upphandlingen. De allmänna villkoren kommer i vissa delar ha företräde framför de kommersiella villkoren, t.ex. vad gäller

reklamation och preskription. De allmänna villkoren som Alcontrol har bilagt sitt anbud utgör en del av Alcontrols anbud och utgör en avvikelser i förhållande till upphandlingen. Alcontrols anbud innehåller alltså ett otillåtet alternativt utförande eller en otillåten reservation. Alcontrols anbud är därmed att betrakta som ett orent anbud. Vidare anges det i förfrågningsunderlaget som ett skall-krav att tid mellan provtagning och analys ska hållas så kort som möjligt. Enligt förfrågningsunderlaget ska mikrobiologisk analys av dricksvatten påbörjas inom tolv timmar från provtagningstillfället och att myndigheterna kommer att behöva ca fyra timmar av angiven tid för att kunna ta respektive prov och transportera proverna till respektive inlämningsställe. Detta betyder att leverantörerna i upphandlingen har högst åtta timmar på sig att påbörja analysen efter det att myndigheterna lämnat in vattenprovet till leverantören. Följande transporter som Alcontrol erbjuder i sitt anbud ger inte utrymme att klara av kravet vad gäller tolv-timmarsprover; transport 2 till Essunga är 18 timmar, transport 1 till Lidköping är 17,5 timmar, transport 1 till Skara är 17,5 timmar, transport 1 till Vara är 17,5 timmar och transport 1 till Grästorp är 17,5 timmar. Det förflyter mer än tolv timmar från tidpunkten för transport till tidpunkten då analys kan påbörjas. Med hänsyn till att myndigheterna ska ha fyra timmar på sig att utföra proverna och transportera proverna till respektive inlämningsställe, d.v.s. det får inte ta mer än åtta timmar från den tid som löper från sista inlämning till analysstart, klarar inte heller följande transporter kravet vad gäller tolv-timmarsprover; transport 3 till Essunga tar 8,5 timmar och transport 2 till Grästorp tar 11,5 timmar. Härmed uppfyller inte Alcontrol angivet skall-krav vad gäller tolv-timmarsprover. Slutligen uppfyller inte förfrågningsunderlaget och upphandlingen kravet på transparens eftersom myndigheterna inte tydligt har angivit i förfrågningsunderlaget vad myndigheterna tillmäter särskild betydelse. Ifall Eurofins har missuppfattat skall-kraven så brister förfrågningsunderlaget i transparens. Eurofins har eller kan till följd av myndigheternas agerande lida skada.

Myndigheterna bestrider bifall till Eurofins ansökan och anför i huvudsak följande. Alcontrol har accepterat de kommersiella villkoren genom att kryssa i detta i svarsformuläret och har därför lämnat en ren accept. Vad gäller tid för analyser så hävdar Eurofins att Alcontrol inte uppfyller tolv-timmarskravet. Alcontrol har angett olika tider för att användas för transport av livsmedel- och kemiska analyser och för vattenanalyser. Vad gäller transport av livsmedel- och kemiska analyser är kravet högst 24 timmar och vad gäller transport av vattenanalyser är kravet högst tolv timmar. Transport nr 1 kommer således att utnyttjas för livsmedels- och kemiska analyser och Alcontrol klarar denna tid med god marginal. Vad gäller transport nr 2 så uppfyller Alcontrol, med undantag för Essunga kommun, kravet på att mikrobiologisk analys av dricksvatten ska påbörjas inom tolv timmar från provtagning. Vad gäller tiden för transport och analys för Essungas del ska dock framhållas att det av de kommersiella villkoren framgår att kommunen kommer att ta högst fyra timmar i anspråk för själva provtagningen av den angivna tiden. Det framgår vidare av svarsformuläret för inlämning och transporter att både transportens avgång och påbörjande av analyser anges som cirkatider. Detta innebär att det finns ett visst spann för tidsförskjutning plus eller minus. Efter förtydligande från företrädare på Alcontrol framkommer att tiden mellan avgång för transport och påbörjad analys är mindre än åtta timmar (7 tim 55 min). Eftersom tiderna som efterfrågats i svarsformuläret angetts i cirkatider är underlaget i upphandlingen också transparent.

Eurofins har därefter anført följande. Alcontrol har gjort ett tillägg till de kommersiella villkoren genom att offerera/föreslå att "Allmänna bestämmelser för uppdrag inom laboratoriebranschen" ska gälla för uppdraget. Dessa allmänna bestämmelser utgör en del av Alcontrols anbud och utgör en avvikelse/reservation/orent anbud i förhållande till upphandlingen. Myndigheterna har i efterhand och i samband med aktuell överprövningsprocess begärt in ett förtydligande från Alcontrol. Detta förtydligande till-

för helt nya uppgifter till Alcontrols anbud i syfte att uppfylla uppställt skall-krav. Detta utgör en otillåten komplettering och går utöver vad som är tillåtet enligt LOU. Inte heller efter den otillåtna kompletteringen uppfyller Alcontrol skall-kraven. Det framgår vidare av Alcontrols anbud att bolaget endast offererar möjlighet att lämna tolv-timmars vattenprover på fredagar. Det är vidare ett uppställt skall-krav i upphandlingen att inlämning av tolv-timmarsprover ska kunna ske dagtid fram till 13.30 vardagar måndag till fredag, vilket inte Alcontrol uppfyller.

Myndigheterna har därefter anfört följande. Myndigheterna har begärt in ett förtydligande från Alcontrol beträffande tider för anländande av transport 2 till laboratorier. Myndigheterna har härvid inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eftersom LOU ger den upphandlande myndigheten möjlighet att uppmana den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges där. Förtydligandet har inte lett till att väsentliga delar av anbudet ändrats. Eurofins har anfört att Alcontrol inte uppfyller uppställt skall-krav att inlämning av tolv-timmars vattenprover ska kunna ske dagtid fram till kl. 13.30 vardagar måndag till fredag eftersom Alcontrol endast offererat en möjlighet att lämna dessa prover på fredagar. Det avgörande vid bedömningen om Alcontrol uppfyllt aktuell skall-krav är innehållet i kolumnen ”tid från sista inlämning till analysstart” i svarsformuläret för inlämning och transporter. Myndigheterna menar att det av innehållet i kolumnen ”tid från sista inlämning till analysstart” i svarsformuläret för inlämning och transporter framgår att tolv-timmars vattenprover kan lämnas varje dag. Att Alcontrol har angett i svarsformuläret för inlämning och transporter ”ej aktuellt” i kolumnen för öppettider är inte relevant eftersom den inte har något samband med frågan huruvida proverna kan skickas med Bring express Sverige AB eller inte. Det väsentliga är att Alcontrol oavsett inlämningsplats löser transportfrågan inom de uppställda tiderna som finns i kolumn ”tid från sista inläm-

ning till analysstart”.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling. Enligt 16 kap. 6 § LOU ska 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, rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 4 kap. 20 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten får uppmana den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges där. En sådan precisering eller ett sådant bekräftande får dock inte leda till 1. att väsentliga delar av anbudet eller inbjudan ändras, 2. att konkurrensen snedvrids, eller 3. diskriminering. Av 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning

eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Eurofins har gjort gällande att Alcontrols anbud inte uppfyller samtliga skall-krav genom att Alcontrol till sitt anbud har bilagt allmänna villkor som inte motsvarar de kommersiella villkoren i upphandlingen. Eurofins har vidare anfört att Alcontrol inte uppfyller skall-kravet vad gäller tolv-timmarskravet mellan provtagning och analys. Slutligen har Eurofins anfört att förfrågningsunderlaget och upphandlingen brister i kravet på transparens eftersom myndigheterna inte tydligt har angivit i förfrågningsunderlaget vad myndigheterna tillmäter särskild betydelse. Myndigheterna har i sin tur anfört att Alcontrol har accepterat de kommersiella villkoren genom att kryssa i detta i svarsformuläret och har därför lämnat en ren accept. Vad gäller tid för analyser så är det endast transporten till Essunga kommun som kan ifrågasättas. Det finns dock ett visst spann för tidsförskjutning och efter förtydligande från företrädare på Alcontrol framkommer att tiden mellan avgång för transport och påbörjad analys klarar uppställda krav. Det väsentliga är att Alcontrol oavsett inlämningsplats löser transportfrågan inom de uppställda tiderna som finns i kolumn ”tid från sista inlämning till analysstart”.

Enligt förfrågningsunderlaget ska de kommersiella villkor som bifogats förfrågningsunderlaget gälla under avtalstiden. Anbudet ska innehålla en bekräftelse på att leverantören accepterar de kommersiella villkoren. Alcontrol har i sitt anbud accepterat de kommersiella avtalsvillkoren. De har även föreslagit att "Allmänna bestämmelser för uppdrag inom laboratoriebranschen" ska gälla för uppdraget. Förvaltningsrätten finner att Alcontrol genom att acceptera de kommersiella villkoren, och därtill endast föreslå ytterligare villkor, har uppfyllt förfrågningsunderlagets skall-krav. Att föreslå att ytterligare villkor ska gälla för uppdraget kan inte anses vara ett orent anbud.

I förfrågningsunderlaget finns ett skall-krav uppställt att tid mellan provtagning och analys ska ta tolv respektive 24 timmar. Myndigheterna har begärt att Alcontrol ska lämna in ett förtydligande angående transporttiderna. Den upphandlande myndigheten har rätt att begära in komplettering eller förtydligande av ett anbud så länge det inte snedvrider konkurrensen. Förvaltningsrätten anser att det förtydligande som myndigheterna har begärt in inte leder till att Alcontrol särbehandlas eller att konkurrensen begränsas, det är därför att se som en tillåten komplettering enligt LOU. Vidare framgår det av handlingarna att Alcontrol uppfyller skall-kravet att transporttiderna ska understiga tolv respektive 24 timmar.

Den aktuella upphandlingens skall-krav vad gäller de kommersiella villkoren och transporttiderna framgår av förfrågningsunderlaget. Det står en upphandlande myndighet fritt att bestämma hur ett förfrågningsunderlag ska utformas och vilken utvärderingsmodell den önskar använda i en upphandling så länge det inte strider mot LOU eller de gemenskapsrättsliga grundprinciperna. Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens förfrågningsunderlag ska ha utformats på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkur-

renskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Alla anbudsgivare ska kunna tolka upphandlingskriterierna lika och utfallet av upphandlingen ska i möjligaste mån vara förutsebart. I utvärderingsfasen av en offentlig upphandling förekommer emellertid alltid, vilket torde vara ofrånkomligt, ett visst mått av bedömningar och värderingar. Krav som måste ställas är dock att utvärderingen håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget och utvärderingskriterierna samt i övrigt inte strider mot principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens. Förvaltningsrätten finner att formuleringen i myndigheternas förfrågningsunderlag inte ger utrymme för olika tolkningar. Kravet vad gäller de allmänna villkoren och transporttiderna får anses framgå av underlaget. Förvaltningsrätten finner därför att förfrågningsunderlaget inte brister i transparens och på av Eurofins anförda omständigheter kan inte den slutsatsen dras att förfrågningsunderlaget i här aktuellt avseende strider mot 1 kap. 9 § LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Susanne Karlberg

