



SÖKANDE

Färgbolaget i Borås AB, 556507-6501
Box 447
503 13 Borås

Ombud: Advokat Henrik Nilsson
Advokatfirman ALLIANS
Box 7325
103 90 Stockholm

MOTPART

1. Herrljunga kommun
Box 201
524 23 Herrljunga

2. Vårgårda kommun
447 80 Vårgårda

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att Herrljunga och Vårgårda kommuners upphandling av rengöringskemikalier inte får avslutas förrän rättelse skett genom ny utvärdering. Vid den utvärderingen ska, utan att något kvalitetskrav används vad gäller brukslösningen, endast de uppgifter beaktas som lämnats av anbudsgivare som uppfyller skall-kraven i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Länsrättens tidigare interimistiska beslut den 18 mars 2008 upphör därmed att gälla.

Överlämnas för inlämning.

KONKURRENSVERKET	
2008-04-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Herrljunga och Vårgårda kommuner genomförde under hösten 2007 en offentlig upphandling av rengöringskemikalier, städredskap, maskindisk och tvättmedel samt mjukpapper/plastartiklar. Den 15 februari 2008 tillkännagavs i tilldelningsbeslut att annan anbudsgivare än Färgbolaget i Borås AB (Färgbolaget) tilldelats uppdraget.

Länsrätten beslutade den 27 februari 2008 att upphandlingen inte fick avslutas förrän något annat beslutats. Länsrätten beslutade den 18 mars 2008, med ändring av tidigare beslut, att upphandlingen inte fick avslutas endast avseende rengöringskemikalier.

YRKANDEN M.M.

Färgbolaget yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits och anför i huvudsak följande. Den aktuella upphandlingen har inte handlagts i enlighet med LOU. Herrljunga kommun har frångått sitt eget förfrågningsunderlag vid prövning av inlämnade anbud, vilket strider mot LOU 1 kap. 4 §. Som skall-krav anges i förfrågningsunderlaget att en bilaga skall fyllas i med uppgifter om bl.a. pris per liter eller kg, dosering cl per 10 liter och ett jämförpris för brukslösning per 10 liter. Priset anges ska viktas med 70 procent av anbudet. Kommunerna har valt att inte utvärdera priset på brukslösning eftersom inte samtliga anbudsgivare lämnat uppgift om detta. Kommunerna har därefter antagit att uppgifterna om dosering vad gäller bolagets produkter måste vara felaktiga och gör en utvärdering efter kriterier som inte angetts i förfrågningsunderlaget. Genom att kommunerna frångår sitt eget förfrågningsunderlag omöjliggörs för anbudsgivaren att förutse hur utvärdering ska ske. Härtill redovisar kommunen en uppfattning om offererade produkter vilken inte synes vara baserad på någon genomförd undersökning. Av förfrågningsunderlaget punkt sex framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas

vad avser pris m.m. Att anta anbud utan att jämföra den verkliga kostnaden för användandet av medlen kan inte göras. Upphandlingen har därmed stridit mot principerna om transparens, likabehandling och affärsmässighet.

Herrljunga och Vårgårda kommuner (kommunerna) anser att Färgbolagets ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Kommunerna anser att den utvärderingsmodell som använts har behandlat alla anbudsgivare på ett korrekt och rättvist sätt enligt LOU. Utvärderingsmodellen som beskrivits i förfrågningsunderlaget har inte frångåtts vid utvärdering av de olika anbuden för att identifiera anbudet med lägst anbudspris. Avsikten har varit att använda ett beräknat pris på brukslösning med angiven dosering som beräkningsunderlag. Vid utvärderingen upptäcktes att vissa doseringar inte kunde vara rimliga och brukslösningspriset gick därför inte att använda. Kommunerna har därför utgått från priset på förpackningarna och jämfört detta med angiven dosering för att få en brukslösning i förhållande till angiven aktiv halt på respektive medel. Lägst pris på förpackning samt med hänsyn till angivna aktivhalter (koncentrerade produkter) har avgjort val av anbud med lägst pris. För några av bolagets produkter har kommunerna dock funnit att doseringen varit extremt låg och undersökt om doseringen dels har gått att använda i det praktiska arbetet, dels om medlen ger önskvärd rengöringseffekt. Resultatet har i båda fallen varit negativt. Eftersom det för bolagets produkter har krävts betydligt mer mängd av medlen för att få önskad effekt blir också brukslösningspriset högre. Kommunerna har dock använt en utvärderingsmodell som behandlat alla anbudsgivare på ett korrekt och rättvist sätt enligt LOU. Bolaget har fått sitt anbud prövat på ett sätt som gör att det inte kan anses ha lidit skada. Bolaget har invänt att kommunerna prövat ett anbud som inte angett brukslösningspriset. Det är endast bolaget självt som inte lämnat en komplettering med detta. Skulle länsrätten anse att anbudet från Färgbolaget felaktigt har prövats yrkar kommunerna att länsrätten förordnar om en rättelse av upphandlingen på så sätt att Färgbolagets anbud utesluts från prövning.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser m.m.

Upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2008. Lagstiftningen rörande offentlig upphandling i dess lydelse till och med den 31 december 2007 ska därför tillämpas.

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 7 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av kommunernas anbudsfrågan framgår bl.a. vilka krav som ställs på leverantören. Det framgår att en sortimentsspecifikation, bilaga 2, ska användas som prisspecifikation och returneras ifylld tillsammans med anbudet. På förteckningen noteras aktuellt produktnamn, artikelnummer, förpackningsstorlek, pris per lit/kg, doserings cl/10 liter samt jämförpris brukslösning SEK/10 liter. Det framgår vidare att det anbud som ska antas är det som är ekonomiskt mest fördelaktigt där priset viktas till 70 procent och sortiment, leverans/beställning, service/produktinformation till 30 pro-

cent. Vad gäller dosering anges att koncentrerade produkter bör eftersträvas. Uppgifter om dosering ska anges på förpackningen eller på annat lämpligt sätt.

Den ursprungliga blanketten, bilaga 2, innehöll inte någon kolumn för att fylla i brukslösningspriset. Efter en fråga från en anbudsgivare gjordes en komplettering med en ny blankett där det fanns utrymme att fylla i den uppgiften. Från kommunen angavs i samband med kompletteringen att man avsåg att jämföra pris per liter färdig brukslösning och att uppgiften kunde lämnas på den nya blanketten. Det framgår inte om kompletteringen har sänts till samtliga anbudsgivare. Den har dock annonserats.

Länsrätten gör följande bedömning

LOU, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 § och 22 §. I det uppställda kravet på afärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Regeringsrätten har dock uttalat att såväl förfrågningsunderlag som utvärderingsmodell kan tillåtas ha vissa brister så länge inte de principer som ligger bakom reglerna om upphandling träds för när, RÅ 2002 ref. 50. Det måste innebära att utvärderingsmodellen inte får avvika principiellt från förfrågningsunderlagets krav. Utvärderingen får inte heller göras godtyckligt.

Kommunerna har i sitt förfrågningsunderlag efterfrågat uppgift om brukslösningspris och anvisat en blankett där ifyllda uppgifter gör att ett

brukslösningspris kan beräknas. Oavsett den senare kompletteringen är det uppenbart att anbudsgivare som lämnat efterfrågade uppgifter i den ursprungliga blanketten har uppfyllt skall-kravet för uppgift om brukslösningspris efter som detta enkelt har kunnat beräknas. Det har inte bestritts att bolaget har lämnat sådana uppgifter i anbudet. Inte heller har kommunerna gjort gällande att bolaget inte uppfyllt skall-kraven.

Det är därefter ostridigt att kommunerna vid utvärderingen inte använt sig av brukslösningspriset utan istället har använt sig av lägst pris på förpackning samt med hänsyn till angiven dosering och angivna aktivhalter gjort val av anbud med lägst pris. Frågan är om kommunerna därmed har brutit mot LOU och använt andra kriterier än de som angetts i förfrågningsunderlaget för utvärdering av priset på anbudsgivarnas produkter.

Vid bedömning av den frågan måste uppgifterna i förfrågningsunderlaget vara utgångspunkten. I förfrågningsunderlaget anges att lägst pris skall ha en vikt av 70 procent. Det är uppenbart att det efterfrågade skall-kravet på brukslösningspriset är det som kommunerna avsett att använda för att utvärdera de offererade produkterna. Kommunerna har också i svar på en fråga angett att så var fallet. Kommunerna har, genom att i stället använda priset på förpackningarna i jämförelse med dosering och aktiv halt inte helt fullföljt den utvärdering som varit tänkt. Eftersom samtliga uppgifter har efterfrågats i förfrågningsunderlaget och det av underlaget inte uttryckligen anges att brukslösningspriset ska vara utslagsgivande för prisberäkningen, kan inte sättet att räkna fram ett jämförpris anses strida mot principen om likabehandling av anbudsgivarna. Det har inte heller brutit i transparens eller affärsmässighet att räkna fram lägst pris på sätt som skett.

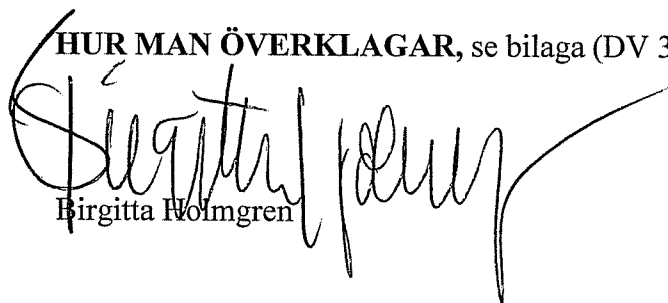
Frågan är därefter om kommunen brutit mot LOU genom att utgå från att lämnade uppgifter om dosering är felaktiga och att i prov tillföra ett kvalitetskrav både på användarvänlighet och på rengöringsförmåga vid angiven dosering. Några skall-krav rörande dosering finns inte i förfrågningsunder-

laget, endast ett uttalande om att koncentrerade produkter bör användas. Inte heller har kommunen uppställt några krav rörande kvaliteten eller användbarheten, endast att det vid behov ska finnas doseringsutrustning. Genom att tillföra kvalitetskrav i utvärderingen och låta det få genomslag på beräknat brukslösningspris har kommunen brustit på ett sätt som gör att principen om transparens och affärsmässighet träts förnär. Särskilt som kommunen inte visat att de av bolaget offererade produkterna är oanvändbara vid angiven dosering.

Frågan är om bolaget har lidit sådan skada av bristerna vid utvärderingen att åtgärder enligt LOU bör vidtas. Den brist som funnits i utvärderingen har medfört att bolaget uteslutits från avtal på andra grunder än de som krävts enligt förfrågningsunderlaget och som lämnats i anbudet. Mot den bakgrunden har det funnits en risk för skada för bolaget som gör att ett ingripande enligt LOU ska ske.

De brister som funnits i utvärderingen har inte inskränkt konkurrensen vid anbudsgivningen. En rättelse av upphandlingen med en ny utvärdering, där hänsyn inte tas till andra uppgifter än de som efterfrågats i förfrågningsunderlaget och lämnats i anbuden av anbudsgivare som uppfyller skall-kraven, är därför tillräcklig för att korrigera bristen.

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


Birgitta Holmgren

