



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Ann-Louice Jonsson

DOM
 2015-06-08
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 1123-15, 1124-15

SÖKANDE

Dala Depån AB, 556490-3226
 Box 20
 793 21 Leksand

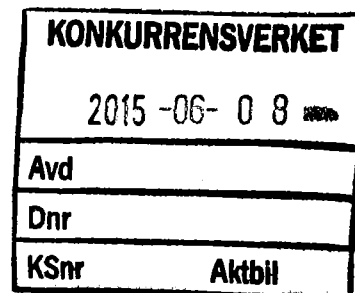
MOTPARTER

Malung-Sälens kommun (mål nr 1123-15)
 Box 14
 782 21 Malung

Vansbro kommun (mål nr 1124-15)
 Medborgarhuset
 780 50 Vansbro

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Dala Depån AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 138663

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Malung-Sälens kommun och Vansbro kommun (Kommunerna) genomför en upphandling av ramavtal avseende ”Städkem, städredskap, mjukpapper, emballage, produkter för kök och servering, hygien- och sjukvårdsprodukter och handskar- och skoskydd” (Dnr KS/2014.372). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Den 13 mars 2015 beslutade Kommunerna att tilldela Procurator AB (Procurator) kontraktet.

YRKANDE M.M.

Dala Depån AB (i det följande Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i korthet följande som grund för sin ansökan. Kommunerna har agerat i strid med de grundläggande principerna i LOU, dels genom att inte förkasta de inkomna anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven som anges i förfrågningsunderlaget, dels genom att vid utvärderingarna tillämpa efterkonstruerade utvärderingskriterier, utvärdera anbuden utifrån förutsättningar som inte gjorts kända under anbudstiden samt genom att bortse från de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Kommunerna har utvärderat anbuden tre gånger och samtliga utvärderingar har skett på ett godtyckligt sätt.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i huvudsak att upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande principerna och LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Bolaget anför

är visat att Kommunerna har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § och 16 kap. 6 § LOU samt RÅ 2009 ref. 69).

Av förfrågningsunderlaget (1.1.2 och 2.1.5) framgår bl.a. följande. Anbud kan lämnas som helt eller delat anbud på produktområdena städkem och städredskap eller produktområdena mjukpapper, emballage, produkter för kök- och servering, hygien- och sjukvårdsprodukter och handskar- och skoskydd. Avtal kommer att tilldelas en anbudsgivare eller två anbudsgivare till efterfrågade varor enligt denna förfrågan, varför anbud kan lämnas på delar av upphandlingen. Av utredningen i målen framgår vidare att Kommunerna fattade beslut om tilldelning i upphandlingen den 6 februari 2015, att det beslutet ersattes med ett nytt tilldelningsbeslut den 27 februari 2015 och detta beslut upphävdes den 9 mars 2015 och ersattes med ännu ett nytt tilldelningsbeslut som anbudsgivarna underrättades om den 13 mars 2015. Bolaget kom in med sin ansökan till förvaltningsrätten den 20 mars 2015. Förvaltningsrättens prövning i förevarande mål tar således sikte på de faktiska omständigheter som förelåg vid Kommunernas tilldelningsbeslut den 13 mars 2015. Av det tilldelningsbeslutet och tillhörande utvärderingsprotokoll framgår att Procurator tilldelades kontraktet för båda produktområdena i upphandlingen, att OCAY Sverige II AB (OCAY) rangordnades som nummer två, Bolaget som nummer tre och Öje Produkter AB (Öje) som nummer fyra i var och en av produktområdena.

Anbudet från Procurator

Bolaget gör gällande att Procurator inte uppfyller det obligatoriska kravet i 3.6 och anför bl.a. följande. I Procurators anbud (Svarsbilaga 2 flik Krav

på Leverantören 3.6) anges underleverantören DHL för distribution av gods. Under fliken Kravspecifikation 4.4.2 och 4.4.4 hänvisar Procurator till en bilaga med en beskrivning av personal hos Diversey i olika regioner i Sverige. Om Procurator har för avsikt att anlita denna personal för att fullfölja avtalet måste det ses som att de ska anlita en underleverantör, vilket då skulle ha angetts på samma sätt som DHL i enlighet med kravet i 3.6. I förfrågningsunderlaget (4.1.1) föreskrivs vidare att "[s]amma artikel får inte offereras på två olika positioner.". Procurator bryter mot detta krav avseende två produkter (Flik Mjukpapper pos.9 och 10 [artikel 10014773] och (Flik Emballage pos.10 och 11 [artikel 100266901]). Kommunerna har vid utvärderingen avseende pos.9 och 10 angett att produkterna värderas likvärdiga referensartikeln trots att samma artikel offererats på pos.9 och 10. Kommunerna har gjort motsatt bedömning avseende pos.10 och 11 då de produkterna erhållit ett belastningsvärde med 18 835,72 kr. Under anbudsstiden gjordes flera justeringar då Kommunerna genom "Frågor och Svar" uppmärksammat att det i förfrågningsunderlaget efterfrågas samma produkt på flera positioner, dvs. i strid med det egna förfrågningsunderlaget. Kommunerna tog därför bort positioner/artiklar som stred mot kravet att inte samma artikel får offereras på flera positioner. Kommunerna har godtyckligt upphävt ett krav i upphandlingen på att anbudsgivare inte får offerera samma produkt på två ställen och har samtidigt tilldelat belastningsvärden med samma krav som grund, vilket inte är förenligt med LOU.

Kommunerna, som även har hänvisat till vad som anges i det utvärderingsprotokoll som ligger till grund för tilldelningsbeslutet den 13 mars 2015, har mot detta fört fram bl.a. följande. Den omständigheten att Procurator under punkt 4.4.2 och 4.4.4 omnämner Diversey som sin serviceorganisation på disk och tvättutrustning, tolkas som att Procurator har för avsikt att använda Diversey som underleverantör för att fullfölja sitt åtagande i den delen. Procurator har, i en särskild bilaga till anbudet, lämnat

en utförlig förteckning över Diverseys samtliga servicetekniker 2014 och Kommunerna anser därför att kravet i 3.6 är uppfyllt.

I förfrågningsunderlaget (3.6 Underleverantör) föreskrivs bl.a. följande. Om antagen leverantör avser att anlita underleverantörer för hela eller delar av det offererade, ska det framgå redan vid anbudstillfället. Det ska framgå vilken leverantör som avses samt vilken del/vilka delar av arbetet som samarbetet avser. Om underleverantörer kommer att anlitas ska följande uppgifter anges: namn på leverantör, organisationsnummer på leverantör samt vilka delar anbudsgivaren har för avsikt att använda underleverantör(er).

I målen är klarlagt att Procurator inte har angett Diversey som underleverantör i Svarbilaga 2 (flik Krav på Leverantören punkt 3.6) i sitt anbud. Mot bakgrund av att vad som har angetts under punkterna 4.4.2 och 4.4.4 i Procurators anbud och de uppgifter om Diversey som Procurator har redovisat i den särskilda bilagan till anbudet, får Procurator anses ha lämnat motsvarande uppgifter som efterfrågas i punkten 3.6. Förvaltningsrätten anser således att Kommunerna har haft fog för att bedöma kravet som uppfyllt.

I 4.1.1 i förfrågningsunderlaget anges att samma artikel inte får offereras på två olika positioner. Förvaltningsrätten anser visserligen inte att det av denna punkt direkt kan utläsas vad följden blir för en anbudsgivare som offererar samma artikel på två olika positioner. Enligt förvaltningsrätten kan skrivningen dock inte ges en så långtgående tolkning som att ett anbud kommer att förkastas i ett sådant fall. Den information som finns i förfrågningsunderlaget om belastningspris, belastningsvärde och kravet på att minst 90 % av artiklarna i prisbilagan ska uppfylla ställda krav (jfr 4.1.2 och 5.4), ger enligt förvaltningsrätten snarare stöd för att Kommunerna i en sådan situation kommer att lägga på ett belastningsvärde på den aktuella

produkten. Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten att Kommunerna har haft fog för att på det sätt som skett tilldela Procurator ett belastningsvärde avseende pos.10 och 11. Med beaktande av vad Kommunerna har upplyst om i "Frågor och Svar" den 18 november 2014 (fråga 6) anser förvaltningsrätten att det också tillräckligt tydligt framgår att den artikel som Procurator sedermera har offererat på pos.9 och 10 (Bilaga 3, flik Mjukpapper) kommer att bedömas som likvärdig och därmed inte tilldelas något belastningsvärde. Förvaltningsrätten anser inte att Kommunerna genom sitt svar under anbudstiden har förändrat förfrågningsunderlaget i sådan omfattning att det skulle vara oförenligt med de principer som bär upp LOU.

Övriga invändningar mot Kommunernas utvärdering

Bolaget har i målen framfört att anbuden från OCAY och Öje inte uppfyller det obligatoriska kravet i 4.4.1 (Doseringsutrustningar diskmaskiner) att det vid byte av förpackning inte ska finnas någon risk för personkontakt med medlet. Bolaget pekar på att Kommunerna vid samtliga tre utvärderingar har godkänt den av OCAY och Öje offererade produkten Torkmedel Ecolab 5 liter Dry Classic (pos. 45 flik StädKem Prisbilaga 3) med hänvisning till de säkerhetsinstruktioner man ger sin personal vid byte av förpackning. Bolaget menar att Kommunernas bedömning skett utifrån ett efterkonstruerat villkor och en för anbudsgivarna ny och okänd förutsättning, vilket Bolaget menar står i strid med LOU. Det var först vid den tredje utvärderingen som Kommunerna bedömde produkten som "ej likvärdig referensartikeln", varpå OCAY och Öje tilldelades ett belastningsvärde på pos. 45. Bolaget anför vidare att Kommunerna borde ha tilldelat OCAY och Öje belastningspriser på de produkter som offererats på pos. 38, 51 och 53 (StädKem) då dessa produkter avviker från referensartiklarna med mellan 50 % och 100 % i volym., vilket enligt Bolaget är alltför betydande för att kunna anses likvärdiga enligt vad som anges i 4.1.1 i förfrågningsunderlaget.

Kommunerna, som även har hänvisat till vad som anges i det utvärderingsprotokoll som ligger till grund för tilldelningsbeslutet den 13 mars 2015, har i denna del pekat på bl.a. följande. Den av OCA Y och Öje offererade produkten på pos. 45 bedöms uppfylla kravet i 4.4.1 eftersom det inte finns någon risk för personkontakt med medlet vid byte av förpackning om man följer köparens säkerhetsinstruktioner vid byte av förpackning för öppet system respektive slutet system. Produkten är dock, till skillnad mot referensprodukten, inte anpassad för ett slutet system och bedöms inte likvärdig med denna. Vid den tredje utvärderingen erhöll därför OCA Y och Öje ett belastningspris med 29 315,78 kr på pos. 45, vilket innebar ett högre jämförelsepris med en förändrad rangordning mellan anbudena som följde. OCA Y:s anbud var efter den tredje utvärderingen inte längre var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan det var anbudet från Procurator. De omständigheter som Bolaget fört fram är således inte längre relevanta. Vad gäller de av OCA Y och Öje offererade produkterna på pos. 38, 51 och 53 (Städkem) anses dessa likvärdiga med respektive referensartikel eftersom produktstorleken (5 liter, 10 liter eller 20 liter) inte har någon större betydelse för denna produkt. Det är av större vikt att inte minsta inköpsvolym måste vara t.ex. 5 x 20 liter eller 10 x 5 liter.

Enligt förvaltningsrättens bedömning ger utformningen av 4.4.1 inte stöd för tolkningen att förpackningen i sig måste vara anpassad för ett slutet system för att kravet ska anses vara uppfyllt. Förvaltningsrätten anser inte heller att det framkommit skäl att ifrågasätta Kommunernas uppfattning om att det inte finns någon risk för personkontakt med medlet ifall säkerhetsinstruktionerna följs vid byte av förpackningen. Därtill kommer att såväl OCA Y som Öje i sitt anbud har bekräftat att kravet uppfylls. Vid dessa förhållanden får den av OCA Y och Öje offererade produkten på pos. 45 anses uppfylla kravet i 4.4.1. Annat har inte heller visats än att Kommunernas utvärdering av aktuell produkt i övrigt har skett i enlighet med vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget (jfr 4.1.1, 4.1.2 och 5.4).

Enligt förvaltningsrättens mening får Kommunerna i egenskap av upphandlande myndigheter ges ett visst tolkningsföreträde när det gäller vilka produkter som kan anses likvärdiga i upphandlingen. Med hänsyn härtill och med beaktande av vad Kommunerna har anfört om att produktstorleken inte har någon större betydelse för de produkter som efterfrågas på pos. 38, 51 och 53, finner förvaltningsrätten inte visat att Kommunerna har agerat i strid med vare sig förfrågningsunderlaget eller de grundläggande principerna i LOU vid utvärderingen av anbuderna från OCAY och Öje i dessa delar. Därtill kommer att Bolaget inte heller har visat på vilket sätt en eventuell felaktig utvärdering av dessa anbud skulle innebära skada eller risk för skada för Bolagets del eftersom Procurator har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på båda produktområdena och således rätteligen tilldelats kontrakt.

Sammanfattningsvis

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte att Bolaget har visat att Kommunerna förfarit på ett sätt som står i strid med LOU eller någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Ansökan ska således avslås.

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

Eva Karlsson Helghe
rådman



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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.