



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**

Avdelning 1
Lena Palmér

DOM
2011-10-20

Meddelad i
Malmö

Mål nr
8673-11 E

SÖKANDE

Selecta AB, 556069-3318
Ostmästargränd 5
120 90 Årsta

Ombud: Jur. kand. Magnus Kylhed
Lövängsvägen 11
187 30 Täby

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-10-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Selecta AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Malmö stad inte får avsluta upphandlingen av kaffeautomater med service, dnr 2011-00079 förrän rättelse vidtagits genom ny utvärdering som följer den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen.

Dok.Id 76748

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattentalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför en upphandling av kaffeautomater med service, dnr 2011-00079. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande över tröskelvärdet i LOU.

Selecta AB begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska rättas alternativt göras om. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Staden påbörjade vintern 2010/2011 en upphandling av kaffeautomater med service. Tilldelningsbeslut meddelades den 24 februari 2011. Sedan förvaltningsrätten i dom den 25 maj 2011 i mål 2283-11 E bifallit Selecta AB:s ansökan om överprövning av upphandlingen och förordnat att rättelse skulle ske avbröt staden upphandlingen den 27 maj 2011. En ny upphandling av kaffeautomater med service påbörjades strax därefter. Det nya förfrågningsunderlaget visar att staden i vissa delar ändrat förutsättningarna för upphandlingen i syfte att undanröja de fel som begåtts i den första upphandlingen. Såvitt gäller den del av förfrågningsunderlaget som behandlar principerna för utvärdering av inkomna anbud kan det dock konstateras att grunden för tilldelning av kontrakt är helt identisk med den som angavs i den avbrutna upphandlingen. Trots att staden har använt identiska förutsättningar har utvärderingen i de två upphandlingarna genomförts på helt olika sätt. Detta är ett brott mot principen om förutsebarhet och transparens. Staden skulle antingen ha utvärderat enligt de principer som slogs fast i den första upphandlingen eller beskrivit i förfrågningsunderlaget att utvärdering skulle ske på annat sätt och på vilket sätt det i så fall skulle ske. Förfrågningsunderlaget uppfyller inte kravet på förutsebarhet.

Av upphandlingsrapporten framgår inte hur anbudssummorna har beräknats. Kravet enligt 9 kap. 9 § LOU på att skälen för beslutet ska framgå av tilldelningsbeslutet kan knappast anses vara uppfyllt.

Det sätt på vilket anbudspris räknades ut vid den avbrutna upphandlingen stämmer helt med förfrågningsunderlaget. I den nya upphandlingen har staden valt en helt annan utvärderingsmodell, enligt vilken den på ett svärbegripligt sätt kommit fram till olika anbudssummor för de olika anbudsgivarna i stället för en viss poäng. Detta trots att det i förfrågningsunderlaget särskilt anges att anbuden ska poängsättas och att högsta totalsumma motsvarar lägsta pris. Det kan aldrig vara förenligt med LOU och principen om förutsebarhet och transparens att så fundamentalt ändra på förutsättningarna i ett identiskt upphandlingsförfarande från det ena tillfället till det andra. Inte heller är det förenligt med LOU att genomföra en utvärdering i strid med vad som anges i förfrågningsunderlaget om hur den ska gå till. Det framgår av förfrågningsunderlaget klart att utvärderingen ska syfta till att anta anbudet med lägsta pris samt hur detta ska räknas fram genom viktning av de två parametrarna "Pris på servicekoncept" (50 %) och "Pris på produkter" (50 %), båda kategorierna med viss inbördes ytterligare viktning.

Om staden genomfört utvärderingen enligt samma principer som tidigare hade lägsta anbudssumma lämnats av Fazer. Fazers anbud uppfyller dock inte ställda skall-krav och ska därför diskvalificeras.

Stadens påstående att skrivningen om "högsta totalsumma" i förfrågningsunderlagets punkt 3.3.2. skulle vara en felskrivning framstår som mindre sannolikt. Slutsatsen av punkten 3.3.2. kan inte bli annan än att anbudsgivarna tilldelas viss poäng i relation till hur deras priser står sig mot övriga anbudsgivares priser avseende de olika kriterier där pris efterfrågats, att poängsummorna därefter viktas enligt förfrågningsunderlagets viktningskriterier, att dessa poäng summeras ihop samt att högsta totalsumma (dvs. högsta poäng i beräkningen) ska anses motsvara lägsta pris, förutsatt att grund för uteslutning av anbudsgivaren inte föreligger. Denna utvärderingsmodell är helt i enlighet med vad som står i punkten 3.3.2. och det var denna modell som staden tillämpade i den tidigare upphandlingen.

Den utvärdering som staden har gjort saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Staden har genomfört utvärderingen utan att ta någon hänsyn till den viktning av kriterierna som förfrågningsunderlaget har fastställt. Någon viktning av de efterfrågade priserna har alltså inte skett. I stället har man summerat ihop priserna för "fullservice" med priserna för "hygienisk och teknisk service" och "kaffe" etc. Anbudsformuläret är uppbyggt i form av en prismatris där anbudsgivarna fyllt i priser, varefter detta pris multiplicerats med en angiven kvantitet vilket därmed givit ett totalpris för respektive kriterium. I stället för att vikta dessa delsummer enligt vad som anges under punkten 3.3.3. har staden summerat dem för att få fram ett totalpris. Det framräknade totalpriset för JOBmeal är dock inte det "lägsta priset" enligt den utvärderingsmodell som angivits i förfrågningsunderlaget punkten 3.3.2., utan det är i stället ett totalpris för de aktuella kriterierna utan att någon viktning av dem har gjorts. Staden menar att man visst viktat priserna enligt den i förfrågningsunderlaget angivna modellen där olika kriterier har givits olika procentuell betydelse. De kvantiteter som angivits i prismatrisen i förfrågningsunderlaget har dock inte någon koppling till de procentsatser som stipulerats i viktningen av priser under punkten 3.3.3. i förfrågningsunderlaget.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Staden har följt LOU och sökanden har inte lidit skada. Det förfrågningsunderlag som utformades för den avbrutna upphandlingen har ingen relevans för bedömningen av det aktuella förfrågningsunderlaget. Den pågående upphandlingen är en ny upphandling med nya förutsättningar. Upphandlingens grund för tilldelning är lägsta pris. I det aktuella förfrågningsunderlaget anges det inte i någon del att anbud ska poängsättas. Det finns i förfrågningsunderlagets punkt 3.3.2. ett felaktigt uttryckt ord "högsta totalsumma". Att detta är en felskrivning torde vara uppenbart. Detta har sannolikt uppfattats av potentiella anbudsgivare. En förklaring till att ingen fråga har ställts om den felaktiga formuleringen kan vara att texten under punkten 3.3.1. tydligt redovisar att tilldelningsgrunden är lägsta pris. Av förfrågningsunderlaget framgår att sta-

den kommer att vikta anbudsgivarnas priser i enlighet med angivna volymer, vilka framgår av prismatriserna i förfrågningsunderlaget. De fem prismatrisernas totalsummor har adderats och resultatet utgör den totala anbudssumman. Under punkt 3.3.3. i förfrågningsunderlaget har staden redovisat en översiktlig spegling av de volymer som utgör stadens behov, vilket upphandlingen grundar sig på. Dessa volymer finns redovisade som kvantiteter i respektive prismatris. Av det 100 % priset utgör respektive del en specifik procentsats baserad på i förfrågningsunderlaget (prismatriserna) redovisade volymer. Pris på fullservice utgör 16 %, hygienisk och teknisk service utgör 34 % osv. Staden har valt att tillämpa enklast möjliga prisutvärdering. Utvärdering av prismatriserna sker automatiskt via systemet TendSign. Att förfrågningsunderlaget vid den nu aktuella upphandlingen är utformat på liknande sätt som vid den avbrutna upphandlingen utgör inget hinder för staden att förändra metoden för utvärdering. Staden har tagit vara på möjligheten att förenkla och förbättra utvärderingsmetoden för att öka transparensen. Eftersom tilldelningsgrunden är lägsta pris och det på ett mycket enkelt sätt är möjligt att genomföra prisutvärderingen och konstatera vilket anbud som lägst pris finns ingen anledning att komplicera utvärderingen med ytterligare någon viktning eller poängsättning. Den aktuella utvärderingsmodellen är i tillräcklig grad förutsebar och transparent. Staden har genomfört utvärderingen i enlighet med LOU. Staden har genom anbudssammanställning och utvärderingsprotokoll som bifogats tilldelningsbeslutet redovisat vad som ligger till grund för tilldelningsbeslutet. Fazers anbud har inte erbjudit lägst pris och staden har därför inte utvärderat något utöver Fazers anbudspris.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Selecta AB gör primärt gällande att Malmö stad brutit mot LOU:s krav på transparens genom att genomföra utvärderingen på ett annat sätt än i en tidigare avbruten upphandling med samma upphandlingsföremål samt på ett sätt som inte följer av förfrågningsunderlaget. Selecta AB anför också kritik gällande förfrågningsunderlagets tydlighet. Vad Selecta AB anfört och åberopat gällande brister i förfrågningsunderlaget visar dock enligt förvaltningsrätten inte att förfrågningsunderlaget är så otydligt att det strider mot LOU.

Vad gäller åberopade brister i utvärderingen kan inledningsvis konstateras att den omständigheten att staden har genomfört utvärdering på annat sätt än i den tidigare avbrutna upphandlingen inte i sig innebär att den nya utvärderingen strider mot transparensprincipen. Avgörande för frågan om kravet på förutsebarhet är uppfyllt är i stället om utvärderingen genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande:

3.3. Utvärdering

3.3.1. Grund för tilldelning av kontrakt

Lägsta pris

3.3.2. Utvärdering och kvalificering

Vid anbudsprövning kommer det anbud som har lägst pris att prövas. Prövning av anbud sker genom kontroll att samtliga skallkrav är uppfyllda av leverantören. Den anbudsgivare som har högst totalsumma går vidare för kontroll av kvalificeringskrav som visar om företaget har förutsättning att utföra uppdraget (ekonomisk och juridisk ställning, teknisk och yrkesmässig kapacitet och erfarenhet) samt kontroll att uteslutning enligt 15 kap. 13 § LOU inte föreligger. Uppfyller anbudsgivaren samtliga krav är anbudet det med lägst pris och tilldelas kontrakt.

3.3.3. Pris

Leverantören ska i prismatris lämna anbud på två (2) olika servicekoncept. (...) Volymuppgifterna i prismatriserna gäller utan förbindelse under avtalsperioden. Angivna volymer kommer att användas vid anbudsutvärderingen. Servicekoncepten utgår från angivna maskintyper och utgår från en bindningstid på 36 månader. Pris beräknas per månad.

Av 100 % så utgör pris på servicekoncept 50 % och pris på produkter 50 % enligt följande viktning;

Pris på servicekoncept 50 %

Fullservice 16 %

Hygienisk och teknisk service 34 %

Pris på produkter 50 %

Kaffe 35 %

Te 10 %

Choklad 5 %

I de 16 % som utgör fullservice räknas kopp-pris in.

Anbudsformuläret är uppbyggt i form av prismatriser där anbudsgivarna fyllt i priser, varefter detta pris multiplicerats med en angiven kvantitet vilket därmed gett ett totalpris för respektive kriterium. Staden har sedan summerat matriserna för att få ett totalpris.

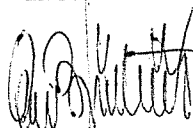
Enligt staden har priserna viktats enligt den i förfrågningsunderlaget angivna modellen och av det 100 % priset utgör respektive del en specifik procentsats baserad på i förfrågningsunderlaget (prismatriserna) redovisade volymer. Staden gör, så som det får förstås, gällande att viktning skett genom att angiven volym motsvarar den angivna procentsatsen av totalvolymen.

Av utredningen i målet går dock inte att utläsa att volymerna motsvarar de procentsatser som priserna enligt förfrågningsunderlaget ska viktas enligt. De angivna volymerna skiljer sig också åt vad avser enhet, kaffe ska t.ex. redovisas i pris per kilo, te i pris per påse och service i pris per styck.

Av förfrågningsunderlaget framgår att priset ska viktas enligt angivna procentsatser. Rätten kan dock inte finna annat än att staden har genomfört utvärderingen utan att ta någon hänsyn till den viktning av kriterierna som förfrågningsunderlaget har fastställt. Utvärderingen har därmed inte skett i enlighet med förfrågningsunderlaget och den strider därmed mot transparensprincipen.

Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten det visat att staden i det aktuella upphandlingsförfarandet brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Då Selecta AB härigenom har lidit eller kan komma att lida skada föreligger grund för ingripande enligt LOU. Den konstaterade bristen är hänförlig till utvärderingen. Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingen ska rättas på så sätt att en förnyad utvärdering, som följer den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen, ska genomföras.

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



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU