



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-03-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23874-10
Enhet 14

2010-03-30	
Art	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Focus Neon AB, 556196-2332
Box 92100
126 09 Hägersten

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och Jur. kand. Håkan Andersson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

AB Familjebostäder, 556035-0067
Box 49103
100 28 STOCKHOLM

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 8861

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

AB Familjebostäder (Familjebostäder) genomför en förenklad upphandling av emaljerade fasadskyltar, 2010-03 – 2012-02, diarienummer 2009/2805-1. Enligt tilldelningsbeslut den 12 februari 2010 har Familjebostäder beslutat att teckna avtal med Swedesign AB.

Förvaltningsrätten har, efter ansökan från en annan leverantör, den 22 februari 2010 beslutat att den nu aktuella upphandlingen tills vidare inte får avslutas (förvaltningsrättens mål nr 23709-10).

YRKANDEN M.M.

Focus Neon AB (Focus Neon) yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom en ny anbudsutvärdering vid vilken bolagets anbud ska utvärderas. Till stöd för sin talan anför Focus Neon i huvudsak följande.

Av anbudsförfrågan framgår på sidan 4, under punkten 2.1, ”Anbudets innehåll”, vilka krav som ställs på upphandlade skyltar. Dessa ska vara 390 mm breda, 285 mm höga, 1,25 mm tjocka och ha ett kupningsdjup på 12-15 mm. Denna sista uppgift har i en tilläggshandling, PM 1, 2010-01-08, ändrats till 20 mm. Skyltarna ska vidare ha fästen på baksidan placerade på särskilt sätt. Färgen ska vara grön PMS-kod 3425. Logotypen ska vara skalenlig i förhållande till skyltens storlek. Skylten ska vara i plåt av emaljeringsbar kvalitet, väderbeständig för utomhusbruk och fullständigt grundemaljerad runt om. Till anbudet ska ett varuprov bifogas för bedömning av färg och form. Krav på varuprovet uppställs i anbudsförfrågan på sidan 5 och består i att provet ska vara av rätt material, tjocklek, färg och emalj. Provs skylten ska vidare vara av sådan storlek att rätt kupningsdjup, ett fäste och grafisk form kan demonstreras.

Av anbudsförfrågans 3.1 "Kvalificering av anbudsgivare" framgår vilka krav som ställs på anbudsgivarna för att dess anbud ska kvalificeras för utvärdering. Kraven motsvarar till del vad som följer av 10 kap. LOU samt att anbudsgivaren ska visa tillräcklig finansiell och ekonomisk styrka, kompetens och kapacitet och inneha dokumenterad erfarenhet av liknande uppdrag.

Av anbudsförfrågans 4.1 "Utvärdering av anbud" framgår att det anbud som innehar lägsta pris kommer att antas. Enligt 12 kap. 1 § LOU är detta tilldelningskriterium att skilja från att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt.

Vid anbudstidens utgång den 28 januari 2010 hade tio anbud inkommit. Av dessa bedömdes nio uppfylla uppställda krav för kvalificering. Efter konstaterande av detta har Familjebostäder gjort en bedömning av huruvida varuprovet uppfyller vissa egenskaper. De anbud som ansetts uppfylla härvid ställda krav har sedan jämförts mot varandra. Av "Meddelande om tilldelningsbeslut" framgår att Familjebostäder avser att teckna avtal med Swedsign AB som bedömts ha lämnat det "ekonomiskt mest förmånliga anbudet".

På sätt som anges ovan har Familjebostäder vid anbudsprövningen först gjort en prövning av vilka anbud som är kvalificerade att utvärderas. De nio anbud som kvalificerats har därefter utvärderats på så sätt att tre egenskaper hos varuproven undersökts: färg, form och emaljqualität. Denna utvärdering synes vara gjord för att utreda kraven uppställda i anbudsförfrågan vilka även redogjorts för ovan. Som nämnts ovan anges i anbudsförfrågan att varuprov på fasadskylt ska bifogas anbudet. Vidare anges att provet ska vara av rätt material, tjocklek, färg och emalj. Detta är således de krav som ställs på varuprovet. Att en utvärdering av varuproven skulle ske på sätt som gjorts, eller att emaljqualität skulle utvärderas på sätt som gjorts framgår inte av förfrågningsunderlaget.

Efter erhållande av tilldelningsbeslutet har Focus Neon efterfrågat en motivering från Familjebostäder till varför deras anbud inte ansågs uppfylla ställda krav. Av e-postbrev från den upphandlande enhetens Bitte Qvist framgår att enheten menar att Focus Neons varuprov delvis saknar emalj på kanterna, att färgen är matt och porig samt att logotypen har synliga sprickor. Vidare hänvisar Bitte Qvist till anbudsfrågan och anger att ”skylten ska vara i plåt av emaljeringsbar kvalitet, väderbeständig för utomhusbruk och fullständigt grundemaljerad runt om.”

Varuprovet är inte ett exemplar av den skylt som ska levereras. Att detta inte är tanken framgår tydligt av anbudsfrågans 2.1 på sidan 5 där det anges vilka särskilda krav som ställs på just varuprovet. Varuprovet har inte ens behövt vara av samma storlek som levererade skyltar. Kraven på varuproven måste skiljas från de allmänna krav som ställs på skyltarna, angivna tidigare under samma punkt under rubriken ”Storlek på emaljerad fasadskylt”.

Focus Neons varuprov uppfyller de krav som ställs på varuproven. Varuprovet innehar rätt färg, det har rätt form och det har rätt tjocklek. De synpunkter Familjebostäder haft på varuprovets utseende må vara gällande, men har inte enligt förfrågningsunderlaget utgjort föremål för utvärdering. Huruvida den vinnande anbudsgivarens 1 050 stycken levererade skyltar uppfyller de krav som ställs på dessa är en fråga av endast civilrättslig betydelse mellan beställare och leverantör.

Det är uppenbart att den upphandlande enheten vid utförandet av utvärderingen förväxlat de krav som ställs på levererade skyltar, uppställda på anbudsfrågans sida 4, med de krav som ställts på varuproven, sidan 5. Vid förtydligande av hur bedömningen gjorts vid anbudsprövningen anger ombudet uttryckligen att enheten bedömt varuproven efter de egenskaper som uppställdes som krav på levererade skyltar vilket går direkt emot förfrågningsunderlaget.

Familjebostäder har uppenbarligen inte haft skillnaden mellan kvalificeringsfas och utvärderingsfas klar för sig vid utförandet av anbudsprövningen. Detta har fått till följd att Focus Neons anbud förkastats på grunder som inte är förenliga med förfrågningsunderlaget, utan att utvärderas. Hade Focus Neons anbud utvärderats hade det funnits ha lägst pris.

Genom att utan stöd i förfrågningsunderlaget förkasta Focus Neons anbud har annan anbudsgivare felaktigt tilldelats upphandlingen. Focus Neon, vars anbud uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda krav, har på detta sätt inte behandlats likvärdigt med övriga anbudsgivare. Upphandlande enhet har därmed inte genomfört upphandlingen i enlighet med den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling.

Genom att förkasta anbud vars varuprover, enligt enhetens egen fria bedömning, inte uppnår de krav som ställs på de färdiga produkterna har enheten utfört en utvärdering som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Upphandlingen är därför inte förutsebar.

Den upphandlande enheten har i tilldelningsbeslutet angivit att det för enheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelats upphandling. Redovisningen av genomförd utvärdering ger detta påstående stöd. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudet med lägsta pris tilldelas upphandlingen. Utvärderingen är således inte gjord i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Att Focus Neon inte tilldelats kontraktet innebär således att bolaget har lidit, eller kan komma att lida skada.

Familjebostäder bestrider Focus Neons yrkande och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande.

Familjebostäder har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Upphandlingen har genomförts på ett öppet och transparent sätt med krav ställda i proportion till behov. Anbud och anbudsgivare har behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. Varken kvalificering eller anbudsutvärdering har

skett i strid med LOU. Om brister skulle anses föreligga är dessa inte av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts.

Enligt anbudsförfrågan avsåg Familjebostäder att anta det anbud med lägst pris. Anbud som inte avser rätt vara har inte blivit utvärderat eller rangordnat. Varianter av den föreskrivna varuspecifikationen är inte acceptabla och därmed har varken varuvarianter eller sådant anbud poängsatts eller rangordnats. Utvärderingen har enbart avsett urvalskriteriet pris. Fasadskyltens form, färg och kvalité har inte varit del i anbudsutvärderingen.

Rätt vara ska ha rätt form och färg enligt anbudsförfrågan och visnings skylt monterad vid entrén på Torsgatan 1 i Stockholm. Som vägledning anges färgkod Pantone/PMS 3425. Vidare ska provskylten bl.a. ha rätt emalj för att vara väderbeständig för utomhusbruk. Att rätt vara offereras ska visas genom att varuprov bifogas anbudet.

Färgbedömning har genomförts på ett objektivet sätt av Skandinaviska Färginstitutet AB. Varuprov från Focus Neon bedöms ha en färg närmast motsvarande Pantone/PMS 350 C. Även emalj har bedömts på ett objektivet sätt av extern konsult Ulrika Rosengren Gustafsson. Varuprov bifogat anbud från Focus Neon har varken rätt färg eller emalj. Emaljen är matt och porig, har väl synliga sprickor och utgör alltså inte prov på efterfrågad vara.

I kvalificeringsmomentet har fler än nödvändigt antal anbudsgivare granskats avseende i förfrågningsunderlaget efterfrågade kvalifikationer att genomföra uppdraget. Detta innebär dock inte att fler anbud än de som avser rätt vara tagits upp till prövning och påverkar inte resultatet i upphandlingen.

I tilldelningsbeslutet har genom skrivfel "det ekonomiskt mest förmånliga anbudet" angivits i stället för "anbud med lägst pris". I redovisningen framgår dock att anbudsutvärderingen avser enbart pris. Tilldelningsbeslu-

tet må vara mindre noggrant formulerat, men det ändrar inga sakförhållanden i utvärderingsprocessen. Anbudsutvärderingen är genomförd lika för samtliga anbudsgivare enligt redovisat tillvägagångssätt.

Focus Neon genmäler bl.a. följande.

På sidan 5 i anbudsförfrågan, under 2.1, anges vilka särskilda krav som ställs på det varuprov som utgör skall-krav i anbudet. Kraven är formulerade som att: ”Provet ska vara av rätt material, tjocklek, färg och emalj. Provskylden ska vara av sådan storlek att rätt kupningsdjup, ett fäste och grafisk form kan demonstreras, med grafisk form menas exempel på den vita ramen i rätt dimension på grön botten.”

Det av Focus Neon ingivna varuprovet har färgen grön, PMS-kod 3425, vilket också är den kod som är angiven på sidan 4 i anbudsförfrågan. Eventuell annan bedömning är felaktig. Härvid konstateras särskilt att Familjebostäder inte gjort något färgprov utan utvärderingen har baserats på en ”färgbedömning”. På samma sätt har en bedömning gjorts av emaljen. Varuprovet innehar den efterfrågade emaljen. Ifall kvalitén på emaljen på varuprovet inte motsvarar de krav som Familjebostäder vill ställa på levererad produkt innebär detta alltså inte att Focus Neon inte uppfyllt uppställt skall-krav. Vilken kvalitet som emaljen ska ha har inte angivits i förfrågningsunderlaget.

Enligt 11 kap 11 § p. 11 LOU får upphandlande myndighet kräva att anbudsgivare styrker sin tekniska kapacitet genom exempelvis ingivande av prover. Härvid är viktigt att som upphandlande myndighet inte sammanblanda detta urvalskriterium med tilldelnings- eller utvärderingskriterium. Det är tillåtet att kräva varuprov för att styrka den tekniska kapaciteten, inte för att på grundval av varuprovet värdera produktens kvalitet. Det framgår tydligt såväl av redovisningen från anbudsprövningen som av Familjebostäders yttrande att Familjebostäder utvärderat varuprovets kvalitet. Med omdömen som att emaljen är matt och porig värderar myndigheten

produkten, istället för att konstatera att anbudsgivaren har den tekniska kompetensen att leverera upphandlingsobjektet. Varuprovets kvalité är ett sådant kriterium som är kopplat till föremålet för kontraktet, som enligt 12 kap. 1 § LOU ska tas hänsyn till vid bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. För att få göra en sådan utvärdering måste ramarna för den anges i förfrågningsunderlaget.

De alternativa tilldelningsgrunderna som anges i LOU är lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av Familjebostäders anbudsförfrågan framgår att grunden för tilldelning i denna upphandling är lägsta pris varför någon annan tilldelningsgrund inte får användas.

UTREDNINGEN I MÅLET

I anbudsförfrågan, upphandling av emaljerade fasadskyltar, har Familjebostäder lämnat bl.a. följande uppgifter.

0. Allmän orientering

0.5 Visning av fastighet

Kontaktperson för visning av objekt Bitte Qvist, (...). Skylt finns monterad vid entrén på Torsgatan 1 i Stockholm.

2. Anbudets omfattning

2.1 Anbudets innehåll

Anbudet ska omfatta tillverkning av 1 050 stycken emaljerade fasadskyltar, viss lagerhållning, leverans med monteringsanvisning till olika adresser inom AB Familjebostäders tre förvaltningsdistrikt.

Storlek på emaljerad fasadskylt – se även bilagor 1-4, 9-12

Bred: 390 mm

Höjd: 285 mm

Tjocklek: 1,25 mm

Kupningsdjup: 12-15 mm

Fästen på baksidan: 2 st med 75 mm från ovankant samt med 175 mm avstånd mellan fästpunkterna. Skyltarna ska fästas på fasad med galvaniserad fransskruv.

Stödfäste på baksidan: 1 st med 180 mm från ovankant, på mitten av skylten.

Färgkod: grön PMS-kod 3425

FB-logotypen ska vara skalenlig i förhållande till skyltens storlek.

Skylten ska vara i plåt av emaljeringsbar kvalitet, väderbeständig för utomhusbruk och fullständigt grundemaljerad runt om.

Detaljerade uppgifter med mått på skylt, mått på monteringsanordning framgår av bilagorna 1-4. Information finns på Internet via adress (...) angående uppgifter om fasadskylt/husskylt.

(...)

- Varuprov på fasadskylt skall bifogas anbudet för bedömning av färg, form och leverans till beställaren. Provet ska vara av rätt material, tjocklek, färg och emalj. Provs skylten ska vara av sådan storlek att rätt kupningsdjup, ett fäste och grafisk form kan demonstreras, med grafisk form menas exempel på den vita ramen i rätt dimension på grön botten.

3. Kvalificering av anbudsgivare

Kvalificeringsmomentet är inriktat på att bedöma anbudsgivarens kvalifikationer att genomföra uppdraget. Att anbudsgivaren uppfyller samtliga krav är en förutsättning för att lämnat anbud ska tas upp till prövning.

4. Utvärdering av anbud

4.1 Utvärdering av anbud

Utvärderingen av anbuden sker snarast efter anbudsöppning. Anbud med lägsta pris kommer att antas.

I PM 1, daterat den 8 januari 2010, har Familjebostäder korrigerat förfrågningsunderlaget på så sätt att kupningsdjup ska vara 20 mm.

I meddelande om tilldelningsbeslut den 12 februari 2010 anges bl.a. följande.

Vi avser teckna avtal med Swedsign AB som bedöms ha lämnat de för Familjebostäder ekonomiskt mest förmånliga anbudet. (...) Tio anbudsgivare har inkommit med anbud. Nio anbud har varit kompletta och bedömts klara första kvalificeringskravet. Skyltpoolen Region Mitt/Nord AB har ej bifogat provskylt.

Urvalskriterier i upphandlingen har varit bedömning av inskickad provskylt samt pris. (...).

I sammanställning av anbuden, ”Upphandling Emaljerade Fasadskyltar” har Familjebostäder bedömt de inlämnade anbuden och bl.a. uppgett följande vad gäller Focus Neons anbud.

Upphandlingsförfarandet (...).

Klarar samtliga krav: Ja

Bedömning av skylt

Färg: Nej

Form: Ja

emaljqualität: Nej

Klarar samtliga krav på skylt: Nej.

DOMSKÄL

Tillämplig lagstiftning

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbuds-förfarandet. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet har dock en hög grad av frihet att ställa de krav som den anser be-

hövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot de gemenskapsrättsliga principerna eller reglerna i LOU.

Familjebostäder har i det aktuella förfrågningsunderlaget gett en i flera avseenden ingående beskrivning av den vara som efterfrågas. Beträffande färg anges uttryckligen färgkod grön PMS-kod 3425. I fråga om material uppställs krav på att varan ska vara i plåt av emaljeringsbar kvalitet, väderbeständig för utomhusbruk och fullständigt grundemaljerad runt om. I förfrågningsunderlaget anges vidare att varuprov ska bifogas anbudet för bedömning av färg, form och leverans till beställaren och att provet ska vara av rätt material, tjocklek, färg och emalj. I målet är upplyst att färgbedömning av samtliga ingivna varuprov har genomförts av Skandinaviska Färginstitutet AB och att bedömningen av varuprovens emalj har utförts av en extern konsult. Familjebostäders bedömning av om enskilda varuprov uppfyllt de i förfrågningsunderlaget ställda kraven beträffande färg och emalj har sedan baserats på utfallet av ovan nämnda bedömningar.

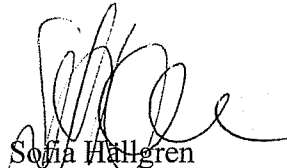
Allmänt gäller att det inte är en uppgift för förvaltningsrätten att vid en överprövning av en upphandling pröva de subjektiva kriterier som ligger till grund för en upphandlande enhets slutsatser beträffande enskilda anbudsgivares kvalificering för uppdraget. Förvaltningsrättens prövning utgör istället en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU.

Vid förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller måste det enligt förvaltningsrättens mening finnas utrymme för den upphandlande enheten att utifrån de uppställda kriterierna göra en självständig bedömning av anbudet. Detta under förutsättning att kraven på bl.a. icke-diskriminering, lika-behandling och transparens uppfylls och att inga ovidkommande hänsyn tas.

Förvaltningsrätten finner inte att det framkommit några omständigheter som talar för att Familjebostäder vid bedömningen av om ingivna varuprov svarat upp mot vad som efterfrågats skulle ha förfarit på ett sådant sätt som inte överensstämmer med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget eller med LOU:s principer.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad Focus Neon anfört inte visar att upphandlingen genomförts i strid mot LOU och gemenskapsrätten. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därmed inte. Focus Neons ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Sofia Hallgren
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Erica Nyström.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

