



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

Lars Överström

DOM

2017-02-14

Meddelad i Karlstad

Mål nr
5009-16

SÖKANDE

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

Ombud:

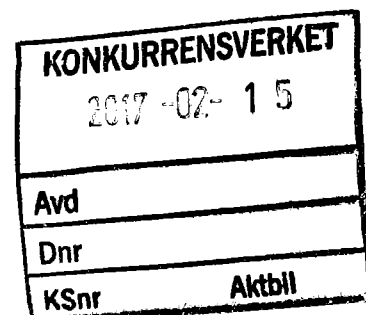
Advokat Linda Dahlström
Advokat Roger Wier
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPART

Filipstads kommun
682 27 Filipstad

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Dok.Id 173676

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Filipstads kommun har genomfört en upphandling (ramavtal) av laboratorietjänster. Anbud ingavs av ALcontrol AB (ALcontrol) och Eurofins Environment Testing Sweden AB (Eurofins). Filipstads kommun beslutade att anta anbudet från ALcontrol.

PARTERNAS TALAN

Eurofins ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand rättelse på så sätt att en ny utvärdering görs efter att anbudet från ALcontrol förkastats, alternativt att en ny utvärdering görs utan att hänsyn tas till utvärderingskriteriet "svarstider". Eurofins yrkar i andra hand att upphandlingen görs om och anför bland annat följande. Kommunen har initialt angivit att anbudsgivarna ska ange tre olika värden avseende svarstider för respektive gruppering av analyser. Kommunen har låtit anbudsgivarna själva få sätta samman analysgrupperingarna men angett som krav att anbudsgivarna ska ange följande tre olika svarstidsvärden, minimitid, medeltid och maxtid. (punkten 3.6.2) Vinnande anbudsgivare har dock inte angivit dessa tre olika svarstider vad gäller rengöringskontroll utan har endast angett två tider, en medeltid och antingen en minimitid alternativt en maxtid. Kommunen skulle rätteligen ha förkastat ALcontrols anbud. Eurofins anser att det är otydligt hur dessa svarstider ska utvärderas och vad det är som kommunen anser viktigt vad gäller svarstider. Eurofins har därför ställt frågor kring detta. Kommunen har dock valt, såvitt det har förståtts, att inte besvara denna fråga utan istället valt att plocka bort både utvärderingskriteriet avseende svarstider och tillgänglighet den 15 september 2016. Det kriterium som då kvarstod var endast kostnaden för analyser och upphandlingen hade då genom "Frågor & Svar" ändrats från tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet till tilldelningsgrunden lägsta pris. Dagen därpå har dock Kommunen återigen infört både utvärderingskriteriet avseende

svarstider och tillgänglighet. Kommunen valde dock att inte besvara Eurofins fråga avseende svarstider och dess utvärdering. Det är inte möjligt att utläsa vad kommunen tillmäter särskild betydelse vad gäller svarstider och det är inte heller möjligt att jämföra anbudsgivarnas svarstider eftersom anbudsgivarna har fritt fått sätta samman grupperingarna. Vad gäller vissa svar är dessa inte möjliga att ge efter viss tid, då det krävs viss inkubationstid. Detta gäller bland annat mikrobiologiska dricksvattenanalyser, där inkubationstiden för vissa delanalyser kräver en dag medan andra kräver en hel vecka. Eurofins ställer sig frågande till hur svarstiden för dessa analyser ska beräknas och bedömas. Kommunen anger förvisso i punkten 3.6.2 att svarstiden ska beräknas från det att leverantören har hämtat godset till dess analysen har erhållits. ALcontrol har angivit ett svarstidsspann för att täcka samtliga delanalyser och dess inkubationstider, exempelvis svarstiderna för mikrobiologiska dricksvattenanalyser där ALcontrol har angivit 2 - 7 dagar. Om kommunen avser hela analysen är det inte möjligt att lämna denna redan efter två dagar eftersom det krävs en inkubationstid om sju dagar för analysen i sin helhet. Det har alltså inte varit möjligt att utläsa hur svarstiderna ska utvärderas och den otydliga modell som kommunen förefaller ha valt och tillämpat är omöjlig att använda för att jämföra inkomna anbud på ett rättvist sätt.

Filipstads kommun motsätter sig bifall till Eurofins ansökan och anför bland annat följande. Enligt fast rättspraxis har en upphandlande myndighet ett stort utrymme när den bestämmer innehållet i och utformningen av ett förfrågningsunderlag så länge som de grundläggande principerna för offentlig upphandling inte träds förnär. Av punkten 3.6.2 i de administrativa föreskrifterna anges följande: "Svarstider för analys svar ska anges som medel-, max- och minimitid. De olika analyserna kan med fördel samlas i paket med svarstid. Lämnas på bilaga". Av punkten 3.7 framgår att uppfyllnad av krav på svarstider viktas till 20 procent. Poängsättningen var i en skala från 1 till 5. Det är riktigt att innebörden av kommunens svar på frågor var att uppgif-

ter om svarstider inte skulle lämnas. Dagen därpå meddelade kommunen emellertid att svar skulle lämnas och översände en ny anbudsbilaga till presumtiva anbudsgivare. Två anbud lämnades. Av anbudsgivarnas anbudssvar avseende svarstider framgick klart att dessa förstått hur anbudet i den delen skulle lämnas. Eurofins har lämnat uppgifter om minimi-, medel- och maximala svarstider. ALcontrol har också lämnat uppgifter om svarstider i form av ett spann, t.ex. 2 - 10 med uppgift om medel svarstid på t.ex. fem dygn. Al Controls uppgifter kan inte förstås på annat sätt än att den lägsta siffran avsåg minimitid och den högre siffran maximitid medan medeltid var särskilt angiven. Det framgår vidare att inkubationstiden beaktats. ALcontrol har angivit tre olika svarstider. Skäl att förkasta anbudet har således saknats. Kommunen bestrider påståendet att det inte varit möjligt att utläsa vad kommunen skulle tillmäta särskild betydelse vid utvärderingen av svarstider. Kommunen begärde uppgifter om svarstider för sju olika analysvar och redovisade att bedömningen skulle göras utifrån en skala om 1 till 5, där ett var lägst och fem högst poäng. Det har således varit fullt möjligt för anbudsgivarna att bilda sig en uppfattning om hur utvärderingen av svarstider skulle göras. Av anbudsgivarnas anbudsbilaga framgår också tydligt att anbudsgivarna hade förstått vad kommunen avsåg med sitt utvärderingskriterium svarstider analysvar. Vid en jämförelse mellan anbuden framkom att ALcontrol hade bättre svarstider än Eurofins enligt följande:

Minimitider: På fyra av sju punkter hade ALcontrol bättre svarstider än Eurofins och på tre punkter var de lika.

Mellantider: På fem punkter hade AL control bättre svarstider. På en punkt hade Eurofins bättre svarstider. På en punkt var de lika.

Maximitider: På fyra punkter hade ALcontrol bättre svarstider. På en punkt var Eurofins bättre och på två punkter var anbudsgivarna lika.

Utifrån ovanstående utvärdering erhöll ALcontrol fem oviktade och Eurofins tre oviktade poäng. Utvärderingen har varit förutsebar och förenlig med LOU. Varje normalt insatt och informerad anbudsgivare kan inte ha missuppfattat kommunens förfrågan i denna del, vilket även innehållet i anbuds-

givarnas anbudsbilaga visar. Vid upphandling av produkter och tjänster där utvärderingen väsentligen vilar på skönsmässiga bedömningar, som i detta fall, får den upphandlande myndighetens värdering godtas om det inte finns uppenbara skäl för annan bedömning. Det finns en uppenbar skillnad i de inlämnade svarstiderna som anbudsgivarna lämnat in och därför måste det också bli en skillnad i kommunens bedömning. Om inte skulle kommunen sätta likabehandlingsprincipen åt sidan om man i detta fall skulle ge samtliga anbudsgivare samma poäng.

Eurofins tillägger bland annat följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att ett anbud ska innehålla angivande av vissa svarstider. Det framgår dock inte vad dessa svarstider ska avse eller hur svaren kommer att värderas. Kommunen gör gällande att den begärde uppgifter om svarstider för sju olika analysvar. Det framgår dock inte någonstans vilka sju olika typer av analysvar som anbudsgivaren ska ange svarstider för. ALcontrol och Eurofins har också i sina respektive anbud både lämnat uppgifter om svarstider avseende olika typer av analyser och svarstider för olika antal analystyper. Eurofins har lämnat uppgifter om svarstider för sju olika analystyper. ALcontrol har däremot lämnat uppgifter om svarstider för nio olika analystyper. Eurofins har lämnat uppgifter om svarstider avseende analystypen "Mark", men inte avseende analystypen "Rengöringskontroll". ALcontrol har lämnat uppgifter om svarstider avseende analystypen "Rengöringskontroll", men inte avseende analystypen "Mark". ALcontrol har som synes delat upp vissa analysvarsgrupper och har på så sätt kunnat ange kortare svarstider än vad Eurofins har kunnat ange avseende sina typer av analysvar. Eurofins har lämnat uppgifter om svarstider avseende "Dricksvatten", medan ALcontrol har delat upp lämnade uppgifter om svarstid avseende dels "Dricksvatten, kemiska" och dels "Dricksvatten, mikrobiologiska". Eurofins har vidare lämnat uppgifter om svarstider avseende "Slam", medan ALcontrol har delat upp lämnade uppgifter om svarstid avseende dels "Slam, kemiska analyser" och dels "Slam, mikrobiologiska analyser".

Eurofins och ALcontrols uppgifter om svarstider i respektive anbud avser alltså även i dessa delar skilda typer av analys svar, varför anbudsgivarnas angivna svarstider inte heller i dessa delar är möjliga att jämföra. Eurofins och ALcontrol har också lämnat uppgifter om svarstider för olika typer av analys svar. Av de uppgifter om svarstider som ALcontrol har lämnat finns fem analystyper (poster) som uppenbart inte direkt motsvaras av analystyperna i Eurofins anbud. I Eurofins anbud finns tre analystyper (poster) som uppenbart inte direkt motsvaras av analystyperna i Eurofins anbud. Eftersom anbudsgivarna själva har fått välja vilka analystyper som svarstider ska lämnas för är det heller inte möjligt baserat på anbudsgivarnas kortfattade uppgifter om analystyper att bedöma om övriga analystyper är jämförbara. Då anbudsgivarna har fått välja vilka analystyper som uppgifter om svarstider ska lämnas för, är det alltså inte möjligt att jämföra anbuden på ett sätt som är förenligt med LOU. Kommunens utvärdering av anbudsgivarnas uppgifter om svarstider har varit direkt utslagsgivande vid anbudsutvärderingen. Kommunen har också i sitt yttrande beskrivit att en direkt jämförelse mellan de olika av anbudsgivarna angivna svarstiderna har skett vid utvärderingen. Det framgår av kommunens yttrande att den har jämfört sju "punkter" i respektive anbud, vilket inte kan tolkas som annat än uppgifter om sju olika analystyper. Vilka sju av ALcontrols nio analystyper som kommunen har valt ut för värdering framgår inte. Det framgår dock tydligt av kommunens yttrande att ALcontrols uppdelning av analystyper har haft stor påverkan på värderingen av anbuden, då ALcontrol inte utan sådan uppdelning av kommunen kan ha bedömts ha bättre svarstider för det antal punkter som kommunen gör gällande. Inte gällande någon del (minimi- max- eller medeltider) är det möjligt att otvetydigt utläsa vilka analystyper som kommunen menar att ALcontrol har bättre svarstider för. Det framgår inte heller alls hur kommunen har jämfört de svarstider som anbudsgivarna har lämnat avseende de typer av analys svar som den andra anbudsgivaren inte har lämnat för (alltså "Mark" respektive "Rengöringskontroll"). Endast det faktum att det anges att en värdering av svaren kommer att göras (i det här fallet

genom en skala från 1 till 5), innebär inte att det framgår hur en sådan värdering kommer att ske. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att just en sådan utvärdering av svarstider som anges i kommunens yttrande skulle användas som modell för utvärderingen. Att kommunen i efterhand beskriver en utvärderingsmodell förändrar inte att utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget är otydlig. Oaktat detta är även den utvärdering som beskrivs i yttrandet inte tillräckligt tydlig då det inte framgår på vilken grund ALcontrol har erhållit fem poäng och Eurofins tre poäng, samt vilka analystyper som ska anges och hur de olika typerna ska jämföras. Kommunen har alltså jämfört svarstider för olika analystyper med varandra, vilket närmast är en jämförelse mellan "äpplen och päron". Det framgår inte heller av yttrandet på vilket sätt inkubationstiden har beaktats. Sammantaget är det uppenbart att anbudsgivarna i ett flertal fall har lämnat uppgifter om svarstider avseende olika typer av analyssvar. Anbudsgivarna har också lämnat uppgifter om olika antal analystyper. Kommunen har i förfrågningsunderlaget inte lämnat någon information om vilka typer av analyssvar som anbudsgivarna ska lämna uppgifter om svarstider för och dessutom överlåtit till anbudsgivaren att själv "gruppera" sådana analystyper. Kommunen har inte heller lämnat någon information om hur många analystyper som ska lämnas uppgifter om svarstider för. Kommunen gör vidare, som det får förstås, gällande att ALcontrol har angivit tre olika svarstider i samtliga grupperingar i anbudet. Vad gäller grupperingen "Rengöringskontroll" har ALcontrol emellertid uppenbarligen endast lämnat två svarstider - dels en medel svarstid och dels antingen en minimitid eller en maximitid.

Filipstads kommun tillägger följande. Kommunen har i möjligaste mån tagit fram ett tydligt förfrågningsunderlag med hjälp av en arbetsgrupp. Då detta är ett avtal som sprider sig över flera verksamheter och förvaltningar är upphandlingen i sig komplex. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt vad kommunen frågar efter. De frågor som inkommit angående detta under frågetiden har besvarats via Visma TendSign. Om hur kommunen avser att

utvärdera anbuderna har framgått på ett tydligt sätt i det sista anbudsformuläret som skickades ut i samband med att andra ändringar gjordes. Då kommunen inte på förhand kan veta exakt vilka analyser potentiella anbudsgivare tänkt offerera i förhand ansåg kommunen att det lämpligaste var att anbudsgivarna fick beskriva detta själva och att kommunen utvärderade detta efter det sätt som finns beskrivet, dvs. bäst funktion får bäst betyg. Det var endast på denna punkt som anbuderna skilde sig åt och om kommunen hade gett båda anbudsgivarna lika betyg hade kommunen satt likabehandlingsprincipen åt sidan. Om anbud skiljer sig åt ska detta även synas i en utvärdering.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen ska emellertid den upphävda lagen fortfarande gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

Upphandlingen gäller laboratorietjänster. I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter anges inledningsvis vilka tjänster upphandlingen i huvudsak avser. Utvärdering sker enligt följande kriterier: Analyskostnad (viktad 50 procent), tillgänglighet (viktad 30 procent) och svarstider (viktad 20 procent). Varje kriterium betygssätts i en skala om 1 till 5, där 1 är lägst betyg. Enligt punkten 3.6.2 ska svarstider för analys svar anges som medel-, max- och minimitid.

Eurofins gör i ansökan gällande att vinnande anbudsgivare, ALcontrol, i sitt anbud inte angett samtliga tre svarstider. ALcontrol har lämnat svar på nio grupperingar av tjänster och under fliken "minimi-, medel- och maximitider" i anbudsformuläret angett svarstider i form av ett spann, exempelvis för "Dricksvatten kemiska" 2-10, medel 5 dygn, vilket inte kan tolkas på annat sätt än att 2 dygn avser minimitiden för svar, 10 dygn maximitiden och 5 dygn medeltiden. För den nionde gruppen "Rengöringskontroll" har visserligen angetts "2, medel 2" och därmed ingen siffra för maximitid. Eftersom minimitiden måste anses vara 2 och medeltiden är 2 blir emellertid automatiskt maximitiden också 2. Det har inte framkommit annat än att kommunen har beaktat eventuella inkubationstider. Förvaltningsrätten finner därmed att ALcontrol även för denna grupp uppfyllt kravet på att ange tre svarstider.

Eurofins gör vidare gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt vad gäller svarstidernas betydelse och att det inte är möjligt att jämföra dessa då anbudsgivarna själva får sätta samman grupperna. Värderingen av svarstiderna grundas på en poängsättning i en skala 1 om 1 – 5 beroende på svarstidernas längd och får anses tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna ska kunna ge ett konkurrenskraftigt anbud.

Upphandlingen avser ett antal laboratorietjänster, varvid i huvudsak åtta tjänster anges i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen avser således ytterligare tjänster utöver de angivna. Att anbudsgivarna getts möjlighet att själva

välja ut ett visst antal analyser att offerera i anbudet innebär inte att förfrågningsunderlaget brister i transparens eller på annat sätt strider mot LOU. Eurofins har inte heller i övrigt visat att förfrågningsunderlaget eller utvärderingen står i strid mot LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Eurofins inte anført någon omständighet som utgör grund för ingripande enligt LOU. Eurofins har därmed inte visat att det lidit eller riskerat att lida skada varför ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga till denna dom (DV 3109/1B, LOU).



Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman



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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.