



DOM

2014-02-13
Meddelad i Sundsvall

KONKURRENSVERKET	
2014-02-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Lindbergs Färg i Gävle Aktiebolag, 556030-1094

Ombud: Advokaten Markus Östlund
Appelli Advokater AB
Box 1305
791 13 Falun

MOTPART

Sandvikens kommun
811 80 Sandviken

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 20 november 2013 i mål nr 2338-13,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett på så sätt att Lindbergs Färg i Gävle Aktiebolags anbud ska utvärderas.

YRKANDEN M.M.

Lindbergs Färg i Gävle Aktiebolag (i det följande LFG) yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar LFG att Sandvikens kommun åläggs att meddela nytt tilldelningsbeslut med den innebörden att Sandvikens kommun ska teckna ramavtal med LFG och då i rangordningen före Färghuset i Sandviken Aktiebolag och XL Bygg Gästrikland AB alternativt att Sandvikens kommun ska vidta en ny utvärdering/ anbudsprövning och att LFG då ska anses kvalificerat att delta i denna.

LFG har till stöd för sin talan gett in kopior av de kvalificerade anbudsgivarnas anbud avseende punkterna 3.3.1 och 3.3.3 med bilaga.

Sandvikens kommun (i det följande kommunen) motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom och anser i första hand att LFG:s ansökan om överprövning ska avslås. I andra hand anser kommunen att kammarrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om med förtydligande av kraven i punkterna 3.3.1 och 3.3.3.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

LFG

Kommunen har brutit mot grundläggande principer i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att diskvalificera LFG från att gå vidare till anbudsutvärderingen trots att bolaget uppfyllt samtliga ska-krav. Dessutom har förfrågningsunderlaget varit utformat på ett icke-transparent sätt.

LFG ifrågasätter inte att en upphandlande myndighet har rätt att ställa vissa minimikrav på utformningen av anbuden. Utifrån hur kommunen utformat förfrågningsunderlaget har det dock för anbudsgivarna varit otydligt och oklart hur pass omfattande beskrivningar av bl.a. deras miljö- och kvalitetsstyrning som har krävts och vad de haft att beskriva för att ska-kraven ska anses uppfyllda. Kommunen har inte heller uppställt några krav på omfattningen av de miljö- och kvalitetsdokument som ska finnas.

Om det för kvalificering krävts en konkret beskrivning ställer sig LFG frågande till hur kommunen kunnat finna att XL Bygg i Gästrikland AB uppfyllt ställda ska-krav, då bolaget i sitt anbud inte lämnat någon beskrivning alls utan endast bifogat kopia av ISO-certifikat. LFG ställer sig även frågande till hur kommunen kunnat komma till slutsatsen att LFG ska diskvalificeras då kommunen inte diskvalificerat Färghuset i Sandviken Aktiebolag, som endast angett att det följer vissa företags miljöredovisning och ISO-system utan att närmare gå in på vad detta innebär.

Det ovan anförda utgör tydliga bevis för att kommunens förfrågningsunderlag öppnat för skönsmässiga bedömningar gällande anbudsgivares uppfyllande av ställda ska-krav. Det är även tydliga bevis för att kommunen brutit mot principen om likabehandling då de kvalificerade anbuden särbehandlats positivt.

Genom kommunens förfarande kan LFG komma att lida skada eftersom LFG vid ett korrekt och rättvist genomförande av upphandlingen torde ha tilldelats ett av avtalen med kommunen. Den uteblivna försäljningen kommer att innebära att LFG går miste om intäkter vilket i sin tur innebär ekonomisk skada för LFG motsvarande kontraktssumman.

Kommunen

Kommunen följer LOU:s principer om transparens och likabehandling och har ställt de krav som upphandlande myndigheter tillåts att göra. Upphandlande myndigheter får ställa krav på en lägsta nivå för anbudsgivarens ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet med hänsyn tagen till upphandlingens föremål. Kommunen har inte ställt några orimliga krav i denna upphandling.

Av kraven framgår tydligt att en anbudsgivare ska ha ett dokumenterat miljöstyrnings- och miljöledningssystem och ett dokumenterat kvalitetsystem samt att anbudsgivaren ska lämna en kortfattad beskrivning av dessa system.

Kommunen kan inte på något sätt se att LFG:s beskrivningar uppfyller kraven på dokumenterade miljö- och kvalitetssystem. Beskrivningarna är endast allmänna beskrivningar av anbudsgivarens arbetssätt i vissa frågor. Beskrivningarna anger inte något system med exempelvis sammanhållen struktur, rapportering eller uppföljning. Kommunen hävdar att LFG inte har beskrivit det som begärdes i underlagen gällande miljö- och kvalitetssystem. LFG har inte uppfyllt ställda krav på kvalificering varför kommunen haft fog för att förkasta LFG:s anbud.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågorna i målet är om LFG:s anbud uppfyller de i upphandlingen uppställda ska-kraven och om kommunen har agerat i strid mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna genom att diskvalificera LFG:s anbud.


Av förfrågningsunderlaget framgår i punkterna 3.3.1 och 3.3.3 att leverantören ska ha dokumenterade miljöstyrnings-, miljölednings- och kvalitetssystem. De ska vara skriftliga och kommunicerade hos leverantören

och på begäran kunna visas upp för kommunen. De ska också kortfattat beskrivas.


De beskrivningar som LFG lämnat i sitt anbudssvar får anses utgöra sådana kortfattade beskrivningar av bolagets miljö- och kvalitetssystem som kommunen efterfrågat. Enbart med ledning av dessa beskrivningar går det inte att dra den slutsatsen att LFG i själva verket saknar erforderliga miljö- och kvalitetssystem. Vid tvekan från kommunens sida har kommunen kunnat begära att få dokumentationen uppvisad för sig, något som inte synes ha skett. Att LFG inte självmant visat upp eller hänvisat till viss certifiering eller annan dokumentation kan inte ligga bolaget till last då det inte framgår av förfrågningsunderlaget att så ska ske. Mot denna bakgrund finner kammarrätten att LFG uppfyllt de i upphandlingen ställda ska-kraven under punkterna 3.3.1 respektive 3.3.3 och att bolagets anbud därför borde ha kvalificerats för utvärdering.

Av handlingarna framgår att LFG:s anbudspris varit lägre än de båda kvalificerade anbudsgivarnas priser och att rangordningen vid utvärderingen skett med avseende på lägsta pris. Eftersom förfarandet därmed medfört att LFG lidit skada finns det skäl för ingripande enligt LOU. Den konstaterade bristen har inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Kammarrätten anser därför att rättelse genom ny utvärdering där LFG:s anbud ska ingå är en tillräcklig åtgärd.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Björn Johansson
kammarrättsråd
ordförande


Torbjörn Eriksson
kammarrättsråd


Petra Ebbing
kammarrättsråd
referent

Olof Edling
kammarrättsfiskal
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2
Ann-Louise Jonsson

DOM
2013-11-20
Meddelad i
Falun

Mål nr
2338-13

Sida 1 (7)

Bilaga A

SÖKANDE

Lindbergs Färg i Gävle Aktiebolag, 556030-1094
Box 17
801 02 Gävle

Ombud: Advokaterna Anders Grahn och Markus Östlund
Appelli Advokater AB
Box 1305
791 13 Falun

MOTPART

Sandvikens kommun
811 80 Sandviken

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Lindbergs Färg i Gävle Aktiebolags ansökan om överprövning.

Dok.Id 97117

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

Sandvikens kommun genomför en upphandling av ett ramavtal avseende "Färg med tillbehör 2013" (IE2013/4). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut meddelades den 21 maj 2013, varvid Färghuset i Sandviken AB (FH) rangordnades som nummer ett och XL BYGG I GÄSTRIKLAND AB (XL) som nummer två.

YRKANDEN M.M.

Lindbergs Färg i Gävle Aktiebolag (i det följande LFG), vars anbud förkastats i kvalificeringsfasen, begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Sandvikens kommun åläggs meddela ett nytt tilldelningsbeslut vari beslutas att ramavtal ska tecknas med LFG i rangordning före FH och XL. LFG yrkar i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid dess anbud ska anses kvalificerat. LFG yrkar i tredje hand att upphandlingen ska göras om. LFG anför som grunder för sin talan i korthet följande. LFG:s anbud uppfyller skall-kraven enligt punkterna 3.3.1 och 3.3.3 (Bilaga 1, Anbudsformulär). Sandvikens kommun har vidare, i strid med 9 kap. 8 § LOU, tillåtit XL att komplettera sitt anbud med nya sakuppgifter då XL fått lämna ett nytt anbudspris baserat på annan förpackningsstorlek. Upphandlingen brister vidare i transparens då krav och tilldelningskriterier är utformade på ett sätt som ger utrymme för skönsmässiga bedömningar vid bl.a. kvalificeringen. Sandvikens kommuns förfarande har medfört att LFG lidit eller kan komma att lida skada.

Sandvikens kommun bestrider bifall till ansökan och anför till grund för sin inställning i korthet följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande principerna och LOU. LFG uppfyller inte vissa skall-krav i upphandlingen (punkterna 3.3.1 och 3.3.3). De aktuella kraven

är enkla, tydliga och relevanta för upphandlingen. Den rättelse som XL tillåtit göra har skett i enlighet med 9 kap. 8 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

För att förvaltningsrätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas måste LFG visa att Sandvikens kommun brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att LFG lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla alla 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 § LOU). När en anbudsgivare som i förevarande fall gör gällande flera skäl för ingripande enligt LOU, bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Bristande transparens i förfrågningsunderlaget?

LFG, som menar sig uppfylla samtliga skall-krav, gör gällande att upphandlingen inte uppfyller kraven på transparens och anför bl.a. följande. De skall-krav som Sandvikens kommun ställt upp inom bl.a. områdena miljö- och kvalitetsstyrning är utformade på sådant sätt att kraven inte varit förutsebara. Sandvikens kommun har begärt en ”beskrivning av kvalitets-system”, vilket inte innebär att något specifikt minimikrav ställts upp. Såsom anbudsformuläret är utformat torde det snarast vara upp till anbudsgivaren att själv avgöra om de haft tillräcklig organisation och verksamhet för att uppfylla sina eventuella åtaganden till följd av upphandlingen. Utformningen har gett Sandvikens kommun utrymme för skönsmässiga bedömningar och det har varit omöjligt för LFG att förutse att kommunen

skulle komma att ställa högre krav än vad som kan utläsas av kravens ordalydelse.

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten anser att det av förfrågningsunderlaget, och de krav rörande miljö- och kvalitetsstyrning som LFG särskilt pekat på (punkterna 3.3.1 och 3.3.3, Bilaga 1 – Anbudsformulär) tillräckligt tydligt framgår dels att leverantören ska ha ett dokumenterat miljöstyrnings- och miljöledningssystem respektive kvalitetssystem, dels att anbudsgivaren ska lämna en kortfattad beskrivning av själva systemet. Förvaltningsrätten anser att de aktuella kravens utformning motsvarar de krav på tydlighet och transparens som kan ställas på ett förfrågningsunderlag och anser inte att LFG visat att det finns skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

LFG:s uppfyllelse av kravet på miljöstyrnings- och miljöledningssystem

I punkten 3.3.1 anges följande.

Leverantören ska ha ett dokumenterat miljöstyrnings- och miljöledningssystem. Det ska vara skriftligt, kommunicerat hos leverantören. Det ska på begäran visas upp för Sandvikens kommun. Ange om det accepteras och beskriv kortfattat systemet.

LFG hänvisar i sitt anbudsformulär till Bilaga 5 Punkt 1, vari anges följande. ”Vi på Lindbergs Färg i Gävle arbetar löpande med att öka våra medarbetares, leverantörers & beställares miljömedvetande. Detta innebär exempelvis att vi strävar efter att endast ha ISO-certifierade leverantörer. Vi försöker ständigt minimera antalet artiklar som klassas som miljöpåver-

kande/miljöfarliga. Vi ombesörjer även leverans/utkörning till våra kunder, där vi samlevererar allt för att minimera antalet körda KM”.

LFG anser att kravet är uppfyllt och uppger att det finns upprättade skriftliga dokument gällande miljö som är kommunicerade hos LFG, vilka på förfrågan kan uppvisas för Sandvikens kommun. LFG menar att Sandvikens kommun inte ställt några krav på omfattningen av de miljödokument som ska finnas och inte heller ställt upp några specifika- eller minimikrav rörande vad som ska ingå i sådana dokument.

Förvaltningsrätten anser visserligen att kravet är utformat på ett sådant sätt att även mycket kortfattade beskrivningar bör kunna godtas. Kravet kan dock enligt förvaltningsrätten inte tolkas på annat sätt än att den beskrivning som leverantören ska lämna i anbudet ska avse miljöstyrnings- och miljöledningssystemet som sådant. Förvaltningsrätten kan inte finna att den beskrivning som LFG lämnat i bilaga till sitt anbud uppfyller detta krav. Sandvikens kommun har således haft fog för att förkasta LFG:s anbud på denna grund.

LFG:s uppfyllelse av kravet på kvalitetssystem

I punkten 3.3.3 anges följande.

Leverantören ska ha ett dokumenterat kvalitetssystem. Det ska vara skriftligt, kommunicerat hos leverantören. Det ska på begäran visas upp för Sandvikens kommun. Ange om det accepteras och beskriv kortfattat systemet.

LFG hänvisar i sitt anbudsformulär till Bilaga 5 Punkt 2, vari anges följande. ”Vi försöker fortlöpande utveckla våra rutiner när det gäller order/leveranser/fakturering. Detta innebär en stadig utb./vidareutveckling av vår personal, allt för att höja servicegraden till våra kunder. Vi försöker också att arbeta mot att såväl kunder som leverantörer skall hantera kommunikationen elektroniskt. Detta innebär orderhantering & fakturering vi[a] e-post. Exempel: Beställning kommer in via e-post, kontoret skriver

ut plocklista till lagret som ombesörjer ordern. Vår målsättning är att kunna utleverera alla beställningar inkomna före kl. 10.00 samma dag.”

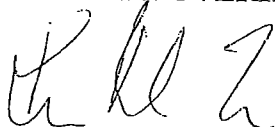
LFG anser att kravet är uppfyllt och uppger att det finns upprättade skriftliga dokument gällande kvalitet som är kommunicerade hos LFG, vilka på förfrågan kan uppvisas för Sandvikens kommun. LFG menar att Sandvikens kommun inte ställt några krav på omfattningen av de kvalitetsdokument som ska finnas och inte heller ställt upp några specifika- eller minimikrav rörande vad som ska ingå i sådana dokument.

Förvaltningsrätten anser visserligen att kravet är utformat på ett sådant sätt att även mycket kortfattade beskrivningar bör kunna godtas. Kravet kan dock enligt förvaltningsrätten inte tolkas på annat sätt än att den beskrivning som leverantören ska lämna i anbudet ska avse kvalitetssystemet som sådant. Förvaltningsrätten kan inte finna att den beskrivning som LFG lämnat i bilaga till sitt anbud uppfyller detta krav. Sandvikens kommun har således haft fog för att förkasta LFG:s anbud på den grund som skett.

Ett bolag vars anbud rätteligen har förkastats riskerar normalt sett inte att lida någon skada, såvida inte samtliga andra anbud också borde ha förkastats. LFG har, såsom man slutligen utformat sin talan, gjort gällande att Sandvikens kommun brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU samt agerat i strid med 9 kap. 8 § LOU genom att tillåta XL att ändra sitt anbudspris. Av Sandvikens kommuns utvärderingsrapport framgår att FH har rangordnats som nummer ett och antagits med ett anbudspris på 1 171 752 kr samt att XL har rangordnats som nummer två och antagits med ett anbudspris på 1 240 815 kronor. I förfrågningsunderlaget anges att ramavtal kommer att tecknas med 3 leverantörer och att Sandvikens kommun förbehåller sig rätten att avbryta upphandlingen eller att teckna kontrakt med färre än 3 leverantörer om färre än 3 anbud som uppfyller ställda skall-krav inkommer (Anbudsinbjudan 1.3). Även om Sandvikens kom-

mun borde ha förkastat anbudet från XL eller om XL:s anbud borde ha bedömts utifrån det högre anbudspris som ursprungligen angavs i anbudet, anser förvaltningsrätten inte att LFG visat på vilket sätt detta medfört skada eller risk för skada för bolaget. Det finns således inte skäl för ingripande enligt LOU heller på denna grund. LFG:s ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Karin Forslund Johansson

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.