



SÖKANDE

Kontorsvaruhuset Sverige AB, 556228-4587
Box 224
831 23 Östersund

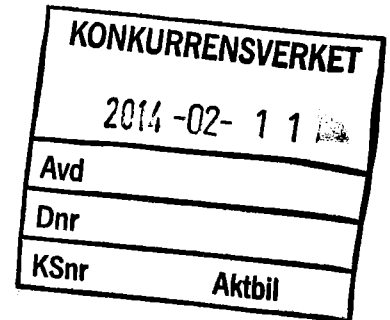
MOTPARTER

1. Kiruna kommun
981 85 Kiruna
2. Kirunabostäder AB, 556531-8622
981 85 Kiruna

Ombud: Jan Ekström
Kiruna kommun
981 85 Kiruna

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Lapplands Kommunalförbund har genomfört en samordnad upphandling (öppet förfarande) av kemtekniska produkter, städredskap samt papper och plast för bland andra Kiruna kommun och Kirunabostäder AB (Kommunkoncernen). Två anbud inkom. Enligt tilldelningsbeslut den 1 oktober 2013 antogs AMJ Papper Aktiebolagets (AMJ) anbud som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kontorsvaruhuset Sverige AB:s (KVH) anbud uteslöts och utvärderades inte.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

KVH

KVH ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att KVH:s anbud går vidare till utvärderingen samt ett nytt tilldelningsbeslut meddelas.

KVH motsätter sig att AMJ:s anbud gått vidare till utvärdering, trots att produkter som inte uppfyller kvalitetskraven har offererats. KVH anser att utvärderingen strider mot principer om transparens och likabehandling enligt LOU på följande sätt.

Kommunkoncernen har godtyckligt och på ett felaktigt sätt fattat beslutet att 64 procent av KVH inlämnade varuprover inte uppfyller kvalitetskraven och att detta ska ge den upphandlande myndigheten rätt att utesluta en anbudsgivare. Någon sådan uppgift framgår inte av förfrågningsunderlaget.

Kommunkoncernen anger som skäl att varuprover önskats från KVH att produkterna inte är kända sedan tidigare. Detta är direkt felaktigt eftersom KVH har varit leverantör till Kommunkoncernen inom dessa produktom-

råden de senaste tre åren. Inga varuprover har dock begärts av AMJ vilket har bekräftats av upphandlande myndigheten per e-post.

Beträffande produkter som underkänts i avdelningen kemtekniska produkter på grund av stark lukt så står det inte i förfrågningsunderlaget att dessa produkter ska vara oparfymerade. Detta är utvärderingskriterier som inte varit kända vid anbudstillfället och kan därför ej heller användas som skäl att underkänna produkter eller att förkasta ett anbud.

Kommunkoncernen har underkänt av KVH offererade artiklar som identiskt motsvarar det märke och den artikel som efterfrågats. Att produkter från samma tillverkare och med i vissa fall samma artikelnummer, t.ex. position 21, 22, 102, 23, 24, 19, 13, 14 och 39 offererats av AMJ, men då ansetts uppfylla kvalitetskraven visar hur oseriöst, till skada för KVH, kvalitetskontrollen av varuproverna genomförts av Kommunkoncernens referensgrupp.

KVH uppfyller samtliga ska-krav och har lämnat anbud som omfattade alla i upphandlingen ingående kommuner. Det är märkligt att kraven inte anses uppfyllda endast av Kommunkoncernen.

Kommunkoncernen

Kommunkoncernen motsätter sig bifall till ansökan och yrkar att förvaltningsrätten ska avslå KVH:s yrkande om att en ny utvärdering ska göras där KVH:s anbud återtas till utvärdering. Kommunkoncernen yrkar vidare i första hand, att bedömning av anbud i enlighet med förfrågningsunderlagets avsnitt två ska göras om eller i andra hand att upphandlingen avseende Kommunkoncernen ska göras om.

Vid utvärderingens steg två konstaterade Kommunkoncernen att ett antal av de offererade produkterna i KVH:s anbud var okända för den utvärderingsgrupp som utsetts eller av tveksam kvalitet för densamma, varför totalt nitton varuprover vid två tillfällen begärdes in. Några uppenbara felaktigheter har obegripligt funnits i sammanställning av utvärderingen av varuproverna. Men kvar står ändå det faktum att ett flertal av de begärda varuproverna inte bedöms motsvara efterfrågad kvalitet och/eller funktion.

Eftersom inget kvalitetskriterium finns med i tredje steget i utvärderingen anser Kommunkoncernen att ett anbud måste kunna uteslutas om den upphandlande myndigheten i steget "Prövning" finner att offererade produkter inte kan bedömas likvärdiga med efterfrågade. Kommunkoncernen vidgår att man brustit avseende likabehandlingen i samband med steg två i bedömningen av anbuden men anser att det vore minst lika stort fel att kvalificera KVH:s anbud till utvärdering enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 2.3, trots bedömningen och utfallet vid produkttesterna.

KVH

KVH motsätter sig Kommunkoncernens begäran om att bedömning av anbud i enlighet med förfrågningsunderlagets avsnitt två ska göras om, eller i andra hand, att upphandlingen avseende Kommunkoncernen ska göras om. KVH anför att det saknas skäl för sådant ingripande. KVH vidhåller att deras anbud ska återtas till utvärdering där lägsta pris blir avgörande för vilken av anbudsgivarna som tilldelas upphandlingskontrakt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad sökanden har anfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att den lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

I praxis har Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) gällande tillämpningen av ska-rekvisitet ställt kravet att en sökande i sin ansökan kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada för att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga (se HFD dom den 1 juli 2013 i mål nr 96-13). Det är inte tillräckligt att sökanden enbart gör gällande att han anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada. Sökanden måste även kunna visa att han har lidit eller kan komma lida skada till följd av den eller de brister som har påtalats.

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att Kommunkoncernen som yrkande har framfört att förvaltningsrätten ska fastställa att förfrågningsunderlaget ger utrymme för att utesluta anbud som inte uppfyller ska-kraven. Förvaltningsrätten ser dock detta som en grund för Kommunkoncernens bestridande av KVH:s ansökan. Kommunkoncernens yrkande att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att bedömningen av anbuden ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska göras om bedömer förvaltningsrätten som Kommunkoncernens inställning till vilken åtgärd som förvaltningsrätten bör vidta om KVH:s ansökan ska bifallas.

Kan anbud uteslutas?

KVH har hävdad att Kommunkoncernen felaktigt förkastat bolagets anbud då det av förfrågningsunderlaget inte framgår att ett anbud kan uteslutas på grund av att någon enskild produkt inte anses uppfylla kvalitetskrav. Kommunkoncernen har ansett att förfrågningsunderlaget ger utrymme för att utesluta anbud.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt två framgår bl.a. följande.

Anbuden kommer att utvärderas i tre steg enligt följande modell:

1. Kvalificering av anbudsgivare
2. Prövning (krav på varan)
3. Utvärdering (bedömning av angivna kriterier)

Anbud måste således kvalificeras och prövas innan de kan utvärderas. Anbud som inte klarar kvalificering eller prövning kommer således inte att utvärderas.

2.2 Prövning

Prövning kommer att ske av samtliga ska-krav i upphandlingsunderlaget för de kommuner som anbudsgivaren har lämnat anbud på. Anbudslämnare rekommenderas att försäkra sig om att samtliga ska-krav är uppfyllda innan anbud sänds in.

2.2.1 Specifikation

...Anbudsgivare ska på begäran kostnadsfritt sända varuprover ur det sortiment som offereras för eventuella kvalitetstester till deltagande upphandlande myndigheter...

Av ifyllnadsanvisning till anbudsprisblankett framgår bl.a. följande.

Likvärdiga produkter kan offereras. Där märke anges är detta hänvisning om efterfrågad kvalitet.

Med hänsyn till att det i förfrågningsunderlaget anges att ett anbud som inte klarar av prövningen inte kommer utvärderas finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget medför att Kommunkoncernen kan utesluta an-

bud vars produkter inte uppfyller ska-kraven på varorna. Förvaltningsrätten konstaterar däremot vidare att det av varken förfrågningsunderlaget eller dess ifyllnadsanvisning framgår hur många produkter som måste anses uppfylla kvalitetskraven för att anbudet ska gå vidare till nästa steg i utvärderingen. Det aktuella utvärderingskriteriet ska således enligt förvaltningsrättens mening tolkas som att samtliga offererade produkter ska klara kvalitetsprovningen för att anbudet ska gå vidare till utvärderingen. Denna slutsats stöds även av att anbudsgivare endast kunde lämna anbud på alla positioner.

Varuprover

KVH har invänt mot att Kommunkoncernen begärt in varuprover från dem men inte från AMJ. Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget framgår att Kommunkoncernen har möjlighet att begära in varuprover för eventuella kvalitetstester. Kravet framstår enligt förvaltningsrättens mening inte som att varuprover alltid ska begäras in av alla anbudsgivare utan endast om upphandlande myndighet bedömer det nödvändigt för att försäkra att varan uppfyller uppställda krav. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte visats att Kommunkoncernen brutit mot någon av principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att endast begära in varuprover från KVH.

Kommentarer om stark lukt

KVH har gjort gällande att det av förfrågningsunderlaget inte framgår att produkter i avdelningen Kemtekniska produkter ska vara oparfymerade.

Av förfrågningsunderlaget framgår följande.

2.2.1 Specifikation

...Parfymfria produkter skall tillhandahållas vid behov...

Förvaltningsrätten finner att det enligt förfrågningsunderlaget ställs krav på parfymfria produkter endast om sådana efterfrågas av upphandlande myndigheten. Av utredningen i målet framgår inte annat än att inga parfymfria varuprover har begärts in samt att endast parfymerade produkter har utvärderats. Av utvärderingen framgår att vissa produkter fått kommentaren ”reaktioner om stark lukt”. Enligt förvaltningsrättens mening innebär detta dock inte att produkterna inte bedömts uppfylla ett krav på att vara oparfymerade. Det framstår istället som om kommentaren avser en kvalitetsbedömning. KVH:s invändningar om Kommunkoncernens kvalitetsbedömning prövas nedan.

Uppfyller anbuden ska-kraven?

KVH har anfört att bolaget har offererat produkter identiska eller likvärdiga med efterfrågade men att bolagets anbud trots det har förkastats. KVH har även motsatt sig att AMJ:s anbud gått vidare till utvärderingens sista steg, trots att produkter som inte uppfyller kvalitetskraven har offererats.

Förvaltningsrätten förtydligar inledningsvis att det i förevarande fall inte ankommer på domstolen att göra en egen utvärdering av de lämnade anbuden utan domstolens prövning utgör en kontroll av om utvärderingen av anbuden har gått rätt till.

De aktuella positionerna i kravspecifikationen och i de inkomna anbuden lyder som följer.

PAPPER & PLAST

Position 21: Handske nitril pudrad, Abena, sort stl, 150-pack

AMJ: Handske; artikelnummer 40531520080, 100-pack

KVH: HANDSKE ENGÅNGS NITRIL M BLÅ (finns ej pudrad); 150-pack, artikelnummer 290417-21

Position 22: Handske nitril puderfri, Abena, sort stl, 150-pack

AMJ: Handske, artikelnummer 3958, 100-pack

KVH: HANDSKE ENGÅNGS NITRIL M PUDERFRI HOSPICARE 100p, artikelnummer 3958B, 3959, 3960, 3961, 150-pack

Position 102: Papperskorgspåse 30 lit vit HD 10 my

AMJ: Papperskorgspåse, artikelnummer 6000029

KVH: PAPPERSKORGSPÅSE HD 30L VIT 0,010, 100st, artikelnummer 5301

STÄDREDSKAP

Position 23: Engångsmopp 20x60cm, oljeimpr.

AMJ: Hygienmopp, artikelnummer 19007

KVH: ENGÅNGSMOPP DUSTMOPP YELLOW 50/FP, artikelnummer 62531656KP

Position 24: Fibermopp bio på rle 20x60 cm grön

AMJ: Hygienmopp, artikelnummer 5946050

KVH: ENGÅNGSMOPP HYGIEN FIBER 100/RL, artikelnummer 62531655KP

KEMTEKNISKA PRODUKTER

Position 8: Allrengöring typ Tana Ivetan

AMJ: Tana Ivetan, artikelnummer 62580031

KVH: IVETAN ALLRENT 1 LITER, artikelnummer 62580031

Position 13: Alkalisk golvrengöring typ Effektol

AMJ: Effektol oparfymerad, artikelnummer 62533601

KVH: Grovfix, artikelnummer 1121

Position 14: Allrengöring typ Allkombi

AMJ: Nilfisk Proffs Kombi, artikelnummer 62538901

KVH: Allfix combi, artikelnummer 1103

Position 19: Allrengöring typ Exotol

AMJ: Nilfisk Exotol, artikelnummer 62530601

KVH: Allfix, artikelnummer 1102

Position 39: Sanitetsrengöring typ Saniren A

AMJ: Saniren A, artikelnummer 62532801

KVH: Saniclean, artikelnummer 1940

Avseende kemtekniska produkter position 8 verkar parterna överens om att den produkt som bedömts genom varuprov inte var den som offererats i anbudet. Det har inte kommit fram annat än att KVH:s produkt uppfyllde ska-kraven för positionen.

De offererade produkterna avseende positionerna 23-24 för städredskap har inte bedömts uppfylla kvalitetskraven. Kommentarer från varutesterna var "ej godkänd kvalitet, för tunna, liknar papper i konsistensen. Kräver flera lager för att kunna rengöra golven med". I förfrågningsunderlaget uppställs dock inga egentliga kvalitetskrav. Kommunkoncernen har i yttrande ifrågasatt om KVH på position 24 verkligen offererat en fibermopp. Detta ifrågasättande har dock inte konkretiserats. Mot bakgrund av avsaknaden av kvalitetskrav avseende de kvalitetsaspekter som Kommunkoncernen påtalat vid sina tester anser förvaltningsrätten inte att Kommunkoncernen haft fog för bedömningen att varorna inte uppfyllde kvalitetskraven.

Förvaltningsrätten konstaterar dock att flera av KVH:s offererade produkter inte kan anses uppfylla i kravspecifikationen uppställda krav. Vad avser position 21 har Kommunkoncernen uttryckligen efterfrågat sorterade storlekar av pudrade handskar av märke Abena (eller motsvarande) i en förpackning om 150 st. KVH har dock offererat puderfria handskar och visserligen anfört att det inte finns någon pudrad nitrilhandske i Abenas sortiment. Kravet på att handsken ska vara pudrad framgår dock tydligt av kravspecifikationen och kan inte bortses ifrån. Vidare har KVH offererat papperskorgspåsar i tjocklek 9 my medan det enligt kravspecifikationen efterfrågas tjocklek 10 my. Produkterna uppfyller således inte kvalitetskraven.

De offererade produkterna avseende de övriga positionerna har inte bedömts uppfylla kvalitetskraven. Kommentarererna vid testerna av varuprovorna består framför allt av anmärkningar som "ej godkänd kvalitet, reaktioner om stark lukt, fungerar inte i doserad mängd, tar inte bort smuts tillräckligt" och "ej godkänd kvalitet, för tunna handskar som går sönder". KVH har invänt att produkterna uppfyller kvalitetskraven. I dessa delar har referensprodukter angetts genom märke. Detta får anses innebära vissa krav på kvalitet. Kraven framgår av kravspecifikationen och har därför varit kända. Kommunkoncernen har bedömt att de offererade produkterna inte motsvarar kvaliteten hos referensprodukterna. Även om KVH anfört att produkterna bl.a. använts av andra kommuner och landsting utan anmärkning och att AMJ bara offererat en handskstorlek med samma artikelnummer finner förvaltningsrätten inte skäl att ifrågasätta resultatet av Kommunkoncernens tester i dessa delar. Förvaltningsrätten anser därför att KVH:s anbud inte uppfyller ska-kraven avseende dessa positioner.


Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att KVH:s anbud inte uppfyller samtliga ska-krav. Kommunkoncernens åtgärd att utesluta bolagets anbud var därför riktig.

KVH har anfört att inte heller AMJ:s anbud uppfyllde ska-kraven. Bl.a. ska AMJ:s offererade plastpåse ska ha varit 5 my. Denna uppgift är inte ifrågasatt och förvaltningsrätten finner att inte heller AMJ:s anbud uppfyller ska-kraven. Kommunkoncernens förfarande att trots detta endast utesluta KVH:s anbud har därför brutit mot likabehandlingsprincipen. För ingripande enligt LOU krävs emellertid även att KVH lidit eller kan komma att lida skada.

Har KVH visat att det lidit eller kan komma att lida skada?

KVH har anfört att det lidit skada eftersom utvärderingen har gjorts på ett mycket summariskt, inte acceptabelt och inte anbudsgivarneutralt, sätt till skada för KVH och till orättfärdiga fördelar för AMJ. KVH:s talan har syftat till att deras anbud ska utvärderas. Den skada som KVH påtalat avser således situationen att deras anbud borde ha utvärderats. Eftersom förvaltningsrätten funnit att Kommunkoncernen haft fog för att utesluta KVH:s anbud, anser förvaltningsrätten dock att KVH måste konkretisera hur det, i den uppkomna situationen, lidit eller kan komma att lida skada till följd av Kommunkoncernens förfarande. KVH har emellertid inte gjort detta. Förvaltningsrätten finner därför att KVH inte har visat att det lidit eller kan komma att lida skada. Den omständigheten att Kommunkoncernen vidgått att den brustit avseende likabehandling i samband med steg två i bedömningen av anbudena förändrar inte denna bedömning. Förvaltningsrätten anser därför att ansökan ska avslås.

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


David Wollein Waldetoft



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.