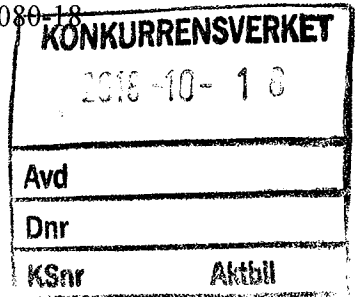




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-10-18
Meddelad i Växjö

Mål nr
3080-18



SÖKANDE

Ljungberg Tryckeri i Klippan AB, 556884-2511

MOTPART

Upphandlingsenheten i Karlshamns kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Karlshamns kommun (kommunen) genomförde en ramavtalsupphandling av tryckeritjänster ”Tryckeritjänster (UH-2018-39)” som ett öppet förfarande enligt LOU. Under anbudstiden inkom åtta anbud. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Den 18 juli 2018 beslutade kommunen att anta Tryckservice i Ängelholm AB som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Ljungberg Tryckeri i Klippan AB (Ljungberg) yrkar att upphandlingen ska göras om och att kravet på arbetsprover helt ska uteslutas alternativt att konkreta krav kring färghållningen utifrån ISO 12647-2:2013 ställs.

Kommunen motsätter sig ett bifall till ansökan.

Dok.Id 185825

Postadress Box 42 351 03 Växjö	Besöksadress Kungsgatan 8	Telefon 0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	Telefax 0470-255 02	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
---	-------------------------------------	--	-------------------------------	---

Ljungberg anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Upphandlingen hade fungerat utmärkt utan arbetsprover. De allra flesta kunderna startar inte sitt samarbete med ett tryckeri genom att utvärdera några arbetsprover. Kommunen framhäver själva att de på grund av sin storlek inte har tillräckliga resurser för att göra en utvärdering enligt ISO 1267-2:2013. Därför borde de inte heller begära in några arbetsprover. Det hade räckt att de i förfrågningsunderlaget ställde krav på att anbudsgivarna skulle vara CGP-certifierade enligt ISO 12647-2:21013. Ljungberg har lämnat in ett anbud inklusive arbetsprover enligt kraven i anbudsformuläret. Kommunen har angivit en skala för påslag av fasta summor på den totala prissumman varje tryckeri lämnat, utifrån en bedömning av leverantörens arbetsprov. Insända arbetsprover bedömdes av kommunens representanter utifrån en samlad bedömning av följande: färgåtergivning, bildkvalitet, efterbearbetning och pappersval. Kommunen använde sig sedan av en beskriven utvärderingsmodell där full poäng gav inget påslag på jämförelsetalet och noll poäng gav fullt påslag med 120 000,00. För att kunna jämföra leverantörers trycksaker med varandra behöver leverantörerna trycka ifrån en och samma tryckfärdiga PDF. Kommunen måste dessutom specificera typ av papperskvalité och gramvikt och sätta upp givna toleranser för anbudsgivarna att följa. De kriterier som angavs i anbudsformuläret var alldeles för generella och gav ingen vägledning på vilket sätt leverantörerna skulle leva upp till kraven. Detta strider mot principen om transparens och förutsägbarhet i LOU. De oerhört generella kriterierna för kommunens bedömning av arbetsprov är felaktiga. Bedömningen av alla leverantörers arbetsprov är godtycklig. Kriterierna för vad som mäts är inte specificerade. För att arbetsproverna ska kunna bedömas rättvist ska kriterierna innehålla toleranser/målvärden (för CIELAB-värden, punktförstoring och gråbalans) inom vilka mätvärdena ska ligga (se ISO 12647-2:2013). Förfrågningsunderlaget har brutit när det gäller principen om lika-behandling eftersom alla leverantörer ombads skicka in olika arbetsprover, på olika papper, med olika grundläggande bilder/bildkvalitet etc. Eftersom

det inte framgår tillräckligt tydligt av förfrågningsunderlaget vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen brister det i transparens. Om utvärdering av arbetsprover kan göras så godtyckligt som kommunen har gjort, måste det anses bryta mot transparensprincipen och detta har då medfört att de har lidit skada och upphandlingen måste göras om. Förfrågningsunderlaget har varit så otydligt eller utformat på ett missvisande sätt att den upphandlande myndigheten därmed förfarit i strid med öppenhetsprincipen. Ljungberg har lidit skada eftersom man kunnat utforma ett bättre anbud om inte öppenhetsprincipen åsidosatts med ett otydligt förfrågningsunderlag gällande den alldeles för generella utvärderingsmodellen. Företaget riskerar att lida en ekonomisk skada genom att missa en stor intäkt det vill säga värdet av kontraktet med kommunen. Skadan är kopplad till felet (åsidossatt öppenhets- och likabehandlingsprincip) och det föreligger adekvat kausalitet mellan det påstådda felet och skadan.

Kommunen anför bl.a. följande. Förfaringssättet säkerställer kvalitet och ger en samlad bild av de underlag ett tryckeri levererar och har kapacitet att leverera, baserat på färgåtergivning, bildkvalitet, efterbearbetning och pappersval. Kravet är definierat i den utvärderingsmodell som lagts upp i det digitala rummet via e-Avrop. Kommunen har i upphandlingsunderlaget angett kriterierna färgåtergivning, bildkvalitet, efterbearbetning och pappersval för att enkelt och uppenbart få en samlad bild av inlämnat arbetsprov. Det genererar inte något mervärde att varje anbudsgivare skall lämna in ett arbetsprov baserat på en från kommunen strikt framtagen tryckfärdig PDF-fil. Kommunen har valt att genomföra upphandlingen som en funktionsupphandling. Härmed föreligger ingen anledning att lämna ytterligare specifikationer om arbetsproverna. I upphandlingsunderlaget och utvärderingsmodellen föreligger den öppenhet som krävs. Kommunen har agerat rättssäkert med hänsyn till att flera medarbetare med högt aktad professionalitet ingått i utvärderingsgruppen. I utvärderingsmodellen står klart och tydligt, öppet och lika för alla, att en samlad bedömning kommer att göras av insända arbetsprover

avseende färgåtergivning, bildkvalitet, efterbearbetning och pappersval. Kommunen gjorde avsiktligt valet att i utvärderingsmodellen inte ange typ av papperskvalitet. Varje anbudsgivare fick till uppgift att välja papperskvalitet och leverera underlag, arbetsprover till grupp 1 respektive grupp 2. Kommunen har på intet sätt brustit utifrån ett likabehandlingsperspektiv. Kommunen påtalade vidare i upphandlingsunderlagen att arbetsproven ska sammantaget återspegla den kompetens, teknik, metodik och kvalitet som Kommunen kan förväntas erhålla efter ingånget avtal och under hela avtalsperioden. Sökanden har inte efterbearbetat och levererat den inlämnade broschyren med erforderlig kvalitet. Inlämnad broschyr är behäftad med brister såsom att färger har smetats över till intilliggande sidor. Det är inte bara på ett ställe utan felaktigheten, bristen, är tydlig och uppenbar på flera sidor. Dessutom inlämnades broschyren hårt ihoprullad vilket inte utgör det arbetsprov som kan likställas med en avropad tryckprodukt som ska överlämnas och representera varumärket Karlshamns kommun. Det behövs inga mätmetoder eller tekniker för att fastställa denna typ av brister. Bristerna är enkla och uppenbara. Bristerna ingår i kategorierna färgåtergivning, bildkvalitet, papperskvalitet och efterbearbetning. Således genererar den samlade bedömningen en sämre poängsättning. Härmed har inte den grad av mervärde kunnat tillgodoräknas anbudsgivaren, Ljungberg Tryckeri i Klippan AB. Kommunen motsätter sig att Sökanden skulle ha vunnit upphandlingen om utvärderingen genomförts på annat sätt. I avsnittet öppenhet presenteras Sökandens placering och rangordning. Upphandlande myndighet, Kommunen, har icke åsidosatt principerna för offentlig upphandling enligt LOU. Underlaget och förutsättningarna för arbetsproverna har varit lika och öppet under den aktiva upphandlingsprocessen. Sökanden uppfyller inte skaderekvisitet.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska upphandlingar genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 20 kap. 4 § LOU får en allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (RÅ 2009 ref. 69). Den som ansöker om överprövning ska också påvisa ett samband mellan en påstådd felaktighet och en skada eller risk för skada (HFD 2013 ref. 53). I ett rättsfall, som avsåg överprövning enligt den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling uttalade Högsta förvaltningsdomstolen bl.a. följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. Utvärdering görs efter bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Utvärderingsmetoden bygger på monetär utvärdering med prissatt kvalitet. Ert anbud resulterar i ett jämförelsetal. Hur mycket jämförelsetalet påverkas vid olika utvärderingar står beskrivet i förfrågningsunderlaget. Anbudet med lägst jämförelsetal är bäst. Anbudsgivaren ska sända in två trycksaker, arbetsprov, som bilagor till anbudet för respektive grupp 1 och grupp 2. En samlad bedömning kommer att göras av insända arbetsprover avseende färgåtergivning, bildkvalitet, efterbearbetning och pappersval.

För grupp 1 utgör arbetsprovet en broschyr om 16-24 sidor A4 (Färg 4+4). För grupp 2 en affisch i valfri storlek. Det framgår vidare att arbetsproven sammantaget ska återspegla den kompetens, teknik, metodik och kvalitet som upphandlande myndighet kan förväntas erhålla efter ingånget avtal och under hela avtalsperioden.

Full poäng ger inget påslag på jämförelsetalet. Noll poäng ger fullt påslag med 120 000, 00.

Poäng	Beskrivning	Påslag
0	Inget mervärde	120 000,00
1	Obetydligt mervärde	90 000,00
2	Visst mervärde	60 000,00
3	Betydande mervärde	30 000,00
4	Högst betydande mervärde	0,00

Samma utvärderingskriterier och tillvägagångssätt vid utvärderingen beskrivs för såväl grupp 1 som grupp 2. – I anbudet ska anges pris för, bl.a., ett angivet antal trycksaker, där format, omfång, färg, efterbearbetning, papper anges.

Av Kommunens svar i e-Avrops digitala rum för frågor och svar den 14 juni 2018 framgår bl.a. följande. Upphandlingen är en funktionsupphandling. Detta betyder: Funktionskrav låser inte leveransen eller utförandet till en

särskild teknik, arbetsmetod eller produkt utan möjliggör för leverantörerna att komma med alternativa lösningar som kanske verksamheten själv inte har identifierat.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det står den upphandlande myndigheten fritt att bestämma hur ett förfrågningsunderlag ska utformas så länge det sker inom ramen för de grundläggande principerna och bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten kan därför i detta mål endast pröva om den upphandlande myndigheten i enlighet med bestämmelsen i 20 kap. 6 § LOU brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Frågan huruvida upphandlingen av ett eller annat skäl bör göras på annat sätt kan således inte prövas.

Den utvärderingsmodell kommunen valt innebär att bedömningen av arbetsproven inverkar direkt mot prisjämförelsen, det vill säga att priset höjs i den mån respektive arbetsprov inte bedöms ha "högst betydande mervärde". Utfallet av bedömningen av arbetsproven kan därmed antas ha betydelse för hela utvärderingens resultat. Arbetsprovets utförande har dock varken anknutits till de produkter prisfrågan avser eller några i förfrågningsunderlaget utformade tekniska krav, utan lämnats till anbudsgivaren att utforma. Därmed blir utvärderingens anknytning svag till det som anskaffas. Utvärderingen av arbetsproven ska ske med hänsyn till stegvist bedömt mervärde avseende färgåtergivning, bildkvalitet, efterbearbetning och pappersval. Vilka mervärden som avses har emellertid inte angetts. Visserligen framgår för prisfrågan till exempel att efterbearbetning ska beaktas för respektive trycksak genom falsning, skärning eller häftning, men därav kan ingen slutsats dras om hur bedömningen av arbetsproven görs. Det framstår därmed

som oklart vilka värden i färgåtergivning, bildkvalitet, efterbearbetning och pappersval som påverkar utvärderingen.

Förvaltningsrätten noterar att denna oklarhet belyses av den utvärdering kommunen gjort. Arbetsproverna har nämligen bedömts med hänsyn till exempelvis ”skadad”, ”kvalitet”, ”brister i efterbearbetningen”, papper ”med för låg opacitet” samt ”brister i färgkontrast”. Vad gäller Ljungbergs broschyr avser *brist i efterbearbetningen* bl.a. att den ”rullar ihop sig för att den blivit packad ihoprullad med affischen”.

Enligt förvaltningsrättens mening visar det anförda att förfrågningsunderlagets utformning står i strid med principen om att upphandlingen ska genomföras på ett öppet sätt (transparensprincipen). Förvaltningsrätten anser att Ljungbergs gjort sannolikt att ett bättre anbud hade kunnat utformas om förfrågningsunderlaget utformats på ett annat sätt. Ljungbergs får därmed anses ha lidit skada. Bristen påverkar upphandlingen i det konkurrensuppsökande skedet. Ansökan om överprövning bör därför bifallas och upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Magnus Hansson

Rådman

Föredragande: Marina Trattner



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.