



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM
2019-02-27
Meddelad i Stockholm

Mål nr
24430-18

SÖKANDE

OneMed Sverige AB, 556764-4140

Ombud: Advokat Ulf Yxklinten
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

Genomför en samordnad upphandling för:

- Botkyrka kommun
- Huddinge kommun
- Haninge och Nynäshamns kommuner (Södertörn)
- Tyresö kommun

Ombud: Peter Norén, upphandlingschef Botkyrka kommun

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

KONKURRENSVERKET	
2019-03-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun (kommunen) genomför, genom öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling benämnd Rengöringsmedel och förbrukningsmaterial, KS/ 2016:755. Av tilldelningsbeslut daterat den 19 oktober 2018 framgår att kommunen har för avsikt att teckna avtal med Procurator Sverige AB (Procurator).

OneMed Sverige AB (OneMed) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av att inte någon av anbudsgivaren offererat vinylhandskar som uppfyller de obligatoriska kraven. I andra hand yrkas att upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering med bortseende av Procurators anbud ska genomföras. I tredje hand yrkas att rätten ska förordna att upphandlingen rättas på sätt att en ny utvärdering genomförs varvid Procurators anbud utvärderas med belastningspris avseende positionerna 116 och 123 samt med korrekt summering av pris avseende positionerna 42 och 57. Slutligen bestrids kommunens yrkande om att upphandlingen ska göras om.

Kommunen yrkar, såsom talan slutligen utformats, att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

VAD PARTERNA ANFÖR

OneMed anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. I förfrågningsunderlaget punkt 2.11.3 avseende Hållbarhetskrav plast anges att "Samtliga offererade produkter ska bestå av biobaserad råvara till minst 70%.". Inte någon av anbudsgivarna har offererat vinylhandskar på positionerna 386-389 som uppfyller kravet om biobaserad råvara till minst 70%.

Av punkt 2.6.6 – Utvärdering– i förfrågningsunderlaget följer av femte stycket att för position för vilken det offererats en icke godkänd produkt ska positionen åläggas ett belastningspris. Av stycke åtta i samma punkt följer att belastningsvärde ska beräknas som snittpriset av i upphandlingen inlämnade anbud avseende aktuell position.

Kommunerna har brutit mot transparensprincipen genom att frånfalla ska-kravet i punkt 2.11.3 att samtliga offererade produkter ska bestå av biobaserad råvara till minst 70%. Kommunerna har inte haft laglig rätt att avstå från att vid utvärderingen tillämpa ska-kravet i punkten 2.11.3. OneMed har, liksom samtliga anbudsgivare, haft anledning att utgå från att kommunerna skulle följa förfrågningsunderlaget och tillämpa uppställda ska-krav samt tillämpning av belastningspris i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Att kommunerna skulle komma att frånfalla ska-kravet har inte varit förutsebart för OneMed och det innebär att kommunerna brutit mot transparensprincipen. Kommunernas argument att anbudsgivarna behandlats lika saknar relevans. Det går inte att reparera en överträdelse av transparensprincipen genom att behandla samtliga anbud lika, dvs genom att inte också bryta mot likabehandlingsprincipen.

Vid en korrekt utvärdering, dvs en utvärdering av anbuden, vid vilken anbudsgivarnas anbud åsätts belastningsvärde för positionerna 386-389 har OneMeds anbud lägst utvärderingspris.

OneMeds anbud innebär det lägsta utvärderingspriset och OneMed riskerar att lida skada som en följd av att kommunerna genomfört utvärderingen felaktigt.

OneMed har saknat anledning att ha synpunkter på eller ställa frågor om produkterna på positionerna 386-389. OneMed erinrar dessutom om att det är de upphandlande myndigheterna som fullt ut ansvarar för förfrågnings-

underlaget. Huruvida OneMed eller annan anbudsgivare underlåtit att påtala något i förfrågningsunderlaget saknar relevans för de bedömningar som ska göras i målet.

Grunden för andrahandsyrkandet är den att Procurators anbud på 122 st positioner innehåller offererad förpackningsstorlek som avviker från kravet på tillåten förpackningsstorlek, se Bilaga 5.2. Enligt förfrågningsunderlaget punkt 2.6.6, femte styckets två avslutande meningar, anges att max 10% av offererade produkter tillåts avvika från uppställda krav. Att Procurator offererat fel förpackningsstorlek på 122 st positioner innebär att bolagets anbud innehåller drygt 30% offererade produkter som inte möter uppställda ska-krav. Procurators anbud ska därför rätteligen uteslutas och inte utvärderas. Kommunerna har, genom att inte utesluta Procurators anbud, brutit mot likabehandlingsprincipen till nackdel för OneMed. Om Procurators anbud utesluts kommer OneMeds anbud att utses till vinnande i upphandlingen.

Avseende positionerna 116 och 123 har Procurator offererat produkter som inte uppfyller ställda krav och belastningspris ska utgå. Avseende positionerna 42 och 57 har kommunerna vid utvärdering summerat felaktigt, se Bilaga 5.7. Korrekt hantering av dess fyra positioner innebär att Procurators utvärderingspris blir 121 634 kr högre. Om Procurators anbud utvärderas med 121 634 kr högre utvärderingspris innebär det att Procurators anbud får ett högre utvärderingspris än OneMeds anbud. Kommunerna har till nackdel för OneMed brutit mot främst likabehandlingsprincipen vid utvärdering av positionerna 42, 57, 116 och 123 i Procurators anbud. Vid korrekt utvärdering av Procurators anbud ska OneMeds anbud rätteligen utses till vinnande.

Grunden för OneMeds bestridande av yrkandet att upphandlingen ska göras om är den att upphandlingsdokumenten inte brister i transparens- eller

proportionalitet. Förfrågningsunderlaget är klart och tydligt formulerat. OneMed har, liksom samtliga anbudsgivare, haft anledning att utgå från att kommunerna skulle följa förfrågningsunderlaget och tillämpa uppställda ska-krav samt med tillämpning av belastningspris i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. OneMed har därför formulerat dess anbud utifrån anbudsförutsättningarna, inklusive kommande justeringar av anbudsposter för vilka belastningspris ska utgå, för att anbudet skulle vara konkurrenskraftigt. Det saknas anledning att anta att övriga anbudsgivare resonerat på annat sätt.

Ska-kravet att samtliga offererade produkter ska bestå av biobaserad råvara till minst 70 procent är ett fristående tydligt formulerat krav. Detta krav är i sig inte oproportionellt. Kravet blir inte heller oproportionellt av den påstådda anledningen att en referensartikel har avvikande material-sammansättning. Ska-kravet blir inte heller oproportionerligt av den anledningen att anbudsgivare valt att offerera artiklar som inte uppfyller kravet. Som sagts ovan finns i förfrågningsunderlaget en tydligt angiven konsekvens som leder till ett belastningspris.

Förfrågningsunderlaget är inte otydligt formulerade vad avser förpackningsstorlek, tillåten förpackningsavvikelse och transport-förpackningar. Det är inte ovanligt att just förpackningsstorlekar föranleder många frågor i upphandlingar som den aktuella. Anbudsgivare söker genom frågor finna vägar att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud utifrån den egna prisbilden som i sin tur beror på vilka villkor anbudsgivare förhandlat fram med sina leverantörer. Kraven avseende förpackningsstorlekar har i vart fall genom de förtydliganden som framkommit genom frågor & svar varit tydligt. Kommunernas ändrade inställning i denna del, dvs påstående om otydligt angivna krav avseende förpackningsstorlek förefaller ha sin grund i det förhållandet att Procurator i stor utsträckning offererat i strid med dessa i och för sig tydligt angivna krav. Men det innebär inte att kraven

varit otydliga. OneMed och ytterligare anbudsgivare har ju förstått kraven. Kommunernas yrkande att upphandlingen ska göras om under påstående att förpackningskraven strider mot transparensprincipen innebär ett försök att i strid med likabehandlingsprincipen och med rättens hjälp missgynna OneMed och gynna Procurator, vars anbud inte skulle utses till vinnande i upphandlingen, som därmed ges en ny möjlighet att vara med i en kommande upphandling. Vad kommunerna menar med påståendet att det inneburit svårighet att utvärdera inkomna anbud har att göra med transparensprincipen är oklart. Däremot är det helt klart att transparensprincipen inte överhuvudtaget har med inkomna anbud att göra. Transparensprincipen har till syfte att möjliggöra en sund anbudskonkurrens och är till för att skydda anbudsgivare. En upphandlande myndighet kan aldrig åberopa överträdelse av transparensprincipen under påstående att inkomna anbud är svåra att utvärdera. Kommunernas påstående att det saknas giltiga anbud är felaktigt. Anbuderna är giltiga.

Kommunernas påstående att de inte kan bortse från det obligatoriska kravet i punkt 2.11.3 är i och för sig korrekt men kommunernas slutsats att upphandlingen därför måste göras om är felaktig. Sammanfattningsvis kan konstateras att kommunernas yrkande om att upphandlingen ska göras om inte lagligen kan bifallas.

Kommunen anför i huvudsak följande. Kommunen har efter ytterligare genomgång av upphandlingsdokumenten kunnat konstatera att de brister i både transparens och proportionalitet på ett flertal punkter. Det obligatoriska miljökravet i punkten 2.11.3 som innebär att samtliga offererade produkter av plast ska bestå av biobaserad råvara till minst 70 procent är oproportionerligt eftersom referensartikeln inte uppfyller detta krav. Som kravet är formulerat så uppfyller ingen av anbudsgivarna detta krav, trots att samtliga anbudsgivare intygat detta. Kommunen har därmed ställt ett oproportionerligt krav för position 386-389.

Upphandlingsdokumenten har varit otydligt formulerade vad avser förpackningsstorlek, tillåten förpackningsavvikelse och transportförpackningar. Under det konkurrensuppsökande skedet har ett flertal frågor inkommit vad gäller förpackningsstorlekar. Otydligheten har inneburit svårighet att lämna korrekta anbud och utvärdera inkomna anbud eftersom upphandlingsdokumenten brister i transparens avseende förpackningar generellt.

Sammantaget bedömer kommunen att detta inneburit risker för flera fel i upphandlingens konkurrensuppsökande skedet. Kommunen anser inte att det är möjligt att rätta upphandlingen på grund av flera brister i transparens och proportionalitet.

I kommunens utökade granskning relaterat till vad OneMed har anfört i förstahandsyrkandet kan kommunen konstatera att samtliga anbudsgivare har intygat att samtliga plastprodukter består av biobaserad råvara till minst 70 procent enligt ställt obligatoriskt krav i punkt 2.11.3. Kommunen har inte gjort någon ändring av det uppställda obligatoriska kravet i frågor och svar angående biobaserad råvara. Kravet gäller för samtliga plastprodukter. Ingen av anbudsgivarna uppfyller det obligatoriskt ställda kravet i punkt 2.11.3, trots att så intygats. Kommunen har nu insett att det inte finns några giltiga anbud eftersom den inte har möjlighet att bortse från detta obligatoriska krav. Därför måste upphandlingen göras om.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Utgångspunkten för förvaltningsrättens prövning är att rätten kan besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse

har gjorts. Detta under förutsättning att det vid prövningen av ansökan kan bedömas att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan lida skada.

Förvaltningsrättens prövning tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (se t.ex. HFD 2013 ref. 5). Det ankommer alltså inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter eller enheter ska 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 iaktas.

Om det finns skäl för ingripande enligt LOU har förvaltningsrätten att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur parternas yrkanden har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 och HFD 2012 ref. 2).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten konstaterar att parterna i målet förvisso båda har yrkat att ett ingripande enligt LOU ska göras, även om grunderna för yrkandena skiljer sig åt. Kamrarrätten i Jönköping har i ett mål uttalat att om motparten anser att en ansökan om överprövning ska bifallas bör rätten i princip kunna utgå från att den ska bifalla ansökan och besluta om en lämplig åtgärd (se

Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 5 juni 2012 mål 1693-12). I andra mål har kammarrätterna dock uttalat att rätten inte är bunden av en upphandlande myndighets medgivanden. Detta har särskilt poängterats i fall där sökandens talan kan ha en direkt inverkan på en annan leverantör (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 4 juni 2013 i mål 3998-12 och Kammarrätten i Stockholms avgörande den 28 januari 2013 i mål 7153-12). Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att den samstämmiga uppfattningen mellan parterna att ingripande ska ske visserligen ska beaktas vid bedömningen, men att någon bundenhet till den gemensamma partsviljan inte föreligger. Nästa fråga för förvaltningsrätten att ta ställning till är om det på grund av de omständigheter som parterna anfört finns skäl att förordna om ingripande i upphandlingen.

Förvaltningsrätten prövar först om det framförts omständigheter som visar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen har anfört att det av kommunen uppställda obligatoriska miljökravet i punkten 2.11.3, som innebär att samtliga offererade produkter av plast ska bestå av biobaserad råvara till minst 70 procent, är oproportionerligt eftersom referensartikeln inte uppfyller detta krav och ingen av anbudsgivarna heller lyckats uppfylla kravet.

En upphandlande myndighet har en betydande frihet när det gäller att bestämma vad som ska upphandlas och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas. De krav som myndigheten uppställer får emellertid inte strida mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen.

Proportionalitetsprincipen syftar till att förhindra att den upphandlande myndigheten ställer större krav på leverantören eller leveransen än vad som

behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Tanken är att de uppställda kraven ska ha ett naturligt samband med, och stå i proportion till det behov som ska täckas. Bedömningen av om ett krav är proportionerligt ska enligt praxis göras i tre steg där det inledningsvis prövas om kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, därefter om kravet är nödvändigt för att det eftersträvade syftet ska uppnås (såtillvida att det inte finns mindre ingripande alternativ) och slutligen om den negativa effekten av kravet är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att parterna i målet är ense om att det aktuella kravet är ett obligatoriskt krav. Det har inte framkommit något som tyder på att någon annan uppfattat kravet på annat sätt. Förvaltningsrätten finner inte skäl att frångå parternas samstämmiga mening att det aktuella kravet är ett obligatoriskt krav. Förvaltningsrätten gör vidare bedömningen att det med hänsyn till vad kommunen fört fram om det aktuella kravet framstår som oproportionerligt. Även om det synes lämpligt att ha obligatoriska miljökrav avseende de produkter som upphandlas har det inte framkommit vilket syftet med aktuella kravet är och därmed inte heller om det aktuella kravet är nödvändigt för att uppnå syftet. Kravet är därmed inte förenligt med LOU:s princip om proportionalitet.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att situationer som den förevarande, där kommunen för egen del yrkar att upphandlingen ska göras om och anför en egen grund som sökandebolaget bestrider, mer påminner om och kan likställas med de situationer då kommunen fattat ett beslut om att avbryta en upphandling och en överprövning av avbrytandebeslutet görs. En upphandling får avbrytas om den upphandlande myndigheten har sakligt godtagbara skäl för det, jfr RÅ 2009 ref.43, och någon skadeprövning görs då inte. Det finns mot denna bakgrund skäl att inte ställa alltför höga krav vid skadeprövningen i det nu aktuella fallet.

OneMed har anfört att det lidit skada av tillämpningen av kravet i punkten 2.11.3 i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten har ovan bedömt att redan kommunens utformning av det aktuella kravet står i strid med proportionalitetsprincipen. Detta får anses ha medfört att OneMed lidit eller skulle kunna komma att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Med hänsyn till att förvaltningsrätten funnit att kravet är oproportionerligt har upphandlingens konkurrensuppsökande skede påverkats, varför ansökan ska bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång saknas anledning att pröva övriga anförda grunder för ingripande enligt LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).



Leif Nilsson

Rådman

Charlotte Eliasson har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma 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 infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, 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.

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

