



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2014-11-18
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6619-14

1

SÖKANDE

Aksab Kemi Sverige AB, 556731-6772
Tumbavägen 38
147 43 Tumba

MOTPART

Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

Ombud: Stadsjurist Owe Brännberg

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-11-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 187323

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna kommun (Kommunen) genomför en upphandling av maskindiskmedel och liknande produkter inklusive service på maskinens diskmaskiner och diskmaskinsutrustningar, dnr SBO 14.006. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Vid anbudstidens utgång hade två anbud inkommit som båda ansågs kvalificerade till slutlig utvärdering. Kommunen meddelade den 9 april 2014 tilldelningsbeslut enligt vilket Rekal Svenska AB (Rekal) tilldelades kontraktet.

Aksab Kemi Sverige AB (Aksab Kemi) ansökte om överprövning av upphandlingen och förvaltningsrätten biföll ansökan den 14 juli 2014 och beslutade att upphandlingen skulle rättas genom en ny anbudsutvärdering. Kommunen genomförde en ny utvärdering och meddelade den 19 september 2014 ett nytt tilldelningsbeslut enligt vilket Rekal tilldelades kontraktet.

Aksab Kemi ansöker på nytt om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att doseringssystemen bedöms likvärdiga vid kvalitetsbedömningen och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen begär att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Aksab Kemi

Kommunens förfarande strider mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling.

Brott mot principen om transparens

Kommunens utvärderingsmodell enligt punkt 1.4.2 där 35 procent av utvärderingsresultatet består av poäng i en 4-gradig skala som leverantören kan erhålla vid utvärdering av produkternas kvalitet strider mot principen om transparens. Kommunen är nämligen mycket otydlig med vad som krävs för poängbedömningen för att tilldelas olika poäng, anger inte vad som kan innebära poängtapp och inte heller redogör för vilka skillnader som ligger till grund för att olika poäng ska sättas. Detta ger en klar fördel till Rekal som är nuvarande leverantör genom att förutsätta att Rekals doseringssystem är värd maxpoängen utan att ifrågasätta dess kvalitet och brister.

Brott mot principen om likabehandling

Kommunen har i tilldelningsbeslutet hävdad att Rekals doseringsutrustning för slutet säkerhetssystem Rins-Ett är mycket bättre kvalitetsmässigt än Aksab Kemis motsvarande doseringsutrustning Safety System utan att ange skäligen bevis och motiveringar till sin bedömning. Safety System är minst i nivå med Rins-Ett och är till och med i flera avseenden ett säkrare säkerhetssystem, t.ex. vad gäller kapsylens täthet, hållarens stabilitet och risken för spill av kemikalier.

Det som Kommunen anfört i tilldelningsbeslutet är att Safety system har en Gardena-anslutningskoppling som vanligtvis används för trädgårdsbevattning och liknande ändamål. Att liknande koppling används även för andra ändamål innebär emellertid inte att någon brist föreligger. Sådana kopplingar finns för många olika produkter men det viktigaste är att de tål de torkmedel som finns i doseringsutrustningen.

Sammanfattningsvis finns ingenting med Safety System som på något sätt skulle vara sämre än Rins-Ett. Trots detta har Kommunen nedvärderat Safety System och tilldelat det 8 poäng samtidigt som Rins-Ett fått 10 poäng. Eftersom Kommunen inte konkret kan påtala relevanta brister i någon av anbudsgivarnas produkter eller doseringssystem kan Kommunen inte heller tilldela anbudsgivarna olika poäng för kvaliteten, vilket innebär att både Aksab Kemi och Rekal ska ha samma poäng vid kvalitetsbedömningen. Vid det förhållande hade de övriga delarna i utvärderingen som är tjänstekvalitet och pris avgjort vem som vinner upphandlingen.

Skada

Aksab Kemi har lidit skada då bolaget vid en rättvis bedömning och lika-behandling hade tilldelats högre slutpoäng än Rekal och därmed tilldelats kontraktet.

Kommunen

Kommunen har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Aksab Kemi har inte heller i tillräcklig grad kunnat visa att skaderekvisitet och dess orsaks-samband enligt 16 kap. 6 § LOU är uppfyllda.

Angående förfrågningsunderlaget

Högsta Förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förfrågningsunderlaget i den aktuella upphandlingen motsvarar de i LOU och gemenskapens rätt ställda krav på affärsmässighet och konkurrensneut-

ralitet, proportionalitet och transparens. Av förfrågningsunderlaget framgår med all önskvärd tydlighet vad Kommunen tillmäter avgörande betydelse vid upphandlingen och hur den utvärderingsmodell som slutligen kommer att användas är utformad och således ägnad att leda till ett för anbudsgivaren rättvisande resultat, varvid det anbud som är det ekonomisk mest fördelaktiga antas.

Angående utvärderingen

Påståendet att Kommunens förfarande står i strid med de grundläggande principerna i LOU är felaktigt och tillbakavisas. Anbudsutvärderingen har genomförts helt i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget och faktum kvarstår att Aksab Kemis har offererat och demonstrerat en doseringsanordning som, enligt referensgruppen, har sämre kvalitet och är mindre användarvänlig än det vinnande anbudets doseringsanordning. Omvänt är Rekals system Rins-Ett av klart bättre kvalitet och är mer användarvänlig. Aksab Kemis doseringsanordning är bl.a. inte helt säker vad gäller risken för kontakt med och spill av kemikalier.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förfrågningsunderlaget

Av *punkt 1.4.1 Anbudsprövning* framgår bl.a. att Kommunen avser att anta det anbud som uppfyller ställda krav och som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av *punkt 1.4.2 Anbudsutvärdering* framgår att anbuderna utvärderas utifrån pris och kvalitet enligt följande – pris 50 procent, kvalitet 35 procent och tjänstekvalitet 15 procent. Vad gäller kvalitet utvärderas produkternas kvalitet genom en referensgrupps subjektivt sammantagna bedömning och

poängsättning genom 4-gradig bedömningskala där följande nivåer används:

- Redovisning saknas/Nivå inte acceptabel 0 poäng
- Acceptabelt 5 poäng
- Bra 8 poäng
- Mycket bra 10 poäng.

Förvaltningsrättens bedömning

En av de grundläggande principerna för offentlig upphandling gäller kravet på transparens (öppenhet och förutsebarhet). Denna princip medför främst en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet, dvs att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning bör förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas.

Enligt förvaltningsrättens mening ger utvärderingsmodellen enligt punkt 1.4.2 i förfrågningsunderlaget ingen ledning för vad som vägs in för att respektive produkt ska bedömas som "Mycket bra", "Bra" osv. Inte heller ges någon vägledning härvidlag genom hänvisning till tekniska bör-krav eller dylikt i underlaget. Det är först genom den information som tillhandahålls i upphandlingsprotokollet som viss information offentliggörs avseende de faktorer som Kommunen beaktat vid poängsättning av nivåerna "Mycket bra" och "Bra".

Med hänvisning till det ovan sagda anser förvaltningsrätten att den kvalitetsutvärdering som görs enligt punkten 1.4.2 lämnar ett alltför stort utrymme för godtycklighet och att Kommunen härmed gett sig själv i princip fri prövningsrätt vid sin utvärdering av erbjuden kvalitet. Detta innebär också att leverantören saknat möjlighet att förutse vad som ska komma att

tillmätas betydelse vid prövningen av anbudet i denna del. Till följd av konstaterad otydlighet i utvärderingsmodellen går det inte heller att i efterhand kontrollera att utvärderingen skett på ett sätt som tillgodoser principerna i LOU. Nu nämnda brister är av så allvarlig karaktär att de grundläggande kraven på en upphandling med utgångspunkt från principerna om transparens och förutsebarhet inte kan anses vara uppfyllda i upphandlingen.

Aksab Kemi har i målet anfört att bristerna i förfrågningsunderlaget medfört att dess anbud inte blivit rättvist bedömt. Det kan inte uteslutas att Aksab Kemis anbud och bedömningen av detsamma blivit annorlunda om utvärderingsmodellen i aktuellt avseende uppfyllt kraven på tydlighet i LOU. Mot bakgrund härav riskerar Aksab Kemi att lida skada till följd av Kommunens överträdelse av LOU.

Eftersom det är fråga om brist upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten, med beaktande av det ovan angivna, att upphandlingen ska göras om. Vid denna bedömning finns inte skäl att pröva de övriga invändningar som Aksab Kemi framställt i sin ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (3109/1D-LOU).

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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.