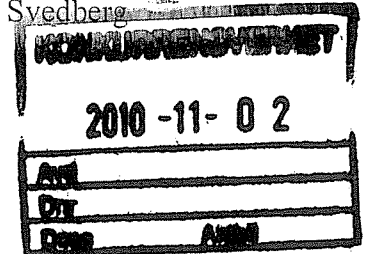




SÖKANDE

Kinnarps AB, 556256-6736
521 88 Kinnarp

Ombud: Jur.kand. Pernilla Larsson och advokat Thomas Svedberg
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping



MOTPART

Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan beträffande den del av upphandlingen som gäller kontorsmöbler.

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, såvitt avser kontorsstolar, inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbudena.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 27 augusti 2010 såvitt avser den del av upphandlingen som avser kontorsmöbler.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå kommun (Kommunen) har infordrat anbud avseende ramavtal för kontorsmöbler och kontorsstolar (dnr UH-10-22). Av förfrågningsunderlaget framgår att en leverantör ska utses för huvudsortimentet kontorsmöbler och arbetsplatsbelysning samt två leverantörer för gruppen kontorsstolar. Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Såvitt avser den del av upphandlingen som gäller kontorsmöbler beslutade förvaltningsrätten genom dom den 28 juni 2010 i mål nr 1960-10 att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbudena. Efter förnyad anbudsprövning beslutade Kommunen att beträffande kontorsmöbler anta det anbud som lämnats av Input Interiör Nord AB och beträffande kontorsstolar att anta de anbud som lämnats av Input Interiör Nord AB och Kontorscenter AB.

Kinnarps AB (Kinnarp) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Genom interimistiskt beslut den 27 augusti 2010 har förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER I DETTA MÅL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

UTREDNINGEN

Kommunens förfrågningsunderlag och utvärdering av anbuden

I förfrågningsunderlagets Anbudsformulär anges bl.a. följande.

1.0 Allmänt

Avtal kommer att tecknas med en leverantör för varje prisgrupp i ett delat anbud. Det innebär att varje prisgrupp kan ses som en egen upphandling där Kommunen tecknar avtal med den leverantör som vinner gruppen. Om Kommunen anser det fördelaktigt kan prisgrupper även slås ihop.

3.0 Skall-krav

Formuläret "Skallkrav" innehåller de krav som ställs i denna upphandling. Alla frågor ska kunna besvaras med ett ja, annars diskvalificeras anbudet. Skall-kraven är en del av avtalet och måste kunna levas upp till under hela avtalsperioden.

I förfrågningsunderlagets Svarsbilaga Skall-krav anges bl.a. följande.

Skall-krav 5.1

Pris ska anges enligt anbudsspecifikation varukorg (Skellefteå kommun), varukorgens bruttopriser och angivna rabatter ska överensstämma med bifogade prislistor med rabatt eller prislista med nettopriser på hela sortimentet.

Skall-krav 6.1

Kommunen förbehåller sig rätten att bedöma likvärdigheten (utförande) på offererade möbler i varukorgen.

Skall-krav 6.2

Varukorgen måste uppfyllas med minst 80 % (68 produkter).

I dokumentet Frågor och svar besvarar Kommunen följande fråga:

Vad menas med 80 % av varukorgen?

Kommunens svar: Anbudsgivare måste klara 80 % eller 68 produkter av 85 förfrågade positioner i varukorgen.

I Kommunens tilldelningsbeslut inklusive bilagor anges bl.a. följande.

Tre anbud har inkommit. Anbudet från Kinnarp är inte kvalificerat till slutlig utvärdering på grund av inte uppfyllda skall-krav i upphandlingen. Produkter i positionerna 12-13-14 i varukorg finns inte angivna i bifogade prislistor enligt skall-krav 5.1. Samt att materialval lamine i S-serien inte överensstämmer med angivna materialkvaliteter i varukorg enligt skall-krav 6.1.

Parternas anföranden

Kinnarp anför bl.a. följande.

Kinnarps anbud har förkastats för såväl gruppen kontorsmöbler som gruppen kontorsstolar. Anbudet har därmed inte tillåtits delta i utvärderingen för någon av grupperna. Av anbudsformuläret framgår att varje grupp kan ses som en egen upphandling.

Enligt tilldelningsbeslutet har anbudet förkastats av två skäl; dels att anbudet inte uppfyller skall-kravet i punkt 5.1, dels att skall-krav i punkt 6.1 inte uppfylls.

Kommunen menar att position 12-14, arbetsbord med ben i olika storlekar, inte uppfyller skall-kravet i punkt 5.1. Av förfrågningsunderlaget framgår att varukorgen utgör ett urval av produkter som Kommunen har köpt under 2009 men att namngivna produkter kan ersättas med likvärdiga. Kinnarp har offererat bord med exakt samma skiva som den namngivna produkten men har valt ett annat, men likvärdigt, underrede. I katalog och prislista kan inte redovisas alla tänkbara kombinationer av sortimentet. De offererade borden är därför helt i enlighet med skall-kravet men är en variant av bord som finns angivna i prislistan. Om kravet skulle ha den innebörd som Kommunens beslut förutsätter skulle det strida mot principen om proportionalitet. Syftet med kravet kan inte vara annat än att den upphandlande myndigheten ska få en uppfattning om produkten och dess prisläge. Att under sådana förhållanden ställa krav på att anbudsgivarens samtliga utföranden av en produkt, ner till minsta tillbehörsdetalj, ska finnas med i prislistan kan inte anses som annat än oskäligt och inte heller eftersträvansvärt för vare sig anbudsgivare eller upphandlande myndigheter.

Syftet måste anses uppfyllt redan genom de prislistor m.m. som bilagts anbudet och kan alltså uppnås på ett mindre ingripande sätt än vad Kommunens tolkning ger för handen. Därtill kommer att ett krav med den innebörd som Kommunen synes anlägga skulle bli oerhört mycket mer påfrestande för en stor leverantör, med ett antal olika produktvarianter i sortimentet, än för en liten leverantör. Ett sådant synsätt står i direkt strid mot likabehandlingsprincipen. Kravet på att priser ska framgå av leverantörens prislista kan inte ges annan innebörd än att de efterfrågade produkterna, i någon form, variant eller utförande, ska finnas med i prislistan. Samtliga offererade produkter under position 12-14 är produkter som återfinns i en

eller flera varianter i Kinnarps prislista. Kinnarps anbud uppfyller därför det ställda kravet varför anbudet ska utvärderas.

Vad gäller skall-krav avseende material har Kommunen uppfattat att vissa av Kinnarps offererade produkter är utförda i materialet lamine och ansett detta inte likvärdigt med det efterfrågade materialet. Kommunen har i efterhand förtydligat att de produkter som avses är position 18-21, 24 och 59-62. Av förfrågningsunderlaget framgår att ”boklam.” är det efterfrågade materialet för position 18-21 och 24. För position 59-60 efterfrågas bok och för position 61-62 har särskilt material inte begärts. Av Kinnarps anbud framgår inte att det är produkter i lamine som offereras. Kommunens antagande bygger på uppgifter i prislistan i vilken priser är angivna för lamine och fanér. Av ingressen till prislistan framgår dock mycket tydligt att lamine och laminat prismässigt är jämställda. De anbudspriser som lämnats för positionerna 18-21 och 24 avser således såväl lamine som laminat. För positionerna 59-60 har ”bok” efterfrågats. Det saknar då betydelse vilket utförande som offereras så länge det rör sig om ”bok”. Beträffande position 61-62 har Kommunen inte ställt krav på något särskilt material.

Som upphandlingen är utformad finns inte något krav på att anbudsgivaren måste lämna anbud på samtliga produkter i varukorgen. Av skall-krav 6.2 framgår att varukorgen måste uppfyllas med minst 80 procent. Varukorgen innehåller 81 produkter varför varje anbud måste innehålla 65 (64,8) godkända positioner för att inte förkastas. Om Kommunens påstående att positionerna 12-14, 18-21, 24 och 59-62 inte uppfyller kraven - vilket i och för sig bestrids - är korrekt, ska man bortse från dessa positioner. Under sådana omständigheter har Kinnarp lämnat ett anbud som omfattar 69 godkända positioner. Kinnarps anbud uppfyller således med god marginal kravet på 80 procent av varukorgen. Även av denna anledning har Kommunen felaktigt förkastat Kinnarps anbud. Så länge det minsta antalet positioner

uppfylls ska effekten av att ett mindre antal positioner inte uppfyller kraven inte bli att anbudet förkastas. Kommunen har därför tillämpat förfrågningsunderlaget på ett felaktigt sätt och därmed brutit mot LOU.

Kommunen gör nu gällande att kravet på minst 80 procent endast tar sikte på att anbudsgivaren måste offerera ett visst minsta antal produkter. Denna tolkning står i direkt strid mot det krav Kommunen själv har satt upp. Under anbudstiden ställdes en fråga om innebörden av det aktuella kravet. Svaret från Kommunen var att ”anbudsgivare måste klara 80 procent eller 68 produkter av 85 förfrågade positioner i varukorgen”. Kinnarp klarar detta antal positioner. Även detta visar att Kommunens tolkning står i direkt strid mot Kommunens eget förfrågningsunderlag. Till detta ska läggas att den skillnad som Kommunen, genom sin tolkning, gör mellan å ena sidan en anbudsgivare som inte offererat någon produkt på en viss position och å andra sidan en leverantör som har offererat en produkt på positionen men intet uppfyller kraven, är orimlig. Syftet med kravet kan inte vara annat än att leverantören ska ha en viss omfattning på sitt sortiment och att Kommunen ska kunna utgå från att leverantören klarar att leverera merparten av det som efterfrågats. Ur det perspektivet finns inte någon som helst skillnad mellan dessa två olika typer av anbudsgivare. Med Kommunens tolkning hade Kinnarps anbud blivit utvärderat om man hade offererat just 68 produkter. Även om Kommunens tolkning skulle accepteras har Kinnarp offererat fler godkända produkter/positioner än så. Kommunens tolkning av kravet står därmed inte bara i strid mot den direkta ordalydelsen utan strider uppenbarligen också mot likabehandlingsprincipen. Med Kommunens tolkning måste kravet dessutom anses stå i strid mot principen om transparens. Det finns inte någon möjlighet att av underlagen utläsa den tolkning som Kommunen vill göra.

Upphandlingen har tidigare varit föremål för överprövning, efter ansökan från Input Interiör Nord AB. Av det tilldelningsbeslut som var föremål för

den tidigare överprövningen framgår att Kinnarp skulle tilldelas kontraktet. Kinnarp har således lämnat det bästa anbudet. Genom att nu felaktigt förkasta Kinnarps anbud har Kommunen uteslutit anbudet från utvärderingen. Kinnarp har därigenom lidit skada.

Kommunen anför bl.a. följande.

Kinnarp uppfyller inte skall-krav 5.1 i vilket anges att varukorgens priser ska överensstämja med bifogade prislistor med rabatt eller prislista med nettopriser. Position 12-14 i varukorgen finns inte med som produkter i produktkatalog eller pris i prislista, vilket är kravet för att Kommunen ska kunna utvärdera att angivna priser överensstämmer med anbudet och likvärdigheten på offererade produkter. Det är också viktigt med denna koppling för framtida avtalsvård, hur ska Kommunen kunna säkerställa att rätt priser betalas under avtalsperioden om det inte går att verifiera mot en prislista?

Kommunens krav att anbudsgivare ska klara 80 procent av varukorgens angivna produkter gäller när en anbudsgivare inte fyllt i eller inte har jämförbara produkter. I detta fall har dock Kinnarp uppfyllt 100 procent av förfrågade produkter i varukorgen, men klarar inte skall-krav 5.1. 80-procents-kravet är således för att öppna upp konkurrensen så att fler företag kan lämna anbud, men det står inte över skall-krav 5.1.

Kinnarp hävdar att det är orimligt att Kommunen ställer krav på att produkter ska finnas med i angivna produktkataloger/prislistor. Detta är högst anmärkningsvärt eftersom varukorgen är baserad på Kinnarps egen statistik över Kommunens köp från företaget under 2009. Kinnarp har medvetet lagt anbud på produkter som inte finns med i deras prislista och som dessutom Kommunen bedömer vara likvärdiga.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vad som därvid föreskrivs är ett uttryck bl.a. för de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet. En av de frågor som omfattas av dessa principer är att den upphandlande myndigheten vid prövning av anbuden normalt inte får frångå förfrågningsunderlaget.

Kommunen har inte utvärderat anbudet från Kinnarp eftersom det inte bedömts uppfylla samtliga i förfrågningsunderlaget angivna skall-krav. Förvaltningsrätten noterar att de positioner som härvid avses, enligt vad som obestritt anförts av Kinnarp, är position 12-14, 18-21, 24 och 59-62. Samtliga dessa positioner avser den del av upphandlingen som gäller kontorsmöbler.

Ett av de skall-krav som anbudet från Kinnarp inte bedömts uppfylla är skall-krav 5.1. I nämnda skall-krav anges att varukorgens bruttopriser och angivna rabatter ska överensstämma med bifogade prislistor med rabatt eller prislista med nettopriser på hela sortimentet. Förvaltningsrätten har i dom den 28 juni 2010 (mål nr 1960-10) bedömt att Kinnarps anbud inte uppfyllde skall-kravet ifråga då det av inlämnade handlingar kunde utläsas att vissa angivna priser i Kinnarps varukorg inte stämde överens med de priser som angetts i prislistan. Det har inte framkommit något i förevarande mål som ger förvaltningsrätten skäl att nu göra en annan bedömning.


Kinnarp menar dock att även om i målet aktuella positioner inte bedöms uppfylla kraven har man lämnat ett anbud som omfattar ett tillräckligt antal godkända positioner. Det i skall-krav 6.2 angivna kravet att varukorgen måste uppfyllas med minst 80 % ska enligt Kinnarps mening tillämpas på

samma sätt gentemot anbud som inte offererat produkter på vissa positioner och anbud som inte uppfyller kraven. Förvaltningsrätten anser dock, i likhet med Kommunen, att det rör sig om två separata skall-krav som vart och ett måste vara uppfyllt. Skall-krav 5.1 kan enligt förvaltningsrättens mening därför svårigen förstås på annat sätt än att för varje enskild position i varukorgen för vilken produkt offereras ska pris överensstämma med pris i prislista. Kravet är vidare relevant för upphandlingen och det kan inte heller anses ha en diskriminerande effekt att kräva att varukorgens priser ska överensstämma med bifogade prislistor. Inte heller kan skall-krav 6.2 anses ha en diskriminerande effekt eller vara otydligt utformat.

På grund av det anförda anser förvaltningsrätten att Kinnarps anbud inte uppfyller samtliga skall-krav beträffande den del av upphandlingen som gäller kontorsmöbler. Kommunen har därför haft fog för att inte utvärdera anbudet i den delen och härav följer att ansökan ska avslås såvitt avser kontorsmöbler.

Som anförts tidigare avser de i målet aktuella positionerna enbart den del av upphandlingen som avser kontorsmöbler. Något skäl för att inte utvärdera anbudet avseende den del av upphandlingen som gäller kontorsstolar har inte framkommit. Förvaltningsrätten finner därför inte annat än att Kommunen agerat i strid mot LOU genom att inte utvärdera Kinnarps anbud i den delen. Detta har medfört att Kinnarp lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därför grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU. Förvaltningsrätten kan härvid besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att den i målet aktuella bristen hänför sig till anbudsprövningen anser förvaltningsrätten det tillräckligt att Kommunen vidtar rättelse genom att anbudsprövningen, i den del som avser kontorsstolar, görs om.

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


Björn Johansson
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1C LOU