



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2016-08-22
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2487-16

SÖKANDE

Papyrus Supplies AB, 556057-6554
Box 1004
431 26 Mölndal

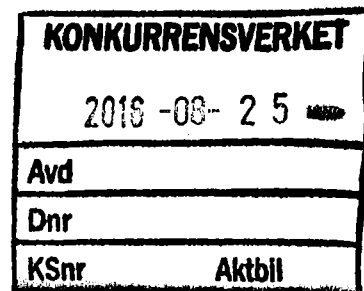
Ombud:
Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB
Västerled 33
245 64 Hjärup

MOTPART

Chalmers Tekniska Högskola Aktiebolag, 556479-5598
412 96 Göteborg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 412692

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Chalmers Tekniska Högskola Aktiebolag (Chalmers) genomför i samarbete med Göteborgs universitet och dess samarbetspartners en öppen ramavtalsupphandling av *Lokalvårdsprodukter, dnr C 2015-1660*.

I förfrågningsunderlaget anges Chalmers som upphandlande myndighet.

Av tilldelningsbeslut av den 25 februari 2016 framgår att Chalmers avser att teckna avtal med Magnusson & Freij AB (Magnusson & Freij).

YRKANDEN M.M.**Papyrus Supplies AB (Papyrus) talan**

Papyrus yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att ny anbudsutvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från Magnusson & Freij, i andra hand att upphandlingen görs om och anförs bl.a. följande.

Obligatoriskt sortiment i varukorgen

Det är ostridigt att anbudet från Magnusson & Freij inte uppfyller de obligatoriska kraven avseende tre av de obligatoriska artiklarna (72, 74 och 75). Av de grundläggande principerna i LOU och rättspraxis följer att ett sådant anbud ska förkastas. Genom att ändå kvalificera anbudet från Magnusson & Freij och tilldela bolaget kontraktet har Chalmers agerat i strid med principerna om öppenhet och likabehandling. Då Papyrus anbud kom på andra plats i utvärderingen skulle Papyrus vid en korrekt genomförd kvalificering ha tilldelats kontraktet. Vad Chalmers i denna del anfört om proportionalitetsprincipen saknar rättslig grund. Papyrus har för egen del offererat alla efterfrågade produkter. Artikel 145 har visserligen utgått ur

sortimentet, men kommer att beställas för det fall bolaget tilldelas kontrakt. Övriga produkter som ifrågasatts av Chalmers har högre kvalitet än vad som efterfrågats. Det kan noteras att det finns en diskrepans mellan kravspecifikationen och referensprodukten. Upphandlingen ska rättas på sådant sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från Magnusson & Freij.

Utvärderingskriteriet "Kontaktpersonens konsultation"

Utvärderingskriteriet Kontaktpersonens konsultation har mycket stora brister i transparens och avser i delar annat än vad upphandlingen omfattar. Kriteriet är inte heller lagligt som ett utvärderingskriterium – utan hör rätteligen hemma i kvalificeringsfasen. Bristerna har medfört att Chalmers i praktiken har förbehållit sig en fri prövningsrätt då någon information om vad som faktiskt skulle komma att bedömas endast marginellt angivits i förfrågningsunderlaget. Det förhållandet att en skala med angivande av olika prisavdrag redovisats i förfrågningsunderlaget är inte tillräckligt för att lagens krav på öppenhet ska anses vara uppfyllt. Dessa förhållanden har omöjliggjort för Papyrus att avge ett optimalt anbud. Det förhållandet att Magnusson & Freij och Papyrus erhöll olika prisavdrag för utvärderingskriteriet har följaktligen varit avgörande för utgången i upphandlingen. För utvärderingskriteriet Kontaktpersonens konsultation har Papyrus erhållit prisavdrag med 438 750 kr och Magnusson & Freij med 877 500 kr. Efter erhållna prisavdrag skiljer sig anbuden åt med c:a 30 000 kr.

Av tilldelningsbeslutet framgår att utvärderingskriteriet bestod av sex frågor, vilka frågor som ställdes till kontaktpersonen, hur bedömningen av svaren skedde samt vilken poängskala som användes vid bedömningen. Papyrus har invändningar häremot och gör gällande att: a) utvärderingskriteriet saknar koppling till upphandlingsföremålet, b) för utvärderingskriteriets frågor finns inga "korrekta" svar, c) utvärderingskriteriets

exponentiella poängskala inte var redovisad i förfrågningsunderlaget, d) de i förfrågningsunderlaget angivna frågorna byttes ut mot andra frågor, och e) det saknades information i förfrågningsunderlaget om hur utvärderingen av kriteriet skulle ske.

I förfrågningsunderlaget anges vad upphandlingen omfattar, nämligen förbrukningsartiklar för lokalvård. Då fråga 2 och 4 avser att rekommendera en städvagn respektive en kombiskurmaskin kan konstateras att dessa frågor inte är kopplade till föremålet för kontraktet och därför är otillåtna.

Vad avser övriga frågor (1, 3, 5 och 6) kan även här ifrågasättas om frågorna är kopplade till föremålet för kontraktet i upphandlingsrättslig mening. Tre av frågorna avser förslag på hur viss typ av städning bör ske och en fråga handlar om hantering av en felleverans. Frågorna om förslag på städning avser endast priser för köpta produkter. Det framgår inte av beskrivningen att någon prisuppgift för denna typ av tjänst har begärts. Frågorna synes vara ägnade att identifiera vilket anbud som är bäst för utförande eller rådgivning om städtjänster. Upphandlingen avser dock förbrukningsmaterial och inte städtjänster av något slag.

Utvärderingskriteriets exponentiella poängskala var inte redovisad i förfrågningsunderlaget

Bedömningen av kriteriet kan resultera i tre alternativ: Tillför mervärde, motsvarar efterfrågad kompetens och delvis bristande kompetens. I förfrågningsunderlaget redovisas inte att och i så fall vilken poängskala som ska användas vid bedömningen. Av ovan nämnda tre alternativ med angivna prisavdrag fås uppfattningen att det är fråga om en bedömning på en linjär skala. Av tilldelningsbeslutet framgår att bedömningen har skett på en exponentiell skala. Då detta är en väsentlig del i utfallet av resultatet av bedömningen borde detta ha angivits i förfrågningsunderlaget. Det faktum

att så inte har skett strider mot principen om öppenhet och möjliggjort för Chalmers att på ett i stort sett helt oförutsägbart sätt bestämma poängen för kriteriet och därmed resultatet i upphandlingen.

Papyrus har till följd av nu påtalade brister i upphandlingen lidit eller kan komma att lida skada.

Chalmers talan

Chalmers anser ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget och bestämmelserna i LOU.

I upphandlingen efterfrågas en stor mängd artiklar och vissa tjänster. Artiklarna uppskattas till 6 239 stycken varav 199 är obligatoriska, 40 icke-obligatoriska och övriga (c:a 6 000) är övrigt sortiment.

Vad Papyrus anført om att vinnande leverantörs anbud inte uppfyller kraven avseende positionerna 72, 74 och 75 är riktigt. Det är emellertid fråga om oväsentliga avvikelser. Inte heller Papyrus har lämnat anbud på alla obligatoriska artiklar vad avser åtminstone positionerna 140, 145, 163 och 164. Position 145 har utgått ur sortimentet. Papyrus har sålunda haft minst motsvarande antal oväsentliga avvikelser som vinnande anbud och kan följaktligen inte anses ha lidit skada. I förfrågningsunderlaget finns en nyckel som anger att det är artikelns kravspecifikation som gäller om det skulle råda diskrepans mellan denna och angiven referensprodukt. Om rätten finner att de påstådda avvikelserna inte är oväsentliga utgör de i vart fall mindre än 0,05 procent av artiklarna. Det skulle strida mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen att utesluta vinnande anbud.

Kontaktpersonens kompetens och servicegrad synes basera sig på missuppfattningen att dessa tjänster inte (ska) omfattas av upphandlingsföremålet. Av förfrågningsunderlaget framgår på en mängd ställen att kontaktpersonens kompetens och servicegrad ingår i upphandlingsföremålet. Inom produktområdet ingår normalt kontaktpersonens kompetens och servicegrad som en viktig och väsentlig del av leverantörens arbete. Även denna upphandling omfattar behov av en kontaktpersons kompetens och servicegrad. Det är inte leverantörens kapacitet som utvärderas. – De frågor som ställdes till kontaktpersonen vid intervjun omfattas sålunda helt klart av upphandlingsföremålet. Det ligger i sakens natur att de frågor som ska ställas inte kan lämnas ut i förväg. I förfrågningsunderlaget framgår klart att fråga är om exempelfrågor. ”Korrekta svar” hade kunnat benämnas ”typsvar”.

Kontaktpersonen har först fått svara skriftligt på sex specifika frågor varefter utvärderingsgruppen gått igenom svaren med kontaktpersonen för att ge denna möjlighet att utveckla svaren. Svar som stämt med de ”korrekta svaren” eller andra likvärdiga lösningar har premierats med resultat enligt utvärderingen. Utvärderingen av kontaktpersonens konsultation har skett på ett korrekt sätt. – Prisavdrag har skett på det sätt som framgår av förfrågningsunderlaget. – Frågan om linjära eller exponentiella skalor saknar relevans då Papyrus med sina lämnade svar, oavsett hur de poängsätts, hamnar på samma resultat. – Någon fri prövningsrätt har inte förelegat.

Papyrus har inte visat att Chalmers har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Papyrus har inte visat att bolaget har lidit eller kommer att lida skada. I det fall rätten finner brister i upphandlingen är dessa inte av sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet åsidosatts.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i den aktuella upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

Kravet på transparens och likabehandling innebär bl.a. att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsägbarhet. Förfrågningsunderlaget är den styrande handlingen i en upphandling. En anbudsgivare ska genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att ske. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet medför emellertid att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Likabehandlingsprincipen innebär enligt fast praxis att lika situationer inte får behandlas olika – såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

Offererade produkter

Parterna är ense om att Magnusson & Freij har offererat tre produkter som inte uppfyller kravspecifikationen. Det är emellertid visat att även Papyrus har offererat tre produkter som inte uppfyller kravspecifikationen och i ett fall har offererat en produkt som utgått ur sortimentet.

Papyrus invändning att de produkter som har offererats motsvarar referensprodukternas kvalitet och är av högre kvalitet saknar betydelse – detta eftersom förfrågningsunderlaget anger att det är specifikationen som gäller om det råder diskrepans mellan specifikation och referensprodukt.

Det kan konstateras att båda parter vid utvärderingen har behandlats lika och att Papyrus inte har visat att Chalmers förfarande har inneburit att de grundläggande principerna i LOU har trätts för när på ett sådant sätt att Papyrus har lidit eller kan komma att lida skada.

Utvärderingskriteriet Kontaktpersonens konsultation

Av förfrågningsunderlaget framgår klart att upphandlingen avser såväl varor som tjänster. Varudelen omfattar såväl ett obligatoriskt som ett ickeobligatoriskt sortiment avseende förbrukningsartiklar för lokalvård samt övrigt sortiment. Tjänstedelen omfattar en supportfunktion i form av en kontaktpersons konsultation.

Förvaltningsrätten anser inte att det råder någon oklarhet om vad upphandlingen omfattar. Papyrus synes inte heller ha uppfattat det på annat sätt då båda dessa delar har offererats i bolagets anbud. Utvärderingskriteriet Kontaktpersonens konsultation omfattas sålunda av upphandlingen.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande avseende utvärdering av kontaktpersonens konsultation. Det är av stor vikt för köparen att få snabb återkoppling och korrekta svar gällande olika typer av produktfrågor. Vid möte ska den av anbudsgivaren angivna kontaktpersonen delta och kunna svara på ett antal produktfrågor. Samma frågor kommer att ställas till alla inbjudna anbudsgivare. En samlad bedömning av alla ställda frågor kommer att utgöra omdöme gällande detta kriterium utifrån följande nivåer: a) Tillförmervärde, b) Motsvarar efterfrågad kompetens och c) Delvis bristande kompetens.

Av utvärderingsprotokollet – som fogats till tilldelningsbeslutet – framgår att sex frågor ställdes, hur bedömningen skedde samt vilken poängskala som användes vid bedömningen.

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt och klart att de frågor som skulle komma att ställas till kontaktpersonen vid mötet utgör exempelfrågor. Detta förtydligas i Frågor & svar.

Det faller sig därtill naturligt att exempelfrågor inte kommer att ställas under mötet – om frågorna hade varit kända i förväg hade syftet med frågorna helt förlorat sin betydelse. De frågor som ställdes till kontaktpersonen under mötet faller vidare enligt förvaltningsrätten helt inom ramen för vad upphandlingen omfattar. Efterfrågad konsultation kräver naturligen att kontaktpersonen har kunskap om såväl produkter som bl.a. städtekniker för att kunna rekommendera lämpliga produkter. Det är alltså inte fråga om städrådgivning, utan om att föreslå lämpliga produktval vid olika städmoment. Det är inte heller fråga om att utvärdera leverantörens kapacitet utan kontaktpersonens servicegrad och kompetens. dvs. att ge Chalmers en fördjupad kunskap om kontaktpersonens servicegrad och kompetens för att kunna göra en bedömning av kontaktpersonens förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet. Såväl frågorna som utvärderingskriteriet

har enligt förvaltningsrättens mening således en naturlig koppling till upphandlingsföremålet.

Utvärdering vid offentlig upphandling ska göras objektivt i den mening att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan komma att inrymma ett visst mått av skönsmässighet, vilket måste godtas så länge de grundläggande principerna i LOU inte träds förnär. Det är endast direkta felbedömningar eller andra brister som bör leda till ett ingripande.

I detta fall är de angivna kravnivåerna visserligen inte närmare definierade, men torde inte medföra några större tolkningssvårigheter för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer eller i övrigt ge den upphandlande myndigheten utrymme för skönsmässiga bedömningar som överskrider vad som – utifrån de av Papyrus åberopade principerna – bör accepteras. Utfallet av utvärderingen kan därtill i allt väsentligt tillskrivas de svar som lämnats av Papyrus och utgör inte någon godtycklig bedömning av Chalmers. Papyrus har inte heller ifrågasatt poängsättningen av de svar som deras kontaktperson har lämnat, låt vara att bolaget har invänt att det inte funnits några ”korrekta svar”. Upphandlingen ställer dock inte krav på några korrekta svar i absolut mening, utan typsvar eller andra likvärdiga svar/lösningar.

Huruvida en linjär eller exponentiell skala har tillämpats vid poängsättningen av svaren på frågorna saknar i detta fall betydelse för utfallet av utvärderingskriteriet. Papyrus har inte heller närmare angivit på vad sätt tillämpningen av en exponentiell skala har tillfogat bolaget skada i LOU:s mening.

Papyrus anbud har utvärderats fullt ut i upphandlingen. Oavsett om något avsteg har skett från upphandlingens utvärderingssteg så har Papyrus inte närmare angivit på vad sätt bolaget lidit skada av en sådan överträdelse.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som Papyrus har anfört inte visar att Chalmers har tagit några ovidkommande hänsyn eller på annat sätt agerat i strid med LOU på sätt som medfört att Papyrus lidit sådan skada som avses i denna lag. Skäl för att besluta om ingripande saknas därför. Papyrus ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Magnus Nylander
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.