



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-01-29
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3907-14 E
3908-14 E

SÖKANDE

Procurator AB, 556648-2179
Box 9504
200 39 Malmö

Ombud: Advokaten Martin Dell och jur. kand. Mattias Löf
Klostergatan 1
352 30 Växjö

MOTPARTER

1. Sollefteå kommun
881 80 Sollefteå

2. Solatum Hus&Hem AB, 556194-2177
Box 43
881 21 Sollefteå

Ombud för 2: Jonny Ohlsson
c/o Sollefteå kommun
881 80 Sollefteå

3. Ocaj Sverige II AB, 556228-4587
Hästmarksvägen 12
891 38 Örnköldsvik

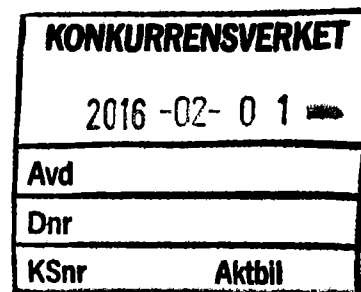
Ombud för 3: Staffan Granberg
c/o Ocaj Sverige II AB
Norra Järnvägsgatan 52
931 37 Skellefteå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning avseende den del som avser ramavtalets upphandlingsområde 4.0 Kemtekniska produkter och



Dok.Id 90430

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

bestämmer att en ny utvärdering ska göras varvid anbudet från Ocay Sverige II AB inte ska beaktas i dessa delar.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Sollefteå kommun och Solatum Hus&Hem AB (beställarna) har genomfört en offentlig upphandling avseende ramavtal för förbrukningsmaterial inom områdena *1.0 Kopieringspapper, 2.0 Städutrustning och redskap, 3.0 Golvvård, 4.0 Kemtekniska produkter, 5.0 Mjukplast, 6.0 Mjukpapp och 7.0 Övrig förbruknings-Engångs*, dnr KS/xxx/2013. Ramavtalet gäller för en avtalsperiod om 48 månader inkl. förlängning från dess att avtalsprocessen är avslutad, dock tidigast från och med den 1 januari 2015. I upphandlingen har öppet förfarande tillämpats med lägst pris som tilldelningskriterium. Tilldelningsbeslut meddelades den 21 november 2014. Genom beslutet rangordnades anbudet från Procurator AB som nummer två inom såväl område *4.0 Kemtekniska produkter* som område *6.0 Mjukpapp*.

Procurator AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering av anbuden ska genomföras inom områdena *4.0 Kemtekniska produkter* och *6.0 Mjukpapp* varvid vinnande anbud från Ocaj Sverige II AB (Ocaj) inte ska beaktas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Ocajs anbud innehåller brister i åtskilliga avseenden vad gäller beräkningen av offererat pris på produkterna (avseende *4.0 Kemtekniska produkter*) och offererad kvalitet (avseende *6.0 Mjukpapp*).

4.0 Kemtekniska produkter

Ocaj har avseende delområde *4.0 Kemtekniska produkter* inte tillämpat föreskrivna beräkningsmodeller. I förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell s. 2 definieras bland annat följande prismodeller.

PPTT avser pris per tvätt, beräknat på mjukt vatten och 5 kg tvätt, normalt smutsad. PPBL x 10 avser pris per 10 liter färdig brukslösning, lägsta an-

givna från tillverkarens produktblad. I förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell anges att *position 4.5* ska offereras med tillämpning av PPBLx10 och *positionerna 4.16, 4.17 och 4.20* ska offereras med tillämpning av PPTT. Det framgår av förfrågningsunderlaget att pris är en obligatorisk uppgift på de aktuella posterna och att priserna ska offereras enligt ovanstående modeller. Anbud vari beräkning av pris avviker från beräkningsmodellerna kan därför inte anses uppfylla de obligatoriska kraven och ska förkastas.

Vad gäller *position 4.5* har Ocaj offererat priset 0,14 kr per 10 liter färdig brukslösning (PPBL x 10). I bifogat produktblad från tillverkaren Ecolabs Aktiebolags hemsida rekommenderas emellertid en dosering för skumrengöring om 1–3 % avseende aktuell produkt. Lägsta angivna dosering från tillverkaren är därmed 100 ml per 10 liter brukslösning, vilket motsvarar ett pris på 1,36 kr med hänvisning till att 10 liter kostar 136 kr. Därigenom har Ocaj offererat ett pris som inte baseras på tillverkarens lägsta angivna dosering och följer därmed inte kravet i utvärderingsmodellen.

Avseende *position 4.16* har Ocaj offererat priset 0,31 kr per 5 kg tvätt (PPTT). Säkerhetsbladet för produkten anger att produktens densitet är 0,71 kg per liter. Detta innebär att förpackningen om 10 kg innehåller 14,08 liter produkt. Ocaj har offererat 122,32 kr per förpackning, vilket innebär en kostnad om 0,0086875 kr (122,32 kr/14 080 ml). Enligt databladet för produkten ska doseringen vara 50 ml per kg tvätt, (beräknat på mjukt vatten, 5 kg normalt smutsad tvätt). Detta motsvarar totalt 250 ml produkt per tvätt. PPTT beräknas enligt följande; (122,32 kr/14 080 ml) x 250 ml, vilket ger ett pris om 2,17 kr per tvätt.

Gällande *position 4.17* har Ocaj offererat priset 0,67 kr per 5 kilo tvätt (PPTT). Enligt bifogat produktblad framgår att produkten har en densitet på 0,95 vilket innebär att en förpackning på 8,32 kg innehåller 8,76 liter

lösning. Bolagets offererade pris per förpackning omvandlat till pris per ml blir därmed (169,60 kr/8 760 ml) 0,01936073 kr. Av produktbladet framgår vidare att doseringen per tvätt (mjukt vatten, 5 kg normalt smutsad) är 75 ml. Beräkningen av PPTT blir enligt följande; (169,60 kr/8 760 ml)x75 ml vilket innebär en kostnad på 1,45 kr per tvätt.

Ocay har i *position 4.20* offererat 0,08 kr per 5 kg tvätt (PPTT) till ett förpackningspris om 40,43 kr. Av tillverkarens produktblad följer att 4–5 kg tvätt behöver en dosering på 20 ml, alternativt 2–4 ml per kg tvätt vid automatdosering. Därav ska PPTT beräknas enligt följande; (40,43 kr/5 000 ml)x20 ml vilket ger en kostnad på 0,16 kr per tvätt.

De av Ocay offererade priserna baseras alltså, mot bakgrund av de angivna förpackningspriserna, på en förbrukning som klart understiger tillverkarnas rekommendationer och kan därför inte antas motsvara den verkliga förbrukningen av produkten. Priserna är därmed inte beräknade enligt den definition av PPTT som anges i utvärderingsmodellen. Ocays anbud borde därför ha förkastats avseende dessa positioner. Beställarna har trots detta godtagit Ocays anbud och därigenom frångått den i upphandlingen angivna utvärderingsmodellen varför förfarandet åsidosätter likabehandlingsprincipen i LOU. Med hänsyn till denna princip kan beställarna inte heller i efterhand tillrättalägga Ocays anbud i de delar som anbudet brister. Det strider även mot transparensprincipen att belägga positioner med ett belastningspris eftersom det av förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell s. 1 framgår att belastningspris endast ska tillämpas då positionen lämnas tom, inte då anbudet bryter mot obligatoriska bestämmelser i förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell framgår vidare på s. 1 att minst 95 procent av positionerna ska vara offererade för att ett anbud ska bedömas som fullständigt. Besvarande av ett lägre antal positioner innebär

en sådan brist i anbudet att det ska förkastas. Därmed måste minst 50 av 52 positioner besvaras inom delområde 4.0 *Kemtekniska produkter*. Ocays anbud innehåller brister avseende fyra positioner genom att felaktiga prismodeller tillämpats varför anbudet är ofullständigt. Anbudet borde därför ha förkastats även på denna grund.

6.0 Mjukpapp

I *position 6.15* efterfrågas produkten "Torkrulle M1, Vit bredd 21,5 cm 1-lags Tork 100130 (nyfiber och återvunnet papper)". Ocay har offererat sitt art. nr. 50100003, "Tork M1 basic papper 1-1 vit 21,5 cm x 120 m", vilken inte innehåller nyfiber utan enbart det billigare materialet returfiber. Den offererade produkten matchar därför inte efterfrågad produkt. Den omständigheten att beställarna senare har kommit fram till att förfrågningsunderlaget varit otydligt avseende denna position, efter dialog med en av anbudsgivarna, kan inte rimligen innebära att beställarna avstår från att ta ställning och tillåter Ocay att offerera en avvikande produkt. Ett sådant agerande medför att övriga anbudsgivare inte har komplett information om vilka krav som egentligen ställs på produkten och kan därmed inte lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud.

I *position 6.19* efterfrågas produkten "Tvättilapp, Tork Advanced, 6-lags, 25x19 cm". Ocay har offererat sitt art. nr. 50150054 "Tvättilapp Tork Advanced 4-1 vit 25 cm x 19 cm". Den offererade produkten är 4-lags trots att efterfrågad produkt är 6-lags. Den offererade produkten matchar därför inte den efterfrågade produkten.

I *position 6.31* efterfrågas produkten "Pappersduk på rulle, samtliga färger, 125 cm x 30 m +/- 10 m". Ocay har offererat sina art. nr. 61030007, 61030008 och 61030009 Duk Duni Essential 125 cm 30 m. Dessa produkter utgick ur Dunis sortiment redan den 1 januari 2014 och kan inte längre beställas. Det är därmed ostridigt att den produkt som Ocay offererat inte

finns att tillgå för köpare på marknaden under avtalstiden vilket är ett villkor enligt förfrågningsunderlagets punkt 5.0. Eftersom övriga anbudsgivare sannolikt har utgått från förfrågningsunderlagets ordalydelse att offererade produkter ska finnas tillgängliga på marknaden skulle det strida mot likabehandlingsprincipen att tillåta Ocay att offerera produkter som inte med säkerhet kan tillhandahållas under hela avtalstiden.

Beställarna har medgett att såväl position 6.15 som position 6.19 är felaktiga. Gällande position 6.31 har beställarna godtagit uppgifter från Ocay om att det finns ett tillräckligt omfattande lager av den aktuella produkten hos Ocay för att den ska kunna tillhandahållas under hela avtalstiden. Med anledning av att det i utvärderingsmodellen inte anges någon uppskattad årsförbrukning av artikeln bör ett allmänt påstående om att det finns ett tillräckligt lager inte utan vidare godtas. Ocay har därmed på tre positioner offererat produkter som inte uppfyller de krav på kvalitet som ställs i förfrågningsunderlaget. Bristerna på dessa positioner innebär även att Ocay inte uppfyller kravet att minst 95 procent av sammanlagt 31 positionerna i aktuellt delområde ska vara offererade.

Beställarna har via ett e-postmeddelande den 27 november 2014 medgett att Ocay inte uppfyller skall-kraven och att ett nytt tilldelningsbeslut ska fattas. Detta har emellertid inte skett och det är för bolaget okänt varför beställarna har frångått sin bedömning att fatta ett nytt tilldelningsbeslut.

Skada

Av utvärderingsprotokollet framgår att bolaget avseende delområde 4.0 *Kemtekniska produkter* och delområde 6.0 *Mjukpapp* har placerat sig på andra plats i rangordningen. Om beställarna rätteligen hade förkastat Ocays anbud skulle bolaget ha tilldelats kontrakt varför bolaget kan anses ha lidit skada eller riskerar att lida skada.

Beställarna bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

Gällande delområde 4.0 *Kemtekniska produkter* är de offererade produkterna korrekta och förpackningspris angivna vilket gör att rättelse ska vidtas för en bedömning huruvida bolaget eller Ocaj har lämnat det lägsta anbudspriset.

Avseende *position 4.5* är det korrekt att beställarna felaktigt har räknat med 0,1 % blandning vid skumrengöring. Korrekt utvärderingspris på den positionen ska därför justeras till 1 360 kr (1,36x1 000) vilket är 1 220 kr högre än vad Ocaj har angivit.

När det gäller *position 4.16* har bolaget kommit fram till att det krävs 180 g tvättmedel för en maskin tvätt med ett angivet kilopris på 12,20 kr vilket är orimligt. Bolaget har dock rätt i att den mängd tvättmedel som man räknat på avser lätt smutsad tvätt och ska korrigeras från 24,85 g till 35,5 g vilket gör att utvärderingspriset skulle ha varit 42,8 % högre än vad Ocaj har angivit. Den korrekta beräkningen innebär ett PPTT på 0,44 kr. Värdet ska därmed justeras upp med 6 634 kr.

Gällande *position 4.17* ska kostnaden per tvätt vara 1,43 kr vilket innebär att värdet i utvärderingen ska justeras upp med 12 112 kr.

För *position 4.20* har Ocaj angivit en kostnad beräknad på 2 ml per kg tvätt, den korrekta kostnaden ska beräknas på 4 ml per kg tvätt. Värdet i utvärderingen ska därmed justeras upp med 1 760 kr.

Utvärderingen kan göras om och värdet ska då justeras upp med 21 500 kr vilket innebär att bolagets anbud fortfarande är drygt 90 000 kr dyrare än Ocajs anbud. Trots att utvärderingspriserna är lägre än vad de rätteligen

ska vara är felen inte av sådan karaktär att Ocays anbud ska ses som ofullständigt. De uppgifter som är rättade är baserade på det pris som Ocay har förbundit sig att sälja förpackningen för till beställarna. Jämförelsen mellan olika anbudsgivare bygger på förpackningspris och produktens egenskaper vilka är uppgifter som inte kan påverkas varför rättelsen kunnat ske utan särbehandling eller konkurrensbegränsning. Även med beaktande av rättelsen har Ocay lämnat det lägsta anbudspriset varför utgången i upphandlingen inte påverkas. Bolaget har därmed inte lidit skada eller riskerar att lida skada. Om förvaltningsrätten skulle finna att anbudet från Ocay ska förkastats finns det bara ett anbud kvar att ta hänsyn till vilket innebär en otillräcklig konkurrens.

Gällande delområde 6.0 *Mjukpapp* har beställarna varit i kontakt med bolaget och det är korrekt att beställarna i ett första skede gjorde bedömningen att ett nytt tilldelningsbeslut skulle meddelas. I dialog med anbudsgivarna framkom det delade meningar avseende *position 6.15* huruvida beställarna varit tydliga med kraven på produkten och vad anbudsgivarna behövde offerera för kvalitet. Beställarna valde därför att inte ta ställning i frågan.

För *position 6.19* råder det ingen tvekan om att det är en felaktig produkt varför anbudet ska påläggas ett belastningsvärde. Avseende *position 6.31* är det korrekt att beställarna har fått information om att produkten visserligen har utgått ur tillverkarens sortiment men att Ocay har kvar denna i lager och kan tillhandahålla den under hela avtalsperioden. Beställarna har ett behov av ca 300 m vilket motsvarar ca 10 rullar per år. Det har inte uppställts något krav på att artikeln måste produceras under avtalstiden utan kravet gäller enbart att artikeln ska finnas tillgänglig under avtalstiden. Ocay uppfyller därför kravet avseende denna position. Bedömningen är därmed att Ocay uppfyller kravet att minst 95 procent av artiklarna ska vara offererade.

Syftet med gränsdragningen att minst 95 procent av positionerna ska offereras är att kunna utesluta anbudsgivare med ej ändamålsenliga produkter, t.ex. om anbudsgivaren offererar produkter som inte följer artikelbilagan, anbudsgivaren undviker att lämna anbud som ett strategiskt verktyg eller att anbudsgivaren inte offererar produkter som är avsedda för användningsområdet vilket finns beskrivet i introduktionen till utvärderingen.

Ocay Sverige II AB, som har getts tillfälle att yttra sig i målet, uppger att Ocay Sverige II AB instämmer i vad beställarna anför i målet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet 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.

En upphandlande myndighet får enligt 9 kap. 8 § LOU tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras

om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Detta följer av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU.

Utredningen i målet

Av de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

6.0 Kvalificeringsfas

I detta delmoment kontrolleras om den efterfrågade entreprenören uppfyller de skallkrav som kvalificerar för nästa steg, utvärderingsfasen. Skallkraven är ett resultat av våra behov och är inte förhandlingsbara.

I kvalificeringsfasen bedöms anbudsgivaren utifrån följande upplysningar och skriftliga bevis, dessa redovisas enligt kravspecifikation (Se bilaga). Denna tjänar också som en checklista för anbudsgivaren så att ingen uppgift missas i onödan.

Samtliga uppgifter i kravspecifikationens checklista skall vara redovisade för att anbudet skall gå vidare till utvärderingsfasen.

7.0 Utvärderingsfas

Utvärdering kommer att ske enligt lägsta pris. Läs noggrant introduktionen! Avsteg från vad som är där angivet kommer att behandlas som ett ofullständigt anbud. Samma artikel får inte användas på två olika positioner. Står det att samtliga färger ska omfattas, ska leverantörens samtliga nuvarande och tillkommande färger under avtalstiden ingå. Se bilaga utvärderingskriterier. Anbudet skall vara fullständigt för att antas.

Av förfrågningsunderlagets skallkravsformulär anges bl.a. följande.

1.0 Krav på leverantör och anbud

Krav på bilaga 1.18

Artikellistan ska innehålla samtliga offererade artiklar. Den ska även innehålla: Namn, artikelnummer, pris, ev miljömärkning, förp strik, enhet samt sida i katalog.

Av förfrågningsunderlagets utvärderingsformulär (ovan kallad kravspecifikation respektive utvärderingskriterier) framgår bl.a. följande.

Att lämna anbud

Introduktion

LIKVÄRDIGHET

I prisbilagan förekommande fabrikat, produktnamn etc på det som vi anser önskvärt eller används idag och dessa skall endast ses som en vägledning över vilken kvalité/standard vi efterfrågar. Likvärdiga eller bättre produkter av annat fabrikat kan offereras. Produkten ska medge samma funktion och resultat. I händelse av att produkter ingår i ett system ska offererade produkter matcha varandra.

YRKESMÄSSIG ANVÄNDNING

Där vi inte angivit en specifik produkt ska alla offererade artiklar vara anpassade för yrkesmässig användning, för att upprätthålla en god ekonomi så är levnadslängden på produkterna lika viktiga som ett väl avvägt anförskaffningspris. Det åligger anbudsgivare att styrka att offererad produkt är anpassad för yrkesmässig användning, vid tveksamhet från upphandlande myndighets sida kommer varuprover kunna begäras in. Gör upphandlande myndighet genom vår referensgrupp bedömningen att artikeln inte fyller kravet, måste det anses att anbudet inte uppfyllt samtliga skallkrav och förkastas. Lämnas positionen utan förslag till produkt kommer positionen att beläggas med ett belastningspris. Minst 95 % av artiklarna ska vara offererade annars kommer det att bedömas som ett ofullständigt anbud. Kan leverantör offerera på en position ska det göras och inte lämnas tomt som en strategisk prissättningsmodell. Belastningspriset kommer att vara det pris vi har idag samt 50 % påslag.

UTVÄRDERINGSMÅTT

PPS = Pris per styck

PPL = Pris per liter

PPBL x 10 = Pris per 10 liter färdig brukslösning, lägsta angivna från tillverkarens produktblad

PPDM = Pris per diskad maskin se punkt 3. För vatten åtgång se resp. rad

PPTT = Pris per tvättad tvätt, beräknat på mjukt vatten och 5 kg tvätt, Normalt smutsad

PP1000M = Pris per 1000 meter

PP x 1000 = Pris per 1000 styck

FÖRP = Pris per förpackning

ARTIKELBILAGA

Leverantör ska bifoga en fullständig artikellista med Benämning, artikelnummer, ordinarie pris mot kund (offentligt tillgänglig prislista), nettopris enligt anbud, miljömärkning över offererade produkter. Där artikel med flera färger ingår ska samtliga färgers artikelnummer finnas med.

4.0 Kemtekniska produkter

Prisfråga 4.5

Skumrengöringsmedel, Sopal, ange förpackningsstorlek, 25 stycken

Definition

Pris ska anges för en (1) ppblx10. Anbudspris beräknas för 1000 ppblx10. Pris är obligatorisk information för denna post.

Prisfråga 4.16

Tvättmedel, 7-10 kg, högkoncentrerat, för färgade textilier, ange pris per förpackning i text rutan. Uppskattad volym 300 förpackningar. Utvärdering i pptt

Definition

Pris ska anges för en (1) pptt. Anbudspris beräknas för 50000 pptt. Pris är obligatorisk information för denna post.

Prisfråga 4.17

Tvättmedel, 8,32 kg, Via sensitive, både för vit och färgad tvätt, ange artikelnummer på respektive produkt i textrutan, ange pris per förpackning i text rutan. Uppskattad volym 100 förpackningar. Utvärdering i pptt

Definition

Pris ska anges för en (1) pptt. Anbudspris beräknas för 16000 pptt. Pris är obligatorisk information för denna post.

Prisfråga 4.20

Sköljmedel, Comfort Proffesional, 5 liter, ange pris per förpackning i text rutan. Uppskattad volym 350 förpackningar. Priset utvärderas i pptt. Beräknas på mjukt vatten och 5 kg tvätt

Definition

Pris ska anges för en (1) pptt. Anbudspris beräknas för 22000 pptt. Pris är obligatorisk information för denna post.

6.0 Mjukpapp

Prisfråga 6.15

Torkrulle, M1, vit, bredd 21,5 cm

Definition

Pris ska anges för en (1) pp1000m. Anbudspris beräknas för 500 pp1000m. Pris är obligatorisk information för denna post.

Prisfråga 6.19

Tvättlapp, tork advanced, 6-lags, 25 x 19 cm, ange förpackningsstrlk

Definition

Pris ska anges för en (1) pps. Anbudspris beräknas för 480000 pps. Pris är obligatorisk information för denna post.

Prisfråga 6.31

Pappersduk på rulle, samtliga färger, 125 cm x 30 m

Definition

Pris ska anges för en (1) pps. Anbudspris beräknas för 10 pps. Pris är obligatorisk information för denna post.

Av förfrågningsunderlagets bifogade avtal mellan parterna framgår bl.a. följande.

Mellan nedanstående parter har följande avtal träffats

5.0 Ersättningsprodukt

Anbudsgivare ska ansvara för att offererad artikel finns att tillgå för köpare under hela den fasta avtalsperioden, så länge det inte anses bero på något som ligger utanför anbudsgivarens kontroll. Tex att extern underleverantör slutar tillverka produkten. Ändrar leverantör/underleverantör storleksförpackning ska omräkning ske till den anpassade förpackningen utifrån offererat pris. Skulle offererad artikel utgå ska alternativ produkt presenteras köparen och priset får inte överskrida kostnaden för i anbudet offererad produkt. En ersättningsvara ska fylla minst de funktionskrav som är ställt på efterfrågad artikel. Köparen avgör om ersättningsvara godkänns. Plockas en artikel bort utan att det ligger utanför leverantörens kontroll och har godkänts av köparen kommer vite enligt 9.0 att avkrävas.

Förvaltningsrättens bedömning

Den i målet aktuella upphandlingen avser ramavtal gällande förbrukningsmaterial inom bl.a. områdena kemtekniska produkter och mjukpapp. Utvärderingen har skett enligt principen om lägst pris och beställarna har i tilldelningsbeslut antagit anbud lämnat av Ocay inom nämnda områden. Bolaget har i ansökan om överprövning gjort invändningar mot detta och yrkat att upphandlingen i första hand ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs för de nämnda områdena varvid Ocays anbud inte beaktas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget har härvid gjort gällande att den antagna leverantören Ocay inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav. Vad gäller området kemtekniska produkter har bolaget anfört att Ocays anbud innehåller brister vad gäller beräkningen av pris utifrån föreskriven modell. Avseende området mjukpapp har bolaget gjort gällande att Ocays anbud innehåller artiklar som inte uppfyller ställda krav på kvalitet. Bolaget gör även gällande att kravet om

minst 95 procent offererade artiklarna inom respektive produktområde inte är uppfyllt i Ocays anbud för något av de två områdena med hänvisning till ovan nämnda brister.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 9 § LOU ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. Däremot gör de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet 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 (jämför RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat vad gäller kraven på kvalitet och prisangivelse respektive gränsen om minst 95 procent offererade artiklar eftersom det finns en oklarhet gällande hur dessa krav förhåller sig till varandra. Bolaget har tolkat kraven utifrån sin ordalydelse och anfört att en offererad artikel eller en prisangivelse som inte uppfyller ställda skall-krav ska förkastas och samtidigt, enligt förvaltningsrättens mening något mostridigt, anfört att gränsen om 95 procent offererade artiklar inte är uppfyllt om inte minst 95 procent av artiklarna eller prisangivelserna är godkända. Beställarna har anfört att syftet med gränsdragningen bl.a. är att kunna utesluta anbudsgivare som offererar produkter som inte följer av artikelbilagan eller som undviker att lämna anbud av strategiska skäl. Förvaltningsrätten bedömer att den tolkning som beställarna gjort gällande avseende kraven får anses mer ändamålsenlig och logisk än den tolkning som bolaget har gjort gällande. Detta innebär att gränsen om 95 procent offererade artiklar får anses inte endast omfatta

positioner som lämnats tomma utan även positioner i vilka felaktiga produkter eller prisangivelser lämnats. Mot denna bakgrund kan den omständigheten att en artikel inte motsvarar kravspecifikationen eller att en prisangivelse inte är korrekt utformad inte utan vidare utgöra grund för att förkasta ett anbud. Beställarnas förfarande att inte förkasta Ocays anbud endast på den grunden att en position lämnats med felaktig artikel eller felaktig prisangivelse kan enligt förvaltningsrättens bedömning inte anses strida mot likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten bedömer inte heller förfrågnings-underlaget som så bristfälligt att dess utformning inte är förenlig med transparensprincipen.

Kemtekniska produkter

Det är i målet ostridigt att Ocays anbud på de fyra positionerna 4.5, 4.16, 4.17 och 4.20 innehåller brister vad gäller beräkningen av åtgång på skumrengörings-, tvätt- och sköljmedel och därmed också beräkningspriserna utifrån den beräkningsmodell som beställarna har hänvisat till i förfrågningsunderlaget. Den fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till blir därmed om beräkningspriserna, vilka är obligatoriska uppgifter enligt förfrågningsunderlaget, innehåller sådana uppenbara felskrivningar, felräkningar eller andra uppenbara fel att rättelse kan ske. Beställarna har anfört att tillräckliga uppgifter har lämnats på de aktuella positionerna för att en korrekt beräkning av priset ska kunna göras. Förvaltningsrätten kan emellertid konstatera att de aktuella felräkningarna uppmärksammades först i samband med att bolaget påtalade dem för beställarna. Möjligheten till rättelse ska tolkas restriktivt (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 3234-11). Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att felräkningarna inte kan anses som uppenbara.

De felaktiga prisuppgifterna innebär även enligt förvaltningsrättens mening att gränsen om 95 procent offererade artiklar inom produktområdet inte är uppfylld eftersom Ocay endast på 48 positioner av sammanlagt 52 har of-

fererat i enlighet med uppställda krav. Beställarna har därför agerat i strid med LOU genom att kvalificera Ocays anbud inom detta produktområde.

Mjukpapp

Bolaget har fört fram att Ocay på position 6.15 har offererat en produkt, torkrulle, som avviker från kravspecifikation gällande att den ska innehålla nyfiber och återvunnet papper. Den av Ocay offererade torkrullen innehåller enbart returfiber vilket är ett billigare material. Beställarna har inledningsvis medgett att den offererade artikeln inte motsvarar ställda krav och att en ny utvärdering ska genomföras, men därefter kommit till slutsatsen att kravet på kvalitet varit otydligt utformat varför den offererade artikeln godtas. Bolaget har inte närmare motiverat på vilket sätt den offererade artikeln avviker från ställda krav mer än att den innehåller ett billigare material än den artikel som bolagets har offererat. Beställarna har godtagit den av Ocay offererade artikeln som likvärdig vid sin utvärdering. Trots den oklara inställning som beställarna därefter har gett uttryck för har inställningen att artikeln ska godtas bibehållits. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra en annan bedömning utifrån de omständigheter som bolaget fört fram. Produkten får därmed anses vara kvalitetsmässigt likvärdig med den produkt som efterfrågas i utvärderingsformuläret.

På position 6.19 är det ostridigt att Ocay har offererat en artikel som avviker från de krav som följer av förfrågningsunderlaget. Ocay har offererat 4-lags tvättilapp trots att 6-lags efterfrågas. Den offererade artikeln är därmed felaktig då den klart avviker från förfrågningsunderlaget.

Vad gäller position 6.31 har bolaget anfört att den av Ocay offererade pappersduken Duni har utgått från säljarens sortiment sedan drygt ett år och därför uppfylls inte det avtalsvillkor som finns i förfrågningsunderlagets avtal och som stadgar att en anbudsgivare ska ansvara för att offererad artikel finns att tillgå för köpare under hela den fasta avtalstiden, så länge

det inte anses bero på något som ligger utanför anbudsgivarens kontroll. Bolaget har vidare fört fram att övriga anbudsgivare sannolikt har utgått från förfrågningsunderlagets ordalydelse att offererade produkter ska finnas tillgängliga på marknaden varför det skulle det strida mot likabehandlingsprincipen att tillåta Ocaj att offerera produkter som inte med säkerhet kan tillhandahållas under hela avtalstiden.

Förvaltningsrätten finner att något krav på att artikeln måste vara i produktion under avtalstiden inte är uppställt i avtalet utan endast ett krav att produkten ska finnas tillgänglig för köpare. Med köpare får här avses beställarna och utifrån utformningen av avtalet i övrigt rör det sig mest sannolikt om ett stavfel att köparen (beställarna) inte angivits i bestämd form. Beställarna har på fråga av Ocaj fått besked om att ett tillräckligt lager av den aktuella produkten finns för att tillhandahållande ska kunna garanteras under hela avtalstiden. Förvaltningsrätten bedömer att inte annat är visat än att denna uppgift är korrekt varför den försäkran som Ocaj har lämnat får godtas. Vidare bedömer förvaltningsrätten att avtalsvillkoret i förfrågningsunderlaget får anses vara tillräckligt tydligt formulerat för att samtliga rimligt upplysta och normalt aktsamma anbudsgivare kan få kännedom om den exakta innebörden av tilldelningskriterierna och således tolka dem på samma sätt (jfr EU-domstolens dom i mål C-368/10, Max Havelaar och EU-domstolens dom i mål C-19/00, SIAC Construction). Den offererade artikeln på denna position uppfyller därmed efterfrågade krav.

Förvaltningsrättens finner att Ocaj har offererat efterfrågade artiklar på 30 positioner av sammanlagt 31 varför ska-kravet om 95 procent offererade artiklar är uppfyllt. Beställarna har därmed inte agerat i strid med LOU genom att tillåta utvärdering av Ocajs anbud.

Skada

För att det ska föreligga förutsättningar för ingripande enligt LOU krävs, vid sidan av en överträdelse av någon bestämmelse i LOU, även att sökanden lidit eller kan komma att lida skada av åtgärden. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett tydligt sätt anger vilka omständigheter som talan grundas på. Bolaget har uttryckligen uppgett i ansökan att man lider eller kan komma att lida skada till följd av beställarnas agerande eftersom bolaget var rangordnat som nummer två i utvärderingen och därför skulle ha tilldelats kontrakt om Ocays anbud rätteligen hade förkastats. Förvaltningsrätten gör i denna del samma bedömning som bolaget. Skäl för ingripande enligt LOU finns därmed. De konstaterade bristerna hänför sig inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede varför rättelse är en tillräcklig åtgärd. Vad beställarna har anfört om att upphandlingen behöver göras om p.g.a. bristande konkurrens vid händelse att Ocays anbud utesluts föranleder ingen annan bedömning.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs inom område 4.0 Kemtekniska produkter varvid anbudet från Ocay inte ska beaktas. Gällande område 6.0 Mjukpapp ska ansökan om överprövning avslås.

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



Ingela Berggren

rådman

Målet har föredragits av föredraganden Andreas Svadling.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. 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.