



KONKURRENSVERKET	
2016 -02- 0 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Aoptik Malmö City AB, 556895-8168

Ombud: Advokaterna Jimmy Cernelind och Christian Martinsson
MAQS Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Malmö kommun
205 80 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 7 december 2015 i mål nr
10201-15

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens
avgörande står därför fast.

Det interimistiska beslutet den 15 december 2015 upphör därmed att gälla.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som
förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),

KONKURRENS-
Dok.Id 341918 VERKET / UPPHANDL.ENHETEN / FÖR KÄNNEDOM

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1531	Stora Nygatan 21	031-732 74 00	031-732 76 00	måndag – fredag
401 50 Göteborg		E-post: kammarratten.goteborg@dom.se		08:00-16:00
		www.kammarratten.goteborg.se		

- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1).


Göran Bodin


Birgitta Henriksson
referent


/Louise Malmberg



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2015-12-07
Meddelad i
Malmö

Mål nr
10201-15

SÖKANDE

Aoptik Malmö City AB, 556895-8168
Bogesundsgatan 14
523 34 Ulricehamn

Ombud: advokaterna Jimmy Cernelind och Christian Martinsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Aoptik Malmö City AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 30 september 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 286367

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Malmö stad genomför med ett öppet förfarande en upphandling av "Bildskärms- och skyddsglasögon" (dnr STK-2015-910).

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Aoptik Malmö City AB (Aoptik) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Aoptik bl.a. följande. Upphandlingen genomförs utan att hänsyn tagits till de grundläggande principer som ska tillämpas vid all offentlig upphandling och är därför inte rättsenlig. Enligt punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget erhåller anbudsgivare med flera butiker ett mervärde vid utvärderingen. Utvärderingskriteriet "Antal butiker" har i upphandlingen åsatts en viktningkvot på 10 procent. En leverantör som offererar fyra extra butiker kan erhålla ett högt mervärde. En leverantör som endast kan offerera en huvudbutik erhåller inget mervärde. Det är därmed uppenbart att mervärdeskravet i punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget medför att leverantörer som saknar extra butiker missgynnas gentemot leverantörer som innehar extra butiker. Mervärdeskravet är inte bara oförenligt med principen om likabehandling utan även konkurrensbegränsande då det i praktiken utestänger leverantörer som saknar extra butiker från att lämna anbud i upphandlingen. Det saknar betydelse att kravet inte är formulerat som ett obligatoriskt krav då den praktiska konsekvensen är densamma. Det är meningslöst för leverantörer utan extra butiker att lämna anbud då det inte är möjligt att erhålla mervärde i detta avseende och tävla på lika villkor som leverantörer med extra butiker. Aoptik som endast har en butik är hänvisad till att ange lägsta tillåtna pris för samtliga produkter i upphandlingen för att ha någon som helst möjlighet att erhålla tilldelning. Mervärdeskravet kan likställas med ett obligatoriskt krav/villkor på att anbudsgivaren måste inneha en huvudbutik samt fyra extra butiker för att delta i upphandlingen. Sammanfattningsvis står kravet i strid med principen om likabehandling.

Upphandlingen genomförs vidare i strid med principen om proportionalitet. Syftet med aktuellt mervärdeskrav uppges i punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget vara att "då beställaren i de flesta fall kommer att nyttja detta avtal under arbetstid skulle det vara en fördel om beställarens anställda inte behövde resa så långt". Beträffande det angivna syftet vill Aoptik framhålla att de anställda givetvis även kommer att besöka sin optiker under lunchraster ut-
anför arbetstid och efter arbetsdagens slut. De anställda har även andra ärenden att utföra i centrala Malmö som kan kombineras med ett optikerbesök. Vidare utgörs många av beställarens anställda av pendlare som dagligen reser till och från centrala Malmö. En stor del av optikerbesöken kommer därmed att utföras utanför de anställdas arbetstid.

Aoptik som endast har en butik kan inte erhålla något mervärde och mot bakgrund av föreskrifterna i 4.3 i förfrågningsunderlaget finns inte heller någon möjlighet för Aoptik att åberopa butiker som kommer att nyetableras vid eventuell tilldelning. I den förteckning som ska bifogas anbudet ska det anges en kort beskrivning av varje butik. För varje extra butik ska dessutom legitimation för ansvarig optiker bifogas och ansvarig optiker får inte vara samma för olika butiker. Det är således endast möjligt att offerera extra butiker som innehas vid anbudslämnandet. Aktuellt mervärdeskrav utgör således ett indirekt krav på etablering redan vid anbudslämnandet. Ett villkor innebärande att leverantörer vid tidpunkten för anbudslämnandet skulle tillhandahålla lokaler öppna för allmänheten bedömdes i EU-domstolens avgörande i mål C-234/03 Contse stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Aoptiks butik är belägen vid Södra Förstadsgatan 6 vid centrala Malmös shoppingstråk. Butiken är belägen vid den mest centrala och trafikerade gatan i Malmö. Dagligen passerar ca 300 000 - 400 000 människor Aoptiks butik. Butiken ligger även nära knutpunkten för Malmö stads kollektivtrafik. Butiken är således ur tillgänglighetssynpunkt lokaliserad vid bästa tänkbara läge för majoriteten av beställarens anställda. Det finns inget som talar för att en leverantör med endast en huvudbutik i centrala Malmö skulle vara mindre

tillgänglig för de anställda jämfört med en leverantör som har sin huvudbutik i ytterdelen av det markerade området i bilaga 2 samt flera extra butiker som är belägna i Malmö kommuns otillgängliga ytterområden. Maximalt mervärde kan ändå erhållas i upphandlingen genom att offerera fyra extra butiker trots att dessa inte ens ligger i närheten av de anställdas arbetsplatser och således endast kommer att besökas av ett fåtal anställda.

Det förhållandet att en anbudsgivare kan erbjuda en otillgänglig huvudbutik i ytterdelen av det markerade området i bilaga 2 samt fler extra butiker belägna i Malmö kommuns otillgängliga ytterområden är av mycket begränsat intresse då dessa butiker endast kommer att besökas av ett fåtal anställda. Denne anbudsgivare erhåller ett högt mervärde vid utvärderingen samtidigt som inget mervärde ges till en annan anbudsgivare som erbjuder endast en huvudbutik, trots att den ur tillgänglighetssynpunkt är lokaliserad vid bästa tänkbara läge för majoriteten av beställarens anställda och därmed kommer att besökas av många anställda. Aktuellt mervärdeskrav utgör därmed varken ett lämpligt eller effektivt sätt för att uppnå det eftersträvade syftet – att det skulle vara en fördel om beställarens anställda inte behöver resa så långt då avtalet i de flesta fall kommer nyttjas under arbetstid, varför mervärdeskravet strider mot proportionalitetsprincipen. Även om mervärdeskravet hade varit ett lämpligt och effektivt sätt att uppnå det eftersträvade syftet skulle det ändå ha kunnat uppnås med ett mindre ingripande alternativ. Staden kunde åtminstone ha gjort det möjligt att redan vid anbudstillfället åberopa extra butiker som kommer att nyetableras vid eventuell tilldelning. Ett annat mindre ingripande alternativ hade varit att dela upp upphandlingen i geografiska områden. Under alla omständigheter kan Malmö stads intresse av att upprätthålla aktuellt mervärdeskrav inte överväga den negativa effekten av att leverantörer med endast en butik i praktiken utestängs från att lämna anbud i upphandlingen. Åtgärden är därför konkurrensbegränsande och oproportionerlig.

Bristerna i förfrågningsunderlaget medför att det inte är möjligt för leverantörer med endast en butik att erhålla mervärde i detta avseende. Av denna anledning är det meningslöst för Aoptik att lämna anbud i upphandlingen. Även andra potentiella anbudsgivare kommer sannolikt av samma skäl att avstå från att lämna anbud. De föreliggande bristerna är därmed mycket allvarliga eftersom de påverkar det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Det är därmed uppenbart att Aoptik och andra potentiella leverantörer lider skada i LOU:s mening om den pågående upphandlingen fullföljs. I vart fall riskerar Aoptik att lida skada vilket är tillräckligt för ett ingripande enligt LOU.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Utvärderingsgrunden i upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och för utökad tillgänglighet ges ett mervärde. Modellen – som är utformad mot bakgrund av att Malmö stad anser att det finns ett mervärde i utökad tillgänglighet för både arbetsgivare och anställda – redovisas tydligt i förfrågningsunderlaget. Mervärde fås för något extra som man erbjuder beställaren. Om man inte har efterfrågat kvalitet på produkten/tjänsten kan man inte tillgodogöra sig ett mervärde. Hela idén med mervärdesberäkningen är att den som erbjuder högre kvalitet – i detta fall bättre tillgänglighet – teoretiskt kan ta mer betalt än den som inte erbjuder kvalitetsparametern. Likabehandlingsprincipen innebär inte att Malmö stad måste utforma sina krav och önskemål så att alla leverantörer på en marknad ska kunna lämna likadana anbud. Kraven och tilldelningskriterierna i en upphandling utgår alltid utifrån beställarens behov och det står beställaren fritt att ställa de krav alternativt tilldelningskriterier som erfordras för att uppfylla behovet under förutsättning att kraven eller tilldelningskriterierna kan motiveras. Det är utifrån dessa krav och tilldelningskriterier som likabehandling ska säkerställas. Att det på marknaden finns andra leverantörer som kan komma att erbjuda hög tillgänglighet på det sätt beställaren värdesätter innebär inte att sökanden inte är likabehandlad. Det utgör ingen överträdelse mot likabe-

handlingsprincipen att vissa leverantörer inte klarar av att möta berättigade krav alternativt tilldelningskriterier från den upphandlande myndigheten.

En upphandlande myndighet har frihet att själv specificera krav på det som ska upphandlas under förutsättning att dessa krav på ett inte otillbörligt sätt styr mot viss leverantör eller viss produkt (prop. 2001/02:142 s. 21). De upphandlande myndigheterna är även fria att välja kriterier för tilldelningen av kontraktet och bestämma viktningen av dessa, såvida en samlad utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga (C-234/03 Contse).

Malmö stad har ca 23 000 anställda som arbetar utstridda över hela staden på bl.a. vårdboenden och skolor. För Malmö stad finns ett mervärde om anställda kan besöka en optiker som ligger närmare deras arbetsplats. För alla anställda handlar det om minst två besök – synundersökning samt utprovning av bågar vid ett tillfälle och hämtning och tillpassning av glasögon vid ett annat. Fler besök kan bli aktuella i det fall den anställde behöver justera sina glasögon. Mot denna bakgrund finner staden Aoptiks argumentation att tillgängligheten inte skulle öka med fler butiker, även om dessa återfinns i stadens ytterområden, svärbegriplig.

Malmö stad kommer vid utvärderingen, på i förfrågningsunderlaget specificerat sätt, värdesätta den utökade tillgänglighet som följer i de fall anbudsgivaren offererar fler än en butik. Malmö stad vill poängtera att kriteriet inte konstruerats som ett krav - utökad tillgänglighet (fler butiker) är en parameter som beställaren värdesätter särskilt men det är inte en nödvändighet förutsättning för att delta i anbudsgivningen. Malmö stad har valt minsta ingripande sätt att nå syftet genom att låta utökad tillgänglighet vara ett utvärderingskriterium och inte ett krav för att delta i upphandlingen. Kriteriet är utformat som en kvalitetsparameter där ökad tillgänglighet premieras genom att vägas in i offererade priser. Därigenom kan även leverantörer med en butik offerera sina tjänster samtidigt som en leverantör som kan offerera

högre tillgänglighet kan tillgodoräknas detta. Att det finns en skärningspunkt där en leverantör som endast har en butik inte kan offerera priser som slår ut en leverantör med fem butiker och högre priser på enstaka varor är en förutsedd och önskad konsekvens av modellen.

Malmö stad har inte uppställt krav på att butikerna ska finnas fysiskt tillgängliga vid anbudsgivningen. För att tillgodoräknas mervärde för utökad tillgänglighet förutsätts anbudsgivaren redovisa en ansvarig optiker för varje butik extra som offereras. Malmö stad har utformat villkoren för mervärdesberäkningen på detta sätt för att försäkra sig om en reellt ökad tillgänglighet. Om samma optiker ansvarar för flera butiker menar staden att tillgängligheten i praktiken inte utökas. Redovisningen av ansvariga optiker är enligt Malmö stad en förutsättning för att kunna säkerställa att mervärde endast tillgodoräknas för tillgänglighet som faktiskt kommer att erbjudas.

Krav och kriterier har redovisats tydligt i förfrågningsunderlaget. Mervärdeskriteriet har en objektiv utformning och är relevant, lämpligt och effektivt för att uppnå det angivna syftet. Kriteriet är utformat på minsta ingripande sätt och står i proportion till beställarens önskemål om utökad tillgänglighet.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på

talans av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår att en anbudsgivare som kan erbjuda de efterfrågade tjänsterna på mer än ett ställe (butik) kommer att erhålla ett mervärde och att detta kvalitetskriterium viktas till 10 procent vid anbudsutvärderingen. Aoptik gör gällande att detta innebär att upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet samt är konkurrensbegränsande eftersom de leverantörer som, i likhet med Aoptik, endast har en butik inte kan tilldelas något mervärde och därför i praktiken inte har någon chans att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Vidare anför Aoptik att mervärdeskriteriet även innebär ett indirekt krav på etablering redan vid anbudslämnandet.

En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma sitt förfrågningsunderlag utifrån sina behov, under förutsättning av det inte är utformat på ett sätt som strider mot de grundläggande principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU eller på annat sätt strider mot LOU.

Likabehandlingsprincipen innebär bl.a. att potentiella anbudsgivare ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Principen innebär däremot inte att en upphandlande myndighet är skyldig att utforma sina krav på sådant sätt att alla potentiella leverantörer kan delta i en upphandling eller utforma sin utvärderingsmodell på sådant sätt att alla anbudsgivare kan erbjuda en kvalitetsparameter som tillmäts betydelse vid utvärderingen, om denna går utöver ställda krav. Det som Apotea anför till stöd för sin talan

innebär således inte att likabehandlingsprincipen har åsidosatts i upphandlingen.

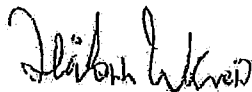
Proportionalitetsprincipen tar sikte på balansen mellan mål och medel och innebär bl.a. att upphandlande myndigheter inte kan ställa andra eller högre krav på leverantören eller på upphandlingsföremålet än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven. Principen gäller dock inte enbart för uppställda krav utan gäller under hela upphandlingsprocessen. I förevarande fall ställs inget krav på att anbudsgivarna ska kunna erbjuda mer än en butik för att få delta i upphandlingen. Frågan är istället om utformningen av förfrågningsunderlaget, och dess utvärderingsmodell, strider mot proportionalitetsprincipen på grund av att anbudsgivare som erbjuder fler butiker (maximalt fyra) utöver huvudbutik tilldelas mervärde för detta vid utvärderingen av kvalificerade anbud.

Av förfrågningsunderlaget framgår att syftet med att mervärde tillgodoräknas anbudsgivare som har fler än en butik är att beställaren i de flesta fall kommer att nyttja avtalet under arbetstid och att det skulle vara en fördel om de anställda inte behövde resa så långt. Mervärdeskriteriet har således en klar koppling till upphandlingsföremålet. Av utredningen i målet framgår att Malmö stad har ett stort antal anställda som arbetar utspridda över hela kommunen på bl.a. vårdboenden och skolor. Mot denna bakgrund, och då den som erbjuder fler glasögonbutiker i Malmö får antas ha dessa utspridda i kommunen, anser förvaltningsrätten att det inte kan anses oproportionerligt att anbudsgivare som kan erbjuda fler än en butik tilldelas mervärde på så sätt som anges i det aktuella förfrågningsunderlaget, särskilt med beaktande av att det inte rör sig om ett krav för att få delta i upphandlingen. Det aktuella mervärdeskriteriet innebär således enligt förvaltningsrättens bedömning inte att förfrågningsunderlaget och dess utvärderingsmodell strider mot proportionalitetsprincipen. Inte heller kan mervärdeskriteriet anses vara otillåtet konkurrensbegränsande.

För att kunna tillgodoräkna sig mervärde för butiker utöver huvudbutik krävs inte, enligt förfrågningsunderlaget, att dessa ska finnas tillgängliga redan vid anbudets inlämnande. Däremot krävs bl.a. att anbudsgivaren redovisar en ansvarig optiker för varje extra butik som erbjuds. Detta innebär förvisso att en nyetablering av butik/butiker måste vara nära förestående för att mervärde ska kunna tillgodoräknas anbudsgivaren, om butikerna inte redan är etablerade vid anbudslämnandet. Med hänsyn till att syftet med kravet på uppgift om ansvarig optiker m.m. är att staden vill försäkra sig om att butikerna faktiskt finns tillgängliga redan vid avtalsstart, får Malmö stad anses ha ett befogat intresse av att kunna kontrollera att så också är fallet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte är oproportionerligt av Malmö stad att kräva dessa uppgifter för att tilldela anbudsgivaren mervärde.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att det som Aoptik anför inte utgör skäl för ingripande enligt LOU. Yrkandet därom ska således avslås.

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



Håkan Wirén

Anna Aktermo har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

