



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

Philip Axelsson

DOM

2014-02-20
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
6129-13

SÖKANDE

Procurator AB, 556648-2179
Box 9504
200 39 Malmö

Ombud: Advokaten Martin Dell och
Jur.kand. Emily T da Costa
Rosholm Dell Advokatbyrå AB
Norra Järnvägsgatan 12
352 30 Växjö

MOTPARTER

1. Bollebygds kommun
517 83 Bollebygd

2. Borås Stad
501 80 Borås

3. Svenljunga kommun
512 80 Svenljunga

4. Tranemo kommun
514 80 Tranemo

5. Ulricehamns kommun
523 86 Ulricehamn

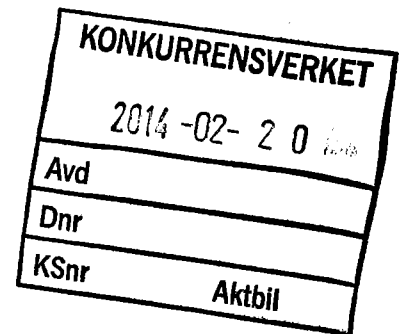
Ombud för 1-5: Stadsjuristen i Borås Stad Torbjörn Alfredsson

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Procurator AB:s ansökan.



Dok.Id 122064

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-16:00

BAKGRUND

Bollebygds kommun, Borås Stad, Svenljunga kommun, Tranemo kommun, och Ulricehamns kommun (kommunerna) genomför en upphandling, öppet förfarande, avseende hygien- och städprodukter. Upphandlingen omfattar två delar, varav del 1 avser Städ- och kemprodukter och del 2 avser Storhushåll. Genom tilldelningsbeslut den 10 december 2013 beslutade Borås Stad för kommunernas räkning att anta Procurator AB:s (bolaget) anbud avseende upphandlingens del 1, Städ- och kemprodukter. Borås Stad beslutade den 19 december 2013 att avbryta upphandlingen avseende hygien- och städprodukter del 1, Städ och kem. Bolaget har därefter ansökt om överprövning av detta beslut.

Som skäl för kommunernas beslut att avbryta upphandlingen angavs i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget uppvisar oklarheter beträffande vilken typ av produkt som efterfrågas avseende position 412 i anbudsspecifikationen (bilaga 1 till förfrågningsunderlaget). Den produkt som benämns på den ifrågavarande positionen ("Centrummatad rulle Tork Universal 451 Mi") finns inte och har aldrig funnits på marknaden. Vidare har på den ifrågavarande positionen angivits ett artikelnummer i Tork Advance-serien trots att man haft för avsikt att referera till en artikel i Tork Universal-serien. Härtill hör att kommunerna i bilaga 4 till förfrågningsunderlaget ("befintligt sortiment") har hänvisat till produkten i Tork Advance-serien. De nu nämnda otydligheterna i förfrågningsunderlaget har inneburit att de olika anbudsgivarna på den ifrågavarande positionen har offererat produkter med olika kvaliteter. Två anbudsgivare har offererat en produkt motsvarande Tork Universal medan två har offererat den produkt i Tork Advance-serien som korresponderar med det i anbudsspecifikationen angivna artikelnumret. Kommunen konstaterar mot denna bakgrund att förfrågningsunderlaget uppvisar brister i transparens. Bedömningen av vilken produkt som kommunen får anses ha efterfrågat har avgörande betydelse för vilken

anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. Det föreligger därför sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget - 1.2.15. *Kvalificering, anbudsprövning och utvärdering* - anges följande.

Att bedöma anbudsgivare och anbud innebär en process i tre steg:

- 1) Utvärdering av anbud utifrån lägsta pris. Därefter går den anbudsgivare som lämnat lägst pris i sitt anbud vidare till steg två.
- 2) Kvalificering av anbudet.
- 3) Anbudsprövning. Minst 90 procent av produkterna i respektive flik i anbudsspecifikationen som offereras ska uppfylla kraven för att anbudet ska gå vidare i utvärderingsprocessen. För de produkter som ej offereras eller som inte uppfyller positionens krav kommer ett belastningspris att användas för utvärdering av positionen. Belastningspriset är 50 procent högre än nuvarande avtalspris.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska undanröja kommunernas beslut att avbryta upphandlingen av Hygien- och städprodukter del 1, Städ och kem, samt att förvaltningsrätten förordnar att kommunerna ska slutföra upphandlingen genom att ingå avtal med bolaget i enlighet med tilldelningsbeslutet den 10 december 2013.

Kommunerna motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Bolaget har tilldelats det upphandlade avtalet. Något avtal har emellertid inte tecknats med anledning av att kommunerna har avbrutit upphandlingen. En upphandling får avbrytas endast om det finns sakligt godtagbara skäl för det (jfr mål C-244/02 *Kaupatalo Hansel*, RÅ 2009 ref 43 och Kammarrätten i Stockholms avgörande den 12 april 2011, mål nr 6093-10). Kommunernas beslut att avbryta upphandlingen är inte sakligt grundat.

Ifrågavarande otydlighet avseende position 412 i anbudsspecifikationen har inte omöjliggjort för kommunerna att välja leverantören med det bästa priset vad gäller de i upphandlingsunderlaget sammanlagt specificerade 426 artikelposterna. Rangordningen i utvärderingen, och därmed tilldelningsbeslutet, har inte påverkats av oklarheten i upphandlingsunderlaget, vilket förtydligas av följande. Enligt en av bolaget gjord sammanställning är det möjligt att från Papyrus Supplies AB:s (Papyrus) och Staples Sweden AB:s (Staples) anbud – dvs. anbuden från de leverantörer som placerade sig som nummer 3 respektive nummer 2 i utvärderingen - helt exkludera det vägda utvärderingspriset för position 412 utan att tilldelningen eller rangordningen påverkas. Papyrus och Staples vägda utvärderingspris för position 412 var 304 652,57 kr respektive 205 926,16 kr. Om nämnda belopp dras av från dessa bolags sammanlagda utvärderingspris blir deras nya utvärderingspris fortfarande högre än Procurators offererade utvärderingspris, inkluderande Procurators vägda utvärderingspris om 74 575,24 kr för position 412. Det ovan angivna visar med andra ord att bolaget fortfarande har det mest fördelaktiga anbudet, även om bolaget kräver full betalning för position 412 och Papyrus och Staples skulle ge bort produkterna gratis. Sammanfattningsvis gäller således 1) att bolaget har lämnat det bästa anbudet i upphandlingen, till och med om man skulle dra av priset för

den aktuella positionen från övriga anbudsgivares anbud, 2) att kommunerna utan några som helst svårigheter kan bekräfta ovanstående punkt, samt 3) att kommunerna har tilldelat avtalet till rätt leverantör, inkluderande korrekt efterfrågad produkt.

Borås Stad har tidigare uttryckligen godkänt den av bolaget erbjudna produkten, efter det att Borås Stad bett om ett varuprov. Det kan knappast vara möjligt att föreställa sig ett bättre bevis för att bolaget offererat en kravenlig produkt som därmed inte ska vara föremål för belastningspris. Det är inte förenligt med upphandlingens grundläggande principer om öppenhet och likabehandling att kommunerna först uttryckligen godkänner bolagets artikel för att sedan i efterhand teoretisera kring vad som skulle gälla om artikeln inte skulle uppfylla kraven.

Kommunerna har gjort gällande att de inte har någon uppfattning i frågan om vilken produkt som åsyftats ifråga om den aktuella positionen och att det inte heller går att fastställa detta i efterhand. Ett sådant påstående är uppenbarligen felaktigt och måste anses vara en otillåten efterhandskonstruktion. Det är uppenbart att den åsyftade referensprodukten under position 412 har varit en produkt motsvarande kvaliteten i Tork Universalserien, vilket framgår av hänvisningen till "Centrummatad rulle Tork Universal 451 Mi" i anbudsspecifikationen. Det råder därför ingen tvekan om att bolaget har offererat den efterfrågade produkten, vilket även framgår av tilldelningsbeslutets punkt 1.7 med lydelsen "Anbudsgivarna med lägst pris uppfyllde kraven på anbudsgivare enligt förfrågningsunderlaget".

Mot bakgrund av det ovan anförda ska kommunernas beslut att avbryta upphandlingen ogiltigförklaras. Genom att upphandlingen avbryts i strid med LOU har bolaget lidit skada.

Kommunerna

Kommunernas uppfattning är, i motsats till vad bolaget gjort gällande, att rättsfallen C-244/02 *Kaupatalo Hansel* samt Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 6093-13 talar för att sakligt godtagbara skäl att avbryta nu aktuell upphandling föreligger. Härutöver hänvisar kommunerna till Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 1427-10 i vilket domstolen fann att det förelåg sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling när förfrågningsunderlaget inte var tillräckligt tydligt och därför stred mot principen om öppenhet.

Bakgrunden till kommunernas beslut att avbryta upphandlingen är att upphandlingsunderlaget uppvisar oklarheter vad beträffar vilken typ av produkt som efterfrågas avseende position 412 i anbudsspecifikation. Benämningen av den efterfrågade produkten på den ifrågavarande positionen ("Centrummatad rulle Tork Universal 451 Mi") är uppenbart oriktig då produkten inte finns på marknaden. Det artikelnummer som angivits under positionen korresponderar med en produkt som är av väsentligt högre kvalitet än produkterna i Tork Universal-serien, nämligen en viss produkt i serien Tork Advance. Dessa artikelserier kan inte anses likvärdiga och dess produkter kan inte sägas inneha samma funktion. I förfrågningsunderlagets grunddokument hänvisas till dess bilaga 4 som utgör en bildlista över det sortiment som gäller enligt kommunernas nu gällande avtal. Av förfrågningsunderlaget framgår att syftet med denna bilaga är att hjälpa anbudsgivaren att identifiera vilka preferensprodukter som avses i anbudsspecifikationen. Beträffande den position som nu är ifråga (position 412) redovisas i bildlistan, under det artikelnummer som hänvisas till i anbudsspecifikationen, en bild samt namnet på artikeln i serien Tork Advance. Upphandlingsunderlaget är således mycket otydligt såvitt gäller vilken produkt som kommunerna avser att hänvisa till såsom referensprodukt under position 412. Det är därmed oklart vilken kvalitet och typ av produkt som efterfrå-

gats. Att upphandlingsunderlaget har varit otydligt i ovan nämnda hänseenden bekräftas av att två av anbudsgivarna (däribland bolaget) på den efterfrågade positionen har offererat en produkt som motsvarar en produkt i serien Tork Universal, medan de två övriga anbudsgivarna har offererat en produkt i serien Tork Advance.

Kommunerna konstaterar att det exempel på utvärdering som bolaget har sammanställt felaktigt utgår från att det går att fastställa att den produkt som kommunerna haft för avsikt att ange som referensartikel är en viss produkt i Tork Universalserien. Kommunerna har inte någon uppfattning i frågan om vilken produkt beträffande den ifrågavarande positionen som faktiskt har åsyftats. Det är inte heller möjligt för kommunerna eller någon annan att fastställa detta i efterhand. Med anledning härav kan inte fastställas vilken kvalitet som har efterfrågats vad gäller den aktuella produkten och det kan följaktligen inte avgöras vilka leverantörers anbud som ska godtas alternativt tilldelas belastningspris på den ifrågavarande positionen. Beroende på vilken produkt som kommunerna ska anses ha efterfrågat för positionen får utvärderingen olika resultat ifråga om vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. I det fall den efterfrågade produkten ska anses vara en produkt inom Tork Advance-serien ska Papyrus Supplies AB tilldelas kontraktet.

Sammantaget medför den otydlighet som upphandlingsunderlaget uppvisar avseende position 412 att det inte är möjligt för kommunerna att avgöra vilket anbud som innehåller det lägsta priset. Det föreligger därför sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2009 ref. 43 uttalat bl.a. följande. Av EU-domstolens praxis framgår att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl, samt att en förutsättning för ett beslut att avbryta en upphandling är att den upphandlande enheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (C-92/00, HI, REG 2002 s. I-5553 punkt 40 och 47). Av praxis följer vidare att det inte finns någon skyldighet för en upphandlande enhet att fullfölja en påbörjad upphandling (jfr C-92/00, HI, punkt 41 samt RÅ 2008 ref. 35 och där angivna rättsfall). Även när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande enheten inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, på grund av fel som enheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har enheten ansetts ha haft rätt att avbryta upphandlingen (C-244/02, *Kaupatalo Hansel*, REG 2003 s. I-12139). Den upphandlande enheten har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Av tidigare nämnd praxis framgår att ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt.

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga i målet är om kommunerna haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och om beslutet i övrigt står i överensstämmelse med de grundläggande unionsrättsliga bestämmelser och principer som råder inom området för offentlig upphandling.

Ett förfrågningsunderlag ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 *Siac* p. 42). Kommunerna har som skäl för att avbryta upphandlingen anfört att underlaget för upphandlingsunderlaget uppvisar oklarheter vad beträffar vilken typ av produkt som efterfrågas avseende position 412 i förfrågningsunderlagets anbudsspecifikation. Förvaltningsrätten konstaterar att anbudsspecifikationen vad gäller den nämnda positionen har utformats på ett sådant sätt att det kan och har uppkommit oklarheter om vilken produkt som åsyftats. Det sagda har föranlett att två av anbudsgivarna (däribland bolaget) har offererat en produkt som motsvarar en produkt i serien Tork Universal, medan de två övriga anbudsgivarna (däribland Papyrus Supplies AB) har offererat en produkt i serien Tork Advance. Vid det fall den åsyftade produkten ska anses vara en produkt ur serien Tork Universal har bolaget förvisso lämnat det anbud med lägst totalt jämförelsepris. Vid det fall den åsyftade produkten ska anses vara en produkt ur serien Tork Advance ska emellertid ett belastningspris om 612 079,80 kr användas för att fastställa bolagets utvärderingspris på den aktuella positionen. Vid sådant förhållande, sett tillsammans med att Papyrus Supplies AB i sitt anbud har offererat en produkt ur Tork Advance-serien med angiven totalkostnad om 304 625,57 kr, har Papyrus Supplies AB lämnat det anbud med lägst totalt jämförelsepris. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av det ovan anförda att frågan om vilken produkt som i nu aktuellt hänseende har åsyftats i upphandlingsunderlaget haft avgörande betydelse för vilken leverantör som ska tilldelats kontraktet i upphandlingen. Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att kommunernas beslut att avbryta upphandlingen har vilat på sakligt godtagbara skäl och att det inte framkommit att de grundläggande principerna inom unionsrätten har åsidosatts genom beslutet. Bolagets ansökan ska därmed avslås.

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

Susanne Karlberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.