

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 12

DOM
2015-01-12
Meddelad i
GöteborgMål nr
12969-14**KONKURRENSVERKET**

2015 -01- 1 2

Avd

Dnr

KSnr

Aktbil

SÖKANDEAksab Kemi Sverige AB, 556731-6772
Tumbavägen 38
147 43 Tumba**MOTPART**Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Aksab Kemi Sverige AB:s ansökan.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM****BAKGRUND**

Kungälv kommun (kommunen) genomför en upphandling av storkökskemikalier till diskmaskiner samt service på och tillhandahållande av tillhörande doseringsutrustning, dnr 13/108. Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande. Kommunen meddelade tilldelningsbeslut den 27 november 2014. Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen avsåg att ingå avtal med annan anbudsgivare än Aksab Kemi Sverige AB (Aksab).

YRKANDEN, M.M.*Vad Aksab yrkar och anför*

Aksab yrkar i första hand att anbudsutvärderingen ska rättas på så sätt att priset för produkten "Testremsor för snabb och enkel hygienkontroll" (position 12 i anbudsformuläret) ska beräknas för 10 stycken hygienremsor och inte för 500 stycken, alternativt att position 12 helt utesluts ur utvärderingen. I andra hand yrkar Aksab att upphandlingen ska göras om. Aksab anför i huvudsak följande.

Kommunen har i efterhand ändrat antalet enheter (st) för prisbilagans position 12 Hygienkontroll. I Frågor och svar önskade Aksab ett förtydligande av om de skulle ange pris per enhet i st (sticka/remsa) eller per förpackning i denna position. Svaret blev enligt nedan.

Position 12 Testremsor för snabb och enkel hygienkontroll. Enheten är "st per sticka/remsa" och "Belastningspriset" ska vara 36,00.

I och med detta svar utgick Aksab självfallet från att det skulle anges pris per styck (sticka/remsa) och att årsförbrukningen för stickorna varit 10 stycken år 2013 som det står i kolumn F i anbudsformuläret. I och med

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

att kommunen inte angav att antalet enheter skulle höjas från 10 stycken till 500 stycken för beräkning av anbudspriset i position 12, satte Aksab ett pris utifrån gällande beräkning i prisbilagan, vilket blev 520 kr i slutsumma för positionen.

Då myndigheter ytterst sällan eller aldrig efterfrågar hygienester så hade Aksab inget referensvärde att utgå från gällande hur många stickor/xensor som går åt per år och hur högprioriterat detta hygienest skulle vara. I samband med att tilldelningsbeslutet meddelades kunde Aksab i kommunens utvärdering se att slutsumman för Position 12 hade beräknats utifrån 500 hygienester i stället för 10 stycken som angavs i prisbilagen under anbuds-tiden. Detta innebar att slutsumman för Position 12 fick en avsevärt större betydelse än innan, vilket kommunen inte varit tydlig med att meddela. Det av Aksab angivna priset i prisbilagan uppgick till 520 kr men hade ändrats till 26 000 kr i utvärderingen, vilket medförde att Aksab förlorade upphandlingen.

Hade kommunen varit tydlig och konsekvent med att utvärderingen skulle göras utifrån 500 stycken hygienester i stället för 10 hade Aksab givetvis kunnat anpassa priset därefter. Då detta inte framkom någonstans antog Aksab att hygienesterna inte hade alltför hög prioritet i upphandlingen och att de då hade möjlighet till något bredare marginal för de annars så prispressade produkterna. Följden blev nu att hygienesterna i Position 12 bidrog till en större summa än posterna Avloppsrengöringsmedel, Metallputs, Grillrengöringsmedel, Avkalkningsmedel och Blötläggning tillsammans. Detta kan uppfattas som väldigt märkligt då det var storkökskemikalier som upphandlingen handlade om.

Om anbudens prisbilagor hade sammanställts utifrån beräkningssättet i den prisbilaga som Aksab lämnade, hade slutsumman för Aksab hamnat på

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

12969-14

480 975:50 kr och för nuvarande vinnarens anbud på 492 215 kr. Aksabs anbud hade därmed haft lägsta priset och bolaget hade tilldelats kontraktet.

Att kommunen, utan tydliga förklaringar, ändrat sammanställningen i sådan grad att det påverkar slutresultatet innebär att kommunen brutit mot LOU:s grundläggande princip om transparens och även mot likabehandlingsprincipen, eftersom ändringen medfört att Aksab inte tilldelas kontraktet. I och med detta har Aksab lidit skada.

Kommunens inställning i målet

Kommunen anser att Aksabs ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

I upphandlingen finns redovisat vad som finns upphandlat idag och hur mycket som är förbrukat under år 2013, Speed check 50 tests x 10 st.

Vidare visar man i upphandlingen nuvarande avtalspris (i kronor) för 50 st teststickor och ett belastningspris (i kronor) för 50 st teststickor. Belastningspris erhålls för en position om produkten inte kan offereras. Nuvarande avtalspris angavs till 1 200 kr och belastningspriset till 1 800 kr. Nuvarande avtalspris och belastningspris gav anbudsgivaren en bild av det pris kommunen betalar idag.

Till "Frågor och svar" ställde Aksab frågan: "*Är det OK att offerera Hygientester på 100-pack? eller 25? Finns få motsvarigheter som innehåller 50 st per förpackning.*"

Kommunen förtydligar bilaga "Pris upphandling 13/108": *Ja, det är godkänt att offerera Hygientester 25 st/fp eller 100 st/fp.*

Aksab offererar "Hygientest stickor 100 st".

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

12969-14

Till "Frågor och svar" ställde Aksab även frågan om priset för "Produktgrupp 2 Storkökskemikalier" position 12 "Hygienkontroll" avsåg "styck" eller "styck 50 tests". Kommunen valde att "rätta" förfrågningsunderlaget så att priset som offererades skulle avse "styck", för att få ett pris som kunde jämföras mellan anbudena. Eftersom nuvarande avtalspris var angivet för 50 st teststickor ändrades detta till 24 kr och belastningspriset till 36 kr, vilket då även ledde till att antalet ändrades från 10 till 500 st.

En följdfråga inkom från Aksab: *Vi kommer i kolumn M skriva vad priset är per sticka/remsa = st. Belastningspriset står som 1800,00 just nu men menar ni att det kommer att bli 36,00. Ändrar ni det själva senare då antar vi?*

På denna fråga svarade kommunen ja.

Kommunen menar att förändringen inte medförde förändring i antalet förbrukade tester per år. Kommunen har angett ett referensvärde för hur många stickor som går åt. Underlaget visar tydligt att förbrukningen föregående år var 50 x 10 st. Det bör samtidigt tilläggas att Aksab från början varit väl införstått med att den årliga förbrukningen är större än 10 st teststickor när man offererar en förpackning om 100 st.

Övriga anbudspriser per position 12 "Hygientester" varierar mellan 10 750 kr och 20 625 kr.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Tillämpliga bestämmelser*

Efter ansökan från en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

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 skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

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 (1 kap. 9 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om kommunen i den aktuella upphandlingen, i något av de avseenden som Aksab påstått, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot andra bestämmelser i LOU och om det därför finns grund för att ingripa mot upphandlingen. För ett ingripande krävs också att Aksab har lidit eller kan komma att lida skada till följd av bristerna i förfarandet.

Frågan i målet är om upphandlingens förfrågningsunderlag efter kommunens korrigeringar varit tillräckligt tydligt när det gäller vilken volym anbudet skulle avse i fråga om artikeln för hygienkontroll enligt position 12 i förfrågningsunderlagets svarsbilaga *Pris upphandling 13/108, Produktgrupp 2*. Om det stått klart för Aksab att utvärderingen skulle göras utifrån en volym om 500 teststickor och inte 10 stycken får det antas att bolaget i anbudet angett ett lägre pris per teststicka än nu angivna 52 kr. För det fall förfrågningsunderlaget bedöms bryta mot den grundläggande principen om

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

12969-14

öppenhet i det aktuella avseendet, får Aksab därmed i vart fall anses riskera att lida skada till följd av denna otydlighet.

Av förfrågningsunderlaget framgår genomgående att upphandlingen av storkökskemikalier avser att tillgodose behovet hos ett förhållandevis stort antal storkök och att det är fråga om relativt stora volymer. Exempelvis anges i punkt 1.1.1. att kommunen idag har doseringsutrustningar för storkökskemikalier till ungefär 125 anläggningar, varav 30 anläggningar med flytande diskmedel och 95 anläggningar med pasta. Även av andra produkter som upphandlingen omfattar framgår att volymerna är stora. Utgångspunkten för upphandlingen av maskindiskmedel är t.ex. 11 800 kg.

Av det nu sagda följer att den naturliga utgångspunkten vid tolkningen av instruktionerna i förfrågningsunderlaget är att upphandlingen i allmänhet avser förhållandevis stora volymer av de efterfrågade produkterna.

I förfrågningsunderlagets prislista anges som kommunens nuvarande artikel för hygienkontroll "Speed check 50 tests". Artikelns syfte anges som "Testremсор för snabb och enkel hygienkontroll". Rubriken i kolumn F är "Årsförbrukningen 2013 per enhet". Där anges för aktuell artikel siffran 10. I nästkommande kolumn G med rubriken "Enhet" anges "st".

I sitt sammanhang får begreppet "per enhet" i rubriken för kolumn F tolkas som "per artikel". I kolumnen anges förbrukningsvolymen år 2013 för de 12 olika artiklar som prislistan omfattar. I nästkommande kolumn G anges beroende på produktens art kg (kilogram), l (liter) och i det aktuella fallet st (stycken). Enligt förvaltningsrätten mening är den enda rimliga läsningen av denna del av prislistans position 12 att kommunen under år 2013 förbrukat 10 stycken förpackningar av den aktuella produkten med 50 testremсор i varje, dvs. sammanlagt 500 testremсор. Även det förhållandet att det angivna listpriset – kommunens nuvarande kostnad för artikeln – i ko-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG

DOM

12969-14

kolumn N anges till 1 200 kr visar att förbrukade volymen 10 stycken avser antalet förpackningar och inte antalet remsor eller stickor.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning är prislisans position 12 läst i sitt sammanhang och i den ursprungliga versionen tillräckligt tydlig som underlag för att utforma anbud i den delen av upphandlingen. Det förhållandet att begreppet "enhet" tycks användas i två olika betydelser medför dock en viss oklarhet.

Frågan blir då om den information som kommunen lämnat i "Frågor och svar" med anledning av frågor från Aksab innebär att förfrågningsunderlaget kan anses brista i transparens på det sätt som Aksab gör gällande.

Aksab ställde följande fråga i "Frågor och svar". För positionen 12 Hygienkontroll. Är enheten (= st) som anges lika med "styck per stick/remsa" eller "st per förpackning"?

Kommunen gav följande svar. Upphandlande myndighet förtydligar och gör en rättelse i bilaga "Pris upphandling 13/108". 2. Position 12 Testremsor för snabb och enkel hygienkontroll. Enheten är "st per sticka/remsa" och belastningspriset ska vara 36,00.

Förvaltningsrätten konstaterar att begreppet "st" i prisbilagan endast förekommer i kolumn G i omedelbar anslutning till kolumn F där årsförbrukningen 2013 per enhet anges till 10. Vidare anger kommunen i svaret att det är fråga om en rättelse av bilagan. Den bokstavligen tolkningen av kommunens svar kan knappast bli någon annan än att förbrukningen av testremsor år 2013 var 10 stycken. Av en sådan tolkning följer av vad som i övrigt anges i prislisans position 12, att det offererade styckpriset skulle multipliceras med 10 vid utvärderingen anbudet. Kommunens svar, som


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

12969-14

ingår i förfrågningsunderlaget, kan således inte, sett för sig, anses uppfylla den grundläggande principen om transparens.

Förvaltningsrätten anser emellertid att en helhetsbedömning måste göras. Med hänsyn till upphandlingens totala omfattning borde det för anbudsgivare, som får antas ha avsevärd branschvana, ha framstått som orimligt att upphandlingen omfattade endast 10 stycken testremsor/stickor. I vart fall borde innehållet i kommunens svar – om det tolkades bokstavligt – ha motiverat en ytterligare begäran från Aksabs sida om klargörande i frågan. Mot bakgrund av det nu sagda anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget i det aktuella avsnittet sammantaget inte kan anses vara så otydligt att framställningen bryter mot den grundläggande principen om transparens. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte. Aksabs ansökan ska därför avslås.

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


Maria Jolfors Dext
Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Per Olofsson.



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 fördras 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 nå 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.