



FÖR KÄNNEDOM

SÖKANDE

Roupéz Profile AB, 556928-1149
Batterigatan 9
553 95 Jönköping

MOTPARTER

1. Skövde kommun
Upphandlingsenheten
541 83 Skövde

2. Miljösamverkan Östra Skaraborg
Miljöförvaltningen Östra Skaraborg
541 83 Skövde

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013 -11- 2 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Skövde kommun och Miljösamverkan Östra Skaraborg genomför en upphandling genom förenklat förfarande avseende leverans av gåvokort till Skövde kommuns anställda. I förfrågningsunderlagets avsnitt Inbjudan beskrivs uppdraget så att gåvokortet ska berättiga till en gåva som kan väljas från ett brett sortiment med produkter inom olika varuområden med artiklar av kända märken. De produkter som ska erbjudas behöver inte ha samma varuvärde men varuvärdet ska vara lägst 200 SEK (kr) exklusive moms i butik (se punkt 1.1.3). Åtta anbud kom in.

Dok.Id 115300

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
08:30-16:30

Genom tilldelningsbeslut den 24 oktober 2013 antogs New Promotion Sverige AB (New Promotion) som leverantör. Utvärdering gjordes utifrån principen ekonomiskt mest fördelaktiga anbud enligt mervärdemodell. Enligt den räknades en jämförelsesumma fram. Enligt sammanställning hade New Promotion lägst jämförelsesumma. På andra plats kom företaget TriffiQ Företagsprofilering AB (TriffiQ) och på tredje plats Roupéz Profile AB (Roupéz).

VAD PARTERNA ANFÖR

Roupéz yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att New Promotions och TriffiQ:s anbud ska diskvalificeras och att ny anbudsutvärdering ska göras, varvid anbuden från dessa företag inte får beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till grund för yrkandena anförs i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlagets punkt 1.1.3 framgår att respektive produkt som mottagaren av gåvokortet har att välja mellan vid utnyttjande av gåvokortet ska ha ett värde om lägst 200 kr exklusive moms. Detta krav är naturligtvis uppställt för att upphandlande myndighet (eller de anställda) de facto ska få en gåva som har ett värde om angivna belopp, dvs. för att förhindra att anbudsgivare på sin webbsida (där gåvokortet ska utnyttjas) tar upp produkter att välja mellan, som kostar mindre eller väsentligt mindre att köpa i butik (den allmänna handeln). Mot bakgrund av detta kan konstateras att New Promotion och TriffiQ inte uppfyller detta ska-krav. De har nämligen offererat produkter som i den allmänna handeln kostar mindre än 200 kr exklusive moms. Genom att anbud har utvärderats som inte uppfyller ställda krav har upphandlande myndighet brutit mot de grundläggande principer som framgår av 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (LOU), särskilt likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Vad avser andrahandsyrkandet säkerställer förfrågningsunderlaget inte att det uppställda ska-kravet kan kontrolleras på ett objektivt och rättvist sätt, vilket även det strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och då främst likabehandlingsprincipen. Det innebär att anbudsutvärderingen förfelas och att det ekonomiskt mest för-

delaktiga anbudet inte antas. Skövde kommun har anfört att det inte skulle finnas någon skyldighet att kontrollera att en leverantör har lämnat korrekta uppgifter om det inte skulle finnas en konkret anledning till det. Av omfattande praxis framgår dock att om det finns en brist i ett ska-krav måste detta beaktas, oavsett om denna information kommer fram först i en överprövningsprocess (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs domar i mål 4904-09 och mål 935-12). En objektiv och öppen bedömning förutsätter att den upphandlande myndigheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna kontrollera om anbudet uppfyller upphandlingskriterierna (se t.ex. EU-domstolens dom C-448/01 EVN./Wienstrom och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 2091-11). Det ska även beaktas att offererade produkter inte endast har betydelse för uppfyllelse av det aktuella ska-kravet utan också för anbudsvärderingen då både pris och sortimentsbredd (produktbredd) utgör utvärderingskriterier. Skövde kommun har, då förfrågningsunderlaget inte uppfyller de krav som de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna kräver, saknat förutsättningar att på ett objektivt och rättvist sätt kunna kontrollera att det uppställda ska-kravet är uppfyllt. Skövde kommuns syn på kontrollen av det ska-krav som överprövningen avser innebär att Roupéz och andra anbudsgivare drabbas negativt då anbudsgivare som inte uppfyller det ställda ska-kravet ges möjlighet att få kontraktet. Så skulle inte kunna ske om kommunen hade använt sig av ett ska-krav som faktiskt kan kontrolleras på objektivt och rättvist sätt förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna. Roupéz har således lidit skada eller under alla förhållanden riskerat att lida skada.

Skövde kommun som företrädare för upphandlande myndigheter yrkar att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Kommunen har vid utvärderingen följt de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. New Promotion har bifogat prisuppgifter till sitt anbud och hänvisat till två oberoende webbsidor för prisuppgifter i den allmänna handeln. Sidorna är konsument-sidor. Kommunen har i utvärderingen gjort kontroller på dessa hemsidor och har inte funnit anledning att ifrågasätta dessa uppgifter. Det finns ingen

anledning för en upphandlande myndighet att kontrollera av leverantör lämnade uppgifter om det inte finns en konkret anledning. Det kan naturligtvis vara så att en enhetlig prisbild inte går att få, att vissa produkter reas i vissa butiker under vissa perioder etc. Kommunen har bedömt att priser på en hemsida för konsumenter uppfyller kravet på pris ”i allmän handel” och får godtas, oavsett om produkten någonstans i Sverige säljs billigare. Syftet med kravet att produkten ska vara värd 200 kr är ett riktmärke på vad arbetsgivaren vill att en julgåva ska vara värd. Detta är inte diskriminerande eller otydligt.

Roupéz tillägger sammanfattningsvis följande av betydelse för bedömningen. Den kontroll som Skövde kommun har gjort har inte avsett oberoende priser i den allmänna handeln utan priser från underleverantörer som New Promotion använder sig av i upphandlingen. Enligt t.ex. den tidigare nämnda domen från Kammarrätten i Sundsvall i mål 2091-11 ska bedömningen av uppfyllelsen av ett ska-krav ske fristående från anbudsgivaren och dennes eventuella underleverantörer. Skövde kommun har inte klargjort vad som menas med ”varuvärde” och ”i butik”. Det framgår inte om det avses t.ex. en fysisk butik, en webbutik, en butik med viss omsättning eller visst antal kunder per år. Förfrågningsunderlaget är så bristfälligt att ingivna anbud inte har kunnat jämföras då olika utgångspunkter har tillämpats i anbuden.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

116 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada får en allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. följande. 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll - utifrån de omständigheter som sökanden har anfört - av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU. Vidare konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin begäran om överprövning och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se Regeringsrättens referat RÅ 2009 ref. 69).

Av transparens- och likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (se RÅ 2002 ref. 50). Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling. Detta innebär också att den upphandlande myndigheten är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten måste

därmed ges visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbud, under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Av det som Skövde kommun och Roupéz har anfört i målet framgår att de är överens om att det i det aktuella förfrågningsunderlagets punkt 1.1.3 har ställts ett ska-krav med innebörd att offererade produkter ska ha ett varuvärde om lägst 200 kr exklusive moms. Även enligt förvaltningsrättens bedömning får förfrågningsunderlaget tolkas så att det redovisade har utgjort ett obligatoriskt krav. Angivna varuvärde ska enligt förfrågningsunderlaget gälla ”i butik”. Vad som avses med ”i butik” anges inte och om det – som parterna tycks anse – är tänkt att vara synonymt med ”i allmänna handeln” framgår inte. Vidare saknar förfrågningsunderlaget uppgifter om hur anbudsgivarna ska visa detta varuvärde och hur det ska kontrolleras av Skövde kommun. Detta medför att det har saknats förutsättning att på objektiva grunder rättvist kunna utvärdera inkomna anbud. Dessa brister i förfrågningsunderlaget är sådana att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna inte har kunnat tillgodoses vid bedömningen av inkomna anbud och bristerna kan även ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Bristerna är, även med beaktande av det nämnda rättsfallet RÅ 2002 ref. 50, sådana att upphandlingen måste göras om. Skäl saknas att pröva de övriga invändningar som Roupéz har framställt i sin begäran om överprövning. Roupéz andrahandsyrkande ska således bifallas och upphandlingen ska göras om.

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


Lena Schön-Barkestam