



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-09-24
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
3033-15

SÖKANDE

Rydins Tryckeri AB, 556227-0594
Box 45
447 22 Vårgårda

MOTPARTER

1. Götene kommun
533 80 Götene

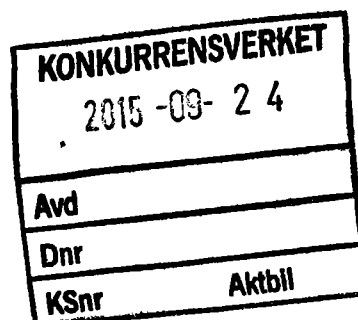
2. Vara kommun
534 81 Vara

3. Vara Konserthus AB, 556872-7704

Ombud för 1-3: Christoffer Jensen
Vara kommun
534 81 Vara

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Götene och Vara kommun samt Vara konserthus AB (upphandlande myndigheter) genomför en upphandling, öppet förfarande, benämnd tryckeritjänster, 15/8. Götene och Vara kommun har genom tilldelningsbeslut den 11 juni och den 16 juni 2015 antagit annan leverantör än Rydins Tryckeri AB (bolaget). Vara konserthus AB har genom tilldelningsbeslut den 16 juni 2015 antagit andra leverantörer än bolaget. Bolaget har ansökt om överprövning.

Dok.Id 174282

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
08:00-16:00

I *förfrågningsunderlaget* anges bl.a. följande. Upphandlingen avser tryckeritjänster. Avsedd avtalsperiod är två år med planerad avtalsstart den 1 augusti 2015 med möjlighet till förlängning med en period om ett år i taget eller annan överenskommen tidsperiod. Avtalet löper maximalt fyra år. Vidare anges bl.a. följande.

Punkten 2.1.4. Götene och Vara kommun avser teckna avtal med en leverantör för varorna och tjänsterna enligt denna förfrågan. Vara konserthus AB planerar att teckna avtal med tre leverantörer för varorna/tjänsterna enligt denna förfrågan.

Punkten 2.1.8. Bilagan "arbetsprov" ska skickas som arbetsprov i fem exemplar och motsvara kvalitén av en programbok och övriga krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Produkter i upphandlingen ska framgent hålla motsvarande kvalitét.

Punkten 2.1.13. Anbudsprövning sker i tre steg; uteslutningsfas, kvalificeringsfas och anbudsutvärderingsfas. Vid utvärdering av anbud kommer samtliga nedan angivna omständigheter och förhållanden att prövas. Anbud som är det totalekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga nedan angivna omständigheter kommer att antas.../..

Steg 3, anbudsutvärderingen

Upphandlingen sker med utgångspunkt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med beaktande av pris och kvalitét. Kriterierna viktas enligt följande:

Pris/kostnad

Pris utvärderas i enlighet med summan av prismatrisen p. 4.3.1.

Kvalitén

Kvalitén bedöms utifrån det arbetsprov som ska skickas in i samband med anbudet (se även p. 2.1.8.). Provet bedöms utifrån följande parametrar och skala:

Färgåtergivning 4 p Mycket god/mycket bra
3 p God/bra
2 p Acceptabel/godkänd
1 p Mindre god/mindre bra
0 p Ej godkänd

Bildåtergivning 4 p Mycket god/mycket bra
3 p God/bra
2 p Acceptabel/godkänd
1 p Mindre god/mindre bra
0 p Ej godkänd

Skärpa/svärta 4 p Mycket god/mycket bra
3 p God/bra
2 p Acceptabel/godkänd
1 p Mindre god/mindre bra
0 p Ej godkänd

Poängen omvandlas till prisavdrag enligt följande:

11-12 p = 450 000 kr

9-10 p = 337 500 kr

7-8 p = 225 000 kr

5-6 p = 112 500 kr

0-4 p = ej kvalificerad

../. Priset räknas om till ett fiktivt jämförelsepris (pris-avdrag). Den leverantör som får lägst jämförelsepris kommer att antas. De två leverantörer som hamnar på andra och tredje plats kommer att antas för förnyad konkurrensutsättning för Vara konserthus AB i enlighet med punkten 2.1.4.

../. Upphandlingens art gör det ofrånkomligt att en viss subjektiv bedömning ligger till grund för utvärderingen. Leverantören måste vara medveten om och acceptera att utvärderingen till delar kommer att vara subjektiv.

Av tilldelningsbesluten framgår att utvärdering har skett med utgångspunkt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med beaktande av pris och kvalitet. Utvärdering har skett genom att arbetsprov har lämnats in och en arbetsgrupp har bedömt kvalitén utifrån parametrarna färgåtergivning, bildåtergivning och skärpa/svärta. Poängbedömning och prisavdrag har gjorts i enlighet med förfrågningsunderlaget, varefter anbudsgivare med lägst jämförelsepris antagits.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att nya arbetsprover ska lämnas in för ny utvärdering och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

De upphandlande myndigheterna anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska med beaktande av pris och kvalitet antas. Pris ska utvärderas i enlighet med summan av en angiven prismatris. Kvalitén ska bedömas utifrån det arbetsprov som bifogats anbudet och därefter utifrån poäng ge ett värdeavdrag på anbudspriset. Denna utvärderingsmodell har medfört att den leverantören med högst anbudspris har tilldelats kontrakten. Det saknas protokoll från bedömnings-sammanträdet gällande kvalitén på de inlämnade arbetsproverna. Det saknas även explicita mål och teknisk utrustning för en korrekt bedömning av kvalitet. Upphandlingen borde i denna del göras om med ny bedömning av om nya arbetsprover med korrekta målvärden, underlag och utrustning

uppfyller de kriterier som uppställs i förfrågningsunderlaget. Bolaget kan komma att lida skada.

Färgåtergivning

Det har inte begärts något färgprov enligt standard för att korrekt kunna avgöra bildens ursprungsvärde gentemot det faktiska arbetsprovet. Begreppet ”för kall” är subjektivt om inte någon norm anges. Det efterfrågas utifrån vilket mål som bedömningen av färgkonverteringen gjorts.

Trycktekniskt ej fulländad fil

Filen med arbetsprovet innehöll ett fel. ”Loggan” på baksidan kom därför inte med (den del som inte kom med i tryck var definierad med vit färg med övertryck som medför att det försvinner i den svarta bakgrunden). Detta ligger utanför angivna kriterier för bedömningen av tryckresultatet. De upphandlande myndigheterna har gjort fel som ändå tagit med detta i bedömningen.

Svärta/svart

Kriteriet ”toppsvärta” är ett begrepp som innefattar en subjektiv bedömning. Kriteriet måste preciseras mot någon målangivelse och, med hjälp av teknisk utrustning, stödjas av mätvärden. I ”publika frågor” ställdes frågan om det skulle lämnas ett ark med tryckkontrollremsa för mätning. Detta önskades dock inte utan arbetsprovet skulle skäras ned och klammerhäftas. Detta innebar att kontrollstrippar togs bort och inte kunde beaktas i utvärderingen. Bedömningen har utan teknisk utrustning, målvärden och mät-möjligheter varit subjektiv och icke tillförlitlig.

De upphandlande myndigheterna

Bolaget har inte anfört att de upphandlande myndigheterna brutit mot någon av reglerna i eller principer för LOU. Bolagets argument synes uteslu-

tande bygga på att det har förekommit ett visst mått av subjektivitet i upphandlingsförfarandet.

De upphandlande myndigheterna har följt principerna för en korrekt upphandling som framgår av 1 kap. 9 § LOU. Samtliga leverantörer och deras produkter har behandlats likvärdigt och med så lika förutsättningar som möjligt. Samma information har lämnats till samtliga leverantörer. Upphandlingen har annonserats offentligt och deltagande leverantörer har informerats om resultatet, vilket har baserats på förutsättningarna i förfrågningsunderlaget.

När det gäller utvärderingen har representanter från de upphandlande myndigheterna haft uppgiften att poängbedöma inlämnade arbetsprover enligt de i förfrågningsunderlaget redovisade kriterierna färgåtergivning, bildåtergivning och skärpa/svärta. Samtliga arbetsprover bedömdes av samma personer vid ett och samma tillfälle. Vid utvärderingen användes ett utvärderingsprotokoll. Det gjordes en sammanställning där utvärderingsgruppens bedömning kunde räknas fram för respektive anbudsgivare. Poängen genererade ett mervärde som drogs av från priset. Detta i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Målet med upphandlingen har varit att uppnå en proportionerlig balans mellan pris och kvalitet.

Bolaget har anfört att upphandlingen resulterat i att leverantör med högst anbudspris har tilldelats kontrakt. Detta är helt korrekt och en följd av att pris och kvalitet har viktats mot varandra på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget. Förfarandet har genomgående präglats av likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet. De upphandlande myndigheterna har varit öppna med att ett visst mått av subjektivitet förekommit i förfarandet. Redan av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingens art gör det ofrånkomligt att en viss subjektiv bedömning ligger till grund för utvärderingen och att leverantörerna måste vara medvetna om

och acceptera att utvärderingen till vissa delar var subjektiv. Detta har bolaget accepterat (se punkten 2.1.19 i anbudet) och står inte i strid med LOU.

Färgåtergivning

Bedömningen av arbetsproverna har gjorts helt i enlighet med principerna för upphandling. Den har dock inte skett mot något mål utan genom att samtliga prover, efter att de anonymiserats för att behandlas lika, jämförts mot varandra. Detta är en vedertagen metod.

Trycktekniskt ej fulländad fil

Bolagets argument bygger på ett felaktigt antagande. Att ”loggan” inte varit komplett återgiven i arbetsprovet har, tvärt emot vad bolaget anfört, inte bedömts vid utvärderingstillfället. Detta saknar därför relevans och har inte påverkat anbudsproceduren.

Svärta/svart

Det finns i LOU inte något krav på att särskild teknisk mätutrustning måste användas. Det finns heller inte något krav på någon absolut objektivitet. Det krävs varken att förfrågningsunderlag eller utvärderingsmodell är optimalt utformade under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50). Upphandlingen har skett helt i enlighet med reglerna i LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

I 12 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska anta antingen 1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller 2. det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 12 kap. 2 § LOU anges att den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i 1. annonsen om upphandlingen, 2. förfrågningsunderlaget, 3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar, eller i 4. det beskrivande dokumentet.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a.

följande. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som uppstår LOU och unionsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50). Det krävs enligt principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling att de tilldelningskriterier som väljs är objektiva kriterier som säkerställer att anbuderna bedöms objektivt och således i verklig konkurrens med varandra. Skulle den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet skulle detta inte ske. Det krävs att de upphandlande myndigheterna under upphandlingens samtliga skeden säkerställer iakttagandet av såväl principen om likabehandling av potentiella anbudsgivare som principen om öppenhet vad gäller tilldelningskriterierna och att dessa kriterier formuleras på ett sådant sätt att samtliga rimligt upplysta och normalt aktsamma anbudsgivare kan få kännedom om den exakta innebörden av tilldelningskriterierna och således kunna tolka tilldelningskriterierna på samma sätt (jfr EU-domstolens dom i mål C-368/10, *Dutch Coffee*).

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis 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 talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

De upphandlande myndigheterna har anfört att det vid utvärderingstillfället bortsetts från att bolagets ”logga” i inlämnat arbetsprov inte varit komplett återgiven. Det har inte framkommit att denna lämnade uppgift skulle vara felaktig. Vid sådant förhållande har bolaget inte visat att de upphandlande myndigheterna såvitt gäller ”trycktekniskt ej fulländad fil” brutit mot LOU eller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget har gjort gällande att den tillämpade utvärderingsmodellen såvitt avser bedömningen av arbetsprover ifråga om färgåtergivning och skärpa/svärta varit subjektiv och därmed brustit i förutsägbarhet. Detta eftersom grunderna för bedömningen inte varit klart definierade.

Upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare krävs att kriterierna har ett samband med kontraktsföremålet, inte ger myndigheter en obegränsad valfrihet, uttryckligen framgår av förfrågningsunderlaget och tilldelningsbeslutet och är förenliga med lika-behandlingsprincipen och unionsrättens övriga grundläggande principer på området (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-448/01, *Wienstrom*, punkterna 33 och 39 och Kammarrättens i Jönköping dom den 13 februari 2013 i mål nr 3005-12).

Bedömning och poängsättning måste ske utifrån objektiva grunder. Detta innebär inte att bedömningen måste vara fri från subjektiva inslag. Det krävs heller inte att leverantörer med ledning av förfrågningsunderlaget ska kunna göra en exakt beräkning i förväg vilken poäng de kommer att tilldelas eller ens att sådan beräkning kan göras i efterhand. Däremot krävs det att det av förfrågningsunderlaget framgår vilka omständigheter som beak-

tas vid bedömningen och hur dessa omständigheter påverkar bedömningen i höjande respektive sänkande riktning.

Förvaltningsrätten anser att kriterierna färgåtergivning och skärpa/svärta som ska användas vid bedömningen av arbetsprover i sig är godtagbara som kvalitativa kriterier kopplade till upphandlingen. I förfrågningsunderlaget saknas dock tydliga föreskrifter om vilka konkreta omständigheter som ska ingå vid bedömningen av dessa kriterier. Det saknas en beskrivning av vad som i dessa avseenden utmärker mycket goda/ mycket bra respektive mindre goda/mindre bra arbetsprover. Det framgår således inte vilka omständigheter som avgör om de upphandlande myndigheterna ska åsätta arbetsprovet en högre eller lägre poäng.

Av nu anförda skäl anser förvaltningsrätten att de upphandlande myndigheternas tilldelningskriterium avseende bedömningen av arbetsprover utifrån färgåtergivning och skärpa/svärta inte säkerställer att anbudet bedöms objektivt och i verklig konkurrens med varandra (jfr EU-domstolens dom i mål C-368-10). Förfrågningsunderlaget i dessa avseenden är inte utformat på ett sätt som säkerställer att såväl principen om likabehandling av potentiella anbudsgivare som principen om öppenhet vad avser tilldelningskriterierna uppfylls under hela förfarandet. De upphandlande myndigheterna har således brutit mot LOU och de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Uppställda kriterier i förfrågningsunderlag i nu nämnda avseenden kan ha påverkat anbudsprövningens utgång till bolagets nackdel.

Sammantaget har bolaget förmått göra sannolikt att de upphandlande myndigheterna brutit mot LOU och att detta medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Felet i upphandlingen är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Rättelse är därför inte en tillräckligt ingripande åtgärd. Det finns därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

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

Thorbjörn Lindvall

Föredragande har varit David Film.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.