



SÖKANDE

Eurofins Environment Testing Sweden AB, 556065-7958
Box 737
531 17 Lidköping

Ombud: advokaten Roger Wier
Advokatfirman Morris AB
Södra Larmgatan 4
411 16 Göteborg

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

Ombud: advokaten Stefan Gustavsson och jur.kand. Victoria von Uexküll
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, UH-2013-256, ska rättas genom att en ny utvärdering ska göras, varvid det nya anbudspriset som kom in från ALcontrol AB med anledning av förhandlingen inte får beaktas.

Dok.Id 78938

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Sundsvalls kommun med deltagande parter (kommunen) genomför upphandlingen Laboratorietjänster, dnr UH-2013-256, gällande bakteriologiska och kemiska analyser, provtagning av livsmedel och vatten samt cesiumanalyser och radon i vatten m.m. Upphandlingen är gemensam för ett flertal kommuner och kommunala bolag i Västernorrland. Upphandlingen genomförs med förhandlat förfarande enligt LUF och det anbud ska antas som har lägst pris. Vid anbudstidens utgång hade två anbud kommit in. Den 21 mars 2014 har kommunen beslutat anta ALcontrol AB:s (ALcontrol) anbud.

Eurofins Environment Testing Sweden AB (Eurofins) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny prövning av inkomna anbud ska genomföras varvid anbudet från ALcontrol ska förkastas, alternativt att den prissänkning som den vinnande leverantören offererat vid genomförd förhandling inte beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Eurofins anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Kommunen har agerat i strid med LUF eftersom man kvalificerat ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda ska-krav. Vidare har kommunen vid genomförd förhandling dels informerat ALcontrol att deras anbud inte var konkurrenskraftigt i prishänseende, dels lämnat tydlig information om hur mycket priset måste sänkas för att bli konkurrenskraftigt. Kommunen har även agerat i strid med LUF då man tillåtit ALcontrol att komma in med en ny prisbilaga med ett kraftigt reducerat pris efter anbudstidens utgång och utvärderat detta anbud. Den nya prisbilagan var inte ett resultat av en egentlig förhandling, utan ett resultat av att anbudsgivaren erhållit information om den andre anbudsgivarens prisnivå. Anbud som inkommer efter det att anbudstiden löpt ut får inte beaktas.

Kommunen hade angett som ett ska-krav i upphandlingen att anbudsgivare ska i nettoprislistan ange pris för recipientprovtagning och enkel rapportskrivning. ALcontrol har angett dessa två priser i sitt anbud men inte i nettoprislistan. Eurofins överlämnar till förvaltningsrätten att bedöma om denna formaliabrist i det antagna anbudet ska föranleda ingripande enligt LUF.

Vad sedan avser förhandlingen genomförde kommunen och Eurofins denna den 19 mars 2014. Som framgår av förhandlingsanteckningarna begärde kommunen att Eurofins skulle sänka sitt anbud med tio procent. Eurofins förklarade vid förhandlingen att man var beredd att sänka sitt anbudspris med fem procent, och det slutligen offererade priset innebar en sänkning med 5,93 procent, vilket innebar ett pris om 2 263 158 kronor. Efter att kommunen förhandlat med Eurofins förhandlade man med ALcontrol, som också är den befintliga leverantören. Enligt förhandlingsanteckningarna förklarade kommunen då att anbudet måste sänkas med 30 procent för att det skulle kunna gå vidare i upphandlingen. Anbudet sänktes då med hela 30,43 procent, och stannade på 2 258 800 kronor, således en skillnad mellan de två anbuden på mindre än 5 000 kronor. Då kommunen påbörjade förhandlingen med ALcontrol visste man således redan att Eurofins var berett att sänka sitt anbudspris med fem procent, och meddelade ALcontrol att denne behövde sänka sitt anbud med minst 30 procent. Kommunen gav med andra ord direkt information till ALcontrol om vad som krävdes för att offerera lägst pris i upphandlingen. Kommunen har således på ett felaktigt sätt gynnat ALcontrol genom att lämna ut uppgifter om Eurofins anbud. Vid tiden för uppgiftens röjande förelåg dessutom absolut anbudssekretess. Denna prissänkning förefaller inte ha skett genom några direkta ändringar av anbudet eller vara ett resultat av en förhandling i syfte att anpassa anbudet efter kommunens krav utöver att priset måste bli lägre än det pris Eurofins lämnat. Kommunen har på detta sätt gynnat ALcontrol på ett sätt som står i strid med de grundläggande principerna i LUF.

Förhandlingen med Eurofins hölls i sin helhet innan förhandlingen med ALcontrol påbörjades.

Vidare är Eurofins av uppfattningen att den prisbilaga som ALcontrol lämnat in efter förhandlingen är att anse som ett nytt anbud. Då det kommit in efter anbudstidens utgång skulle kommunen rätteligen ha bortsett från detta (jfr Kamrarrätten i Göteborg, mål nr 3513-09). ALcontrol gavs möjlighet att lämna justerat pris vid två tillfällen och efter den sista justeringen hamnade anbudspriset precis under Eurofins anbud. Eurofins har bara fått möjlighet att justera sitt pris vid ett tillfälle. I förhandlingsdokumentationen har kommunen angett att anledningen till att ALcontrol fick denna ytterligare möjlighet var att priserna var differentierade mellan de olika kommuner som ingår i upphandlingen och att kommunen ville att kommunerna skulle behandlas lika. Den prisbilaga som ALcontrol slutligen gav in har dock inte tagit hänsyn till kommunens önskemål om likabehandling av kommunerna utan har endast tagit hänsyn till att skapa ett utvärderingspris som hamnar precis under Eurofins.

Kommunen har således antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda ska-krav och vidare gynnat en anbudsgivare på ett otillbörligt sätt genom att lämna information vid förhandlingen. Den lämnade informationen var vid tidpunkten föremål för absolut anbudssekretess och har varit direkt avgörande för utgången i upphandlingen. Dessutom har kommunen accepterat ett anbud som kommit in efter anbudstidens utgång. Detta har fått till följd att Eurofins har eller kan komma att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det är inte ett obligatoriskt krav att pris för kontroll av MSV-recipienter ska delas upp i analys-, provtagnings- och rapportkostnad. Kommunen har enbart angett detta som ett önskemål, vilket knappast kan betraktas som ett ovill-

korligt obligatoriskt krav. Det föreligger inte någon brist i förhållande till i upphandlingen ställda obligatoriska krav i det antagna anbudet.

Vad sedan gäller de genomförda förhandlingarna så skedde båda dessa den 19 mars 2014. Inför förhandlingarna föreberedde sig kommunen genom att ta fram en strategi för hur man skulle kunna förhandla fram ett så lågt pris som möjligt för kommunen. Kommunen bedömde då att Eurofins troligen inte skulle kunna sänka sitt anbud med mer än tio procent. ALcontrols anbud var så pass mycket högre än Eurofins anbud och kommunen bedömde att ALcontrols anbud skulle behöva sänkas med i vart fall 30 procent. Utsikterna för en så stor sänkning bedömdes som små. Båda anbudsgivarna inkom dagen efter med uppdaterade prisbilagor. Inte förrän vid denna tidpunkt hade kommunen således mottagit de slutliga anbudspriserna, och hade således inte ens möjlighet att avslöja respektive anbudsgivares pris för den andre parten. Kommunen vill vidare understryka att förhandlingen gjordes inom ramen för ett förhandlat förfarande enligt LUF, varvid det inte föreligger någon begränsning avseende hur förhandlingen ska genomföras eller vad den får omfatta så som det gör i LOU, så länge de grundläggande principerna iakttas. Den dom som Eurofins hänvisar till rör förhandlat förfarande enligt LOU. Kommunen har således inte till någon anbudsgivare gett särskild information om hur denne skulle agera för att tilldelas kontrakt. Att de båda anbudsgivarna gett in nya prisbilagor kan inte heller anses strida mot LUF då båda anbudsgivarna fått och tagit möjligheten att efter förhandling uppdatera sina priser. Båda anbudsgivarna har fått möjlighet att justera sina anbudspriser två gånger. Eurofins lämnade initialt en prissänkning som innebar fem procent för att slutligen ange en prissänkning om 5,93 procent. Det förhållandet att de båda anbudens pris hamnade så nära varandra kan endast tolkas som att båda leverantörerna pressade sina priser långt och är inget kommunen kan klandras för. Tvärtom är ett sådant utfall vad som eftersträvas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande enheter 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. 24 § LUF).

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling (16 kap. 4 § 1 LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF 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 (16 kap. 6 § första stycket LUF).

I 2 kap. 9 § LUF definieras förhandlat förfarande som ett förfarande där den upphandlande enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

I kommunens anteckningar vid förmöte inför förhandling den 19 mars 2014 anges bl.a. följande. Två anbud hade kommit in och anbudens totalsumma skiljde sig kraftigt åt och anbudet från Eurofins var i storleksordningen 25 procent lägre än anbudet från ALcontrol. Då bägge anbudsgivarna förfogar över en kompetent organisation och ansågs helt likvärdiga i fråga om övriga villkor, återstod endast priset att förhandla om. Eurofins anbud var mycket intressant med bra prisnivå och en totalkostnad om 2 405 811 kronor. I ALcontrols anbud angavs totalpriset 3 242 921 kronor, betydligt högre nivå på jämförelsepriserna än Eurofins. Man enades om att försöka förhandla ner Eurofins avtal med tio procent och ALcontrols med

30 procent. För ALcontrols del antogs sannolikheten att vinna kontraktet vara synnerligen liten med tanke på den stora procentuella skillnaden mot Eurofins anbud, 33 procent skulle krävas för att gå förbi Eurofins anbuds-summa. Sannolikheten att nå större reducereing än 20 procent bedömdes som ganska små.

I de minnesanteckningar som fördes av kommunen vid förhandlingen med ALcontrol anges bl.a. följande:

”Prisbilagan gick igenom liksom förutsättningarna. Förhandlingsgruppen uttalar visst missnöje med de lämnade priserna. Olika priser på olika orter, samt att priset känns lite dyrt. --- ALcontrol fick beskedet att för att kunna gå vidare i förhandlingen måste den totala prisbilden ner med minst 30 %. Efter någon timme kom så besked att de genom att omfördela vissa kostnader och räkna om frakterna så kunde man möta den efterfrågade prisbilden. --- Detta skulle ge jämförelsepriset 2 268 000 Kr. Förhandlingsgruppen tog sig tid att analysera detta och fann att reducereingen inte var solidarisk för samtliga ingående enheter och återremitterade till ALcontrol att uppdatera sin prislista till morgonen efter och säkerställa likvärdig sänkning per avropande enhet. Morgonen efter anlände ALcontrols fil och slutsumman uppgick till 2 258 800 Kr. En sänkning på 30,43 %.”

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten ska pröva om kommunens upphandling av Laboratorietjänster genomförts i enlighet med unionsrätten och LUF. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till de grunder bolaget har åberopat till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Uppfylls ska-kravet?

Som grund för ansökan om överprövning har Eurofins åberopat att (såsom talan slutligen fastställts) anbudet från ALcontrol inte uppfyller ska-kravet att anbudsgivarna ska ange pris för recipientprovtagning och enkel rapport-skrivning i nettoprislistan, då dessa priser i stället angetts på annat ställe i anbudet.

Angående denna fråga anser förvaltningsrätten att det mot kommunens uppgifter inte är visat att ALcontrol inte uppfyller ska-kraven i detta hänseende. Skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund har därför inte kommit fram.

Förfarandet vid förhandlingen

Vidare har Eurofins anfört att kommunen vid förhandlingen gynnat ALcontrol genom att lämna sådana uppgifter om Eurofins prisnivå att ALcontrol kunnat anpassa sitt anbudspris så att ALcontrol lämnat lägst pris.

Vad gäller vad som förevarit vid förhandlingen konstaterar förvaltningsrätten följande. Genom att vid förhandlingen med ALcontrol uppge att för att ALcontrol ska kunna gå vidare i förhandlingen måste den totala prisbilden ned med minst 30 procent, har kommunen lämnat tydlig information i strid med 1 kap. 24 § LUF, och därigenom satt konkurrensen ur spel. Förvaltningsrätten fäster här avseende vid att det av minnesanteckningarna framgår att ALcontrol fick ett klart siffermässigt besked och då kunde anta att detta hade samband med konkurrentens anbud. Kommunen hade kunnat förhandla fram en prissänkning på ett sätt som inte gav information om det andra anbudet. Eurofins har i vart fall riskerat att lida skada till följd av detta agerande och det föreligger därmed grund för ingripande enligt LUF.

Det har däremot inte kommit fram annat än att den nya prisbilaga som ALcontrol lämnade efter förhandlingen föranletts av den förhandling som hölls, varför den nya prisbilagan inte är att anse som ett nytt anbud efter anbudstidens utgång eller annan otillåten kompetetring.

Det fel som begåtts och som utgör grund för ingripande enligt LUF är alltså att kommunen vid förhandlingen tydligt angett hur mycket ALcontrol behövde sänka sitt anbudspris för att kunna vinna upphandlingen. Att kommunen innan förhandlingen inte trodde att det var realistiskt att AL-

control skulle gå med på en så stor sänkning, eller att Eurofins hade vunnit upphandlingen ändå om de erbjudit en större sänkning än vad som gjordes, saknar betydelse vid denna bedömning. Då detta fel begåtts under förhandlingen och således i utvärderingsfasen, finner förvaltningsrätten att det är en tillräckligt ingripande åtgärd att rätta upphandlingen, vilket ska ske på så sätt att ny utvärdering ska göras utan beaktande av det nya anbudspriset som ALcontrol lämnade efter förhandlingen.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LUF, enligt vilken den upphandlande enheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Kerstin Widmark
rådman

Målet har föredragits av föredraganden Gunilla Lavås.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.