



LÄNSRÄTTEN
I VÄSTERBOTTENS LÄN
Föredragande
Christina Röckner

DOM
2008 -11- 03
Meddelad i
Umeå

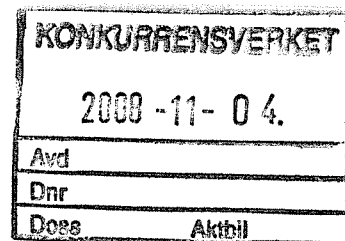
Sida 1 (11)

Mål nr
1546-08 E
Kansli 3

SÖKANDE

Simonsen Material AB, 556668-0277
Dockplatsen 1
211 19 Malmö

Ombud: Advokat Ulf Yxklinten
Hamilton Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö



MOTPART

Västerbottens läns landsting, 232100-0222
Upphandling och juridik
901 85 Umeå

SAKEN

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

Västerbottens läns landsting (landstinget) har infortrat anbud avseende tillhandahållande, lagerhållning och distribution av förbrukningsmaterial inom ett antal olika produktgrupper (dnr VLL 52-2008) och beslutat att anta det anbud som lämnats av Kronans Droghandel AB. – Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

Simonsen Material AB (bolaget) yrkar i länsrätten i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till bolagets ansökan.

Genom interimistiskt beslut den 5 september 2008 har länsrätten förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Dok.Id 38399

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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)

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.

(12 kap. 1 § första stycket LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. (16 kap. 2 § första stycket LOU)

Landstingets förfrågningsunderlag och utvärdering av anbuden

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

2.4 Helt eller delat anbud

Anbud **skall** lämnas för hela det angivna behovet. Den upphandlande myndigheten har rätt att anta ett anbud i sin helhet eller i delar.

3.3 Utvärdering av anbud

Under förutsättning av att inkomna anbud uppfyller kvalificeringskrav och obligatoriska krav enligt ovan, kommer det anbud antas som har det lägsta utvärderingspriset.

Utvärderingspriset beräknas på följande sätt:

- Angivna årsvolymer för i artikelspecifikationen upptagna artiklar multipliceras med enhetspriset.
- Logistikpåslag på ovanstående produkter
- Påslag för tilläggstjänst (lagerhålla och distribuera av landstinget upphandlade produkter) multiplicerat med årsvolymer för 2007.

I förfrågningsunderlagets Kravspecifikation anges bl.a. följande.

4.6 Produktspecifika krav

För samtliga angivna produktnamn/fabrikat gäller att anbud kan lämnas på en likvärdig produkt. Detta **skall** anges i artikelspecifikation, kolumn: avvikande artikel. Endast en produkt per position får offereras. Med likvärdig produkt menas att produkten i alla avseenden har minst samma kvalitet, funktionalitet, säkerhet, miljö- och arbetsmiljöegenskaper som den angivna produkten. Att produkten är likvärdig avgör landstingets referensgrupper och sakkunnig, inom respektive område.

Av landstingets tilldelningsbeslut med bilaga framgår bl.a. följande.

Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud inkommit. Två av dessa anbud kvalificerade sig inte för utvärdering då de inte bedömdes uppfylla kravet på att anbud ska omfatta hela landstingets angivna behov och, vad gäller det ena anbudet, inte heller kravet på att överta funktionen inom landstingets Bamsekoncept. Vid utvärdering av de två återstående anbuden, från Simonsens Material och Kronans Droghandel, har anbudet från Kronans Droghandel bedömts ha lägst pris. – Anbudet från Kronans Droghandel innefattar 840 alternativa artiklar. Av dessa har 238 artiklar bedömts som ej likvärdiga av landstinget. På dessa positioner har Kronans Droghandel belastats med det i upphandlingen högsta offererade priset.

Parternas anföranden

Bolaget anför. Anbudet från Kronans Droghandel är ofullständigt och felaktigt. Vad avser åtminstone 475 produkter har i anbudet angetts någon annan produkt än vad som efterfrågats och dessa alternativa produkter är inte likvärdiga med vad som efterfrågats. Landstinget har av dessa 475 produkter identifierat 238 som man menar inte uppfyller det produktspecifika skallkravet. Bolaget menar att det är betydligt fler av de alternativa produkterna som inte uppfyller det produktspecifika skallkravet. En sammanställning över de 237 ytterligare produkter, dvs. utöver de 238 som landstinget identifierat, som inte uppfyller skallkravet bifogas. Det aktuella produktspecifika skallkravet är av största vikt vid upphandlingen då det möjliggör en objektiv, transparent och likvärdig utvärdering av kriteriet pris. – Anbudet från Kronans Droghandel innehåller således åtminstone 475 artiklar som inte uppfyller det produktspecifika skallkravet i punkten 4.6 i förfrågningsunderlagets Kravspecifikation varför anbudet ska förkastas. Anbudet är av samma skäl ofullständigt då det inte omfattar hela det av landstinget efterfrågade behovet och därmed strider mot detta skallkrav och ska förkastas även på denna grund. Landstinget har genom att anta anbudet från Kronans Droghandel agerat i strid mot principerna om likabehandling och transparens samt mot regeln om affärsmässighet. - Det kan inte råda någon tveksamhet om att det i upphandlingen uppställts obligatoriska produktspecifika skallkrav samt att det av förfrågningsunderlaget otvetydigt framgår att anbud som inte uppfyller de produktspecifika skallkraven ska förkastas och inte delta i utvärderingen. Det är i målet ostridigt att anbudet från Kronans Droghandel innehåller ett stort antal produkter som inte uppfyller de uppställda produktspecifika skallkraven. Landstingets påstående att detta inte medför att anbudet från Kronans Droghandel ska förkastas är oförståeligt, i strid mot LOU och i strid mot de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget. - Det bestrids att bolaget gör en felaktig tolkning. Tvärtom finns inte utrymme för tolkning eftersom skallkravet avseende

anbudets omfattning är otvetydigt och rimligen inte kan förstås annorlunda än på det sätt som bolaget anfört. Vid bedömningen av huruvida ett visst anbud lämnats avseende hela det angivna behovet eller inte kan det inte spela någon roll om viss artikel överhuvudtaget inte offererats eller om en icke efterfrågad artikel offererats. Resultatet är detsamma, nämligen att hela det efterfrågade behovet inte offererats. Landstingets påstående om vad som avses med ”hela behovet” saknar helt förankring i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget är klart och tydligt och ger inte något stöd för vad landstinget nu påstår vara avsikten. Det vitsordas att landstinget i Frågor och svar skrivit det svar som anges i landstingets svar till länsrätten. Landstingets fel läks dock inte av det lämnade svaret. Landstinget kan inte i efterhand justera förfrågningsunderlaget som är fullständigt klart såvitt gäller skall-kraven. Det lämnade svaret är inte logiskt eller rättsligt möjligt att i efterhand infoga i förfrågningsunderlaget. Det förnekas att det måste ha stått klart för samtliga anbudsgivare att de produktspecifika skall-kraven liksom skall-kravet avseende anbudets omfattning inte varit skall-krav. Tvärtom har det givetvis uppfattats som skall-krav. Vad landstinget anfört i denna del är helt enkelt inte begripligt. Det strider dessutom mot principerna om likabehandling och om transparens och förutsägbarhet. Härtill kommer alla de potentiella anbudsgivare som avstått från att lämna anbud utifrån det upprättade förfrågningsunderlaget. - Kronans Droghandel har gynnats av att offerera fel produkter jämfört med om några produkter inte alls offererats. Med den av landstinget använda metoden att utvärdera anbuderna skulle den som lämnat anbud med lägst pris, t.ex. med 1 öre på en produkt, och sedan angett felaktig ej likvärdig produkt avseende samtliga övriga efterfrågade produkter ha vunnit och detta trots att det uppställts skall-krav avseende produkter och anbudets omfattning. – Det stämmer inte att den metod för nollställning som landstinget använt prövats och godkänts. Det finns avgörande skillnader mellan den i målet aktuella upphandlingen och de som prövades i de kammarrättsavgöranden som landstinget hänvisar till. I de fallen kunde anbud lämnas på delar av upphandlingen, det var tillåtet

att avstå från att lämna anbud på vissa efterfrågade produkter, avsikten var att flera leverantörer skulle kunna antas under ett ramavtal, utvärderingsmetoden var klart och tydligt angiven i förfrågningsunderlaget och anbudsgivare som lämnat viss post tom eller inte offererat likvärdig produkt erhöll vid utvärderingen det av någon anbudsgivare lämnade högsta priset på aktuell post med ett tillägg av 25 procent. Inget av detta gäller för den i målet aktuella upphandlingen. Den metod som landstinget använt har aldrig godkänts av någon domstol. Påståendet att metoden är tillåten saknar stöd i de åberopade domarna. - Landstinget har genom att anta anbudet från Kronans Droghandel avsett att träffa avtal med det företaget i enlighet med dess anbud och den avtalsmall som utgör en del av förfrågningsunderlaget. Att landstinget inte kan eller ska köpa de ej likvärdiga artiklar som Kronans Droghandel offererat är klart. Kronans Droghandel kommer således att leverera åtminstone 238 st artiklar som inte offererats, dvs. som inte finns med i anbudet. - Att landstinget i förfrågningsunderlaget angett att man har rätt att anta ett anbud i dess helhet eller i delar har inte någon som helst betydelse för den bedömning som ska göras huruvida anbudet från Kronans Droghandel är kvalificerat för utvärdering eller inte. Anbudet skulle rätteligen inte ha kvalificerats till utvärderingsfasen och det har därmed saknats rättsligt stöd för landstinget att anta det, helt eller i delar. Det ska också tilläggas att enligt tilldelningsbeslutet har anbudet från Kronans Droghandel antagits i sin helhet. - Förutom en sammanställning över de ytterligare 237 produkter i Kronans Droghandels anbud som inte uppfyller det produktspecifika skall-kravet har beträffande 14 av dessa produkter i särskilda bilagor redovisats att det är fråga om klara och tydliga avvikelser. Med tillämpning av den av landstinget använda regelstridiga metoden för nollställning skulle dessa 14 produkter (liksom övriga 223 produkter som landstinget felaktigt ansett uppfylla skall-kraven) ha ersatts av produkter och priser i bolagets anbud. - Det fel som landstinget gjort sig skyldigt till har skett vid utvärderingen av inkomna anbud. Bolagets anbud är det enda som uppfyller samtliga skall-krav och det är därför lämpligt att rättelse sker på det sättet att

landstinget antar bolagets anbud. För det fall länsrätten skulle finna att rättelse inte kan ske på det sätt som yrkats yrkas alternativt att länsrätten ska förordna om rättelse på det sättet att upphandlingen får avslutas först sedan anbudet från Kronans Droghandel diskvalificerats från att delta i utvärderingen. – Bolaget kan komma att lida skada eftersom det på goda skäl kan antas att bolaget skulle ha antagits som ensam leverantör vid en korrekt genomförd upphandling.

Landstinget anför. Det bestrids att bolagets anbud är det enda som är kvalificerat för utvärdering. Det förhållandet att vissa av de alternativa produkter som Kronans Droghandel offererat inte bedömts vara likvärdiga medför inte att anbudet ska förkastas. – I förfrågningsunderlaget anges att anbudena ska omfatta hela det av landstinget efterfrågade behovet. Bolaget har i ansökan om överprövning gjort en felaktig tolkning av detta krav. Kravet ska inte tolkas på det sättet att anbud som innehåller någon alternativ produkt vilken av landstinget bedöms vara icke likvärdig ska uteslutas från utvärderingen. Vad landstinget avsett med uttrycket ifråga är att en leverantör ska kunna tillhandahålla produkter inom samtliga produktgrupper samt de tjänster som efterfrågas i upphandlingen. Att detta varit landstingets avsikt med kravet framgår även av metoden för att hantera en situation där en produkt ej bedöms som likvärdig. I Frågor och svar nr 6 den 26 maj 2008 (se bilaga 1 till domen) anges hur landstinget avser att förfara i en sådan situation: ”Om landstinget beslutar att en viss offererad produkt inte är likvärdig blir den positionen tom i anbudsgivarens anbud. För att utvärderingen ändå ska kunna genomföras på ett rättvisande sätt kommer anbudsgivaren att erhålla ett fiktivt offertpris på den aktuella positionen. Det fiktiva offertpriset kommer att motsvara det högsta anbudspriset som offererats av någon av de andra anbudsgivarna för den positionen.” Det måste således ha stått klart för samtliga anbudsgivare att kravet att anbudet skulle omfatta hela behovet inte ska tolkas på det sätt som bolaget gör gällande. Om detta varit landstingets avsikt hade den ovan redovisade metoden för att nollställa anbudena

inte varit nödvändig. – Bolaget påstår att landstinget, genom att för de positioner där Kronans Droghandels offererade alternativa produkter inte bedömts som likvärdiga belasta utvärderingspriset med det högsta anbudspriset, antagit produkter som inte finns med i anbudet från Kronans Droghandel. Detta påstående är felaktigt. Att sådana positioner belastats med det högsta anbudspris som någon annan anbudsgivare lämnat är ett sätt att nollställa anbuden och möjliggöra en rättvisande utvärdering. Förfarandet innebär inte att några produkter tillförts anbudet ifråga. För att lösa landstingets behov av dessa produkter efter att gällande ramavtal löpt ut finns flera lösningar. – Av punkten 2.4 i förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter framgår att landstinget äger rätt att anta ett anbud i sin helhet eller i delar. Att landstinget kunnat anta anbudet från Kronans Droghandel trots att 238 produkter bedömts som ej godkända står således klart. – Den metod för nollställning som landstinget använt har prövats av Kammarrätten i Göteborg som fann att metoden inte innebär att principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet åsidosätts (mål nr 7080-07 och 7081-07). De skillnader som enligt bolaget finns mellan den aktuella upphandlingen och den upphandling som var föremål för kammarrättens prövning utgör inte skäl för att påstå att nollställningsmodellen som sådan inte är tillåten. – Landstinget delar bolagets mening att den fråga länsrätten har att ta ställning till är huruvida anbudet från Kronans Droghandel är kvalificerat till utvärdering eller inte. Enligt landstingets uppfattning utgör det förhållandet att 238 produkter bedömts vara icke likvärdiga inte skäl för att förkasta anbudet från Kronans Droghandel. Även om det skulle förhålla sig så att anbudet ifråga innehåller 475 produkter som inte är att anse som likvärdiga utgör det inte skäl för att förkasta anbudet. Landstinget bestrider dock att det finns ytterligare 237 produkter som borde ha bedömts som icke likvärdiga. Den av bolaget gjorda sammanställningen ger upphov till fler frågor än svar. På ett antal positioner har bolaget endast angett ”ej likvärdig” utan någon som helst motivering. För positionerna 28 och 29 påstår bolaget att en skillnad i slanglängd om 0,2 m innebär att de av Kronans Droghandel

offererade produkterna inte borde ha bedömts som likvärdiga. För positionerna 660- 674 påstår bolaget att landstingets nuvarande produkter är lättare att använda för ovana varför de av Kronans Droghandel offererade produkterna borde ha bedömts som icke likvärdiga.

Länsrättens bedömning

Länsrätten konstaterar inledningsvis att det i målet inte framkommit annat än att Kronans Droghandel i sitt anbud offererat produkter för samtliga positioner, totalt närmare 2 500. Däremot har landstinget bedömt att 238 av 840 offererade alternativa artiklar inte är likvärdiga med efterfrågade produkter. Bolaget anför att Kronans Droghandel därigenom varken uppfyllt det i punkten 2.4 i förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter angivna kravet att anbud skall lämnas för hela det angivna behovet eller de produktspecifika kraven i punkten 4.6 i förfrågningsunderlagets Kravspecifikation. Länsrätten noterar härvid att det skall-krav som kommer till uttryck i punkten 4.6 är att anbudsgivare i artikelspecifikationen skall ange om anbud lämnas på avvikande artikel. Vidare anges i nämnda punkt att anbud kan lämnas på likvärdiga produkter samt att landstinget avgör om en produkt är likvärdig.

Kronans Droghandel har i sitt anbud offererat produkter beträffande samtliga positioner (artiklar). Landstingets referensgrupp och sakkunnig har efter bedömning av kvalitet, funktionalitet, säkerhet och miljö- och arbetsmiljöegenskaper ansett att ett antal offererade alternativa produkter inte är likvärdiga med efterfrågade produkter. Den omständigheten kan inte anses innebära att anbud inte skulle ha lämnats för hela det angivna behovet. Denna tolkning av de aktuella kraven stöds också av det svar som landstinget under anbudstiden gett till de anbudsgivare som beställt förfrågningsunderlaget (Frågor och svar nr 6). Det bör i detta sammanhang även noteras att det i förfrågningsunderlaget anges att den upphandlande myn-

digheten har rätt att anta ett anbud i sin helhet eller i delar. På grund av det anförda finner länsrätten att landstinget haft fog för att utvärdera anbudet från Kronans Droghandel.

Bolaget ifrågasätter även den av landstinget använda nollställningsmodellen. Länsrätten noterar inledningsvis att i de fall offererad alternativ produkt inte bedöms vara likvärdig med efterfrågad produkt är det nödvändigt att använda någon form av nollställningsmodell för att kunna jämföra anbuden. En sådan nollställningsmodell måste dock vara förenlig med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Den i målet aktuella modellen beskrivs i landstingets svar på fråga 44 i Frågor och svar nr 6. Landstingets svar är ett förtydligande för att underlätta tolkningen av punkten 4.6 i Kravspecifikationen samt en komplettering beträffande förfarandet vid de situationer då offererade produkter inte bedöms vara likvärdiga med efterfrågade produkter. Det finns i målet inte skäl att utgå från annat än att svaret i god tid innan anbudstidens utgång samtidigt förmedlats till samtliga potentiella leverantörer, dvs. till samtliga som hämtat ut förfrågningsunderlaget. Modellen kan därmed inte anses strida mot principerna om förutsebarhet eller likabehandling. Det har enligt länsrättens mening inte heller i övrigt framkommit något som medför att modellen skulle strida mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Bolaget gör vidare gällande att ytterligare 237 av de av Kronans Droghandel offererade alternativa produkterna inte kan anses likvärdiga. Om detta är riktigt skulle även de produkterna ha åsatts jämförelsepris. Den utredning som förebringats av bolaget talar enligt länsrättens mening för att det i Kronan Droghandels anbud kan finnas fler offererade alternativa produkter som rätteligen borde ha åsatts jämförelsepris. En närmare prövning av om så är fallet ska utföras av landstinget. Konsekvensen av att ytterligare produkter (eventuellt) åsatts jämförelsepris kan bli att bolaget erhåller det lägsta utvärderingspriset. Det är i målet oklart hur en ny anbudsutvärdering

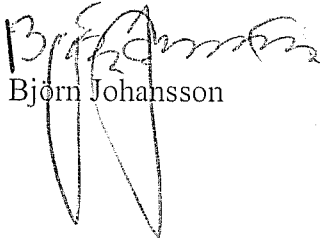
skulle utfalla. Med hänsyn härtill får bolaget anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada.

Grund för åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således. Länsrätten kan enligt nämnda bestämmelse besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att den aktuella oklarheten hänför sig till utvärderingen av anbuden finner länsrätten det tillräckligt att anbudsutvärderingen görs om.

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom ny utvärdering av anbuden.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (Dv 3109/1c)


Björn Johansson

Materialförsörjning 2009 för Västerbottens Läns Landsting

Frågor och svar nr 6

Frågorna 1 – 43 har besvarats i tidigare Frågor & svar.

Fråga 44

F2 Kravspecifikation

4.6. Produktspecifika krav:

Vad sker om Landstinget inte anser att en offererad produkt är likvärdig?



Svar

Om landstinget beslutar att en viss offererad produkt inte är likvärdig blir den positionen tom i anbudsgivarens anbud. För att utvärderingen ska kunna genomföras ändå på ett rättvisande sätt kommer anbudsgivaren att erhålla ett fiktivt offertpris på den aktuella positionen. Det fiktiva offertpriset kommer att motsvara det högsta anbudspriset som offererats av någon av de andra anbudsgivarna för den positionen.

Fråga 45

Nya produkter och förändringar, kommer vi att ta detta med den nya logistikpartnern eller med materialkonsulenter eller hygien?

Svar

Denna fråga är svår att lämna ett generellt svar på. Beroende på situation kan det mycket möjligt vara så att detta behöver tas upp med både landstinget och vår nya logistikpartner. Kontaktyta inom landstinget är Materialförsörjningen.

Fråga 46

Vi har idag ett gällande avtal med landstinget som löper till 2009-08-31. Avtalet omfattas enligt förfrågningsunderlaget av er upphandling Materialförsörjning 2009. Hur stämmer kravet i upphandlingsförutsättningarna på att priserna ska vara fasta mellan 2009-01-01 och 2009-12-31 med vårt nuvarande avtal som ger oss rätt att höja priserna och sakliga skäl föreligger under perioden?

Svar

Befintliga avtal kommer att gälla med oförändrade villkor till dess att de löper ut. Detta medför att även prisjusteringsbestämmelserna gäller oförändrade. Detta kan verka motstridigt i förhållande till kravet på fast pris t o m 2009-12-31. För att motverka denna situation kommer följande tillägg att göras under punkt 6.2 i F3 mall för upphandlingskontrakt.

g/ för avtal som Leverantören övertagit från Landstinget gäller följande. Har Leverantörens motpart i avtalet, med stöd av bestämmelse i avtalet, ändrat priset ska det nya priset gälla även mellan Leverantören och Landstinget.