



**LÄNSRÄTTEN
I MARIESTAD**

Agneta Ekroth Yngström

DOM

2009-06-09
Meddelad i
Mariestad

Mål nr
295-09 E
Rotel 5

SÖKANDE

Papyrus Sverige AB, 556057-6554
205 45 Malmö

Ombud: Lennart Keussen
Papyrus Sverige AB
205 45 Malmö

MOTPART

1. Avfallshantering Östra Skaraborg, 222000-1206
541 83 Skövde

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

2. Essunga kommun
465 82 Nossebro

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

3. Falköpings kommun
521 81 Falköping

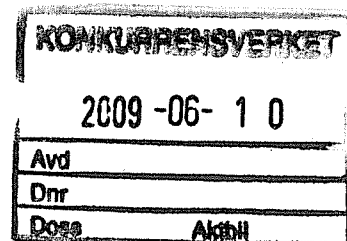
Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

4. Gullspångs kommun
Box 400
547 24 Gullspång

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

5. Götene kommun
533 80 Götene

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde



Dok.Id 41833

Postadress
Box 800
542 18 Mariestad

Besöksadress
Stockholmsvägen 6

Telefon
0501-676 00
E-post: lansrattenimariestad@dom.se

Telefax
0501-676 46

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-12:00
13:30-15:00

6. Hjo kommun
544 81 Hjo

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

7. Karlsborgs kommun
546 82 Karlsborg

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

8. Mariestads kommun
542 86 Mariestad

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

9. Räddningstjänsten Östra Skaraborg, 222000-1115
Majorsgatan 1
541 40 Skövde

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

10. Skara kommun
532 88 Skara

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

11. Skövde kommun
Upphandlingsfunktionen
541 83 Skövde

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

12. Skövde Värmeverk AB, 556647-1321
Energivägen 1

541 36 Skövde

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

13. Tibro kommun
543 80 Tibro

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

14. Tidaholms kommun
522 83 Tidaholm

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

15. Töreboda kommun
Box 83
545 22 Töreboda

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

16. Vara kommun
534 81 Vara

Ombud: Bitr. stadsjurist Karin Beale
Skövde kommun
541 83 Skövde

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut av den 13 februari 2009.

BAKGRUND M.M.

Essunga kommun m.fl beslutade den 6 februari 2009 att erbjuda Corporate Express Sverige AB att teckna avtal i upphandling Dnr 80301 pappers- och plastprodukter för engångsbruk. Bolagets anbud var det mest ekonomiskt fördelaktiga alternativet.

Upphandlingen genomfördes som öppen upphandling av varor enligt LOU.

Länsrätten beslutade den 13 februari 2009 att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat hade beslutats.

YRKANDEN M.M.

Papyrus Sverige AB, nedan kallat Papyrus, begärde överprövning av beslutet och yrkade att upphandlingens utvärdering skulle göras om, varvid Corporate Express i Sverige AB, 556091-3591, inte skulle medverka. I andra hand har Papyrus yrkat att upphandlingen ska göras om. Papyrus har i huvudsak anfört följande. Fyra anbud kvalificerades till utvärdering. I tilldelningsbeslut anges att Corporate Express Sverige AB, (Corporate) lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Papyrus erhöll den näst högsta poängen i utvärderingen. I förfrågningsunderlaget anges i avsnitt 4.1 bl.a. att "Samma artikel får inte offereras på flera positioner". Som svar på en fråga den 21 oktober 2008 har angetts två undantag från förbudet i 4.1. Undantagen avser att efterfrågad produkt på position 158 även får offereras på position 157 om efterfrågad insatspåse på 28 liter saknas i sortimentet. Vidare avseende position 160-162, innebärande att insatspåse för papperskorg. polyten LLD, 30 liter, tjocklek 12 my, får offereras på nämnda positioner. Corporate har offererat artikeln 885032 på både position 17 och position 24. Corporate har vidare offererat artikeln 885071 på både

position 40 och position 41. Anbud som inte uppfyller samtliga ställda krav eller som i övrigt innehåller reservationer gentemot upphandlingsföremålet, de kommersiella villkoren eller upphandlingen i övrigt får inte antas eftersom detta skulle strida mot principerna om likabehandling och transparens. Dessa principer är grundläggande för all offentlig upphandling. Även formella fel och brister i kravuppfyllelse avseende leverantören, anbudet eller upphandlingsföremålet innebär att ett anbud inte får antas. Förfrågningsunderlaget stadgar tydligt att samma artikel inte får offereras på flera positioner: Vidare anges att alla krav måste uppfyllas och att endast anbud som uppfyller samtliga krav kommer att utvärderas. Myndigheterna har således, genom att utvärdera Corporates anbud, brutit mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap 9 § LOU. Corporates anbud skulle rätteligen ha diskvalificerats på grund av dess anbud inte uppfyllde de krav som ställdes i upphandlingen. Papyrus uppfyller samtliga krav och skulle vid en korrekt utförd kvalificeringsfas ha vunnit upphandlingen. Papyrus har på grund härav lidit skada.

Essunga kommun m.fl. har i första hand yrkat att Papyrus ansökan ska avslås och att det interimistiska beslutet ska upphävas. I andra hand yrkas att länsrätten ska besluta om att upphandlingen ska göras om. I förfrågningsunderlaget anges att "samma artikel inte får offereras på flera positioner". Syftet med kravet är att garantera en sortimentsbredd samt att förenkla utvärderingen. Det skall vara enkelt att se när leverantör inte kan leverera en produkt, genom att positionen lämnas blank. Corporate Express har offererat artikeln 885032 på både position 17 och position 24. Kommunerna har uppmärksammat detta vid granskningen av anbudet, men funnit att det rör sig om en felskrivning av artikelnumret. Av benämningen på artiklar framgår att det rör sig om två olika produkter, även av priset per enhet. Kommunen har vid kvalificeringen utgått från den beskrivning av produkten som lämnats, inte begränsat bedömningen utifrån artikelnummer. Det är två olika produkter som offereras; toapapper Katrin Neutral 250m 12/fp

och Toapapper Katrin Gigant S 2-1 200 m l2/fp. Det är vitsordas att artikel 885071 offererats av Corporate Express på både position 40 och 41. Det gäller en produkt, oblekt cellstoff med ett totalvärde per år på ca 700 kr. Corporate Express har offererat 167 av 168 positioner, vilket uppfyller syftet med skapandet av sortimentsbredd. Att diskvalificera Corporate Express anbud skulle i detta fall strida mot proportionalitetsprincipen, eftersom det går utöver vad som krävs för att det bakomliggande syftet med kravet skall uppnås, d v s i första hand sortimentsbredd, och det står heller inte i proportion till kontraktsvärdet. Kommunerna kan inte se att konkurrensen bland leverantörerna snedvrids på grund av en produkt värd ca 700 kr/år. Kontraktet är värt kring 40 miljoner kronor. Under 3.3 i förfrågan anges att leverantören skall offerera och lagerföra minst 95 % av produkterna i sortimentsbilagan. Vissa likvärdiga produkter kan tillåtas. Kravet på att en produkt inte får offereras flera gånger, skall ses i kombination med detta skall-krav. Även om Corporate Express underlåtit att offerera position 40 eller 41, hade deras anbud uppfyllt kravet på 95 %. Det faktum att Corporate Express anbud kvalificerats, har inte snedvridit konkurrensen. Det vore oproportionerligt att diskvalificera anbudet när det uppfyller det åsyftade kravet på sortimentsbredd. Anbudet har kvalificerats till utvärderingen, men i denna har anbudet straffats med ett prispåslag (högsta anbudspris + 25 %) på grund av att de offererat samma produkt på två ställen.

Papyrus har i yttrande anfört i huvudsak följande. Kraven att samma artikel inte får offereras på flera positioner, (4.1), respektive kravet på minst 5 % av produkterna, (3.3), är två olika krav med olika innebörd, vilka skall uppfyllas separat. Kraven är vidare angivna på olika ställen i förfrågningsunderlaget. Myndigheternas tolkning att kraven skall "ses i kombination med varandra" samt vad Myndigheterna anför om proportionalitetsprincipens betydelse i detta avseende är felaktigt. Myndigheterna anger att Corporates anbud kvalificerats till utvärdering, men att anbudet straffats med 25 % prispåslag i enlighet med 5.2 i förfrågningsunderlaget. Detta förfarande är

felaktigt. I enlighet med rättspraxis, innebär principen om likabehandling bland annat att samtliga krav, stora som små, måste uppfyllas. Den upphandlingsrättsliga innebörden av likabehandlingsprincipen är att det inte finns några ”formella” krav. Ett krav är ett krav som måste uppfyllas. Myndigheterna medger att Corporate offererat samma artikel på position 40 och 41 och att Corporates anbud således inte uppfyller de krav som anges i förfrågningsunderlaget. Papyrus har därutöver vid granskning funnit att Corporate, förutom vad som angavs i ansökan om överprövning, även offererat samma artikel samt artikelbeskrivning på positionerna 160, 161 och 163. Corporate har härvidlag följaktligen ej heller uppfyllt kravet i 3.3 avseende position 163.

Det är kommunernas uppfattning, enligt yttrande daterat den 20 februari 2009, att de inte brutit mot principerna om likabehandling och transparens enligt LOU 1 kap 9 § på så sätt att åtgärder enligt LOU bör tillgripas. Det vinnande anbudet är det bästa. Det har inte skett någon särbehandling på så sätt att ett sämre anbud än Papyrus tilldelats kontraktet. En upphandling av den här typen av varor och i sådan mängd ger upphov till många svåra bedömningar och avvägningar. Det är lätt att missa någon liten detalj, som i sig inte är viktig. Det är kommunernas uppfattning att den brist som det vinnande anbudet uppvisar är oväsentlig i upphandlingen. Det uppställda kravet på att samma artikel inte får offereras fler än en gång får en oproportionerlig och överdriven effekt jämfört med det eftersträvade syftet om det vinnande anbudet skall plockas bort på grund av en artikel. Syftet med upphandlingen har varit att garantera en sortimentsbredd på 95 % av de i förfrågningsunderlaget angivna produkterna/artiklarna. Det som Papyrus anför om proportionalitetsprincipen finns i sig inget att invända emot, men även en upphandlande myndighet måste få tillåtelse att inse att effekten av ett ställt krav riskerar att bli oproportionerligt vid en viss tillämpning. Tyvärr kan man i efterhand konstatera att ett fåtal av produkterna i sortimentslistan i stort sett är lika, vilket gör det svårt att inte offerera samma

produkt. Sortimentenlistan är ett utdrag från ofta beställda varor av tidigare leverantör. Vad gäller position 163 framstår det som att det föreligger ett mindre fel på förfrågningsunderlaget. Rätteligen borde även position 163 tagits bort/tillåtit samma produkt eftersom det rör sig om i stort sett samma produkt som på position 161. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade kan godtas. Kommunerna är dock medvetna om den praxis kring skall-krav och de principer som bär upp LOU. Därför yrkas i andra hand att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om. Om Corporate Express anbud faller på grund av det lilla misstaget i deras anbud, faller även de andra vid samma tillämpning. Papyrus har inte skickat in registreringsbevis, vilket är ett skall-krav (se förfrågningsunderlaget 3.1 b). Vidare så klarar Papyrus vid en förnyad granskning inte kravet på sortimentbredd då en hel del av produkterna avviker både i kvalité och i storlek. Kommunerna anser att upphandlingen skall göras om, om länsrätten finner att kommunerna brutit mot LOU. En rättelse skulle kunna drabba den andra leverantören på ett negativt sätt eftersom anbud som inte uppfyller skallkraven då kan komma att utvärderas.

Papyrus har i yttrande den 8 april 2009 vidhållit både förstahandsyrkandet och andrahandsyrkandet och anfört i huvudsak följande. Nuvarande överprövningsprocess är begränsad till av Papyrus anförda sakomständigheter. Myndigheterna är därför förhindrade att i samband med förevarande överprövningsprocess hävda något annat än vad som faktiskt legat till grund för deras eget beslut. Om myndigheterna, så som nu är fallet, i efterhand konstaterar att tilldelningsbeslutet med tillhörande skäl är felaktigt, skall ett nytt tilldelnings- eller avbrytandebeslut fattas. Dock har rätten i detta mål förordnat att upphandlingen tills vidare inte får slutföras, vilket bland annat innebär att något avbrytandebeslut för närvarande inte kan fattas då Myndigheterna inte disponerar över upphandlingen. För den händelse rätten inte finner skäl att förordna om rättelse medger myndigheterna yrkandet att upphandlingen skall göras om varför rätten är bunden av detta medgivande

och har att bifalla detta yrkande. Myndigheterna medger vidare de faktiska omständigheterna avseende grunden för detta yrkande. Myndigheterna anför vidare, med nämnande av proportionalitetsprincipen, att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade kan godtas. Med ledning av det sammanhang i vilket anförandet sker tolkar Papyrus detta som, att myndigheterna anser att efterlevnaden av innehållet i förfrågningsunderlaget leder till oönskade resultat och av detta skulle följa att myndigheterna därför inte skulle behöva följa innehållet i förfrågningsunderlaget i de delar som leder till det oönskade resultatet. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat bland annat följande. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds förnär. Rättsfallet åberopas ofta av domstolar som en utgångspunkt för bedömningen av om i och för sig konstaterade brister är av den art att de utgör skäl för ingripande enligt LOU. Därtill har det i rättspraxis på skilda håll uttalats att utvärderingsmomentet ofta får innehålla ett visst mått av subjektiv bedömning från den upphandlande myndighetens sida, så länge denna sker inom ramen för angivna utvärderingskriterier. I de fall domstolar åberopat ovannämnda rättspraxis för att motivera ett icke-ingripande enligt LOU, mot i och för sig konstaterade brister, har de senare alltid varit av väsentligt mindre allvarlig art än de som åberopats i denna ansökan. Regeringsrättens ovannämnda uttalande har dessutom mist del av sin relevans efter EG-domstolens dom i C532-06 Emm. G. Lianakis AE m fl mot Dimitriou Alexandroupolis m fl. Oaktat detta är det Papyrus uppfattning att vad myndigheterna anför om förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade saknar relevans i målet på grund av det sammanhang i vilket anförandet sker samt den slutsats som myndigheterna synes avse med detta.

DOMSKÄL

I 16 kap 2 § LOU sägs att 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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.

I förfrågningsunderlaget punkt 3.3 Sortimentbredd sägs att "Leverantören skall offerera och lagerföra minst 95 % av produkterna i sortimentsbilagan, bilaga nr 1. Likvärdig produkt som kan ersätta beskriven artikel räknas in i underlaget för sortimentsbredd. Bedömning av likvärdig produkt, se 4.1. Poängsättning, se 5.4." I Punkt 4.1 Omfattning och anbudsanvisningar för sortimentslista, "Avtalsartiklar", bilaga nr 1 m.m. står följande. "Sortimentslistan med "Avtalsartiklarna" i bilaga nr 1 skall ifyllas av leverantören enligt tabellens rubrikbeskrivningar samt bifogas till anbudet. . Syftet med detta är att kvalitetssäkra Köparens behov samt underlätta för anbudsgivande Leverantörer att offerera rätt produkter till konkurrenskraftiga priser. Likvärdiga artiklar kan offereras. Om likvärdig produkt offereras under en position skall detta ske under samma position i sortimentsbilagan, bilaga 1. Köparen förbehåller sig rätten att avgöra om alternativ produkt kan anses som likvärdig med den produkt som är förtryckt på viss position och om den därför kan anses som fullvärdig ersättare. Samma artikel får inte offereras på flera positioner. Krav på sortimentsbredd enligt 3.3."

I punkt 5.1 i förfrågningsunderlaget anges att bland de kvarstående anbudn kommer köparen att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån följande kriterier och vikter: 1) Pris, 98,00 poäng, 2) Sortimentsbredd 1,00 poäng, 3) Elektronisk handel, 0,75 poäng, 4) Miljö, 0,25 poäng. I punkt 5.2 Pris, utvärdering anges bl.a. att ” Vid framräkning av totalpris för artiklar i sortimentsprislisan avseende kvalificerade anbud skall följande nollställningsmetod användas: Produkt i sortimentslistan , bilaga nr 1, som inte är prissatt eller offererad av Leverantören blir i utvärderingen prissatt med högsta anbudspris för motsvarande produkt med ett prispålägg på 25 % . (Nollställningsmetoden är godkänd av Kammarrätten i Göteborg, mål nr7080-07 och 7081-07).”

Länsrätten gör följande bedömning.

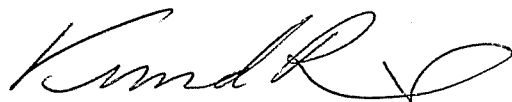
Corporate Express har i position 40 ”Cellstoff/Vadd oblekt 15x20 cm” och i position 41 ”Cellstoff/Vadd oblekt 20x20 cm” angett samma artikelnummer 885071 som avser ”Cellstoff oblekt 20x20 cm. Kommunerna har uppmärksammat detta och hanterat det i enlighet med vad som anges i punkt 5.2 beträffande icke prissatt eller offererad produkt enligt den s.k. nollställningsmetoden. Produkten blir då prissatt med högsta anbudspris för motsvarande produkt med ett prispålägg om 25 procent. Corporate Express har även i positionerna 161 och 163 offererat samma artikel. Det framgår inte att kommunerna hanterat detta på ovan nämnda sätt. Corporate Express uppfyller inte alla skall-krav i förfrågningsunderlaget. Det finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen under förutsättning att Papyrus lidit eller kan komma att lida skada till följd av felaktigheterna i upphandlingen.

Kommunerna får anses ha gjort gällande att Papyrus inte lidit eller kan komma att lida någon skada då Papyrus inte heller uppfyllt alla skall-krav i förfrågningsunderlaget eftersom bolaget inte gett in registreringsbevis,

vilket är ett skall-krav samt inte heller uppfyller kravet på sortimentbredd. Papyrus har medgett kommunernas yrkande om att upphandlingen ska göras om.

Länsrätten finner att inte heller Papyrus uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Kommunerna har vid prövningen av inkomna anbud godtagit Papyrus som leverantör och utvärderat deras anbud. Länsrätten anser därför att Papyrus ansökan om överprövning inte kan avslås på den grunden att det inte har förelegat någon risk för skada för bolaget. Då kommunerna har brutit mot grundläggande principer i LOU finns det skäl för ett ingripande enligt denna lag. Om den upphandlande enheten har brutit mot LOU är det normala förfarandet att rätten bestämmer att upphandlingen ska göras om. Anledningen härtill är att en rättelse i ett enskilt fall lätt kan skapa orättvisor i andra delar av upphandlingen, så att andra leverantörer drabbas negativt av rättens beslut. Endast undantagsvis kan det vara tillräckligt med en rättelse genom att t.ex. det bolag som begärt överprövning tilldelas avtalet. En sådan undantagssituation föreligger enligt länsrättens mening inte i detta fall, där varken Papyrus Sverige AB eller Corporate Express Sverige AB:s anbud uppfyllt ställda skall-krav. Därför måste upphandlingen göras om.

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



Knud Reinert