



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 30

DOM
 2017-06-07
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 3187-17

SÖKANDE

Flügger AB, 556479-2116
 Grönkullen
 517 81 Bollebygd

MOTPART

Stockholms Stadsteater AB, 556026-1553
 Box 164 12
 103 27 Stockholm

ÖVERKLAGAT BESLUT

Stockholms Stadsteater AB:s beslut 2017-01-26

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017-06-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Flügger AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 841462

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00-16:30
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Stockholms Stadsteater AB (Stadsteatern) genomför en upphandling av måleri-, trä-, och textilvaror genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:109) om offentlig upphandling (LOU) med ekonomiskt mest fördelaktiga anbud som tilldelningsgrund. Av tilldelningsbeslut den 26 januari 2017 framgår att annan anbudsgivare än Flügger AB (Flügger) har tilldelats kontraktet avseende målerivaror.

Flügger ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Flügger bedöms uppfylla samtliga ska-krav och med det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet bör tilldelas kontraktet. Flügger anför i huvudsak följande. Flügger tilldelades den 19 januari 2017 upphandlingen Måleri. Stadsteatern har den 26 januari 2017 hävt beslutet och meddelat ett nytt tilldelningsbeslut där en annan anbudsgivare tilldelas kontraktet efter rättelse där Flügger inte längre anses uppfylla ställda ska-krav. Flügger kommer i och med det nya beslutet lida stor ekonomisk skada. Färgbrytning är processen att ge önskad kulör till en målarfärg. Vid färgbrytning använder Flügger en brytpasta som motsvarar Tonex, och denna tjänst kallas i Flüggers artikeluppsättning för Bryttillägg. Stadsteatern efterfrågar i upphandlingen färgbrytning och inte pigment eller brytpasta. Stadsteatern har via egen anställd målare ringt efter att första tilldelningsbeslutet fattades och påpekat att efterfrågad produkt i stället ska ha varit brytpasta. Det är ett fel i upphandlingens prisbilaga. Flügger har förklarat att de följt gällande anvisningar i prisbilagan och angett den produkt som efterfrågats. Flügger har på begäran även angett pris för brytpastan och även då produkten ersätts har Flügger lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Flügger har också lämnat anbud på efterfrågade produkter avseende Golvfärg för inomhusbruk. Vid färgbrytning till ljusa kulörer utgår brytprocessen från en vit kulör, från mellanmörka kulörer används en svagt pigmenterad och vid skarpa och mörka kulörer en opigmenterad produkt. Flügger har som

anbudsprodukt valt en pastellgrå som står för övervägande största försäljningsvolymen. Förpackningspris är konstant församfliga kulörer. Flügger uppfyller därmed samtliga ska-krav som efterfrågas och bör med mest ekonomiskt fördelaktiga anbud tilldelas upphandlingen.

Stadsteatern anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Stadsteatern har efter tidigare tilldelningsbeslut uppmärksammat omständigheter som föranlett en ny genomgång av vinnande anbud från Flügger. Vid genomgången framkom att Flüggers anbud inte uppfyllde ställda ska-krav, varför rättelse vidtogs och anbudet från Flügger förkastades. Flüggers anbud uppfyller inte alla krav i förfrågningsunderlaget och kan inte utvärderas eftersom det inte innehåller efterfrågade uppgifter. Det framgår tydligt av upphandlingens rubrik och i förfrågningsunderlagets samtliga delar, bl.a. av anbudsinbjudan i punkten 1.1, upphandlingsanvisningen i punkten 2.6, de administrativa föreskrifterna i punkten 3, produktionsfakta i punkten 4.1, anbudsformulär i punkten 5 samt prisformuläret, att upphandlingen avser varor. Flügger har, trots informationen om att det är en vara som efterfrågats, inte angett något pris för detta, utan istället offererat en tjänst, vilket myndigheten inte har efterfrågat. De andra anbudsgivarna kan sannolikt också tillhandahålla färgbrytning, men ändå lämnat anbud på efterfrågad färgbrytningsprodukt. Prisformuläret har dessutom manipulerats av Flügger, då det inte var tekniskt möjligt att lämna priset 0 kr i svarsformuläret som bifogats förfrågningsunderlaget utan sådan manipulation. Vid försök att skriva in 0 kr i dokumentet kommer en varningsruta upp med instruktionen "Ange ett heltal större än 0". Det är tydligt av anvisningarna i förfrågningsunderlaget att pris ska anges i heltal överstigande 0 kr. Motsvarande situation har varit föremål för prövning tidigare och det konstaterades då att ett anbud som avviker från förfrågningsunderlaget på dessa sätt kunde förkastas (se Kammarrättens i Sundsvall dom den 15 februari 2016 i mål nr. 2680-15). Flügger har också offererat pastellgrå golvfärg, vilket inte motsvarar de

varor som efterfrågas i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget efterfrågas obruten golvfärg, vilket inom målerinäringen avser vit färg, alternativt färg utan färgpigment. Det skulle strida mot principen om likabehandling att anta Flüggers anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017, varför lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är tillämplig.

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. (1 kap. 9 § LOU)

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad bolaget har anfört i målet finns anledning att besluta om att upphandlingen ska göras om eller om den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att bolaget kan visa att det har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling. Ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer att göras. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från

utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. ska-krav. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr. RÅ 2002 ref. 50).

I prisbilagan till förfrågningsunderlaget anges under kolumnen Vara, bl.a. följande "Färgbrytning, ca 1,5 liters förpackning, typ Tonex eller likvärdigt".

Förvaltningsrätten konstaterar i likhet med Flügger att begreppet "färgbrytning" är otydligt och kan tolkas som processen att ge önskad kulör till en målarfärg. Däremot anser förvaltningsrätten att det både av upphandlingens rubrik och på av Stadsteatern angivna ställen i förfrågningsunderlaget tydligt att upphandlingen endast avser varor. Även i den aktuella prisbilagan anges ordet "färgbrytning" under kolumnen "Vara" och det preciseras att det efterfrågas 1,5 liters förpackning, typ Tonex eller liknande. Förvaltningsrätten bedömer att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare inte kan misstolka att Stadsteatern i denna del efterfrågar en vara/produkt, inte en tjänst. Eftersom Flüggers anbud i denna del inte innehåller en offererad vara, utan tjänsten att bryta färg, uppfyller anbudet inte det uppställda kravet.

Förvaltningsrätten konstaterar också att det underlag som Stadsteatern presenterat visar att svarsformuläret i prisbilagan inte medgav att lämna priset 0 kr, eftersom anbudsgivaren vid försök får upp en varningsruta med instruktion att ange ett heltal större än 0. Trots detta har Flügger angett priset 0 kr för den offererade tjänsten bryttillägg. Förvaltningsrätten finner att Flüggers anbud därför inte heller i denna del uppfyller det uppställda kravet.

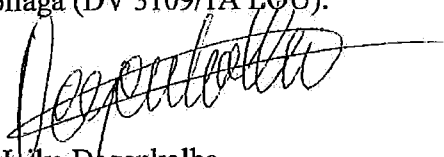
I prisbilagan till förfrågningsunderlaget anges även att Stadsteatern efterfrågar "Golvfärg för inomhusbruk, 10 litersförpackning, obruten, typ Alcro Entré/Alcro Studio eller motsvarande". Flügger har i denna del offererat golvakrylat pastellgrå. Skäl att ifrågasätta Stadsteaterns förklaring att begreppet "obruten" inom målerinäringen normalt anses utgöra vit färg, alternativt färg utan färgpigment, har inte framkommit. Eftersom Flügger har offererat pastellgrå golvakrylat har Flügger inte offererat de efterfrågade varorna i denna del. Flüggers anbud uppfyller därmed inte heller dessa uppställda krav.

Förvaltningsrätten bedömer att de brister som framkommit i Flüggers anbud inte är sådana att Stadsteatern hade kunnat godta anbudet utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen. Stadsteatern har därmed rätteligen uteslutit Flüggers anbud från utvärderingen.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte är visat att Stadsteatern har genomfört upphandlingen i strid med LOU eller de grundläggande principerna som bär upp lagen. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därför. Flüggers ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Håke Degenkolbe
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Rebecka Vingstedt Edh har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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.

