

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2009-08-07
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4588-09 E
4613-09 E
4638-09 E
Rotel 22

SÖKANDE

1. Björnkläder AB, 556084-1784
Importgatan 23-33
422 46 Hisings Backa

2. Mercus Yrkeskläder AB, 556344-6953
Ringögatan 12
417 07 Göteborg

3. Johan Skoglund i Göteborg AB, 556537-0763
Box 7173
402 33 Göteborg

Ombud för 3:
Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökningarna.

Länsrättens interimistiska beslut den 18 juni 2009 upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2009-08-10	
Avd	
Dnr	
Doss	ARSI

Dok.Id 174686

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031-732 70 00 E-post: lansrattenigoteborg@dom.se	031-711 78 59	måndag – fredag 09:00-15:00

Avdelning 2

BAKGRUND

Göteborgs Stad (Upphandlingsbolaget) har genomfört en upphandling av ramavtal om arbets- och skyddskläder för teknisk verksamhet, dnr 107/09. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Av tilldelningsbeslut den 10 juni 2009 framgår att Svensk Industri & Kommunservice (SIKAB) blivit antagna som ensam ramavtalsleverantör.

Länsrätten beslutade den 18 juni 2009 interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten slutligen prövar upphandlingen eller beslutar något annat. Efter att Upphandlingsbolaget yrkat att upphandlingen ska få avslutas genom tecknande av ramavtal har länsrätten den 30 juni 2009 beslutat att det interimistiska beslutet kvarstår.

YRKANDEN M. M.

Björnkläder AB (Björnkläder) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbuderna från SIKAB och Johan Skoglund i Göteborg AB (JSAB) ska diskvalificeras. Björnkläder anför bl.a. följande. I anbudsförfrågan står det att ”i de fall anbudsgivare offererar produkter i annat fabrikat än vad som är angivet *skall* dessa minst uppfylla likvärdig kvalitet och funktion”. I svarsblanketten flik kvalificering står att: ”Anbudsgivaren intygar att samtliga offererade plagg i fliken ”Baskollektion” minst uppfyller de kvalitetskrav som är angivna”. Vid bedömning av ett plaggs kvalitet ingår givetvis plaggets tvättegenskaper som en viktig komponent. De varselbyxor och underställ som beskrivs i förfrågan har en tvättetikett som ska klara 85 respektive 95 graders tvätt. Upphandlade byxor från SIKAB klarar endast 40 graders tvätt och underställen i anbuderna från SIKAB och JSAB klarar endast 40 graders tvätt. Pos 13 och 14 i JSAB:s anbud är inte godkända i EN 343 medan plaggen i förfrågan beskriver godkända plagg. Pos. 4 i SIKAB:s anbud håller en lägre nivå inom

Avdelning 2

EN 343 än beskrivet plagg i förfrågan, som är godkänt i EN 343 3+3. En högre klass innebär i detta fall en bättre funktion och högre kvalitet. Genom ovanstående har Upphandlingsbolaget gjort flera avsteg mot sina egna skall-krav i förfrågan.

Mercus Yrkeskläder AB (Mercus) begär överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om med tydligare riktlinjer om alternativa produkter. Det som varit oklart i upphandlingen är formuleringen att alternativa produkter ska uppfylla minst likvärdig kvalitet och funktion. I de fall Mercus och det vinnande anbudet offererat samma artikel, den efterfrågade, är deras pris något lägre. Med en annan formulering i förfrågningsunderlaget, hade även Mercus kunnat offerera enklare kvalitet och funktion till ett ytterligare lägre pris.

JSAB begär överprövning och yrkar att länsrätten förordnar om rättelse genom ny utvärdering. I första hand yrkas att länsrätten förordnar om rättelse på så sätt att utvärderingen ska göras om med uteslutande av SIKAB. I andra hand yrkas att länsrätten förordnar om rättelse genom att det vid den nya utvärderingen så ska minst tre leverantörer antas i enlighet med 5 kap. 5 § LOU. Även i detta fall ska SIKAB:s anbud uteslutas från den nya utvärderingen. JSAB anför bl.a. följande. Avtalet mellan Upphandlingsbolaget och den eller de anbudsgivare som väljs till leverantörer skall gälla från och med den 1 september 2009. Upphandlingsbolaget har ställt krav på att de plagg som offereras i upphandlingen skall ingå i anbudsgivarens sortiment den 1 maj 2009 och att vissa av dessa produkter skall vara certifierade och godkända. Slutsatsen av dessa två omständigheter är att plaggen ska finnas i sortimentet den 1 maj 2009 och vara leveransklara den 1 september 2009 när avtalet börjar. SIKAB uppfyller inte kravet på att samtliga plagg ska finnas i sortimentet den 1 maj 2009 för att vara klara för leverans till startdatum av avtalet, den 1 september 2009. Det är Upphandlingsbolagets skyldighet i egenskap av upphandlande myndighet att verkli-

Avdelning 2

gen kontrollera att ställda krav uppfylls. Vad Upphandlingsbolaget granskat är de *uppgifter* som SIKAB lämnat om plaggen. Uppgifterna om godkännande har inte kontrollerats gentemot någon oberoende part och kan inte verifiera att godkännande föreligger. Det finns inget i de uppgifter om de plagg som SIKAB offererar som nyheter under hösten 2009 verkligen är godkända på det sätt som påstås eller att de finns för leverans från och med den 1 september 2009. Det är inte tillräckligt om plaggen är föremål för testning nu eller blir godkända till leveransdag. Upphandlingsbolaget har valt att ställa kravet som ett kvalificeringskriterium med följderna att kravet måste vara uppfyllt vid anbudsgivningen. Upphandlingsbolaget har felaktigt accepterat SIKAB:s anbud som kravuppfyllande och därmed brutit mot LOU. JSAB, som kommit tvåa i upphandlingen, har lidit skada på grund av den bristfälliga hanteringen i upphandlingen. Upphandlingsbolaget har rent faktiskt genomfört en upphandling för ramavtal där samtliga villkor inte är fastställda. Upphandlingen omfattar dels en baskollektion och dels en grupp benämnd "övrigt sortiment inkl skor". Båda dessa grupper ingår i det avtal som blir resultatet av upphandlingen. För "övrigt sortiment inkl skor" gäller att i denna del offereras endast en rabattsats, några priser offereras inte. I det avtal som tecknas och sedermera gäller är således det pris från vilken rabatten ska dras av inte fastställd. När avrop sker är prissättningen från leverantören fri, endast rabattsatsen är given. Således är det oklart till vilka priser "övrigt sortiment inkl. skor" kommer att köpas in. Konsekvensen härav är att Upphandlingsbolaget upphandlar ramavtal enligt 5 kap. 5 och 7 §§ LOU, ramavtal där samtliga villkor för avrop inte är fastställda från början. Upphandlingsbolaget är därmed skyldig att anta minst tre leverantörer. Upphandlingsbolaget har endast antagit en leverantör varför det föreligger brott mot LOU.

Upphandlingsbolaget yrkar att JSAB:s ansökan ska avslås i sin helhet och bestrider i övrigt att upphandlingen skulle strida mot LOU på sådant sätt att upphandlingen vare sig ska rättas eller göras om och anför bl.a. följande.

Avdelning 2

Upphandlingsbolaget anför bl.a. följande vad gäller Björnkläders ansökan. I förfrågningsunderlaget finns inte något krav angivet om tvättemperatur, varför Björnkläders yrkande helt saknar grund. Kravet är att plaggen ska vara tydligt märkta med tvätt- och skötselråd. Det är upp till varje fabrikant att ange vilka tvättemperaturer som gäller för deras plagg. Det finns inte heller någon grund för påståendet att vissa plagg inte uppfyller krav på standard enligt EN 343. För de positioner där ett sådant krav finns angivet är detta granskat mot vad som är offererat av anbudsgivarna. Det är inte korrekt att SIKAB:s anbud inte uppfyller de ställda kraven. Kravet är EN 343 vilket framgår av förfrågningsunderlaget och någon klass är inte angiven. Upphandlingsbolaget har i upphandlingen gjort de kontroller som skäpligen kan förväntas och det finns inga skäl för att Björnkläders begäran om överprövning ska bifallas.

Upphandlingsbolaget anför bl.a. följande vad gäller Mercus ansökan. Samtliga anbudsgivare som gått vidare till utvärdering har lämnat anbud som uppfyllt ställda krav i baskollektionen och därmed bedömts som likvärdiga, oavsett vilket fabrikat som offererats. Mercus kan inte anses lida skada med hänvisning till att de vid utvärderingen placerats som nummer fem. Mercus är inte ramavtalsleverantör till Göteborgs Stad. Det finns därför ingen som helst grund för att Mercus kommer att lida skada i form av förlorad försäljning. Att förfrågningsunderlaget skulle vara så utformat att en anbudsgivare redan i förväg skulle veta hur denne ska offerera för att vinna upphandlingen är helt osannolikt. Förfrågningsunderlagets utformning måste anses vara tillräckligt tydligt.

Upphandlingsbolaget anför bl.a. följande vad gäller JSAB:s ansökan. För en del av de efterfrågade plaggen i baskollektionen finns krav på att plaggen är certifierade och godkända enligt viss EN-standard beroende på plaggets användningsområde. Samtliga positioner där ett sådant krav finns

Avdelning 2

angivet i baskollektionen har kontrollerats mot vad som offererats av anbudsgivarna. Påståendet att de bara har accepterat svaret ”ja” utan att kontrollera om detta stämmer är således inte korrekt. Detta styrks också genom att det vid granskning funnits fyra anbudsgivare som inte gått vidare till utvärderingen av just det skälet att produkterna inte uppfyller kraven på plaggen angivna i baskollektionen, trots att dessa svarat ”ja”. De anbud som uppfyllt kvalificeringskraven har således gått vidare till utvärdering. I upphandlingen har inte bevis begärts in i form av certifikat på att plaggen uppfyller efterfrågad EN-standard. Ingen anbudsgivare har heller inkommit med sådant bevis och Upphandlingsbolaget har inte heller funnit anledning att begära in sådana. Vid utvärderingen har plaggens egenskaper bedömts utifrån förfrågningsunderlagets kravspecifikation oavsett offererat fabrikat. De kontroller som genomförts får anses som fullt tillräckliga. Samtliga anbudsgivare har behandlats på samma sätt och att ställa högre krav på just SIKAB är ett brott mot likabehandlingsprincipen och därför helt orimligt. Ställda krav utgör dessutom ett avtalsvillkor under hela avtalsperioden. Samtliga plagg i SIKAB:s anbud är granskade oavsett om plagget anges som nyhet eller inte. Både de plagg som anges som nyheter liksom övriga produkter i SIKAB:s anbud är väl definierade med bild, artikelnummer, prissatta samt uppfyller efterfrågade egenskaper. Samtliga efterfrågade produkter ingår vid avlämnandet av anbudet och är därmed att betrakta som ingående i sortimentet.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser

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.

Avdelning 2

Rätten ska, enligt 16 kap. 2 § LOU, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först efter att rättelse gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada.

LOU tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som Europeiska gemenskapernas kommission vid varje tid har beslutat och lämnat meddelande om. Värdet av ett ramavtal ska beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga de kontrakt som planeras under ramavtalets löptid (3 kap. 1, 13 §§ LOU).

Om ett ramavtal ingåtts med en enda leverantör enligt 5 kap. 4 § LOU ska villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ramavtalet överensstämma med villkoren i ramavtalet. Vid tilldelningen av sådant kontrakt får den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud.

Av 5 kap. 5 § LOU följer att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, skall dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer får enligt 5 kap. 6 § LOU tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

Avdelning 2

Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och inte alla villkor är angivna i ramavtalet ska, enligt 5 kap. 7 § LOU, parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser arbetskläder för professionellt bruk till personer som är verksamma inom i huvudsak teknisk verksamhet och som arbetar både i inre och yttre miljö. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling och avslutas med att ramavtal tecknas med en eller flera leverantörer. Avtalsperioden startat den 1 september 2009 och avslutas den 31 augusti 2011. Grund för tilldelning av kontraktet är lägsta pris. Beträffande kvalificerande krav är det endast krav listade i svarsblanketten ”Kvalificering” som är kvalificerande. Vidare anges att all annan användning av ordet ”skall” i övrigt är enbart normalt svenskt språkbruk. I tillägg till ramavtalsvillkor daterat den 6 april 2009 anger Upphandlingsbolaget gällande punkt 23 Prisförändringar bl.a. att följande tillägg ska göras sortiment: ”sortiment och volymer kan komma att förändras under avtalsperioden och leverantören skall medverka till att utveckla sortimentet på bl.a. produktförändringar, produktutveckling och försäljningsstatistik”.

Länsrätten bedömning

För att gå vidare till utvärderingsfasen i upphandlingen skall en rad kvalificeringskrav vara uppfyllda. Kvalificerande krav återfinns enligt ”anvisningar för svarsblankett” endast under ”Kvalificering” och inte på något annat ställe i förfrågningsunderlaget. Även om beskrivningen av kvalifikationskraven inte är optimalt utformat, då det i vissa delar framstår som otydligt för anbudsgivaren om det verkligen rör sig om ett skallkrav eller

Avdelning 2

inte, anser länsrätten inte att risken för missförstånd varit sådana att förfrågningsunderlaget varit så oklart att upphandlingen ska göras om.

Upphandlingsbolaget har i anbudsspecifikationen uppgivit fabrikat och produktnamn som kan ses som en vägledning över vilken kvalitet som efterfrågas och som anbudsgivaren ska möta. Det har vidare angivits att det står anbudsgivaren fritt att offerera produkter i annat fabrikat än vad som är angivet och att dessa produkter då skall uppfylla likvärdig kvalitet och funktion. Det ligger i upphandlingsförfarandets princip att en anbudsgivare som väljer att offerera en annan produkt än den efterfrågade aldrig vet vilka han konkurrerar med och vilka priser och kvalitéer konkurrenterna erbjuder. Förfrågningsunderlaget får i denna del anses tillräckligt tydligt varför Mercus invändningar lämnas utan bifall.

SIKAB har i de fall de lämnat anbud som avviker från de efterfrågade produkterna hänvisat till viss produktinformation samt till katalog eller produktblad och i de fall certifiering och godkännande krävts tydligt angett produktens godkännande enligt efterfrågad standard. En upphandlande enhet är visserligen skyldig att kontrollera om de uppgifter som lämnats i ett anbud innebär att ett skallkrav är uppfyllt, men enheten är däremot inte skyldig att kontrollera ifall angivna uppgifter i ett anbud i sig är riktiga såvida inte omständigheter i det enskilda fallet ger anledning att ifrågasätta riktigheten av lämnade uppgifter (jfr. Kammarrätten i Sundsvall dom den 30 november 2005 i mål 3243-04). SIKAB har i anbudshandlingarna svarat ”ja” på samtliga frågor gällande att produkterna uppfyller certifiering och godkännande. Upphandlingsbolaget har anfört att man vid samtliga positioner där ett krav på en viss EN-standard angivits i baskollektionen kontrollerat detta mot vad som offererats av anbudsgivarna. Några omständigheter som bort föranleda ytterligare kontroller har enligt länsrättens mening inte framkommit. Vad avser tvättegenskaper framgår av förfrågningsunderlaget endast att plaggen skall vara märkta med tvätt- och skötselråd. Björn-

Avdelning 2

kläders invändning att vissa av konkurrenternas plagg inte uppfyller fullgoda tvättegenskaper medför därför inte att anbudet inte ska anses kvalificerade.

Under prissättning anges att de produkter och priser som offereras skall vara de som ingår i anbudsgivarens sortiment och som gäller den 1 maj 2009. Länsrätten konstaterar att den angivna skrivningen inte återfinns under kvalificeringskraven. Det rör sig därmed, mot bakgrund av vad som angetts under "Kvalificering" i förfrågningsunderlaget, inte om ett kvalificeringskrav. SIKAB har för sex av de 64 angivna positionerna angett att det rör sig om en "ny produkt, se separat produktblad". I angivet produktblad redovisas de aktuella produkterna under rubriken "nyheter hösten 2009" med bild, artikelnummer och beskrivning. Vidare anges för de nya produkterna, där detta krävts, att de är godkända enligt uppgiven EN-standard. Det faktum att SIKAB för vissa positioner angivit att dessa är nyheter för hösten innebär enligt länsrättens mening inte att de inte ska anses ingå i anbudsgivarens sortiment på sådant sätt att de inte uppfyller kvalificeringskraven utan det rör sig snarare om produktförändringar som måste vara vanligt förekommande för de produkter som upphandlingen rör. Länsrätten noterar att anbudsgivarna förpliktat sig att leverera aktuella produkter i enlighet med anbudets innehåll. Om en antagen leverantör inte klarar detta är det således frågan om ett kontraktsbrott. Detta påverkar inte förhållandet om Upphandlingsbolaget handlat i enlighet med LOU. Sammanfattningsvis saknas därmed skäl att utesluta SIKAB:s anbud från utvärderingen.

Frågan är härnäst om villkoren i ramavtalet inte är fastställda på sådant sätt att det ska anses vara en upphandling enligt 5 kap. 5 och 7 §§ LOU vilket innebär att minst tre leverantörer måste ingå i ramavtalet. Länsrätten gör i denna del följande överväganden. Förutom att lämna pris på "baskollektion", har Upphandlingsbolaget även begärt att anbudsgivarna under

Avdelning 2

”övrigt sortiment inkl. skor” ska ange de fabrikat/sortiment som inte ingår i den efterfrågade baskollektionen. För de produkter som anbudsgivaren lämnar under ”övrigt sortiment inkl. skor” ska endast en rabattsats angivas. Av förfrågningsunderlaget framgår att uppgifterna inte kommer att utvärderas *men kommer att finnas med i ett eventuellt avtal*. Dessa produkter kommer således inte att avropas genom förnyad konkurrensutsättning utan ingår tillsammans med övriga produkter i ramavtalet. SIKAB har för dessa produkter hänvisat till katalog för respektive produkt och det är därmed mot katalogpriserna som rabattsatsen gäller. Det kan därmed inte anses föreligga någon oklarhet om vilket pris som gäller. Samtliga villkor för avrop får därför anses fastställda från början varav följer att det inte föreligger något hinder för Upphandlingsbolaget att teckna ramavtal med endast en leverantör. Den anbudsgivare som lämnat det lägsta priset på ”baskollektionen” blir därmed även leverantör av den del som betecknas som ”övrigt sortiment inkl. skor”. Denna del framstår volymmässigt som klart underordnad ”baskollektionen” som också är den del som utvärderats enligt lämnade anbud. Utvärderingen har således skett i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Till följd av det anförda ska ansökningarna avslås.

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


Göran Schiller

/FR



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

