



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2012-05-24
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
835-12 E
Enhetschef 2

SÖKANDE

Ide-Mode AB, 556476-5617
Korsgatan 33
447 35 Vårdgårda

MOTPART

Vetlanda kommun
574 80 Vetlanda

KONKURRENSVERKET	
2012-05-25	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om upphävande av förlängd avtalsspärr.

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Vetlanda kommun genomför på uppdrag av Höglandets Räddningstjänstförbund en upphandling, förenklat förfarande, benämnd Stationskläder till Höglandets Räddningstjänstförbund (UH-2011-44). Enligt förfrågningsunderlaget syftar upphandlingen till tecknande av ramavtal med en leverantör. Varken alternativa anbud eller reservationer accepteras. Av de anbud som lämnats av anbudsgivare som inte ska uteslutas och som uppfyller kvalificeringskraven kommer det anbud att antas som innehåller det lägsta priset. Genom tilldelningsbeslut har annan anbudsgivare (Indiform AB) än Ide-Mode AB (Ide) antagits och Ide har ansökt om överprövning.

Dok.Id 67774

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Ide ansöker om överprövning och anför bl.a. följande. I kravspecifikationen anges materialkrav i procent med beteckningen cirka framför. Detta ger ett utrymme för tolkning och bedömning som inte borde förekomma i samband med ska-krav. Användning av sådana flexibla ska-krav kan inte anses förenligt med LOU. Vad gäller likvärdighetsbedömningen kan avvikelser i materialhänseende inte vara större än maximalt 2 – 3 procent. Vid större avvikelse är det de facto fråga om en annan produkt. Under positionerna Krav 2.16, Krav 2.42 och 2.33 (Krav ca 60 procent polyester och 40 procent ull) har vinnande anbudsgivare angivit Sportwool. Det är oklart vad som menas med Sportwool. Enligt dokumentation som **Ide** inhämtat och ingivit är sammansättningen 50 procent polyester och 50 procent ull. Under utvärderingsfasen har varuprover begärts in. Dessa har för vinnande anbudsgivare haft sammansättningen 55 procent polyester och 45 procent ull, vilket också angivits på de inskickade exemplaren. Utvärderingen måste utgå från det underlag som finns i lämnade anbud. Att vid inlämnande av varuprover ge in dokumentation och prover som visar på andra uppgifter än de ursprungligen offererade kan inte anses korrekt. Ett sådant förfarande öppnar för efterhandskonstruktioner som inte kan kontrolleras. Vidare innefattar även varuprovernans materialsammansättning en för stor avvikelse. En avvikelse från angiven materialsammansättning på mer än två procent ger det aktuella plagget helt annorlunda egenskaper i form av bl.a. sämre slitstyrka och livslängd.

Vetlanda kommun anser att ansökan ska avslås och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva den förlängda avtalsspärren samt anför bl.a. följande. Kommunen har inte eftergett eller bortsett från ställda ska-krav. De krav som följer av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU har iakttagits. Den utdragna upphandlingsprocessen motiverar att den förlängda avtalsspärren upphävs. Det har inte efterfrågats någon exakt materialsamman-

sättning. Den marknadsanalys som föregått upphandlingen visade att det var lämpligt att tillåta en viss flexibilitet avseende materialsammansättning. Att ange exakta procentangivelser hade medfört en konkurrensbegränsning, vilket är i strid med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Den dokumentation som Ide åberopar inkom tillsammans med varuproverna. Det var dock varuproverna som utgjorde bevis enligt punkt 4.1. i förfrågningsunderlaget eftersom sådana efterfrågats. Kommunen har utnyttjat sin möjlighet till begränsad kontroll enligt LOU. Det efterfrågades därför inga bevis vid anbudslämningen på att offererade produkter uppfyllde ställda krav. Istället krävdes att produkterna skulle kunna tillhandahållas på begäran. Eftersom Indiforms anbud innehåll det lägsta priset begärdes varuprov på ett antal produkter. Att de ställda kraven på produkterna uppfylldes kontrollerades genom granskning av de insända varuproverna. Produktinformation, produktkatalog, säkerhetsdatablad, leverantörsintyg etc. accepterades för resterande produkter. Således har ingen materialspecifikation presenterats i efterhand. Det har angivits i förfrågningsunderlaget att det är kommunen som avgör om en offererad produkt är likvärdig eller inte. Avvikelsen på fem procentenheter påverkar inte de efterfrågade plaggens egenskaper och rymms i det angivna cirkamåttet.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva

1. en upphandling, och

2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår följande. 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 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.

Av EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC, framgår bl.a. följande. Principen om likabehandling innefattar en skyldighet att möjliggöra insyn, så att man kan kontrollera att den iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Slutligen ska tilldelningskriterierna, vid prövning av anbudena, tillämpas enhetligt och objektivt på samtliga anbudsgivare.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Ide har bl.a. angivit att materialkrav i procent med beteckningen cirka framför ger ett utrymme för tolkning och bedömning som inte borde före-

komma i samband med ska-krav. Det finns därför anledning att pröva om de krav på tydlighet och möjlighet till efterhandskontroll som följer av likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU uppfyllts.

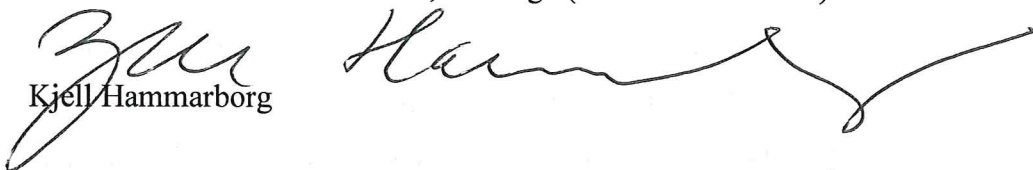
Av förfrågningsunderlaget framgår att pris ska lämnas på samtliga positioner (1.1 – 1.22) och att offererad produkt ska uppfylla angivna krav (2.1 – 2.61). Leverantören ska bekräfta att kraven uppfylls genom att bocka i svarsrutan Ja. Vidare ska leverantören på begäran av upphandlande myndighet, inom fem arbetsdagar från begäran, kunna inkomma med bevis som styrker att offererade produkter uppfyller ställda krav på vara. Exempel på bevis kan vara produktkatalog, produktfaktablad, broschyrmaterial, leverantörsintyg, varuprov etc.

De i målet aktuella kraven avser produkterna pikétröja, funktions- T- shirt, och tröja i funktionsmaterial; ca 60 procent polyester och ca 40 procent ull. Även produkter som av upphandlande myndighet bedöms likvärdiga accepteras.

Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer såväl föremålet för kontrakten som vilka bevis på att urvalskriterierna uppfylls som ska lämnas av leverantörerna. Vid utövandet av denna bestämmanderätt måste dock de grundläggandeprinciperna enligt 1 kap. 9 § LOU iaktas. Vad som avses med funktionsmaterial har endast bestämts genom angivande av material-sammansättning med cirkaprocent och dessutom med förbehåll för att även likvärdiga produkter godtas. För att begreppet likvärdig produkt ska kunna tolkas måste man veta vad det ska vara likvärdigt med. Genom att cirkabegreppet används utan definition blir kraven alltför otydliga. Föremålet för kontraktet kan därmed inte anses ha definierats på ett sådant tydligt sätt som krävs enligt likabehandlingsprincipen. Denna otydlighet kan antas ha påverkat Ides möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Vetlanda kommun har brutit mot LOU och Ide har lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Då felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede finns det inte skäl för en mindre ingripande åtgärd än ett förordnande om att upphandlingen ska göras om. Det finns inte skäl att besluta att den förlängda avtalsspärren ska upphävas, varför yrkandet härom ska avslås.

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


Kjell Hammarborg