



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2010-06-02
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
3257-10 E
Domarenhet 8

SÖKANDE

Jobtop AB, 556262-1432
Granvägen 10
360 42 Braås

MOTPART

Landstinget i Värmland
651 82 Karlstad

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURSPENNING

2010-06-07

Avd	
Dnr	
Doss	Alst

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 12 mars 2010 upphör i och med denna dom att gälla.

BAKGRUND

Landstinget i Värmland (landstinget) har inlett en offentlig upphandling av arbetskläder, dnr UE/090077. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling och avtalsperioden är två år med option om förlängning ett plus ett år. I upplysning om tilldelningsbeslut den 11 mars 2010 har landstinget meddelat att det beslutat tilldela upphandlingskontraktet till Arbetskydd Express i Helsingborg AB (Arbetskydd). I upplysningen anges att den genomförda prövningen och utvärderingen av inkomna anbud visat att anbudet uppfyller samtliga krav och har lägst anbudspris.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Jobtop AB (Jobtop) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska rättas innan den får avslutas innebärande att vinnande anbud från Arbetskydd ska uteslutas och inte utvärderas. Till stöd för sin ansökan anför Jobtop bl.a. följande.

Arbetskydd har inte uppfyllt skall-kraven avseende vind- och vattentätighet samt s.k. andasfunktion i förfrågningsunderlaget, punkterna 2.6, 2.7 och 2.8. (rätteligen torde här avses 2.6, 2.8 och 2.9; förvaltningsrättens anmärkning).

Den första punkten anger midjejacka, som enligt förfrågningsunderlaget skulle vara vind vattentät samt andas. Den offererade jackan är inte vattentät och saknar s.k. andasfunktion. Jackan saknar enligt tillverkaren alla former av vattenavvisande behandling och de kan inte ange några värden för ångtransport eftersom jackan saknar den sortens membran som normalt krävs.

Den andra punkten anger allvädersjacka. Även här har samma jacka offererats, och en icke vind- eller vattentät jacka kan knappast benämnas allvädersjacka.

Den tredje punkten anger vinterjacka med löstagbar fleece, vind- och vattentät samt andas. Den offererade jackan har endast en vattenavvi-

sande ytbehandling. Den är alltså inte vattentät och saknar andasfunktion enligt tillverkaren.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och yrkar i första hand att den ska avslås och i andra hand, om rätten skulle anse att en åtgärd enligt LOU är påkallad, att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför landstinget bl.a. följande.

Arbetarskydd har enligt landstingets uppfattning offererat efterfrågade arbetskläder som uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna kraven.

I landstingets förfrågningsunderlag del 1, Administrativa föreskrifter, framgår följande vid punkt 2.1 angående föreskrift om obligatoriska krav, s.k skall-krav:

”Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (skall-krav). Dessa är markerade med fetstil ”**skall**”.

Pos. 2.6

Landstinget har här i sortimentslistan angett följande: ”Midjejacka, vind, vattentät samt andas”. Det framgår inte av landstingets formulering att det är fråga om ett obligatoriskt krav enligt den definition på obligatoriska krav som framgår ovan då ordet ”skall” med fet stil saknas. Materialet i den vinnande jackan är ett blandmaterial med bomull och polyester och drar inte till sig vatten som ett plagg av 100 procent bomull gör. Plagget är således vattentåligt och andas på avsett sätt.

Pos. 2.8

För ”Allvädersjacka” har landstinget inte angett några egenskaper. Denna jacka behöver inte vara vind- eller vattentät på det sätt Jobtop påstår.

Pos 2.9

Landstinget har angett följande: ”Vinterjacka med löstagbar fleece, vind, vattentät samt andas”. Det framgår på samma sätt som anförts vid Pos 2.6 inte av denna formulering att det är fråga om ett obligatoriskt krav enligt den definition på obligatoriska krav som framgår i förfrågningsunderlagets administrativa del punkt 2.1 eftersom ordet ”skall” med fet stil saknas. Materialet i den vinnande jackan tål en viss mängd vatten och har en god andningsförmåga. Plagget har således avsedda egenskaper.

Jobtops offererade plagg har vissa brister (den närmare beskrivningen här utesluten, förvaltningsrättens anmärkning). Det är uteslutet att Jobtop skulle kunna påräkna att få beställningar av plagg som inte uppfyller landstingets krav. Vid en utvärdering på det sätt som Job-

top hävdar bort ske hade Jobtop uteslutits från upphandlingen i kvalificeringsfasen. Jobtop kan således aldrig komma att lida skada.

Jobtop tillägger bl.a. följande.

Grunden för Jobtops talan är att man som anbudsgivare måste följa anbudsunderlaget. Om den upphandlande parten anger vissa specifikationer så måste de uppfyllas. Om sådana specifikationer inte är tvingande så kan det leda till godtyckliga värderingar och att man inte gör en rättvis jämförelse av anbudet.

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation punkt 2 Sortiment står det - *Landstinget har valt att ta fram en varukorg avseende arbetskläder. Leverantör skall tillhandahålla alla de arbetskläder som omfattas av varukorgen och som finns upptagna i sortimentslistan.*

Detta måste uppfattas som att samtliga de plagg, med specificerade funktioner, som upptagits i sortimentslistan ska offereras. Om funktioner som "vattentät" och "andas" angetts innebär det enligt vedertagna branschbegrepp, att plagget inte släpper igenom vatten upp t.o.m. en vattenpelare av viss längd och avger en viss mängd ånga per tidsenhet. Som exempel kan tas det av Jobtop offererade plagget under punkt 2.9, som motstår trycket av vattenpelare 3000 mm och avger fukt 2000 gr/kvm under 24 timmar.

Om man kan bortse från dessa krav och offerera plagg som saknar nämnda funktioner, förstår Jobtop inte varför man specificerar kraven, vilka då blir direkt vilseledande. Om kraven inte är obligatoriska hade Jobtop offererat ett annat plagg. Nämnda funktioner ställer högre tekniska krav på material och plagg, samt gör plaggen dyrare än de som saknar funktionerna.

I Landstingets yttrande under t.ex. Pos 2.6 säger man - *Materialiet i den vinnande jackan vid position 2.6 är ett blandmaterial med bomull och polyester och drar inte till sig vatten som ett plagg av 100 procent bomull gör. Plagget är således vattentåligt och andas på avsett sätt.* Detta är direkt ovederhäftigt och jämförelsen med ett rent bomullsplagg obegriplig. Man använder sig nu av termen vattentåligt. Alla plagg som efterfrågas är vattentåliga, vilket kan tolkas som att de tål att tvättas.

Polyesterfibrer har låg vattenuptagningsförmåga och bomullsfibrer hög. Men även om plagget vore tillverkat av 100 procent polyester så är det inte per automatik vattentätt. Ett vävt tyg släpper igenom vatten om det inte är behandlat på ett eller annat sätt.

Förvaltningsrätten har den 12 mars 2010 beslutat att landstinget tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § skall 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.

Såsom framgår av vad parterna anfört har landstinget i punkten 2.1 i de administrativa föreskrifterna för upphandlingen angett att förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (skall-krav) och föreskrivit att dessa ska vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas. Vidare framgår av punkten 3.3 att det/de anbud som innehåller det lägsta priset kommer att antas. I kravspecifikationen punkt 2, sortiment, föreskrivs att leverantör **skall** tillhandahålla alla de arbetskläder som omfattas av varukorgen och som finns upptagna i sortimentslistan. Samtliga positioner i sortimentslistan måste offereras vilket innebär att anbudspris **skall** anges på samtliga positioner. Har leverantör inte svarat på samtliga positioner kommer anbudet inte att utvärderas vidare.

I sortimentslistan pos 2, produkten jackor, anges i 2.6 "Midjejacka, vind, vattentät samt andas", i 2.8 "Allvädersjacka", i 2.9 "Vinterjacka med lös-tagbar fleece, vind vattentät samt andas".

Förvaltningsrättens bedömning.

Frågan är hur man ska uppfatta det skall-krav som här är aktuellt och dess koppling till de produkter som anges i sortimentslistan. I listan anges ett antal egenskaper hos vissa produkter, bl.a. vind- och vattentät samt s.k. andas-funktion. Man kan fråga sig om skallkravet i första hand ska ses som ett krav på kvantitet, dvs att alla poster enligt listan ska täckas in av anbudet och listan ger en allmän beskrivning av efterfrågat plagg, eller om det syftar även på vissa kvalitativa krav som kan utläsas av sortimentslistan.

Enligt förvaltningsrättens mening är en inte orimlig tolkning att de upphandlade produkterna ska ha angivna egenskaper, dvs omfattas av skallkravet. Vad Jobtop anfört talar vidare med viss styrka för att ett par av plaggen inte uppfyller kraven på att vara vattentäta, om inte detta krav tolkas mycket liberalt. De angivna egenskaperna är å andra sidan i klädsammanhang ytterst svåra och kanske närmast omöjliga att fullt ut uppfylla enligt sin lydelse. I normalfallet blir det snarare fråga om i vilken utsträckning plaggen står emot vind och vatten samtidigt som de ska släppa ut luft och ventileras (andas). Detta kan möjligen tala för kommunens uppfattning att angivna egenskaper inte är att uppfatta som formella skall-krav. Läses hela det aktuella stycket med skallkrav i ett sammanhang förefaller också syftet snarast vara att ställa ett kvantitativt krav. Skall-kravet får enligt förvaltningsrättens mening dock anses oklart.

För att på ett öppet och likvärdigt sätt genomföra en upphandling av kläder med de angivna egenskaperna finns det enligt förvaltningsrättens mening olika sätt att gå till väga. Ett sätt är att ange en miniminivå på förmågan att

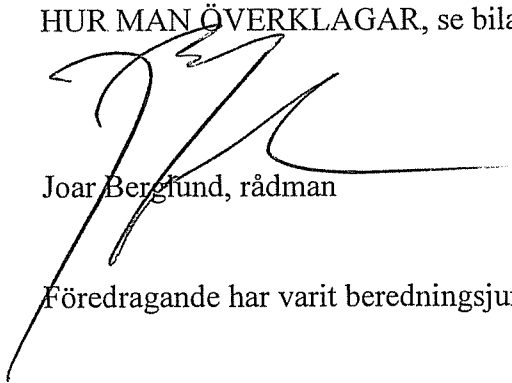
stå emot vind och vatten samt att andas, varvid lägst pris kan användas som tilldelningskriterium. Ett annat sätt kan vara att använda sig av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och poängbedöma plaggens egenskaper med mervärde för plagg med bättre egenskaper, eventuellt i förening med att ange en miniminivå som alla plagg måste uppfylla.

Genom att landstinget formellt uppställt höga krav på jackorna men enligt vad som framkommit i utredningen av målet inte ansett dessa egenskaper som skall-krav, har det enligt förvaltningsrättens mening inte varit möjligt för anbudsgivarna att med någon större säkerhet bedöma vad landstinget efterfrågat och ansett vara viktigt. Med den av landstinget valda modellen med lägsta pris har det varit till nackdel för anbudsgivare att offerera ”allt-för bra produkter” samtidigt som det varit riskabelt att offerera kläder till lågt pris vilka av landstinget kanske inte skulle anses ha de efterfrågade egenskaperna. Situationen kan i viss mening anses innebära att landstinget tillskapat sig fri prövningsrätt vad gäller de angivna egenskaperna. Att det funnits oklarheter i förfrågningsunderlaget illustreras också av att landstinget tillåtit Jobtops anbud att delta i utvärderingen fastän det ”egentligen”, enligt vad landstinget numera gör gällande, bort uteslutas.

Med hänvisning till vad som anförts finner förvaltningsrätten att landstinget inte har genomfört upphandlingen på ett sådant sätt som uppfyller kraven i 1 kap. 9 § LOU. Den bedömning som här gjorts innebär att felet väsentligen avser förfrågningsunderlaget, varför det ligger närmare till hands att upphandlingen görs om än att besluta om rättelse enligt Jobtops yrkande. Felet har medfört att Jobtop lidit eller kan komma att lida skada, oavsett om Jobtop såsom landstinget angett inte genom sitt anbud uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget till alla delar. Hade förfrågningsunderlaget varit bättre preciserat är det möjligt att Jobtop anpassat sitt anbud därtill, och därmed haft möjlighet att antas som leverantör.

I och med denna dom upphör förvaltningsrättens interimistiska beslut den 12 mars 2010 upphöra att gälla.

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



Joar Berglund, rådman

Föredragande har varit beredningsjuristen Göran Wirdéus.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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. 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 ska 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 var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.