



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Mathias Falk

DOM
2013-06-13
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM

Mål nr
6116-12
Domare 1:3

Sida 1 (20)

SÖKANDE

Borås Yrkeskläder AB, 556818-6216
Box 22005
504 11 Borås

Ombud: Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. Borås Stad, 212000-1561
501 80 Borås

2. Borås Elnät AB, 556527-5582
Box 1714
50117 Borås

3. Bollebygds kommun, 212000-2973
Ballebovägen 2
517 83 Bollebygd

4. Svenljunga kommun, 212000-1512
512 80 Svenljunga

5. Tranemo kommun, 212000-1462
514 80 Tranemo

6. Ulricehamns kommun, 212000-1579
Bogesundsgatan 22
523 86 Ulricehamn

Ombud för 1-6: Stadsjurist Torbjörn Alfredsson
Borås Stad
Stadskansliet
501 80 Borås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013 -06- 1 8	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 101608

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen avseende "Anbudsområde Arbetskor till bygg m.m." ska rättas på så sätt att den får avslutas först sedan Borås Stad, Bollebygds-, Tranemo och Ulricehamns kommun genomfört en ny anbudsutvärdering.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning såvitt avser "Anbudsområde Arbetskläder för bygg, varsel m.m." och "Anbudsområde Arbetskläder för elarbete".

BAKGRUND

Borås Stad, Borås Elnät AB, Bollebygds-, Svenljunga-, Tranemo och Ulricehamns kommun (Kommunerna) genomför en upphandling avseende arbetskläder och arbetskor. Upphandlingen handläggs enligt reglerna om öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingen är uppdelad i flera delar och anbud kan lämnas på en eller flera delar. De delar som är aktuella i förevarande mål är anbudsområdena *Arbetskläder för bygg, varsel m.m.*, *Arbetskläder för elarbete* och *Arbetskor till bygg m.m.* I tilldelningsbeslut avseende dessa antogs anbud som hade lämnats av Grolls AB (Grolls).

Borås Yrkeskläder AB (Bolaget) har lämnat anbud på samtliga ovan nämnda delar och har rangordnats som nummer två avseende anbudsområdena *Arbetskläder för bygg, varsel m.m.* och *Arbetskläder för elarbete* samt bedömts inte vara kvalificerat avseende anbudsområde *Arbetskor till bygg m.m.*

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

1.4. ANBUDSPRÖVNING

1.4.1.1. Redogörelse för anbudsprövning

Samtliga offererade produkter kommer att kontrolleras mot de krav som finns i Bilaga 1, Kravspecifikation. Samtliga obligatoriska krav i detta dokument, Förfrågningsunderlaget, skall accepteras och vara uppfyllda för att anbudet skall utvärderas.

Anbudsgivaren skall offerera/uppfylla 80 % av antalet artiklar inom offererad kategori för att kvalificera sig som leverantör för respektive flik (kategori) i Bilaga 1, Kravspecifikation, som anbud lämnas på. Om detta inte uppfylls kommer anbud att förkastas.

1.5. UTVÄRDERING

1.5.3.1. Priskriterie

Belastningspris används i de fall då offererad produkt per positionen inte uppfyller kraven eller inte har offererats. Belastningspris = positionens högsta anbudspris + 10 % (Det högsta offererade anbudspriset av alla anbudspriser, som uppfyller samtliga krav).

I förfrågningsunderlagets bilaga 1, kravspecifikation, anges bl.a. följande:

Artiklar och benämningar är från våra tidigare leverantörers sortiment och skall ses som vägledande.

Angivet artikelnummer och benämning är till för att anbudsgivaren ska kunna se vilken typ av plagg som vi avser att upphandla. Denna hänvisning ska ses som en skiss.

Vi kommer inte att fästa någon större vikt vid att det ska vara "exakta kopior". Vi avser upphandla samma funktion som de plagg vi hänvisar till.

YRKANDEN M.M.

Bolaget

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska ske varvid Grolls anbud ska bortses från vad gäller anbudsområdena *Arbetskläder för bygg, varsel m.m.* och *Arbetskläder för elarbete*.

Om förvaltningsrätten inte finner att rättelse ska ske beträffande det ena eller båda anbudsområdena enligt ovan yrkar Bolaget att upphandlingen istället ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om beträffande anbudsområdena *Arbetskläder för bygg, varsel m.m.* och/eller *Arbetskläder för elarbete* varvid utvärderingen ska genomföras på ett sätt som inte står i strid med principerna om transparens och likabehandling.

Bolaget yrkar vidare att upphandlingen ska rättas beträffande anbudsområdet *Arbetsskor till bygg m.m.* på så vis att utvärderingen ska göras om varvid Bolagets anbud ska delta i utvärderingen.

Om förvaltningsrätten skulle finna att rättelse enligt ovan inte är möjlig beträffande ett eller flera av de tre anbudsområdena yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om beträffande den eller de anbudsområden där rättelse inte ska ske.

Kommunerna

Kommunerna bestrider bifall till Bolagets yrkande om att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas eller göras om.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Bedömningar av anbudsområden

Anbudsgivarna har fått fylla i och bekräfta om kraven är uppfyllda eller inte i anbudsbilagan. Kommunerna har dock därutöver krävt att anbudsgivarna i anbudsbilagan redovisar hur respektive obligatoriskt krav uppfylls genom att t.ex. ange att en viss byxa har förböjda knän eller en viss GE-märkning. Borås Stad har uppenbarligen inte kontrollerat riktigheten av sådana uppgifter som lämnats i anbud. Eftersom uppgifterna begärts in borde de också rätteligen ha kontrollerats. Nyttillkomna omständigheter kan inte beaktas då de inte fanns med i Grolls ursprungliga anbud.

Anbudsområde Arbetsskor till bygg m.m.

Bolaget har felaktigt uteslutits från anbudsområdet på grund av att bolaget har offererat samma produkt för olika positioner. Förfrågningsunderlaget innehåller inte något krav på att samma produkt inte får offereras för olika positioner.

För anbudsområdet har Bolagets anbud uteslutits då det enligt Kommunerna inte uppfyller kravet på att minst 80 % av offererade produkter ska vara i överensstämmelse med kraven. Ett skäl härtill är att Bolaget offererat samma produkt på två olika positioner, vilket inte varit tillåtet enligt Kommunerna. Hade dessa positioner godkänts hade Bolagets anbud inte kunnat förkastas på nämnda grund.

Bolagets anbud har tilldelats belastningspris på i vart fall 8 positioner inom anbudsområdet med hänvisning till att bolaget offererat samma produkter på flera positioner.

Eftersom det saknas någon regel i förfrågningsunderlaget av innebörden att det inte skulle vara tillåtet att offerera samma produkter för olika positioner har Bolagets anbud utvärderats på ett felaktigt sätt. Kommunerna har genom sitt agerande åsidosatt både transparens- och likabehandlingsprincipen.

Det framgår dessutom av utvärderingsrapporten att Grolls har offererat samma artikel på två positioner utan att påföras belastningspris.

Bolaget vill påpeka att "en rabattsats" ej var eller är understruken i förfrågningsunderlaget utan togs som en uppmaning om en rabattsats i allmänna ordalag. För att få detta förtydligat försiggick ett samtal till upphandlande enhet och den avtalsansvarige där, om det kunde tolkas i allmänna ordalag. Under samtalet bekräftades att man kunde lämna flera rabattsatser. Redovisade också svårigheten att enbart lämna en rabattsats, eftersom Bolaget arbetar med flera leverantörers bruttoprislistor och på detta erhåller olika förutsättningar. Detta för att Kommunerna ska få bästa pris på övrigt sortiment. Kommunerna borde i vart fall inte bekräftat att man kunde ha flera rabattsatser utan uteslutit bolaget från början. Bolaget hänvisar i denna del även till e-postkonversation. Bolaget har utgått från att det svar Kommunerna lämnade var riktigt. Bolaget har således slutit sig till att det ska anges en rabattsats men att det i och för sig kan röra sig om olika rabattsatser. Enligt Bolaget har det inte stått klart att det skulle offereras endast en rabattsats.

Anbudsområde Arbetskläder för bygg, varsel m.m.

Grolls anbud brister på olika vis i kravuppfyllnad avseende minst 22 positioner i förfrågningsunderlaget. För att kvalificera sig som leverantör ska leverantören enligt förfrågningsunderlaget offerera 80 procent av antalet artiklar för respektive flik. Anbudsområdet Arbetskläder för bygg, varsel

m.m. består av totalt 93 positioner. För att uppfylla skall-kravet på att offerera 80 procent av antalet artiklar skulle Grolls ha behövt offerera 74 produkter som uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget. Eftersom Grolls endast offererat 71 produkter som uppfyller ställda krav, det vill säga mindre än 80 procent av produkterna, skulle anbudet rätteligen ha förkastats för anbudsområdet. Grolls anbud var inte kvalificerat för utvärdering. Om Grolls hade uteslutits skulle Bolagets anbud ha tilldelats kontraktet för det aktuella anbudsområdet.

Anbudsområde Arbetskläder för elarbete

Grolls anbud brister på olika vis i kravuppfyllnad avseende minst 6 positioner i förfrågningsunderlaget. För att kvalificera sig som leverantör ska leverantören enligt förfrågningsunderlaget offerera 80 procent av antalet artiklar för respektive flik. Anbudsområdet Arbetskläder för elarbete består av totalt 25 positioner. För att uppfylla skall-kravet på att offerera 80 procent av antalet artiklar skulle Grolls ha behövt offerera 20 produkter som uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget. Grolls har dock endast offererat 19 produkter och därmed mindre än 80 procent. Grolls anbud skulle därför rätteligen ha förkastats för anbudsområdet Arbetskläder för bygg, varsel m.m. Om Grolls hade uteslutits skulle Bolagets anbud ha tilldelats kontraktet för det aktuella anbudsområdet.

Transparens

Kommunerna har i sin bedömning tillämpat ett antal kriterier nämligen – vikt, material och “andra parametrar”. Vilka de “andra parametrarna” är framgår inte av förfrågningsunderlaget.

Det är alldeles uppenbart att tillvägagångssättet står i tydlig strid mot den grundläggande EU-rättsliga principen om transparens. Kommunerna har

använt sig av kriterier som inte redovisats i förfrågningsunderlaget och också av en modell för viktning av kriterierna som inte varit känd. Uppenbarligen har även "andra parametrar" applicerats i vissa fall. Vilka dessa andra parametrar är, i vilka fall de tillämpats och hur de viktats i förhållande till övriga underkriterier är okänt.

Det följer av gällande EU-rättspraxis, mål C-532/06 Lianakis, att en upphandlande myndighet inte har rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa. Det är tydligt att Kommunerna inte har underrättat anbudsgivarna i förväg om för upphandlingen väsentliga kriterier för den kommande bedömningen av produkter. Detta har haft en negativ inverkan på Bolagets möjligheter att vinna upphandlingen.

Om det hade varit känt för Bolaget att bedömningen av produkterna skulle genomföras på det vis som nu i efterhand beskrivs hade Bolaget förstås kunnat offerera alternativa plagg och därmed uppnå ett bättre resultat i upphandlingen.

Bolaget har felaktigt påförts belastningspris på ett antal positioner, för vissa positioner endast på grund av att vikten på de aktuella plaggen avviker med mer än 20 % från referensartiklarna. Något stöd i förfrågningsunderlaget för att påföra belastningspris på denna grund finns inte.

Det är oklart hur Kommunerna har gjort bedömningen av de olika anbudsgivarnas produkter. Genom att tillämpa kriterier och viktningar av dessa som inte angivits i förfrågningsunderlaget har Kommunerna tydligt brutit mot principerna om transparens och likabehandling.

Kommunerna

Anbudsprövnings- och utvärderingsmodell

I enlighet med vad som anges under förfrågningsunderlagets rubriker 1.5.1.1. och 1.5.3.1. kan anbudsprövnings- och utvärderingsmodellen som tillämpats i korthet beskrivas på följande sätt.

Anbudsgivaren ska offerera och minst uppfylla ställda krav avseende 80 procent av de artiklar som efterfrågats avseende den upphandlingsdel som anbudet avser. I det fall anbudsgivaren väljer att inte offerera en artikel eller om offererad artikel inte uppfyller kraven tilldelas anbudsgivaren ett s.k. belastningspris. Belastningspriset är tio procent högre än det pris som den anbudsgivare som har offererat högst pris avseende den aktuella positionen. Anbudsgivaren ska vidare offerera pris avseende tryck av särskilt angiven logga med visst mått. Utöver priser på de artiklar som särskilt efterfrågats och pris avseende tryck ska anbudsgivaren även offerera en rabattsats avseende anbudsgivarens övriga sortiment av varor som ingår i den ifrågavarande varukategorin. Rabattsatsen ska utgå från anbudsgivarens bruttoprislista. Utvärdering har skett genom att uppskattad årsvolym avseende respektive artikel har multiplicerats med offererat pris per artikel inklusive kostnad för tryck av logga (vid beställning av 100 tryck). Priserna avseende samtliga artiklar inom upphandlingsdelen har därefter summerats. Den summa som därvid erhållits har slutligen multiplicerats med ett minskat med den offererade rabattsatsen avseende anbudsgivarens övriga sortiment plus ett $(1 - \text{offererad rabatt} + 1)$ för att få fram en utvärderingssumma. Den anbudsgivare som lämnat den lägsta utvärderingssumman avseende respektive upphandlingsdel har antagits, under förutsättning att anbudsgivaren uppfyllt samtliga kvalificeringskrav och att anbudet uppfyller samtliga övriga obligatoriska krav. Upphandlingsunderlaget föreskriver inte något uttryckligt krav avseende plaggens vikt eller material.

Däremot har plaggets vikt och material stor betydelse för dess funktion. Funktionskravet har tydliggjorts dels genom att ett förtydligande lämnats, dels genom svar som lämnats på frågor från anbudsgivare i "Frågor och Svar" som är den funktion i Kommunernas upphandlingssystem genom vilken kommunikation sker under anbudstiden. Vid bedömningen av om ett plagg uppfyller kravet på funktion har vikt och material vägts in som två parametrar i en helhetsbedömning. Även andra parametrar har i vissa fall vägts in beroende på vilket användningsområde efterfrågat plagg har. Störst del vid bedömningen har emellertid tilldelats just vikt och material eftersom dessa parametrar har störst inverkan på ett plaggs funktion och användningsområde. Kommunerna noterar härvid att det är närmast uppenbart att ett plaggs egenskaper är beroende av dess vikt och dess material. Angående vikten har utgångspunkten vid anbudsvärderingen varit att en avvikelse gentemot aktuell referensartikel normalt inte kan överstiga 20 procent för att funktionen av plagget ska kunna sägas vara densamma som referensartikelns. Artiklar med lägre viktavvikelse har således kunna godtas under förutsättning att övriga parametrar, t.ex. material, varit uppfyllda eller inte avvikit alltför mycket.

Bedömningar av anbudsområden

Anbudsområde Arbetskor till bygg m.m.

Grolls anbud

Kommunerna inser att Grolls offererat samma artikel avseende två positioner. För detta skulle alltså Grolls rätteligen ha tilldelats belastningspris. En ny utvärdering, i vilken Grolls tilldelas ett sådant belastningspris, skulle dock inte innebära någon skillnad i vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. Bolaget kan i vilket fall som helst inte anses ha lidit någon skada genom denna felaktighet i utvärderingen eftersom dess anbud inte

uppfyller kravet på att 80 procent av antalet efterfrågade artiklar ska offereras.

Borås Yrkeskläders AB:s anbud

Kommunerna konstaterar att upphandlingsdelen har 28 positioner, varav vissa positioner har samma krav. Anledningen till att flera positioner har samma krav är att Kommunerna önskar upphandla ett brett sortiment med ibland flera olika artiklar som uppfyller samma krav. Någon anledning att annars ange samma krav för flera positioner finns givetvis inte varför varje rimligt informerad anbudsgivare måste insett att samma artikel inte tillåts på fler än en position.

I det fall förvaltningsrätten trots vad som nu anförts drar slutsatsen att Kommunerna felaktigt tillämpat de förutsättningar som framgår av upphandlingsunderlaget har Bolaget inte lidit skada eller riskerat någon sådan skada. En förnyad utvärdering, justerad efter förutsättningen att det är tillåtet att offerera samma artikel på flera positioner, skulle nämligen visa att anbudet från Bolaget endast är det tredje bästa då både anbudet från Skene Järn AB och anbudet från Ahlsell AB är bättre enligt den valda utvärderingsmodellen.

Kommunerna har med anledning av Bolagets ansökan om överprövning företagit en förnyad granskning av inkomna anbud. Det har därvid konstaterats att anbudet från Bolaget beträffande upphandlingarna "Bygg-, underhåll- och varselkläder" och "Arbetskor till bygg m.m." inte uppfyller kravet under förfrågningsunderlagets rubrik 1.5.1.1. att anbudsgivaren i anbud ska ange en rabattsats för de kategorier som anbudet avser för anbudsgivarens övriga sortiment. Bolagets anbud innehåller avseende såväl upphandlingen "Bygg-, underhåll- och varselkläder" som upphandlingen "Arbetskor till bygg m.m." hela tre rabattsatser avseende övrigt sortiment

och skulle därför rätteligen ha uteslutits innan de utvärderades. I de fall upphandlingsunderlaget innehåller felaktigheter eller om fel begåtts i samband med anbudsutvärderingen kan Bolaget med denna bakgrund inte ha lidit skada avseende upphandlingarna "Bygg-, underhåll- och varselkläder" och "Arbetskor till bygg m.m.". Kommunerna konstaterar att den e-postkonversation som Bolaget åberopar initierats av den ansvarige projektledaren och att frågan skickats i tiden efter anbudsöppningen. Projektledaren önskade informera sig om de angivna artiklarna omfattas av någon rabattsats och i så fall av vilken. Det bestrids att projektledaren lämnat besked om att flera rabattsatser på samma upphandlingsdel kunde offereras. Kommunerna vidhåller med denna bakgrund att Bolagets anbud inte skulle ha utvärderats vidare.

Anbudsområde Arbetskläder för bygg, varsel m.m. och Arbetskläder för elarbete

Det har inte på någon position ställts krav på att anbudsgivare ska inkomma med bevis för verifiering av att respektive krav är uppfyllt. Det har därför varit fullt tillräckligt för att Grolls anbud ska anses uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget att kravuppfyllelsen bekräftats i anbudet (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2449-10). Som kontroll har det därmed varit fullt tillräckligt att de upphandlande myndigheterna jämfört anbudet med de krav som ställts (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i målen 1472- -1474-11).

Ett längre gående ansvar att kontrollera lämnade uppgifter kan bara inträda om det finns särskild anledning att ifrågasätta de uppgifter som lämnats (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2841-11).

Med denna bakgrund har Kommunerna gått vidare och kontrollerat Grolls anbud i de delar som ifrågasatts under den nu pågående överprövningsprocessen.

För att anbudsgivaren ska kvalificera sig som leverantör krävs enligt förfrågningsunderlaget att 80 procent av antalet artiklar offereras och uppfyller ställda krav. Anbudsområdet *Arbetskläder för bygg, varsel m.m.* och *Arbetskläder för elarbete* innehåller 93 respektive 25 positioner. Kommunens uppfattning är att Grolls anbud uppfyller kraven avseende 86 respektive 21 positioner. Någon grund för att förkasta Grolls anbud finns därmed inte.

Bolaget verkar emellertid inte nöja sig med de uppgifter som inhämtats och den verifiering som redogjorts för, utan verkar göra gällande att de uppgifter som inhämtas inte kan beaktas eftersom de inte funnits med i Grolls ursprungliga anbud. Ett sådant resonemang ter sig mycket märkligt och främmande, delvis eftersom det inte i upphandlingsunderlaget finns krav på sådan "bevisning", men också eftersom ett sådant resonemang skulle innebära att upphandlande myndigheter alltid skulle vara tvingade att efterfråga "full bevisning" för upphandlingsföremålets samtliga egenskaper som ställts krav på. Detta är givetvis i nästan all upphandling omöjligt, särskilt vid s.k. mängdupphandlingar.

Sammanfattningsvis har Grolls avseende samtliga nu aktuella positioner bekräftat kravuppfyllelsen. Efter att kravuppfyllelsen ifrågasatts har Grolls också vidhållit denna bekräftelse och hänvisat till deras katalog och produktspecifikationer m.m. Något krav för Kommunerna att kontrollera Grolls anbud utöver den kontroll som nu utförts finns inte.

Transparens

Upphandlingsunderlaget föreskriver inte något uttryckligt krav avseende plaggens vikt eller material. Däremot har plaggets vikt och material stor betydelse för dess funktion. Det förtjänar här påpekas att det är just plaggets funktion som Kommunerna avser att upphandla.

Det har tydligt framgått av förfrågningsunderlaget vilken vikt materialet i referensartikeln har respektive vilken sammansättning dess material har. Information om offererade artiklars materialvikt och materialsammansättning har också efterfrågats. Kommunernas uppfattning är med denna bakgrund att det måste ha stått klart för varje rimligt informerad anbudsgivaren att materialets vikt och materialets sammansättning tillsammans med en jämförelse med respektive referensartikels funktion varit av stor vikt för bedömningen av offererad artikels funktion.

Förfrågningsunderlaget har utformats på ett så tydligt sätt som är möjligt med hänvisningar till referensartikel med riktlinjer för materialvikt och materialsammansättning, obligatoriska krav m.m. Det utrymme som förfrågningsunderlaget lämnar för skönsmässiga bedömningar kan därför inte sägas strida mot principen om transparens eller någon annan upphandlingsrättslig princip.

Bolaget har påförts belastningspris på ett antal positioner på grund av att de aktuella plaggen inte ansetts uppfylla kravet på funktion.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga 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.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada får en allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll – utifrån de omständigheter som sökanden har anfört – av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU. Saken i målet omfattar därmed inte i vad mån Bolagets anbud uppfyller samtliga skall-krav. Det som i överprövningsprocessen har anförts av Kommunerna i detta avseende kan därför inte föranleda någon prövning från förvaltningsrätten inom ramen för nu aktuellt mål (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 1301-12).

Bedömningar av anbudsområdena

Anbudsområde Arbetskor till bygg m.m.

Det är ostridigt i målet att Bolaget i flera fall har offererat samma produkt för olika positioner.

Kommunerna har till stöd för sin inställning bl.a. anfört att anledningen till att flera positioner har samma krav är att Kommunerna önskar upphandla ett brett sortiment med ibland flera olika artiklar som uppfyller samma krav. Någon anledning att annars ange samma krav för flera positioner finns givetvis inte varför varje rimligt informerad anbudsgivare måste insatt att samma artikel inte tillåts på fler än en position.

Förvaltningsrätten finner att det i och för sig är förståeligt att Kommunerna önskade upphandla ett brett sortiment. Det förefaller emellertid mindre väl förenligt med LOU att, i de fall artiklarna ska uppfylla samma krav, anbudsgivarna ska tvingas att offerera olika produkter. I vart fall måste det klart framgå av förfrågningsunderlaget att anbudet kommer att förkastas om anbudsgivaren i mer än angiven utsträckning offererar samma produkt för olika positioner.

Förvaltningsrätten finner inte att det går att utläsa av förfrågningsunderlaget att ett anbud kommer att förkastas på ovan redovisad grund. Kommunerna har därmed förfarit felaktigt – och i strid med LOU – när anbud har förkastats på grund av att anbudsgivaren i mer än 20 procent av fallen har offererat samma produkt för olika positioner. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därför. Förvaltningsrätten – som inte finner att någon mer ingående prövning av skaderekvisitet låter sig göras – finner att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada av Kommunernas felaktiga utvärdering varför förvaltningsrätten finner skäl att förordna att utvärdering-

en av upphandlingen avseende "Anbudsområde Arbetskor till bygg m.m." ska göras om.

Anbudsområdena Arbetskläder för bygg, varsel m.m. och Arbetskläder för elarbete

Bolaget har bl.a. anfört att Kommunerna inte har kontrollerat kravuppfyllelsen och att detta inte kan ske i efterhand samt att Grolls anbud borde ha uteslutits.

Varken i LOU, i dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud avseende de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan kontrollskyldighet kan i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderläget (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 september 2011 i målen 1472--1474-11). Då Grolls i sitt anbud bekräftat att det uppfyller kraven på respektive position har det inte funnits någon befogad anledning för Kommunerna att genomföra ytterligare kontroller av Grolls anbud under prövningsfasen. Däremot har Kommunerna efter Bolagets ansökan om överprövning funnit anledning att kontrollera Grolls kravuppfyllelse avseende de positioner Bolaget tagit upp. Något stöd för att inte ta hänsyn till sådana senare tillkomna uppgifter och förtydliganden finns inte. Förvaltningsrätten finner vid angivna förhållanden att vad Bolaget anfört i dessa delar inte utgör tillräckliga skäl för att anse att Kommunerna genom att utvärdera Grolls anbud har brutit mot LOU eller att skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger.

Transparens

Bolaget har bl.a. gjort gällande att det är otydligt hur Kommunerna har gjort bedömningen av de olika anbudsgivarnas produkter och att Kommunerna genom att tillämpa kriterier och viktningar av dessa som inte angivits i förfrågningsunderlaget tydligt har brutit mot principerna om transparens och likabehandling. Bolaget har vidare gjort gällande att det felaktigt påförts belastningspris på ett antal positioner, för vissa positioner endast på grund av att vikten på de aktuella plaggen avviker med mer än 20 procent från referensartiklarna och att något stöd i förfrågningsunderlaget för att påföra belastningspris på denna grund inte finns.

Potentiella anbudsgivare ska, innan de utformar sina anbud, underrättas om de upphandlingskriterier som anbudena måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. Upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka utvärderingskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas – under förutsättning att utvärderingen kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Högsta förvaltningsdomstolens prövning i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade bl.a. följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

När en upphandlande myndighet vid utvärderingen, såsom i nu aktuell upphandling, beaktar en varas funktion är det ofrånkomligt att detta i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Förfrågningsunderlaget får emellertid inte vara så knapphändigt eller otydligt utformat att en presumtiv anbudsgivare inte kan bedöma vad som förväntas för att de offererade varorna ska uppfylla ställda krav. Samtidigt får de krav som den upphandlande myndigheten, i förfrågningsunderlaget, ställer på varans vikt och utförande m.m. inte vara så höga att en anbudsgivare endast kan offerera ett specifikt fabrikat eller endast ett mycket begränsat urval av varor. När det gäller upphandlingar av produkter och tjänster där utvärderingen till viss del vilar på skönsmässiga bedömningar får den upphandlande myndighetens värdering i regel godtas om det inte finns uppenbara skäl till annan bedömning.

Av förfrågningsunderlaget framgår att samtliga offererade produkter kommer att kontrolleras mot de krav som finns i Kommunernas kravspecifikation. I kravspecifikationen anges bl.a. att Kommunerna inte kommer att fästa någon större vikt vid att offererade produkter ska vara "exakta kopior", utan Kommunerna avser att upphandla samma funktion som de referensprodukter de hänvisar till.

För att detta ska vara möjligt har ett antal egenskaper angetts för varje referensplagg bl.a. vikt och material.

Förvaltningsrätten finner i och för sig att det borde ha varit möjligt – och lämpligt – för Kommunerna att i förfrågningsunderlaget på ett bättre och utförligare sätt precisera vilka överväganden Kommunerna avsåg att göra vid bedömningen av om ett plagg uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner emellertid att det måste ha stått klart för varje rimligt informerad anbudsgivare att Kommunerna vid utvärderingen skulle jämföra offererade produkters egenskaper med referensprodukterna för att

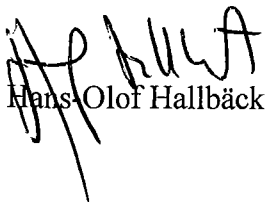
kunna avgöra om de uppfyller kravet på funktion. Att bl.a. vikt och material därvid ges betydelse för att bedöma huruvida funktionskravet är uppfyllt måste också ha stått klart för varje sådan anbudsgivare. Att Kommunerna inte i förväg informerat om att utgångspunkten är att en viktavvikelse om 20 procent normalt inte kan accepteras medför inte tillräckliga skäl för att anse att Kommunerna har brutit mot kravet på transparens. Inte heller i övrigt kan vad som i förfrågningsunderlaget och dess bilagor anges om utvärderingen och ställda krav anses vara så bristfälligt eller ofullständigt att utformningen strider mot kravet på transparens.

Kommunerna har vidare, såvitt framkommit, tillämpat samma provningskriterier på samtliga anbudsgivare. Slutligen har ett s.k. belastningspris används i de fall då offererad produkt per positionen inte uppfyller kraven eller inte har offererats, vilket framgår av förfrågningsunderlaget. Likabehandlingsprincipen och kravet på transparens kan därmed inte anses ha trätts för när genom de i dessa delar gjorda utvärderingarna.

Vad Bolaget anfört i dessa delar kan mot bakgrund av det ovan sagda inte anses utgöra tillräckliga skäl för ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att utvärderingen av upphandlingen avseende "Anbudsområde Arbetsskor till bygg m.m." ska göras om och att vad Bolaget anfört och åberopat inte visar att Kommunerna genomfört upphandlingarna avseende "Anbudsområde Arbetskläder för bygg, varsel m.m." och "Anbudsområde Arbetskläder för elarbete" i strid med LOU eller gemenskapsrätten. Ansökan om överprövning ska därför endast bifallas i enlighet med det ovan sagda.

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


Hans-Olof Hallbäck