



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

DOM
2016-07-04
Meddelad i
Luleå

Mål nr
325-16

SÖKANDE

Company Line AB, 556557-4968
Midgårdsvägen 9
973 34 Luleå

MOTPART

Bodens kommun
961 86 Boden

KONKURRENSVERKET	
2016 -07- 0 5 →	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Bodens kommuns upphandling ”2015 Skydds- och varselkläder och övrig skyddsutrustning” ska göras om.

Dok.Id 73957

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Bodens kommun har genomfört en upphandling (öppet förfarande) avseende ramavtal för skydds- och varselkläder samt övrig skyddsutrustning. Tre anbud kom in, varav ett från Company Line AB. Enligt tilldelningsbeslut den 5 februari 2016 tilldelades Bixz Yrkeskläder och Företagsprofilering AB (Bixz) kontraktet. Company Line AB:s anbud kom på andra plats.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad Company Line AB framför

Company Line AB ansöker om överprövning och yrkar i första hand att utvärderingen görs om, att det antagna anbudet från Bixz förkastas och att Company Line AB tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om.

Company Line AB framför följande. Det antagna anbudet uppfyller inte ska-kraven. Det borde inte ha godkänts. Bixz har offererat produkter som är av enklare och billigare standard utifrån ställda ska-krav. I första hand gör därför Company Line AB gällande att utvärderingen ska göras om. I andra hand gör Company Line AB gällande att upphandlingen redan i det konkurrensuppsökande skedet uppvisar sådana brister att upphandlingen måste göras om.

På position 6 och 19 har Bixz offererat samma jacka trots att kommunen efterfrågat en sommar- respektive vinterjacka. En vinterjacka är för varm för att användas på sommaren eftersom en vinterjacka är fodrad.

På position 4 har kommunen efterfrågat en hantverksbyxa. Vinnande anbud har offererat en servicebyxa, som är billigare. En hantverksbyxa innehåller

fler fickor, och utanpåliggande fickor är ett krav. En servicebyxa är av enklare modell och har enklare fickor, vilket medför att prisbildningen är lägre.

På position 7, 8 och 9 har Bixz offererat modeller i storlek S till och med XXL, trots att det i 3.6.1.1.3 Unisexmodeller tydligt framgår att unisexmodeller ska offereras i storleksintervallet XS till och med XXXL.

På position 53 har kommunen efterfrågat engångsskoskydd i kategori 3, vilket är ett tydligt ska-krav. Det vinnande anbudet har offererat ett engångsskoskydd i kategori 1, vilket är en mindre avancerad klassificering och därmed också en billigare produkt.

På position 82 har Bixz offererat en sko som är av utgående modell. Modellen var redan hösten 2015 slut i många storlekar, vilket leverantören bekräftat. Leverantören kommer således inte kunna leverera den offererade produkten.

Det finns fler felaktigheter i andra positioner.

Vad Bodens kommun framför

Bodens kommun anser att ansökan ska avslås. Kommunen framför huvudsakligen följande. Upphandlingen är utformad så att anbudsgivaren ska offerera 93 artiklar enligt en specifik artikelspecifikation. Kraven på artiklarna är tydligt angivna per artikel, både genom fritextbeskrivning och genom att det är angett om artiklarna ska ha specifik märkning eller uppfylla särskilda krav. Förfrågningsunderlaget är inte otydligt.

Gällande position 6 och 19 har efterfrågats en jacka som har en vattenpelare på minst 8 000 mm/vattenpelare. Kommunen har inom parantes angett sommar- respektive vinterjacka. Kommunen har inte kravställt att jackan

ska kunna hålla värme utan underlager till viss temperatur. Det finns inte heller krav på att jackan ska vara fodrad. Den offererade jackan är en skaljacka, varför den kan användas både sommar och vinter. En fodrad vinterjacka har efterfrågats på andra positioner. Bixz uppfyller kraven på aktuella positioner.

Avseende position 4 så finns inte någon definition av vad som skiljer en hantverksbyxa från en servicebyxa. Det finns inte heller någon branschpraxis. Hade kommunen velat ha utanpåliggande fickor hade det funnits med som ett ska-krav, och kommunen kan i enlighet med principen om transparens inte addera krav som inte finns med i förfrågningsunderlaget. De krav som fanns angivna i förfrågningsunderlaget var endast märkning EN 14404 och en vattenpelare på minst 8 000 mm, vilket offererad produkt uppfyller.

Avseende kravet på storlekar, position 7, 8 och 9, stämmer det att Bixz offererat produkter i storleksintervallet S till och med XXL. I förfrågningsunderlaget finns en möjlighet att offerera enligt två alternativa storleksintervall för unisexmodeller, antingen enligt rubrik 3.6.1.1.3 eller 3.6.1.1.3.1.

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.6.1.1.3 framgår att anbudsgivaren, för det fall det finns unisexmodeller av storlekar XS, S, M, L, XL, XXL, XXXL, ska offerera dessa. Så som meningen är formulerad är inte kravet att anbudsgivaren måste offerera samtliga storlekar, men måste offerera storlekarna **om** anbudsgivaren har dem i sitt sortiment. Om anbudsgivaren inte har en viss storlek måste den alltså inte offereras. Bixz har offererat samtliga storlekar det har i sitt sortiment, varför det uppfyller kravet. För det fall bedömningen görs enligt rubrik 3.6.1.1.3.1, udda storlekar, uppfyller Bixz anbud väl de angivna intervallerna enligt detta krav. Company Line AB har offererat på precis samma sätt. Det innehåller samma brist och har Company Line AB har därför inte lidit skada.

Vad gäller position 53 har kommunen efterfrågat ett skoskydd enligt kategori 3. Artikeln har en mycket begränsad volym och står för ca 0,02 % av den totala anbudssumman. Vid utvärderingen konstaterade kommunen att såväl Bixz som Company Line AB offererat ett skoskydd av kategori 1. I Company Line AB:s beskrivning av skoskyddet anget "Skyddar mot damm/stoft och begränsat skydd mot stänk". Det är alltså inte beständigt mot olja. Båda företagen brister således på denna position. Kommunen har dock bedömt bristen av så pass underordnad betydelse sett i förhållande till hela upphandlingen att det inte kan anses proportionerligt att förkasta anbudet på denna grund. Båda anbudet har således utvärderats, trots bristen i position 53, varför kommunen handlat i enlighet med principen om likabehandling.

Avseende position 82 har kommunen inte fått någon information om att skon inte skulle finnas att tillgå för leverans. Det är mycket troligt att Bixz och Company Line AB har olika underleverantörer, att skon därför går att beställa för Bixz, men inte för Company Line AB. Bixz kan ha andra köpskanaler och det är även möjligt att det köper på en internationell marknad. Kommunen har ingen anledning att ifrågasätta att leverans kommer att ske under avtalstiden. Kommunen har vidare reglerat frågan om utbyte av artiklar i förfrågningsunderlaget, under rubrik 4.14 Ersättningsvaror. Där framgår att likvärdig produkt ska erbjudas till anbudspris om en anbudsvare utgår under avtalstiden. Bixz har inte fått ändra eller byta ut någon av de offererade artiklarna

Kommunen har begärt rättelse och förtydligande från Bixz på 23 positioner. För 14 av positionerna har Bixz skickat med en felaktig länk till elektroniska produktblad och har fått komma in med en korrekt länk. För övriga positioner har kommunen haft frågor kring viss märkning och liknande mindre frågetecken som inte har påverkat utvärderingen. Kommunen anser

att vad som skett är i enlighet med vad LOU medger om rättelse och förtydligande.

Sammanfattningsvis anför kommunen att den mycket begränsade brist som finns i Bixz anbud också finns i anbudet från Company Line AB. Company Line AB kan således inte anses lida någon skada av att kommunen beslutat att ta med dessa artiklar i den fortsatta utvärderingen. Ett ingripande utifrån denna brist kan inte heller anses vara i enlighet med principen om proportionalitet. Skaderekvisitet är därmed inte uppfyllt. Bixz anbud uppfyller ställda ska-krav och innehar lägsta anbudspris. Den aktuella utvärderingen har genomförts i enlighet med gemenskapsrättsliga principer och LOU. Company Line AB har inte lidit eller riskerat att lida någon skada.

Vad Company Line AB härefter framför

Company Line AB genmäler i huvudsak följande. Det uppfyller enligt bifogad produktbeskrivning ställt ska-krav avseende position 53, skoskydd i kategori 3, vilket Bixz inte gör.

Bodens kommun har varit otydlig med vilka krav som gäller avseende storlekar. Detsamma gäller modell på arbetsbyxa. Company Line AB har lagt ned ett enormt arbete på att hitta plagg i komplett storleksstege, vilket inte hade behövts på grund av otydligheten i kommunens formuleringar. Om man som leverantör bara offererar en storleksstege på ex. M-XL, kan man offerera lägre pris då man inte behöver binda lager. Med kommunens inställning skulle man kunna offerera M-XL till ett riktigt lågt pris som kommunen varit tvungen att acceptera. Company Line AB har lidit skada på grund av att de uppfyllt vad det uppfattat vara ska-krav. Company Line AB:s anbud har separata storlekar i samtliga fall där det efterfrågats.

Vidare är det orimligt att anse att en skaljacka kan användas vintertid i vårt karga klimat. Återigen är underlaget otydligt så att subjektiv bedömning kan leda till att likabehandling inte uppnås. För att använda offererad skaljacka krävs lager på lager för att kunna arbeta utomhus när det är kallt.

På position 82 har Bixz från början offererat en sko från Båstad Idustri, X Ultra Mid Gortex (en vinterkänga), vilket kommunen ifrågasatt eftersom positionen efterfrågar en sommarprodukt. Bixz har då getts möjlighet att komplettera sitt anbud och då istället offererat en annan produkt, X Ultra Mid 2 GTX. Detta står i strid med bestämmelsen om rättelse och komplettering i LOU.

För de skor som senare offererats finns det en enda generalagent för återförsäljare i Sverige. Bixz och Company Line AB har således samma leverantör. Skorna är av utgående modell och finns endast i storlekarna 42, 43, 45 och 46. Att som kommunen hänvisa till att ersättningsartiklar regleras i en bestämmelse fungerar inte, eftersom den avser pågående avtalsperiod. Bixz har inte uppfyllt ska-kraven från början och dess anbud skulle därför rätteligen ha förkastats.

Company Line AB och Bixz har inte behandlats lika då Bixz har beretts möjlighet att komma in med 24 förtydliganden och Company Line AB inte ett enda. Om Company Line AB:s anbud innehöll brister, som kommunen nu hävdar, borde även de ha beretts tillfälle att förtydliga. När endast Bixz har beretts denna möjlighet har det skett i strid med likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om Bixz anbud borde ha förkastats på grund av bristande kravuppfyllelse samt om förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens.

Position 6 och 19 (jacka, sommar respektive vinter)

Gällande position 6 och 19 konstaterar förvaltningsrätten att kommunen efterfrågat är en jacka i herr- och dammodell med vattenpelare på minst 8 000 mm/vattenpelare. Kommunen har även angett orden vinterjacka respektive sommarjacka inom parantes.

En vinterjacka kan normalt sett inte användas på sommaren, och tvärtom. De jackor som används vintertid är vanligtvis, för att inte säga nästan alltid, fodrade i denna landsända. Det är dock riktigt att en ofodrad skaljacka som är tillräckligt sval på sommaren förmodligen kan användas som en vinterjacka om man byltar på sig rikligt under. Är det då en vinterjacka?

Förvaltningsrätten delar mot denna bakgrund Company Line AB:s uppfattning att det är otydligt vad kommunen avsett med de aktuella kraven. Genom att förmlera dem på det sätt som skett har kommunen brutit mot principen om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Vilken följd detta får anges nedan.

Position 4 (midjebyxa modell hantverkare)

Vad som efterfrågats är en midjebyxa modell hantverkare i herr- och dammodell med vattenpelare om minst 8 000 mm. Det finns inget krav på fler fickor och utanpåliggande fickor. Vad Company Line AB anfört medför således inte att Bixz anbud inte uppfyller kravet på positionen.

Vidare bedömer förvaltningsrätten att det Company Line AB anfört inte innebär att kraven på byxan är sådana att de strider mot principen om transparens.

Skäl för ingripande finns därför inte på denna grund.

Position 7, 8 och 9 (unisexmodeller)

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.6.1.1.3, Unisexmodeller, och 3.6.1.1.3.1, Udda storlekar – unisexmodeller, framgår följande.

1. I det fall det finns unisexmodell av storlekar XS, S, M, L, XL, XXL och XXXL ska anbudsgivaren offerera dem.
2. Anbudsgivaren kan välja att även offerera XS/S, S/S, M/L och L/XL.

Förvaltningsrätten delar Company Line AB:s uppfattning att detta krav är otydligt. För det första framgår det inte vad som avses med ”I det fall det finns”. Det mesta torde finnas på marknaden i dag. Eller räcker det med att det finns i den modell leverantören offererat eller att leverantören har just detta storlekar i sitt sortiment?

Domstolen bedömer vidare att det är oklart om punkterna verkligen är alternativa. Ordalydelsen talar snarare för att man ska offerera vissa storlekar samt att man kan välja att dessutom offerera andra.

Genom att förmlera kraven för unisexmodell på det sätt som skett har kommunen brutit mot principen om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Vilken följd detta får anges nedan.

Position 53 (engångsskoskydd kategori 3, beständig mot olja)

Förvaltningsrätten konstaterar att det intyg som Company Line AB lämnat anger att produkten uppfyller kategori 3-kravet. Det framgår dock inte vilken produkt som avses, varför inga slutsatser kan dras utifrån handlingen.

Av de handlingar som kommunen lämnat in framgår att det aktuella skoskyddet inte har någon märkning alls. Förvaltningsrätten drar därför slutsatsen att varken Bixz eller Company Line AB uppfyllt det ställda ska-kravet på att offerera skoskydd kategori 3.

Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantörerna måste offerera 100 procent av efterfrågade positioner.

Normalt sett får anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven inte antas. Utrymmet för en upphandlande myndighet att frånga sina krav får, med hänsyn till HFD:s praxis, anses mycket begränsad (HFD:s domar den 20 maj 2016 i mål nr 555-15 samt 2691-15). Förvaltningsrätten ser inte någon anledning till att det skulle anses tillåtet i aktuellt fall.

Såväl Bixz som Company Line AB:s anbud har dock behandlats lika och trots bristen kvalificerats. Något brott mott LOU som lett till skada för Company Line AB kan därför inte anses föreligga. Skäl för ingripande finns således inte på denna grund.

Position 82 (känga sommar)

Av handlingarna i målet framgår att Bixz vid anbudslämningen offererat X Ultra Mid Gortex, artikelnummer 200512 01, på position 82. Kommunen har då till Bixz skrivit ”efterfrågad produkt är modell sommar, offererad produkt tyder på en vintermodell, vänligen förtydliga”. Bixz har härefter angett en annan produkt, nämligen X Ultra Mid 2 GTX, 37103, vilken synes vara en sommarkänga.

Company Line AB har gjort gällande att detta utgör en otillåten komplettering/ändring av anbudet.

Förtydliganden och kompletteringar får begäras av upphandlande myndighet under vissa angivna förutsättningar, nämligen att det ska kunna ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (se 9 kap. 8 § LOU).

Genom begäran om förtydligande har Bixz fått möjlighet att offerera en annan produkt. Att byta ut produkter för att uppfylla ska-krav står i strid med likabehandlingsprincipen. Det utgör också en otillåten komplettering i strid med 9 kap. 8 § LOU. Vilken följd detta får framgår nedan.

Skada m.m.

Som framgår ovan har domstolen bedömt att kommunen brutit mot LOU genom att förfrågningsunderlaget varit otydligt avseende vinterjacka, sommarjacka samt unisexmodeller. Vidare har kommunen brutit mot LOU genom att låta Bixz komplettera med en sko i efterhand. Company Line AB får anses ha lidit skada på grund av felen.

Det har således framkommit fel som hör till det konkurrensuppsökande skedet och utvärderingen. Normalt får fel i det förstnämnda skedet följden att upphandlingen ska göras om.

Eftersom Company Line AB:s anbud kom på andra plats skulle man dock kunna resonera så att Company Line AB inte lider någon skada av eventuella otydligheter i förfrågningsunderlaget om Bixz anbud förkastas.

Då Company Line AB fått sitt anbud kvalificerat trots att det inte uppfyller ett obligatoriskt krav (skoskydd klass 3) håller sig dock förvaltningsrätten till huvudregeln och förordnar att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Eva Beselin

Alexandra Braf har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.