



KLAGANDE

Göteborgs Stads Upphandlings AB, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

MOTPART

1. Sjöholms Interiör AB, 556222-2934
Ågatan 26
431 35 Mölndal

Ombud: Erika Sanfridsson
Tenders in Europe AB,
Snickaregatan 20
582 26 Linköping

2. Brio Lek & Lär AB, 556606-0646
Ombud: advokaten Pontus Scherp
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå AB
Box 5747
114 87 Stockholm

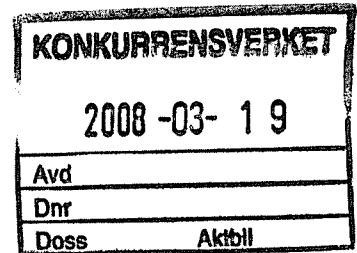
ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Göteborgs dom den 27 november 2007 i mål nr 7744-07 och 7753-07, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Göteborgs Stads Upphandlings AB, nedan bolaget, yrkar att kammarrätten upphäver länsrättens dom och låter bolaget avsluta upphandlingen genom att teckna ramavtal enligt tilldelningsbeslutet samt anför i huvudsak följande. Bolaget upphandlar ett antal ramavtal där ett större antal produkter utvärderas. Produkterna är standardprodukter som är likvärdiga men inte exakt likadana. Antalet produkter som utvärderas kan variera från ett hundratal upp till flera tusen. För att även små och medelstora företag ska ha möjlighet att lämna anbud i dessa upphandlingar brukar upphandlingsområdet delas upp i kategorier. I förevarande upphandling –



Inredning för offentlig miljö – finns 5 kategorier som anbudsgivarna kan lämna anbud på. Anbud kan således lämnas på hela upphandlingsområdet eller på 1 – 5 delar av den. Även efter en sådan uppdelning i 5 kategorier uppkommer situationen för en del anbudsgivare att de har delar av sortimentet i en kategori, t.ex. 80 av 87 st. efterfrågade produkter. För bolaget som köpare innebär detta ett problem som behöver prissättas för att anbuderna ska kunna utvärderas på ett rättvisande sätt. Om en leverantör inte kan leverera allt som behövs i en beställning måste bolaget ägna tid åt att leta upp produkterna hos någon annan leverantör. Leverans från flera leverantörer innebär flera fakturor att hantera, vilket tar tid. Man kan även förutse fler transporter till köparen, vilket har en negativ miljöpåverkan. Här finns således en extrakostnad och att prissätta den är affärs- mässigt, rimligt och proportionerligt. Prissättningen ska också vara av den karaktären att man inte får en fördel av att inte prissätta efterfrågade produkter. För att prissätta denna extrakostnad används en ”nollställningsmetod” som innebär att anbudsgivare som inte prissatt en produkt blir i utvärderingen prissatt med högsta anbudsnettopris i konkurrenternas anbud + 25 % (på motsvarande produkt), vilket motsvarar ett bruttopris minus 20 % rabatt. Detta innebär samtidigt att en anbudsgivares anbud i viss mån blir beroende av övriga anbudsgivares priser. Eftersom företagen tävlar och konkurrerar på en öppen och fri marknad är frågan huruvida man vinner eller förlorar en upphandling alltid beroende av hur konkurrenternas anbud ser ut. Naturligtvis måste varje anbudsgivare göra en avvägning av hur konkurrensen ser ut och hur prisbilden på marknaden ser ut, tillgång och efterfrågan, högkonjunktur/lågkonjunktur osv. - Det finns olika sätt att lösa problematiken med ”nästan kompletta” anbud. Ett sätt är att helt enkelt lägga ett sådant anbud åt sidan. I så fall utnyttjas emellertid inte konkurrensen. Dessutom riskerar små och medelstora företag att missgynnas. Ett annat sätt är att i förväg ställa upp en fiktiv prislista där anbudsgivarna kan se vilket pris de kommer att bli utvärderade på om de inte själva prissatt produkten. I det fallet tar bolaget en risk i och med att prislistan är fiktiv och blir beroende av hur bolaget lyckas i sin marknadsanalys samt vad som händer på marknaden under anbudsti-

den. Även om en fiktiv prislista för nollställningen hade tagits fram i denna upphandling hade de priserna hämtats på marknaden hos Brio Lek & Lär (nedan Brio) och alla deras konkurrenter. Således hade Brios anbud blivit beroende av hur övriga aktörer på marknaden prissatt sina produkter. Fördelen med den metod som används i denna upphandling är att bolaget prövar marknaden och får aktuellast möjliga pris. Samtidigt prissätts den extrakostnad som uppkommer när alla produkter inte erbjudits och via det 25-procentiga påslaget minskar möjligheten för anbudsgivare att gynnas av att inte prissätta efterfrågade produkter. Metoden är affärs- mässig, rimlig och proportionerlig. Den är vidare så utformad att den leder till ett rättvisande resultat och är den mest rättvisande modellen för att överhuvudtaget genomföra upphandlingar innehållande ett stort antal artiklar/produkter. - Bolaget hänvisar till ett yttrande den 17 oktober 2005 av Nämnden för offentlig upphandling, NOU, med rubriken Modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling, vari sägs att krav och utvärderingsmetod ska anges på ett sätt som är *"tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud"*. Att genom transparensprincipen upphäva ovan beskrivna fundamentala marknads- mekanismer låter sig inte göras och har heller aldrig varit lagstiftarens avsikt. Bolaget kan inte utforma ett förfrågningsunderlag så förutsebart att en anbudsgivare redan i förväg kan se vilka priser han ska erbjuda för att vinna upphandlingen. – Vad härefter gäller förfrågningsunderlagets påstådda otydlighet anges på sid. 6 att kvalificeringskraven finns angivna i bilagan Svårsblankett. I denna blankett finns ett särskilt blad med namnet "Kvalificering". Detta är tydligt och kan svårligen misstolkas. – Slutligen ifrågasätter bolaget hur Brio, som lämnat ett komplett anbud och prissatt samtliga produkter, i efterhand kan hävda att de inte kunde lämna ett konkurrenskraftigt anbud och hur Brio då kan hävda skada eller risk för skada.

Sjöholms Interiör AB, nedan Sjöholms, som inte överklagat länsrättens dom, vidhåller sina yrkanden enligt ansökan till länsrätten med följande påpekanden. Länsrätten tog vid sin prövning inte ställning till Sjöholms yrkande att upphandlingen endast skulle rättas vad gäller området kontor/konferens. Länsrätten godkände, utan kommentar till Sjöholms grunder, Brios yrkande om att upphandlingen skulle göras om. Därmed beslutade länsrätten att även den del som Sjöholms överklagat, kontor/konferens, skulle göras om. Sjöholms avser dock inte att argumentera i frågan om huruvida upphandlingen bör göras om eller inte. Sjöholms ber endast kammarrätten att ta ställning till om det kan anses tillräckligt, med hänsyn till att så många som sex anbudsgivare kunnat avge kompletta anbud, att upphandlingen rättas på så sätt att den nollställningsmetod som uppställs i förfrågningsunderlaget tillämpas på korrekt sätt. Sjöholms anser därmed att kammarrätten bör ta ställning till yrkandet om rättelse i området kontor/konferens och anför huvudsakligen detsamma som i länsrätten.

Brio anser att kammarrätten ska avslå överklagandet samt förordnar att upphandlingen tills vidare inte får avslutas förrän lagakraftvunnen dom föreligger i målet. Brio åberopar det som anförts i länsrätten med följande tillägg.

Om utvärderings- och nollställningsmetoden. Upphandlingsbolaget tycks ha uppfattat att anbudsgivarna kan övervinna problemet med den bristande transparensen genom att göra en analys av det allmänna marknadsläget samt att länsrätten skulle ha menat att anbudsgivarna enligt LOU i förväg måste kunna förutse vilka priser som ska erbjudas för att vinna upphandlingen. Detta är en feltolkning av domen. Vid en utvärderingsmodell som den nu aktuella kan anbudsgivarna i och för sig göra bedömningar av konkurrenskraften hos anbudet på de enskilda positioner som man valt att lägga anbud på. Det är däremot omöjligt för anbudsgivarna att bedöma hur anbudet kommer att utvärderas såvitt avser sådana positioner där man inte offererat och där utfyllnad av anbudet med pris således sker vid anbudsutvärderingen. Denna utfyllnad får mycket stor inver-

kan på utvärderingen av anbudet i sin helhet och gör att hela prissättningen i anbudet påverkas av den använda utvärderings-/nollställningsmetoden. Det pris som tillförs anbudet baseras på det högsta pris som lagts av någon annan leverantör. Vid anbudslämnandet vet inte anbudsgivarna vilka andra leverantörer som kommer att delta i upphandlingen och vilka priser och produkter konkurrenterna kommer att offerera. Det är därför omöjligt för anbudsgivarna att förutse hur avsaknaden av den aktuella produkten i anbudet kommer att prissättas av Upphandlingsbolaget vid utvärderingen. Anbudsgivarna blir härvid inte bara tvungna att beakta de konkurrenter som kan bedömas komma att lämna konkurrenskraftiga anbud utan måste även göra långtgående bedömningar om andra anbudsutformning som då inte kan inskränkas till de anbud som skulle kunna tänkas vinna upphandlingen utan även omfatta anbud som överhuvudtaget inte kan förväntas vinna. Modellen leder alltså till en allvarlig brist i förutsebarheten för anbudsgivarna. Utvärderingsmodellen leder dessutom till att slumpmässiga faktorer kan få stor betydelse vid utvärderingen. Utvärderingen av anbudet och priserna i anbuden påverkas ju av vilka leverantörer som deltar i upphandlingen, vilka positioner som leverantörerna lämnat anbud på samt vilka priser som konkurrenter offererat på respektive produkt. Anbudsutvärderingen påverkas även av konkurrenters anbud som i övrigt är irrelevanta i upphandlingen, t.ex. på grund av bristande kvalitet eller priser som kraftigt överstiger de vinnande anbuden. NOU anför på s. 13-14 i sitt ovan nämnda yttrande att det får anses ligga i de principer som bär upp LOU att en upphandlande enhet mot bakgrund av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna kan identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet oberoende av antalet deltagare eller påverkan av andra anbud. – Påverkan från andra anbud vid anbudsutvärderingen i förevarande upphandling får så slumpmässiga effekter att modellen tvärtom måste anses motverka möjligheten att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att modellen alltså är ägnad att motverka ett rättvisande resultat. – Upphandlingsbolaget har i överklagandet anfört att det är av vikt för bolaget att anbuden omfattar samtliga efterfrågade produkter på grund av att det annars upp-

står extrakostnader för bolaget samt negativ miljöpåverkan samt har förklarat att det är detta som är orsaken till den använda utvärderings-/nollställningsmetoden. Brio uppfattar att Upphandlingsbolaget alltså menar att den använda metoden i själva verket var ett utvärderingskriterium och inte endast ett sätt att nollställa anbuden för att lättare kunna jämföra anbuden vid utvärderingen. Detta är ett påstående som framförts först i kammarrätten. I länsrätten har bolaget i stället gjort gällande att metoden syftat till att ”underlätta nollställning och utvärdering”. Även om bolaget numera är av uppfattningen att anbudets täckningsgrad av efterfrågade produkter utgör ett utvärderingskriterium kan konstateras att bolaget inte i förfrågningsunderlaget angett något sådant utvärderingskriterium. För att en upphandlande enhet ska kunna beakta ett utvärderingskriterium är det dock ett grundläggande krav enligt LOU att detta kriterium tydligt anges i förfrågningsunderlaget (se bl.a. s. 4-5 i NOU:s yttrande med hänvisningar till avgöranden i EG-domstolen). – Eftersom det i hög grad är beroende av slumpen vilken betydelse det har för utvärderingen att en anbudsgivare inte offererar alla produkter är det inte heller möjligt för Upphandlingsbolaget att förutse vilken vikt kriteriet bristande täckningsgrad av upphandlade produkter i anbuden kommer att få. Upphandlingsbolaget kan alltså inte heller ha bildat sig någon uppfattning om täckningsgradskriteriets värdering i ekonomiska termer. Kompletteringen med priser från andras anbud med tillägg om 25 procent har inte heller något samband med de extrakostnader eller miljöpåverkan som påstås uppkomma. Dels är priset slumpmässigt och beroende av hur anbuden utformats och av vilka som lagt anbud, dels varierar storleken på tillägget eftersom priserna på de aktuella varorna skiljer sig kraftigt åt. Kriteriet är därför inte affärsmässigt och strider dessutom mot proportionalitetsprincipen.

Om otydligt förfrågningsunderlag och lagstridig utvärdering av anbud.

Upphandlingsbolaget har i överklagandet endast hänvisat till att det i förfrågningsunderlagets svarsblankett fanns ett särskilt blad med rubriken Kvalificering. Det är emellertid en orimlig tolkning av förfrågningsunderlaget att endast dessa krav måste uppfyllas och inte de krav som upp-

ställt på de upphandlade varorna. Låt vara om anbud inte ska förkastas om de uppfyller de kvalificeringskrav som är angivna på det särskilda bladet, men det framgår ändå inte av förfrågningsunderlaget att avvikelser från de krav som uppställs i kravspecifikationen skulle vara tillåtna. Om avvikelser vore tillåtna skulle naturligtvis även Brio kunnat offerera andra och billigare varor och därför lägga ett mer konkurrenskraftigt anbud. Exempelvis hade Brio, liksom anbudsgivaren ABA, kunnat offerera den billigare 10 cm tjocka mattan i stället för den dyrare 15 cm tjocka mattan som faktiskt efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Det ska tydligt framgå av detta vad som krävs för att uppfylla den upphandlande enhetens krav på produkterna. Med beaktande av Upphandlingsbolagets nollställningsmetod är det av särskilt stor vikt att det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget vad som krävs för att fylla uppställda krav på produkterna. Upphandlingsbolaget har också accepterat att anbudsgivare, i vart fall ABA, avvikit från förfrågningsunderlagets krav.

Skada. Det är uppenbart att Brio och övriga anbudsgivare hade utformat sina anbud på annat sätt om Upphandlingsbolaget hade använt en annan (lagenlig) utvärderings- och nollställningsmetod. Det saknar härvid betydelse om Brio de facto lämnat ett komplett anbud. Att Brio lämnat ett komplett anbud och de i anbudet offererade priserna har naturligtvis samband med den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderings- och nollställningsmetoden och de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Brio har således lidit skada. – Brio åberopar Kammarrättens i Jönköpings dom den 12 februari 2008 i mål nr 3768-07, vari en med den i förevarande mål närmast identisk nollställningsmetod ansågs strida mot LOU. Eftersom bristen var hänförlig till förfrågningsunderlaget var rättelse inte tillfyllest utan upphandlingen måste göras om.

Upphandlingsbolaget har härefter anfört följande. Beträffande Sjöholms invändningar ska den upphandlande enheten ange de krav och villkor som ställs på det som ska upphandlas. Lagens krav är att det som upphandlas, dvs produkterna, är likvärdiga och fyller samma funktion. Detta kan betyda att respektive ingående produkt som en i en lista av stora

mängder produkter kan få en mindre betydelse än om det endast är en produkt som upphandlas. Lagen kräver inte att erbjudna produkter ska vara exakt likadana eller identiska. Vid upphandling av stora mängder produkter är det ofrånkomligt att det kan finnas ett visst utrymme att bedöma sådana frågor i vart fall så länge det inte får någon avgörande betydelse för valet av leverantör. – Beträffande Brios invändningar anför följande. Att påstå att nollställningsmetoden skulle utgöra ett eget självständigt utvärderingskriterium är nonsens. Nollställningsmetoden ingår i utvärderingskriteriet pris på det sätt som beskrivs i förfrågningsunderlaget i syfte att göra inkomna anbud jämförbara med varandra. Upplivningsvis kan man välja att ha det som ett eget utvärderingskriterium och då lämpligen kalla det ”sortimentsbredd”. Träffsäkerheten bedöms dock bli mindre när ett sådant utvärderingskriterium ska rangordnas och viktas gentemot övriga utvärderingskriterier. Därför är deras nollställningsmetod mer lämplig och ändamålsenlig. Nollställning av anbud kan generellt sägas användas för att åstadkomma ett rättvisande resultat i en upphandling. Äpplen ska jämföras med äpplen och päron ska jämföras med päron. (Ett klassiskt problem vid upphandling och inköp). I denna upphandling handlar det rent konkret om hur små och medelstora företag (med små och medelstora sortiment) ska ges möjlighet att konkurrera med större företag (med större sortiment) och bli jämförda på ett sätt som leder till ett för alla parter rättvisande resultat, vilket den valda metoden gör. Kvalificering sker inte på produktnivå utifrån det perspektiv som Brio gör gällande. Om inte produkten uppfyller ställda krav ”nollställs” den. På så sätt ges leverantören möjlighet att fortsätta att delta i utvärderingen. Att olika leverantörer (kan delta) med olika produkter som inte är identiskt lika men dock uppfyller den funktion som efterfrågas, ofta förknippad med namnet på produkten med beskrivning och/eller ca måttangivelser är att ta tillvara konkurrensen på marknaden och är inte en skönsmässig bedömning som Brio gör gällande. För alla som har kunskap om upphandling är det en självklarhet att anbud alltid ställs i relation till andra anbud. Den av Brio efterfrågade transparensen kan aldrig uppnås för i slutet ställs alltid olika anbudspriser mot varandra.

Kammarrätten har den 15 januari 2008 avslagit Brios yrkande om interimistiskt förordnande.

DOMSKÄL

Fråga i målet är för det första om den i förevarande upphandling använda metoden för nollställning av anbud strider mot de principer om likabehandling, transparens och proportionalitet som bär upp LOU.

LOU ger inte närmare besked om hur förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller ska vara utformade utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. Förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att varje leverantör kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid utvärderingen och modellen utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, i detta fall att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Om brister i dessa hänseenden är så allvarliga att ovan nämnda principer anses ha trätts för när är det inte tillfyllest med rättelse utan då måste upphandlingen göras om.

Den nollställningsmodell som använts i förevarande upphandling är klart och tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget. Den osäkerhet som vid avgivandet av anbud drabbar en anbudsgivare som inte erbjuder alla efterfrågade produkter är enligt kammarrättens mening varken större eller mer oförutsägbar än det gängse förhållandet att han i princip aldrig vet vilka han konkurrerar med och vilka priser och kvalitéer de erbjuder. Kammarrätten anser därför inte att tillämpningen av nollställningsmetoden medför att ovan nämnda principer för upphandling åsidosatts.

Vad härefter gäller förfrågningsunderlagets beskrivning av kvalifikationskrav anser kammarrätten inte heller i denna del att den kritik som Sjöholms och Brio riktat mot förfrågningsunderlagets utformning ger

stöd för att det finns utrymme för missförstånd av sådan art och grad att ovan nämnda principer träts för när. Sammanfattningsvis finns inte skäl för åtgärd enligt 7 kap. LOU.

DOMSLUT

Med bifall till överklagandet upphäver kammarrätten länsrättens dom.

Domen får inte verkställas förrän den vunnit laga kraft.

HUR MAN ÖVERKLAGAR
Formulär 1 (bilaga B)


Berit Nilsson

referent


Roland Nordberg


Niclas Falkendal

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM
2007-11-27
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7744-07 E
7753-07 E
Rotel 16

SÖKANDE

1. Sjöholms Interiör AB, 556222-2934
Ågatan 26
431 35 Mölndal

Ställföreträdare:
Verkställande direktören Peter Sjöholm

Ombud: Erika Sanfridsson
Tenders in Europe AB
Snickaregatan 20
582 26 Linköping

2. Brio Lek & Lär AB, 556606-0646
Hallarydsvägen 8
283 83 Osby

Ombud: Advokaten Pontus Scherp
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPART

Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Göteborgs Stad Upphandlingsbolag (Upphandlingsbolaget) har genomfört en upphandling avseende "Inredning för offentlig miljö" (dnr 133/07). Tilldelningsbeslut fattades den 17 oktober 2007. Länsrätten beslutade den 26 oktober 2007 att interimistiskt förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Sjöholms Interiör AB (Sjöholms) yrkar att utvärderingen skall göras om på så sätt att Senab AB:s anbud får ett kvalitetsbristtillägg eftersom offererad

kontorsstol inte uppfyller kraven på begärd konferensstol. I förfrågningsunderlaget anges att kontorsstolar skall uppfylla vissa krav och dessa krav sammanfaller i viss mån med kraven för konferensstolar. Det framgår ingen given standard för konferensstolar i förfrågningsunderlaget. Upphandlingsbolaget har i sitt förfrågningsunderlag delat upp stolarna i två produktgrupper och detta kan endast tolkas som ett krav att olika stolar ska offereras i de två produktgrupperna. Sjöholms kan ur andra anbudsgivares anbud utläsa att kraven för produktgruppen konferensstolar inte stämmer överens med den uppdelning Upphandlingsbolaget måste ha avsett i produktgrupperna och den tolkning av förfrågningsunderlaget som merparterna av anbudsgivarna har gjort. Fyra av sex anbudsgivare har gjort tolkningen att en konferensstol skall anses ha högre kvalitet än en kontorsstol. Även Sjöholms utgick från att Upphandlingsbolagets krav på konferensstolarnas kvalitet vad gäller utformning, design och material var högre än för kontorsstolarna. Sjöholms har därför, liksom de flesta andra anbudsgivare, offererat en stol med högre kvalitet vad gäller utformning och design som konferensstol. Då anbuden utvärderades visade det sig emellertid att två anbudsgivare Senab AB och Frimenko AB istället har offererat samma typ av stol för båda produktgrupperna. I utvärderingen har kvalitetsbristtillägg dock inte lagts till anbudspriset, vilket enligt förfrågningsunderlaget skulle ske om en offererad produkt avvek från kvalitetskraven. Deras anbud skall därför ges högsta anbudspris med tillägg av 25 procent. Att såsom Upphandlingsbolaget ändra utvärderingsmetoden när det visar sig att två av anbuden avviker från produktgruppsindelningen i förfrågningsunderlaget strider mot LOU. Trots att anbudsgivarnas avsteg från förfrågningsunderlaget kan innebära ett lägre anbudspris måste den utvärderingsmetod som har redovisats i förfrågningsunderlaget följas. Frimenko AB och Senab AB har inte uppfyllt skallkravet och inte offererat konferensstol i sina anbud. - Den utvärdering som har bifogats tilldelningsbeslutet är ofullständig eftersom poängsättningen av kvalitetskraven inte har redovisats. Sjöholms vill därför att Upphandlingsbolaget skall åläggas att redovisa en fullständig utvärdering för att uppnå

transparens i utvärderingen. Förfrågningsunderlaget kan också ifrågasättas vad gäller transparens och förutsebarhet i kvalitetsbedömningen kvalitet/kompetens. Poäng gavs på fem kvalitetskriterier inom ett spann på 10-25 poäng, men i förfrågningsunderlaget redovisas inte närmare hur dessa olika poäng skall uppnås av anbudsgivare. Poängsättningen redovisas inte i utvärderingen, vilket ännu mer minskar transparensen i upphandlingen. Anbudsgivare kan inte utläsa från tilldelningsbeslutet hur deras anbud i förhållande till dessa kvalitetskriterier har värderats och har därmed inte möjlighet att fullt bevaka sina rättigheter i länsrätten. - Sjöholm ifrågasätter även utvärderingen av Frimenko AB:s anbud angående kravet på tillgång till utställningslokal i det för upphandlingen geografiska närområdet. Frimenko AB har offererat en lokal i Ullared vilket det tar ca 1 timme och 20 minuter att köra till (100 km), vilket inte kan sägas var i närområdet för de aktuella kommunerna. Frimenko AB:s anbud har därmed utvärderats felaktigt i förhållande till detta kvalitets- och kompetenskrav. - I upphandlingen har även ett antal kompletteringar i form av frågor och svar lämnats. Några av dessa kompletteringar rör skalkrav och några av kompletteringarna innebär en förändring av förfrågningsunderlagets innehåll. Detta visar att förfrågningsunderlaget varit otydligt och inte transparent. - Frimenko AB har vidare inte offererat ett höj- och sänkbart skrivbord och i svarsblanketten avseende konferensrum för 12 personer har Frimenko AB inte offererat en helklädd stol eftersom helklädd innebär att stolen skall vara klädd med tyg även på ryggen och på undersidan av stolen. - Eftersom Sjöholms anbud är ett av de mest ekonomiskt fördelaktiga och därmed vid en korrekt utförd värdering skulle ha erhållit kontraktet har Sjöholms lidit skada av de brister som förekommit i upphandlingen.

Brio Lek & Lär AB (Brio) yrkar att upphandlingen avseende produktområdena "Förskola" samt "Skola/Gymnasium inkl elevskåp" skall göras om. Brio anför bl a följande. Förfrågningsunderlaget är otydligt formulerat och redan detta förhållande bör utgöra skäl för att anse att förfrågningsunderla-

get strider mot LOU. - I förfrågningsunderlaget anges att anbudena utvärderas genom att summera anbudssumman som anbudsgivaren angett i anbudet med ett särskilt tillägg för kvalitetsbrister. Den erhållna summan utgör jämförelsepris. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vilken vikt, dvs hur många poäng som kan erhållas avseende kvalitetsbrister. Inte heller framgår uttryckligen av förfrågningsunderlaget huruvida metoden för lägsta pris eller metoden för det ekonomiskt mest fördelaktiga använts. Vid upphandlingar är det inte ovanligt att det förekommer olika metoder för att "nollställa" anbud, vilket innebär att anbudena för olika produkter i något hänseende görs jämförbara. I förfrågningsunderlaget anges följande. "I de fall anbudsgivare ej offererar någon enskild position inom respektive produktområde kommer detta att belastas med högsta anbudspris + 25 %". Enligt förfrågningsunderlaget skall vidare samtliga typer inom respektive produktområde prissättas och detta torde inte kunna tolkas på annat sätt än att anbudsgivarna måste offerera samtliga efterfrågade produkter för att anbudena skall kunna utvärderas. Det som anges är en nollställningsmetod som innebär att Upphandlingsbolaget vid utvärderingen kommer att komplettera de ingivna anbudena med vissa priser som baseras på andra ingivna anbud. Detta strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen, proportionalitetsprincipen samt kravet på affärsmässighet och objektivitet i 1 kap 4 § LOU. Modellen innebär att utvärderingen av anbudena blir fullständigt beroende av hur många andra anbudsgivare som lämnat anbud och hur dessa anbudsgivare har valt att utforma sina anbud. Dessutom innebär modellen att Upphandlingsbolaget efter anbudöppningen ändrar avgivna anbud i de delar där anbudsgivaren valt att inte offerera viss produkt genom att infoga pris från andra anbud. Samtidigt kommer anbudsgivaren att belastas med ett tillägg på 25 procent. - I förfrågningsunderlaget anges att det förutsätts att de produkter som anbudsgivaren offererar är att betrakta som leverantörens normala sortiment. ABA har i sitt anbud angett produkter som inte finns med i bolagets produktkatalog för 2007. Under position 5-6 har ABA istället hänvisat till en kampanjbilaga och angett att produkten kommer med i

nya katalogen. Under position 7-8 har angetts att det rör sig om en nyhet och ABA har hänvisat till en broschyr samt angett att produkten kommer med i nya katalogen. Under position 24 har offererats en produkt som inte finns med i produktkatalogen. ABA hänvisar där till att det finns en liknande produkt i produktkatalogen. Det är irrelevant om produkterna återfinns på ABA:s webshop. På webbplatsen ändras priserna löpande varför denna inte uppfyller kravet på prislista som gäller den 1 september 2007. ABA:s anbud uppfyller därmed inte de krav som anges i förfrågningsunderlaget. - ABA har dessutom offererat ett antal produkter som inte uppfyller ställda skallkrav bl a för tunn lekmatrass och träfiberplatta istället för fanér på lekskärmen. Om krav uppställts i ett förfrågningsunderlag på offererade produkter, måste dessa naturligtvis uppfyllas annars har Upphandlingsbolaget en fri provningsrätt. Om t ex lekskärmar i position 14 inte behöver vara av fanér skulle det kravet inte ha angetts och om avvikelser kunde få göras från kraven skulle detta ha angetts. Det är stor skillnad på material, bl a är fanér dyrare och mer slag- och reptåligt än andra material. I förfrågningsunderlaget har angetts att lekmatrassen skall vara 15 cm tjock. ABA:s offererade matrass som är 10 cm tjock är därmed 33 procent tunnare. Det har inte angetts i förfrågningsunderlaget att lekmatrassen skall ha en särskild funktion. Om Upphandlingsbolaget eftersökt en särskild funktion, skulle detta ha angetts i förfrågningsunderlaget.

Upphandlingsbolaget bestrider ansökningarna. För det fall länsrätten bifaller dessa yrkar Upphandlingsbolaget att endast de delar av upphandlingen som avser "Kontor/konferens" och "Förskola" skall göras om.

Upphandlingsbolaget anför bl a följande vad gäller Sjöholms ansökan. - Upphandlingsbolagets bedömning är att samtliga anbudsgivares offererade stolar uppfyller det som angetts i förfrågningsunderlaget. Sjöholms, Fri-
menko AB och Senab AB benämner offererade stolar som "arbetsstol" i sina katalogmaterial. - I svarsblanketten under fliken Kompetens/kapacitet

finns 5 frågor där svaret ja eller nej skall avges. Genom att svara ja får man 5 poäng och svarar man nej blir det inga poäng. Eftersom Sjöholms svarat ja på alla frågor har bolaget erhållit full poäng, liksom alla andra anbudsgivare och ingen har därför erhållit kvalitetsbristtillägg. Utvärderingen av kompetens/kapacitet får således ingen påverkan på utvärderingen eftersom alla hade 5 poäng. Kopplingen mellan pris och kvalitet syns samtidigt som man fyller i sin svarsblankett. Kvalitetsbristtillägget är inte kopplat till produktnivå och det framgår inte heller någonstans i förfrågningsunderlaget att så skulle vara fallet. - Mellan Mölndal och Lilla Edet är det ca 60 km och mellan Mölndal och Ullared är det ca 90 km. Det tar ca 46 minuter att köra mellan Mölndal och Lilla Edet och ca 58 minuter att köra mellan Mölndal och Ullared. Upphandlingsbolaget kan således inte utesluta någon av anbudsgivarna med anledning av avstånd eller tid. Upphandlingsbolaget håller med om att begreppet geografisk närhet är ett vagt begrepp men att i det här fallet skilja anbudsgivarna åt inte låter sig göras. Rättelse skulle i så fall göras genom att punkten helt togs bort, vilket inte skulle påverka det slutliga resultatet. - Frimenko AB:s anbud har blivit uppräknat med 25 procent avseende det höj- och sänkbara skrivbordet.

Vad gäller Brios ansökan anför Upphandlingsbolaget bl a följande. Det framgår tydligt att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som skall antas i upphandlingen. Det framgår av förfrågningsunderlaget att det endast är krav listade i svarsblanketten som är kvalificerade. All annan användning av ordet "skall" i andra sammanhang är endast normalt svenskt språkbruk och saknar specifik juridisk betydelse. Det går inte att göra så att kraven på samtliga efterfrågade produkter skall vara exakta eftersom det inte är tillåtet att ange specifikt märke, fabrikat eller motsvarande. Offerrade produkter är således inte identiska vilket man måste ha förståelse för, i annat fall kommer det bli omöjligt att genomföra upphandlingar med stora mängder produkter. Det går alltid att hitta mindre olikheter men funktionen uppfylls ändå. - Metodiken för nollställning framgår tydligt i förfrågnings-

underlaget. Metoden skall uppmana leverantörer att försöka lämna så kompletta anbud som möjligt för att underlätta nollställning och utvärdering. Olika metoder används, har använts och diskuterats fram och tillbaka i Sverige under ett antal år. Man kan tycka vad man vill om dessa olika metoder men Upphandlingsbolaget har inte funnit något bättre och mer transparent sätt när nollställning av mängder av produkter skall göras. Brio har lämnat komplett anbud, vilket innebär att det inte drabbats av den valda metoden. Av totalt 87 positioner som har utvärderats, har endast 11 positioner nollställts varav inga i Brios anbud. Ingen annan anbudsgivare fått någon prisvärd fördel av nollställningsmetoden. Brio har inte en enda gång under anbudstiden kontaktat Upphandlingsbolaget utifrån att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt eller svårt att förstå. - ABA:s samtliga produkter finns i en offentligt tillgänglig elektronisk katalog på bolagets webshop. - Lekmadrassen har bedömts uppfylla begärd funktion, avvikelser avseende fanér på lekskärmen är mer av kosmetisk karaktär.

DOMSKÄL

Upphandling skall enligt 1 kap 4 § LOU göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

När beslut om leverantör och anbud fattats skall enligt 1 kap 28 § LOU den upphandlande enheten lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det.

Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall enligt 7 kap 2 § första stycket rätten

besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken "Prissättning" följande. Upphandlingen omfattar följande (5) produktområden. Till varje produktområde finns ett eller flera typrum för prissättning enligt de följande flikarna nedan. Anbudsgivare kan välja mellan att lämna anbud på ett eller flera produktområden dock skall samtliga typrum inom respektive produktområde prissättas. Priserna anges enligt den prislista som gäller 2007-09-01. Det sortiment/fabrikat samt rabatt/påslag som anges i typrummen skall vara desamma som anges i bilagan. Sortiment-Fabrikat under respektive produktområde. Bilaga Sortiment-Fabrikat kommer att finnas med i ett eventuellt kommande avtal. I de fall anbudsgivare ej offererar någon enskild position inom respektive produktområde kommer denna att belastas med högsta anbudspris + 25 procent.

Det anges även under rubriken "Bedömning av anbud" bl a följande. Anbudsbedömning sker i följande steg; Formell kontroll – kontroll att begärd dokumentation lämnats. Om väsentliga uppgifter utelämnats kan anbudet komma att förkastas. Kvalificering – kontroll att anbudsgivaren uppfyller ställda kvalificeringskrav. Utvärdering av anbud. Se bilaga "svarsblankett" för information om vilka uppgifter som skall lämnas samt vilka kvalificeringskrav och utvärderingskriterier som ställts upp.

Under rubriken "Observandum" anges följande. Beträffande kvalificerande krav är det endast krav listade i svarsblanketten som är kvalificerande. All annan användning av ordet "skall" i andra sammanhang är enbart normalt svenskt språkbruk och saknar specifik juridisk betydelse.

Länsrätten finner att upphandlingsbolaget vid utformningen av sitt tilldelningsbeslut inte brutit mot 1 kap 28 § LOU. Vad gäller påpekade brister i förfrågningsunderlaget gör länsrätten följande bedömning.

Upphandlingsbolaget har i förfrågningsunderlaget angett att en nollställningsmetod kommer att användas på så sätt att anbudsgivare som inte har fyllt i alla prisuppgifter kommer att åsättas annan anbudsgivares högsta anbudspris med ett tillägg på 25 procent. Upphandlingsbolaget har således i förfrågningsunderlaget angett att den i urvalsprocessen avsett att använda en metod som innebär att det vid åsättandet av priser på produkter som inte offereras av anbudsgivare beaktas andra anbudsgivares prisuppgifter vad avser jämförbara produkter. Eftersom en anbudsgivares prissättning kan göras beroende av andra anbudsgivares prisuppgifter finns ingen eller endast liten möjlighet för en anbudsgivare att förutse hur utvärderingen kommer att genomföras, vilket enligt länsrättens mening innebär att en anbudsgivare för att kunna lägga ett rättvisande och konkurrenskraftigt anbud är tvungen att göra avvägningar beträffande även andra anbudsgivares eventuella prisuppgifter. Detta i än större utsträckning när anbudsgivare – så som i förevarande upphandling – vid utebliven prisuppgift åsätts inte bara annan anbudsgivares högsta pris utan även ett tillägg på 25 procent. Länsrätten anser därför att den i förfrågningsunderlaget angivna metoden för prisjämförelse inte är förenlig med principerna om förutsebarhet och transparens och att det redan vid anbudsgivningen medfört att en upphandling på af-färsmässiga villkor inte kunnat genomföras.

Formuleringen i förfrågningsunderlaget som handlar om att endast vissa "skall" i underlaget skall tolkas som kvalificeringskrav är vidare enligt länsrättens mening otydlig och har gjort det svårt för anbudsgivare att tolka huruvida kraven verkligen varit att se som skallkrav eller inte. Länsrätten finner därför att denna formulering i förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens. De av Brio och Sjöholms åberopade grunderna

gällande att andra anbudsgivare inte uppfyllt de i förfrågningsunderlaget ställda skallkraven får också anses vara en direkt följd av att förfrågningsunderlaget är oklart beträffande vilka krav som utgör kvalificeringskrav.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner länsrätten att förfrågningsunderlaget varit bristfälligt beträffande den i upphandlingen valda metoden för prisjämförelse samt vad som skall anses som kvalificeringskrav samt att dessa brister strider mot 1 kap 4 § LOU. De bristfälligheter och oklarheter som funnits i förfrågningsunderlaget får också anses ha medfört att såväl Sjöholms som Brio lidit skada genom att det vid anbudsgivningen förelegat svårigheter att lämna rättvisande och konkurrenskraftiga anbud. Upphandlingen avseende produktområdena "Kontor/konferens", "Förskola" och "Skola/Gymnasium inkl elevskåp" skall därmed göras om.

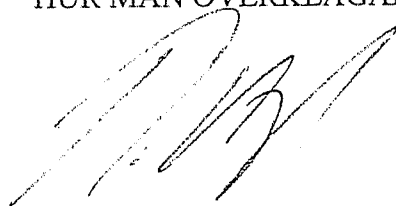
Vad Sjöholms och Brio i övrigt anført finner länsrätten inte utgör skäl att ifrågasätta aktuell upphandling.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att den aktuella upphandlingen avseende produktområdena "Kontor/konferens", "Förskola" och "Skola/Gymnasium inkl elevskåp" skall göras om.

Domen gäller omedelbart.

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



Dick Hjort

Föredragande: Ofelia Hendar

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.