



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2018-06-25  
Meddelad i Linköping

Mål nr  
1512-18

**SÖKANDE**

Swedol AB, 556127-6188  
Box 631  
135 26 Tyresö

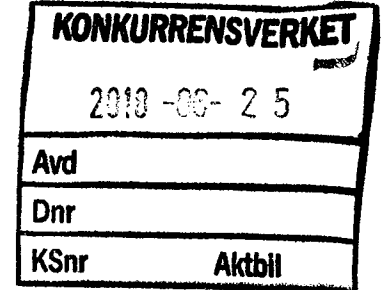
Ombud: Maria Krantz  
TED Law AB  
Norr tullsgatan 6  
113 29 Stockholm

**MOTPART**

Göteborgs Stad, Nämnden för inköp och upphandling  
Box 1111  
405 23 Göteborg

**SAKEN**

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 331479

**Postadress**  
Box 406  
581 04 Linköping

**Besöksadress**  
Brigadgatan 3

**Telefon**  
013-25 11 00  
**E-post:** [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)  
[www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se](http://www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se)

**Telefax**  
013-25 11 40

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00–16:00

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Göteborgs Stad, Nämnden för inköp och upphandling (Beställaren) genomför ramavtalsupphandlingen *Arbetskläder yttre miljö 082/17* (Upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande enligt LOU och ramavtal kommer att tecknas med en leverantör. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån pris. Swedol AB (Bolaget) har inte lämnat anbud i Upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar att denna ska göras om.

Beställaren motsätter sig bifall till ansökan.

### VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

#### **Bolaget**

#### *Alltför väsentliga ändringar*

Beställaren har under annonseringstiden ändrat eller frångått 40 obligatoriska krav som ställts i Upphandlingen. Skälet till de omfattande ändringarna kan delvis bero på att kraven från början var riktade till ett specifikt varumärke som inte kunde offereras av samtliga potentiella anbudsgivare och allteftersom anbudsgivarna påpekade detta gjorde Beställaren förändringar i upphandlingsdokumentet. Att så många som 40 obligatoriska krav har ändrats eller frångåtts under annonseringstiden måste anses vara alltför väsentlig förändring.

Beställaren har tolkat begreppet ”*alltför väsentlig ändring*” mycket snävt. Det bör klargöras att det i direktivtexten anges exempel på ändringar som

alltid innebär att en upphandling ska avbrytas och göras om. Bolaget uppfattar att Beställaren, med hänvisning till direktivtexten, anser att en ändring av upphandlingens art innebär att det som efterfrågas när upphandlingen annonseras helt ska utgå och/eller ersättas med en helt annan tjänst/produkt. Med det resonemanget skulle en potentiell leverantör aldrig kunna ifrågasätta huruvida upphandlande myndighet vidtagit en alltför väsentlig ändring eller inte. Den frågan skulle aldrig aktualiseras eftersom upphandlande myndigheter inte skulle avsluta en sådan upphandling då det antagligen skulle leda till att ingen av de anbudsgivare som ursprungligen hämtat ut upphandlingsdokumentet skulle ha möjlighet att lämna anbud i upphandlingen. Det kan inte ha varit lagstiftarens vilja att vidtagna ändringar av totalt 40 obligatoriska krav som dessutom från början riktats mot en viss tillverkarens produkter, inte skulle anses utgöra en alltför väsentlig ändring av Upphandlingen.

Särskilt vill Bolaget lyfta fram de ändringar av totalt fem positioner som genomfördes efter sista förlängningen den 22 januari 2018. Beställaren luckrar t.ex. upp kravet för position 7.7 på färg i sitt svar på fråga 63 så att inte enbart helsvarta stövlar blir godkända. Det är en väsentlig ändring av förklarliga skäl då anbudsgivare som eventuellt i början av Upphandlingen konstaterat att man inte hade tillgång till helsvarta stövlar men som i övrigt uppfyller kraven helt plötsligt har en helt annan möjlighet att lämna anbud. Genom svar på fråga 64, gällande position 7.9 så ändrar Beställaren också helt material på efterfrågad stövel. Det är inte längre samma produkt som efterfrågats från början. I svar på fråga 62, gällande position 7.4 visar Beställaren att man inte har förstått vilka krav som egentligen har ställts. Gore-Tex ligger som ett membran mellan två ytor (utsidan och insidan) och håller vatten borta. Gore-Tex ligger aldrig på utsidan. Innan ändringarna genomfördes kunde således ingen leverantör offerera efterfrågad produkt. Slutligen ändrar Beställaren positionerna 1.10 och 1.11, kravet på ett material på 100

procent till att acceptera blandmaterial vilket är en väsentlig skillnad då detta kan ändra egenskaperna på plaggen helt.

Beställaren får det att framstå som att det är ensidigt positivt att man ändrat de obligatoriska kraven till att inkludera fler olika varianter av en produkt, men Beställaren glömmer då bort vad en sådan förändring de facto innebär för en leverantör. Leverantören behöver finna de mest konkurrenskraftiga priserna till de efterfrågade produkterna. När kraven på produkterna ändras måste leverantören återuppta sitt sökande och förhandlande med sina underleverantörer. Det gäller även i det fall då leverantören redan hittat en produkt som uppfyller kraven eftersom denne vet att konkurrenterna genom förändringen fått utökade möjligheter att finna andra mer prisvärda alternativ. Varje förändring av en förutsättning i en upphandling leder till merarbete för leverantörerna.

Genom att vidta ovan angivna ändringar, vilka samtliga är av väsentlig betydelse avseende vilka produkter som kan ingå i anbudet, och inte förlänga anbudstiden har Beställaren brutit mot 11 kap. 8 § 2 LOU. Det har i målet ingen betydelse att Beställaren förlängt anbudstiden med totalt 14 dagar då regeln är tydlig, vidtas väsentlig förändring så ska anbudstiden förlängas efter att ändringen har publicerats. Regeln kan inte tolkas som att det är möjligt att förlänga anbudstiden innan ändringen vidtas, utan det måste ske efter ändringen är genomförd. Bolaget vill uppmärksamma rätten på att sista ändringarna genomfördes bara sex dagar före sista anbudsdag.

#### *Oproportionerliga krav*

En upphandlande myndighet ges i och för sig ett fritt utrymme att ställa de krav som upphandlande myndighet önskar men kan inte ställa kraven på sådant sätt att dessa strider mot de grundläggande principerna som bär upp LOU. En bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska enligt EU-domstolens praxis utföras som en strukturerad avvägning mellan mot-

stående intressen i tre steg. Först bedöms om åtgärden i fråga är lämplig och effektiv för att åstadkomma det uppgivna syftet. Därefter bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen bedöms huruvida den negativa effekten som åtgärden medför, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Beställaren har ställt krav på att en dubbelfordrad jacka med en vikt om minst 600 g ska offereras. Det är ostridigt i målet att kravet utesluter samtliga anbudsgivare som inte kan offerera Top Swedes produkter och att anbudsgivaren antingen kommer att förkastas eller erhålla ett belastningspris. Det är oklart vad Beställaren har för syfte med att ställa krav på 600 g fodervikt men Bolaget antar att syftet med kravet måste vara att en tillräckligt varm jacka kan köpas in. Även om rätten skulle komma fram till att åtgärden, att kräva en fodervikt om minst 600 g, är lämplig är den inte nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, en tillräckligt varm vinterjacka. Beställaren hade som alternativ kunnat ställa krav utifrån funktion och egenskaper istället för att detaljstyra kraven. Beställaren hade kunnat kräva att jackan skulle uppfylla högsta klassen i standarden EN 342. Standarden omfattar certifierade och godkända plagg som skyddar mot kyla, t.ex. genom värmande isoleringsegenskaper och vindtäthet. EN 342 specificerar värdet av den resulterande effektiva värmeisoleringen för användaren. Standarden anger den lägsta temperatur där kroppen kan upprätthålla värmeneutrala förhållanden under obegränsad tid (8 timmar) vid lättare och medeltunga arbetsuppgifter. Den anger även den lägsta temperatur där kroppens kylförmåga behålls på en acceptabel nivå under en timme medan användaren utför lättare och medeltunga arbetsuppgifter. Det finns således andra mindre ingripande medel för Beställaren att tillgodose eftersträvat syfte.

Även gällande övriga ställda krav så har Beställaren kunnat tillgodose kraven på ett mindre ingripande sätt. De detaljerade kraven på utseende har resulterat i att andra anbudsgivare än den befintliga leverantören inte har kunnat offerera ett affärsmässigt anbud. Kraven borde istället kunna tillgodoses genom en beskrivning av vilken funktion som önskades. Exakta antalet fickor samt hur dessa är utformade påverkar inte plaggets funktion och saknar därför syfte. Beställaren har därför handlat i strid med proportionalitetsprincipen till följd av det sätt på vilket kraven har formulerats.

*Otydlig upphandlingsdokumentation*

Upphandlingsdokumentet är därtill mycket otydligt dels med anledning av det stora antalet frågor som besvarats och det sätt de besvarats på, dels avseende vilka krav som ställts för respektive position. Av upphandlingsdokumentet framgår att 95 procent av totalt 76 positioner ska uppfyllas för att anbudsgivaren ska gå vidare i utvärderingen, vilket innebär att klarhet i vilka produkter som skulle ha offererats har haft stor betydelse för leverantörernas möjligheter att kvalificera sig. Vidare framgår att pris utvärderats och att anbudsgivare som inte offererat enligt ställda krav belastats med ett påslag om 25 procent på det högsta offererade priset i Upphandlingen. Beställaren har dock inte angivit vilket exakt belastningspris som kommer att utgå för det fall offererad produkt inte uppfyller ställda krav. Detta brister i transparens eftersom anbudsgivaren inte kan ta ställning till om det är värt att lämna anbud även om inte samtliga krav uppfylls. Normalt brukar belastningspriset anges direkt i upphandlingsdokumentet. Det innebär att även om Bolaget hade kunnat lämna anbud så hade man inte kunnat räkna ut vilka priser som Bolaget hade behövt lämna för att ha en potentiell chans att vinna affären. Upphandlingsdokumentet är således behäftat med otydlighet och strider mot transparensprincipen.

*Konkurrensbegränsande produktkrav*

Beställaren har ställt mycket detaljerade krav som otillbörligt gynnat tidigare leverantör och som resulterar i att visst fabrikat, Top Swede, måste offereras. Kraven har vidare beskrivits så detaljerat att det i praktiken resulterat i att övriga anbudsgivare inte har kunnat offerera andra produkter än dem från Top Swede. För att uppfylla ställda krav har tidigare leverantör mer eller mindre bara kunnat bifoga sin produktkatalog medan övriga anbudsgivare har varit tvungna att finna likvärdiga produkter.

Beställaren anför att det är naturligt och logiskt att en behovsanalys baseras på befintligt sortiment men att Beställaren vidtagit en omfattande marknadsanalys och leverantörsdialog i syfte att de produktkrav som ställs ska vara konkurrensneutrala. Beställaren anser vidare att kraven på de produkter som efterfrågats har beskrivits i neutrala termer samt att man inte hänvisat till vare sig varumärken, artikelnummer eller referensprodukter. Bolaget är dock av en helt annan uppfattning. Beställaren uppger att synpunkter begärts in från potentiella leverantörer från föregående upphandling varav en specifik leverantörsdialog förts med bl.a. Grolls. Det ska framhållas att Grolls endast haft kort tid att besvara frågorna då det var semestertider. Dessutom framgår det av de frågor som ställdes att leverantören ombads att titta på specifika frågor som exempelvis rörde storlekar, certifieringar, tvättråd samt etiska och ekologiska produkter. I det sammanhanget kunde Grolls inte förutse att de produktblad som man ombads gå igenom skulle kopieras rakt av med exakta antalet fickor etc. Grolls har dock svarat Beställaren att de obligatoriska kraven inte bör styras till 100 procent utan att likvärdig produkt bör vara ok. Detta har emellertid Beställaren valt att bortse ifrån.

Bolaget anser att konkurrensen har begränsats till följd av Beställarens agerande. Beställaren menar å sin sida att detta motbevisas av att fem anbud

inkommit i Upphandlingen. Det ska dock understrykas att tre av de fem anbudena består av produkter från Top Swede.

Vidare är Bolaget av den uppfattningen att de två andra anbudsgivare som offererat andra produkter än från Top Swede inte uppfyller kraven som ställts. Beställaren har motsatt sig detta och anför att likvärdiga produkter accepteras men att någon utvärdering inte har skett av dessa anbud. Det förefaller dock underligt och måste stå i strid med likabehandlingsprincipen ifall Beställaren t.ex. skulle acceptera färre bröstfickor än fyra när det i produktkravet angivits att plagget minst ska ha detta. Det är därför uppenbart vid en objektiv bedömning avseende de två anbudsgivare som inte offererat produkter från Top Swede att dessa inte skulle ha ansetts uppfylla samtliga produktkrav.

Slutligen är det trots alla ändringar i upphandlingsdokumentet fortfarande fem produkter som inte kan offereras från annan tillverkare än Top Swede. Bolaget vill framhäva att konkurrensen måste anses begränsad då de produkter som offererats från andra tillverkare än Top Swede inte uppfyller uppställda krav. När kraven är riktade mot ett visst varumärke, oavsett om varumärket nämns eller refereras till, så försvåras anbudsgivningen för leverantörer som använder andra tillverkare. Beställarens agerande har således klart gynnat tidigare antagen leverantör vilket är i strid med såväl konkurrens- som likabehandlingsprincipen enligt 4 kap. 1 och 2 §§ LOU.

### **Beställaren**

#### *Ändringarna i upphandlingsdokumentet*

Huvudfrågan i målet rör tillämpningen av bestämmelsen i 11 kap. 8 § 2 LOU och det handlingsutrymme som numera finns i upphandlingslagstiftningen för att kunna göra ändringar, även väsentliga sådana, i upphand-



lingsdokumentet under anbudstiden. Redan av bestämmelsens ordalydelse framgår uttryckligen att det är tillåtet att göra väsentliga ändringar av upphandlingsdokumentet förutsatt att anbudstiden förlängs. Motsatsvis innebär den aktuella bestämmelsen att förändringar som görs av ett upphandlingsdokument och som inte är av så kvalificerat slag att de betecknas som väsentliga medför i sig ingen skyldighet att förlänga anbudstiden.

Det är dock ostridigt att Beställaren har förlängt anbudstiden med 14 dagar i samband med att produktkrav justerats, dvs. en förlängning med närmare 50 procent i förhållande till den ursprungliga anbudstiden. Förlängningen står alltså i proportion till ändringens vikt för anbudens utformande. Att tidsfristen varit tillräckligt lång styrks att fem anbud lämnades i Upphandlingen.

Att det numera är tillåtet att göra väsentliga ändringar av ett upphandlingsdokument utan att upphandlingen måste annonseras på nytt följer uttryckligen av 11 kap. 8 § 2 LOU samt bakomliggande direktivbestämmelse i artikel 47.3 första stycket b) skäl 81 i direktiv 2014/24/EU. Av skäl 81 framgår att ändringar får ske i de tekniska specifikationerna – dvs. exempelvis produktkrav – men att däremot ”arten” på det ursprungliga ramavtalet inte får förändras på så sätt att andra leverantörer skulle vara intresserade av upphandlingen. Det är alltså fråga om förfaranden i två steg där upphandlingsunderlaget inte kan ändras hur som helst efter det urval som skett i det första steget. Om ett sådant underlag ändras efter det första steget påverkar det, precis som skältexten anger, möjligheten för att andra anbudssökanden skulle kunna valts eller att andra deltagare skulle valt att anmäla sig. Aktuell upphandling är dock en upphandling i ett steg (öppet förfarande) där risken som påtalas i skältexten därmed inte gör sig gällande. I en upphandling i ett steg får samtliga leverantörer som hämtat ut upphandlingsdokumentet kommuniceringar om justeringar i underlaget och anbudet kan därmed inte lämnas på ett underlag som därefter justeras på så sätt att någon annan leverantör valdes. Bolaget, som hämtade ut upphandlingsdokumentet den 18

december 2017, har alltså fått del av samtliga justeringar i underlaget – genom automatiska meddelanden i Tendsign – och kan därmed inte heller påstå någon hypotetisk skada kopplad till att underlaget skulle attraherat en annan leverantörskrets. Skaderekvisitet i LOU är individuellt kopplat och en leverantör kan därför inte ponera situationer som inte gäller för det klagande bolaget.

En annan mer allmän distinktion som kan göras utifrån skäl 81 är att en större restriktivitet skulle gälla för ändringar av krav i upphandlingsdokumentet som handlar om själva tillträdet till upphandlingen, dvs. krav på leverantören (såsom omsättningskrav, erfarenhetskrav eller krav på viss kapacitet). Däremot framgår explicit att det är tillräckligt att förlänga anbudstiden när det rör väsentliga ändringar av de tekniska specifikationerna. I skältexten ska sådana ändringar förstås som *”inbegripande ändringar särskilt i de tekniska specifikationerna”* så att leverantörerna skulle *”behöva mer tid att förstå dem och reagera på dem på lämpligt sätt”*. Sammanfattningsvis har de ändringar som skett i Upphandlingen inte förändrat arten på Upphandlingen och ändringarna har efterföljts av en förlängning av anbudstiden som stått i relation till genomförda justeringar i förhållande till det ursprungliga upphandlingsdokumentet och anbudstiden. Det är inte heller så att Upphandlingen efter de justerade produktkraven skulle attraherat någon annan leverantörskrets än det ursprungligen annonserade upphandlingsdokumentet. Ändringarna har alltså skett i enlighet med 11 kap. 8 § 2 LOU och den bakomliggande direktivbestämmelsen i artikel 47.3 b) samt vad som anges i skäl 81 i direktiv 2014/24/EU.

Slutligen ska tilläggas att en justering av produktkrav inte medför att en utvärderingsmodell ändras. Varken kriterier eller viktning i utvärderingsmodellen har på något sätt ändrats. Bolagets påståenden i denna del ska lämnas utan avseende.

*Utformningen av produktkraven i Upphandlingen*

Inledningsvis ska noteras att det är helt naturligt och logiskt i alla ramavtalsupphandlingar att behovsanalysen inför en upphandling baseras på inköpsstatistik från det sortiment som funnits i det befintliga ramavtalet. Med utgångspunkt från inköpsstatistiken över de mest frekvent köpta produkterna utformas sedan produktkrav till Upphandlingen. Innan kraven fastställs görs givetvis en omfattande marknadsanalys och leverantörsdialoger i syfte att de produktkrav som ställs ska vara konkurrensneutrala och möjliga att möta av olika leverantörer på marknaden. Beställaren har hela tiden haft för avsikt att olika leverantörer ska kunna offerera lämpliga kläder utifrån de produktkrav som ställts. Att Beställaren – utöver marknads- och leverantörsdialogen – under anbudstiden dessutom agerat genom att justera krav som påtalats försvåra offererandet av bredare produktsortiment visar att utgångspunkten hela tiden varit att eftersträva största möjliga konkurrens. Samtliga produktkrav i Upphandlingen har varit beskrivningar i neutrala termer och några hänvisningar till varumärken, artikelnummer eller för den delen ”referensprodukter” har över huvud taget inte förekommit.

I leverantörsdialogen inför Upphandlingen har fem leverantörer fått möjlighet att besvara frågor om bl.a. storlekar, tvättråd, garantier och certifieringar. En av dessa leverantörer var Grolls som i december 2017 fusionerades med Bolaget. Bolaget har således genom detta haft möjlighet att lämna kommentarer kring de befintliga produktkraven hos nuvarande leverantör. Man har dock endast lämnat kortfattade synpunkter vilka dessutom beaktats av Beställaren vid utformandet av underlaget.

I marknadsdialogen har även dialog förts direkt med tillverkare, såsom Fristads och Blåkläder, för att säkerställa att tänkta produktkrav kan mötas av tillgängliga produkter. Utifrån de synpunkter som inkommit under marknadsanalysen och leverantörsdialogen – däribland alltså ett omfattande un-

derlag från just Grolls/Bolaget – anpassades produktkraven för att bli så konkurrensneutrala som möjligt.

Det framgår även av upphandlingsdokumentet i samband med kravuppfyllelse att prövningen avser om produkten ”*uppfyller kraven/bedöms som likvärdig*”. Tecknet ”/” betyder ”*och, eller*”, och innebär därför att det som alternativ till att uppfylla alla specifika krav är att produkten ändå kan bedömas som likvärdig. Detta innebär att det – vilket är naturligt när det handlar om varor av det slag som Upphandlingen avser – inte är fråga om exakt matchning i samtliga detaljer utan istället en viss funktionalitet som eftersträvas.

#### *Justeringar under anbudstiden*

Trots omfattande förarbete ställdes relativt många frågor under anbudstiden. För att eftersträva största möjliga konkurrens har Beställaren generellt varit tillmötesgående när det kommit synpunkter kring att vissa krav borde justeras för att möjliggöra fler produkter. De justeringar som skett har inte i något fall inneburit att någon produkt i enlighet med de ursprungliga kraven inte kunnat offereras. I stället har justeringarna i samtliga fall inneburit en utvidgning av vad som accepteras och därmed bidragit till att öka konkurrensen.

#### *Påståendet om konkurrensbegränsning*

Bolagets påstående om konkurrensbegränsande produktkrav motbevisas redan genom det faktum att fem anbud lämnats i Upphandlingen.

De svar som lämnats under anbudstiden kring de nu aktuella positionerna anger i princip en hänvisning till att bedömningen av en produkt kommer baseras på både kravuppfyllelse och en alternativ likvärdighetsbedömning.

Likabehandlingsprincipen innebär inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att säkerställa någon fullständig utjämning av olika anbudsgivares förutsättningar att offerera produkter ur deras befintliga sortiment. Som tidigare påpekats innebär inte heller upphandlingsreglerna att krav är oproportionerliga eller diskriminerande enbart för att endast en eller ett fåtal leverantörer på marknaden kan möta kraven.

Vad gäller position 3.18 så är det just en dubbelfordrad parkas som utgör behovet och som kravstälts. Den fråga som ställdes under anbudstiden, där frågan gällde sänkning av foderkravet från 600 g/kvadratmeter till 180–200 g/kvadratmeter, besvarades med att kravet kvarstod. Om kravet hade sänkts i enlighet med begäran hade det helt enkelt inneburit en helt annan produkt, nämligen en enkelfordrad jacka. Behovet var en dubbelfordrad Jacka och Beställaren har självfallet full rådighet att kravställa produkter som man faktiskt är i behov av, även om inte samtliga potentiella anbudsgivare har just en sådan typ av produkt i sitt sortiment. Bolaget påstår att foderangivelsen i sig skulle sakna relevans och att det i stället skulle vara möjligt att funktionsmässigt ange en viss temperatur som jackan skulle tåla. Såvitt Beställaren känner till anges normalt inte någon temperaturgradering för arbetskläder (skor till viss del undantaget) och någon sådan standard med tillhörande testmetoder finns inte heller framtagen. Bolaget har inte heller gett in stöd för att så skulle vara fallet och att det därmed skulle vara möjligt att alls kontrollera en sådan kravställning med funktion för en viss komforttemperatur som bolaget anser borde tillämpats i stället för fodervikt. I stället är det vedertaget att använda just fodervikt för att säkerställa att en jacka får avsedd funktion och klarar att användas i kallare temperaturer. I enlighet med fast rättspraxis har en upphandlande myndighet ett stort utrymme att själv avgöra vilka krav den avser att ställa på de produkter den vill köpa och hur upphandlingen utformas (jfr RÅ 2010 ref. 78). Att endast ett fåtal företag kan uppfylla ställda kriterier innebär inte att likabehandlingsprincipen överträds (jfr C-513/99 Concordia Bus). Bolaget har inte visat att syftet att

upphandla en tillräckligt varm jacka kunnat uppnås på annat sätt än en angivelse av fodervikt och dubbelfordrad på så sätt som skett. Kravet har därmed varit såväl nödvändigt för att säkerställa syftet som proportionellt, oavsett om Bolaget har en sådan jacka inom sitt ordinarie produktutbud eller inte.

Det är ostridigt att de produkter som offererats i Upphandlingen kommit från ett flertal olika tillverkare. Även i det vinnande anbudet från Sikab förekommer totalt 12 olika fabrikat för de offererade produkterna och alltså inte endast varumärket Top Swede. Upphandlingsunderlaget har således varken direkt eller indirekt varit konkurrensbegränsande på sådant sätt som utgör en överträdelse av LOU och konkurrensprincipen.

Vad gäller de sex specifika positioner som Bolaget påstått endast kan offereras med en Top Swede-produkt kan konstateras att totalt fem olika fabrikat, utöver Top Swede, offererats för de berörda positionerna.

*Pos. 3.4:* Matterhorn, Shell jacket MH-659 och Shell pants MH-662

*Pos 3.10:* Blåkläder, 498819879900 Skaljacka

*Pos 3.17:* Fristads, Varsel Airtech jacka, artikelnummer: 119626, Blåkläder 482719773389 Varseljacka vinter, HH Workwear Ludvika jacket artikelnummer: 71376

*Pos 3.19:* Medusa, polar High-vis parkas artikelnummer: 131-2099, Blåkläder 883119793389 Varselparkas

*Pos 4.4:* Matterhorn Shell pants MH-662

Det är korrekt att någon utvärdering inte skett för de offererade produkterna i övriga anbud än det vinnande från Sikab. Den ”utvärdering” som Bolaget gjort med underkännande av konkurrenternas produkter kan inte godtas. Dels har berörda leverantörer inte fått möjlighet att verifiera krav och dels

har någon likvärdighetsbedömning kring produkternas funktion inte gjorts. Som följer av upphandlingsdokumentet så krävs inte exakt matchning för varje detalj i kravspecifikationen utan kravuppfyllelse kan även ske om produkten ”bedöms som likvärdig”. En likvärdighetsbedömning är något annat än exakt matchning eftersom ett sådant förhållningssätt i sig skulle innebära en överträdelse av proportionalitetsprincipen (jfr C-188/84 *Kommissionen mot Frankrike*).

Det är inte ovanligt att en viss produkt på något sätt behöver modifieras utifrån sitt standardutförande med anledning av krav i en upphandling. Så sker inte sällan i samarbete mellan en leverantör och tillverkaren. Det går därför inte per automatik att hänvisa till en bild eller tidigare utformad produkt, eftersom den produkt som offereras kan vara uppdaterad eller modifierad utifrån kraven i upphandlingen. Det kan också vara så att en producent kan ta fram fler storlekar för en viss produkt än de som marknadsförs i exempelvis en katalog eller på en hemsida. Av upphandlingsdokumentet framgår tydligt under punkt 1.6.3.2 att ”Leverantören ska på begäran kunna verifiera att offererade varor uppfyller angivna krav.” Det föreligger således inte i sig något krav på att kravuppfyllnad ska visas redan i anbudet men däremot att kraven/likvärdigheten ska kunna verifieras när det begärs. Eftersom endast Sikabs anbud prövats så har det inte begärts in några verifikat för kravuppfyllelse/likvärdighetsbedömning från övriga anbudsgivare.

Beställaren vitsordar inga av de brister som Bolaget påstår kring de offererade produkterna, eftersom prövningen med begärda verifikat inte skett och det inte är möjligt att dra slutsatserna om brister enbart utifrån allmän information. Det ska återigen påtalas att bedömningen även innefattar en likvärdighetsprövning varför en bedömning av produkterna mycket väl kunnat resulterat i att någon smärre avvikelser mot produktbeskrivningen tolereras så länge funktionaliteten uppfylls. Det har därmed varit möjligt att offerera produkter av annat varumärke än Top Swede. För position 3.18 har det dock

visat sig att det är korrekt att endast Top Swede har en dubbelfordrad produkt. Svaret på frågan som lämnats under anbudstiden gällande foderkravet innebär att det är en dubbelfordrad jacka som avses vilket är logiskt eftersom en enkelfordrad jacka helt enkelt inte har samma funktion som en dubbelfordrad jacka. Beställaren har också haft fog för att kräva just en dubbelfordrad produkt, även om det inte skulle finnas tillverkare på marknaden utöver Top Swede som kan tillhandahålla en sådan produkt, eftersom behovet för avtalsanvändarna var just en dubbelfordrad jacka. Effekten av detta krav har inte heller inneburit att det inte skulle varit möjligt för Bolaget att lämna anbud. Det skulle endast medfört att Bolaget fått belastningsvärde för just den positionen.

*Belastningsvärdet är förenligt med LOU och praxis*

Det är inte korrekt att det enligt LOU skulle krävas att exakta belastningsvärden används. Det har i kammarrättspraxis konstaterats att belastningsvärden som bygger på ett procentuellt påslag mot det högsta anbudet för en viss position är förenligt med LOU (se bl.a. Kammarrättens i Jönköping dom den 5 mars 2014 i mål nr 2608-13). Resonemanget som Bolaget för om förutsebarhet faller redan på det självklara i att en leverantör inte kan känna till sina konkurrenters priser på förhand och därmed aldrig kan ha en sådan vetskap kring vilka priser som medför ett vinnande anbud på förhand. Att det finns andra metoder, som också är förenliga med LOU, att konstruera ett belastningsvärde saknar betydelse.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Rättslig reglering

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.



Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten (11 kap. 8 § 2 LOU).

#### **Förvaltningsrättens bedömning**

Målet rör i) om väsentliga ändringar gjorts av upphandlingsdokumentet under anbudstiden och, om så anses vara fallet, om anbudstiden har förlängts i tillräcklig utsträckning (ii) om uppställda produktkrav varit oproportionerliga och konkurrensbegränsande (iii) om upphandlingsdokumentet varit behäftat med otydlighet samt (iv) om belastningsvärde som bygger på ett procentuellt påslag baserat på det högsta anbudet för en viss position är förenligt med transparensprincipen.

När det inledningsvis gäller de ändringar som företagits av produktkraven i upphandlingsdokumentet under anbudstiden kan konstateras att de flesta ändringarna är av marginell karaktär såsom t.ex. modifierad tvättgrad och storleksspann. Bolaget menar dock att de ändringar som genomfördes den 22 januari 2018 varit av väsentlig karaktär och att ingen förlängning av anbudstiden skett efter att de genomfördes. De aktuella ändringarna innefattar följande.

1. En uppluckring av kravet att enbart helsvarta gummistövlar blir godkända.
2. Ytterligare material tillåts i offererade stövlar.
3. Krav på utsida av Gore-Tex eller likvärdigt på vattentät skyddssko ändras till att membranet mellan utsidan och insidan av skon ska vara Gore-Tex.
4. Uppställt krav på att pikétröja ska vara av 100 procent bomull ändras till att tillåta att tröjan består av 95 procent bomull och 5 procent elastan.

Dessa ändringar som samtliga innebär att uppställda krav har blivit mindre stränga för ett litet antal produkter är begränsade i förhållande till upphandlingsföremålet och har heller inte väsentligt förändrat förutsättningarna för att lämna anbud. Vidare har ändringarna meddelats via ”Frågor & svar” till samtliga anbudsgivare vid samma tillfälle. Ändringarna kan mot bakgrund av det anförda enligt förvaltningsrättens mening inte betraktas som väsentliga eller i övrigt anses stå i strid med principerna om likabehandling och transparens. Detta medför att det enligt LOU inte föreligger något krav på förlängning av anbudstiden.

Därefter tar förvaltningsrätten ställning till Bolagets invändning om att uppställda produktkrav varit oproportionerliga och konkurrensbegränsande.

Beställaren har i Upphandlingen bl.a. ställt krav på att en dubbelfordrad jacka med en vikt om minst 600 g ska offereras. Bolaget menar att detta krav skulle ha kunnat ställas utifrån funktion och egenskaper istället för ffordervikt, t.ex. genom att Beställaren hade krävt att jackan skulle uppfylla högsta klassen i standarden EN 342. Beställaren har å sin sida anført att det inom nämnd standard inte finns någon klassificering avseende värme och att det inte skulle vara möjligt att verifiera ett sådant krav utifrån den produktinformation som tillverkarna redovisar. Det är ostridigt i målet att det som

Beställaren efterfrågar är en jacka med mycket goda värmeegenskaper, men Bolaget menar att vind- och vattentäthet och andningsförmåga är viktigare än fodervikt för att säkerställa en jacka som klarar kallare miljöer.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumentet i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU iakttas. Principen om proportionalitet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Därtill följer av svensk rättspraxis att upphandlande myndighet vid utvärderingen har rätt att själv avgöra vilka aspekter i ett anbud som har särskilt värde för den upphandlande myndigheten (se t.ex. RÅ 2010 ref. 78).

Att ställa ett krav på att en jacka ska vara dubbelfordrad får enligt förvaltningsrätten vara ett av de sätt som kan anses vara lämpligt för syftet att säkerställa att den har goda värmeegenskaper. Detta får också anses ha ett naturligt samband med Upphandlingens syfte, nämligen att få fram arbetskläder som tål de skiftande förhållanden som arbete i yttre miljö innebär. Förvaltningsrätten finner att det aktuella produktkravet står i rimlig proportion till det mål som det är avsett att uppfylla i Upphandlingen och att den eventuella negativa effekt som uppstår i konkurrenshänseende således får godtas. Att det, som Bolaget påpekar, finns andra parametrar som också påverkar hur bra en jacka håller värmen föranleder ingen annan bedömning.

Utöver ovan nämnt krav på fodervikt har Bolaget i målet särskilt framhållit sex specifika positioner med tillhörande krav som Bolaget menar endast kan uppfyllas av Top Swede-produkter. Beställaren har å sin sida angett produkter från totalt fem olika fabrikat, utöver Top Swede, som de facto har offerrats för de berörda positionerna. Beställaren har därtill anfört att det vin-

nande anbudet, vad gäller Upphandlingen i sin helhet, innehåller produkter från 12 andra varumärken än Top Swede.

Förvaltningsrätten finner inte att utredningen i målet ger stöd för Bolagets uppfattning att produktkraven i Upphandlingen, och då särskilt de sex positioner som Bolaget lyft fram, endast kan uppfyllas av Top Swede-produkter. Det kan konstateras att Beställaren vid utformningen av produktkraven inte har refererat till specifikt varumärke samt har angett att likvärdiga produkter accepteras och att produkter från åtminstone 12 olika varumärken de facto har offererats i Upphandlingen. Förvaltningsrätten finner att uppställda obligatoriska krav varken anses kan vara oproportionerliga eller konkurrensbegränsande i förhållande till upphandlingsföremålet och Upphandlingens syfte.

Bolaget har vidare i målet anfört att upphandlingsdokumentationen brister i transparens, detta till följd av de många frågor som ställts och de ändringar som svaren på dessa frågor har genererat.

Beställaren har inför upphandlingsförfarandet genomfört en relativt omfattande marknadsanalys samt leverantörsdialoger. Avsikten har enligt Beställaren varit att eftersträva produktkrav som är utformade på ett sätt som underlättar för leverantörerna att kunna offerera lämpliga kläder och därigenom åstadkomma största möjliga konkurrens. Beställaren har mot bakgrund av detta, utöver det genomförda förarbetet, under anbudstiden justerat krav som av anbudsgivarna påtalats försvåra offererandet av bredare produktsortiment.

Ett upphandlingsdokument ska enligt praxis vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdo-

kument som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att oaktat att det under anbudstiden har genomförts ett relativt stort antal ändringar av uppställda krav, många av marginell karaktär, så har samtliga justeringar inneburit en utvidgning av vad som kunnat offereras på de aktuella positionerna. De ändringar som skett har inte i något fall medfört att en produkt som uppfyllt de ursprungliga kraven inte har kunnat offereras. Förvaltningsrätten finner inte heller att de av Beställaren avgivna svaren varit otydliga på ett sätt som innebär att upphandlingsdokumentet ska anses brista i transparens eller stå i strid med någon annan upphandlingsrättslig princip.

Bolaget menar vidare att utformningen av i Upphandlingen tillämpat belastningsvärde också brister i transparens. I Upphandlingen har en utvärderingsmodell använts som innebär att ett belastningsvärde som bygger på ett procentuellt påslag baserat på det högsta anbudet för en viss position använts.

Att utvärderingsmodellens utformning innebär att anbudsgivaren inte i förväg med säkerhet kan veta vilket det exakta belastningspriset blir medför inte en sådan oförutsägbarhet att den står i strid mot transparensprincipen. Då villkoren därtill är lika för alla anbudsgivare i Upphandlingen så kan denna form av belastningsvärde inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 5 mars 2014 i mål nr 2608-13). Förvaltningsrätten finner således att den utvärderingsmodell som använts i Upphandlingen vad avser belastningsvärde är förenlig med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte föreligger skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU mot Upphandlingen på av Bolaget anförda grunder. Ansökan ska i enlighet härmed avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Magnus Wickström

Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*

### **Avtal före laga kraft i vissa mål**

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

### **Ytterligare information**

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.