



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-08-31
Meddelad i Linköping

Mål nr
3789-11
Enhet 2

SÖKANDE

Sport och Fritidsgrossisten i Sverige AB, 556630-1825
Box 25
570 80 Virserum

MOTPART

Kriminalvården
Region Väst, Regionkontoret
Box 2562
403 17 Göteborg

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-08-01 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 56301

| | | | | |
|--|--------------------------------------|---|--------------------------------|--|
| Postadress Box 406 581 04 Linköping | Besöksadress Brigadgatan 3 | Telefon 013-25 10 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se | Telefax 013-25 11 40 | Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00 |
|--|--------------------------------------|---|--------------------------------|--|

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kriminalvården genomför en upphandling av sport- och fritidsartiklar (2009-021011). Upphandlingen genomförs med öppet förfarande. Kriminalvården har genom tilldelningsbeslut den 13 juni 2011 beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Sport och Fritidsgrossisten i Sverige AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid anbud från vinnandeanbudsgivare förkastas. Bolaget åberopar e-postkorrespondens mellan bolaget och Kriminalvården beträffande brister i vinnande anbud.

Kriminalvården yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan.

ANSÖKAN M.M.

Bolaget anför i huvudsak följande.

Kriminalvården har inte följt de specifikationskrav som samtliga anbudsgivare har haft som utgångspunkt, eftersom antagen leverantörs produkter avviker både vad det gäller kvalitet och utförande. Det kan ifrågasättas om det är meningen att en leverantör skall kunna offerera en vara som inte uppfyller kraven och på så sätt tilldelas kontrakt, för att sedan direkt byta ut varan till något annat. Självklart kan en produkt utgå ur sortiment eller liknande, men det kan rimligen inte aktualiseras redan i utvärderingsfasen. Det är att en anbudsgivares uppgifter måste kontrolleras noga innan myndigheten väljer leverantör, annars kommer de övriga anbudsgivarna att påpeka felaktigheterna efter att tilldelningsbeslutet skickats ut, som i detta fall. För att en basketboll skall vara "godkänd för matchspel i Sverige" kräver Svenska basketbollförbundet att bollen skall vara märkt med FIBA:s logga. Bolaget har varit i kontakt med Svenska basketbollsförbun-

dets tävlingschef, som kan verifiera uppgifterna. Svenska basketbollsförbundet har således samma krav som FIBA. En sådan uppgift hade varit enkel för Kriminalvården att kontrollera. Att en basketboll är tillverkad enligt FIBA:s officiella regler är ingen garant för varken kvalitet eller utförande, då inget kontrollorgan kontrollerat den. Det finns tusentals liknande basketbollar på marknaden. Sport & Fritidsgrossisten har offererat en basketboll enligt specifikationerna. Antaget anbud följer inte uppställda kravspecifikationer och Kriminalvården skall således förkasta anbudet. Detsamma gäller för positionerna 9, 11,14.

Kriminalvårdens upphandling omfattar 19 olika produkter. Specifikationerna har varit tydliga och referensprodukterna har varit vägledande för vilken kvalitet som Kriminalvården önskar på produkterna. Bolaget har noggrant valt ut produkter som överensstämmer med specifikationer och verifierat dessa helt enligt förfrågningsunderlaget. Det finns alltid ett förhållande mellan pris och kvalitet inom alla branscher och när ett anbud skiljer sig så mycket mellan leverantörerna som i förevarande fall, borde upphandlande myndighet vara extra noggranna i sin utvärdering. Det skiljer 148.000 kr mellan vinnande anbud och bolagets, men endast 29 000 kr mellan bolagets anbud och det anbud som rangordnades som nummer tre.

Kriminalvården bestrider bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Upphandlingen är indelad i två produktområden; produktområde 1, som avser biljard och dart och produktområde 2, som avser boll- och racket-sporter. Till inbjudan bifogades ett svarsformulär som skulle fyllas i av varje anbudsgivare. Under punkten 5.4. i svarsformuläret angavs att ett prisformulär för varje offererat produktområde skulle vara komplett ifyllt. I prisformuläret angavs vilka krav som ska vara uppfyllda för varje artikel. I en skrivelse den 30 mars 2011 rubricerad "Frågor och svar (3) - sport och fritidsartiklar Kriminalvården" har Kriminalvården - så vitt nu är av intresse - uppgett att anbudsgivare som alternativt förfarande kan intyga att det aktuella kravet är uppfyllt. Inom anbudstiden inkom sammanlagt sex an-

bud. Samtliga anbudsgivare lämnade anbud på produktområde 2 (boll- och racketsportprodukter). I förfrågningsunderlaget har angivits att Kriminalvården kommer att anta det anbud inom varje produktområde som erbjuder lägst anbudspris utifrån en formel som bygger på uppskattad avropsfrekvens. Formeln framgår av förfrågningsunderlaget. Av tilldelningsbeslutet framgår att av de inlämnade anbuden där samtliga krav var uppfyllda i produktområde 2 erbjöd KGM AB lägst anbudspris utifrån den redovisade formeln. Bolaget har inväntat att Kriminalvården i samband med utvärdering av inkomna anbud frångått kravspecifikationerna och att anbudet från KGM AB:s produkter avviker både vad gäller kvalitet och utförande. KGM AB har intygat, vilket framgår av KGM AB:s anbud, att de produkter som bolaget erbjuder uppfyller de krav som Kriminalvården har ställt. KGM AB har således uppfyllt de av Kriminalvården uppställda kraven beträffande produkterna. När det gäller erbjudna rabatter har Kriminalvården utgått från den uppgift som lämnats i prisformuläret, 21 %, och som ligger till grund för uppgiften om anbudspriset.

Bolaget gemämler bl.a. följande. Kriminalvården uppger att ett kryss i bilaga i svarsformulär 4 skulle upphäva skyldigheten för kriminalvården att utvärdera anbudet och dess produkter utifrån uppställda kravspecifikationer. Att endast lita på en leverantörs ord kan inte var ett acceptabelt sätt att göra en utvärdering på. Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Kriminalvården har brustit i sitt agerande, då de inte lyssnat och kontrollerat bolagets påpekanden. I punkten 2.4 i upphandlingsföreskrifterna anges att: ”Till anbudet bifogas informationsmaterial eller annan beskrivning om produkterna som styrker de efterfrågade kraven.” Det är anbudsgivarens ansvar att tillse att efterfrågade krav kan kontrolleras av Kriminalvården. Det går inte att utläsa från KGM:s offert att Kriminalvårdens krav är tillgodosedda. I *Official basketball Rules 2010* framgår hur basketprodukter så som t.ex. bollar skall vara tillverkade samt hur dessa ska vara testade för

att uppfylla kraven. Detta dokument om 22 sidor är inte ett kvalitetsdokument om KGM:s boll Spalding 25.0, utan en redogörelse för officiella basketregler. Det är självklart att Kriminalvården måste ha underlag som motsvarar de uppgifter som de skall kontrollera. (certifikat eller liknande kvalitetsdokument).

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av odaterat e-postmeddelande från bolaget till Kriminalvården framgår följande:

Vi har nu gått igenom antaget anbud och har ett antal frågor som vi skulle vilja ha svar på innan vi bestämmer oss för att gör en ev. överprövning. Det har framgått tydligt att Kriminalvården önskar produkter som motsvarar referensprodukterna eller av bättre kvalitet. Det har även framkommit under frågeställningarna. Vi har gjort en kontroll på samtliga 19 produkter av antaget anbud och kommit fram till följande:

Position 1. - efterfrågas en FIBA-godkänd basketboll. Spalding TF-250 som KGM offererat är inte en godkänd boll som har FIBA-LOGO eller finns med på deras hemsida. Att den är tillverkad som en godkänd boll är inte relevant, då vi också har massa andra bollar som också är tillverkade som en godkänd. KGM borde då bli uteslutna då de inte har lämnat komplett lista med godkända referens varor.

Position 9. - efterfrågas höger och västerutförande. KGM har offererat en innebandyklubba som vi också har med i vårt sortiment men som endast har ett universalt blad (rakt). Bolagets tolkning av *höger och västerutförande* är att klubbans blad är i sitt grundutförande är som vänster eller höger blad. Dessa blad är skålade åt respektive håll och således inte raka som i KGM: s utförande. Denna lösning är också en billigare och inte jämförbar. KGM borde då bli uteslutna då de inte har lämnat komplett lista med godkända referens varor.

Position 11. - efterfrågas IFF-certifierade bollar, KGM har angivit i sin offert fabrikat KGM. Vi har aldrig sett en certifiering av fabrikat KGM. och skall denna då godkännas så skall intyg om certifiering under namnet KGM uppvisas. KGM borde då bli uteslutna då dom inte har lämnat komplett lista med godkända referensvaror.

Position 12. Ej likvärdig referensprodukt. Kvalitén måste kollas med referens produkt YONEX då vi ej anser att dessa är likvärdiga.

Position 14. - Bordtennisbordet skall ha en 3-skiktad träfiberskiva. KGM:s offererade bord är samma bord som vi kallar Scholl-roller och kommer från samma tillverkare, Giant Dragon från Kina. Detta bord har en homogen MDF-skiva som inte är i närmaste samma kvalité som Stigas 3-skiktade träfiberskiva som vi offererat. Vi själva har haft en del reklamationer och detta bord kommer av kvalitetsskäl plockas bort ur vårt sortiment då den inte uppfyller våra kvalitetskrav. KGM borde då bli uteslutna då dom inte har lämnat en komplett lista med godkända referens varor.

Position 15. Ej likvärdig referensprodukt. Kvalitén på KGM:s nätställning (Giant Dragon, Kina) måste kollas med referensprodukt då vi anser att dessa inte är likvärdiga referensprodukten STIGA premium Clip. Under nedanstående rubrik i KGM: s offert överensstämmer ej generell rabattsats med produktlistans rabattsats, vilken gäller? KGM AB erbjuder under avtalsperioden 18% rabatt på vårt övriga sortiment. Prisjusteringar sker en gång om året i samband med ny katalog. Nettopriserna är dock fasta t o m den 31 juni 2013. Med tanke på ovanstående så anser vi att ni borde omvärdera ert tilldelningsbeslut.

Av odaterat e-postmeddelande från Kriminalvården till bolaget framgår, såvitt är av intresse för målet, bl.a. följande:

När det gäller hur anbudsgivaren har redovisat att kraven är uppfyllda så litar vi på anbudsgivarens uppgifter. Skulle det senare visa sig att produkterna inte håller vad som lovas blir det en avtalsfråga där våra ursprungliga ställda krav alltid går i första hand. Upphandlingen är upplagd på det sättet att våra krav alltid går före leverantörens lämnade anbud om motstridiga uppgifter skulle visa sig finnas (avtalet 1. 7). KGM har garanterat att hålla den kvalitet som efterfrågas genom att dels godkänna avtalet i sin helhet och dels garanterat att kraven kommer att uppfyllas genom att godkänna punkt 4 i Svarsformuläret.

Att vi inte kan förkasta anbudet är den komplettering som vi gjorde i Frågor & Svar 201 1-03-30: (Se bilaga) ”Om visst krav ej finns dokumenterat kan man som alternativ intyga att det aktuella kravet är uppfyllt, t ex att en basketboll är godkänd för matchspel i Sverige”. Som exempel nämner du att du vet att Spalding TF-250 inte är godkänd för matchspel (vi har ändrat kravet från ”FIBA-godkänd” till ”Godkänd för tävlingsspel i Sverige” i Frågor & Svar 201 1-03-16). Den information som är inlämnad i anbudet är ”godkänd för matchspel enligt FIBA5 officiella basketregler” och vi måste lita på detta. Vi kan inte förkasta ett anbud när anbudsgivare intygar att krav uppfylls i och med att vi innan anbudstidens utgång kompletterade förfrågningsunderlaget med just denna tillåtna metod att garantera kvalitet. Ska vi förkasta anbud måste vi göra det med adekvata skäl för att det ska hålla förvaltningsrättsligt.

Förfrågningsunderlaget

I punkten **2.4 - Kvalitet på produkterna** anges följande. Samtliga offerrade produkter ska vara hållbara för daglig användning av både vana användare och nybörjare, dvs. tåla hårt slitage. Samtliga produkter skall vara i seniorstorlek. I de fall som Kriminalvården hänvisar till särskilt fabrikat eller leverantör, **skall** anbudsgivare se det som ett riktmärke på den kvalitet som Kriminalvården efterfrågar. Likvärdig eller högre kvalitet skall offere-

ras. Till anbudet bifogas informationsmaterial eller annan beskrivning om produkterna som styrker de efterfrågade kraven. Det är anbudsgivarens ansvar att tillse att efterfrågade krav kan kontrolleras av Kriminalvården. Observera att om anbudsgivare har försummat att kryssa i Ja-rutan under punkten 4 i bilaga 1 Svarsformulär betecknas det som att det obligatoriska kravet inte accepteras.

I punkten **2.5 - Ersättnings- och tilläggsprodukter** anges följande. Utgår någon upphandlad produkt under avtalsperioden lämnas förslag till Kriminalvården på ersättningsprodukt. Kriminalvården **skall godkänna produkten innan** den förs in i gällande nettoprislista. Priset **skall vara** i samma kvalitets- och prisnivå som den utgående produkten. Tilläggsprodukten skall kunna tillföras nettoprislistan under avtalsperioden. Prissättning av dessa produkter skall vara samma beräkningsgrund och med samma marginal som nettoprissatta produkter i avtalet.

Av punkten **3 - Frågor och svar** framgår följande. För att undvika missförstånd är det viktigt att anbudsgivaren kontaktar Kriminalvården om anbudsinbjudan innehåller exempelvis oklarheter eller felaktigheter. Frågor skall ställas skriftligen via e-post till region.vast@kriminalvarden.se och vara Kriminalvården tillhanda senast 8 april 2011. Frågor som inkommer därefter besvaras inte.

Lagtext m.m.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 12 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndigheten ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. – En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det med anledning av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU. För att rätten ska vidta åtgärder enligt LOU krävs även att sökanden kan visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Inför en upphandling kan den upphandlande myndigheten fritt utforma förfrågningsunderlaget. Det måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. I principerna för offentlig upphandling som anges i 1 kap. 9 § LOU ingår även principerna om transparens och förutsebarhet.


I förfrågningsunderlaget har angivits att Kriminalvården kommer att anta det anbud inom varje produktområde som erbjuder lägst anbudspris utifrån en formel som bygger på uppskattad avropsfrekvens. Formeln framgår av förfrågningsunderlaget. Bolaget har invänt att Kriminalvården i samband

med utvärdering av inkomna anbud frångått kravspecifikationerna och att det vinnande anbudet avviker både vad gäller kvalitet och utförande. Bolaget har vidare anfört att endast lita på en leverantörs ord kan inte vara ett acceptabelt sätt att göra en utvärdering på. Kriminalvården har genmält följande. KGM AB har intygat, vilket framgår av KGM AB:s anbud, att de produkter som bolaget erbjuder uppfyller de krav som Kriminalvården har ställt. KGM AB har således uppfyllt de av Kriminalvården uppställda kraven beträffande produkterna. När det gäller erbjudna rabatter har Kriminalvården utgått från den uppgift som lämnats i prisformuläret, 21 %, och som ligger till grund för uppgiften om anbudspriset.

I upphandlingsförfaranden finns vanligtvis inte någon långtgående skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. En sådan skyldighet kan inte anses sträcka sig längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbudet och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Av likabehandlingsprincipen följer dock att en upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från sådana krav som uppställts i förfrågningsunderlaget och detta gäller även om uppgifterna blev kända först i samband med överprövningsprocessen. (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

Sammantaget följer av det ovan anförda att bolaget inte visat att det finns skäl för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109 1D/LOU)


Bo Johansson
Föredragande har varit Erik Jacobsen



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

- den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
- det beslut som överklagas med uppgift
- om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
- de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
- den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
- de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1D LOU