



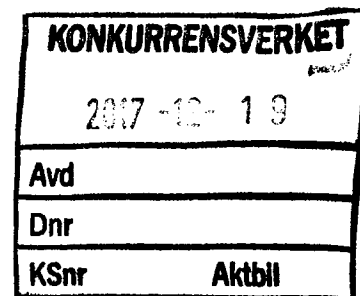
KLAGANDE

Aktiebolaget Ingvar Ekdahl, 556074-3501
Boråsvägen 10 - 12
514 44 Länghem

MOTPARTER

1. Skene Järn AB, 556295-3546
Box 2080
511 02 Skene

2. Varbergs kommun
432 80 Varberg



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 6 oktober 2017 i mål nr 7658-17,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling; nu fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar Aktiebolaget Ingvar Ekdahls överklagande.

YRKANDEN M.M.

Aktiebolaget Ingvar Ekdahl överklagar förvaltningsrättens dom.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

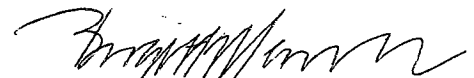
Av 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) följer att ett beslut får
överklagas av den som det angår, om det har gått honom eller henne emot.

Förvaltningsrätten har i dom beslutat att avslå Skene Järn AB:s ansökan om överprövning. Det överklagade beslutet kan inte anses gå Aktiebolaget Ingvar Ekdahl emot. Överklagandet ska därför avvisas.

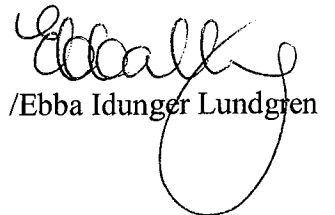
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Kristina Harmsen Hogendoorn



Birgitta Henriksson
referent



/Ebba Idunger Lundgren



SÖKANDE

1. Skene Järn AB, 556295-3546 (mål nr 7658-17)
Box 2080
511 02 Skene

2. Grolls AB, 556084-1784 (mål nr 7700-17)
Importgatan 23
422 04 Hisings Backa

Ombud för 2: Maria Krantz
TED Law AB
Box 5216
102 45 Stockholm

MOTPARTER

1. Socialförvaltningen i Varbergs kommun
432 80 Varberg

2. Aktiebolaget Ingvar Ekdahl, 556074-3501
Boråsvägen 10 – 12
514 44 Långhem

3. Järn & Verktyg i Varberg AB, 556198-8352
Birger Svenssons Väg 24
432 40 Varberg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Skene Järn AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten bifaller Grolls AB:s ansökan om överprövning och beslutar att Socialförvaltningen i Varbergs kommuns upphandling av *Yrkeskläder och skor för vård och omsorg*, dnr SN 16 0252, avseende varugrupp 1 och 2 inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom ny

anbudsutvärdering. Vid den anbudsutvärderingen ska anbudet från
Aktiebolaget Ingvar Ekdahl och Järn & Verktyg i Varberg AB inte beaktas.

BAKGRUND

Socialförvaltningen i Varbergs kommun (kommunen) genomför en upphandling av *Yrkeskläder och skor för vård och omsorg*, dnr SN 16 0252, i form av öppet förfarande. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen avser att teckna ramavtal med en leverantör inom varugrupp 1 och 2, ytterkläder för vård, omsorg och hantverk respektive skor för vård, omsorg och hantverk. Ramavtal kommer att tecknas med den leverantör som uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och offererar det sammanlagt lägsta priset.

Av tilldelningsbeslut den 22 juni 2017 framgår att Aktiebolaget Ingvar Ekdahl (Ekdahl) vunnit upphandlingen och antagits som leverantör för varugrupp 1 och 2. Av kommunens upphandlingsrapport från den 18 maj 2017 framgår vidare att Järn & Verktyg i Varberg AB (Jovab) har rangordnats som nummer två. Skene Järn AB (Skene) har rangordnats som nummer fyra och Grolls AB (Grolls) har rangordnats som nummer tre.

YRKANDEN M.M.

Skene yrkar att upphandlingen avseende varugrupp 1 och 2 ska göras om.

Grolls yrkar att upphandlingen avseende varugrupp 1 och 2 ska rättas på så sätt att anbudet från Ekdahl och Jovab inte går vidare till utvärdering.

Kommunen motsätter sig samtliga yrkanden och anser ansökningarna om överprövning från Skene och Grolls ska skrivas av alternativt att upphandlingen ska få avslutas avseende varugrupp 1 och 2 enligt tilldelningsbeslutet. Som sista alternativ anser kommunen att utvärderingen avseende varugrupp 1 och 2 ska få göras om på nytt om Ekdahls anbud inte bedöms uppfylla alla ställda krav.

Ekdahl motsätter sig *Grolls* ansökan om överprövning och anser att den ska avslås.

Jovab har underrättats om *Grolls* ansökan om överprövning och beretts tillfälle att yttra sig. Något svar har inte kommit in till domstolen.

VAD PARTERNA ANFÖR

Skene

Då kommunens förfrågningsunderlag var otydligt ställdes ett antal frågor för att reda ut oklarheterna kring kravspecifikationerna. Trots detta har det vinnande anbudet *Ekdahl* offererat ett antal plagg som inte uppfyller de krav som kommunen ställt upp. I *Ekdahls* anbud uppfyller de offererade plaggen inte det uppställda kravet på EN-klassning avseende p. 1.5, 1.6, 1.8, och 1.9. Klassningen innebär att plagget är testat och godkänt enligt EU-norm på ett oberoende institut. Klassningen medför att plagget blir dyrare än plagg som saknar denna klassning. Det vinnande anbudet har därför inte vunnit på ett korrekt sätt. Det är fel att anbudsgivare som följer kravspecifikationerna förlorar upphandlingen mot en leverantör som inte behöver följa de ställda skakraven.

Skene har lidit skada genom den felaktiga upphandlingen men det kan inte bedömas fullt ut innan upphandlingen är avslutad. Inte heller det anbud som rangordnats på andraplats har dock uppfyllt de ställda skakraven. De offererade plaggen i *Jovabs* anbud uppfyller inte det uppställda kravet på EN-klassning avseende p. 1.4, 1.8, 1.9 och 1.10.

Med tanke på de felaktigheter som framkommit bör upphandlingen avbrytas och göras om så att det är klart vilka kriterier och kravspecifikationer som gäller.

Grolls

Kommunen har vid utvärdering av Ekdahls och Jovabs anbud underlåtit att förkasta dessa trots att anbudet inte har uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen. Kommunen har istället antagit anbudet på första och andra plats. Kommunen har genom detta handlat i strid med likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Bolaget har på grund av detta lidit skada då det skulle ha antagits som leverantör om anbudet utvärderats i enlighet med de i förfrågningsunderlagen ställda kvalitetskraven.

En offentlig upphandling ska genomföras med respekt för de EU-rättsliga principerna t.ex. icke-diskriminering, proportionalitet, öppenhet och likabehandling. För det fall en upphandlande myndighet har formulerat ett antal krav kan myndigheten senare vid utvärderingen inte bortse från ställda krav utan att bryta mot principen om likabehandling. Detta har även fastslagits genom HFD 2016 ref. 37.

Av anbudsförfrågan p. 1.4 framgår att anbudsgivaren ska offerera en parkas för dam och att plagget ska ha reflexer. Ekdahls offererade parkas saknar reflexer och är av herrmodell. Fråga om denna punkt har ställts i upphandlingen och kommunen har då vidhållit att samtliga krav är ska-krav. Av p. 1.8 ska anbudsgivaren offerera en skaljacka av typ ”tre i ett” för dam. Jackan ska vara godkänd enligt EN 343 klass 3 och ha bröstfickor. Ekdahls offererade jacka har endast en bröstficka och uppfyller enligt tillverkaren inte klassningskravet. Avseende denna punkt har kommunen efter fråga i upphandlingen vidhållit kravet på klassning. Enligt p. 1.9 ska anbudsgivaren offerera en svart skaljacka av typ ”tre i ett” för dam och herr. Jackan ska

vara godkänd enligt EN 343 klass 3 och ha bröstfickor. Ekdahl har offererat en skaljacka av herrmodell med en bröstficka. Produkten är inte av så kallad unisex-modell och enligt uppgift från tillverkaren uppfyller den inte kravet på godkänd klassning.

Jovab har för p. 1.4 offererat en produkt som saknar efterfrågade reflexer, bröstficka med lock och ID-ring. Produkten uppfyller inte heller det uppställda kravet på klassning. För p. 1.8 har Jovab offererat en skaljacka av herrmodell som saknar efterfrågad ärmficka. Den är inte heller anpassad för både dam och herr samt uppfyller inte kravet på godkänd klassning. Jovabs offererade produkt för p. 1.9 är av herrmodell och saknar efterfrågad ärmficka. Produkten är därmed inte av så kallad unisex-modell och enligt tillverkaren uppfyller den inte kravet på godkänd klassning.

Kommunen har förkastat Grolls anbud gällande en annan varugrupp i samma upphandling med hänvisning till att anbudet inte uppfyllde kravet på tvättgradantal. Gällande varugrupp 1 och 2 har kommunen dock valt att utvärdera samt anta anbud som inte uppfyller samtliga produktkrav som ställts i upphandlingen. Kommunen skulle därmed rätteligen, i enlighet med likabehandlingsprincipen, även ha förkastat Ekdahls och Jovabs anbud. Grolls anbud uppfyller däremot samtliga obligatoriska krav och skulle därför ha tilldelats kontraktet. Bolaget har därmed lidit skada.

Kommunen har inte bemött det ovan anförda eller med stöd av bevisning visat att anbuden uppfyller kraven i upphandlingen. Det framstår som att kommunen inte ens har kontrollerat att anbudsgivarnas anbud uppfyller samtliga krav. Även om det är förenligt med rättspraxis att en upphandlande myndighet ska kunna lita på att de uppgifter som lämnats i ett anbud är sanningsenliga, så inträder en undersökningsplikt för den upphandlande myndigheten när, som i aktuellt mål, det anförs att uppgifterna inte är korrekta (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 981-11). Kommunen

har dessutom med enkelhet kunnat kontrollera anbuden genom att jämföra kraven med bifogade produktblad och varuprover. Upphandlingen ska därför rättas i enlighet med 20 kap. 6 § LOU.

Till stöd för sin ansökan har Grolls gett in mailkonversationer med tillverkarna Sandryds och Matterhorn, samt utdrag från tillverkarnas hemsidor med specificerade uppgifter för de produkter Ekdahl och Jovab erbjuder under p. 1.4, 1.8 och 1.9.

Kommunen

Skene och Grolls har inte lidit någon skada eftersom deras anbud hamnat först på fjärde respektive tredje plats. Deras ansökningar ska därför skrivas av. Det vinnande anbudet från Ekdahl uppfyller alla ställda krav och har därför varit kvalificerat för utvärdering. Upphandlingen avseende varugrupp 1 och 2 ska därför få avslutas. Om det framkommer att Ekdahls anbud på något sätt inte uppfyller alla ställda krav ska en ny utvärdering få göras.

Ekdahls

Plagget som offererats för p. 1.4 levereras med reflex vilket framgår av inlämnat varuprover. Parkasen finns i efterfrågade storlekar och det står inte i tillverkarens produktbeskrivning att det är en dam eller en herrmodell. Justeringsmöjligheterna medför att den kommer passa utmärkt även för damer. Det står ingenstans att det ska vara dammodell, utan endast "parkas för dam".

Vad gäller p. 1.8 och 1.9 står det enbart i förfrågningsunderlaget att jackorna ska ha "brösthickor", och de offererade plaggen har en på utsidan och en på insidan. Angående EN 343 klass 3 uppfyller produkterna dessa krav enligt leverantören och är därmed godkända. Det krävs inte att de är

certifierade. En jacka som finns i storlekarna XS-XXXL och går att reglera på flera ställen är en jacka av unisex-karaktär. En strikt herrjacka är en jacka med storlek C46 och uppåt.

Eftersom deras anbud uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen ska ansökan om överprövning avslås.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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 § första stycket LOU).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om

överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

En förutsättning för att förfrågningsunderlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet och kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud samt att en upphandlande myndighet måste se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen (jfr HFD 2016 ref. 37).

Utredningen

I förfrågningsunderlaget avseende varugrupp 1 och 2 anges bl.a. följande.

1.8 Skaljacka, dam

<u>Utformning:</u>	Skaljacka typ "tre i ett" för dam "Varm" modell Funktionsmaterial Dragkedja fram Vindtät Vattentät Andasfunktion Avtagbar huva Sidfickor Brösthfickor Ärmficka Ej samma som 1.9 utan skall vara en dammodell
<u>Material:</u>	Funktionsmaterial och i övrigt lämpligt material
<u>Färg:</u>	Svart

<u>Storlekar:</u>	C34, C36, C38, C40, C42 samt C44
<u>Klassning:</u>	Godkänd enligt EN 343 klass 3
<u>Tvätt:</u>	Skall klara tvätt i 40 grader celsius.
<u>Tryck:</u>	Tryckt med Varbergs kommuns logotype som standard (Skall ingå i pris) Tryckt med Varbergs omsorgs ordmärke som tillval (enligt offererat pris)

[...]

Varuprov lämnas till Varberg kommun: Ja, Storlek C38, en styck

1.9 Skaljacka, svart, dam och herr

<u>Utformning:</u>	Skaljacka typ "tre i ett" för dam och herr "Varm" modell Funktionsmaterial Dragkedja fram Vindtät Vattentät Andasfunktion Avtagbar huva Sidfickor Brösthfickor Ärmficka Ej samma som 1.8 utan skall vara av "Unisex"-karaktär
<u>Material:</u>	Funktionsmaterial och i övrigt lämpligt material
<u>Färg:</u>	Svart
<u>Storlekar:</u>	S, M, L, XL, XXL samt XXXL
<u>Klassning:</u>	Godkänd enligt EN 343 klass 3
<u>Tvätt:</u>	Skall klara tvätt i 40 grader celsius.
<u>Tryck:</u>	Tryckt med Varbergs kommuns logotype som standard (Skall ingå i pris) Tryckt med Varbergs omsorgs ordmärke som tillval (enligt offererat pris)

[...]

Varuprov lämnas till Varberg kommun: Ja, Storlek M, en styck

I *Frågor och svar*, som upprättats under anbudsförfarandet framgår bl.a. följande.

Publik fråga nr 25:

1.8 Skaljacka – Hur viktigt är klassningen om samtliga plaggfunktioner uppfylls?

Publikt svar från Varbergs kommun:

- Klassning "Godkänd enligt EN 343 klass 3" gäller.

Förvaltningsrättens bedömning

Skenes ansökan

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att ett ingripande enligt LOU kräver såväl att den sökande anbudsgivaren har lidit skada som att detta beror på att den upphandlande myndigheten brutit mot bestämmelserna i LOU. Innan rätten tar ställning till om upphandlande myndighet har gjort fel, ska därför en prövning göras av om sökanden kan påvisa någon form av skada.

Skene har rangordnats som nummer fyra i den aktuella upphandlingen. Även om kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i LOU, kan Skene därmed inte anses ha lidit någon skada eftersom Grolls, vars anbud inte ifrågasatts, rangordnats före och enbart en leverantör ska kontrakteras. Även vid en utvärdering utan både Ekdahls och Jovabs anbud skulle därför Skene inte kunna antas som leverantör. Skenes ansökan ska därför avslås redan på denna grund. Det saknas därmed skäl för att bedöma de fel i upphandlingen som Skene har gjort gällande.

Grolls ansökan

Grolls anbud rangordnades som nummer tre efter Ekdahls och Jovabs i den aktuella delen av upphandlingen. Vid en utvärdering utan Ekdahls och Jovabs anbud skulle Grolls därför kunna antas som leverantör. Grolls får därmed anses ha visat att bolaget har eller kan komma att lida skada av eventuella brister i upphandlingen.

Frågan i målet är då om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på grund av att kommunen har utvärderat Ekdahls och Jovabs anbud trots att dessa, enligt Grolls, inte uppfyller samtliga krav i upphandlingen.

Grolls har bl.a. gjort gällande att både Ekdahls och Jovabs offererade produkter avseende p. 1.8 och 1.9 inte uppfyller de uppställda kraven på klassning genom att inte vara godkända enligt EN 343 klass 3. Till stöd för detta har Grolls gett in mailkonversationer varigenom de aktuella tillverkarna bekräftat att produkterna inte är EN 343 klass 3-certifierade.

Kommunens inställning är att anbudet från Ekdahl uppfyller alla ställda krav. Ekdahl har för egen del anfört att leverantörerna angett att produkterna är godkända enligt EN 343 klass 3 genom att de uppfyller samma krav, och att upphandlingen inte ställer något uttryckligt krav på produkterna även måste ha en sådan certifiering.

Förvaltningsrätten delar Grolls uppfattning om att förfrågningsunderlaget ställer krav på att offererade produkter avseende p. 1.8 och 1.9 ska vara certifierade enligt EN 343 klass 3. Att det aktuella kravet på klassning i p. 1.8 är obligatoriskt framgår av kommunens publika svar på fråga nr 25 som lämnats under upphandlingen. Enligt förvaltningsrätten är det utifrån detta svar uppenbart att samma krav i p. 1.9 också ska ses som obligatoriskt. Eftersom Grolls visat att varken Ekdahls eller Jovabs offererade produkter för p. 1.8 och 1.9 är EN 343 klass 3-certifierade, står det klart att deras anbud inte uppfyller upphandlingens samtliga obligatoriska krav.

Kraven på EN 343 klass 3 under p. 1.8 och 1.9 har angetts på ett sådant sätt att potentiella leverantörer har getts anledning att förutsätta att klassningen av produkterna varit viktigt för kommunen. Klassningskraven har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan inte i sig anses oproportionerliga. Genom att ta upp Ekdahls och Jovabs anbud till

utvärdering trots att dessa inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen. Mot bakgrund av denna bedömning saknas skäl att pröva övriga av Grolls anförda grunder för sin talan.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser att det finns förutsättningar för ingripande med stöd av LOU då kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att Grolls har eller riskerat att lida skada. Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Det är därför tillräckligt att den aktuella upphandlingen rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering avseende varugrupp 1 och 2 i upphandlingen genomförs varvid Ekdahls och Jovabs anbud inte ska beaktas då de inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Grolls ansökan ska därmed bifallas.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Johan Gustafson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.