

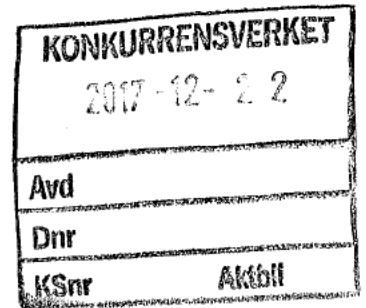


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I MALMÖ**  
Avdelning 1

**DOM**  
2017-12-22  
Meddelad i Malmö

Mål nr  
5534-17

**SÖKANDE**  
ABA-Skol AB, 556090-0838  
Skogholmsgatan 5  
213 76 Malmö



**MOTPART**  
Malmö stad  
205 80 Malmö

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

### FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ABA-Skol AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 399968

**Postadress**  
Box 4522  
203 20 Malmö

**Besöksadress**  
Kalendegatan 6

**Telefon**  
040-35 35 00  
**E-post:** forvaltningsrattenimalmo@dom.se  
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

**Telefax**  
040-97 24 90

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

## BAKGRUND

Malmö stad (Staden) genomför en upphandling av avseende lek- och skapandematerial, refnr 14/135 STK-2017-621. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingen är uppdelad i två delar – Lekmaterial respektive Skapandematerial. Enligt tilldelningsbeslutet har Lekolar AB (Lekolar) tilldelats kontrakt avseende delområde Lekmaterial. Anbudet från ABA-Skol AB (ABA-Skol) har förkastats på grund av att anbudet inte uppfyller kravet på minst 90 procent godkända produkter.

## YRKANDE OCH INSTÄLLNING

**ABA-Skol** ansöker om överprövning av upphandlingen avseende delen Lekmaterial och yrkar att Lekolars anbud ska förkastas samt att upphandlingen beträffande delområdet Lekmaterial ska göras om. Som grund för sin talan anför ABA-Skol bl.a. följande.

Staden har inte på ett tydligt sätt klargjort i förfrågningsunderlaget hur utvärdering av produkter/positioner med krav på intervall med minimimått och maximimått kommer att utvärderas. Om ett intervall anges är det vedertaget inom branschen att anbudsgivare offererar en produkt inom detta intervall. Om man bara använder fasta mått är det vanligt förekommande att man då anger vilka avvikelser man kommer att använda och godkänna. Om man ska använda sig av utvärderingskriteriet "toleransmått" måste det framgå av förfrågningsunderlaget hur ett sådant "toleransmått" ska användas. Detta framgår inte av det nu aktuella förfrågningsunderlaget.

Punkten 2.2.4 är en skrivning som kan liknas vid ett "frikort". Med denna skrivning kan alla eller inga produkter godkännas beroende på hur staden väljer att tolka/bedöma huruvida en produkt uppfyller kraven. Staden har

efterfrågat visst mått av flexibilitet. Att vid utvärderingen gå utöver de måttintervaller som angetts gör det omöjligt för en leverantör att veta vad som kan offereras och godkännas vid en utvärdering.

ABA-Skol har inget att anmärka på att ABA-Skols anbud har förkastats och argumenterar inte för att utvärderingen gällande ABA-Skols positioner ska ändras.

En offererad produkt ska uppfylla den beskrivning och de krav som beställaren redovisar i sitt förfrågningsunderlag. Både avseende produktbeskrivning och generella skall-krav. Huruvida beställaren känner till produkten eller om produkten har förändrats är inte relevant.

Klart fler av Lekolars produkter än de 12 som inte godkänts vid utvärderingen borde ha förkastats. Lekolar hamnar då väl över gränsen på 17 ej godkända produkter. Lekolars anbud skulle därmed ha förkastats. Staden har då inte något godkänt anbud och upphandlingen ska göras om. Utvärderingen av de olika anbuden har inte skett efter samma premisser gällande produkterna. Möjlighet för ABA-Skol och andra leverantörer att bedömas på ett rättvist sätt i en ny upphandling är borta. ABA-skol lider därmed skada då möjligheten att göra om upphandlingen och på nytt konkurrera om detta avtal inte finns.

Enligt förfrågningsunderlaget skulle giltighetstiden för anbudet vara den 6 augusti 2017. Begäran om förlängning kom till ABA-Skol den 25 oktober 2017. Enligt utvärderingsprotokollet har lekdelen besvarats av ABA-Skol, Lekolar och Av Form. Enligt LOU – likabehandlingsprincipen – ska alla som lämnat anbud få möjlighet/erbjudande att förlänga anbudstiden vid akuta situationer, t.ex. vid överprövning. Detta har inte skett. Enligt fråga från ABA-Skol har endast ABA-Skol och Lekolar fått möjlighet att förlänga anbudets giltighet. Lekolars svar är dessutom daterat den 6 augusti 2017

vilket ger anledning till ifrågasättande då ABA-Skol förutsätter att begäran om förlängning skickades ut samtidigt till ABA-Skol och Lekolar.

**Staden** bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Produktbeskrivningen i förfrågningsunderlaget är en beskrivning av efterfrågad produkt och inte en kravbeskrivning. Beskrivningen utgörs dels av en ”beskrivning av efterfrågad produkt” dels en referens till ”exempelprodukt”. Eftersom produktbeskrivningen regelmässigt tas fram utifrån befintliga leverantörers sortiment måste produktbeskrivningen ge utrymme för produkter med samma funktion och kvalitet från andra leverantörer. I annat fall skulle produktbeskrivningen ge en alltför stor fördel för befintliga leverantörer.

Staden har i punkten 2.2.4 i förfrågningsunderlaget tydligt klargjort att hänvisningar sker till exempelprodukter, att exempelprodukter tillsammans med övrig information ska ge anbudsgivarna en uppfattning om efterfrågad funktion/kvalitet samt att avvikelser tolereras så länge den offererade produkten minst är likvärdig i fråga om kvalitet och funktion. Det framgår vidare av samma punkt att beställaren inte tar ställning till om exempelprodukten totalt sett uppfyller samtliga ställda krav avseende kvalitet/funktion/miljökrav i kommande avtal. I de fall visst fabrikat angivits godtas likvärdig produkt. Mindre avvikelser tolereras så länge det inte blir fråga om att en helt annan produkt offererats eller en produkt med sämre kvalitet och funktion. Beställaren förbehåller sig rätten att bedöma om produkten är likvärdig eller ej.

Upphandlingen avser 172 positioner lekmaterial. Det är inte görbart att specificera varje produkt med sådan detaljeringsgrad att inget utrymme för avvikelser behöver ges. Det är inte heller önskvärt då det skulle innebära att produkter som beställaren inte känner till eller som på något sätt förbättrats,

exempelvis beträffande miljöegenskaper, inte skulle kunna offereras. Beställaren har därför valt att beskriva produkterna med vissa parametrar vilket tillsammans med en angiven exempelprodukt syftar till att ge leverantörerna tillräcklig information beträffande den efterfrågade produktens funktion och kvalitet. Därutöver har beställaren explicit angivit att avvikelser från beskrivning och exempelprodukt tolereras om funktion och kvalitet hos produkten är likvärdig.

Vid en förnyad genomgång av Lekolars anbud avseende position 171 (pussel) gör Staden nu en annan bedömning än den tidigare och underkänner produkten. För övriga av ABA-Skol ifrågasatta positioner har Staden gjort bedömningen att den offererade produkten har en sådan mindre avvikelse från exempelprodukten eller beskrivningen som tolereras, då den varken innebär att det är en annan produkt eller en produkt med sämre kvalitet eller funktion som offereras. Även med beaktande av att ytterligare en av Lekolars positioner nu underkänns uppfyller anbudet kravet på att minst 90 procent av offererade positioner måste vara godkända.

Vinnande anbudsgivare uppfyller ställda krav. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Anbudsgivarna har behandlats lika. Staden har redovisat sakliga grunder för godkännande respektive underkännande av offererade artiklar. Det saknas skäl för ingripande enligt LOU.

### **SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### *Tillämpliga bestämmelser*

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p.4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Inledningsvis kan konstateras att förvaltningsrätten vid en överprövning av en upphandling inte är bunden av sökandens yrkande utan har att bedöma om de omständigheter som sökanden åberopar föranleder ingripande enligt LOU i form av antingen ett förordnande om rättelse på visst sätt eller att upphandlingen ska göras om.

#### Är förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt?

Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i förfrågningsunderlaget ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, *Pizzo*, punkt 36).

Förutsättningarna för de produkter som anbudsgivarna ska offerera framgår av punkten 2.2.4 i förfrågningsunderlaget. Även om förvaltningsrätten har förståelse för det omfattande antal produkter som ska upphandlas är kravet på transparens entydigt. Förvaltningsrätten anser att så som Staden formule-

rat kravet i punkten 2.2.4 ger möjlighet till en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av anbudsgivarna.

Har ABA-Skol visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada på grund av påstådda brister i upphandlingen?

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

ABA-Skol har gjort gällande att Staden inte på ett tydligt sätt har klargjort i förfrågningsunderlaget hur utvärdering av produkter med krav på intervall med minimimått och maximimått kommer att utvärderas.

Förvaltningsrätten konstaterar att ABA-Skol endast angett på vilket sätt ABA-Skol lidit eller riskerar lida skada av att Lekolars anbud antagits och inte på vilket sätt de påtalade bristerna i förfrågningsunderlaget påverkat ABA-Skols möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, vilket medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Tvärt om har ABA-Skol uttryckligen framfört att ABA-Skol inte har något att invända mot den utvärdering som gjorts beträffande ABA-Skols anbud och att anbudet har förkastats. Eftersom ABA-Skol inte konkretiserat på vilket sätt ABA-Skol lidit eller riskerat lida skada på grund av brister i transparensen i förfrågningsunderlaget saknas det anledning för förvaltningsrätten att ingripa i upphandlingen på grund av de påstådda bristerna.

Uppfyller Lekolar kraven i förfrågningsunderlaget?

ABA-Skol har gjort gällande att Lekolars anbud inte uppfyller samtliga

ställda krav och att Lekolars anbud därmed inte borde ha antagits. ABA-Skol har därför lidit eller riskerat att lida skada av att gå miste om att upphandlingen, när inga godkända anbud fanns att tillgå, skulle göras om.

Av punkten 2.2.4 i förfrågningsunderlaget framgår att hänvisningar sker till exempelprodukter/fabrikat och att exempelprodukter tillsammans med övrig information ska ge anbudsgivare en uppfattning om efterfrågad funktion/kvalitet. Det framgår vidare av samma punkt att beställaren inte tar ställning till om exempelprodukten totalt sett uppfyller samtliga ställda krav avseende kvalitet/funktion/miljökrav i kommande avtal. I de fall visst fabrikat angivits godtas likvärdig produkt. Mindre avvikelser tolereras så länge det inte blir fråga om att en helt annan produkt offererats eller en produkt med sämre kvalitet och funktion. Beställaren förbehåller sig rätten att bedöma om produkten är likvärdig eller ej.

Förvaltningsrätten anser inte att det visats annat än att Lekolar uppfyller kravet på minst 90 procent godkända produkter utifrån hur kravet är utformat. ABA-Skol har därmed inte visat att Staden förfarit felaktigt vid utvärderingen av Lekolars anbud.

Finns det grund för att göra om upphandlingen på grund av att anbudens giltighet gått ut?

Av rättspraxis kan utläsas att anbudens giltighetstid kan förlängas under förutsättning att principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU iakttas samt att en förlängning främst är en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2008 not. 26). Om den ursprungligt angivna giltighetstiden har gått ut före tilldelningsbeslutet torde det krävas att samtliga anbudsgivare går med på att förlänga giltighetstiden, annars bör upphandlingen göras om (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 26 januari 2005 i mål nr 6802-04).



Kravet på samtliga anbudsgivares samtycke till en förlängning gör sig enligt förvaltningsrätten inte gällande när den ursprungliga giltighetstiden gått ut efter tilldelningsbeslutet (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 mars 2009 i mål nr 3521-08). Det tilldelningsbeslut som är aktuellt i målet fattades den 11 maj 2017. Den ursprungliga anbudstiden gick ut därefter. Den omständigheten att Staden endast kontaktat Lekolar och ABA-Skol medför enligt förvaltningsrättens bedömning därmed inte att upphandlingen måste göras om.

#### *Sammanfattning*

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att det på de grunder som ABA-Skol anført inte finns skäl för ingripande enligt LOU. ABA-Skols ansökan ska därför avslås.

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

Louise af Klint

Ulrika Skogler har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.

