



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2017-03-27
Meddelad i Växjö

Mål nr
329-17

SÖKANDE

Ahlsell Sverige AB, 556012-9206
Rosterigränd 12
117 98 Stockholm

Ombud: Sara Dahlén
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

Karlshamns kommun
Upphandlingsenheten
Rådhuset
374 81 Karlshamn

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2017-03-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 152149

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Karlshamns kommun genomför en upphandling av arbetskläder och arbetskor (diarienummer UH-2016-141). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande med ekonomiskt mest fördelaktiga anbud som utvärderingsgrund. Genom tilldelningsbeslut den 18 januari 2017 antogs Grolls AB som leverantör av arbetskläder och Ahlsell Sverige AB (Ahlsell) som leverantör av arbetsskor.

Ahlsell ansöker om överprövning av upphandlingen i den del den avser arbetskläder.

Karlshamns kommun bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Ahlsell

Ahlsells verksamhet faller inom området för personlig skyddsutrustning och arbetskläder. Ahlsell är således att betrakta som en potentiell leverantör i den del av upphandlingen som gäller arbetskläder.

Genom att ställa krav på produkterna vad gäller materialsammansättning, tvättemperatur och vikt som endast den nuvarande leverantören kan uppfylla har kommunen agerat i strid med likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU.

I prisspecifikationen uppställs krav avseende materialsammansättning, tvättemperatur och vikt som styr mot en viss produkt och en viss leverantör. Inga företag förutom nuvarande leverantör har haft möjlighet att delta i upphandlingen för delområdet arbetskläder. Likvärdiga produkter kan offereras

men möjligheten att göra det försvåras markant med anledning av de hårt ställda produktkraven. För position 20 ställs krav på 65 procent polyester och 35 procent bomull. Hos leverantörer i branschen är dock den mest frekvent förekommande sammansättningen för produkten ifråga 20 procent polyester och 80 procent bomull. För position 69 ställs krav på 65 procent polyester och 35 procent bomull. För denna produkt är dock en sammansättning av 63 procent polyester, 34 procent bomull och 3 procent elastan den mest frekvent förekommande. Materialsammansättningen får i enlighet med kraven i upphandlingen avvika med 10 procent från angiven komposition. Även med beaktande av denna tillåtna avvikelse är kraven för materialsammansättning för snävt ställda och gynnar nuvarande leverantör på ett otillbörligt sätt.

Tvättemperaturen för positionerna 21, 22, 39, 40, 51, 52 ska enligt kraven vara 40 grader. För dessa produkter är en tvättemperatur om 60 grader mest frekvent förekommande bland leverantörer i branschen. Kravet gynnar nuvarande leverantör på ett otillbörligt sätt.

Även kraven avseende produkternas vikt avviker under positionerna 15, 16, 17, 32 och 55 från vad som är mest frekvent förekommande i branschen. Vikten får avvika med 10 procent från angiven vikt enligt kravspecifikationen men även med beaktande härav är kraven snävt ställda och gynnar nuvarande leverantör.

Det eftersträvade syftet är att säkerställa att anbudsgivare har ett tillräckligt brett sortiment av arbetskläder som är lämpliga för de aktuella verksamheterna inom kommunen. För att uppnå detta syfte är det varken lämpligt eller effektivt att ställa snäva krav på materialsammansättning, tvättemperatur och vikt. Kommunen hade kunnat uppnå samma syfte och resultat genom att tillåta fler variationer avseende materialsammansättning, tvättemperatur och vikt eller genom att acceptera ett större avvikelsespann.

För det aktuella uppdraget är det anbudsgivarens sortiment och kvalitet på arbetskläder som är av betydelse för att denne ska kunna genomföra uppdraget på ett kvalitativt sätt. Kraven i prisspecifikationen är inte nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet. Det finns mindre ingripande alternativ som fortfarande skulle innebära att kläder av bra kvalitet och lågt pris kan offereras.

Kommunen har bifogat exempel på ett antal varor som finns i Ahlsells sortiment. Detta innebär dock inte att uppställda krav är proportionerliga och likabehandlande. Dessutom har kommunen endast visat ett urval av de positioner Ahlsell tagit upp i ansökan.

Ahlsell har lidit skada eftersom bolaget inte kunnat lämna anbud. Felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen måste göras om.

Karlshamns kommun

Upphandlingen har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU. Vid en kontroll av Ahlsell och dess samarbetsleverantörers sortiment framgår att de saluför kläder som motsvarar de krav kommunen uppställt i upphandlingen. Exempel på detta är följande produkter. Sweatshirt Fristads Kansas 7608 SM med artikelnummer 477123, pikétröja Fristads Kansas CODE 1716 med artikelnummer 376146 och pikétröja Fristads Kansas CODE 1725 med artikelnummer 357067. Ahlsell har inte ens utrett om bolaget har tillgång till efterfrågade produkter. Ahlsell har avsiktligt valt att inte lämna anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling framgår att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är tillämplig i målet eftersom kommunen påbörjade upphandlingen före den nya lagens ikraftträdande den 1 januari 2017.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Med leverantör avses enligt definitionen i 2 kap. 11 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78 följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. 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. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jfr HFD 2012 ref. 48 I-II).

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2016 ref. 37 uttalat att 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.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets prisspecifikation anges inledningsvis följande. För positioner avseende material får materialkompositionen avvika med 10 procentenheter från angiven komposition. Vid krav om 100 procent av samma material, t.ex. 100 procent bomull, accepteras ingen avvikelse. Gällande vikten accepteras en avvikelse med 10 procent.

För positionen 20 i prisspecifikationen, sweatshirt, ska materialet bestå av 65 procent polyester och 35 procent bomull.

För positionerna 21, 22, 39, 40 och 52 i prisspecifikationen ska tvättemperaturen vara 40 grader.

För positionen 15 i prisspecifikationen, pikétröja, ska vikten vara 150 g/m².

Har Ahlsell talerätt?

För att Ahlsells ansökan ska tas upp till prövning i sak krävs att bolaget är att betrakta som en leverantör i LOU:s mening. Med leverantör avses enligt definitionen i 2 kap. 11 § LOU bl.a. den som på marknaden tillhandahåller varor. Det saknas vägledande avgöranden beträffande frågan om talerätt föreligger när sökanden varken lämnat eller haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Ahlsell, som gör gällande att bolaget lidit skada, får anses vara en leverantör i lagens mening och ha talerätt. Ansökan ska således prövas i sak.

Föreligger grund för att ingripa mot upphandlingen?

Ahlsell gör i huvudsak gällande att uppställda krav på materialsammansättning, tvättemperatur och vikt för vissa angivna produkter strider mot principerna om proportionalitet och likabehandling. Förvaltningsrätten konstaterar att kraven i fråga har tagits in i förfrågningsunderlaget och därför gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kraven varit viktiga för kommunen. Syftet med kraven får förutsättas vara att säkerställa att kläderna har vissa egenskaper vad gäller material och vikt samt lämpar sig för tvätt i viss temperatur. Enligt förvaltningsrättens mening har kraven en tydlig och adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen.

Förvaltningsrätten noterar att kommunen för vissa av Ahlsell angivna positioner i relativ detalj har specificerat de efterfrågade arbetsklädernas materialsammansättning och vikt. Enligt förfrågningsunderlaget accepteras emellertid en avvikelse om 10 procentenheter respektive 10 procent från den sammansättning och den vikt som specificerats. Något krav på att de varor som upphandlas ska motsvara de varor som är mest frekvent förekommande i branschen uppställs inte i LOU. Kommunen har därtill obestritt anfört att Ahlsell för vissa av positionerna hade kunnat offerera produkter ur det egna

sortimentet som uppfyller ställda krav. Sammantaget anser förvaltningsrätten inte att kraven kan anses vara så formulerade att det i praktiken endast är en tilltänkt leverantör som kan uppfylla dem eller att kraven i övrigt är sådana att de på ett otillbörligt sätt begränsar potentiella leverantörers möjligheter att lämna anbud. Förvaltningsrätten finner således inte visat att kommunen brutit mot principerna om proportionalitet eller likabehandling. Vad Ahlsell anfört och åberopat i övrigt leder inte förvaltningsrätten till slutsatsen att kommunen brutit mot någon annan bestämmelse i LOU på ett sätt som medfört att bolaget lidit eller kan komma att skada. Ahlsells ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Finn Hultin
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande: Helene Larsson



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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.