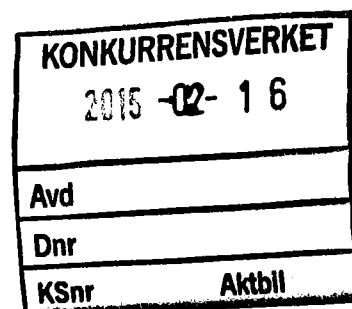




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-02-16
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6289-14



SÖKANDE

Lekolar AB, 556605-0646
Box 170
283 23 Ösby

Ombud: Advokat Pontus Scherp och jur.kand. Christopher Stridh
Norburg & Scherp Advokatbyrå AB
Blasieholmsgatan 5
111 48 Stockholm

MOTPARTER

1. Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen, Upphandlingscenter,
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

2. Finspångs kommun, 212000-0423
Bergslagsvägen 13-15
612 80 Finspång

3. Katrineholms kommun, 212000-0340
641 80 Katrineholm

4. Kinda kommun, 212000-0399
Box 1
590 40 Kisa

5. Söderköpings kommun, 212000-0464
614 80 Söderköping

6. Valdemarsviks kommun, 212000-0431
615 80 Valdemarsvik

7. Vingåkers kommun, 212000-0308
643 80 Vingåker

8. Åtvidabergs kommun, 212000-0415
Box 206
597 25 Åtvidaberg

Ombud för 2-8: Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen, Upphandlingscenter,
Slottsgatan 118
602 22 Norrköping

Dok.Id 188980

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

Vinnande anbudsgivare
9. ABA Skol AB, 556090-0838
Scheelegatan 7
212 28 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Upphandlingscenter genomför tillsammans med Finspångs kommun, Katrineholms kommun, Kinda kommun, Söderköpings kommun, Valdemarsviks kommun, Vingåkers kommun och Åtvidabergs kommun (Myndigheterna) upphandling av ramavtal med tre leverantörer avseende ”Skol- och förskolemöbler” med beteckning *UH-2013-121* (upphandlingen).

Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande och tilldelningsgrund är lägst pris. Myndigheterna fattade tilldelningsbeslut den 30 januari 2014. Kinnarps AB ansökte om överprövning av upphandlingen och i dom den 26 juni 2014 i mål 911-14 förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att en ny prövning av anbudet genomförts.

Av nytt tilldelningsbeslut daterat den 28 augusti 2014 framgår att Myndigheterna beslutat att tilldela ABA Skol AB (ABA) kontrakt samt att övriga inkomna anbud inte blivit föremål för slutlig utvärdering.

Lekolar AB (Lekolar) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och det nya tilldelningsbeslutet och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Myndigheterna motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Lekolar

Av förfrågningsunderlaget framgår att ramavtal ska tecknas med de tre leverantörer som uppfyllt samtliga obligatoriska krav samt erbjudit lägst pris för de produkter som angivits i *Anbudsprisformulären*.

I det nya tilldelningsbeslutet som meddelades efter förvaltningsrättens dom i mål nr 911-14 antogs endast anbud från ABA. Enligt utvärderingsprotokollet var skälet till att ABA:s anbud blivit föremål för utvärdering medan anbudet från Lekolar förkastats att den rättelse som förvaltningsrätten förordnat om vidtagits. Det framgår emellertid varken av rättsens domslut eller av skälen för avgörandet att någon specifik anbudsgivares anbud skulle beaktas eller inte beaktas vid den förnyade anbudsutvärderingen. Myndigheterna har således haft att på nytt utvärdera de inkomna anbuden i enlighet med de krav som följer av förfrågningsunderlaget och LOU.

Ramavtal får inte tecknas med enbart en leverantör

Upphandlingen har genomförts med avsikten att teckna ramavtal med tre anbudsgivare. Av punkterna 3.0 och 3.1 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen baserats på en s.k. kombinerad avropsordning:

”3:1 RAMAVTAL

Upphandling av ramavtal med tre (tre) leverantörer där samtliga villkor för avrop är fastställda i kombination med förnyad konkurrensutsättning avseende leveranser av skol- och förskolemöbler.

3.1.1 Avropsordning

Ramavtalsleverantörerna kommer att rangordnas i fallande ordning, vilket innebär att den leverantör som offererar lägst anbudspris kommer att rangordnas som nr 1, och följande leverantör som nr 2 och så vidare. När kontraktsvärdet vid avrop beräknas uppgå till högst 200 000 SEK kommer avrop ske enligt fastställd rangordning. När kontraktsvärdet vid avrop beräknas uppgå till över 200 000 SEK kommer förnyad konkurrensutsättning att genomföras, vilket innebär att ett förenklat förfrågningsunderlag skickas till ramavtalsleverantörerna med begäran om nytt anbud – se vidare punkt 10.0 nedan och bilaga ‘Ramavtal’.”

Av punkt 10.1 i förfrågningsunderlaget framgår att de tre leverantörer som har offererat totalt lägst anbudspris kommer att antas.

Den kombinerade avropsordningen innebär sålunda att det är fråga om två olika typer av ramavtal som upphandlas, även om de har nära samband med varandra. För avrop vid kontraktsvärden under 200 000 kr skulle ramavtal ingås där samtliga villkor är bestämda, medan avseende avrop över 200 000 kr skulle ramavtal ingås där samtliga villkor inte är bestämda, utan leverantörerna som tilldelats ramavtal skulle lämna nya anbud i konkurrens med varandra.

Trots denna avropsordning som bygger på en konkurrensutsättning mellan tre leverantörer har Myndigheterna tilldelat ramavtal endast till en leverantör, ABA. Detta står till att börja med i strid med vad som angivits i förfrågningsunderlaget om att tre leverantörer ska antas, vilket sålunda står i strid med principerna om transparens och likabehandling eftersom Myndigheterna inte äger rätt att avvika från de i förfrågningsunderlaget angivna principerna för kontraktstilldelning (se t.ex. RÅ 2010 ref. 97). Genom att tilldela ABA ramavtal har Myndigheterna gjort avsteg från detta krav, eftersom någon förnyad konkurrensutsättning inte är möjlig när ABA som ensam leverantör tilldelats ramavtal i upphandlingen (se 5 kap. 1 § LOU).

Det innebär vidare att ABA tilldelats ett ramavtal för volymer över 200 000 kr utan att bolaget har lämnat något anbud med priser för det ramavtalet. Ingen anbudsgivare har lämnat anbud där alla villkor är angivna i ramavtalet, inklusive priserna, för inköp över 200 000 kr. Inte heller finns det således någon grund för tilldelning av kontrakt under ramavtalet. ABA:s priser avsåg endast volymer under 200 000 kr och kan inte tillämpas vid större volymer. I detta sammanhang kan nämnas att det vid stora volymer normalt ges volymrabatter och att priserna kan förväntas vara högre än vad som skulle uppnås vid en förnyad konkurrensutsättning (vilket torde ha varit bakgrunden till att en kombinerad avropsordning varit avsedd att användas i upphandlingen).

Lekolar bestrider Myndigheternas påståenden om att bestämmelserna i 5 kap. 4 § LOU skulle tillämpas på avtalet trots att samtliga villkor inte är fastställda för kontraktsvärden över 200 000 kr och att Myndigheterna i vart fall äger rätt att teckna avtal med en leverantör för kontraktsvärden under 200 000 kr.

Genom att tilldela ramavtal utifrån de priser som erbjudits av ABA vid volymer under 200 000 kr med bortseende från villkoret om förnyad konkurrensutsättning har förutsättningarna för upphandlingen helt förändrats. Att tilldela ramavtal till ABA utgör en otillåten direktupphandling både av detta skäl och av det skälet att varken ABA eller någon annan anbudsgivare lämnat anbud innefattande priser för volymer över 200 000 kr. Det strider vidare mot bestämmelserna i 5 kap. LOU att tilldela kontrakt utan förnyad konkurrensutsättning baserat på ramavtal där inte samtliga avtalsvillkor är fastställda i ramavtalet.

ABA har genom tilldelningsbeslutet tilldelats ramavtal för avrop vars kontraktsvärden *understiger* 200 000 kr, liksom för avrop vars kontraktsvärden *överstiger* 200 000 kr. Det är således detta besluts förenlighet med LOU som rätten har att pröva och inte, som Myndigheterna tycks göra gällande, möjligheterna att fatta ett tilldelningsbeslut med en annan innebörd.

Av 5 kap. 5 § LOU framgår att när ett ramavtal ingås med flera leverantörer ska leverantörerna vara minst tre till antalet. Detta gäller dock under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna. I prop. 2006/2007:128 s. 336 anges att ”Om avtal endast kan tecknas med en leverantör blir bestämmelserna i 4 § [5 kap. 4 § LOU] tillämpliga på ramavtalet.”

Av 5 kap. 4 § LOU framgår att om ett ramavtal ingåtts med en enda leverantör, ska villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ramavtalet överensstämma med villkoren i ramavtalet. Det ovan citerade uttalandet bekräftar att detta krav gäller oavsett om den upphandlande myndigheten ursprungligen avsett att ingå ramavtal med flera leverantörer. Uttalandet ger således inte stöd för att den upphandlande myndigheten kan ingå avtal med en leverantör på andra villkor än de som angavs i förfrågningsunderlaget och i anbudet. Förbuden enligt LOU att ändra villkoren och anbudet gäller även i en sådan situation (se bl.a. Asplund m.fl., Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 220 f). Myndigheterna kan därmed inte ingå ett ramavtal där inte alla villkor följer av anbudet med endast en leverantör då det strider mot vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Dessutom strider det mot 5 kap. 4 och 5 §§ LOU att ingå ett ramavtal enligt 5 kap. 4 § samma lag med en leverantör där samtliga villkor inte är fastställda.

Myndigheterna har i yttrande till rätten hävdat att det skulle vara tillåtet att komplettera ABA:s anbud med uppgifter om pris och övriga villkor enligt 5 kap. 4 § LOU. Dock är denna bestämmelse överhuvudtaget inte tillämplig i detta fall, eftersom det upphandlade ramavtalet är ett ramavtal enligt 5 kap. 7 § LOU. Även om det hade varit möjligt att tillämpa bestämmelsen om samråd enligt 5 kap. 4 § LOU i förevarande fall så kan den under alla förhållanden inte tillämpas för att fylla ut alla villkor, inklusive samtliga priser, för ramavtalet avseende avrop för över 200 000 kr.

Vad avser Myndigheternas påståenden om avrop av kontrakt överstigande 1 miljon kr konstaterar Lekolar att de ramavtal som tilldelats ABA möjliggör avrop av inköpsvolymen som uppgår till detta belopp. Det är alltså fråga om ett ramavtal, även om det skulle anses vara bindande för Myndigheterna (se prop. 2006/07:128 s. 160). Att Myndigheterna förbehållit sig rätten att genomföra en förnyad upphandling vid avropsvolymen som över-

stiger detta belopp saknar således betydelse för om tilldelningen av ramavtalen är förenlig med LOU.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Myndigheterna har tilldelat ett ramavtal i strid med 5 kap. LOU, att de har tilldelat ramavtalet på villkor och enligt ett förfarande som står i strid med vad som angivits i förfrågningsunderlaget, att de har tilldelat ramavtalet till en anbudsgivare som inte lämnat anbud på den typ av ramavtal som tilldelades samt att det skett i strid med kravet på affärsmässighet i offentliga upphandlingar.

Det saknas giltiga anbud i upphandlingen

Av punkt 5.5 i förfrågningsunderlaget framgår att anbuden i upphandlingen skulle vara giltiga t.o.m. den 30 april 2014. Cirka en och en halv månad efter det att giltigheten löpt ut, den 13 juni 2014, begärde Myndigheterna att anbudsgivarna skulle förlänga sina anbuds giltighetstid. Av meddelandet framgår att förlängningen med anledning av överprövningsprocessen skulle ske ”till dess att upphandlingen kan avslutas genom att avtal tecknas, dock längst till och med den 30 november 2014”.

Lekolar gör gällande att förlängningen inte har varit förenlig med LOU bl.a. pga. att förlängningen skedde först långt efter det att giltighetstiden löpt ut. Vid den tidpunkten fanns sålunda inga giltiga anbud varför Myndigheterna varit skyldiga att avbryta upphandlingen. Förlängningen är att betrakta som väsentliga förändringar av förutsättningarna för upphandlingen och de förlängda anbuden är att betrakta som nya anbud. Att tilldela kontrakt på grundval av anbuden utgör olaglig direktupphandling och strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

Myndigheterna hävdar att det av praxis skulle framgå att det är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra om en upphandling där det saknas

giltiga anbud ska avbrytas eller inte. Detta är en felaktig slutsats som saknar stöd i det av Myndigheterna åberopade avgörandet. Av domen framgår att en förutsättning för att upphandlingen inte måste avbrytas var att anbuden var giltiga vid tiden för tilldelningsbeslutet. I förvarande fall är inte denna förutsättning uppfylld då tilldelningsbeslutet fattades efter det att anbudens giltighetstid löpt ut den 30 april 2014.

Att det vore upp till den upphandlande myndigheten att välja om den måste avbryta en upphandling om det saknas giltiga anbud är uppenbarligen felaktigt. En myndighet kan inte tilldela kontrakt till leverantörer utan giltiga anbud. Om förlängning inte skett i tid, utan anbudet hunnit förfalla måste sålunda upphandlingen avbrytas (se t.ex. Kammarrättens i Stockholm beslut den 30 november 2009 i mål nr 6097-09 och den 30 juni 2010 i mål nr 7788-09)

Om förlängningen i juni 2014 inte skulle anses vara i strid med LOU upphörde under alla förhållanden anbudet att gälla den 30 november 2014. Av Myndigheternas meddelande den 13 juni 2014 framgår att anbudets giltighetstid efter förlängningen som längst skulle gälla t.o.m. den 30 november 2014, och detta även om avtal inte kunnat tecknas innan dess pga. överprövningsprocessen. Att frångå det beskedet skulle strida mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

Till detta kommer att det av punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget framgår att ramavtalet som är föremål för upphandlingen skulle gälla under perioden den 1 november 2013 – 31 oktober 2015 (förvisso med möjlighet till förlängning). Mer än hälften av den ordinarie avtalstiden har alltså löpt ut. Mot den bakgrunden menar Lekolar att det är att betrakta som en väsentlig förändring av förutsättningarna för upphandlingen med en ytterligare förlängning av anbudet eftersom ramavtalets giltighetstid blir väsentligt kortare än vad som angivits i förfrågningsunderlaget (se Asplund m.fl., Över-

prövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 243). Av detta skäl borde upphandlingen ha avbrutits och gjorts om.

Fråga om res judicata

Myndigheterna gör i yttrande till rätten gällande att frågor rörande ABA:s bristande uppfyllelse av skall-krav är föremål för res judicata med anledning av Förvaltningsrättens i Linköping dom den 26 juni 2014 i mål nr 911-14. Detta bestrids av Lekolar.

Av Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) praxis följer att en förvaltningsdomstols avgörande i upphandlingsmål inte vinner negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen (se HFD 2013 ref. 36). Lekolar har rätt att få varje åtgärd som vidtagits av Myndigheterna i samband med upphandling prövad (se bl.a. mål C-26/03 *Stadt Halle* samt prop. 2009/10:180 s.98).

Det ska också noteras att Lekolar inte beretts tillfälle att yttra sig i förvaltningsrättens mål nr 911-14 och har således inte haft möjlighet att åberopa de omständigheter som nu görs gällande till grund för att ABA:s anbud ska förkastas. Det innebär att de omständigheter och argument som nu åberopas till grund för att ABA:s anbud inte uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen inte tidigare har prövats av förvaltningsrätten i ett sammanhang. Även mot denna bakgrund kan inte dessa omständigheter vara föremål för res judicata (jfr Asplund m.fl., a.a. s. 111 samt Kammarrättens i Göteborg dom den 11 juli 2012 i mål nr 4591-12).

Produktposition 13 (Anbudsprisformuläret Förskola)

Av punkt 3.0 i förfrågningsunderlaget framgår att:

”[a]ngivet bassortiment enligt anbudsprisformulären ska uppfylla angivna krav.”

I punkt 5.2 i förfrågningsunderlaget anges vidare följande:

”De svar som leverantören anger i sitt anbud på de i förfrågningsunderlaget ställda kraven är underlag för den prövning och utvärdering av inkomna anbud som den upphandlande myndigheten genomför.”

För att kunna kontrollera att offererade produkter uppfyller kraven och för att undvika manipulation av priserna på produkterna uppställdes också ett krav på att anbudsgivarna skulle tillhandahålla kataloger där offererade produkter kunde återfinnas. I förfrågningsunderlaget anges följande krav på tillhandahållande av information avseende de produkter som offereras i upphandlingen:

8.1 LÄMNANDE AV KATALOG OCH BRUTTOPRISLISTA

Anbudsgivaren ska inkomma med aktuell publik tryckt katalog för 2013 (på svenska språket) med tillhörande allmän gällande katalogprislista.

[...]

9.0 PRISBILAGOR

Priser i SEK exkl mervärdesskatt och rabatter, ska anges i anbudsprisformulären och inkluderar leverans, montering och utplacering på anvisad plats.

Anbudsgivaren ska i anbudsprisformulären ange artikelnr/namn, bruttopris, rabatt/påslag i %, nettopris samt respektive tillverkares katalognamn och katalogsida per produkt.

[...]

Mått som är angivet på efterfrågade produkter är cirka mått, måttavvikelse på +/- 10 % accepteras. En och samma produkt får inte offereras mer än en gång.

Offererade produkter ska återfinnas i anbudsgivarens hänvisade tillverkares ordinarie gällande produktkatalog/prislista.

Katalogpriserna ska vara utifrån den gällande aktuella katalogen samt eventuell tillhörande katalogprislista.

Om anbudet saknar klar och tydlig redovisning på efterfrågade uppgifter eller det innehållsmässigt inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget riskerar anbudsgivaren att anbudet förkastas.

[...]

9.2 SPECIELLT FRAMTAGNA KATALOGPRISLISTOR FÖR DENNA
UPPHANDLING ACCEPTERAS INTE

Visar det sig att anbudsgivaren har lämnat en speciellt framtagen katalogprislista på de produkter som anbudsgivaren har angett i anbudsprisformuläret för utvärdering, bedöms katalogprislistan som manipulerad för denna upphandling och anbudet förkastas.

Den offentliga aktuella ordinarie separata produktkatalogen ska stämma överens med slumpmässiga sökningar på artiklar på angiven leverantör/tillverkares hemsida.”

Kravet att anbudsgivarna skulle inkomma med en aktuell publikt tryckt katalog reviderades sedermera av Myndigheterna genom ett särskilt tillägg i förfrågningsunderlaget där följande angavs:

”Upphandlingsföreskrifter punkt 8.1, Lämnande av katalog och bruttoprislista

Som alternativ till ovan katalog och katalogprislista godkänns även elektronisk katalog med tillhörande katalogprislista som är allmänt tillgänglig på anbudsgivarens eller tillverkarens hemsida. Korrekta webbadresser ska anges i anbudet. Priserna i elektroniska katalogprislistor ska vara de vid sista anbudsdag gällande bruttopriserna.

Ovanstående tryckta kataloger och prislistor ska lämnas i pappersform i ett exemplar och ska avse området skol- och förskolemöbler. Av elektroniska prislistor ska skärmdumpning (pappersform) ske av de vid sista anbudsdag gällande bruttopriserna. Prislistorna skickas till Upphandlingscenter i försluten försändelse märkt UH 2013-121 Skol- och förskolemöbler.”

I förfrågningsunderlaget uppställdes således obligatoriska krav på (i) att de uppgifter som lämnas om respektive efterfrågad produkt i Anbudsprisformulären ska motsvara de krav som uppställs däri med avseende på produkterna, samt (ii) att anbudsgivarnas offererade produkter *de facto* ska uppfylla de krav som framgår av Anbudsprisformulären.

För produktposition 13 i "Anbudsprisformuläret Förskola" har anbudsgivarna ombetts att offerera en s.k. matvagn med stomme av lackerat stålrör och skivor i högtryckslaminat. Enligt den produktkatalog som ABA hänvisat till i sitt anbud är den matvagn som bolaget offererat inte försedd med skivor i högtryckslaminat, utan i laminat. Det ska noteras att laminat (även kallat direktlaminat) inte är detsamma som högtryckslaminat, utan egenskaperna skiljer sig betydligt åt. Bland annat har högtryckslaminat en annan yta och är tåligare än laminat. Högtryckslaminat är också betydligt dyrare. Eftersom den efterfrågade produkten inte finns i katalogen har ABA:s anbud inte uppfyllt kravet enligt punkt 9.0 i förfrågningsunderlaget. ABA:s anbud borde därför ha förkastats.

ABA har förvisso angivit i anbudet att det förelåg ett tryckfel i katalogen och att matvagnen som offererats var försedd med högtryckslaminat och härvid hänvisat till bolagets hemsida. Det finns emellertid ingen hänvisning till *var* den korrekt beskrivna produkten påstås återfinnas på ABA:s hemsida. Redan av detta skäl har Myndigheterna varit förhindrade att beakta sådan eventuell information vid anbudsutvärderingen. Lekarar noterar att den skärmdump som Myndigheterna åberopat i yttrande till rätten varit det förvisso anges att den av ABA offererade matvagnen är försedd med högtryckslaminat är daterad den 5 februari 2014 trots att anbudstiden gick ut den 2 oktober 2013. Det av ABA påstådda tryckfelet finns dock såväl i ABA:s produktkatalog för 2014 som i produktkatalogen för 2012. Härtill kommer att det vid en sökning på internet på den av ABA offererade produkten framgår att bolaget nyligen har ändrat produktskrivningen i sin webbkatalog. I en s.k. cachad version av webbkatalogen angavs följande om den aktuella produkten i ABA:s katalog för 2014:

"MATVAGN IDA Monteringsbar vagn i vitt eller blålackerat 2,5 cm stålrör. Avstånd mellan hyllplanen i laminat är 37 cm..."

I den nu publicerade versionen av webbkatalogen har ABA lagt till ”med skivor i högtryckslaminat” i produktbeskrivningen:

”Matvagn Ida är en monteringsbar vagn i vitt eller blålackerat 2,5 cm stålrör med skivor i högtryckslaminat. Avstånd mellan hyllplan är 37 cm.”

Tidigare angavs alltså att hyllplanen var i laminat, medan ABA nu anger att de är i högtryckslaminat. Förändringen i webbkatalogen kan knappast uppfattas som annat än en efterhandskonstruktion i syfte att få anbudet att framstå som om det uppfyller kravet på högtryckslaminat. Det är enligt Lekolar osannolikt att produkten faktiskt uppfyller kravet. Förändringen i webbkatalogen innebär dessutom att ABA:s katalogprislistor har tagits fram speciellt för denna upphandling. Detta strider mot skall-kravet i punkt 9.2 första stycket i förfrågningsunderlaget om att katalogprislistorna inte får vara speciellt framtagna.

Mot ovanstående bakgrund kan ABA inte, vare sig direkt i Anbudsformuläret Förskola eller genom att hänvisa till uppgifter i bolagets webbkatalog, anses ha lämnat sådan information med avseende på produktposition 13 såvitt gäller högtryckslaminat som kan anses överensstämma med de krav som uppställts härvidlag enligt Anbudsprisformuläret Förskola.

Det är notabelt att ABA inte bestrider de sakomständigheter som Lekolar har åberopat till stöd för att den av ABA erbjudna produkten faktiskt inte uppfyller kraven. Det bestrids således inte att matvagnen inte är försedd med skivor i högtryckslaminat, att ABA ändrat sin webbkatalog i efterhand, att prislistan tagits fram särskilt för upphandlingen samt att det inte gjorts hänvisningar till var produkten kan återfinnas. Än mindre har ABA åberopat någon bevisning till stöd för att produkten uppfyller de uppställda kraven eller rörande förändringarna i webbkatalogen, trots att ABA enkelt skulle ha kunnat göra det om det hade saknats fog för Lekolars påståenden.

Vad som åberopats av Lekolar i dessa avseenden måste sammantaget anses vara styrkt.

Det är vidare oklart för Lekolar vem som har tagit fram den skärmdump som åberopats av Myndigheterna. Om Myndigheterna menar att ABA ska anses ha uppfyllt kravet på överensstämmelse mellan uppgifterna i bolagets anbud och Anbudsprisformulären genom att ge in skärmdumpen av den 5 februari 2014 gör Lekolar gällande att ABA:s anbud kompletterats i strid med 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Myndigheterna ska därför bortse från uppgiften vid prövningen av om anbudet uppfyller skall-kravet om överensstämmelse mellan uppgifter i bolagets anbud och Anbudsprisformulären.

Produktposition 22 (Anbudsprisformuläret Förskola)

För produktposition 22 i Anbudsprisformuläret Förskola har anbudsgivarna ombetts att offerera ett barnbord om 90 x 90 cm med höjd 50 cm. I *Frågor och svar* angavs sedermera att även måtten 80 x 80 cm kunde accepteras. ABA har på denna produktposition offererat "3795001-Barnbord Pastell, vit, 50x50 cm, h46- ABA Skol-www.aba-skol.se". ABA har således offererat ett bord som är nästan hälften så stort som det efterfrågade. Enligt förfrågningsunderlaget kunde maximalt 10 procents avvikelse accepteras. Det är en klar och tydlig angivelse om kraven på produkterna. Det vaga uttalandet i *Frågor och svar* att det bord som offereras för produktposition 22 ska vara anpassat för de stolar som offereras enligt produktposition 23 kan inte uppfattas som en avvikelse från det kravet. Det finns inget rimligt skäl för att Myndigheterna skulle upprätthålla strikta krav för andra produkter, men överlämna det till leverantörerna att avgöra hur stora borden ska vara.

Härtill kommer att det bord som ABA offererat för produktposition 22 har en bordsyta om 0,25 kvadratmeter samtidigt som det för produktposition

23 efterfrågats fyra stolar. Det innebär att om det av ABA offererade bordet skulle komma att användas tillsammans med de aktuella stolarna så skulle varje barn disponera över en yta om 0,062 kvadratmeter. Denna yta motsvarar drygt ett A4-papper och är givetvis otillräckligt. Den begränsade bordsytan innebär dessutom att det vore fysiskt omöjligt för fyra barn att sitta vid bordet samtidigt med benen under bordet. Det bord som ABA offererar för produktposition 22 kan följaktligen inte under några förhållanden anses anpassat för de stolar som efterfrågas för produktposition 23.

Om kravet, trots vad som anförts ovan, skulle anses innebära att det lämnas till leverantörerna att avgöra storleken på det efterfrågade bordet menar Lekolar att detta skulle strida mot kraven på transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU, dels pga. att det inte går att utläsa av dokumentationen i upphandlingen att större avvikelser än 10 procent accepterades, dels pga. att kravet på anpassning till stolar i sådana fall är för vagt formulerat.

Krav på information om offererade produkter

Som angivits ovan skulle enligt punkt 9.0 i förfrågningsunderlaget redovisas var i katalogen respektive produkt kunde återfinnas. Inte i något fall där ABA i sitt anbud hänvisat till sin tryckta katalog anges *var* i katalogen produkten ifråga förekommer. Genom Myndigheternas förtydligande den 9 september 2013 accepterades även elektroniska kataloger med tillhörande prislistor. Om anbudsgivaren hänvisade till elektronisk katalog skulle skärmdumpar av *prislistor* ges in per sista anbudsdag. Förtydligandet medförde emellertid ingen förändring av kravet på att exakt ange var de offererade produkterna förekommer i sådana elektroniska kataloger.

ABA har i Anbudsprisformulären enbart hänvisat till bolagets portaladress såvitt gäller produktpositionerna 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 16, 22 och 26 (Anbudsprisformuläret Skola) samt 9, 10, 18, 22 och 23 (Anbudsprisformuläret

Förskola). ABA har således inte uppfyllt kravet på att i Anbudsformulären korrekt ange var respektive offererad produkt återfinns i bolagets tryckta alternativt elektroniska katalog. ABA har vidare för produktposition 10 (Anbudsprisformuläret Förskola) offererat frottéhanddukar med artikelnummer 9010065 som överhuvudtaget inte funnits tillgängliga på bolagets hemsida. De webbadresser som förekommer i de skärmdumpar som ABA har bifogat till sitt anbud är dessutom i tre fall ofullständiga. ABA hävdar dock i inlaga till rätten att handdukarna funnits tillgängliga på hemsidan, men det vitsordas samtidigt att handdukarna under perioder inte funnits där. Redan av det skälet uppfylls sålunda inte kravet i punkt 9.0 i förfrågningsunderlaget. Lekolar noterar även att det vitsordats av Myndigheterna att ABA:s anbud inte uppfyllt skall-kravet avseende angivelse av webbadresser i anbudet och därmed står det klart att anbudet skulle ha förkastats.

ABA har även under rubriken "Anmärkning" i Anbudsprisformuläret Förskola offererat alternativa produkter för den aktuella produktpositionen i form av frottéhanddukar med artikelnummer 9010066. Av punkten 5.3 i förfrågningsunderlaget framgår att reservationer, alternativa anbud eller s.k. sidoanbud inte accepteras. ABA:s anbud har därmed brustit i kravuppfyllelse även i detta avseende. Härtill har det dessutom inte funnits några produkter med det angivna artikelnumret tillgängliga på bolagets hemsida.

Om endast en skärmdump accepteras skulle det lämna utrymme för manipulation av anbudet, eftersom en skärmdump enkelt kan göras utan att produkten överhuvudtaget publiceras på internet alternativt att den omedelbart tas bort från internet igen. Ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av den information som lämnas av anbudsgivarna strider mot principerna i gemenskapsrätten om offentlig upphandling. Genom att acceptera endast skärmdumpar utan möjlighet att kontrollera att produkterna finns angivna i en verklig prislista eller i katalog som publiceras på internet har Myndigheterna avhänt sig

denna kontrollmöjlighet. Detta strider mot kravet på likabehandling och mot 1 kap. 9 § LOU.

Genom att utvärdera ABA:s anbud och tilldela bolaget ramavtalet har Myndigheterna brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU samt eventuellt även mot 9 kap. 8 § samma lag.

Skada

Myndigheterna har i yttrande till rätten anfört att Lekolar inte kan anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada eftersom bolagets anbud förkastats.

Det är förvisso så att en leverantör vars anbud rätteligen har förkastats pga. att det inte uppfyllt samtliga skall-krav, ofta inte lider någon skada av att den upphandlande myndigheten tilldelar ett kontrakt till någon annan anbudsgivare (t.o.m. till en anbudsgivare som inte heller uppfyller samtliga skall-krav) eftersom den förkastade leverantören ändå inte kunde ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Emellertid måste den slutsatsen förutsättas dels att det finns i vart fall en leverantör som uppfyllt samtliga skall-krav och därför rätteligen skulle ha kunnat tilldelas kontraktet, dels att det inte förekommit något fel under den konkurrensuppsökande delen av upphandlingen som utgör grund för att göra om upphandlingen.

Vad avser frågan om det fordras att i vart fall en leverantör uppfyllt samtliga skall-krav menar Lekolar att om de anbudsgivare som inte tilldelats kontrakt i upphandlingen inte anses uppfylla skaderekvisitet, skulle det i praktiken innebära att det vore möjligt för den upphandlande myndigheten att tilldela anbud till en anbudsgivare vars anbud inte uppfyllt samtliga skall-krav. Genom att på så sätt efterge och sålunda ändra väsentliga villkor i upphandlingen särbehandlas en anbudsgivare på bekostnad av övriga anbudsgivare, vilket strider mot likabehandlings- och transparensprincipen.

Av praxis från kammarrätterna framgår det att i situationer där det enda kvarvarande anbudet borde ha förkastats, som i förevarande fall, så kan en anbudsgivare vars anbud förkastats riskera att lida skada eftersom upphandlingen då skulle ha gjorts om och leverantören vid en ny upphandling skulle ha möjlighet att lämna anbud och tilldelas kontrakt.

Vad avser omständigheten att det, för det fall det förekommit fel under det konkurrensuppsökande skedet, saknar betydelse för uppfyllandet av skaderekvisitet om leverantörens anbud förkastats kan följande tilläggas.

Förfaranden i strid med bestämmelserna i LOU som är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet av en upphandling, vilket innefattar beslut att tilldela ramavtal i strid med 5 kap. LOU, medför att upphandlingen måste göras om. Vid sådana överträdelser bör det råda en presumtion för att skaderekvisitet är uppfyllt (se t.ex. Asplund m.fl., Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 213). Det räcker nämligen för att skaderekvisitet ska vara uppfyllt att överträdelsen *kan* ha medfört att leverantörens möjlighet att tilldelas kontrakt har *försämrats*.

I det nu aktuella fallet har Myndigheterna använt sig av ett förfarande som överhuvudtaget inte är tillåtet. Den fråga som nu är aktuell är därför huruvida Lekolar hade kunnat tilldelas ramavtalet om Myndigheterna i enlighet med LOU hade genomfört en ny upphandling. Att Lekolar skulle ha kunnat tilldelas kontrakt är uppenbart, inte minst i ljuset av att bolaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet även i denna upphandling.

Sammanfattningsvis menar Lekolar att det står klart att bolaget genom Myndigheternas överträdelser av LOU har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Myndigheterna

Myndigheterna tillbakavisar Lekolars påstående om att det i tidigare överprövningsmål (Förvaltningsrättens i Linköping dom den 26 juni 2014 i mål nr 911-14) inte framgår av vare sig domslut eller skäl att någon av anbudsgivarnas anbud inte skulle beaktas vid en förnyad anbudsutvärdering. I domen finns att utläsa bl.a. att Myndigheterna brustit i förhållande till LOU genom att acceptera Lekolars anbud och tilldela bolaget kontrakt och att skäl för rättelseåtgärd enligt LOU därmed föreligger. Den rättelseåtgärd som avses i domen och som för flertalet torde vara självklart är att vid en förnyad prövning förkasta Lekolars anbud, vilket är vad Myndigheterna har gjort.

Ramavtal med enbart en leverantör

Det är ostridigt att det av förfrågningsunderlaget framgår att tre leverantörer ska antas och att förnyad konkurrensutsättning ska ske för avrop värda över 200 000 kr. I förarbetena till LOU (se prop. 2006/2007:128 s. 336) anges dock att antalet leverantörer ska vara tre under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal godtagbara anbud. Det innebär att om det inte finns fler än två godtagbara anbud kan en upphandlande myndighet teckna ramavtal med dessa två leverantörer. Lagrådet menar vidare att om avtal endast kan tecknas med en leverantör blir bestämmelserna i 4 § tillämpliga på ramavtalet. Eftersom lagrådets uttalande gäller för bestämmelsen i 5 kap. 5 § LOU, kan det inte tolkas på annat sätt än att det beskriver det förhållandet som uppstått i den förevarande upphandlingen; att endast en anbudsgivare återstår efter utvärderingen. I förevarande upphandling blir således följden att Myndigheterna tecknar ramavtal med enbart en leverantör då det endast inkom ett godtagbart anbud. Det förtjänar även att påpekas att det inte finns någon bestämmelse i 5 kap. LOU som reglerar ramavtal,

eller någon annan bestämmelse i LOU som stadgar att en upphandling måste göras om på grund av för få anbudsgivare.

Vad beträffar Lekolars påstående om att det skulle vara i strid med 5 kap. 4 § LOU att ingå ett ramavtal där inte samtliga villkor är fastställda, är detta felaktigt. Av 5 kap. 4 § andra stycket LOU följer att " Vid tilldelning av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud." I prop. 2006/07:128 s. 335 stadgas att "Vidare är det den upphandlande myndigheten som har rätt att begära komplettering av ett anbud. Med termen komplettera avses att komma in med uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga." Av förarbetena framgår vidare att komplettering kan ske av såväl prisuppgifter som hur en viss tjänst ska utföras. Beträffande de två termerna samråda och komplettera sägs slutligen i förarbetena att "De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärt om att konkretisera dem på ett eller annat sätt." Att denna öppning finns för att konkretisera villkoren efter det att ramavtalet har ingåtts framgår även av EU-kommissionens Explanatory Note on framework agreements (CC/2005/03 FR s. 5).

Således är det uppenbart att det inte bara är möjligt att teckna ett ramavtal med en enda leverantör trots att avsikten från början var att ingå ramavtal med flera i enlighet med 5 kap. 5 § LOU utan det är även möjligt att enligt 5 kap. 4 § LOU teckna ramavtal med en leverantör där såväl samråd som komplettering av uppgifter i anbudet kan ske, t.ex. av prisuppgifter eller utförande av en tjänst.

För det fall rätten, trots lagrådets och förarbetenas resonemang, skulle anse att ramavtal inte kan tecknas med en leverantör för den delen där samtliga villkor inte är fastställda, menar Myndigheterna att ramavtal måste kunna tecknas för den delen där samtliga villkor är fastställda, dvs. för avrop

t.o.m. 200 000 kr. Något stöd för en annan ordning saknas, i synnerhet mot bakgrund av uttalandena från lagrådet om att 4 § ska tillämpas när endast en leverantör återstår.

Tilläggas kan att vad avser behov som överstiger en miljon kr ska enligt förfrågningsunderlaget (avsnitt 6.3 i avtalsförslaget) en särskild upphandling ske. Med andra ord så finns det en mekanism inbyggd i ramavtalet för att tillvarata konkurrens även för stora volymer. Vidare är det så att även om tre leverantörer hade kunnat antas är det inte nödvändigt att bjuda in en leverantör till den förnyade konkurrensutsättningen om det framstår som klart att denne inte har möjlighet att leverera det efterfrågade behovet (se prop. 2006/07:128 s. 338). Således skulle den situationen kunna uppstå att endast en leverantör tillfrågas i en förnyad konkurrensutsättning.

Giltiga anbud i upphandlingen

Myndigheterna tillbakavisar Lekolars inställning om att det förelegat en skyldighet att avbryta upphandlingen. Av praxis följer att om anbudens giltighetstid har löpt ut kan det vara ett sakligt skäl att avbryta en upphandling, men det finns ingen skyldighet att avbryta den. Att anbudens giltighetstid har löpt ut innebär inte i sig att upphandlingen måste göras om eller att den tilldelade anbudsgivaren inte kan ingå avtal med den upphandlande myndigheten (jfr Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 3521-08).

I linje med detta uttalar Kammarrätten i Göteborg i dom i mål nr 4278-09 att en annan tolkning av upphandlingsreglerna skulle innebära att en anbudsgivare som inte vinner en upphandling skulle kunna ansöka om överprövning och förhålla processen till dess att den angivna anbudstiden löper ut, för att därefter inte medge en förlängning av sitt eget anbud och därmed tvinga fram att en kanske helt korrekt genomförd upphandling måste göras om.

Myndigheterna tillbakavisar även Lekolars påstående om att ramavtalets giltighetstid, vid en förlängning av anbudens giltighetstid, skulle bli väsentligt kortare än vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Avtalet beräknades träda ikraft den 1 november 2013 vilket är en ren upplysning om när Myndigheterna hoppades att avtalet skulle kunna vara undertecknat. Det är inte detsamma som att det faktiskt ska träda ikraft. Ett avtal träder inte ikraft förrän tidigast vid den tidpunkten då båda parter har undertecknat avtalet ifråga. På grund av en ovanligt utdragen överprövningsprocess har avtalet ännu inte kunnat träda ikraft. Avtalstiden, två år med möjlighet till förlängning med ett + ett år, är dock oförändrad och gäller alljämt. Myndigheterna bestrider därmed Lekolars påstående om att upphandlingen av detta skäl borde ha avbrutits och gjorts om.

ABA:s uppfyllande av skall-krav

Vad gäller Lekolars invändning mot ABA:s offererade produkt på position 22 Förskola, är den saken redan avgjord, s.k. res judicata (se mål nr 911-14). I händelse av att rätten inte anser att det är res judicata vill Myndigheterna göra gällande att det i upphandlingens *Frågor och svar* anges att bordet ska ha ett mått som är anpassat för stolarna angivna i position 23. Det finns således utrymme för att offerera bord med andra mått än det som angavs ursprungligen i förfrågningsunderlaget, så länge det är anpassat för stolarna angivna i position 23. ABA har offererat ett bord som är anpassat för stolarna som offererats i position 23 och bolagets anbud ska därmed inte förkastas på den grund som Lekolar åberopar.

Myndigheterna ser vidare ingen anledning till att rätten gör en annan bedömning än den som gjordes i det tidigare överprövningsmålet (se mål nr 911-14) där rätten kom fram till följande:

”I målet står klart att kommunerna under upphandlingsprocessen tydliggjort att den tidigare angivna måttangivelsen för position 22, Förskolemöbler, inte längre gäller utan är ersatt med kravet att bordet ska vara anpassat för de stolar som offereras enligt position 23. Med hänsyn till av kommunerna reviderad kravnivå för aktuellt bord kan inte förvaltningsrätten finna att Kinnarp förmått visa att ABA inte erbjudit ett bord som är anpassat på ovan beskrivet sätt. Skäl till ingripande mot ABA:s anbud på denna grund har således inte förelegat.”

Även Lekolars invändning mot ABA:s offererade produkt på position 13 Förskola har redan behandlats i det tidigare överprövningsmålet (se mål nr 911-14). Rätten kom då fram till att sökanden i målet inte förmått visa med tillräcklig styrka att ABA erbjudit produkter som på ett felaktigt sätt anpassats för denna upphandling. Lekolars invändning att produkten inte uppfyller kraven bygger på ren spekulation. Att en felaktig uppgift har rättats kan inte så som Lekolar påstår tas för intäkt för att produkten inte uppfyller kraven eller ens finns. Snarare är det en helt naturlig åtgärd när en felaktig uppgift upptäcks att den ändras så att uppgiften blir korrekt.

I och med att det förekommit ett tryckfel i katalogen, vilket ABA har påpekat i anbudsformuläret, har Myndigheterna kontrollerat artikelnumret på ABA:s hemsida och där fått bekräftat att uppgifterna som ABA lämnat i sitt anbud stämmer. Att det i en annan version av ABA:s webbkatalog för 2014 angivits att den aktuella produkten enbart varit försedd med vanligt laminat, istället för högtryckslaminat, har ingen betydelse i detta fall. Matvagnen i högtryckslaminat, med det artikelnummer som ABA angivit i anbudsprisformuläret, fanns tillgänglig på ABA:s hemsida såväl vid utvärderingstillfället som i nuvarande stund (den 9 oktober 2014). Det har således ingen betydelse vad som står i en annan version av ABA:s webbkatalog för 2014.

En av flera grundläggande principer inom det upphandlingsrättsliga regelverket är att en anbudsgivare ska kunna leverera i enlighet med avgivet

anbud vid viss tidpunkt efter det att ramavtal har tecknats och efter det att avrop och beställningar verkställs, vilket även är fallet i nu aktuell ramavtalsupphandling. Den ursprungliga formuleringen i förfrågningsunderlaget innebär att produkter ska finnas tillgängliga vid tillfället för anbudsgivning. I realiteten är det tidigare än så eftersom produktkataloger för 2013 både utformats och gått i tryck under 2012. På förekommen anledning, bl.a. för att kunna tillvarata konkurrensen på möbelleverantörsmarknaden, skickade Myndigheterna ut ett förtydligande med upplysningen om att som alternativ till katalog och katalogprislista godkänns även elektronisk katalog med tillhörande katalogprislista. Av elektroniska prislistor ska skärmdumpning i pappersform ske av de vid sista anbudsdag gällande bruttopriserna.

ABA har följt instruktionerna i förfrågningsunderlaget och skickat in skärmdumpar i pappersform. Lekolar har inte visat att ABA anpassat produkter eller på annat otillbörligt eller otillåtet sätt manipulerat sitt anbuds-innehåll för den aktuella upphandlingen. ABA:s anbud ska således ej förkastas på angiven grund.

Myndigheterna tillbakavisar även Lekolars påstående om att ABA:s anbud inte uppfyller skall-kraven avseende lämnande av information om offereerade produkter. I bilaga "Förtydligande gällande upphandling Skol och Förskolemöbler UH 2013-121" anges i "Upphandlingsföreskrifter pkt 8.1, Lämnande av katalog och bruttoprislista" att korrekta webbadresser ska anges i *anbudet*, inte i anbudsprisformuläret som Lekolar påstår. ABA har i vissa fall hänvisat till hemsidan istället för katalogen och bifogat skärmdumpar där korrekt webbaddress finns angiven.

Gällande de tre skärmdumpar som ABA bifogat anbudet, som visar tre olika sorters frottéhanddukar, vitsordar Myndigheterna att det förekommit ofullständiga webbadresser. På grund av ett förbiseende har ABA inte lyckats få med hela webbadressen då webbsidorna skrivits ut på längden

istället för på bredden. Myndigheterna har därför kontrollerat var och en av dessa tre artikelnummer på ABA:s hemsida och fått bekräftat att uppgifterna i skärmdumparna stämmer. Förbiseendet gäller endast ett ringa antal positioner. Det är således inte proportionerligt att förkasta anbudet enbart på grund av att en sida har skrivits ut på längden istället för på bredden, speciellt när uppgifterna snabbt kan kontrolleras.

Att ABA under kolumnen "Anmärkning" till produktpositionen frotté-handdukar upplyst Myndigheterna om att "9010066 finns också" är enligt Myndigheternas mening inte att anse som ett orent anbud. ABA har inte angivit något pris på det alternativa artikelnumret, varför det är att anse som just en upplysning och inget mer.

Slutligen stämmer inte Lekolars påstående om att den skärmdump som avser produktposition 10, Förskola skulle innehålla en produkt som inte finns tillgänglig på ABA:s hemsida. Produkten fanns tillgänglig på ABA:s hemsida såväl vid utvärderingstillfället som i nuvarande stund (den 9 oktober 2014).

Skada

Myndigheterna gör gällande att Lekolar inte har lidit eller kunnat lida skada då bolagets anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, vilket även har fastställts i tidigare överprövningsmål (se mål nr 911-14). De obligatoriska krav som Lekolar inte uppfyllt gäller offererade produkter på position 19 och 26, Skolmöbler.

ABA

Förvaltningsrätten har tydligt skrivit i sin dom i mål nr 911-14 att kommunen förfarit i strid med LOU genom att tilldela Lekolar kontrakt i upphand-

lingen. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att Lekolars inlämnade anbud inte kan tas upp till utvärdering.

Lekolar hävdar vidare att ABA offererat en produkt på position 13 Förskola som inte uppfyller kravspecifikationen. Detta är felaktigt. Den bilaga som Lekolar bifogat ansökan om överprövning är från produktkatalogen och är inte korrekt. ABA har tydligt i det inlämnade anbudet noterat att det är feltryck i produktkatalogen och hänvisar till produktinfo på bolagets officiella allmänt tillgängliga webbkatalog/prislista där produkten är uppdaterad med korrekta uppgifter.

Gällande Lekolars påstående att ABA:s produkter inte redovisats på ett korrekt sätt vill ABA påpeka att detta är ett felaktigt påstående eftersom Myndigheterna via utskickat förtydligande har fastslagit att offererade produkter godkänns om de finns allmänt tillgängliga på officiell hemsida.

ABA vill dock förtydliga varför inte alla produkter finns med i produktkatalogen. Denna katalog produceras en gång per år och trycks runt årsskiftet för att gälla under det kommande året. Det innebär att alla ändringar som görs efter hösten inte är med i "nästa års" katalog, dvs. gällande katalog. Detta betyder att om man inte uppdaterade alla ändringar på hemsidan så skulle kunderna och upphandlingsansvariga aldrig veta vilka produkter som förändrats, utgått eller tillkommit. De flesta leverantörer, även Lekolar, håller sitt sortiment uppdaterat på detta sätt så att kunder och upphandlare alltid har tillgång till aktuellt sortiment. Dessutom kan en produktkatalog av utrymmesskäl inte innehålla och visa samtliga varianter (färger, material, mått) på en produkt, men informationen kan kompletteras på webbsida och kan där löpande kompletteras eller förändras under en katalogperiod. ABA:s hemsida är tillgänglig för alla utan krav på varken lösenord eller att vara kund.

Avseende efterfrågat barnbord på position 22 Förskola så har Myndigheterna via *Frågor och svar* uttalat att måtten på bordet ska vara anpassat till stolarna på position 23. *Frågor och svar* har varit tillgängligt för alla anbudsgivare och därmed har alla haft lika förutsättningar. Lekolars tolkning att svaret i *Frågor och svar* om att ”den tidigare angivna måttangivelsen för position 22 Förskolemöbler inte längre gäller utan är ersatt med kravet att bordet ska vara anpassat för de stolar som offereras enligt position 23” inte ska tolkas som en ersättning för det ursprungliga kravet är orimligt. ABA uppfyller kraven på denna position.

När det gäller av ABA offererade handdukar med artikelnummer 9010065 så finns denna produkt i bolagets sortiment och dess produktfakta har funnits och finns tillgängligt på ABA:s hemsida. Att produkter tillfälligt inte har gått att hitta på hemsidan beror på att ABA arbetar med att bygga upp och introducera bolagets nya webbshop. Detta har pågått hela hösten inför den tänkta starten i april. Bolaget har tyvärr under detta arbete vid några tillfällen drabbats av driftstörningar på befintlig webbshop. Kunder och leverantörer har då inte kunnat få fram alla uppgifter och produkter. Dessa problem har varit tillfälliga och har åtgärdats så fort de har upptäckts.

Gällande offererad matvagn på position 13 Förskola så har ABA redovisat och fått produkten godkänd i enlighet med förfrågningsunderlag, förtydligande samt *Frågor och svar*.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap.

9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

Förlängning av anbudens giltighetstid

Lekolar har i målet invänt att den förlängning av anbudens giltighet som skett i upphandlingen inte har varit förenlig med LOU på grund av att denna skett först en och en halv månad efter det att anbudens ursprungliga giltighetstid löpt ut.

Av förfrågningsunderlaget framgår i fråga om giltighetstiden för anbud att anbud ska vara giltigt till och med den 30 april 2014. Myndigheterna har inte invänt mot påståendet att förfrågan om förlängning av anbudens giltighetstid skickats ut till samtliga anbudsgivare först den 13 juni 2014. Eftersom någon förlängning inte kom till stånd inom anbudens giltighetstid fanns det då inte längre några giltiga anbud vars giltighetstid gick att förlänga. Förvaltningsrättens dom den 26 juni 2014 i mål 911-14 innebar att det inte längre blev möjligt att ingå ramavtal med stöd av tilldelningsbeslutet den 30 januari 2014. När det inte längre föreligger några giltiga anbud i upphandlingen får den inte avslutas genom tecknande av upphandlingskontrakt (jfr Kammarrättens i Stockholm beslut den 30 juni 2010 i mål 7788-09 samt den 30 november 2009 i mål 6097-09.)

De anbud som utvärderades inför tilldelningsbeslut den 28 augusti 2014 lämnades först efter den 13 juni 2014. De har således inte lämnats på

grundval av det öppna upphandlingsförfarande som genomförts. Det har därför stått i strid med LOU att besluta om tilldelning på sätt som skett.

Om Myndigheterna hade förfarit korrekt hade Lekolar kunnat få en ny möjlighet att lämna anbud och tilldelas kontrakt. Förvaltningsrätten finner det därmed visat att Lekolar lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av Myndigheternas agerande. Ansökan ska således bifallas med förordnande om att upphandlingen ska göras om.

Vid denna bedömning finner rätten inte skäl att pröva de ytterligare invändningar som Lekolar framställt i sin ansökan om överprövning.

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

Kristina André Lilja

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



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 nå 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 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.

