



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN** **DOM**  
**I STOCKHOLM** 2012-11-19  
 Allmänna avdelningen Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 12326-12  
 Enhet 12

**SÖKANDE**

ABA-Skol AB, 556090-0838  
 Scheelegatan 7  
 212 28 Malmö

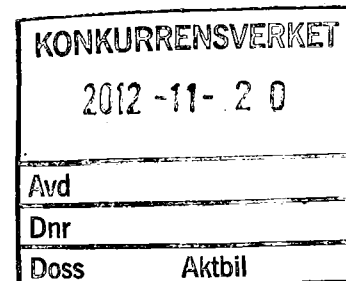
*Ombud:* Advokat Thorbjörn Hilleskog  
 Widstrand Advokatbyrå  
 Hyllie Stationstorg  
 215 32 Malmö

**MOTPART**

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798  
 117 99 Stockholm

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen avse-  
 ende anbudsområde Leksaker får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Dok.Id 266424

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**E-post:**

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**

08-561 680 01

**Expeditionstid**

måndag – fredag

09:00-15:00

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) har genomfört ramavtalsupphandling av park och lekmaterial (dnr 20/21) gällande anbudsområdena (1) lekplatsutrustning, (2) barnvagnar, (3) cyklar, (4) leksaker, (5) idrottsleksaker samt (5) hobby, pyssel- och sysselsättningsmaterial. Öppet förfarande enligt LOU har skett.

I tilldelningsbeslut meddelat den 22 december 2011 beslutade SKI att ingå avtal med ABA-Skol AB (ABA eller bolaget). SKI återkallade den 30 december 2011 tilldelningsbeslutet för anbudsområdena 2-6. I ett nytt tilldelningsbeslut avsänt den 4 juni 2012 meddelade SKI, beträffande anbudsområde 4, att avtal tilldelats andra anbudsgivare än ABA samt att bolaget uteslutits ur upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU.

ABA ansöker om överprövning avseende anbudsområde Leksaker och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud utvärderas. I tredje hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsgivaren Lektor AB utesluts.

SKI bestrider bifall till ansökan.

## PARTERNAS TALAN

ABA anför till stöd för ansökan bl.a. följande.

ABA har lidit skada med anledning av tilldelningsbeslutet. Anbudsutvärderingen brister i transparens och likabehandling och SKI har brutit mot de grundläggande principerna för upphandling som framgår av 1 kap. 9 §

LOU. Även andra leverantörer har agerat på det sätt som läggs ABA till last och som medfört att bolaget uteslutits från upphandlingen. Förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier har varit oklara och inte tillämpats på samma sätt för samtliga leverantörer.

ABA har inte begått allvarliga fel eller brott. Påståendet att bolaget offererat produkter som inte funnits tillgängliga i ordinarie katalog eller via ordinarie webbutik är felaktigt eftersom det endast tar sikte på ABA och inte övriga leverantörer. Samma påstådda felaktighet finns i övriga leverantörers anbud. Vidare är det endast delvis korrekt att offererade produkter är felstavade på bolagets webbutik. Det har dock ingen saklig betydelse eftersom den som söker en viss produkt alltid kan söka på artikelnumret. Felstavningarna har i vart fall inte varit av sådan omfattning att skäl föreligger att utesluta ABA. Felstavning kan aldrig leda till uteslutning från en upphandling.

Vad gäller skillnader i prissättning mellan anbud och webbutik togs beslutet att utesluta ABA den 29 februari 2012. Eftersom bolagets anbud är daterat nio månader tidigare har sedvanliga prisjusteringar skett. De offererade priserna är dock fasta i ett år från avtalets ikraftträdande.

Vidare anför SKI att bolaget angett artikelnummer felaktigt i anbudet. ABA har dock endast använt ett annat format med mellanslag av hänsyn till användarvänligheten. Paralleller kan dras till att flertalet större fakturautställare vanligen anger OCR-nummer i grupper om tre siffror för att underlätta för betalaren. Bolaget har redovisat artikelnummer på samma sätt i tidigare upphandlingar.

Beträffande förfrågningsunderlaget föregicks upphandlingen av ett stort antal frågor från leverantörerna, vilket i sig indikerar att underlaget var bristfälligt. Av de frågor och svar som kompletterat förfrågningsunderlaget

framgår att ordinarie webbutik eller hemsida inte krävts i upphandlingen. Trots detta innehåller utredningsrapporten omfattande kritik mot bolaget för att uppgifter saknats, angetts felaktigt eller med påhittade namn på ordinarie webbutik. Eftersom det inte funnits krav på att artiklarna skulle vara sökbara på ett visst sätt har uteslutning av bolaget skett på felaktig grund.

Bolaget bestrider att artiklar offererats med felaktiga, påhittade och felstavade namn i syfte att dölja artiklarna för slutkunden. Även om så skulle vara fallet är det ett genomgående tema för samtliga anbudsgivare och kan närmast betraktas som branschpraxis. Det finns inte något särskilt syfte med det utan det har enbart bäring på fördelar respektive anbudsgivare kan anse att det skulle finnas med de olika anbudssystemen. I bolagets egen utredning har framkommit att även andra leverantörer agerat på sådant sätt som läggs ABA till last. Att SKI valt att endast utesluta ABA från upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen.

SKI anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

SKI har inte brutit mot någon av de grundläggande bestämmelserna som framgår av 1 kap. 9 § LOU. Bedömningen och utvärderingen av anbuderna har gjorts i enlighet med kraven ställda i förfrågningsunderlaget. Inga nya krav har tillförts eller eftergetts. Det enda utvärderingskriteriet som tillämpats har varit lägsta pris och därmed har även utvärderingskriterierna tillämpats på samma sätt för samtliga leverantörer.

Efter att tilldelningsbeslutet som fattades den 22 december 2011 avsänts uppmärksammades SKI på oklarheter i ABA:s anbud. I samband härmed skickade SKI ett antal frågor om funna oklarheter till ABA som bereddes möjlighet att svara. Eftersom oklarheterna bestod, trots svar på ställda frågor, och det behövdes tid för vidare utredning beslutade SKI att återkalla

## I STOCKHOLM

Allmänna avdelningen

tilldelningsbeslutet. En djupare granskning skedde externt och det huvudsakliga innehållet i denna framgår av upphandlingens utvärderingsprotokoll med separat motivering. Granskningen omfattade ABA:s anbud i sin helhet, dvs. samtliga anbudsområden som ABA lämnat anbud på.

ABA har i sitt anbud offererat artiklar med felaktiga, påhittade eller felstavade namn i syfte att dölja artiklarna för slutkunden. Det har gjorts systematiskt och medvetet och det har aldrig varit meningen att de offererade artiklarna skulle gå att beställa. Syftet med att offerera artiklarna har varit att få ett så lågt utvärderingspris som möjligt för att erhålla ramavtal och att sedan kunna sälja andra artiklar till andra priser.

Som framgår av den externa granskningen är mer än 80 procent av ABA:s offererade artiklar inte bara felstavade utan har även felaktiga eller påhittade namn. Leverantörer inom branschen har hemsidor där kunder kan söka efter artiklar och det naturligaste för kunden är att leta på en artikels namn. Vanligtvis är artikelnumret okänt. I praktiken, när ramavtalen ska användas, har det därför saklig betydelse att de offererade artiklarna stavas annorlunda eller har andra namn på hemsidan eftersom det betyder att det inte går att söka på artiklarnas namn och få träff.

Vidare har samtliga artikelnummer i anbudsbilagan *Offererade artiklar* återgetts i felaktigt format. Det har i sig ingen betydelse om det går att söka på artikelnumret på hemsidan. Det är det systematiska försvårandet och förhindrandet för slutkunder att hitta de offererade artiklarna på hemsidan som gör att ABA gör sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det visar också att ABA tagit fram en specifik prislista för upphandlingen i strid med kraven i förfrågningsunderlaget.

Beträffande övriga leverantörer framgår det av utvärderingsprotokollet att brister funnits i samtliga anbud. Det har inte förekommit andra brister än

de som anges i protokollet. Bristerna är inte jämförbara med oklarheterna och felaktigheterna i ABA:s anbud och SKI bestrider att andra leverantörer agerat på samma sätt som ABA i upphandlingen.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

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.

I 16 kap. 6 § LOU anges följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU anges att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

### *Förvaltningsrättens bedömning*

Genom 10 kap. 2 § LOU ges den upphandlande myndigheten en möjlighet, men inte en skyldighet, att utesluta en leverantör under vissa förutsättningar. Det är myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna är uppfyllda. Att SKI endast uteslutit ABA strider inte i sig mot likabehandlingsprincipen eftersom myndigheten inte ansett att någon av de övriga anbudsgivarna gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Förvaltningsrätten kan inte pröva frågan om någon annan leverantör än ABA borde ha uteslutits med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU. Det ABA anför i denna del utgör därmed inte grund för ingripande.

Därefter har förvaltningsrätten att ta ställning till om SKI visat att ABA har gjort sig skyldig till allvarligt fel i sin yrkesutövning.

Av förarbetena (prop. 2006/07:128 s 389) framgår att bestämmelserna i 10 kap. 2 § LOU motsvarar artikel 45.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (direktivet). I direktivets beaktandesats 43 anges som exempel på allvarligt fel i yrkesutövningen överträdelse av miljölagstiftning och konkurrenslagstiftning samt brister i likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet. I RÅ 2010 ref. 79 uttalas att syftet med artikel 45.2 i direktivet måste anses vara att förhindra att icke seriösa leverantörer tilldelas kontrakt.

Det saknas generella uttalanden i praxis beträffande vad som kan utgöra allvarliga fel i yrkesutövningen. Bestämmelsen har dock tillämpats restriktivt med hänsyn till de konsekvenser tillämpningen får för en anbudsgivare (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2010, mål nr 4442-09).

I sin kommentar till LOU uttalar Jan-Erik Falk att vad som avses med allvarligt fel i yrkesutövningen är svårt att veta, men yrkesfusk torde falla under regeln, liksom lagbrott, som kan bevisas utan att dom fallit. Även avtalsbrott torde kunna hänföras till allvarligt fel i yrkesutövningen (Falk, J-E, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2 uppl., 2011, s 331). Vidare anges i kommentaren till 1 kap. 17 § i den tidigare gällande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU) att med allvarligt fel i yrkesutövningen sannolikt avses att leverantören har överträtt olika bestämmelser, inklusive etiska regler som gäller för hans näringsverksamhet eller den bransch han verkar i, utan att det är fråga om brott. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara av relevans för den aktuella upphandlingen och rimligen inte vara av oväsentlig betydelse (Hentze/Sylvén,

Offentlig upphandling, 1998, s. 127). Bestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU motsvarar enligt förarbetena 1 kap. 17 § ÄLOU (prop. 2006/07:128 s. 389).

SKI gör gällande att ABA i sitt anbud medvetet offererat artiklar med felaktiga, påhittade eller felstavade namn i syfte att dölja artiklarna för slutkunden. Vidare hävdar SKI att ABA gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen genom att systematiskt ha försvårat för samt förhindrat slutkunderna att hitta artiklarna i bolagets webbutik.

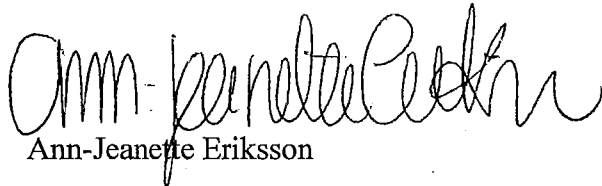
Av de handlingar som SKI gett in i målet framgår att det finns skillnader mellan ABA:s offererade produkter och det ordinarie utbudet i bolagets webbutik beträffande bl.a. produktbenämningar. Frågan är om detta kan anses vara ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Av förarbetsuttalande framgår att bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU i första hand är avsedd att omfatta lagbrott eller ageranden som i det närmaste är att likställa med sådana överträdelser. Bestämmelsen ska även tillämpas med restriktivitet. Därför anser förvaltningsrätten att det som SKI anfört för uteslutning av ABA inte är av sådan art att det kan anses visat att bolaget gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU. SKI har således inte kunnat utesluta ABA med stöd av denna bestämmelse. Eftersom ABA därigenom lidit eller kan komma att lida skada är förutsättningarna för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU uppfyllda.

Den brist som konstaterats har endast påverkat det skede då prövning av leverantör och anbud sker. Det är därför tillräckligt att upphandlingen rättas. Det är inte lämpligt i detta fall att förvaltningsrätten föreskriver om utfallet av en rättelse. Ett beslut om rättelse innebär inte någon skyldighet för myndigheten att rätta, men innefattar ett förbud mot att upphandlingen fortsätter i befintligt skick (RÅ 2005 ref. 17). En rättelse kan således ske



genom en ny förutsättningslös prövning av anbuden och förvaltningsrätten utgår från att SKI vid en sådan beaktar vad som nu har sagts.

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



Ann-Jeanette Eriksson

rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Jonas Sunding.



## SVERIGES DOMSTOLAR

### HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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

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

**Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

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

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

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU