



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 2

DOM

2011-09-05
Meddelad i Jönköping

KONKURRENSVERKET	
2011-09-08	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

1. Aktiebolaget Prebus
Box 167
751 04 Uppsala

2. Fyrishov AB
Idrottsgatan 2
753 33 Uppsala

3. Gamla Uppsala Buss AB
Box 167
751 04 Uppsala

4. Musikens Hus i Uppsala
Kungsgatan 47
753 21 Uppsala

5. Uppsala kommun
753 75 Uppsala

6. Uppsala Stadsteater AB
Box 1001
751 40 Uppsala

7. Uppsalahem AB
Box 135
751 04 Uppsala

Ombud för samtliga: Li Sjökvist
SKL Kommentus Inköpscentral AB
117 99 Stockholm

MOTPART
Canon Svenska Aktiebolag, 556072-2224
Gustav III:s Boulevard 26
169 88 Solna

Ombud: Advokaten Anna-Karin Holland
Nordenson Advokatbyrå AB
Grev Turegatan 13 A
114 46 Stockholm

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

Dok.Id 109213

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 65 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag -- fredag
08:00-16:00

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 4 maj 2011 i mål nr 2088-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår Canon Svenska Aktiebolags ansökan om överprövning i vad den avser region 5.

YRKANDEN

Klagandena yrkar i första hand att kammarrätten ska ändra förvaltningsrättens dom och avslå Canon Svenska Aktiebolags (Canon) ansökan. I andra hand yrkar klagandena att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten för förnyad prövning.

Canon motsätter sig att förvaltningsrättens dom ändras.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Klagandena

Canon har ansökt om överprövning av upphandlingen i vad den avser region 5 och förvaltningsrätten har bifallit ansökningen.

I förfrågningsunderlaget angavs en formel som var både matematiskt och utvärderingsmässigt korrekt genom att den tog hänsyn till olika parametrar. Användandet av formeln resulterade i ett jämförelsetal så att anbudens priser kunde jämföras med varandra på ett sätt där likabehandlingsprincipen beaktades. Formeln gav ett jämförelsetal för kostnad per år där hänsyn togs till offererad produkts anskaffningskostnad samt den s.k. klickkostnaden per kopia. I denna ingår dels kostnad för toner, dels kostnad för service av maskinen med en inställetid på sex timmar. Klickkostnaden beräknas olika beroende på om det är kopior i svartvitt eller i färg. Klickkostnaden relateras till andel toner som förbrukas vid framställning av en kopia.

Under annonseringstiden publicerades ett förtydligande som innebar dels en faktorförändring i formeln, dels en förenkling av formeln genom att dubletter togs bort. I förtydligandet angavs formeln ånyo och en hänvisning gjordes även till förfrågningsunderlaget. I förtydligandet har en parentes fallit bort. Parentesen har främst ett pedagogiskt syfte i att separera de

olika parametrarna som ska beaktas. Genom grundläggande kunskaper i matematik och parenteslära går det att jämföra formeln i förtydligandet med formeln i förfrågningsunderlaget för att se var formelns parenteser ska placeras.

Den använda utvärderingsmodellen med utvärderingskriteriet ekonomiskt mest fördelaktigt innebar att inte priset var avgörande utan att andra faktorer, såsom de offererade produkternas funktioner, var det mest väsentliga i utvärderingen av anbudet i upphandlingen. Canons offererade produkter uppfyllde endast 75 procent av de funktionskrav som efterfrågades, vilket ledde till ett sämre jämförelsetal än konkurrenternas. Canons totala jämförelsetal är således inte endast beroende av prisutvärderingen som erhålls genom den matematiska formeln. Om Canon sänkt sina priser på anskaffningskostnad av maskinerna till noll kronor per maskin mot nuvarande anbudspriser hade Canon ändå inte haft bättre jämförelsetal än det vinnande anbudet. Det finns därför inget samband mellan avsaknaden av parenteser och det faktum att Canon inte tilldelades kontraktet avseende regionen. Den matematiska formeln saknar avgörande betydelse för Canons plats i anbudsutvärderingen. Canon kan således inte anses lida skada eftersom de offererade produkterna inte uppfyller alla funktionskrav som är av betydelse i upphandlingen.

Canon

Canon vidhåller det som åberopats i förvaltningsrätten och i kammarrätten och tillägger bl.a. följande.

Med begreppet förfrågningsunderlag avses sådant underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör. Begreppet omfattar även bilagor till såväl det ursprungliga förfrågningsunderlaget som kompletterande handlingar som hör till detta. Av bilagan Frågor och Svar framgår klart och tydligt att den däri angivna nya felaktiga/obrukbara

utvärderingsformeln ersatte den likaledes felaktiga/obrukbara utvärderingsformeln i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Vad klaganden anför om att formeln i det ursprungliga förfrågningsunderlaget var matematiskt korrekt saknar därför relevans för bedömningen av frågan om de påtagliga bristerna i den nya formeln strider mot de grundläggande principerna om förutsägbarhet och transparens. Dessutom har vid utvärderingen använts en annan, av förvaltningsrätten redovisad formel än de ovan angivna.

Om bolaget under anbudsutformningen hade haft tillgång till en korrekt utvärderingsformel, hade det kunnat se hur en förändring i antalet uppfyllda funktionskrav påverkat dess jämförelsetal produkt för produkt och därmed även dess totala utvärderingspoäng, där målet var att få så låg poäng som möjligt samt på samma sätt som när det gällde priser, justera val av maskin där man ev. tyckte att jämförelsetalen var för högt. Därmed hade bolaget kunna optimera sitt anbud för att kunna vinna upphandlingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Klagandenas talan avser endast region 5 i upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget avsnitt 1.2.8 Utvärdering anges bl.a. följande.

”Notation

=====

#: menas ”antal”

klick6_13: menas klickkostnad svart/vitt 6 timmar år 1-3

klickFärg6_46: menas klickkostnad färg förlängningsår

Kostnad per år:

$$\text{pris}/5 + \text{andelSvartVitt} * (\text{volym} * 1/2 * (\text{klick6_13} * 3/6 + \text{klick6_46} * 2/6) + \text{volym} * 1/2 * (\text{klick6_13} * 3/6 + \text{klick6_46} * 2/6)) + \text{andelFärg} * (\text{volym}$$

$$* 1/2 * (\text{klickFärg6_13} * 3/6 + \text{klickFärg6_46} * 2/6) + \text{volym} * 1/2 \\ * (\text{klickFärg6_13} * 3/6 + \text{klickFärg6_46} * 2/6))"$$

Genom förtydligande den 18 juni 2010 ändrades den matematiska formeln. I förtydligandet anges bl.a. följande.

”Notation

=====

#: menas ”antal”

klick6_13: menas klickkostnad svart/vitt 6 timmar år 1-3

klickFärg6_46: menas klickkostnad färg förlängningsår

Kostnad per år:

$$\text{pris}/5 + \text{andelSvartVitt} * (\text{volym} * 1/2 * (\text{klick6_13} * 3/6 + \text{klick6_46} * 3/6) \\ + \text{andelFärg} * (\text{volym} * 1/2 * (\text{klickFärg6_13} * 3/6 + \text{klickFärg6_46} * 3/6))"$$

Kammarrätten gör följande bedömning.

Frågan är om de upphandlande myndigheterna har angivit en matematisk felaktig formel i förfrågningsunderlaget för beräkning av utvärderingspoäng och om myndigheterna genom att använda en annan matematisk formel än den samt den som framgår av förtydligandet den 18 juni 2010, har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens eller mot kravet på dokumentation enligt 9 kap. 9 § LOU. Fråga är också om detta har medfört att Canon lidit eller riskerat att lida skada.

I LOU saknas beträffande förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller detaljerade regler i fråga om utformning av desamma. En upphandlande myndighet har således stor frihet att utforma dessa på sätt som den bedömer lämpligt. Förfrågningsunderlaget ska dock vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara utformad på så sätt att den leder till ett rättvisande resultat,

dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får endast godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och LUF samt unionsrätten inte träds för när (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2002 ref. 50).

Det har inte framkommit annat än att den matematiska formel som angivits i förfrågningsunderlaget var korrekt. Vad Canon anfört i denna del kan inte anses innebära att den ursprungliga formeln skulle vara matematiskt felaktig. Efter en publik fråga har dock formeln genom ett förtydligande den 18 juni 2010 ändrats och förenklats. I samband med förtydligandet har slutparentesen i det första ledet i formeln (andelSvartVitt) fallit bort. Annat har inte framkommit än att de upphandlande myndigheterna har lagt till parentesen på ”rätt plats” i formeln för att kunna genomföra utvärderingen. Den i förvaltningsrättens dom återgivna tredje formeln har inte där åberopats av Canon och har i vart fall inte i den formen åberopats av de upphandlande myndigheterna. Enligt kammarrättens mening utgör detta utvärderingsförfarande en brist, men den kan inte anses förändra utvärderingsmodellen eller innebära att de upphandlande myndigheterna har frångått den matematiska formeln som ursprungligen skulle ha använts för att utvärdera anbuden. Bristen kan inte heller anses vara av sådan art eller omfattning att en leverantör med utgångspunkt av förfrågningsunderlaget och förtydligandet den 18 juni 2010, inte kan skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud eller inte kan förutse hur utvärderingen skulle komma att gå till. De upphandlande myndigheterna kan således inte genom agerandet anses ha brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens. Enligt kammarrättens mening är inte heller bristen sådan att de upphandlande myndigheterna kan anses ha brutit mot kravet på dokumentation enligt 9 kap. 9 § LOU.

Sammanfattningsvis kan de upphandlande myndigheterna inte anses ha handlat i strid mot LOU/LUF. Klagandenas förstahandsyrkande ska därför bifallas.

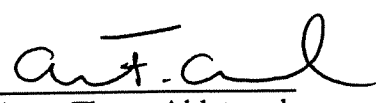
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Peter Lihuvudh



Göran Mattsson



Anna Flyme Ahlstrand
referent

Föredragande: Frida Nordholm / FN



KLAGANDE

Canon Svenska Aktiebolag, 556072-2224
Gustav III:s Boulevard 26
169 88 Solna

Ombud: Advokat Anna-Karin Holland
Advokatfirman Nordenson Law
Grev Turegatan 13 A
114 46 Stockholm

MOTPARTER

Boxholms kommun m.fl., se bilaga 1
Box 79
590 10 Boxholm

Ombud: Li Sjökvist
SKL Kommentus AB
117 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU
och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi,
transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen av
skrivare och kopiatorer avseende region 5 ska göras om.

BAKGRUND

SKL Kommentus AB genomför för 89 upphandlande myndigheters och bolags räkning en upphandling avseende skrivare och kopiatorer. Upphandlingen är benämnd Skrivare & Kopiatorer 2010 (projektnummer 10074). Sista dag att inkomma med anbud var den 28 juni 2010. Öppet förfarande har tillämpats. Upphandlingen är uppdelad i sex geografiska regioner och anbud kan lämnas på en, flera eller samtliga regioner. Vad avser regionerna 1-4 och 6 kommer ramavtal ingås med högst fem leverantörer. För region fem kommer ramavtal att ingås med en leverantör. Enligt tilldelningsbeslut den 1 oktober 2010 beslutade de upphandlande myndigheterna och bolagen (nedan benämnda myndigheterna) genom SKL Kommentus AB att ingå ramavtal med fem leverantörer. Canon Svenska AB (bolaget) hade lämnat anbud, men det rankades som det sjätte bästa anbudet. Bolaget erbjöds därför inte att ingå ramavtal med myndigheterna.

Bolaget ansökte om överprövning av upphandlingen och yrkade att förvaltningsrätten skulle förordna att upphandlingen görs om.

Myndigheterna har efter det att målet anhängiggjordes vid förvaltningsrätten omprövat tidigare meddelat tilldelningsbeslut och ersatt det med ett nytt. Enligt det nya tilldelningsbeslutet rankades bolaget som nummer fem och antogs därmed som leverantör för regionerna 1-4 och 6.

Förvaltningsrätten har genom dom den 17 december 2010, mål nr 8449-10 m.fl., bifallit bolagets ansökan och förordnat att upphandlingen ska göras om. På talan av myndigheterna upphävde Kammarrätten i Jönköping domen genom beslut den 29 mars 2011 (mål nr 21--37-11). Målen visades åter till förvaltningsrätten för prövning bl.a. av om det förelegat saklig grund för myndigheterna att ompröva det först fattade tilldelningsbeslutet.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget vidhåller sitt yrkande att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen görs om. För det fall förvaltningsrätten finner att myndigheterna haft saklig grund för att ompröva tilldelningsbeslutet ska bolagets ansökan ses som en ansökan om överprövning av tilldelningsbeslut nr 2.

Till stöd för talan åberopas vad bolaget tidigare anfört i förvaltningsrätten i mål nr 8449-10 m.fl. samt i Kammarrätten i Jönköping i mål nr 21--37-11. Bolaget anför bl.a. följande. I ansökan om överprövning har bolaget begärt att hela upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrättsligt förfaller endast ett överklagande om myndigheten själv ändrar beslutet såsom klaganden har begärt. Tilldelningsbeslut nr 2 tillgodosåg inte bolagets begäran fullt ut, varför ansökan om överprövning avseende region 5 kvarstår. Någon avskrivning av målet på förvaltningsrättslig grund kan därför inte göras. Det är oklart vad tilldelningsbeslut nr 2 har för syfte. Tilldelningsbeslutet innebär inte någon ändring i förhållande till tilldelningsbeslut nr 1 vad det gäller överträdelse av de gemenskaprättsliga principerna om förutsebarhet och transparens på sätt som bolaget gjort gällande. De upphandlande myndigheterna har angivit en felaktig utvärderingsformel i såväl förfrågningsunderlaget som i dokumentet frågor och svar. Vid utvärderingen har de upphandlande myndigheterna dessutom använt en annan matematisk formel än den som anges i de nyss nämnda handlingarna och som myndigheterna i beslutsunderlaget uppgivit att de använt. Tilldelningsbeslut nr 2 står därför på samma sätt som det första tilldelningsbeslutet, i strid med de unionsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget har till följd av påtalade brister saknat möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och upphandlingen ska därför göras om. Genom att använda en annan formel än den som anges i förfrågningsunderlaget vid beräkning av bolagets utvärderingspoäng har myndigheterna även brutit i kravet enligt 9 kap. 9 § LOU, avseende dokumentation av utvärderingen

och upphandlingsbeslutet. Även detta har medfört skada eller risk för skada för bolaget varför den aktuella upphandlingen ska göras om även på denna grund. I förfrågningsunderlaget anges en formel för utvärdering av anbud, som myndigheterna uppger ska användas för att beräkna kostnad per maskintyp och år. Den slutgiltiga formeln lyder enligt följande: $\text{pris}/5 + \text{andelSvartVitt} \times (\text{volym} \times \frac{1}{2} \times (\text{klick6_13} \times \frac{3}{6} + \text{klick6_46} \times \frac{3}{6}) + \text{andelFärg} \times (\text{volym} \times \frac{1}{2} \times (\text{klickFärg6_13} \times \frac{3}{6} + \text{klickFärg6_46} \times \frac{3}{6}))$.

I slutfasen av anbudsinlämningen upptäckte bolaget att utvärderingsformeln ovan var felaktig och inte gick att använda för att beräkna årskostnad och utvärderingspoäng. När bolaget satte in formeln i beräkningsprogrammet Excel i cellen för kostnad per år för att beräkna sina utvärderingspoäng visade Excel att formeln var felaktig. Orsaken till detta var enligt Excel att formeln saknade en slutparentes. Formeln hade bara tre slutparenteser, men skulle enligt Excel ha fyra stycken. Utvärderingsformeln leder till skilda utvärderingspoäng beroende på var i formeln den "saknade" parentes placeras. Om bolaget satte slutparentesen sist i formeln, som Excel föreslog, fick bolaget en viss utvärderingspoäng. Om bolaget istället valde egenkorrigering av formeln, som Excel föreslog som alternativ till sitt eget förslag, och därvid gissade var den "saknade" parentes annars kunde tänkas placeras, fick bolaget en annan utvärderingspoäng. I myndigheternas beslutsunderlag har bolaget fått en utvärderingspoäng avseende en viss typkonfiguration som inte stämmer överens med den av myndigheterna angivna formeln. Myndigheterna har vid beräkning av bolagets utvärderingspoäng för den aktuella typkonfigurationen använt en annan formel än den som myndigheterna uppgett att de använt i beslutsunderlaget. Sammanfattningsvis har bolaget inte kunnat optimera sitt anbud. Bolaget har inte kunnat veta hur utvärderingen skulle gå till. Bolaget påpekade detta i e-mail till myndigheterna på inlämningsdagen, den 28 juni 2010, utan att få något svar. Bolaget försökte även vid upprepade tillfällen, men utan fram-

gång, att få kontakt med myndigheterna via telefon angående problemet. I varje upphandling är förståelse för utvärderingsmodellen avgörande för att anbudsgivarna ska kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

Myndigheterna yrkar i första hand att förvaltningsrätten avskriver målen. För det fall förvaltningsrätten prövar målen i sak yrkas att prövningen ska avse tilldelningsbeslut nr 2. Till stöd för talan åberopas vad myndigheterna anfört i Kammarrätten i Jönköping i mål nr 21--37-11. Myndigheterna anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten ska avskrika målen från vidare handläggning eftersom ett nytt tilldelningsbeslut, tilldelningsbeslut nr 2, har fattats. Det nya beslutet ersätter tilldelningsbeslut nr 1. Myndigheterna och bolaget var överens om att målen skulle förfalla i den del tilldelningsbeslutet avsåg regionerna 1-4 och 6. Om målen ska prövas i sak ska prövningen avse tilldelningsbeslut nr 2. Skälet för omprövning var att det framkommit att en av de leverantörer som antagits genom tilldelningsbeslut nr 1 inte uppfyllde samtliga skall-krav. Enligt tilldelningsbeslut nr 2 uteslöts denne som leverantör och bolaget antogs i stället som leverantör för regionerna 1 -4 och 6. För dessa regioner gäller att avrop ska ske genom förnyad konkurrensutsättning. Det innebär att upphandlande myndigheter begär anbud från ramavtalets samtliga antagna leverantörer varigenom det står fritt för bolaget att delta. Bolaget kan därför inte anses lida skada avseende dessa regioner. Detta innebär att ansökan om överprövning endast ska gälla region 5.

Myndigheterna har inte brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande kraven om icke-diskriminering, likabehandling, förutsebarhet och transparens och de grundläggande EU-rättsliga principer som ska gälla för all upphandling. I vart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principerna medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Någon grund för beslut att upphandlingen ska göras

om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts föreligger därför inte.

Under anbudstiden har det endast inkommit en fråga gällande utvärderingsformeln. Den 18 juni inkom följande fråga: "Gällande den formel som ni presenterar under punkten för utvärdering. Vänligen förklara varför ni endast räknar 2/6 för klick6_46 både för svart/vit och färg". Till följd av frågan rättades formeln för år 4-6 till följande: 3/6 för klick6_46. I samband med denna rättning upptäckte myndigheterna att utvärderingsformeln i förfrågningsunderlaget, punkt 1.2.8, hade dubbla rader som gav samma resultat. Formeln skulle pga. detta ge ett önskat slutresultat. Rättning gjordes och skickades ut till samtliga anbudsgivare den 18 juni kl 20:26, 10 dagar innan sista anbudsdag. Myndigheterna har efter detta förtydligande uppmärksammat att man av misstag tagit bort en parentes i samband med att de dubbla rader som fanns i utvärderingsformeln togs bort. Denna parentes har dock inte påverkat själva utvärderingsformeln eller resultatet av det totala jämförelsetalet som myndigheterna utvärderar. Beräknas formeln i eget Excel-ark, ska samtliga parametrar tas i beaktning. I bolagets fall har ett antal parametrar valts och utvärderats, varvid resultatet inte stämmer överens med myndigheternas utvärdering. Varken slutresultatet eller jämförelsetalet har på något sätt förändrats efter det att parentes lagts in på rätt plats. Bolaget kan därför inte på något sätt ha lidit eller riskerar att lida skada pga. att parentes föll bort vid rättningen i frågor och svar. Dessutom framgår alla parenteser klart och tydligt av förfrågningsunderlaget. Myndigheterna har även samtalat med bolaget vid två tillfällen om utvärderingsformeln, dels den 28 juni och dels den 8 oktober 2010. Vid dessa två tillfällen har man från bolagets sida inte kunnat påvisa vad som skulle vara fel i utvärderingsformeln, utan det har endast varit fråga om ett påstående, en ren gissning från bolaget. Myndigheterna har använt den utvärderingsformel som rättades den 18 juni kl 20:26 och i övrigt utvärderat upphandlingen i enlighet med förfrågningsunderlaget. Myndigheterna har även

bifogat en bilaga i vilken den formel som användes vid utvärderingen presenteras. Formeln lyder som följer: $pris/5 + andelSvartVitt \times volym \times \frac{1}{2} \times (klick6_13 + klick6_46) + andelFärg \times volym \times \frac{1}{2} \times (klickFärg6_13 + klickFärg6_46)$.

Bolaget har i genmäle anfört bl.a. följande. Den felaktiga formeln användes vid beräkningen av samtliga typkonfigurationer, vilket även har påverkat det slutgiltiga jämförelsetalet. Att bolaget kunde ha plockat bort tre parenteser i den nya felaktiga utvärderingsformeln och därigenom ha kommit fram till vad som först i efterhand har framgått som "rätt" resultat enligt myndigheterna eller att placera den saknade fjärde slutparentesen på "rätt plats", var av uppenbara skäl inte ett alternativ för bolaget vid dess anbudsutformning. Detta inte minst för att bolaget inte visste vad myndigheterna ansåg vara "rätt" resultat eller "rätt plats" och bolaget därför inte kunde veta hur många parenteser det skulle plocka bort eller var den saknade slutparentesen skulle placeras. Det kan inte heller krävas av bolaget och något sådant krav följer inte heller av upphandlingslagstiftningen. Till följd av de påtalade bristerna har bolaget inte kunnat optimera sitt anbud. Utan tillgång till en korrekt utvärderingsformel, eller tillgång till den formel som myndigheterna faktiskt använde, hade bolaget ingen möjlighet att avgöra om dess anbud var tillräckligt konkurrenskraftigt. Hade bolaget haft tillgång till en korrekt utvärderingsformel vid sin anbudsutformning, hade bolaget kunnat kontrollera sitt jämförelsetal produkt för produkt och därmed sin totala utvärderingspoäng, samt justera priserna där bolaget tyckte att jämförelsetalet var för högt.

SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Myndigheternas tilldelningsbeslut

Kammarrätten har beslutat att förvaltningsrätten som första instans ska pröva om det föreligger saklig grund för myndigheterna att ompröva det

först fattade tilldelningsbeslutet. Det anges att förvaltningsrätten först därefter kan ta ställning till frågan om ändamålet med bolagets kan anses ha förfallit.

Av praxis från kammarrätterna följer att en upphandlande myndighet på eget initiativ kan rätta eller ompröva sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge som något kontrakt inte har slutits. En rättelse eller en omprövning får emellertid inte göras i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, LOU/LUF eller på sådant sätt att de grundläggande unionsrättsliga principerna träds förnär (jfr. Kammarrättens i Sundsvall dom den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06 och Kammarrättens i Stockholm beslut den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10).

Som grund för omprövning av tidigare meddelat tilldelningsbeslut har myndigheterna angett följande. I samband med skriftväxlingen i förvaltningsrättens mål nr 8322-10 m.fl. uppdagades att Toshiba Tec Nordic AB (Toshiba), i likhet med Xerox Sverige AB (Xerox), inte uppfyller skalkraven avseende papperskapacitet. Enligt det nya tilldelningsbeslutet uteslöts därför Toshiba som leverantör.

Förvaltningsrätten konstaterar att Toshiba uteslutits på samma grund som Xerox. Annat har inte framkommit än att myndigheternas avsikt med rättelsen har varit att upprätthålla likabehandlingsprincipen. Omprövningen kan därför inte anses ha gjorts i syfte att kringgå upphandlingsdirektiven och LOU/LUF eller de unionsrättsliga principerna. Myndigheterna har därmed haft saklig grund att ompröva det ursprungliga tilldelningsbeslutet och ersätta det med ett nytt.

Huvudfrågan i målet gäller om myndigheterna ägt rätt att utesluta bolaget som leverantör. Upphandlingen syftar till att teckna ramavtal och utsedda leverantörer ska utsättas för en andra konkurrensutsättning såvitt gäller

region 1-4 och 6. För region 5 ska ramavtal endast ingås med en leverantör. Det nya tilldelningsbeslutet innebär att bolagets ställning i upphandlingen ändras på sätt att det utses som leverantör i regionerna 1 – 4 och 6, men alltså är uteslutet som leverantör i region 5.

Upphandlingen avser ramavtal där avrop kommer att ske genom förnyad konkurrensutsättning. Förvaltningsrätten konstaterar att ändamålet med bolagets talan därmed får anses ha förfallit såvitt avser regionerna 1-4 och 6. Förvaltningsrättens prövning i sak kan således endast omfatta påtalade brister i upphandlingen avseende region 5.

Prövningen i sak

Ett antal av de upphandlande myndigheterna ska tillämpa LUF i aktuell upphandling. Innehållet i LUF är i fråga om tillämplig reglering i detta mål likalydande med regleringen i LOU. Av detta skäl återges endast regleringen som den är utformad i LOU.

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.

Av 16 kap. 2 § LOU, i dess lydelse till den 15 juli 2010, framgår 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. – Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Av EU-domstolens dom den 18 oktober 2001, mål C-19/00 (SIAC Construction), p. 42, framgår bl.a. följande. Tilldelningskriterierna skall vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

En av de grundläggande principerna för offentlig upphandling är kravet på transparens. Denna princip medför främst en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet i upphandlingen, d.v.s. att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Höga krav ska därför ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av förfrågningsunderlaget. De rättsprinciper som anges i 1 kap. 9 § LOU omfattar även ett krav på förutsebarhet.

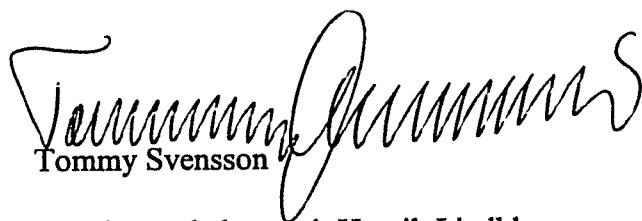
Förvaltningsrätten konstaterar att den formel som angavs i förfrågningsunderlagets saknar en parentes, vilket medför att formeln blir svårtolkad så tillvida att formeln ger olika resultat beroende på var i formeln parenteser placeras. Vidare anger kalkyleringsprogrammet Excel att formeln är felaktig p.g.a. den saknade parentesen. Det noteras i detta sammanhang att den formel som myndigheterna i yttrande till rätten angav att de använde vid anbudsutvärderingen är utformad på ett annat sätt än den formel som återfinns i bilagan till förfrågningsunderlaget (Frågor och svar). Flera parenteser i formeln som angavs i myndigheternas yttrande saknas, och siffror i formeln har fallit bort.

Den matematiska formeln för anbudsutvärderingen innehåller således påtagliga brister. Förvaltningsrätten uppfattar att dessa i detta sammanhang är allvarliga och att de måste ha inneburit att leverantörerna haft svårigheter att skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bristerna måste anses strida mot de grundläggande principerna om förutsägbarhet och transparens. Rätten finner vidare att det inte framstår som osannolikt att anbudet i upphandlingen kunde ha varit annorlunda, om

bristerna inte hade funnits. Felet har därmed inneburit en sådan risk för skada för bolaget att ingripande enligt LOU bör ske.

Eftersom felet är att hänföra till det konkurrenssökande skedet av upphandlingen, ska upphandlingen avseende region 5 göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1D-LOU)



Tommy Svensson

Föredragande har varit Henrik Lindblom.



MOTPARTER

AB PiteBo
Hamngatan 40
941 32 Piteå

Aktiebolaget PiteEnergi
Box 738
941 28 Piteå

Aktiebolaget Prebus
Box 167
751 04 Uppsala

Arvika kommun
671 81 Arvika

Bergsslagens kommunal teknik
Box 144
713 23 Nora

Bollebygd kommun
517 83 Bollebygd

Bostads AB Mimer
Box 1170
721 29 Västerås

Boxholms Kommun
Box 79
590 10 Boxholm

Bärkehus AB
Box 113
777 23 Smedjebacken

Dals-Eds Kommun
Box 31
668 21 Ed

Dorotea kommun
917 81 Dorotea

Eskilstuna Energi & Miljö Aktiebolag
631 86 Eskilstuna

Dok.Id 45458

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

Eskilstuna Kommunfastigheter Aktiebolag
Box 5035
630 05 Eskilstuna

Etablering Västerås AB
Kopparbergsvägen 1-3
722 13 Västerås

Finspångs Stadsnät FINET AB
Vallonvägen 15
612 30 Finspång

Flens Kommun
642 81 Flen

Fyrishov AB
Idrottsgatan 2
753 33 Uppsala

Gagnefs Kommun
Box 1
785 21 Gagnef

Gamla Uppsala Buss AB
Box 167
751 04 Uppsala

Gotlands Kommun
621 81 Visby

Grästorps kommun
467 80 Grästorp

Herrljunga Kommun
Box 201
524 23 Herrljunga

Kinda Kommun
Box 1
590 40 Kisa

Kommunalförbundet ITSAM
Box 1
590 40 Kisa

Kommunförbundet Stockholms Län
Box 38145
100 64 Stockholm

Kristinehamns kommun
681 84 Kristinehamn

Kvällinge Fastighets Aktiebolag
Box 502
593 25 Västervik

Leksands Kommun
793 80 Leksand

Ljungby Kommun
341 83 Ljungby

Mora kommun
792 80 Mora

Musikens Hus i Uppsala
Kungsgatan 47
753 21 Uppsala

Mälarenergi AB
Box 14
721 03 Västerås

Mälarhamnar AB
Box 3013
720 03 Västerås

Mönsterås Holding AB
Box 54
383 22 Mönsterås

Mönsterås kommun
Box 54
383 22 Mönsterås

Mönsterås Utvecklings AB
Box 54

383 22 Mönsterås

Norbergs kommun
Box 25
738 21 Norberg

Nynäshamns kommun
149 81 Nynäshamn

Orsa kommun
Box 23
794 21 Orsa

Osby Kommun
283 80 Osby

Oxelösunds kommun
613 81 Oxelösund

Parken Zoo i Eskilstuna AB
631 86 Eskilstuna

Piteå kommun
941 85 Piteå

Piteå Näringsfastigheter Aktiefbolag
Box 743
941 28 Piteå

Rättviks kommun
795 80 Rättvik

Sala kommun
Box 304
733 25 Sala

Salems kommun
144 80 Rönninge

Sveriges Kommuner och Landsting
118 82 Stockholm

SKL Kommentus
Hornsgatan 15, 1 tr
118 46 Stockholm

Skinnskattebergs kommun
Box 101
739 22 Skinnskatteberg

Smedjebackens Energi AB
Gunnarsvägen 7
777 34 Smedjebacken

Smedjebackens kommun
777 81 Smedjebacken

Statens Kulturråd
Box 27215
102 53 Stockholm

Storfors kommun
Box 1001
688 29 Storfors

Storstockholms Brandförsvar
Box 1328
111 83 Stockholm

Strängnäs kommun
645 80 Strängnäs

Surahammars kommun
Box 203
735 23 Surahammar

Söderköpings kommun
614 80 Söderköping

TjustFastigheter AB
Box 502
593 25 Västervik

Torshälla Fastighets AB
Brogatan 13
644 32 Torshälla

Torsås kommun
Box 503
385 25 Torsås

Ulricehamns kommun
523 86 Ulricehamn

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

Uppsala Stadsteater AB
Box 1001
751 40 Uppsala

Uppsalahem AB
Box 135
751 04 Uppsala

Vilhelmina kommun
912 81 Vilhelmina

Vingåker kommun
643 80 Vingåker

Vårgårda kommun
447 80 Vårgårda

VÄGAB, Västerås Gatukontors Aktiebolag
Fastighetskontoret, Stadshuset
721 87 Västerås

Västervik Miljö och Energi AB
Box 25
593 21 Västervik

Västervik Resort AB
593 80 Västervik

Västerviks Bostad AB
Box 502
593 25 Västervik

Västerviks kommun
593 80 Västervik

Västerviks kommuns Förvaltnings AB
593 80 Västervik

Västerviks Kraft-Elnät AB
Box 25
593 21 Västerås

Västerås Energi & Vatten Distribution AB
Box 14
721 03 Västerås

Västerås Flygplats AB
Västerås Flygplats
721 31 Västerås

Västerås stad
Stadshuset
721 87 Västerås

Västerås Stads Kraftvärmeverk
Box 14
721 03 Västerås

Västmanlands avfallsaktiebolag
721 87 Västerås

Ydre Kommun
Torget 6
570 60 Österbymo

Åre kommun
Box 201
830 05 Järpen

Åtvidabergs kommun
Box 206
597 25 Åtvidaberg

Älvdalens Kommun
Box 100
796 22 Älvdalen

Ödeshögs Kommun
599 80 Ödeshög



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. 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 vartill 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 3109/1D LOU

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.