



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2012-12-21  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 23550-12  
 Enhet 16

### SÖKANDE

Cramo Sverige AB, 556104-3539  
 164 95 Kista

Ombud: Advokat Per-Owe Arfwedson och jur.kand. Anders Flood  
 Advokatfirman Vinge KB  
 Box 1703  
 111 87 Stockholm

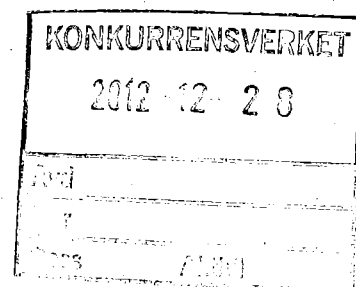
### MOTPARTER

1. Salems kommun  
 144 80 Rönninge

2. Södertälje kommun  
 151 89 Södertälje

3. Telge i Södertälje AB, 556307-6867  
 Box 633  
 151 27 Södertälje

4. Telge Inköp AB, 556770-1437  
 Box 633  
 151 27 Södertälje



### SAKEN

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

### FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att den upphandling av hyra av maskiner och handverktyg som Telge Inköp AB genomfört för Salems kommuns, Södertälje kommuns och Telge i Södertälje AB:s räkning (TI 2012-1040) ska göras om.

Dok.Id 301270

**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**

Telge Inköp AB genomför en upphandling av hyra av maskiner och handverktyg för Salems kommuns, Södertälje kommuns och Telge i Södertälje AB:s räkning. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. I beslut den 25 oktober 2012 tilldelades Tholmarks Uthyrning AB (nedan benämnt Tholmarks) kontrakt.

### **YRKANDEN M.M.**

**Cramo Sverige AB** (nedan benämnt Cramo) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Cramo följande. Upphandlingen har genomförts i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen genom att anbudsförutsättningarna inte har varit likartade för anbudsgivarna. Vidare garanterar inte utvärderingsmodellen att den anbudsgivare som har lägst pris tilldelas kontrakt. Cramo lider eller riskerar därav att lida skada i upphandlingsrättslig mening.

**Telge Inköp AB och övriga motparter** (nedan gemensamt benämnda Telge) bestrider bifall till Cramos ansökan. Som grund för bestridandet anføres i huvudsak följande. Upphandlingen har inte inneburit något brott mot likabehandlings- och transparensprincipen. I förfrågningsunderlaget har samma förutsättningar angetts för alla deltagare i upphandlingen. Vad gäller Cramos påstående att utformningen av förfrågningsunderlaget har gynnat Tholmarks i egenskap av befintlig leverantör så bestrids detta med hänvisning till att även Cramo har varit en betydande leverantör och haft inblick i likvärdig statistik och eventuellt kommande behov.

## PARTERNAS UTVECKLANDE AV TALAN

**Cramo** anför bl.a. följande.

Telge har i upphandlingen valt att utvärdera anbudsgivarnas produkter genom att tillämpa en varukorg. Att tillämpa en varukorg innebär att inte samtliga produkter som kommer att avropas är föremål för utvärdering. Denna utvärderingsmodell används när ett större sortiment ska upphandlas som spänner över ett stort antal produkter. De produkter som ska offereras inom varukorgen och som utvärderas måste vara representativa och åter- spegla de kommande köpen. Varukorgsupphandlingar är i sig ett accepterat förfarande så länge utvärderingen upprätthåller de grundläggande principerna som följer av LOU. Utgångspunkten för sammansättningen av varukorgen ska dock spegla de kommande köpen.

I upphandlingen är det oklart hur varukorgen har satts samman men det förutsätts att Telge har gjort det med hjälp av statistik från föregående av- talsperiod. I punkt 1.3.2 i förfrågningsunderlaget angavs endast att värdet på upphandlingen uppskattas till sex miljoner kronor baserat på föregående års förbrukning. Det är den enda informationen som har getts i detta hänseende.

Telge har inte informerat anbudsgivarna hur varukorgen har satts samman och hur representativ den var i förhållande till de avrop som kunde komma att ske. Det är därför oklart för anbudsgivarna hur stor del av de inköp som kommer att ske som verkligen täcks av denna varukorg och vad som faller utanför, d.v.s. övrigt sortiment. Det är även oklart för anbudsgivarna hur ofta och för vilka tidsperioder kommunerna brukar hyra in respektive produkt. Avsaknaden av sådan information har inneburit att nuvarande huvudleverantör Tholmarks haft en klar konkurrensfördel i förhållande till de övriga anbudsgivarna. Tholmarks är den enda anbudsgivaren som har

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

haft full insikt i den sannolika fördelningen av faktiska avrop mellan de produkter som ingått i varukorgen och de produkter som legat utanför, volymer av avrop som sker på dagsbasis, veckobasis eller månadsbasis samt i vilken utsträckning som myndigheterna avropar transporttjänster av leverantören.

I egenskap av befintlig huvudleverantör har Tholmarks haft bättre förutsättningar att strategiskt kunna prissätta respektive produkt och hyresperiod eftersom företaget besitter statistik och erfarenheter från de upphandlande myndigheternas tidigare inköpsmönster. Tholmarks har därmed inte behövt "gissa" vilka produkter som de upphandlande myndigheterna hyr mest och vilka hyresperioder som är vanligast för respektive produkter, samt vilka produkter i det övriga sortimentet som inte ingår i varukorgen och som de upphandlande myndigheterna avropar sällan. Tholmarks har med precision kunnat sätta låga priser för produkter och hyresperioder som de upphandlande myndigheterna sällan nyttjar, och högre priser för produkter som hyrs ofta och vanligt förekommande hyresperioder. Tholmarks har även haft bättre förutsättningar att prissätta lågt i varukorgen för att sedan ta igen det genom en högre prissättning på strategiska produkter i det övriga sortimentet. Resultatet har blivit att den totalsumma baserat på varukorgen som Tholmarks kunnat offerera är väsentligt lägre än andra anbudsgivare.

Att prissätta strategiskt är både naturligt och affärsmässigt och inget som i sig är förbjudet enligt LOU. Men en upphandlande myndighet har skyldighet att se till att alla leverantörer i så stor utsträckning som möjligt får samma typ av information. Denna skyldighet bör dock endast utsträckas till sådan information som den upphandlande myndigheten besitter eller tillsammans med leverantör kan sammanställa och offentliggöra i upphandlingen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

Telge har rimligen haft information om varför varukorgen sammansatts på det sätt som skett och fördelningen av tidigare inköp, samt hur kommande inköp troligen skulle komma att fördela sig mellan produkter inom och utom varukorgen. Telge bör även ha haft en uppfattning om hur vanligt det är att produkterna tidigare hyrts in på dags-, vecko- eller månadsbasis och hur det kommande behovet kan se ut, samt i vilken utsträckning transporter har avropats eller i framtiden skulle kunna avropas. Genom att inte tillse att övriga anbudsgivare fick del av samma information som Tholmarks haft, och delgett även de övriga anbudsgivarna information om tidigare avropsmönster, har Telge brutit mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

Upphandlingen innehåller även ytterligare en brist, nämligen att Telge inte har begärt in några prisuppgifter för de produkter som ligger utanför varukorgen och som inte utvärderades. Anbudsgivarna skulle endast ge en rabatt för dessa produkter. Vad rabatten skulle kopplas till har dock inte angetts. Genom att inte begära in prislistorna för de produkter som ligger utanför varukorgen har Telge öppnat upp för spekulation bland anbudsgivarna i att lägga lägre priser inom varukorgen för att sedan ta igen detta på avrop som sker utanför varukorgen. Detta får till följd att utvärderingsmodellen inte kan garantera att lägst pris vinner, vilket strider mot likabehandlings- och transparensprincipen.

**Telge** anför bl.a. följande. Cramo har inte nämnt att även Cramo är en av avtalsleverantörerna i tidigare upphandling, nummer tre i rangordningen. Telge kan inte uttala sig om Tholmarks förmåga att uppskatta det kommande behovet eftersom detta är beroende av leverantörens egen analysförmåga. Tholmarks har levererat för 30–33 procent av kommunernas årsvolym för 2011, vilket motsvarar cirka 470 000 kr. Inför upphandlingen har Telge begärt in statistik från samtliga avtalsparter, däribland Cramo. Enligt Cramos statistik har det hyrts för 504 321 kr från Cramo. Det fram-

går alltså att även Cramo har inblick i likvärdig statistik och inblick i eventuellt kommande behov. Telge har valt att utvärdera de produkter som uppskattningsvis kommer att avropas mest under det kommande året, och dessa produkter har angetts i varukorgen.

**Cramo** anför vidare bl.a. följande. Det är riktigt att Cramo har varit en av flera ramavtalsleverantörer till Telge i tidigare avtal men bolaget har inte ens varit i närheten av att under 2011 leverera i den utsträckning som Telge gör gällande. Cramo har inte heller levererat i samma utsträckning som Tholmarks. Mot denna bakgrund har Cramo haft avsevärt sämre förutsättningar att bedöma hur de olika produkterna skulle prissättas för att bäst motsvara de avrop som skulle komma att ske.

Att basera utvärderingen på en varukorg sammansatt av produkter som den upphandlande myndigheten inte kan visa kommer att avropas i stor utsträckning under kommande avtalsperiod, såsom skett i detta fall, gör utvärderingen ovidkommande. Det framstår då inte som troligt att de avrop som faktiskt sker i huvudsak kommer att motsvara innehållet i varukorgen. Utvärderingsmodellen med varukorg kommer därmed inte förmå att utpeka den anbudsgivare som kan erbjuda det lägsta priset på de produkter som faktiskt kan komma att avropas. Vad som ytterligare påvisar att varukorgsmodellen inte är utformad på ett korrekt sätt är att den endast tagit hänsyn till hyra av utrustning, inte köp. Detta trots att minst 25 procent av den försäljning som Cramo tidigare haft till Telge har bestått av just köp av utrustning. Cramo kan inte förstå annat än att det råder stor oklarhet kring hur Telge har satt samman varukorgen, vilket tycks bero på att de inte hanterat statistikuppgifterna över tidigare inköp på ett korrekt sätt.

Slutligen har **Telge** yttrat sig igen och anför bl.a. att befintliga avtalsleverantörer generellt har bättre inblick än andra och att detta ligger utanför

den upphandlande myndighetens kontroll. I övrigt har Telge huvudsakligen argumenterat kring storleken av tidigare leveranser från Cramo.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Upphandlande myndigheter ska, i enlighet med 1 kap. 9 § LOU och grundläggande EU-rättsliga principer, bl.a. behandla alla anbudsgivare på ett likvärdigt sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Av 16 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlingsprocessen ska bl.a. kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling. Förfrågningsunderlaget ska därför vara så klart och tydligt att alla anbudsgivare ges insikt i hur utvärderingen av deras anbud kommer att ske.

Upphandling genom att använda en fiktiv s.k. varukorg står i sig inte i strid mot LOU och ovan angivna principer och metoden kan vara ändamålsenlig vid upphandling av ett stort antal produkter. Det krävs dock att den upphandlande myndigheten lägger ner förhållandevis stor omsorg på sammansättningen av varukorgen. Om den t.ex. inte innehåller de mest frekvent använda produkterna kan anbudsgivare välja att ge stora rabatter på produkter som ingår i varukorgen och kompensera för detta genom att sätta högre priser på andra produkter. Ett liknande problem kan uppstå om sådana produkter som har lågt pris, men hyrs/köps ofta, inte ges relevant tyngd i upphandlingen, t.ex. genom att det anges att för dessa ska anbudet avse en viss, större kvantitet.

I det aktuella fallet är det enligt förvaltningsrättens mening oklart om anbudsgivarna förväntades offerera ett styckpris för varje produkt, eller vilka kvantiteter det annars skulle vara fråga om. Förvaltningsrätten anser därför, och med visst beaktande av de andra oklarheter i förfrågningsunderlaget som Cramo har påpekat, att det måste ha varit mycket svårt för anbudsgivarna att bedöma hur representativ varukorgen är i förhållande till de avrop som kan komma att ske. Dessa svårigheter har varit mer begränsade för Tholmarks som i egenskap av tidigare huvudleverantör bör ha haft lättare att bedöma kommande behov hos kommunerna. Med andra ord har oklarheterna i förfrågningsunderlaget inneburit att Tholmarks haft en fördel framför övriga anbudsgivare. Förvaltningsrätten finner därför att upphandlingen inte uppfyller kravet på transparens och likabehandling och att detta medfört att Cramo har lidit eller kan komma att lida skada. Den omständigheten att även Cramo har varit en tidigare leverantör inverkar inte på denna bedömning. Eftersom det är fråga om en brist i förfrågningsunderlaget måste ansökan om ingripande enligt LOU bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 A LOU).



Per Eskilsson  
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Malin Stener har föredragit målet.





# 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 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 3109/1A LOU