

**KLAGANDE**

Vetlanda kommun  
Inköpsavdelningen  
754 80 Vetlanda

Ombud: Advokaten Siv Ann Andemyr  
Box 3152  
103 63 Stockholm

**MOTPART**

Elajo Elteknik AB, 556139-3884  
Box 904  
572 29 Oskarshamn

Ombud: Advokaten Kaisa Adlercreutz och jur. kand. Joel Gustafsson  
Box 11918  
404 39 Göteborg

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 21 juni 2010 i mål nr 2867-10,  
se bilaga A

**SAKEN**

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

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

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

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

**YRKANDEN M.M.**

Vetlanda kommun (kommunen) yrkar att kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen är riktigt utförd. Till stöd för sin talan anför kommunen sammanfattningsvis följande. Förvaltningsrätten har grundat sitt avgörande på en helt ny omständighet som inte åberopats av Elajo Elteknik AB (Elajo). I mål RÅ 2009 ref. 69 har Regeringsrätten konstaterat att det är förhandlingsprincipen som ska gälla i LOU-mål. Detta betyder att förvaltningsrätten inte ska pröva om ingripande ska ske på grund av att förfrågningsunderlaget utformats på ett felaktigt sätt, utan endast på den av Elajo åberopade grunden att Vitala Elektriska AB (Vitala) inte uppfyllt i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav. – Det saknar betydelse var i förfrågningsunderlaget kommunen placerat kravet på att entreprenören ska vara certifierad avseende brand- och inbrottslarm. Kravet har uppställts som ett ska-krav och anbudsgivare som inte i sitt anbud angett att kravet accepteras och uppfylls hade förkastats. – Kommunen har inte haft någon skyldighet enligt LOU att kräva att bevis om certifikat skulle inges redan i anbudet. Kommunen har under AFB.513 i förfrågningsunderlaget angett att ”Ytterligare bevis på teknisk kapacitet i enlighet med 11 kap. LOU skall på begäran kunna tillhandahållas.” – Elajo har varken lidit, eller kan komma att lida, skada av det sätt på vilket kommunen utformat förfrågningsunderlaget. – Kommunen har genomfört en korrekt upphandling helt i enlighet med bestämmelserna i LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Vitalas anbud har uppfyllt samtliga uppställda ska-krav och eftersom Vitala erbjudit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har kommunen gjort rätt som antagit detta.

Elajo motsätter sig bifall till överklagandet och yrkar för egen del att kammarrätten ska bifalla Elajos talan i förvaltningsrätten. Elajo åberopar vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande. I förfrågningsunderlagets punkt AFC.342 uppställs såsom skall-krav att entreprenören ska vara certifierad för installation av såväl brandlarm som inbrottslarm. En

anbudsgivare kan omöjligen uppvisa att ett krav på certifiering uppfylls på annat sätt än att inge en kopia av nämnda certifikat. För att kunna kontrollera huruvida Vitala uppfyllt detta skall-krav har kommunen begärt in kopior av nämnda certifikat från Vitala. Som förvaltningsrätten angett i sina domskäl är kravet på certifiering ett typiskt urvalskriterium. För att kunna göra ett korrekt urval på sådan grund kan en upphandlande myndighet inte förfara på annat sätt än att också begära kopior för att säkerställa att certifiering innehas. Det sätt på vilket kommunen hävdade att kravet på certifiering använts är således felaktigt. Förvaltningsrättens dom att kravet uppställts felaktigt är därför korrekt och även förenlig med Elajos yrkanden i förvaltningsrätten. Då förvaltningsrätten kommit till den slutsatsen att felet hänförs till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen således göras om. Även detta är i enlighet med vad Elajo yrkat som andrahandsgrund. För det fall kammarrätten skulle finna att förvaltningsrätten gått utöver vad som anförts av Elajo hemställer Elajo att målet visas åter till förvaltningsrätten för förnyad prövning då det inte framgår av förvaltningsrättens dom huruvida förvaltningsrätten tagit ställning till samtliga av Elajo framförda grunder, främst vad gäller Elajos påstående att förfrågningsunderlaget varit otydligt. – Elajo har i förvaltningsrätten gjort gällande att den utvärderingsmodell som kommunen använt lett till ett felaktigt resultat. Genom att grunda bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på timpriser som med stor sannolikhet inte kommer att avropas har kommunen tilldelat kontraktet till annan anbudsgivare än Elajo, som är den anbudsgivare som i realiteten lämnat det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Att kommunens utvärderingsmodell är felaktig stöds av det faktum att kommunen begärt att Vitala ska se över sin prissättning. En utvärderingsmodell som är utformad i enlighet med upphandlingsrättens krav måste vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Det är inte förenligt med 1 kap. 9 § LOU att använda en utvärderingsmodell som missgynnar de anbudsgivare som offererar marknadsmässiga priser. Med anledning av att kommunens utvärderingsmodell baserats på vissa timpriser samt entreprenörsarvode som med stor sannolikhet inte

kommer att aktualiseras har de anbudsgivare som haft kunskap om detta kunnat utnyttja detta i sin prissättning. – Anbudens giltighetstid i upphandlingen löpte ut den 1 augusti 2010. Någon förlängning av anbudens giltighetstid har, utöver den förlängning som enligt förfrågningsunderlaget skett per automatik, inte gjorts av kommunen. Eftersom anbudens giltighetstid löpt ut saknas giltiga anbud i upphandlingen. Upphandlingen ska därför enbart på grund av denna omständighet göras om. – Genom att kommunen genomfört en upphandling utan att beakta LOU och de gemenskapsrättsliga principerna som ska iakttas vid all offentlig upphandling har Elajo lidit eller riskerat att lida skada.

Kommunen tillägger bl.a. följande. Både Vitala och Elajo har tillfrågats om de önskar förlänga anbudens giltighetstid. Elajo har därvid meddelat att dess anbud upphörde den 1 augusti 2010 och att de inte medger förlängning. Inget hade hindrat Elajo att medge förlängning trots att den ursprungliga giltighetstiden dessförinnan gått ut, se Konkurrensverkets yttrande den 30 juni 2010 (p. 24-50) i kammarrättens mål nr 942-10. Eftersom så inte skett är rättelse inte längre möjlig. Eftersom Vitala, som tilldelats kontraktet, emellertid uppgett att de önskar förlänga giltighetstiden av dess anbud, vidhåller kommunen sitt yrkande i kammarrätten.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vetlanda kommun har genomfört en upphandling, förenklat förfarande, avseende Ramavtal El- och teleentreprenader inom kommunen. Vid anbudstidens utgång hade tre anbud inkommit. Samtliga anbudsgivare ansågs uppfylla de ställda kraven. I tilldelningsbeslut den 5 mars 2010 utsåg kommunen Vitala Elektriska AB:s anbud till vinnare såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga. Beträffande anbudets giltighetstid angavs följande i förfrågningsunderlaget, punkt AFB.33. Anbudet ska vara bindande till och med den 1 april 2010. Om upphandlingen blir föremål för överprövning förlängs

inkomna anbuds giltighet fram till dess avtal kan tecknas, dock högst fyra månader efter angiven giltighetstid.

Tillämpliga lagrum framgår av förvaltningsrättens dom.

Förvaltningsrätten har förordnat att upphandlingen ska göras om med hänvisning till att förfrågningsunderlagets krav vad gäller certifiering har uppställts som ett särskilt kontraktsvillkor och därmed utformats på ett felaktigt sätt. Elajo har emellertid inte åberopat denna omständighet som grund för sin begäran om överprövning hos förvaltningsrätten.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten sålunda har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Av det sagda följer att förvaltningsrätten inte borde ha prövat om ett ingripande skulle göras på den ifrågavarande grunden.

Vad gäller frågan om kravet på certifiering för installation av brand- och inbrottslarm konstaterar kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, att förfrågningsunderlaget endast ställer krav på att entreprenören ska vara certifierad och ha behörighet för nämnda installationer samt att det ska anges i anbudsformuläret att kraven i förfrågningsunderlaget uppfylls. Något krav på att anbudsgivare ska ge in bevis om certifiering uppställs dock varken i förfrågningsunderlaget eller i anbudsformuläret. Den omständigheten att Vitala, till skillnad från de båda andra anbudsgivarna, inte till sitt anbud fogat sådant bevis innebär då inte att det finns skäl att förkasta Vitalas anbud. Att kommunen, i samband med begäran om kontroll av lämnade prisuppgifter, likväl ombett Vitala att inkomma med bevis om certifikat innebär inte att förfrågningsunderlaget frångåtts. Fastmer finner kammarrätten att

åtgärden får hänföras till sådan en sådan begäran om förtydligande av anbud som är tillåten enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU.

Kommunen har för utvärderingen av anbud använt sig av en s.k. reduktions-talsmodell där anbudspriset reduceras i förhållande till hur stor andel av poängen på övriga kriterier som anbudet erhåller. Elajo, som erhållit maximal reduktion av sitt anbudspris, har i sin ansökan om överprövning gjort gällande att utvärderingsmodellen utformats på ett sådant sätt att den inte lett till ett rättvisande resultat och därmed strider mot LOU. Kammarrätten gör i denna del samma bedömning som förvaltningsrätten.

Vad Elajo anfört i sin ansökan om överprövning i fråga om otydligheter i förfrågningsunderlaget hänför sig främst till kravet på certifiering avseende brand- och inbrottslarm och till den utvärderingsmodell som kommunen tillämpat. Kammarrätten finner att förvaltningsrätten får anses nöjaktigt ha prövat förfrågningsunderlagets tydlighet i nämnda hänseenden. Det finns då inte skäl att på grund av brister härvidlag bifalla Elajos yrkande om återförvisning till förvaltningsrätten. Inte heller i övrigt har skäl framkommit för sådan åtgärd.

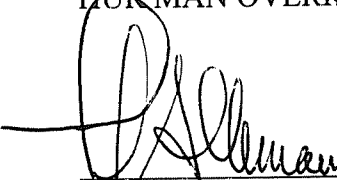
Vad härefter gäller Elajos i kammarrätten framförda invändning att anbudens giltighetstid löpt ut konstaterar kammarrätten att något kontrakt ännu inte tecknats och att upphandlingen därmed inte är att anse som avslutad i den mening som avses i LOU. Kammarrätten har därför att ta ställning till om skäl funnits för ingripande enligt LOU. Varken det förhållandet att anbudens giltighetstid löpt ut eller att Elajo, till skillnad från Vitala, inte medgett förlängning av giltighetstiden trots att tillfälle härtill lämnats, kan anses utgöra hinder för att den pågående överprövningsprocessen fullföljs. Vad Elajo invänt i denna del kan därför inte vinna beaktande. Ett annat synsätt skulle öppna en möjlighet för en anbudsgivare som inte vinner en upphandling att ansöka om överprövning och – med den fördröjning en upphandlingsprocess i domstol medför – avvakta att giltighetstiden för anbudens lö-

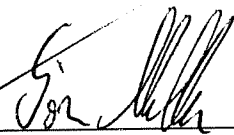
per ut för att därigenom framkalla att en måhända korrekt utförd upphandling måste göras om.

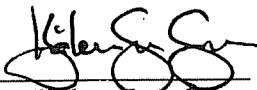
Av det anförda framgår sammanfattningsvis att förutsättningar saknas för ett ingripande enligt LOU. Överklagandet ska därför bifallas.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

  
Leif Alkman

  
Göran Mattsson

  
Håkan Lundgren  
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet Jönköping  
Ulf Nordberg

**DOM**  
2010-06-21  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
2867-10 E  
Rotel 1:7  
2b 16

### SÖKANDE

Elajo Elteknik AB, 556139-3884  
Box 904  
572 29 Oskarshamn

Ombud: Advokaten Kaisa Adlercreutz och Jur. kand. Joel Gustafsson  
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

### MOTPART

Vetlanda kommun  
Inköpsavdelningen  
754 80 Vetlanda

Ombud: Advokaten Siv Ann Andemyr och Jur. kand. Peter Freme  
Advokatfirman Andemyr Gustafsson Lindén HB  
Box 3152  
103 63 Stockholm

### SAKEN

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

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 12 mars 2010 upphör därmed att gälla.

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Vetlanda kommun genomför en upphandling avseende el- och teleentreprenader inom Vetlanda kommun. Upphandlingen är handlagd som ett förenklat förfarande. Genom upphandlingen önskar Vetlanda kommun teckna avtal för arbeten och mindre utförandeentreprenader avseende lö-

Dok.Id 9349

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Östra Storgatan 33 A	036-15 65 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00



pande underhåll samt om- och tillbyggnader på Vetlanda kommuns och VETAB:s fastigheter. I de fall arbetenas värde överstiger 300 000 kr per objekt förbehåller sig de upphandlande myndigheterna rätten att göra en ny upphandling av objektet. Ramavtalet är tänkt att avse tiden den 19 januari 2010 till den 18 januari 2012 med möjlighet till två års förlängning från köparens sida med oförändrade villkor. Förväntat behov av inköpta tjänster under avtalsperioden är cirka 2 500 000 kr per år exkl. moms, varav cirka 50 procent avser material. Detta kan användas som riktvärde för upphandlingen. Dock garanteras ingen volym. Genom tilldelningsbeslut den 5 mars 2010 har annan leverantör än Elajo Elteknik AB (bolaget) antagits. Sedan bolaget ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 12 mars 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så vis att utvärderingen gör om, varvid anbudet från Vitala Elektriska AB (Vitala) förkastas. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Vetlanda kommun motsätter sig bifall till bolagets ansökan.

**Bolaget** anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget har angetts såsom ska-krav att entreprenören ska vara certifierad för installation av såväl brandlarm som inbrottslarm. Vitala har inte till sitt anbud bifogat sådant certifikat som efterfrågats i förfrågningsunderlaget, vilket framgår av Vetlanda kommuns begäran om förtydligande/komplettering. Kommunen har i detta avseende anfört att ska-kravet på certifiering enbart omfattat ett krav på att anbudsgivaren skulle ange huruvida certifiering fanns eller inte. Enligt kommunen innebar inte ska-kravet att anbudsgivarna var tvungna att ge in sådant certifikat. Detta resonemang motsägs emellertid av det faktum att kommunen rent faktiskt begärt att Vitala skulle komplettera sitt anbud med just dessa certifikat. Under anbudstiden har också ställts en fråga av-

seende aktuellt ska-krav. Kommunens svar får här förstås som att för det fall offererande bolag inte själva innehar certifiering avseende brand- respektive inbrottslarm ska anbudsgivaren uppfylla detta krav genom underentreprenör. I sådant fall anges uttryckligen i kommunens svar att anbudsgivaren ska ha ett namngivet företag som är kontrakterat för dessa tjänster. Vitala har inte någonstans i sitt anbud angett vilket företag som i egenskap av underentreprenör kommer att utföra installationen av brandlarm och inbrottslarm. Ska-kravet har enbart besvarats genom kryss i erforderlig ruta i anbuudsformuläret. Oavsett hur det aktuella ska-kravet bort tolkas har således Vitala under alla omständigheter inte uppfyllt vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget jämte frågesvar, eftersom Vitala varken namngett aktuell underleverantör eller bifogat efterfrågade certifikat. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav kan inte tas med till utvärdering, utan ska istället förkastas. Genom att utvärdera Vitalas anbud har kommunen därför agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen ska på denna grund rättas på så sätt att utvärderingen görs om utan beaktande av Vitalas anbud. Vidare har Vitala tillåtits komplettera sitt anbud med såväl namn på underleverantör som certifikat. Dessa uppgifter har inte varit en del av Vitalas anbud samt tillförts anbudet efter anbudstidens utgång. Istället har Vitala tillåtits tillföra nya uppgifter till sitt anbud. Kommunen har i sin begäran efterfrågat information som avsett ska-krav. Dessutom har kompletteringen från Vitala avsett andra uppgifter än rent marginella sådana. Vidare bör noteras att kommunen inte förbehållit sig någon rätt att inhämta komplettering av certifikat efter anbudstidens utgång. Mot bakgrund härav har förtydligandet/kompletteringen inte skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Kommunens agerande står här i strid med 9 kap. 8 § och 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen ska därför även på denna grund rättas på så vis att utvärderingen görs om utan beaktande av Vitalas anbud.

Av Värnamo kommuns utvärderingsmall framgår att bolaget lämnat ett anbuudspris avseende huvudtimpriset som ligger betydligt lägre än samma

pris från Vitala. Bolaget har härutöver erhållit maximal poäng på övriga utvärderingskriterier. Trots detta har kommunen tilldelat kontraktet till Vitala. Bolaget gör gällande att den utvärderingsmodell som kommunen använt lett till ett felaktigt resultat. Genom att grunda bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på timpriser som med stor sannolikhet inte kommer att avropas har kommunen tilldelat kontraktet till annan anbudsgivare än bolaget, som är den anbudsgivare som i realiteten lämnat det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det bör noteras att bolaget inte gjort gällande att Vitalas anbud borde ha förkastats med hänsyn till att det varit orimligt lågt. Vad bolaget gjort gällande är att utvärderingsmodellens konstruktion innebär att kommunen inte antagit det i realiteten mest fördelaktiga anbudet. Att kommunens utvärderingsmodell är felaktig stöds av det faktum att kommunen begärt att Vitala ska se över sin prissättning. Vitala har också i sitt förtydligande av lämnade anbudspriser bekräftat att kommunens utvärderingsmodell inte motsvarar verkligt utfall, varför Vitala kunnat justera sin prissättning. Vitala har bl.a. uttalat följande: ”grundat på de arbeten vi tidigare gjort åt Vetlanda kommun samt liknande anbud vi utför på kommunala och privata fastighetsbolag har vi gjort bedömningen att fördelningen av timkostnader avseende normalarbets- och övertid samt jourarbeten enligt formel i förfrågningsunderlaget är avvikande mot vad en ”verklig” fördelning är. Vår bedömning är att andelen övertid och jourtid är markant mindre än i formel för utvärdering”. Utvärderingsmodellen har mot bakgrund härav inte varit rättvisande. Det är inte förenligt med 1 kap. 9 § LOU att använda en utvärderingsmodell som missgynnar de anbudsgivare som offererar marknadsmässiga priser. Med anledning av att kommunens utvärderingsmodell baserats på vissa timpriser samt entreprenörsarvode som med stor sannolikhet inte kommer att aktualiseras har de anbudsgivare som haft kunskap om detta kunnat utnyttja detta i sin prissättning. Vidare kan Vitalas anbud inte anses marknadsmässigt varken vad gäller den obekväma arbetstiden eller entreprenörsarvodet då dessa får anses lägre än vad som är brukligt. Det kan inte

heller krävas sådana omfattande beräkningar som kommunen gör gällande för att en anbudsgivare ska ha möjlighet att förutse en utvärderingsmodells verkliga utfall. Utvärderingsmodellens konstruktion bör sammantaget anses vara såväl otydlig som felaktig. För det fall bolagets talan ska bifallas på denna grund ska upphandlingen göras om. För det fall förvaltningsrätten inte anser att certifikat avseende brandlarm respektive inbrottslarm utgjort ett ska-krav anser bolaget att förfrågningsunderlaget varit otydligt i denna del. Denna otydlighet har förstärkts av att kommunen begärt att Vitala ska komplettera sitt anbud med nämnda certifikat. För det fall bolagets ansökan om överprövning ska bifallas på denna grund ska upphandlingen göras om. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att kommunens utvärderingsmodell faktiskt lett till ett rättvisande resultat anser bolaget att förfrågningsunderlaget i denna del varit otydligt. För det fall bolaget haft vetenskap om att utvärderingen skulle genomföras på sätt som nu skett skulle bolaget haft möjlighet att utforma ett mer konkurrenskraftigt anbud. Bolagets anbud skulle under sådana omständigheter sett annorlunda ut. För det fall bolagets ansökan ska bifallas på denna grund ska upphandlingen göras om.

**Vetlanda kommun** anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlagets ska-krav avseende certifiering omfattar endast krav på att anbudsgivare i sitt anbud särskilt anger huruvida anbudsgivaren är certifierad eller inte. Ska-kravet omfattar inte en skyldighet för anbudsgivare att lämna in certifikat eller andra bevis som utvisar att anbudsgivare faktiskt uppfyller kravet. Något krav på angivande av ett namngivet företag har inte heller uppställts. Några nya ska-krav kan självklart inte uppställas vid frågesvar. I denna del har kommunen endast besvarat aktuell fråga precis som den ställts. "Räcker det inte att ha ett namngivet företag, som är kontrakterat som utför dessa tjänster?". Vitala har i sitt anbudsformulär kryssat i att samtliga krav i förfrågningsunderlaget accepteras och uppfylls. Därmed har Vitala bekräftat att villkoren beträffande certifikat uppfylldes. I samband med kommunens

granskning av de tre inkomna anbudena visade det sig att de båda andra anbudsgivarna hade lämnat in certifikat (bevis). Då kommunen ändå hade kontakt med Vitala angående dess anbudspris (se nedan) ansåg kommunen att det var lämpligt att även Vitala ingav sina certifikat (bevis). Vitala inkom med sina certifikat och därigenom behandlade kommunen samtliga anbudsgivare lika. Kommunens begäran avsåg inte komplettering av i förfrågningsunderlaget efterfrågad handling eller bevis och något krav på att handlingen skulle ges in uppställdes fortfarande inte. Frågan om certifikat hade dock lika gärna kunnat ställas inför avtalstecknandet eller senare. Kompletteringen innebär inte någon förändring i förhållande till förfrågningsunderlaget. Det rör sig enbart om att tidigare uppgifter konkretiserats och det är inte fråga om utbyte av uppgifter.

Påståendet att en anbudsgivare haft skyldighet att i anbudet namnge en underentreprenör och att kravet utgjort ett ska-krav som Vitala inte uppfyllt är en ny omständighet och en ny grund för talan. Då aktuell talan inte får utvidgas och själva saken inte får ändras efter tiodagarsfristens utgång så ska den nya grunden avvisas.

Då Vitalas lämnade anbudspris föreföll lågt uppkom fråga huruvida Vitalas anbudspris var onormalt lågt och därför skulle förkastas. I enlighet med 15 kap. 17 § LOU kontaktade kommunen skriftligen Vitala och begärde en förklaring till det låga anbudspriset. Vitala lämnade en tillfredställande förklaring nämligen att Vitala gjort bedömningen att dess anbud avseende fördelning av timkostnader avseende normal arbetstid, övertid samt jourarbeten motsvarade verklig fördelning. Detta trots att kommunen i förfrågningsunderlaget angett att ordinarie arbetstid motsvarade 80 procent och att arbetsinsatser på inte ordinarie arbetstid och jourtid motsvarade tio procent vardera. Vitala har således hänvisat till sina erfarenheter och uppgett att de anser sig ha gjort en taktisk prissättning inom ramen för vad som är tillåtet enligt LOU. Kommunen har svarat att den tagit del av uppgifterna och re-

dovisningen. Kommunen har också särskilt uppmärksammat Vitala på att det är de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget som gäller. Vitala har därvid svarat att de är medvetna om att det är uppgifterna och förutsättningarna i förfrågningsunderlaget som gäller. Skälet till att kommunen bedömer arbeten på inte ordinarie arbetstid och jourarbeten till hela 20 procent har att göra med att arbetsledare för beredskapsorganisationen har minskats per den 1 februari 2010 och att kommunen inte heller har någon med el-behörighet ABL inom organisationen, varför dessa tjänster måste köpas in. I detta fall har det dock inte Vitalas förhållandevis låga timpriser som ensamt är avgörande för att dess anbud blivit det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vitala har också erbjudit lägre entreprenörsarvoden än sina konkurrenter och detta har i stor utsträckning påverkat den totala prisbilden. Angivna entreprenörsarvoden avser påslag enligt AB 04 kap. 6 § 9 punkt 8a och 8b med viss procent för tillhandahållen arbetskraft och material. Den vanligaste situationen (95 procent enligt kommunens modell) är att entreprenören tillhandahåller både arbetskraft och material och här har Vitala erbjudit påslag för entreprenörsarvode med sex procent medan konkurrenterna velat ha påslag på 20 procent. Av kommunens mall för utvärdering framgår att Vitalas sammanlagda timkostnader är 31 200 kr högre än bolagets, medan entreprenörsarvodet är 66 662 kr lägre. Detta gör att Vitala får lägst anbudspris trots att de inte erhöll full reduktion från övriga kriterier (35,17 av 40 procent). För att ytterligare belysa att Vitalas anbud är det för kommunen mest fördelaktiga har kommunen, förutom den objekt-specifika mallen för utvärdering, även gjort en beräkning av hur de offererade tim- och entreprenörsarvodena slår med hänsyn taget till hela årsvolymen på 2 500 000 kr där 50 procent utgör material. En sammanställning av denna beräkning har getts in till förvaltningsrätten. Av denna framgår att Vitalas anbud ger 183 fler arbetstimmar och 165 000 kr lägre entreprenörsarvode än bolagets anbud.

Kommunen har haft att bedöma anbudsgivares möjlighet att leverera enligt lämnat anbud och däri angivna priser. Därvid kan konstateras att LOU inte innehåller några bestämmelser som förbjuder anbudsgivare att lämna anbud som inte ger någon vinst eller som t.o.m. ger en förlust. Det finns således inget hinder för en anbudsgivare att pressa enskilda timpriser för att på så sätt lämna ett samlat attraktivt erbjudande. Att offererat timpris inte är kostnadstäckande saknar relevans i förhållande till bestämmelserna i LOU.

En utvärderingsmodell är sällan till 100 procent i överensstämmelse med de verkliga förhållandena, sett med facit i hand, och det är heller inte ett krav att en anbudsgivare ska kunna förutse en utvärderingsmodells verkliga utfall. Däremot krävs att en utvärderingsmodell i huvudsak överensstämmer med beräknade förhållanden.

### **DOMSKÄL**

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.

Enligt 15 kap. 12 § får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I 15 kap. 14 § LOU anges att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur kontrakt ska fullgö-

ras. Dessa ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Vilka villkor som kan ställas får avgöras i varje enskilt fall. I artikel 26 anges "krav på hur kontraktet ska fullgöras". Av uttrycket får anses framgå att särskilda krav som ställs ska ha någon koppling till föremålet för kontraktet. I handboken Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling, som har getts ut av kommissionen, ges vägledning om vilka miljöhänsyn som kan tas. Kontraktsvillkoren får inte vara tekniska specifikationer, urvalskriterier eller tilldelningskriterier. Villkoren anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Ett anbud från en leverantör ska förkastas om leverantören förklarar att han inte kan eller vill iaktta uppställda särskilda villkor för fullgörandet. Av beaktandesats 33 framgår att sådana villkor som avses i paragrafen kan t.ex. syfta till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, att bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. De kan gälla att anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för arbetslösa eller ungdomar, att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner eller att anställa personer med funktionshinder. Som exempel på miljömässiga villkor i kontrakt har kommissionen i sin handbok angett som godtagbara villkor att leverantören hämtar och återanvänder eller återvinner förpackningsemballage. Vidare kan som villkor anges exempelvis att transporter ska utföras på särskilt miljömässigt sätt. Bestämmelsen om särskilda kontraktsvillkor avser således villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras och reglerar inte tekniska specifikationer och de krav som kan ställas i samband härmed (prop. 2006/07:128 s. 352 f.).

Av 15 kap. 16 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta antingen



1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

EG-domstolen har i dom den 20 september 1988 i målet C-31/87, Beentjes, funnit att kravet på "det mest fördelaktiga anbudet" som återfinns i den nationella lagstiftningen, kan vara förenligt med direktivet, om det reflekterar den frihet myndigheter som tilldelar kontrakt har att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet baserat på objektiva krav och som

därmed inte innefattar något mått av godtyckligt val. Det följer av artikel 29 paragraf 1 och 2 i direktivet att då myndigheter inte har lägst pris som enda utvärderingskrav utan värderar olika krav för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, måste de ange kraven i upphandlingsannonsen eller förfrågningsunderlaget. Därvid uttalade EG-domstolen att det skulle vara oförenligt med artikel 29 i direktivet om myndigheterna erhöll en obegränsad frihet vid tilldelning av det aktuella kontraktet till viss anbudsgivare.

Av EG-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC, framgår bl.a. följande. Principen om likabehandling innefattar en skyldighet att möjliggöra insyn, så att man kan kontrollera att den iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Slutligen ska tilldelningskriterierna, vid prövning av anbudet, tillämpas enhetligt och objektivt på samtliga anbudsgivare.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Inledningsvis (AFB. 31) anges att anbud bl.a. ska innehålla korrekt ifyllt anbudsformulär och att formulärets utformning inte får ändras. Efterfrågade handlingar ska vara bifogade (se anbudsformulär). Angående värderingsgrunder vid prövning av anbud (Rubriken Upphandlingsföreskrifter, punkten AFB. 52) anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till nedanstående kriterier kommer att antas.

- Anbudspris
- Erfarenhet/förmåga (20 procent) reduktion på anbudspriset
- Kvalitetsarbete/Rutiner (10 procent) reduktion på anbudspriset

- Miljö/arbetsmiljö (10 procent) reduktion på anbudspriset.

För utvärdering av anbud används en reduktionsmodell, vilket innebär att anbudspriset reduceras i förhållande till hur stor andel av poängen på respektive kriterium som uppnås. Maximal reduktion är 40 procent och erhålls då full poäng uppnås på samtliga kriterier. Den anbudsgivare som har det lägsta utvärderingspriset kommer att utses till vinnare i upphandlingen. Kriteriet anbudspris specificeras enligt följande.

$$\text{Summa timkostnader} = (A*0,8+B*0,1+C*0,1)$$

A = Timkostnader yrkesarbetare och arbetsledning ordinarie arbetstid

B = Timkostnader yrkesarbetare och arbetsledning utanför ordinarie arbetstid

C = Timkostnader yrkesarbetare och arbetsledning Jourarbeten

$$\text{Summa entreprenörsarvode} = G * (\text{Summa timkostnader} + 200\,000)$$

$$G = E*0,95+F*0,05$$

E = Entreprenörsarvode i procent enligt AB 04 Kap. 6 § 9 punkt 8a

F = Entreprenörsarvode i procent enligt AB 04 Kap. 6 § 9 punkt 8b

$$\text{Anbudspris} = \text{Summa timkostnader} + \text{Summa entreprenörsarvode}$$

Under huvudrubriken entreprenadföreskrifter, punkten AFC.342 Arbetsledning, anges bl.a. följande. Entreprenören ska kunna installera brandlarm enligt SBF 110:6. Material ska uppfylla SBF 1010 och SBF 1011. Entreprenören ska vara certifierad SBF 1008 och ha behörighet enligt SBF 1007. Orienterings- och serviceritningar enligt SBF 1021. Entreprenören ska utfärda efter färdigställandekontroll ett anläggarintyg enligt SBF 110:6. Vidare ska entreprenören kunna installera inbrottslarm enligt SSF 130:6 för larmklass 2. Material ska uppfylla SSF 1014. Entreprenören ska vara certifierad enligt SSF 1015 och ha behörighet enligt SSF 1016. Entreprenören ska utfärda, efter slutförd installation och driftsättning samt färdigställandekontroll, ett anläggarintyg enligt SSF 1058 med tillhörande handlingar samt övrig erforderlig dokumentation.

Av Vetlanda kommun, tekniska kontorets, slutprotokoll från MBL-förhandlingar angående neddragning av beredskapsorganisation anges bl.a. följande under rubriken förhandlingsresultat. Förhandlingen resulterade i en minskning med en beredskapsgrupp på gatuavdelningen och en beredskapsgrupp på fastighetsavdelningen. Fastighetsavdelningen kommer att ha en grupp om året bestående av fastighetsskötare. Arbetsledande beredskap tas bort. Arbetsgivaransvaret hanteras genom att säkerställa tillräcklig kunskapsnivå hos medarbetare i beredskapsorganisationen och instruktioner för olika arbetsmoment.

### **Förvaltningsrätten gör följande bedömning**

#### Uppfyllelse av ska-krav

Bolaget har i denna del gjort gällande att vinnande anbudsgivare inte uppfyllt ställda ska-krav beträffande certifikat för brand- och inbrottslarm. Vetlanda kommun har bestritt att ska-krav med den av bolaget påstådda innebörden har ställts upp.

Av förfrågningsunderlaget framgår att samtliga efterfrågade handlingar ska ges in. Vilka dessa efterfrågade handlingar är framgår av förfrågningsunderlagets anbudsformulär som inte får ändras. Det kan konstateras att i målet aktuella certifikat inte återfinns i detta anbudsformulär. Kraven beträffande certifikat återfinns istället bland förfrågningsunderlagets entreprenadföreskrifter, vilket ger vid handen att kraven är ämnade att vara särskilda kontraktsvillkor som kan kontrolleras vid ett senare tillfälle än anbudsutvärderingen.

Fråga är därefter om det är förenligt med LOU:s bestämmelser att ställa upp krav av nu aktuellt slag såsom särskilda kontraktsvillkor. Av förarbetena framgår nämligen att särskilda kontraktsvillkor inte får vara tekniska

specifikationer, urvalskriterier eller tilldelningskriterier. De villkor som avses är istället villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Såvitt framgår av förfrågningsunderlaget så tar kravet på certifikat sikte på att anbudsgivarna ska ha nödvändig kompetens för aktuell del av kontraktets fullgörande. Ett sådant krav har tydlig karaktär av urvalskriterium och kan därför inte ställas upp som ett särskilt kontraktsvillkor.

Sammantaget har således Vetlanda kommun ställt upp krav beträffande certifikat för brand- och inbrottslarm på ett felaktigt sätt. Härigenom får det anses att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

#### Utvärderingsmodellen

Bolaget gör i denna del gällande att utvärderingsmodellens konstruktion innebär att kommunen inte antagit det i realiteten mest fördelaktiga anbudet samt anför bl.a. att det inte är förenligt med 1 kap. 9 § LOU att använda en utvärderingsmodell som missgynnar de anbudsgivare som offererar marknadsmässiga priser. Vetlanda kommun har förklarat tidsfördelningen vid prisutvärderingen bl.a. med hänvisning till förändringar i kommunens beredskapsorganisation samt anfört att det framgår av kommunens mall för utvärdering att Vitalas sammanlagda timkostnader är 31 200 kr högre än bolagets, medan entreprenörsarvodet är 66 662 kr lägre.

Den vikt i prisutvärderingen som åsatts timkostnader under ordinarie arbetstid, utanför ordinarie arbetstid samt vid jourarbeten kan mot bakgrund av vad som upplysts om beslutad förändring av kommunens beredskapsorganisation och vad som i övrigt upplysts inte anses felaktig. Vad som upplysts om kommunens kontakter med Vitala föranleder ingen annan bedömning. Utifrån de uppgifter som i målet framkommit kan det inte heller anses att entreprenörsarvodena har beaktats på ett felaktigt sätt.

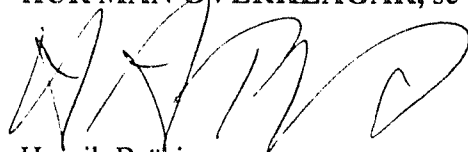
Enligt förvaltningsrättens mening saknas det stöd i såväl LOU som unionsrätten för att uppställa ett krav på att offererade priser måste vara marknadsmässiga. Av Regeringsrättens uttalanden i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 följer, såvitt i målet är aktuellt, att prisutvärderingen inte får göras på ett sådant sätt som inte är ägnat att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Mot bakgrund av utredningen i målet kan förvaltningsrätten inte finna annat än att Vitala har offererat ett totalt sett lägre pris än bolaget. Vad sedan gäller hur pris och kvalitet har bedömts i förhållande till varandra så beaktas att den upphandlande myndigheten är fri att själv identifiera sitt behov. Något brott mot LOU kan i denna del inte konstateras.

Vad sedan gäller tydligheten i utvärderingsmodellen framgår att eftersom flera parametrar beaktas och sammanvägs så har resultatet blivit mindre förutsägbart. Förvaltningsrätten finner trots detta att utvärderingsmodellen är så pass tydlig att en leverantör på grundval av denna kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid utvärderingen. Vidare är den ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Utvärderingsmodellens konstruktion står därför inte i strid med bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Någon grund för ingripande med stöd av LOU föreligger därför inte på den nu aktuella grunden.

#### *Ingripande med stöd av LOU*

Förvaltningsrätten har ovan gjort bedömningen att förfrågningsunderlagets krav vad gäller certifiering har utformats på ett felaktigt sätt och att bolaget till följd av detta lidit eller kan komma att lida skada. Därmed har Vetlanda kommun brutit mot 1 kap. 9 § och 15 kap. 14 § LOU. Då felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande fas kan någon mindre ingripande åtgärd inte väljas än att upphandlingen ska göras om.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'H. Bråsin', written in a cursive style.

Henrik Bråsin

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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.