



**KLAGANDE**

1. Frans Svanström & Co AB, 556024-9558

**Ombud:**

Advokat Tomas Kjellgren, jur.kand. Daniel Björklund och  
jur.kand. Anna Lapinska  
Box 1711  
111 87 Stockholm

2. Järfälla kommun  
177 80 Järfälla

**MOTPART**

Staples Sweden AB, 556091-3591

**Ombud:**

Advokat Thomas Berner  
Box 3  
542 21 Mariestad

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012-08-30	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 22 mars 2012  
i mål nr 892-12, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och återförvisar målet  
till förvaltningsrätten för ny prövning i enlighet med vad som anges  
under skälen för kammarrättens avgörande.

**YRKANDEN M.M.**

**Frans Svanström & Co AB** (Svanström) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Staples Sweden AB:s ansökan om överprövning av Järfälla kommuns upphandling, dnr Kst 2010/410 (upphandlingen).

**Järfälla kommun** (kommunen) yrkar att kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom på så sätt att kommunen får avsluta upphandlingen i enlighet med tilldelningsbeslutet.

**Staples Sweden AB** (Staples) bestrider bifall till överklagandena.

**Svanström** åberopar till stöd för sin talan vad Svanström och kommunen anfört i underinstansen samt tillägger bl.a. följande. Syftet med kravet i punkten 6.2. i förfrågningsunderlaget är att leverantörerna ska offerera ett så varierat produktsortimentet som möjligt. Svanström uppfyller detta krav. Med hänsyn till den stora mängd olika produkter kommunen efterfrågar i upphandlingen har leverantörerna tillåtits att inte offerera alla produkter. När en produkt inte offereras tilldelas anbudet s.k. belastningsvärde i enlighet med punkten 6.6. i förfrågningsunderlaget. Följden av att en produkt inte offereras är även att anbudsgivaren inte får sälja produkten till kommunen under kontraktperioden. Det är således till nackdel för anbudsgivaren att inte erbjuda de efterfrågade produkterna. På position 361 efterfrågar kommunen en USB-sticka med 2 GB. På denna position och även på position 362 offererar Svanström produkten "Ativa Lite 4 GB". Eftersom Svanström inte erbjuder den produkt kommunen efterfrågar har kommunen inte antagit produkten på position 361. Kommunen anser att Svanström inte har lämnat något pris överhuvudtaget och har därför tilldelat anbudet ett belastningsvärde. Mot bakgrund av mängden produkter som efterfrågas och det faktum att kommunen efterfrågar identiska eller snarlika produkter på flera positioner är det fullt rimligt att tillämpa förfrågningsunderlaget på det sätt kommunen gjort. Genom kommunens

hantering har Svanström inte fått någon fördel i upphandlingen till följd av utformningen av sitt anbud. Det tilldelade belastningsvärdet har i prishänseende en negativ inverkan på hela anbudet. Utvärderingen har skett på ett korrekt och likvärdigt sätt i enlighet med de förutsättningar som framgår i förfrågningsunderlaget. I vart fall har kommunens åtgärder inte medfört någon skada för konkurrerande leverantörer. Vidare är det oproportionerligt, och således i strid med 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, att förkasta hela anbudet på grund av en liten brist som enbart orsakat tydliga nackdelar för Svanström.

**Kommunen** åberopar till stöd för sin talan vad kommunen och Svanström anfört i underinstansen. Vidare ansluter sig kommunen till Svanströms talan i kammarrätten och anför härutöver bl.a. följande. Syftet med kravet i punkten 6.2. i förfrågningsunderlaget är inte att utesluta de anbudsgivare som offererar samma produkt på två ställen, utan att tilldela anbudsgivarens anbud belastningsvärde. Svanström uppfyller därför det aktuella kravet. I förfrågningsunderlaget förklaras att de positioner som lämnas tomma tilldelas belastningsvärde. Eftersom det inte anges hur ett anbud med fel produktbeskrivning ska utvärderas har kommunen tolkat förfrågningsunderlaget på så sätt att belastningsvärde ska tilldelas när den produkt som offereras inte stämmer överrens med vad som efterfrågas. Genom att Svanström på position 361 offererar en USB-sticka med 4 GB när kommunen efterfrågar en USB-sticka med 2 GB överensstämmer inte produktbeskrivningen med vad kommunen efterfrågar. Kommunen har därför tilldelat anbudet belastningsvärde på så sätt som beskrivs i punkten 6.6. i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsmodellen beskrivs i förfrågningsunderlaget och den har inte påverkat leverantörernas möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud. Alla leverantörer har haft samma möjlighet att lämna positioner tomma och därmed bli tilldelade belastningsvärde. Leverantörerna har således behandlats lika. Det ifrågavarande felet har inte påverkat utgången av upphandlingen eftersom Svanström kunde ha lämnat position 361 tom och utfallet skulle ha blivit

detsamma. Det är inte förenligt med RÅ 2002 ref. 50 att förkasta ett anbud på grund av tvivelaktigheter i ett förfrågningsunderlag så länge anvisningarna i förfrågningsunderlaget ger samtliga leverantörer förutsättningar att lämna konkurrenskraftiga anbud.

**Staples** åberopar till stöd för sin talan vad Staples anfört i förvaltningsrätten och vad som framgår av underinstansens domskäl samt tillägger bl.a. följande. Ordalydelsen i punkten 6.2. i förfrågningsunderlaget är tydlig och det framgår klart vad som utgör skall-krav. Det finns inte skäl att påstå att ordalydelsen inte är optimalt utformad eller att den utgör grund för tvivelaktigheter. Således saknas utrymme för tolkning av syfte eller huruvida skall-kravet ska accepteras i frågeställningen. Punkten 6.6. i förfrågningsunderlaget anger specifikt under vilka förutsättningar som belastningsvärde ska tilldelas. Det finns inte något som ger vid handen att belastningsvärde ska tilldelas när samma produkt offereras på flera positioner. Inte heller finns det stöd för att syftet vid tidpunkten för anbudsprövningen skulle ha varit något annat än vad som följer av ordalydelsen i punkten 6.2. i förfrågningsunderlaget. Om kammarrätten ändå finner skäl att bifalla överklagandena bör målet enligt instansordningsprincipen återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av vad Staples anfört i sin ansökan om överprövning och efterföljande inlagor angående att Svanström vid utvärderingen fått felaktigt kostnadsavdrag för produkter som inte är miljöcertifierade.

Kammarrätten har den 26 april 2012 beslutat att förvaltningsrättens dom inte ska gälla tills vidare eller till dess kammarrätten förordnar annat.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### *Det aktuella skall-kravet*

Vid prövningen av frågan huruvida anvisningen i punkten 6.2. i förfrågningsunderlaget är ett skall-krav bör utgångspunkten vara hur en rimligt

informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare uppfattar anvisningen (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo). I punkten 6.2 anges att samma produkt inte får offereras på flera positioner. Med hänsyn till ordalydelsen och utformningen av förfrågningsunderlaget samt hur kraven i underlaget i övrigt är utformade anser kammarrätten att anvisningen måste tolkas som ett skall-krav. Kammarrätten finner att Svanström genom att offerera samma produkt på två positioner rent objektivt inte kan anses uppfylla skallkravet i punkten 6.2. i förfrågningsunderlaget. Frågan blir då om avvikelser från skallkravet innebär att Svanströms anbud ska förkastas och därmed inte utvärderas av kommunen.

*Har de grundläggande principerna i LOU trätts för när?*

Till ledning för tillämpningen av 1 kap. 9 § LOU finns beaktandesats 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004. I beaktandesatsen anförs följande. "Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt godkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen."

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (mål C-243/89 Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark).

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 91) till LOU framgår att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Vidare anges (prop. 2006/07:128 s. 132) att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. I doktrinen har vidare anförts att en uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen vara av inte oväsentlig betydelse (Hentze och Sylvén, Kommentarer Offentlig upphandling, uppl. 1:3, s. 16).

Den i målet aktuella upphandlingen som avser försörjning av kontorsmaterial och kontorspapper till alla enheter inom kommunen omfattar flera hundra olika produkter av nämnda slag. Av punkten 6.6. i förfrågningsunderlaget framgår att anbudspriserna ska lämnas i anbudsspecifikationen "prisbilaga". Minst 90 procent av prisuppgifterna ska vara ifyllda för att anbudet inte ska komma att förkastas. I punkten anges vidare att för de positioner där pris inte lämnas tillämpas ett belastningsvärde motsvarande kommunens gällande avtalspris med ett påslag om 50 procent.

I utredningen i målet framkommer inte annat än att Svanströms anbud offererar 90 procent av produkterna. Vidare framgår att en av 320 produkter har offererats på två positioner. Svanström har uppgett att de upplyst kommunen om den dubbla offereringen och kommunen har behandlat anbudet som om det inte lämnats någon prisuppgift på position 361. Kommunen har inte antagit den offererade produkten utan tilldelat Svanströms anbud belastningsvärde i enlighet med punkten 6.6. i förfrågningsunderlaget.

Genom sitt sätt att hantera Svanströms anbud får kommunen anses ha bedömt att det inte är nödvändigt att Svanströms anbud i den aktuella

situationen uppfyller skall-kravet – att samma produkt inte får offereras på två positioner – för att målen med upphandlingen ska uppnås. Vid en samlad bedömning av omständigheterna i målet anser kammarrätten att skall-kravet inte fyller någon nämnvärd funktion i den situation som uppkommit och att kravet därmed går utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Därvid har kammarrätten särskilt beaktat att förfrågningsunderlaget medger att de anbudsgivare som offererar 90 procent av produkterna inte lämnar prisuppgifter avseende de övriga produkterna varför Svanström inte behövt lämna prisuppgift på position 361.

Förfrågningsunderlaget i upphandlingen innehåller enligt kammarrättens mening ett vid de angivna förhållandena oproportionerligt skall-krav som blir orimligt att framhärda. När en upphandling är behäftad med ett fel som är hänförligt till utformningen av förfrågningsunderlaget och felet ifråga bedöms ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen kan felet i regel inte botas på annat sätt än genom att upphandlingen görs om. Kammarrätten konstaterar att förutsättningarna för den i målet aktuella upphandlingen anges i förfrågningsunderlaget som varit tillgängligt för samtliga leverantörer. Det är enligt kammarrättens mening inte sannolikt att någon leverantör har avhållit sig från att lämna anbud på grund av att skall-kravet är oproportionerligt vid de i målet aktuella förhållandena. Med hänsyn därtill och då leverantörerna har getts lika förutsättningar att lämna konkurrenskraftigt anbud har kommunen behandlat leverantörerna lika. Vidare innebär det anförda att felet inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Kammarrätten bedömer därför att någon skada inte uppkommit.

Mot bakgrund av det ovan anförda och eftersom avvikelser från skall-kravet i Svanströms anbud vid de förhållanden som föreligger i målet är irrelevanta och oväsentliga för upphandlingen och därmed inte kan anses stå i proportion till följden av att förkasta anbudet finner kammarrätten att kommunen inte har handlat i strid med de principer som bär upp LOU.

Förvaltningsrätten borde därför inte ha bifallit Staples ansökan om överprövning på den anförda grunden.

*Kostnadsavdrag*

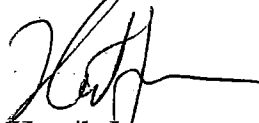
Som grund för att det finns skäl att besluta om åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU har Staples i sin ansökan om överprövning hos förvaltningsrätten även gjort gällande att Svanström vid utvärderingen fått felaktigt kostnadsavdrag för produkter som inte är miljöcertifierade. Förvaltningsrätten har inte prövat den grunden. Med hänsyn till detta och med beaktande av instansordningsprincipen finner kammarrätten att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av den av Staples åberopade grunden.

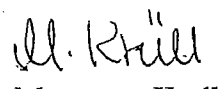
*Upplysning*

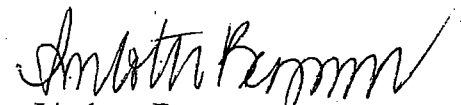
Upplysningsvis informeras om att kammarrättens intermistiska beslut den 26 april 2012 upphör genom detta kammarrättens avgörande. Förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § första stycket LOU gäller under handläggningen i förvaltningsrätten.

---

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

  
Henrik Jansson  
kammarrättsråd  
ordförande

  
Margareta Krüll  
kammarrättsråd  
referent

  
Liselotte Bergman  
adjungerad ledamot

/Johanna Edner  
föredragande





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

**DOM**  
2012-03-22  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
892-12  
Enhet 13

**SÖKANDE**

Staples Sweden AB, 556091-3591  
Box 1777  
501 17 Borås

*Ombud:*

Advokat Thomas Berner  
Advokatfirman Lindgren & von Hofsten AB  
Box 3  
542 21 Mariestad

**MOTPART**

Järfälla kommun  
177 80 Järfälla

**SAKEN**

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

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller Staples Sweden AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras vid vilken Frans Svanström & Co AB:s anbud inte ska beaktas.

Dok.Id 218659

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

## BAKGRUND

**Järfälla kommun** (kommunen) har genomfört en upphandling avseende försörjning av kontorsmaterial och kontorspapper till alla enheter inom kommunen (dnr Kst 2020/0410). Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling.

Av tilldelningsbeslut daterat den 4 januari 2012 framgår att kommunen har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än Staples Sweden AB (bolaget). I tilldelningsbeslutet anges bl.a. att anbuden har utvärderats utifrån priset på efterfrågad varukorg med avdrag för uppvisad service och kvalitet, vilket resulterat i utvärderingsbelopp. Anbudet med det lägsta utvärderingsbeloppet antogs.

## YRKANDEN M.M.

**Bolaget** ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska avbrytas och avslutas först efter att rättelse har gjorts. Bolaget yrkar även att förlängd avtalsspärr ska gälla. Bolaget anför till stöd för sin ansökan i huvudsak följande.

### *Skall-krav*

Det vinnande anbudet, Frans Svanström & Co AB:s (Svanströms), uppfyller inte skall-kravet i punkt 6.2 i förfrågningsunderlaget; "samma produkt får ej offereras på flera positioner". Ordalydelsen är tydlig och klar och lämnar inget utrymme för tolkning. I Svanströms varukorg har samma produkt (ett USB-minne) offererats på två positioner. Svanströms anbud ska därför uteslutas från utvärderingen.

*Miljöcertifikat*

I förfrågningsunderlaget punkt 2.12 2.10.2 anges följande;

”Leverantörer som kan uppvisa miljöcertifiering (Svanen, Blå ängeln, EU-blomman eller liknande) kommer att tilldelas kostnadsavdrag i utvärderingen.”

Ordet ”uppvisa” innebär att certifieringen ska förevisas och därmed styrka att respektive artikel har en certifiering/miljömärkning vilket bygger på att vissa specificerade kriterier är uppfyllda. Kriterierna för märket EU-blomman bygger t.ex. på en EU-förordning och syftar till att främja ur miljösynpunkt bättre produkter, något som kravet i förfrågningsunderlaget därmed gynnar. Syftet med en certifiering är att genom oberoende kontroll säkerställa att vissa kriterier uppfylls och därmed undvika en leverantörs subjektiva påståenden. Frågan är därför inte om andra bevis än miljömärkning ska godtas och inte om en artikel är miljömässig även om den inte är märkt med ett oberoende miljömärke. Punkt 6.2 kan endast avse att uppställa villkoret att produkten är miljömärkt.

Enligt kommunens utvärdering har Svanströms uppvisat miljöcertifiering på 36,05 % av produkterna och därför tilldelats ett kostnadsavdrag om 280 000 kr. För skilda produkter har Svanströms angett ”returpapper” samt ”returplast” vilket kommunen, mot ordalydelsen i förfrågningsunderlaget, har bedömt motsvarande t.ex. EU-blomman. Kostnadsavdrag har alltså felaktigt och i strid med förfrågningsunderlaget samt 1 kap. 9 § LOU tilldelats icke miljöcertifierade produkter. Svanströms ska rätteligen tilldelas ett kostnadsavdrag om 0 kr vilket innebär att det vid en korrekt utvärdering är bolagets anbud som ska antas såsom det mest fördelaktiga. Bolaget har, eller kan komma att, lida skada till följd av det felaktiga beslutet.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande.

*Skall-krav*

Syftet med skall-kravet i punkt 6.2 förfrågningsunderlaget är inte att utesluta en anbudsgivare utan att poängtera att om samma produkt offereras på flera positioner så kommer belastningspris att användas vilket försvårar för anbudsgivaren att vinna upphandlingen. I punkt 6.6 beskrivs tydligt på vilket sätt pris tilldelas på de positioner där pris inte lämnats eller lämnats felaktigt, nämligen genom belastningspris. I samma punkt anges att kommunen har tolkningsföreträde vid tilldelning av belastningspris, något som godkänts av samtliga anbudsgivare. Syftet med belastningspris är att kunna jämföra samtliga anbud på ett rättvist sätt även när vissa positioner i varukorgarna är felaktigt ifyllda. Belastningspris tilldelas på de positioner där leverantörer inte kan leverera produkten eller där ifylld produkt inte överensstämmer med vad som efterfrågats, detta istället för att förkasta hela anbud som i övrigt uppfyller ställda krav. I instruktionen till hur varukorgen ska fyllas i anges att ett anbud kan förkastas om varukorgen fylls i på fel sätt.

På en position offererade Svanströms en produkt (USB-minne om 4 GB) som inte överensstämde med vad som efterfrågades (USB-minne om 2 GB). Kommunen valde att se detta som att ingen produkt var angiven på positionen och istället för att förkasta anbudet tilldelades belastningspris. Det gick trots felet att genomföra en korrekt och likvärdig utvärdering. Utvärderingen har således skett enligt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget är inte av en sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet eller övriga krav och principer för offentlig upphandling har åsidosatts.

*Miljöcertifikat*

Bolagets varukorg hade det lägsta priset men efter kostnadsavdrag hade Svanströms anbud det lägsta utvärderingsbeloppet varför det var deras anbud som antogs. I förfrågningsunderlaget står ingenting om en oberoende part, de exempel på miljöcertifiering som anges i punkt 6.2 visar bara att dessa är att föredra ur en miljösynpunkt. Genom skrivelsen "och liknande" har det förtydligats att även andra miljömärkningar godkänns. Kommunen har godkänt samtliga erkända miljöcertifieringar samt produkter med motsvarande teknisk dokumentation i enlighet med 6 kap. 7 § LOU. Enligt paragrafen ska andra bevis än redan erkända miljömärken godtas. Förarbeten, doktrin samt den tidigare tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling, NOU, har slagit fast att en produkt kan vara miljömässig även om den inte är märkt med ett oberoende miljömärke.

Svanströms erbjöd i sitt anbud en stor mängd miljömässiga produkter av vilka en del var märkta med deras egen miljöcertifiering Lövet. Till anbudet bifogades teknisk dokumentation vilken bygger på uppgifter från tillverkaren och som visar att produkterna är tillverkade av returmaterial. Efter granskning av dokumentationen ansåg kommunen det tydliggjort att "returpapper" och returplast" motsvarar de i förfrågningsunderlaget uppräknade miljömärkena samt andra etablerade miljömärken på marknaden. Bolaget hade samma motivering angående deras produkter märkta med certifieringar från oberoende part; att produkterna var tillverkade av återvunnet material. Kommunen har således utfört utvärderingen i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

**Svanströms**, som fått tillfälle att yttra sig i målet, yrkar att ansökan avslås eftersom upphandlingen har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU. Till stöd för sin inställning anför Svanströms i huvudsak följande.

*Skall-krav*

Svanströms har tolkat skall-kravet "samma produkt får ej offereras på flera positioner" som att kommunen önskar en variation bland de offererade produkterna så att deras användare ska få ett större urval. Svanströms resonerade att ett USB-minne som kan lagra 2 GB eller 4 GB inte har något variationsvärde och offererade därför det större istället för det mindre. Eftersom den offererade är en bättre och dyrare produkt tillför detta inte några fördelar för Svanströms. Svanströms påpekade även att de erbjudit samma produkt två gånger i anbudet. Svanströms tolkade vidare förfrågningsunderlaget på samma sätt som kommunen; att eventuella fel skulle åtgärdas genom belastningspriser. Om de hade tolkat förfrågningsunderlaget på samma sätt som bolaget hade de lämnat positionen tom och även då vunnit upphandlingen. Det skulle strida mot proportionalitetsprincipen och vara orimligt att förkasta ett anbud på grund av att det bland över 320 artiklar på en position har erbjudits en bättre produkt än vad som efterfrågats.

*Miljöcertifikat*

Svanströms har hållit sig till dels de officiella märkningarna som till exempel Svanen och dels artiklar med officiella miljösymboler som till exempel återvunnen plast, en symbol som är välkänd för var och en. Svanströms har även använt sig av en annan välkänd symbol; propylen plast.

**DOMSKÄL**

*Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 6 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller

kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 16 kap. 8 och 10 §§ gäller, om en ansökan om överprövning har gjorts, en förlängd avtalsspärr under handläggningen i förvaltningsrätten. Den upphandlande myndigheten får inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Bolaget gör gällande att vinnande anbudsgivare, Svanströms, inte har uppfyllt skall-kravet i punkt 6.2. förfrågningsunderlaget med lydelsen; "samma produkt får ej offereras på flera positioner". Det är ostridigt att Svanströms på två olika positioner har offererat samma produkt. Kommunen gör gällande att syftet med kravet var att poängtera att belastningspris skulle tilldelas om samma produkt offererades på flera positioner. Svanströms uppger att de tolkat förfrågningsunderlaget på så sätt att eventuella fel skulle åtgärdas genom tilldelning av belastningspris. I punkt 6.6 förfrågningsunderlaget beskrivs på vilket sätt priset på produkterna ska anges. Vidare anges följande;

"För de positioner där pris inte lämnats tillämpas ett belastningsvärde genom påslag enligt kommunens gällande avtalspris. Förutom gällande priser görs ett påslag med 50 procent per samtliga varugrupper. Belastningsvärdet ska i förekommande fall endast fyllas i av kom-

munen. Belastningspriset multipliceras med angiven volym och summeras med anbudets övriga prissättning av varugruppen: (Beräkningsexempel: Vara som anbudsgivaren inte lämnar pris på, och som i nuvarande avtal kostar t.ex. 10 kr per enhet genererar ett belastningsvärde på 15 kr per enhet.) /.../ Kommunen har i annat fall tolkningsföreträde då belastningsvärde ska delges i tom position”

I beskrivningen av när och hur belastningsvärde tilldelas anges att detta tilldelas då det inte lämnats något pris på en position. Det anges inte att så kan bli fallet då en produkt offererats på flera positioner eller då anbudspecifikationen är felaktigt ifylld på andra sätt. Kommunens tolkningsföreträde gällande belastningsvärde gäller enligt förfrågningsunderlaget dessa situationer, dvs. då inget pris har lämnats på en position. Punkt 6.6 i förfrågningsunderlaget kan därmed inte tolkas på annat sätt än att belastningsvärde endast tilldelas då en position har lämnats tom utan prisangivelse och inte vid några andra omständigheter.

Svanströms gör gällande att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen om deras anbud blev uteslutet från prövningen på grund av att de offererat en bättre och dyrare produkt än den som efterfrågats. Svanströms har dock inte gjort gällande att skall-kravet i sig skulle vara oproportionerligt i förhållande till sitt syfte. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbudet. En upphandlande myndighet får inte pröva ett anbud som inte uppfyller ställda krav; ett sådant anbud ska uteslutas från prövningen (jfr Sundstrand, Offentlig upphandling – LOU och LUF, första upplagan, 2010, s. 175). I enlighet härmed anges det i förfrågningsunderlaget punkt 2.10 att endast de anbud som uppfyllt samtliga skall-krav kvalificeras och går vidare till utvärderingen.



Det är ostridigt att Svanströms har offererat samma produkt på två positioner. Svanströms anbud kan därmed inte anses uppfylla det aktuella skalkravet. Kommunen har trots detta inte uteslutit anbudet från prövningen. Med hänsyn till det anförda finner förvaltningsrätten det visat att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom Svanströms delaktighet i utvärderingen har haft avgörande betydelse för utgången får det anses visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed.

Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan istället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. Det är därför tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering sker utan beaktande av anbudet från Svanströms (jfr RÅ 2005 ref. 47). Bolagets ansökan ska därför bifallas i enlighet härmed.

Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de övriga invändningar som bolaget framställt i sin begäran om överprövning.

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

Magnus Schultzberg

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Sara Westberg.

## 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 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 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.