

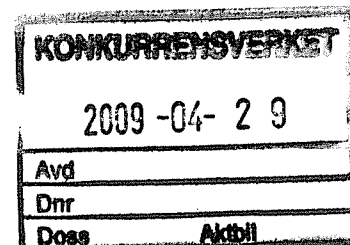
LÄNSRÄTTEN I  
ÖREBRO LÄN

**DOM**  
2009-04-27  
Meddelad i  
Örebro

Mål nr  
3113-08 E  
Rotel 9

### SÖKANDE

Papyrus Sverige AB, 556057-6554  
205 45 Malmö



Ombud: Lennart Keussen, Papyrus Sverige AB, 205 45 Malmö

### MOTPARTER

1. Askersunds kommun, Box 7, 696 21 Askersund
2. Bergslagens Kommunalteknik (BKT), Box 144, 713 23 Nora
3. Degerfors kommun, 693 80 Degerfors
4. Hallsbergs kommun, 694 80 Hallsberg
5. Hällefors kommun, 712 83 Hällefors
6. Karlskoga kommun, 691 83 Karlskoga
7. Kumla kommun, 692 80 Kumla
8. Laxå kommun, 695 80 Laxå
9. Lekebergs kommun, 716 81 Fjugesta
10. Lindesbergs kommun, 711 80 Lindesberg
11. Ljusnarsbergs kommun, 714 80 Kopparberg
12. Nerikes Brandkår, Box 33600, 701 35 Örebro
13. Nora kommun, Tingshuset, 713 80 Nora
14. Örebro kommun, Upphandlingsenheten, Box 30000, 701 35 Örebro
15. ÖrebroBostäder AB, 556334-8449, Box 8033, 700 08 ÖREBRO

### SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; ramavtal för kemtekniska-, hygien- engångs- och städprodukter – dnr 210-08-080

Papyrus Sverige AB, i fortsättningen Papyrus eller bolaget, yrkar och anför följande i ansökan om överprövning. Begäran om överprövning avser

Dok.Id 59832

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 63 701 41 Örebro	Drottninggatan 2	019-16 77 50 E-post: lansratteniorebro@dom.se	019-10 37 40	måndag – fredag 08:30-12:00 13:00-15:00

kommunernas upphandling av ramavtal för kemtekniska-, hygien- engångs- och städprodukter, dnr 210-08-080. Papyrus yrkar i första hand att upphandlingens utvärdering ska göras om, varvid Papyrus tilldelas upphandlingens samtliga kontrakt. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. (Länsrätten antecknar att sökanden senare har justerat sina yrkanden. För att inte bryta kronologin finns de justerade yrkandena återgivna under sökandens påminnelse i anledning av svaret från upphandlande enheter.) Bakgrund. Motparterna har infordrat anbud på ramavtal för de nyssnämnda produkterna. I förfrågningsunderlaget anges att utvärderingskriteriet är lägsta pris. Papyrus har lämnat det totalt sett lägsta priset till de 15 motparterna (jfr domshuvudet, lrns anm.). Kontrakt har tilldelats annan anbudsgivare. Bolagets överprövning gäller inte beslutet att tilldela Hygienteknik avtal med Kungsör, Arboga och Köping (KAK) kommuner. Till dessa kommuner har Hygienteknik lämnat lägsta pris. Som grund anför bolaget följande. 1. Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Upphandlande myndigheter synes vara 16 st. inkl. KAK. Upphandlingen omfattar fyra produktområden. Anbud kan lämnas för hela eller delar av det angivna sortimentet. Dock ska anbud lämnas på minst ett av de fyra produktområdena. Även uppdelning att gälla enbart viss upphandlande myndighet kan ske. 2. Detta innebär att antalet i och för sig möjliga utvärderingsmöjligheter är åtminstone 64 stycken, 16x4. Förfrågningsunderlaget anger således att anbud kan ha olika omfattning i det att de kan lämnas på allt från samtliga upphandlande myndigheters behov av alla fyra produktområdena till en myndighets behov av ett produktområde. Förfrågningsunderlaget anger dock inte på något sätt hur utvärderingen ska ske i händelse av den högst sannolika och i fallet aktuella situationen, att mer än ett anbud kommer in och att dessa inte har samma omfattning. Det anges inte heller varför det inte har skett separata utvärderingar för de upphandlande myndigheterna, vilket i så fall hade resulterat i att Papyrus tilldelats kontrakt. I förfrågningsunderlaget angavs inte förutsättningarna i det fall produkter skulle strykas i utvärderingen. I utvärderingen har många produkter strukits, på engångsartiklar 11 st. av 105 efterfrågade,

på hygien 30 av 110 efterfrågade, på kem 57 av 148 efterfrågade och på städ 48 av 216 efterfrågade. Papyrus har efter det att tilldelningsbeslut meddelats (081215) frågat upphandlingsenheten i Örebro om skälet till att så många positioner strukits och på frågan fått svaret att ”i samråd med de sakkunniga i arbetsgruppen har vi kommit fram till resultaten av vad som kan/ska utvärderas eller inte” (se bilaga 5). Detta förfarande måste anses strida mot transparensprincipen. Vid en utvärdering av samtliga positioner där alla anbudsgivare lämnat anbud blir totalsumman för Papyrus 12 362 270 kr och Corporate Express 12 568 779 kr på samtliga varugrupper, se bilaga 1. **3.** Den enda information som ges avseende utvärderingen är att det anbud som har det lägsta priset kommer att antas. På grund av ovan nämnda oklarheter bör därför utgångspunkten för bedömningen vara att det anbud som har det totalt sett lägsta priset på upphandlingsföremålet i dess helhet, ska antas. Upphandlingen omfattar samtliga de i förfrågningsunderlaget inledningsvis angivna myndigheterna och den information som finns angående utvärderingen är att anbudet med lägsta pris ska antas. De upphandlande myndigheterna är enligt principen om transparens bundna av den information som angetts i förfrågningsunderlaget. Någon ändring eller komplettering av underlaget har inte gjorts. Inte heller har det framkommit annan information i frågor och svar i upphandlingen. Utvärderingen bör därför göras om varvid Papyrus tilldelas upphandlingens samtliga kontrakt i enlighet med punkt 2.11.2 i förfrågningsunderlaget. Om domstolen skulle finna att oklarheterna är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede yrkas i andra hand att upphandlingen ska göras om. **4.** Rättspraxis innehåller ett stort antal domar i vilka det på olika sätt slås fast att en utvärdering som sker på ett sätt som avviker från, eller inte varit förutsebar jämfört med den information som lämnats i förfrågningsunderlaget, strider mot transparensprincipen. Bolaget nämner fem kammarrättsdomar och två domar från EG-domstolen (här utelämnade) och anför följande. I förevarande fall har varit avgörande för anbudsgivarna att veta inom vilket eller vilka områden utvärderingen kommer att ske. Denna in-

formation framgår inte av förfrågningsunderlaget, utan framkom först i tilldelningsbeslutet. Antalet olika varianter av utvärderingsmodeller som är möjliga medför i praktiken en fri prövningsrätt för de upphandlande myndigheterna. Fri prövningsrätt strider uppenbart mot både principerna om transparens och likabehandling och har i rättspraxis genomgående ansetts olagligt. Sammanfattningsvis har den faktiska utvärderingen inte kunnat förutses med informationen i förfrågningsunderlaget. Förfarandet strider därför mot transparens principen. Särskilt om skaderekvisitet. 1. Förfrågningsunderlaget anger lägsta pris som utvärderingskriterium. Papyrus har offererat det totalt sett lägsta priset. Trots detta har annan anbudsgivare tilldelats upphandlingens samtliga uppdrag. Papyrus har därför lidit skada. 2. De i LOU uppställda kraven på vad som ska anses utgöra skada för att tillåta åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU är låga. Den engelska versionen av rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) anger i artikel 1.3 som krav att sökanden "has been or risks being harmed", dvs. det är tillräckligt att det föreligger en risk för att den upphandlande enhetens brott mot LOU på något sätt kan vara till men för sökanden. I svensk rättspraxis har Regeringsrätten behandlat skaderekvisitet i RÅ 2005 ref. 10. I fallet hävdade den upphandlande enheten i överrättsprocessen att skaderekvisitet inte var uppfyllt på grund av att sökandens begränsade storlek gjorde det osannolikt att leverantören skulle ha tilldelats kontraktet. Regeringsrätten gjorde ingen sannolikhetsbedömning av kontraktstilldelningen, utan konstaterade att skaderekvisitet var uppfyllt då den upphandlande enheten avtalat om anskaffning av upphandlingsföremålet utan att ha tillämpat bestämmelserna i LOU, trots att så borde ha skett. Sökanden ansågs således ha lidit skada redan på den grunden att denne uteslutits från möjligheten att delta i upphandlingen.

De upphandlande myndigheterna, genom Örebro kommun, bestrider sökandens yrkanden och anför följande till grund för bestridandet. Upphandlingen har gjorts i samverkan för Örebro län och avser ramavtal för att ombesörja leverans av (de tidigare i domen nämnda, lms anm.) produkterna under

åren 2009, 2010 och 2011, med möjlighet till förlängning upp till 18 månader. Anbudsunderlaget har utarbetats av en arbetsgrupp bestående av sakkunniga och upphandlare. Upphandlingen har genomförts som öppet förfarande enligt 4 kap. LOU. Upphandlingen har annonserats i Official Journal och OPIC samt på kommunens hemsidor. Sista dag för att lämna anbud var den 24 juni 2008. Vid anbudstidens slut hade sex anbud kommit in. Under förutsättning av att inkomna anbud uppfyllt de i förfrågningsunderlaget givna skall-kraven har det anbud antagits som har det lägsta priset. Vid sammanställning av de sex inkomna anbuden uppfyllde två av sex inte uppställda skall-krav, varför de inte gick vidare till utvärderingen. Samtliga upphandlande enheter utom KAK kommer att teckna avtal med Corporate Express. Corporate Express har efter noga utvärdering av jämförbara, likvärdiga och efterfrågade produkter det lägsta priset. Tilldelningsbesked skickade den 15 december 2008. Synpunkter och förklaringar: I förfrågningsunderlaget, F1 Anbudsinbjudan sägs under punkten 2.6 bl.a. följande: *Anbud kan lämnas för hela eller delar av det angivna sortimentet, dock ska anbud lämnas på minst ett av de fyra produktområdena, även uppdelning att gälla enbart viss upphandlande myndighet kan ske.* Utvärderingen av de fyra kvalificerade anbuden är gjord på inkomna anbuds omfattning, dvs. hänsyn har tagits till produktområden som offererats samt vilka upphandlande myndigheter som anbudet har gällt. I ett av de inkomna anbuden svarade en anbudsgivare på tre av de fyra produktområdena och anbudet gällde samtliga upphandlande myndigheter. Här gjordes utvärderingen på de tre lämnade produktområdena för samtliga upphandlande myndigheter. Utvärdering gjordes av jämförbara, likvärdiga och efterfrågade produkter. Ett andra anbud var lämnat på enbart tre av de upphandlande myndigheterna men innehöll samtliga produktområden. Här gjordes prisutvärdering av jämförbara, likvärdiga och efterfrågade produkter enbart för de tre upphandlande enheterna, på deras inköpsvolym, samt med hänsyn till att en av de övriga anbudsgivarna lämnat anbud på enbart tre produktområden. Här blev det två separata utvärderingar för dessa tre upphandlande myndighe-

ter. Övriga två anbud gällde samtliga fyra produktområden och var lämnade på samtliga upphandlande myndigheter. Dessa två anbudsgivare har en väldigt jämn prisbild varför utvärderingen av jämförbara, likvärdiga och efterfrågade produkter fick stor tyngd. Flera olika prissammanställningar har gjorts, där hänsyn tagits till samtliga anbudsgivares omfattning av anbuden. Beskrivning av tillvägagångssättet överensstämmer med vad som gällt vid utvärderingen av de på visst sätt begränsade anbuden (jfr texten ovan). Med hänvisning till vad som anförts om förfarandet, delar inte de upphandlande myndigheterna sökandens uppfattning om att erforderliga utvärderingar inte har gjorts. Förfrågningsunderlaget består även av en del som benämns "F2 Kravspecifikation ...(produkterna)". I denna specifikation anges vilka krav som ska vara uppfyllda och krävs det att man i anbudet anger att kraven är uppfyllda. Vidare framgår det vilka skallkrav som köpargruppen ställer på vissa produktgrupper med angivna positionsnummer. Dessa positionsnummer återfinns i varuspecifikationen, med tillhörande produktspecifika krav. Offererade produkter som inte motsvarar beskrivningen/ uppfyller kraven på efterfrågade produkter har ansetts vara felaktig vara och därmed inte utvärderats. Vad som eftersträvats är att få produkter som så långt möjligt stämmer med vår beskrivning utan att ange visst märke eller fabrikat i enlighet med 6 kap. 4 § LOU. I varuspecifikationen efterfrågas sammanlagt 579 olika produkter, fördelade på 105 olika engångsprodukter, 110 olika hygienprodukter, 148 olika kem. tekniska produkter samt 216 olika städprodukter. I arbetet med att ta fram produkterna, beskrivning av dessa samt av skallkraven i kravspecifikationen har sakkunniga från de upphandlande enheterna deltagit. I denna arbetsgrupp ingår städledare med flera års yrkeserfarenhet inom branschen, miljösamordnare och upphandlare, vilket borgar för att en god produkt- och sakkunskap har erhållits. Trots den goda sakkunskap som köpargruppen besitter är det närmast omöjligt att i ord beskriva det som efterfrågas, när anbudet gällt så många produkter. Vid de enstaka fall där fel har upptäckts och påtalats, av bl.a. anbudsgivare under anbudstiden, har dessa fel skriftligen

korrigerats och rättelse sänts ut till samtliga som tagit del av förfrågningsunderlaget. För att kunna göra en prissammanställning på 579 olika produkter måste produkterna i de enskilda anbuden gå att jämföra sinsemellan. Fyra kommentarsammanställningar till prisutvärderingen har gjorts: "Kommentar Kem", "Kommentar Hygien", "Kommentar Engångs-" och "Kommentar Städ", bilagorna 1-4. I dessa sammanställningar har samtliga produkter kommenterats/utvärderats för att man ska kunna jämföra de olika produkterna, och senare priser, på ett jämförbart och rättvist sätt. Det är av stor vikt att produkter med samma position i de enskilda anbuden är jämförbara och efterfrågade produkter. Det har exempelvis inte ansetts likvärdigt i utvärderingen att på en och samma position i de fyra anbuden jämföra runda och fyrkantiga hinkar, då fyrkantig hink efterfrågats. I förfrågningsunderlaget är angivet att det anbud kommer att antas som innehåller det lägsta priset. Det är därför av största vikt att produkter som är "felaktiga" inte har jämförts med, för positionen, efterfrågade produkter. Samtliga anbudsgivare har offererat felaktiga produkter på flera positioner, dvs. anbud har lämnats på en vara som inte efterfrågats eller som inte uppfyller de krav som ställts. Har det funnits "felaktig" produkt i något anbud har den positionen strukits i utvärderingen, för samtliga anbud, i den aktuella prissammanställningen. Av denna anledning har flera olika prisutvärderingar varit nödvändiga att göra. När en anbudsgivare inte har offererat en produkt har den positionen strukits eftersom det inte är rättvisande att en tom position ska ge ett prisvärde av 0 kr. En sådan värderingsmodell skulle nämligen medföra att den anbudsgivares som offererat minst antal produkter följaktligen skulle vinna anbudet då få produkter skulle ge lägst pris.

Beträffande sökandens medsända underlag anför motparterna följande. Det framgår inte av underlaget vilken omfattning det avser eller hur prissammanställningen gjorts. Detta medför svårigheter att sätta sig in i hur sökanden har gjort sin utvärdering. Den utvärdering som sökanden har sänt med avser enbart ett produktområde, hygien, och en kommun, Örebro. Att visa

prissammanställning över ett produktområde för en upphandlande myndighet ger inte någon rättvis och korrekt bild av den totala prissammanställningen. Vidare kan man i ovan nämnda underlag som sökanden sänt med i ansökan om överprövning anse att sökanden prissammanställning inte är rättvisande för de fyra anbudena. Den åsikten underbyggs med följande exempel:

- Pos. 5.3: Corporate har offererat refill medan övriga offererat beskriven produkt. Sökanden har, trots olika produkter, jämfört produkterna i sin utvärdering,
- Pos. 5.4: Här har samtliga anbudsgivare offererat den efterfrågade produkten och dessutom samma produkt i alla anbudena, vilket anses likvärdigt. Sökanden har valt att inte räkna med den positionen i sin utvärdering, vilket ter sig märkligt.
- Pos. 8.5: Papyrus och Corporate har svarat med 'fel' produkt. I anbudet efterfrågas torkrulle för fett. Båda företagen har offererat torkrulle som inte är för fett, således en ej efterfrågad produkt i den positionen. Detta gör att positionen har strukits i vår prissammanställning medan sökanden har med positionen i den prissammanställning som de har insänt till länsrätten.
- Pos. 13.4 och 13.5: Här har Papyrus inte offererat några produkter och därmed får de priset 0 kr i dessa positioner. I vår uträkning är positionerna strukna, då de inte går att jämföra. Sökanden har med båda positionerna i sin uträkning vilket ger ett felaktigt resultat i sökandens sammanställning.
- Pos. 13: Flertalet positioner är offererade med en vara med ett lägre my-värde än vad som angetts i beskrivningen. De offererade produkterna uppfyller inte de krav som ställts och anses vara felaktiga varor. Sökanden har i sin sammanställning inte tagit någon hänsyn till detta och jämfört produkterna – och priserna – ändå, vilket är missvisande.
- Pos. 18.2: I produktbeskrivningen vill man ha en offererad produkt i storlek large. Papyrus har offererat x-large. Detta anses vara en felaktigt offererad produkt och inte jämförbart med de anbud som offererat large, vilket efterfrågats. Positionen har därför strukits i vår sammanställning medan sökanden räknar med positionen i sin inlägga.
- Pos 20.13 I beskrivningen efterfrågas en storkökssäck på ca 35 l. Papyrus har offererat en säck på 18 l. Med en avvikelse på nästan 49 procent anses detta vara en felaktig produkt. Positionen har strukits i de upphandlande enheternas uträkning men sökanden har räknat med positionen, vilket ej ger rättvisande resultat.



- Nerikes Brandkår har genomgående 0 kr i sökandens sammanställning, vilket är fel då det finns varor och inköpsmängd specificerad även för Nerikes Brandkår i varuspecifikationen.

Sökanden anger i sin skrivelse att ”vid en utvärdering av samtliga positioner där alla anbudsgivare lämnat anbud blir totalsumman för Papyrus 12 362 270:- och Corporate Express 12 568 779:-..” Detta påstående anser upphandlande myndigheter vara felaktigt då prissammanställningen som sökanden hänvisar till inte baseras på jämförbara, likvärdiga och efterfrågade produkter, jämför de punktade kommentarerna ovan. Sökanden har i stället, enligt citatet ovan, utvärderat samtliga positioner där alla anbudsgivare lämnat anbud. De upphandlande myndigheternas prissammanställning, utvärderad på jämförbara, likvärdiga och efterfrågade produkter, visar att anbudet från Papyrus är på 12 348 680:- medan Corporate Express anbud blir 12 130 972 kr (bilaga 5; prissammanställning som bifogats till delningsbeskedet). Således har Corporate Express lämnat ett anbud med lägsta pris. – Efter att tilldelningsbeskedet skickats har sökanden erhållit allt det material de efterfrågat. De har fått ta del av uträkningar och sammanställningar som gjorts i utvärderingen både vad gäller kommentarer till produkter i anbuden (bilagor 1-4), omräkning av priser till att gälla samma / jämförbar mängd/längd/kvantitet (bilagor 6-9) samt prissammanställningen (bilaga 5). Sökanden har även, via mejl 2008-12-19, ställt kompletterande frågor angående materialet gällande utvärderingen som sänts till dem. Detta mejl besvarades 2008-12-22. Samtliga bilagor åberopas som bevis för att upphandlande myndigheter tilldelat kontraktet till den anbudsgivare som avgivit lägsta pris i enlighet med förfrågningsunderlaget. *Vissa avslutande synpunkter.* I omfattande och samansatta upphandlingar, som det här är fråga om, kan förekomma vissa fel eller brister. Detta kan gälla såväl förfrågningsunderlag som utvärderingsmodell. Avgörande här är att underlaget, som varit gemensamt för ett större antal upphandlande myndigheter och varugrupper med vissa valmöjligheter för anbudsgivarna i dessa delar, är så utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgö-

ra vad de upphandlande myndigheterna tillmäter betydelse vid upphandlingen. Vidare måste den utvärderingsmodell som tillämpas leda till ett rättvisande resultat. Såväl förfrågningsunderlag som utvärderingsmodell måste vara väl förenliga med viktiga gemenskapsrättsliga principer, såsom kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Dessa krav är enligt upphandlande enheters förmenande uppfyllda i den överklagade upphandlingen. Framräkningen av lägsta pris har skett på saklig och objektiv grund utan åsidosättande av kraven i LOU. Förfarandet har inte heller i övrigt stridit mot de krav som uppställs i LOU. Vid eventuella, funna, marginella brister hänvisar de upphandlande myndigheterna till vad som får anses vara tolerabelt, jämför rättsfallet RÅ 2002 ref. 50.

Papyrus har yrkat och i huvudsak anfört följande i anledning av de upphandlande enheternas svar på begäran om överprövning. Med anledning av den information som kom fram genom kommunernas yttrande vill Papyrus justera sina yrkanden enligt följande. I första hand yrkas att utvärderingen ska göras om varvid Papyrus tilldelas följande kontrakt: **Städ:** Degerfors, Hallsberg, Karlskoga, Kumla, Lindesberg, ÖBO och BKT. **Hygien:** Karlskoga, Laxå, Lindesberg, Nora, Örebro och ÖBO. **Engångs:** ÖBO och BKT. **Kem:** Hällefors, Lindesberg, Örebro och ÖBO. – I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Grunder för förstahandsyrkandet. (1) Papyrus har, vad avser detta yrkandet, inga invändningar mot Kommunernas bedömning av om en produkt ska eller inte ska vara med i prissammanställningen. I tilldelningsbeslutet finns på varje position en kommentar om produkten kommit vidare eller ej. Alla anbudsgivare har i detta avseende behandlats lika. (2) Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att upphandlingen omfattar fyra produktområden, att anbud kan lämnas för hela eller delar av det angivna sortimentet, att anbud ska lämnas på minst ett av de fyra produktområdena och att uppdelning att gälla viss upphandlande enhet kan ske (2.). Detta innebär att varje produktområde måste utvärderas per kommun dvs. att det blir 60 st. prisutvärderingar (15 upphandlande enheter

x 4 produktområden). (3) Papyrus har gjort en prisutvärdering per produktområde och upphandlande myndighet på de produkter som kommunerna ansett likvärdiga i sin utvärdering och kommit fram till följande resultat på Städ, Hygien, Engångs och Kem. Länsrätten återger i det följande de produktområden respektive kommuner där Papyrus, enligt sin egen ingivna sammanställning, ligger lägst i pris (anbudssummorna utelämnade): På produktområde Städ: Degerfors, Hallsberg, Karlskoga, Kumla, Lindesberg, ÖBO och BKT. På Hygien: Karlskoga, Laxå, Lindesberg, Nora, Örebro, ÖBO och BKT. På Engångs: ÖBO och BKT samt på Kem.: Hällefors, Lindesberg, Örebro och ÖBO. (4) Med hänvisning till förfrågningsunderlaget avsnitt 2.6 ska kontrakt tilldelas enligt ovanstående redovisning. Grunder för yrkandet att upphandlingen ska göras om. (1) Kommunerna har i yttrandet redogjort för och förklarat hur de utvärderat anbuden i upphandlingen. Bland annat uppges att det varit av vikt att ”i möjligaste mån utvärdera jämförbara, likvärdiga och efterfrågade produkter” samt att ”hänsyn tagits till vilket/vilka produktområden anbudsgivaren har offererat”. Vidare att offererade produkter som inte motsvarat beskrivningen/uppfyller kraven på efterfrågade produkter har ansetts vara felaktiga och därmed inte utvärderats. Oaktat lämpligheten i den valda utvärderingsmetoden har Kommunerna sålunda i allt väsentligt gett en beskrivning av hur utvärderingen skett. Som Papyrus angett i ansökan är det olagligt att först i efterhand uppge denna information. (2) Domstolar har i flera fall bedömt lagligheten av förfrågningsunderlag respektive utvärderingsmetoder i upphandlingar som till sin allmänna struktur påminner om den nu aktuella, dvs. upphandlingar med och utvärdering av ett stort antal olika artiklar. Sökanden Papyrus hänvisar därefter (i särskilda punkter 3--6) till två kammarrättsdomar -- KRJ dom i mål nr 3768-07 respektive i mål nr 2186-05 som delvis återges och kommenteras, liksom RÅ 2002 ref. 50. Vad som återgivits och kommenterats är här utelämnat, länsrättens anmärkning. Papyrus påpekar (8) att domstolar och tillsynsmyndigheter entydigt har uttalat att utvärderingsmodeller är olagliga om de innebär att anbud utvärderas beroende på hur

andra anbud utformats. I nu aktuell upphandling (9) har den tillämpade metoden för nollställning, till skillnad från omständigheterna i ovan citerad praxis, över huvud taget inte redovisats i förfrågningsunderlaget. Det har sålunda över huvud taget inte gått att förutse för anbudsgivare att deras anbud skulle komma att utvärderas beroende på hur andra anbud utformats. Redan på den grunden är således upphandlingen behäftad med sådana brister avseende transparens att den är olaglig. (10) Även om metoden hade redovisats är det Bolagets uppfattning att den är olaglig åtminstone på den grunden att den innebär att anbuden inte utvärderats på egna meriter. Utvärderingen av en anbudsgivares anbud har varit helt beroende av hur andra anbudsgivare utformat sina anbud. Metoden innebär dessutom en uppenbar risk att "skötsamma" leverantörer, dvs. leverantörer som uppfyller många krav avseende artiklarna / upphandlingsföremålen missgynnas mest då deras offererade artiklar inte utvärderas på grund av att andra leverantörer inte förmått eller valt att inte offerera dessa artiklar. Detta förhållande står i uppenbar kontrast med de bakomliggande principerna om fri rörlighet för varor och tjänster och fri konkurrens som är de grundläggande ideologiska principerna i EG:s primärrätt, på vilka EG-direktiven om offentlig upphandling vilar. (11) Förfrågningsunderlaget brister i transparens då underlaget inte anges i vilka konstellationer som utvärderingen skulle ske. Kommunernas val av utvärderingskonstellationer framkom först i samband med tilldelningsbeslutet. Som angavs i ansökan om överprövning är antalet i och för sig möjliga utvärderingsmöjligheter åtminstone 64 st. Förfrågningsunderlaget anger att anbud kan ha olika omfattning i det att de kan lämnas på allt från samtliga upphandlande myndigheters behov av alla fyra produktområdena till en upphandlande myndighets behov av ett produktområde. Förfrågningsunderlaget anger dock inte på något sätt hur utvärderingen ska ske i händelse av den i detta fall aktuella situationen, att mer än ett anbud kommer in och att dessa inte har samma omfattning. Bristen på information i detta avseende innebär ytterligare osäkerhet för poten-

tiella och faktiska leverantörer om hur deras anbud kommer att utvärderas. I övrigt vidhålls vad som anförts i ansökan om överprövning.

De upphandlande enheterna har genmält följande som svar på påminnelsen. En underrättelse från länsrätten, daterad den 17 februari 2009, ger de upphandlande myndigheterna tillfälle att yttra sig över innehållet i en ny inlaga från sökanden. De upphandlande myndigheterna, genom Örebro kommun, bestrider även denna gång sökandens nu justerade yrkanden och får till stöd för bestridandet anföra följande. 1 Sökandens yrkanden och de upphandlande myndigheternas inställning härtill: Sökanden har ändrat sitt förstahandsyrkande till att bli tilldelad kontrakt avseende vissa upphandlande myndigheter och produktområden på sätt närmare anges i tabellen nedan (*tabellen här utesluten, men innehållet känt genom sökande påminnelse, länsrättens anmärkning*). En sådan uppdelning är inte medgiven enligt förfrågningsunderlaget för en anbudsgivare som avgivit anbud för samtliga upphandlande myndigheter och produktområden, vilket är fallet med sökande. Ett sådant anbud ska odelat prövas mot övriga anbud i upphandlingen. Att tillåta en sådan yrkad fördelning eller sortering på myndighet och produktområde skulle medföra konsekvenser för både beställare och leverantör som inte är möjliga att förutse eller beräkna kostnaden för. Upphandlingslagstiftningens krav på förutsebarhet och transparens skulle i ett sådant förfarande inte kunna tillgodoses. Härtill kommer att sökanden först nu – i ett sent skede av domstolsprocessen efter att ha konstaterat att kommunens anbudsutvärdering var korrekt – framfört synpunkter som ligger till grund för det ändrade förstahandsyrkandet. De upphandlande myndigheterna bestrider sökanden båda yrkanden. Att, enligt sökandens utvärdering, tilldela kontrakten såsom sökanden yrkar medför att de upphandlande myndigheterna kan få upp till tre leverantörer, en leverantör per produktområde, inom de upphandlade områdena. Detta bör anses helt orimligt i både beställar- och miljöhänseende. Dessutom blir Nerikes Brandkår utan avtalsleverantör inom produktområdena städ-, hygien- och engångs-

2. Synpunkter och förklaringar i övrigt: Att man i förfrågningsunderlaget, F1 p. 2.6, skriver ”Anbud kan lämnas på hela eller delar av det angivna sortimentet..” och vidare ”Upphandlande enhet förbehåller sig rätten till uppdelning på flera anbudsgivare på samtliga produkter i förfrågan eller enstaka produkter i det angivna sortimentet” betyder att upphandlande myndigheter öppnar upp även för ’mindre företag’, med ett begränsat sortiment, att lämna anbud samt att mindre företag ska kunna bli leverantör på det sortiment de har att erbjuda. Texten medger inte att utvärdering ska göras för varje produktområde kontra varje upphandlande myndighet för sig i den situation då anbudsgivare har lämnat anbud för samtliga produktområden och upphandlande myndigheter. I aktuell upphandling inkom ett anbud där anbudsgivare enbart lämnade anbud på tre produktområden. De upphandlande myndigheterna tog hänsyn till detta när utvärdering gjordes. Aktuellt anbud hade inte lägsta pris, efter utvärderingen på enbart de tre offererade produktområdena. Följaktligen blev anbudsgivaren till nämnda anbud inte leverantör på offererade produktområden. En annan anbudsgivare lämnade anbud på samtliga fyra produktområden men enbart på Västra Mälardalens kommunalförbund; Arboga, Kungsör och Köping. Vid utvärderingen tog de upphandlande myndigheterna hänsyn till detta. Anbudsgivaren hade lägst pris med avseende på Västra Mälardalens kommunalförbund och blev leverantör till förbundet. Sökanden har inte med Västra Mälardalens kommunalförbund i sin inlaga trots att samma tillvägagångssätt har använts vid utvärderingen. - De upphandlande myndigheterna har gjort utvärdering på ett transparent och rättvisande sätt, helt enligt förfrågningsunderlaget F1, p. 2.6. Sökanden skriver nu, i sitt justerade yrkande, att varje produktområde ska utvärderas var för sig med hänsyn till varje upphandlande myndighet. I sin inlaga den 23 december 2008 uppgav sökanden följande: ”Det antal olika varianter av utvärderingsmodeller som är möjliga; åtminstone 64 eller 72 stycken, medför i praktiken en fri prövningsrätt för de upphandlande myndigheterna. Fri prövningsrätt strider uppenbart mot både transparensprincipen och likabehandlingsprincipen

och har i rättspraxis genomgående ansetts olagligt.” När sökanden nu justerar sitt yrkande använder sig sökanden av ovan beskrivna fria provningsrätt. Sökanden har själv menat, i sin första inlaga, att enligt rättspraxis detta ska anses olagligt. Upphandlande myndigheter delar sökandens uppfattning om att fri provningsrätt är otillåten enligt LOU. Däremot anser upphandlande myndigheter att utvärdering inte är gjord enligt fri provningsrätt utan hänsyn har tagits till vilket produktområde samt vilken upphandlande myndighet som anbudet avsett, helt enligt förfrågningsunderlaget i avsnittet F1, p 2.6. Sammanfattningsvis yrkar de upphandlande myndigheterna, med vidhållande av tidigare redovisade uppfattning, att länsrätten ska avslå sökandens framställning om åtgärder enligt LOU. Utvärderingsgrunden för anbuderna har varit lägsta pris. Avgivna anbud har de upphandlande enheterna på ett transparent och rättvisande sätt utvärderat och sammanställt, helt enligt den metod som anges i förfrågningsunderlaget.

### DOMSKÄL

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.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Som en grundläggande princip för offentliga upphandlingar anges i 1 kap. 9 § LOU att upphandlande myndigheter skall genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Häri ligger en skyldighet för den upphandlande myndigheten

att skapa öppenhet samt att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. Förfrågningsunderlaget måste vara klart och tydligt samt innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får emellertid anses vara godtagbara under förutsättning att de principer som uppstår LOU och gemenskapsrätten inte åsidosätts, jämför Regeringsrättens dom, återgiven i årsboken som RÅ 2002 ref. 50. Den upphandlande enheten bestämmer hur upphandlingen skall utformas. Enheten har härvid ett betydande utrymme för en skönsmässig bedömning ifråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för att tilldela ett kontrakt. Förutsättningarna är – i enlighet med vad som följer av gemenskapsrättsliga principer – att kraven är proportionella och har anknytning till det som upphandlas samt att de inte är diskriminerande. När enheten har fastställt de krav och kriterier som den vill tillämpa och sänt ut förfrågningsunderlaget, äger den i princip inte rätt att vid anbudsutvärderingen frångå de ställda kraven eller göra en skönsmässig bedömning. Dessa krav avser både leverantören som sådan och den tjänst eller vara som upphandlas. Anbud som uppfyller samtliga krav går vidare till den slutliga utvärderingen som görs enligt utvärderingsgrunderna angivna i förfrågningsunderlaget. Huvudregeln är att om ett skall-krav skulle visa sig vara icke uppfyllt får anbudet inte antas då ett sådant förfarande skulle strida mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling av anbudsgivare, transparens och förutsebarhet.

Frågorna i målet gäller i första hand en begäran om ny utvärdering och i andra hand yrkande att upphandlingen ska göras om på närmare angivna skäl. Länsrätten anser att processen i mål enligt LOU styrs av parterna på samma sätt som gäller i dispositiva tvistemål i allmän domstol. Detta innebär att sökanden har åberopsbördan vad beträffar omständighet/felaktighet, som ligger till grund för sökandens yrkande/n/.



Yrkandet att utvärderingen ska göras om

Urvalskriteriet i förfrågningsunderlaget har varit 'lägsta pris'. De krav som ställs på efterfrågad vara har angivits för var och en av de 579 produkterna. Det är inte stridigt mellan parterna att vissa erbjudna varor ansetts inte uppfylla kriterierna och därför inte ingått i utvärderingen. Kriteriet 'lägsta pris' är inte ifrågasatt som urvalsprincip, däremot den närmare innebörden enligt förfrågningsunderlaget. F1 (Anbudsinbjudan) punkt 2.6 har rubriken **Helt eller delat anbud** och första stycket följande lydelse: Anbud kan lämnas för hela eller delar av det angivna sortimentet, dock **skall anbud lämnas** på minst ett av fyra produktområden, även uppdelning att gälla enbart viss upphandlande myndighet kan ske. Med produktområde menas hygien, engångs, städ eller kem. Upphandlande enhet förbehåller sig rätten till uppdelning på flera anbudsgivare på samtliga produkter i förfrågan eller enskilda produkter av det angivna sortimentet (andra stycket).

I föreskriften F1 punkt 1.4. andra stycket anförs följande. Anbudsgivare bör påtala eventuella fel och oklarheter i anbudsunderlaget under anbudstiden. Länsrätten gör följande bedömning. Det är förfrågningsunderlagets föreskrifter som ska styra tolkningen. Driven till sin yttersta spets skulle begreppet lägsta pris kunna avse lägsta pris räknat på var och en av de 579 efterfrågade produkterna. Föreskriften i F1, p 2.6 har dock inte sådan lydelse och en sådan tolkning har inte ens gjorts gällande. Idén med ramavtal är naturligtvis en annan än att skapa en situation med hundratals kvalificerade leverantörer. Skrivningen i föreskriften är att 'anbud kan lämnas för hela eller delar av det angivna sortimentet'. På av motparterna angivna skäl har man inte kunnat kräva anbud för hela sortimentet som villkor för tilldelning. Såvitt framgår har inte någon anbudsgivare påtalat att föreskriften skulle vara oklar. De anbudsgivare som kvalificerat sig fram till utvärderingen har, liksom Papyrus, lämnat ett vad avser produkterna närmast heltäckande anbud. Länsrätten kan inte finna annat än att kraven på tydlighet

och förutsebarhet är uppfyllda. Därmed är även sagt att en utvärdering och tilldelning produktområde för produktområde inte avsetts och inte kan krävas, jämför sökandens senare framställda nya primära yrkande.

Att *ett* anbud, enligt sökanden, borde ha lämnats till *var och en* av de upphandlande myndigheterna kan inte utläsas ur anbudsföreskrifterna. Separata utvärderingar, myndighet för myndighet, har då inte heller varit påkallade. Därmed har sökandens alternativa förstahandsyrkanden blivit besvarade.

Andrahandsyrkandet att upphandlingen ska göras om

Papyrus yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Sökanden åberopar att utvärderingsmodeller enligt praxis är olagliga om de innebär att anbud utvärderas beroende på hur andra anbud utformats (punkterna 2 -- 10 i sökandens påminnelse i anledning av de upphandlande enheternas svar på ansökan). Som framgår av den citerade domen från Regeringsrätten ska utvärderingen göras enligt de grunder för utvärdering som finns angivna i förfrågningsunderlaget.

De upphandlande enheterna har i svaret förklarat bakgrunden till den s.k. nollställningen; vissa produkter har uteslutits när anbuden jämförts exv. för att kunna ställa anbudsgivarnas totalpris på samma antal produkter mot varandra. Eftersom en eller flera produkter har kunnat falla bort och också fallit bort, trots att en anbudsgivare uppfyllde kraven och låg lägst i pris på nämnda produkt, finns det fog för kritiken att en leverantör kan ha missgynnats därför att hans anbud inte helt och fullt har utvärderats på egna meriter. Samtidigt kan rätten inte finna annat än att en sådan 'nollställning' är nödvändig för att skapa en rättvis lägsta-pris-utvärdering. Det erinras här om att Papyrus inte gjort gällande att man, som anbudsgivare för egen del, blivit diskriminerad av anförda skäl. Utredningen i övrigt ger inte heller

stöd för någon sådan slutsats. Vad som förekommit ska därför inte medföra rättelse.


Beträffande övriga invändningar från sökanden görs följande bedömning. Det är en tacksam uppgift att, med facit i hand, hävda att föreskrifterna i ett förfrågningsunderlag skulle ha kunnat vara tydligare i enskildheter. Genom Papyrus ansökan har dock inte visats eller gjorts sannolikt att skada/mer eller risk för ekonomisk skada har uppstått för sökanden genom ofullkomligheter i underlaget eller i sättet att genomföra upphandlingen, jämför RÅ 2002 ref. 50.

På grund av det anförda föreligger inte någon skyldighet för de upphandlande enheterna att göra om eller på annat sätt rätta upphandlingen.

#### DOMSLUT

Länsrätten avslår begäran om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (3103/1d).

  
Oscar Thurén





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla**

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

