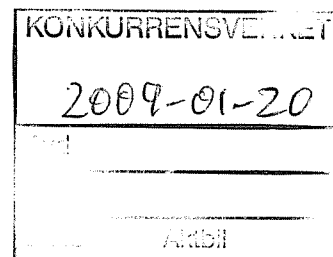


KLAGANDE

Actia Nordic AB, 556350-7028

Ombud: Erik Backlund
Stora Strandgatan 6 A
261 31 Landskrona



MOTPART

AB Svensk Bilprovning, 556089-5814
Box 508
162 15 Vällingby

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Stockholms läns dom den 8 december 2008 i mål nr
22712-08, se bilaga

SAKEN

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

Actia Nordic AB har överklagat länsrättens dom.

Kammarrätten har i beslut den 16 december 2008 avslagit bolagets yrkande om att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

AB Svensk Bilprovning har härefter upplyst kammarrätten att avtal har tecknats den 19 december 2008 med Autocom Diagnostic Partner AB avseende den aktuella upphandlingen.

SKÄL

I 16 kap. 1 § LOU anges bl.a. följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

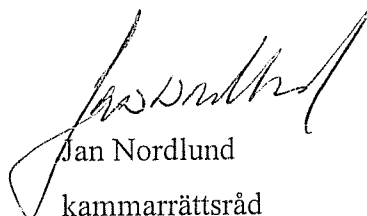
Av handlingarna i målet framgår att sådan underrättelse som avses i 9 kap. 9 § LOU lämnades den 4 november 2008. Vidare framgår att länsrätten i den överklagade domen har upphävt sitt interimistiska beslut från den 14 november 2008. Något nytt interimistiskt beslut har därefter inte meddelats.


Då det numera finns ett kontrakt avseende den aktuella upphandlingen och det har gått mer än tio dagar sedan länsrätten upphävde det interimistiska beslutet är kammarrätten förhindrad att pröva Actia Nordic AB:s överklagande.


BESLUT

Kammarrätten avskriver målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.


Jan Nordlund
kammarrättsråd


Peter Dinnetz
kammarrättsråd
referent


Ingela Grönquist
tf assessor

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-12-08
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22712-08
Rotel 224

SÖKANDE

Actia Nordic AB, 556350-7028
Hammarbacken 4 A
191 49 Sollentuna

Ombud: Erik Backlund
Stora Strandgatan 6 A
261 31 Landskrona

MOTPART

AB Svensk Bilprovning, 556089-5814
Box 508
162 15 Vällingby

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår yrkandena om ingripande enligt LOU och om editionsföreläggande.

Länsrättens interimistiska beslut den 14 november 2008 upphör härmed att gälla.

AB Svensk Bilprovning (Bilprovningen) har inbjudit leverantörer att lämna anbud i en öppen upphandling avseende utrustning och programvara för genomförande av EOBD-kontroller och elektronisk fordonsdiagnos (e-Diagnos).

Av tilldelningsbeslut 2008-11-04 framgår att Bilprovningen vid en sammantagen bedömning bedömt att det anbud som Autocom Diagnostic Partner AB (Autocom) lämnat är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

YRKANDEN M.M.

Actia Nordic AB (Actia) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingens ska göras om och att länsrätten förelägger Bilprovningen att till Bolaget utge Autocoms anbud. Som grund för yrkandena anförs följande.

Beskrivningen av prisvärderingen innefattar sådana brister att upphandlingen skall göras om. I förfrågningsunderlaget (5.9.2, 5.9.3 och 5.9.4) definieras priserna. För EOBD skall priset specificeras på central programvara, pris för diagnosutrustning per styck baserat på 600 enheter, eventuell årlig licenskostnad, pris för implementering och prislista för reparation/utbytesenhet. Därefter anges bland annat följande. Det skall i anbudet anges vad som tillkommer i form av uppgraderingar samt timpris för konsultkostnader avseende vissa tjänster. Under 5.9.3 anges att timpris skall anges för konsultkostnader. Under 5.9.4 anges att ”i de fall anbudsgivaren erbjuder stödsystem för lokalisering av uttag ska priset för detta anges separat”. Under utvärderingsdelen i förfrågningsunderlaget, (7.2) anges att med anbudspris avses totalt pris för central programvara för EOBD, diagnosutrustning (600 enheter) för EOBD, årlig licenskostnad för EOBD, pris för implementering av diagnosutrustning, pris för programvara avseende e-Diagnos, licenskostnad baserad på 1000 kommersiellt utförda e-Diagnoser samt systemstöd för lokalisering av uttag. Därutöver kommer hänsyn tas till pris för reparation/utbytesenhet för diagnosutrustning samt konsultkostnader. Under 5.8.2 anges vidare att garanti- och/eller serviceavtal ska erbjudas under hela avtalsperioden inklusive eventuell förlängning. I utvärderingsdelen samt i tilldelningsbeslutet anges att hänsyn tagits till pris stödsystem för lokalisering av uttag. Som angavs

ovan anges dock att detta synes vara en option. En anbudsgivare som inte erbjuder denna tjänst skulle således erhålla ett oförtjänt lägre pris. Det föreligger således avsevärda faktiska skillnader mellan vad som anges i förfrågningsunderlagets utvärderingsdel respektive i övriga delar av förfrågningsunderlaget. Eventuella garanti- och serviceavtal synes till exempel inte ha utvärderats. Enligt utvärderingsprotokollet har inte heller hänsyn tagits till reparation/utbytesenhet för diagnosutrustning samt konsultkostnader vilket angavs i förfrågningsunderlaget. Uppgraderingskostnader, som enligt 5. 9. 2, uttryckligen skulle anges, synes inte heller ha utvärderats. Då uppgradering är en integrerad del av upphandlingsföremålet som dessutom är en del av det som leverantören tar betalt för måste denna kostnad utvärderas. Bilprovningen har i denna del låtit bli att utvärdera en del av det faktiska priset. Vidare framgår inte heller om vissa av de specificerade kostnader som de facto utvärderats avser pris per år eller enligt andra alternativ.

Vidare har Bilprovningen i tilldelningsbeslutet angett Actias pris till 10 259 160 SEK, vilket är en mix av kostnader för år 1 och år 2. Bilprovningen har således räknat fel. Som exempel kan nämnas att Actia offererat tester utan kostnad år 1. Bilprovningen har felaktigt lagt till en kostnad för tester år 1 på bolagets anbudspris. Dessutom kan konstateras att en annan anbudsgivares (Autometric AB) anbud i det första tilldelningsbeslutet angavs till 16 870 000 SEK och i det andra tilldelningsbeslutet 16 520 000 SEK. Detta utan att det skett någon ändring av Autometrics anbud. Dessa felräkningar och divergerande prisuppgifter avseende samma anbud styrker Actias uppfattning att prisutvärderingen har utgått från ett material som är så oklart att det inte uppfyller lagens krav på tydlighet och förutsebarhet. Grunden för yrkandet om föreläggandet att utge den vinnande leverantörens anbud är dels för att kunna kontrollera om denne uppfyller ställda krav och dels för att se hur denne prissatt sitt anbud med hänsyn till det ovan nämnda. Det kan till exempel vara så att den vinnande anbudsgivaren erbjudit ett lågt anbudspris enligt den definition som angetts i förfrågningsunderlaget, men hämtat hem denna kostnad i andra delar av upphandlingsföremålet som dock ej utvärderats. Innan Actia har fått ta del av Autocom's anbud kan detta dock inte kontrolleras. Bolaget vill därför ta del av den vinnande leverantörens anbud och därefter ut-

veckla talan i enlighet med vad som framkommer vid granskningen av anbudet. En leverantör som är part i ett överprövnings- eller skadeståndsmål har rätt att ta del av allt material i målet. Detta följer av reglerna i förvaltningsprocesslagen respektive rättegångsbalken samt 14 kap 5 § sekretesslagen (prop. 2006/07:128 sid. 269).

Länsrätten har 2008-11-14 beslutat interimistiskt med stöd av 16 kap. 2 § andra stycket LOU att Bilprovningen inte får avsluta ifrågavarande upphandling innan rätten förordnar annat i målet.

Bilprovningen bestrider Actias yrkanden och anför följande beträffande prisutvärderingen.

I förfrågningsunderlaget avsnitt 5.9.2 anges, vad avser utrustning för EOBD, att anbudspriserna ska omfatta samtliga i förfrågningsunderlaget beskrivna uppdrag till angivna villkor och krav samt att anbudspriset ska specificeras på följande delar.

1. Central programvara
2. Pris för diagnosutrustning per styck (baserat på ca 600 enheter)
3. Eventuell årlig licenskostnad
4. Pris för implementering
5. Prislista för reparation/utbytesenhet (baserat på faktiska reparationskostnader).

Vidare anges att det i anbudet tydligt ska definieras vad som omfattas av eventuella licenskostnader eller motsvarande och vad som tillkommer i form av uppgraderingar. Därutöver ska pris anges per konsulttimme för eventuella anpassningar och test vid versionsuppgraderingar samt i förfrågningsunderlaget definierade utbildningsinsatser.

I förfrågningsunderlaget avsnitt 5.9.3 anges, vad avser utrustning för e-Diagnos, att anbudspriset ska omfatta i förfrågningsunderlaget beskrivet uppdrag till angivna villkor och krav samt att anbudspriset ska specificeras på följande delar.

1. Totalt pris för programvara.
2. Eventuell licenskostnad baserad på tio tusen (10 000) kommersiellt utförda e-Diagnoser. (Senare förtydligat att gälla 10 000 e-Diagnoser per år).
Därutöver ska pris anges per konsulttimme för eventuella anpassningar och test vid versionsuppgraderingar.

I förfrågningsunderlaget avsnitt 5.9.4 anges, vad avser stödsystem, att anbudspriset ska omfatta samtliga i förfrågningsunderlaget beskrivna uppdrag till gällande villkor samt att anbudspriset ska anges som total utvecklingskostnad samt eventuell licenskostnad. I de fall anbudsgivaren erbjuder stödsystem för lokalisering av uttag ska priset för detta anges separat.

Under avsnitt 7.2 beskrivs metoden för utvärdering samt definitioner av utvärderingskriterierna varav anbudspriset är ett.

Vad avser anbudspriset anges att detta är totalt pris för

central programvara för EOBD,
plus diagnosutrustning (600 enheter) för EOBD,
plus årlig licenskostnad för EOBD,
plus pris för implementering av diagnosutrustning för EOBD,
plus pris för programvara avseende e-Diagnos,
plus licenskostnad baserad på 10 000 kommersiellt utförda e-Diagnoser,
plus systemstöd för lokalisering av uttag.

Vidare anges att hänsyn kommer att tas till pris för reparation/utbytesenhet för diagnosutrustning samt konsultkostnader.

I förfrågningsunderlaget beskrivs på en mycket detaljerad nivå (vilket framgår av ovan relaterad text) dels de krav som gäller för hur anbudspriset ska anges i anbudet för respektive produkt dels hur dessa anbudspriser kommer att sammanställas vid beräkning av det totala anbudspriset. Anbudsgivarna har därutöver haft tillfälle att under anbudstiden ställa kompletterade frågor i de fall beskrivningarna i anbudet i något avseende uppfattats som otydliga. Bilprovningen har vid beräkning av det totala anbudspriset för respektive anbudsgivare följt den ovan angivna definitionen. Utvärderingen av kriteriet anbudspris uppfyller till fullo kraven på tydlighet och förutsägbarhet. Bilprovningen uppfyller därmed också kravet enligt 1 kap 9 § LOU att upphandlade myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt att principerna för ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Härutöver anføres att i förfrågningsunderlaget avsnitt 5.7 anges att anbudsgivaren bör kunna erbjuda ett webbaserat stödsystem för lokalisering av diagnosuttag. Samliga kvalificerade anbud innefattar ett sådant stödsystem och pris för detta har angivits vilket, i enlighet med ovan beskriven prisutvärderingsmodell, har tagits med vid beräkningen av det totala anbudspriset.

Actia har uppgett att garantivillkoren utgörs av ett antal ska-krav. Bilprovningen har vid utvärderingen av anbuderna kontrollerat att dessa ska-krav är uppfyllda. Samtliga kvalificerade anbudsgivare uppfyller ställda ska-krav. Någon ytterligare värdering av garantivillkoren har därmed inte gjorts och ska inte heller göras.

I förfrågningsunderlaget anges att hänsyn ska tas i utvärderingen till kostnader för reparations/utbytesenhet samt konsultkostnader vilket också har gjorts. Actias pris för reparation/utbytesenhet anges till 4 670 SEK, Autocom till 3 600 SEK och Autometrics till 8 750 SEK. Vad avser konsultkostnaderna anger Actia kostnaderna till 660-850 SEK/timme, motsvarande kostnader för Autocom är 500-550 SEK/timme och Autometric 950 SEK/timme. Priserna för reparations/utbytesenhet samt konsultkostnader speglar därmed anbudsgivarnas totala anbudspris och påverkar därmed inte den slutliga utvärderingen. Vad avser eventuella uppgraderingskostnader har ingen av anbudsgivarna angivit några sådana varmed Bilprovningen utgår från att dessa ingår i anbudspriset. I förfrågningsunderlaget, med under anbudstiden gjorda kompletteringar, framgår klart vilka tidsperioder som avses.

Beträffande vad Actia anfört under avsnitt 3 punkt 3 att det anbudspris som Bilprovningen redovisat i tilldelningsbeslutet för bolagets del (10 259 160 SEK) är en mix av kostnader för år 1 och år 2 samt att hänsyn inte tagits till att bolaget offererat tester utan kostnad år 1 uppges följande. Actia anger förvisso i sitt anbud att det under 2009 inte kommer debiteras några styckekostnader för e-Diagnoser. Då införandet beräknas till september 2009 så utgör de 3-4 återstående kostnadsfria månaderna en försumbar del av det totala anbudspriset. Bilprovningen påpe-

kar att utvärderingen av kostnaden för e-Diagnos är beräknad på 10 000 utförda e-Diagnoser per år, helt i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget.

Bilprovningen har översänt vinnande anbudsgivares anbudspris och uppgett att resterande del av anbudet innehåller tekniska specifikationer som utgör företags-hemligheter.

Actia vidhåller vad som anförts i ansökan om överprövning och genmäler att den av bilprovningen lämnade definitionen av "anbudspris" redogörelsen stämmer inte överens med de produkter och tjänster som skall prissättas. Det innebär att det pris som utvärderats delvis inte motsvaras av det som upphandlats. Detta förfarande strider mot transparensprincipen. Felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och bör därför göras om. Vad gäller stödsystem återfinns inte detta i definitionen av "Anbudspris". Trots detta har det utvärderats. En upphandlande myndighet som vid utvärderingen avviker från de i förfrågningsunderlaget stipulerade villkoren bryter mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen gentemot de leverantörer som lämnat anbud. Ett sådant förfarande innebär också att myndigheten bryter mot likabehandlingsprincipen gentemot presumtiva anbudsgivare som avstått från att lämna anbud i upphandlingen på grund av att de inte ansett att de skulle kunna uppfylla ställda krav eller erhålla höga eller tillräckliga poäng i utvärderingen. Bilprovningens resonemang avseende reparation/utbytesenhet samt konsultkostnader verkar utesluta att dessa delar av priset har haft samma inbördes relativa betydelse som de övriga delarna av beståndsdelarna i begreppet "Anbudspris". Detta har emellertid inte redovisats i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt varit förutsägbart för potentiella anbudsgivare. Förfarandet strider mot EG-domstolens rättspraxis (C-552/06 *Emm.G. Lianakis AE m. fl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl.*). Yrkandet om att länsrätten ska förelägga Bilprovningen att utge Autocom's anbud kvarstår. Den information som lämnats i tilldelningsbeslutet möjliggör inte kontroll av kvalificeringsfasen med uppfyllande av krav i upphandlingen. Det är inte heller möjligt att kontrollera om anbudet innehåller otillåtna reservationer eller dylikt. Den tekniska beskrivningen innehåller flera kostnadskrävande krav. Generellt för dessa krav är att de är mycket tolkningsbara. *Actia* har tidigare påtalat det kommersiellt

orimliga i den vinnande leverantörens anbudssumma. En möjlighet är att det vinnande anbudet offererat en produkt som avviker så pass mycket från av övriga anbudsgivare offererade produkter och att detta möjliggjorts av de tolkningsbara kraven i den tekniska specifikationen. Utan tillgång till det vinnande anbudet i sin helhet är det omöjligt för bolaget att visa detta.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Av 16 kap. 2 § första stycket samma lag framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) anges att skriftlig handling som åberopas som bevis, skall tillställas rätten utan dröjsmål. I fråga om sådant bevis gäller i övrigt 38 kap. 1-5 och 7-9 §§ rättegångsbalken i tillämpliga delar.

Av 1 § lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter framgår att med företagshemlighet avses i denna lag sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Med information förstås både sådana uppgifter som har dokumenterats i någon form, inbegripet ritningar, modeller och andra liknande tekniska förebilder, och enskilda personers kännedom om ett visst förhållande, även om det inte har dokumenterats på något särskilt sätt.

Länsrätten, som nu avgör målet slutligt, gör följande bedömning.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas utifrån kriterierna anbudspris (60 %), referenser (20 %), märkesspecifik täckning (10%), design och enkelhet – e- Diagnos uppgraderingsförfarande och lokaliseringssverktyg (10 %).

Med beaktande av vad som framkommit i målet finner länsrätten att de förhållanden som Actia påtalat beträffande brister i beskrivningen av prisutvärderingen, skillnader mellan förfrågningsunderlagets utvärderingsdel respektive övriga delar av förfrågningsunderlagets utvärderingsdel samt vad som anförs i övrigt i målet inte visar att Bilprovningens förfarande strider mot de krav som uppställs i LOU. Grund för ingripande mot upphandlingen med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte.

Vad gäller yrkandet om editionsföreläggande stadgas i 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) att skriftlig handling, som åberopas som bevis, skall tillställas rätten utan dröjsmål. Actia har begärt att vinnande anbudsgivares anbud lämnas ut. Efter det att delar av de begärda handlingarna (vinnande anbudsgivares anbudspris) överlämnats har Actia vidhållit sin begäran med motiveringen att tilldelningsbeslutet inte möjliggör kontroll av kvalificeringsfasen med uppfyllande krav i upphandlingen. Det är inte heller möjligt att kontrollera om anbudet innehåller otillåtna reservationer eller dylikt. I denna del är således handlingarna inte åberopade som bevis och förvaltningsrättsligt stöd för yrkandet saknas.

Actia har även anfört att den tekniska beskrivningen i förfrågningsunderlaget innehåller flera kostnadskrävande krav. Med hänsyn till det kommersiellt orimliga i den vinnande leverantörens anbudssumma är det möjligt att det vinnande anbudet offererat en produkt som avviker mycket från av övriga anbudsgivare offererade produkter och att detta möjliggjorts av de tolkningsbara kraven i den tekniska specifikationen. Utan tillgång till det vinnande anbudet är det omöjligt att visa detta. Bilprovningen har bedömt med hänsyn till den specialanpassade lösning som köps genom upphandlingen att samtliga anbud är så detaljerade att det skulle ge anbudsgivarna otillbörliga fördelar att få ta del av konkurrenternas tekniska lösningar. Autocom har även begärt att anbudet ska sekretessbeläggas. Mot bakgrund härav finner länsrätten att den del av anbudet som skulle kunna ha betydelse som bevis i målet utgör företagshemlighet. En part är skyldig att förete en handling vars innehåll utgör företagshemlighet endast om det föreligger synnerlig

anledning till detta. Med beaktande av de av Actia åberopade "möjliga" omständigheterna i målet finner länsrätten inte skäl föreligga för bifall till yrkandet om editionsföreläggande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)



Leif Nilsson
rådman

Föredragande har varit Ann-Kristin Rosén.

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.