



KONKURRENSVERKET	
2014 -03- 18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Caperio AB, 556583-4875
Box 11105
161 11 Bromma

Ombud: Advokat Carl Bokwall och jur.kand. Sofia Bergmark
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Nämnden för Intraservice i Göteborgs kommun
405 38 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 8 november 2013 i mål nr 10525-13,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut den 18 november 2013 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Capeiro AB (Capeiro) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, i första hand förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så vis att en ny utvärdering genomförs där priset på samtliga volymsatta poster, dvs. inklusive dockningsstationerna, i fliken ”volymmer” i prisbilagan ska ingå. I andra hand yrkar *Capeiro* att upphandlingen ska göras om.

Capeiro anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten har begått rättegångsfel genom att låta den vinnande leverantören *Atea Sverige AB (Atea)* yttra sig i processen. Enligt praxis från Högsta förvaltningsdomstolen kan en vinnande leverantör bjudas in att yttra sig om (I) klaganden i målet har angripit vinnarens anbud och yrkat att bristerna i anbudet ska ligga till grund för ett förordnande om att anbudet inte ska beaktas i en ny utvärdering och (II) att förvaltningsrätten överväger att lägga de uppgivna bristerna till grund för ett sådant ingripande (HFD 2011 ref. 29). *Capeiro* har inte anfört att *Ateas* anbud är behäftat med några brister eller på annat sätt fört fram att *Ateas* anbud inte ska beaktas i en ny utvärdering. Förvaltningsrätten har trots detta gett *Atea* en frist att yttra sig, kommunicerat yttrandet till parterna i målet och även parternas yttranden till *Atea*, tagit in vad *Atea* anfört i domskälen och slutligen dömt i enlighet med vad *Atea* anfört. Det är således tydligt att förvaltningsrätten har tagit upp *Atea* som part i processen trots att det saknas stöd i praxis att göra det. Sammantaget är det sannolikt att förvaltningsrätten skulle ha kommit till ett annat slut om *Atea* inte hade tillåtit att yttra sig i målet. I förevarande fall är det dock mindre lämpligt att återförvisa målet. Förvaltningsrätten har redan provat upphandlingen två gånger och det finns därmed risk för att en återförvisning inte skulle ge *Capeiro* möjlighet till en objektiv prövning av sakfrågorna i målet.

Utvärderingen har inte följt anbudsförutsättningarna och är därmed inte förenlig med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Vid anbuds-

tillfället tolkade Capeiro anbudsförutsättningarna på så vis att priset på dockningsstationerna skulle ingå i utvärderingen. Därvid utgick Capeiro från instruktionen i fliken ”volymmer”, där det uttryckligen angavs att priset på de produkter som volymsatts i denna flik skulle utvärderas. Anbudspriset i den aktuella typen av upphandling utgår typiskt sett från styckepriser på respektive hårdvara och inte, som kan vara fallet i andra upphandlingar, från helhetspriset. Redan av detta skäl hade Capeiro inte anledning att närmare undersöka huruvida priset på dockningsstationer kommit med i den slutliga utvärderingssumman. Än mindre skäl att misstänka att dessa priser inte skulle finnas med i utvärderingen förelåg mot bakgrund av hur tidigare konkurrensutsättningar sett ut, användningsområdet för dockningsstationerna och det stora behovet av dessa för att kunna använda tillhörande bärbara datorer.

I den överklagade domen konstaterar förvaltningsrätten utan närmare motivering att frågan huruvida priset på dockningsstationerna skulle ingå i utvärderingen omfattas av förvaltningsrättens tidigare prövning. Capeiros tolkning av texten i fliken ”volymmer” fördes emellertid inte fram i den tidigare processen. Förvaltningsrätten har därmed brutit i sin prövning genom att lägga den tidigare domen till grund för att avslå Capeiros ansökan. Dessutom har förvaltningsrätten lagt felaktiga påståenden i den tidigare domen till grund för avgörandet. I motsats till vad som anges i den tidigare domen har dockningsstationerna utgjort en viktig del av konkurrensutsättningen både kostnadsmässigt och användarmässigt. Även påståendet att det inte framkommit annat än att priserna för dockningsstationer inte skulle beaktas vid utvärderingen är felaktigt eftersom Capeiro tolkat förfrågningsunderlaget just på det sättet.

För det fall att kammarrätten inte skulle finna stöd för att förfrågningsunderlaget ska förstås på det sätt som Capeiro fört fram rymmer förfrågningsunderlaget under alla förhållanden motstridiga tolkningar av om dockningsstationerna ska ingå i utvärderingen eller inte. Bristen på transparens i för-

frågningsunderlaget har lett till att Capeiro inte har kunnat skapa sig en bild av vad som skulle komma att ligga till grund för utvärderingen. Hade Capeiro vetat att dockningsstationerna skulle lämnas utanför utvärderingen hade bolaget kunnat lämna mer konkurrenskraftiga priser på övriga produkter och därmed ökat sina möjligheter att tilldelas kontraktet.

Nämnden för Intraservice i Göteborgs kommun (Intraservice) godtar Capeiros yrkanden och hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten. Därutöver tillägger Intraservice bl.a. följande. Det har alltid varit Intraservice avsikt att priset för dockningsstationer skulle ingå i utvärderingen av inkomna anbud. Det kan konstateras att Capeiro och Atea uppfattat förfrågningsunderlaget på olika vis. Förfrågningsunderlaget har i denna del varit väsentligen otydligt. Med facit i hand har det funnits sakligt godtagbara skäl för Intraservice att avbryta konkurrensutsättningen i ett tidigt skede (se t.ex. RÅ 2009 ref. 43). Otydligheten i förfrågningsunderlaget kvarstår varför även saklig grund för avbrytande av konkurrensutsättningen kvarstår.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Ateas rätt att yttra sig i förvaltningsrätten

I HFD 2011 ref. 29 anges under vilka förutsättningar en anbudsgivare ska anses vara direkt berörd av en överprövningsprocess och därmed ska ges möjlighet att yttra sig.

Mot bakgrund av hur Caperio utformat sin ansökan om överprövning finner kammarrätten att Atea inte är direkt berörd av processen på det sätt som anges i rättsfallet och därmed inte får ställning som part. Å andra sidan kan det knappast hävdas att det är ett rättegångsfel när förvaltningsrätten, för att utreda en fråga, inhämtar yttrande från en leverantör som inte är part. Invändningen om rättegångsfel föranleder därför ingen åtgärd från kammarrätten.

Frågan om ingripande enligt LOU

Av de grundläggande gemenskapsrättsliga kraven på likabehandling, förutsebarhet och öppenhet vid offentlig upphandling följer bl.a. en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet, dvs. att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Kraven gäller även vid utformningen av utvärderingsmodellen.

Det aktuella förfrågningsunderlaget består av ett exceldokument med åtta olika flikar. Flikarna i exceldokumentet är kopplade på så sätt att en automatisk beräkning sker av totalsumman av samtliga konfigurationer med tjänster. I en ruta under fliken "sammanställning" framgår en formel för beräkning av utvärderingssumman. Dockningsstationer har inte ingått i denna beräkningsformel, vilket otvetydigt utgör en omständighet som ger stöd för uppfattningen att dockningsstationernas priser inte skulle beaktas vid utvärderingen.


Flera omständigheter ger emellertid stöd för Capeiros antagande att utvärderingen skulle ske med beaktande av dockningsstationernas priser. Inledningsvis kan därvid nämnas att texten i fliken "volym" kan ge uppfattningen att samtliga varor som är volymsatta i fliken, däribland dockningsstationerna, skulle komma att ingå vid utvärderingen. Vidare visar utredningen i målet att Intraservice vid tidigare konkurrensutsättningar regelmässigt utvärderat dockningsstationer och att skall-krav uppställts avseende dessa varor. Det framgår även att dockningsstationernas priser utgjort en relativt stor del av den totala konkurrensutsättningen, vilket talar emot att priserna på dockningsstationerna skulle undantas från utvärderingen.

Kammarrätten finner vid en sammantagen bedömning att förfrågningsunderlaget varit otydligt i frågan om dockningsstationerna skulle beaktas vid utvärderingen och att det därmed brister i transparens och förutsebarhet. Bristerna har inneburit skada för Capeiro. Eftersom bristerna är hänförliga till den konkurrensuppsökande delen av upphandlingen finner kammarrätten att upphandlingen ska göras om.

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



Raymond Grafkvist



Ann-Marie Holmstedt

referent



Lennart Berglund



Tore Arvidsson



SÖKANDE

Caperio AB, 556583-4875
Box 11105
161 11 Bromma

Ombud:

Advokaten Carl Bokwall
Jur.kand. Sofia Bergmark
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Göteborgs Stad, Nämnden för Intraservice
405 38 Göteborg

ÖVRIG AKTÖR

Atea Sverige AB, 556448-0282
Box 18
302 41 Kista

Ombud:

Annika Blomqvist
Christofer Morales
Advokatfirma DLA Nordic KB
Box 7315
103 90 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Göteborgs Stad, Nämnden för Intraservice (Intraservice) har genomfört ett avrop med förnyad konkurrensutsättning på ramavtalet "Data-Hårdvara inkl. tjänster". Konkurrensutsättningen benämndes "Prisförfrågan Standard-IT produkter 2013, dnr 0150/13".

I tilldelningsbeslut den 4 juni 2013 tilldelades Caperio AB (Caperio) det aktuella kontraktet. Atea Sverige AB (Atea) begärde överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten biföll Ateas ansökan den 13 september 2013, mål nr 6659-13, och förordnade att rättelse av avropet skulle ske på så sätt att en ny utvärdering skulle göras, beräknad enligt det ursprungliga förfrågningsunderlaget och de ursprungliga anbuden, utan några tillägg. Domen har inte överklagats.

I nytt tilldelningsbeslut den 20 september 2013 tilldelades Atea kontraktet utifrån förutsättningarna i förvaltningsrättens dom.

YRKANDEN M.M.

Caperio ansöker om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet och yrkar att upphandlingen ska rättas på så vis att en ny utvärdering görs där priset på samtliga volymsatta poster, dvs. inkl. dockningsstationerna, i filen "volym" i prisbilagan ska ingå. Caperio anför i huvudsak följande. Utvärderingen har inte följt anbudsförutsättningarna och är därmed inte förenlig med LOU. Bolaget har lidit skada av felaktigheten. Intraservice har följt domen från förvaltningsrätten och har i enlighet därmed grundat utvärderingen på den ursprungliga Excel-filen och de priser som bolaget och Atea offererat vid anbudstidens utgång. Det ursprungliga misstaget att priset för de volymsatta dockningsstationerna inte har utvärderats kvarstår därmed. Förvaltningsrätten har i domen den 13 september 2013 felbedömt frågan om dockningsstationerna ska medräknas vid utvärderingen. Förvaltningsrättens dom avseende dockningsstationerna kan inte överklagas sär-

skilt och i sak bedöms domen som materiellt korrekt. Dockningsstationerna ska ingå i utvärderingen enligt den ursprungliga Excel-filen. Utan dessa kan det lägsta anbudet inte antas. Det finns flera omständigheter som visar att dockningsstationerna ska vara med i utvärderingen. Dockningsstationerna finns med i den lista över volymsatta produkter som enligt instruktion har varit föremål för utvärdering, Intraservice har ställt upp skall-krav avseende dockningsstationerna, dockningsstationerna har utvärderats vid tidigare konkurrensutsättningar enligt ramavtalet, dockningsstationerna är nödvändiga för att ett antal av de efterfrågade datorerna ska kunna användas på avsett vis och det har även varit Intraservice avsikt att dockningsstationerna skulle utvärderas. Båda leverantörerna har också uppfattat att dockningsstationerna skulle ingå i utvärderingen.

Intraservice medger i första hand ansökan och anser att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att ny utvärdering ska ske där priset för samtliga volymsatta poster dvs. även dockningsstationerna, ingår. I andra hand yrkar Intracervice att den förnyade konkurrensutsättningen ska göras om. Intracervice anför bl.a. följande. Intracervice har genomfört utvärderingen i enlighet med förvaltningsrättens dom. Mot bakgrund av domskälen har det inte funnits möjlighet att beakta dockningsstationerna, trots att det ursprungligen var tänkt att dessa skulle ingå i utvärderingen. Det borde ha framstått som självklart för anbudsgivarna att dockningsstationerna skulle ingå i utvärderingen och detta har inte tidigare varit tvistigt.

Intraservice instämmer i Caperios ansökan och de uppgifter som där anges. Intracervice vill även understryka att avsikten hela tiden har varit att dockningsstationerna skulle ingå i utvärderingen. Dockningsstationerna är volymsatta, de utgör inte en mindre del av det som upphandlas och de är nödvändiga för ett antal av de efterfrågade bärbara datorerna. Man kan dock nu konstatera att anbudsgivarna uppfattat förfrågningsunderlaget på olika vis. Atea har uppfattat att dockningsstationerna inte ska ingå medan Caperio har uppfattat att de ingår i utvärderingen. Inställningarna får antas

ha påverkat leverantörernas anbud. Förfrågningsunderlaget måste därför anses ha varit otydligt i denna del varför det finns skäl att göra om upphandlingen. Det har även funnits saklig grund för Intraservice att avbryta upphandlingen.

Atea anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten har i den tidigare domen tydligt redogjort för vilka produkter som ska ingå i utvärderingen enligt förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten angav att t.ex. dockningsstationerna inte var inkluderade i de poster som skulle utvärderas. Den information som Intraservice angav i förfrågningsunderlaget visar att priset för dockningsstationerna inte ingick i utvärderingssumman. Det har inte varit fråga om något tekniskt fel eller bugg som legat utanför Intraservice kontroll, vilket även förvaltningsrätten har konstaterat. Det skulle strida mot transparensprincipen att i efterhand lägga till dockningsstationerna vid utvärderingen. Antalet dockningsstationer understiger även antalet datorer varför argumentet att dockningsstationerna är nödvändiga för datorerna inte håller. Hur tidigare konkurrensutsättningar har utförts saknar helt relevans för nu aktuell upphandling. Ateas uppfattning har hela tiden varit att dockningsstationerna inte ingår i utvärderingssumman. Förvaltningsrätten har dessutom redan prövat frågan och då funnit att dockningsstationerna inte skulle ingå i utvärderingssumman. Det saknas skäl att nu göra en annan bedömning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

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.

Förvaltningsrättens bedömning

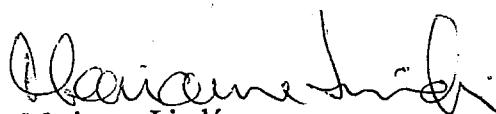
Förvaltningsrätten har, som ovan nämnts, tidigare prövat den nu aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten gjorde då bl.a. följande bedömning:

Som nämndes ovan inkluderades inte priserna för dockningsstationer, möss och tangentbord vid beräkningen av totalsumman under fliken "Sammanfattning" i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Detta har framgått för anbudsgivarna genom att de har kunnat ta del av formeln i Exceldokumentet som visar hur summan beräknas. Att just de priserna inte skulle beaktas vid utvärderingen motsägs inte heller av några andra uppgifter i förfrågningsunderlaget. Vidare anges att: I sammanhanget bör noteras att den enligt Intraservices mening felaktiga beräkningen av totalsumman inte beror på ett tekniskt fel eller en bugg i systemet, utan på att man i Exceldokumentet inte har angivit att priserna för dockningsstationer, möss och tangentbord ska räknas med i totalsumman. Det är således inte fråga om något fel i programmet som legat utanför Intraservices kontroll, utan kan jämföras med att Intraservice i ett skriftligt förfrågningsunderlag har skrivit något annat än vad som ursprungligen åsystades. Domstolen finner sedan att Rättelse av avropet ska därför ske på så sätt att en ny utvärdering ska göras, beräknad enligt det ursprungliga förfrågningsunderlaget och de ursprungliga anbuden, utan några tillägg.

Av förvaltningsrättens tidigare dom står det således klart att priset för dockningsstationerna inte ska ingå i utvärderingen. Intraservice har även med anledning av den tidigare domen fattat ett nytt tilldelningsbeslut i enlighet med detta. Förvaltningsrättens tidigare dom har inte heller överklagats av någon av parterna.

Förvaltningsrätten anser att den nu aktuella frågan har omfattats av förvaltningsrättens tidigare prövning och att det saknas skäl att nu göra en annan bedömning avseende dockningsstationerna. Förvaltningsrätten har i den tidigare domen tydligt uttalat att priset för dockningsstationerna inte ska ingå i utvärderingen och att detta tydligt framgick för leverantörerna av förfrågningsunderlaget. Det har inte framkommit skäl att nu göra en annan bedömning. Mot bakgrund härav ska ansökan om överprövning avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU)



Marianne Lindén

Rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg.