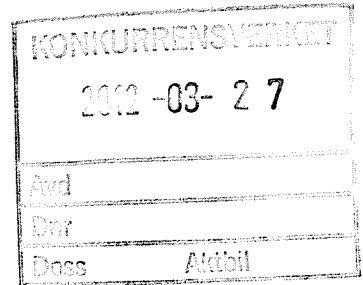




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**  
2012-03-26  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
16087-11 E  
Enhet 2:1

**SÖKANDE**

VWR International AB, 556124-8153  
Fagerstagatan 18A  
163 94 Stockholm

Ombud: Advokaterna Hugo Norlén och Jenny Lindgren  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 1203  
751 42 Uppsala

**MOTPART**

Chalmers tekniska högskola AB  
412 96 Göteborg

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att rätten beslutar att upphandlingen ska göras om såvitt avser Produktkorg 1.

Dok.Id 134332

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag 09:00-15.00
E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenigoteborg@dom.se">forvaltningsrattenigoteborg@dom.se</a>				

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2**DOM****BAKGRUND**

Chalmers tekniska högskola AB genomför en ramavtalsupphandling av förbrukningsmateriel m.m. för laboratoriebruk, dnr C 2011/928. Upphandlingen har delats upp i två produktkorgar – Produktkorg 1 (Glas, plastprodukter och utensilier) och produktkorg 2 (laboratorieutrustning och vågar). Anbud kan lämnas på hela eller delar av upphandlingen. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 5 december 2011 framgår att Chalmers – avseende produktkorg 1 – valt att teckna avtal med leverantörerna Fisher Scientific GTF AB, Saveen & Werner AB och VWR International AB i nu angiven rangordning. – Avseende produktkorg 2 har VWR rangordnats som nummer ett avseende laboriemateriel och som nummer tre avseende vågar.

**YRKANDEN M.M.**

VWR International AB ansöker om överprövning avseende Produktkorg 1 (Glas, plastprodukter, utensilier) och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att VWR ska erhålla högre poäng avseende börkrav 1 (B1) och 2 (B2). I andra hand yrkas att upphandlingen avseende produktkorg 1 ska göras om.

VWR anför bl.a. följande.

Chalmers har tilldelat VWR för låga poäng vid utvärderingen avseende börkrav 1, *leveranstid för produkter i respektive produktkorg*, och B2, *genomsnittlig leveranstid för andra produkter*. VWR borde rätteligen ha tilldelats minst ytterligare 2,5 poäng i utvärderingen, varvid VWR borde ha rangordnats högre i upphandlingen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

För det fall rätten anser att rättelse inte ska ske anför VWR att förfrågningsunderlaget är bristfälligt och strider mot principerna om transparens och öppenhet. Chalmers har inte tillräckligt tydligt angett hur börkraven skulle utvärderas. Den oförutsägbarhet som bristerna innebär har medfört att VWR:s anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur t.ex. leverans- och reparationstider skulle utvärderas.

För det fall rätten anser att förfrågningsunderlaget inte strider mot transparens- och öppenhetsprincipen anför VWR att B2 *genomsnittlig leveranstid för andra produkter* (än de i produktkorg 1) varken är nödvändigt eller lämpligt i förhållande till de produkter som ska upphandlas och därmed strider mot den unionsrättsliga principen om proportionalitet.

Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för VWR.

*Utvärdering - låga poäng avseende B1 och B2*

Enligt förfrågningsunderlaget kunde anbudsgivarna erhålla maximalt fem poäng avseende B1 och B2. Vid B1 skulle anbudsgivarna ange leveranstider för respektive produktkorg och vid B2 den genomsnittliga leveranstiden för samtliga produkter, dvs. produktkorg 1 och 2.

För B1 angav VWR en leveranstid om 1-2 dagar avseende produktkorg 1. För detta svar erhöll VWR 4,5 poäng med motiveringen att för full poäng erfordras leverans inom en dag. Leverans inom en dag är dock inte praktiskt möjligt eftersom leveransen helt är beroende av *när* på dagen som leverantören erhåller ordern. Chalmers har inte efterfrågat uppgift om en normalleverans som läggs före en viss tid tidpunkt på dagen. Mot bakgrund av att ingen leverantör i praktiken kan utlova snabbare leverans än 1-2

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2**DOM**

dagar, borde VWR ha erhållit full poäng för sådan leveranstid.

För B2 angav VWR att 97 procent av leveranserna kunde ske inom 1-2 dagar. Även för detta svar tilldelades VWR 4,5 poäng, trots att man borde ha erhållit maximala poäng.

*Fråga om transparens och öppenhet*

För det fall rätten skulle finna att rättelse inte är möjlig anføres bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget anges att poängsättning ska ske av de fem börkraven (B1-B5), varvid en femgradig poängskala ska tillämpas för B1-B4 och en tregradig poängskala för B5. Närmare uppgifter om hur poängsättningen av börkraven ska ske eller vad leverantören behöver uppnå för att erhålla en viss poäng saknas dock.

Det är först efter frågor i efterhand som VWR har fått information om vilka kriterier Chalmers har använt sig av vid poängsättningen. Exempelvis har leverans inom en dag gett fem poäng, leverans inom 1-2 dagar 4,5 poäng och leverans inom 2 dagar gett 4 poäng. Utifrån Chalmers svar tycks det även som att kriterierna för poängsättningen har fastställts först i efterhand i samband med utvärderingen av anbudet.

Chalmers har därmed i strid med den i LOU innefattade principen om transparens och öppenhet gett tilldelningskriterierna en för anbudsgivarna okänd innebörd varvid avgörande betydelse har tillmätts kriterium som inte framgått av kriteriernas lydelse. Dessa förhållanden strider mot principen om transparens. Det är självfallet så att en anbudsgivare hade kunnat välja att formulera sitt anbud på ett annat vis om det hade varit känt hur utvärderingen i själva verket skulle gå till.

Utformningen av förfrågningsunderlaget har gett Chalmers ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar av anbudsgivarnas leverans- och reparationstider.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Chalmers vid utvärderingen av börkraven har kommit att beakta bedömningsgrunder vilka inte kan utläsas ur förfrågningsunderlaget. De av Chalmers utformade och tillämpade börkraven står därför i strid med principen om transparens och öppenhet. Upphandlingen ska därmed göras om.

#### *Fråga om proportionalitet och likabehandling*

För det fall rätten skulle finna att förfrågningsunderlaget inte strider mot transparens- och öppenhetsprincipen anføres bl.a. följande.

LOU innehåller inte någon uttrycklig reglering av nivån på de krav som får ställas i en upphandling. Vilken kravnivå som kan anses tillåten i en enskild upphandling får därför avgöras med tillämpning av de unionsrättsliga principerna, främst proportionalitetsprincipen.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarna ges poäng dels för leveranstider för produkter i respektive produktkorg (B1), dels för genomsnittlig leveranstid för andra produkter (B2), dvs. inte enbart leveranstider för produkter i den produktkorg som utvärderingen avser. Detta innebär t.ex. att vid utvärderingen av produktkorg 1 utvärderar Chalmers inte enbart leveranstiden för produkterna i denna korg utan även leveranstider för produkter i produktkorg 2, som upphandlas separat.

Kravet på att leveranstider för andra produkter än produkter i produktkorg 1 ska ha betydelse vid utvärderingen av produktkorg 1 står inte i rimlig

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2**DOM**

proportion till de produkter som ska upphandlas i upphandlingen. En leverantör kan välja att endast lämna anbud på en produktkorg.

Det är vare sig lämpligt eller nödvändigt att utvärdering sker av leveranstider som inte avser den produktkorg som ska utvärderas. Ett sådant förfarande strider mot proportionalitetsprincipen då anbudsgivare som lämnat anbud på båda produktkorgarna hamnar i ett sämre läge vid utvärderingen av leveransfrister än om man enbart lämnat anbud på en av produktkorgarna. Det finns andra mindre ingripande sätt att bedöma leveranstider på som inte beaktar för upphandlingen irrelevanta produkter.

Det saknas relevans mellan leveranstiderna för de olika produkttyperna/ produktkorgarna. Det är därför vare sig lämpligt eller nödvändigt att utvärdering sker av leveranstider som inte avser den produktkorg som ska utvärderas. Det är därför inte tillåtet att beakta leveranstiden för produkter i andra produktkorgar eftersom detta strider mot proportionalitetsprincipen. En sådan utvärderingsmodell strider även mot likabehandlingsprincipen då den även missgynnar anbudsgivare som valt att lämna anbud på båda produktkorgarna.

Kravet på genomsnittlig leveranstid för andra produkter (B2) strider alltså mot både proportionalitets- och likabehandlingsprincipen, varför upphandlingen ska göras om även på denna grund.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 7  
16087-11 E

**Chalmers** anser att ansökan i första hand ska avslås och i andra hand för det fall ansökan inte avslås att upphandlingen avseende produktkorg 1 ska göras om.

Chalmers anför bl.a. följande.

Bolaget har inte tilldelats för låga poäng. Enligt B1 bör anbudsgivarna ange leveranstid för de produkter som återges i produktkorgarna 1 och 2. För produktkorg 1 har bolaget angett en glidande leveransfrist om 1-2 dagar och för produktkorg 2 har angetts 1-5 dagar (laboratorieutrustning) och 1-3 veckor (vågar).

Enligt skalkravet i S1 ska leveranstiden för förbrukningsvaror (produktkorg 1) vara mindre eller lika med 5 dagar. Kravet innebär tillsammans med B1, att Chalmers har att fördela högst 5 poäng mellan högst fem leveransdagar. Chalmers har gett kortast leveranstid flest poäng (1 dag = 5 p, 2 dagar = 4 p osv.). Bolaget är ensamt om att tolka kravet i B1 på sätt som skett. Chalmers bedömer att tillräcklig information har lämnats sammantaget i förfrågningsunderlaget avseende poängsättning av leveransfrister.

Vad bolaget anför om att tilldelas högre poäng än som erhållits är enligt Chalmers orimligt mot bakgrund av bolagets glidande leveransfrister och principerna för poängsättningen enligt S1 och B1. I så fall erhåller bolaget lika höga poäng som de anbudsgivare som har angett enbart 1 dags leveranstid. Av samma anledning förefaller bolagets yrkande att rättelse ska ske som en minde lämplig åtgärd.

Med hänsyn till det nyss sagda anser Chalmers att förfrågningsunderlaget inte strider mot principerna om öppenhet och transparens. Detta då tillräck-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

Sida 8  
16087-11 E

lig information om poängsättning har getts och samtliga krav som är relevanta för produkterna har återgetts.

Chalmers anser inte heller att förfrågningsunderlaget kan betraktas som oproportionerligt. Hur anbudsgivaren ska lämna anbud har lämnats relativt öppet i förfrågningsunderlaget i den meningen att Chalmers tillåter att anbud lämnas på del/delar av efterfrågade produkter och också avser att utse leverantörer för olika produkter.

Samtliga krav har utvärderats separat, likaså har produktkorgarna utvärderats separat och hänsyn har tagits till huruvida anbudet avser den ena eller båda produktkorgarna.

För Chalmers är det av intresse att även utvärdera genomsnittlig leveranstid för produkter som inte anges i produktkorgarna (övriga produkter) men som finns att tillgå i leverantörernas produktutbud. Som nämnts tidigare kan Chalmers totala behov av laboratoriemateriel inte rimligen återspeglas i produktkorgarna då behovet av olika produkter är omfattande och ser olika ut inom och mellan institutionerna. Kravet är därför inte oproportionerligt eftersom det i allra högsta grad är relevant för Chalmers att känna till dels leveranstid för produkter i produktkorgarna, dels genomsnittlig leveranstid för leverantörernas övriga produkter. Enligt Chalmers förefaller detta krav som rimligt, befogat och högst naturligt.

Eftersom Chalmers anser att förfrågningsunderlaget inte har några brister samt att bolaget inte kunnat erhålla ytterligare poäng än vad som hittills erhållits har bolaget inte kunnat lida någon skada.

Om rätten finner att förfrågningsunderlaget och/eller utvärderingen kan ifrågasättas förordar Chalmers att upphandlingen bör göras om.



**DOMSKÄL***Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Av 16 kap. 5 § 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 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 beaktas.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69).

*Utredningen i målet*

Chalmers genomför en upphandling av förbrukningsmateriel m.m. för laboratoriebruk innefattande två produktkorgar – Produktkorg 1 (glas, plastprodukter och utensilier) och Produktkorg 2 (laboratorieutrustning och vågar). Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud kan lämnas på del eller delar av efterfrågad produkt samt att anbud kan komma att antas i helhet eller i delar.

I förfrågningsunderlagets *Kvalificeringskrav* anges under rubriken *Skallkrav* att leveranstider för frekventa förbrukningsvaror (åtminstone de som

anges i produktkorg 1) skall vara mindre än eller lika med fem arbetsdagar;  
S1.

Under rubriken *Börkrav* anges att poäng för uppfyllt börkrav anges i anslutning till respektive krav. Bland annat ska leveranstider anges för

- a) produkter i produktkorgar B1 (1-5) och
- b) genomsnittlig leveranstid för andra produkter B2 (1-5)

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt tydligt så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska ha möjlighet att bedöma vad den upphandlade myndigheten efterfrågar och hur utvärderingen kommer att gå till samt kunna kontrollera att upphandlingen har genomförts på ett korrekt sätt. Ett väl utarbetat förfrågningsunderlag med en tydlig struktur underlättar för leverantörerna i arbetet med utformningen av sina anbud, men även för den upphandlande myndigheten vid utvärderingen av anbuden. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref 50). Kraven för att anse att ett upphandlingsförfarande strider mot de principer som bär upp LOU och unionsrätten bör ställas relativt högt.

Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som efterfrågas.

*Förfrågningsunderlagets tydlighet avseende poängsättning*

Förfrågningsunderlaget är otydligt vad avser hur poängsättningen av kraven B1 och B2 ska gå till. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid att skullkravet S1 avseende leveransfristernas högsta tillåtna antal dagar motsvarar angett poängspann för B1 och B2, dvs. 1-5. En poängfördelning i fallande skala motsvarande antalet uppgivna leveransdagar innefattande även halva poäng vid glidande leveransfrister torde därtill i avsaknad av en närmare angiven fördelningsmodell framstå som den klart mest sannolika för en normalt omsorgsfull anbudsgivare. Chalmers har vid utvärderingen också tillämpat en sådan fördelningsmodell. Trots nämnda brist får förfrågningsunderlaget därför anses ha utformats med sådan tillräcklig tydlighet så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Bristen är inte heller av sådan allvarlig karaktär att den medfört att de unionsrättsliga principerna har trätts för när. Skäl för ingripande enligt LOU utifrån nu prövad grund saknas därför.

*Proportionalitets- och likabehandlingsprincipen*

I förfrågningsunderlaget anges att det är möjligt att lämna anbud på hela eller delar av upphandlingen samt att ett eller flera anbud kommer att antas baserat på ett antal tilldelningskriterier. För produktkorg 1 är dessa B1 *leveransfrister för produktkorgarna* samt B2 *genomsnittlig leveranstid för andra produkter*. Chalmers har angett att produktkorgarna har utvärderats separat och att den genomsnittliga leveranstiden för övriga produkter har knutits till respektive produktkorg.

En genomsnittlig leveranstid för andra produkter än de som anges i respektive produktkorg och som kan hänföras till någon av dessa får anses vara ett godtagbart krav så länge den genomsnittliga leveranstiden för produktkorgarnas "andra produkter" inte sammanblandas. Detta då en sammanblandning av de genomsnittliga leveranstiderna för "andra produkter"

medför att produktkorgarna inte får en egentlig separat utvärdering och att de anbudsgivare som valt att lämna anbud på flera delar i upphandlingen med olika leveranstider kan hamna i ett sämre läge än anbudsgivare som endast lämnat anbud på – i detta fall – produktkorg 1. Chalmers har inte visat att en sådan sammantagen genomsnittlig leveranstid för de båda produktkorgarnas "andra produkter" har ett naturligt och ändamålsenligt samband med det som ska upphandlas. Tilldelningskriteriet B2 strider därför mot proportionalitetsprincipen i denna del. Även likabehandlingsprincipen träds för när då utvärderingsmodellen inte behandlar anbudsgivarna som lämnat anbud på hela eller del av upphandlingen på ett likvärdigt sätt. Chalmers förfarande i denna del står därför i strid med LOU och de grundläggande unionsrättsliga principerna. Det finns därför grund för ett ingripande enligt LOU utifrån ovannämnda prövade grund.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Chalmers har agerat i strid med proportionalitets- och likabehandlingsprincipen och följden av detta är att VWR i vart fall kan komma att lida skada.

Eftersom konstaterad brist får betecknas som väsentlig och hänförlig till förfrågningsunderlaget och däri angiven utvärderingsmodell är det inte tillräckligt med endast rättelse, utan upphandlingen måste göras om. Det är lämpligt och tillräckligt att åtgärden begränsas till att avse endast Produktkorg 1.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredraganden i målet har varit föredraganden Michael Koch



## SVERIGES DOMSTOLAR

### HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

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

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,

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

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas ormedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU