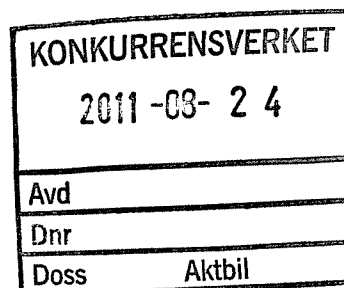


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2**DOM**  
2011-08-24  
Meddelad i  
GöteborgMål nr  
6273-11 E  
6336-11 E  
Enhet 2:1**SÖKANDE**1. DIVNI IT AB, 556599-7383  
Björkbäcksvägen 6  
451 55 Uddevalla

(mål nr 6237-11)

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

(mål nr 6336-11)

Ombud: Advokaten Artur Csatho och jur. kand. Christofer Morales och  
Annika Blomqvist  
Advokatfirma DLA Nordic KB  
Box 7315  
103 90 Stockholm**MOTPART**Orust kommun  
473 80 Henån**SAKEN**

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

**DOMSLUT**Förvaltningsrätten bifaller ansökningarna och beslutar att upphandlingen  
ska göras om.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

**BAKGRUND**

Orust kommun genomför en upphandling av skoldatorer "Ökad datortäthet i skola", dnr 2011:23. Upphandlingen genomförs med ett öppet förförande.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 3 juni 2011 framgår att Orust kommun avser att teckna avtal med Linfre Education AB.

**YRKANDEN M.M.**

**DIVNI IT AB** (DIVNI) begär överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att en ny utvärdering ska göras med beaktande av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna.

Till stöd för talan anför DIVNI bland annat följande.

Orust kommun har genomfört upphandlingen i strid med LOU eftersom varken förfrågningsunderlaget eller utvärderingen uppfyller de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Kommunens felaktiga förfarande har medfört att bolaget lidit eller riskerar att lida skada.

I förfrågningsunderlaget anges utvärderingskriterierna vara Funktion/teknisk lösning och Kostnad – Totalkostnader under avtalstiden enligt redovisade uppgifter i bifogad svarsmall samt bedömd intern kostnad för systemadministration och drift. Viktning 100 %.

Någon specifikation vad den interna kostnaden består av och vilken summa denna uppgår till framgår inte av förfrågningsunderlaget. Inte heller specificeras hur de summor i detta avseende som presenteras i tilldelningsbeslutet har beräknats. Därtill verkar utvärderingen vara felaktig då de leveran-

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

**DOM**

Sida 3  
6273-11 E  
6336-11 E

törer som offererat Macdatorer fått en helt annan förutsättning när det gäller interna kostnader då endast 75 av 485 datorer beaktats vid beräkningarna. Förutsättningen är dock att 485 datorer ska vara antalet man ska räkna med i utvärderingssyfte. Det är denna interna kostnad som kommunen använt som avgörande då lägsta pris på dator och innehåll inte använts i slutändan.

Det kan tilläggas att systemadministration och drift, vilket kommunen hänvisar den interna kostnaden till, inte ingår i upphandlingen utan ingår i annat åtagande, internt eller i annat avtal.

I förfrågningslaget framgick inte omfattningen av interna kostnader och utvärderingen visar att man använt interna kostnader för att rikta upphandlingen på ett icke korrekt sätt.

Om kommunen hade specificerat interna kostnader på ett mer utförligt sätt i förfrågningsunderlaget och därefter utvärderat dessa interna kostnader rätt så hade kanske användandet av interna kostnader i utvärderingssyfte kunna fungera. Då dessa emellertid inte specificerats i förfrågningsunderlaget och omfattningen överstiger vad leverantörer rimligtvis kan gissa samt man även behandlat leverantörerna olika och utan fakta satt interna kostnader som är rent felaktiga, så har detta påverkat utvärderingen på ett sådant sätt att en icke korrekt tilldelning har skett.

Det är således kommunens interna organisationsarbete med att anpassa och förvalta leverantörernas föreslagna lösning som bedömts för att skapa en jämförbar totalkostnad.

De interna kostnaderna torde vara desamma för alla leverantörer eftersom samma produkt ska levereras och de skillnader som föreligger mellan anbudsgivarna torde ligga i respektive anbud och inte i den interna kostna-

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

**DOM**

den. Denna interna kostnad torde heller inte leverantörerna kunna påverka då det inte klart och tydligt framgår vad som ingår i denna kostnad.

Eftersom kommunens interna kostnader inte kan förutses och då dessa dessutom är felaktigt bedömda efter vad kommunen anser vara kostnader utan att fakta föreligger så kan utvärderingen inte anses vara transparent och anbudsgivarna inte ha blivit likabehandlade. För att utvärderingen skulle vara transparent så hade kommunen behövt precisera vilka interna kostnader som de tar i beaktande och underlag för att anbudsgivare ska kunna ta i beaktande hur deras anbud påverkar kommunens interna kostnader. Utvärderingskriteriet är totalkostnad och viktningen 100 %. Några andra faktorer som kan påverka utfallet finns inte.

Eftersom DIVNI lämnat det lägsta anbudet ska bolaget tilldelas kontraktet.

**Atea Sverige AB** (Atea) begär överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så sätt att en ny utvärdering har genomförts med iakttagande av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Alternativt ska upphandlingen göras om.

Till stöd för talan anför Atea bland annat följande.

Kommunen har vid utvärderingen av anbuden inte iakttagit de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU med följd att Atea har fått en sämre placering i upphandlingen än vad som hade varit fallet om kommunen genomfört utvärderingen i överensstämmelse med upphandlingslagstiftningen. Om så skett hade Atea tilldelats kontraktet i upphandlingen. Atea har genom kommunens felaktiga utvärdering lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

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

**DOM**

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud med lägst totalkostnad kommer att tilldelas kontraktet. Av utvärderingsbilagan framgår att Atea har lämnat det lägsta anbudet. Atea skulle därför rätteligen ha tilldelats kontraktet i upphandlingen. Trots detta har Atea endast placerat sig på fjärde plats. Kommunen har i utvärderingen av anbudet påfört anbudet ytterligare belopp som dramatiskt påverkar anbudens totalkostnader och som helt kastar om placeringen av anbudet i upphandlingen. Påförandet av beloppen synes ha skett på helt godtyckliga grunder och i strid med principerna om transparens och likabehandling.

Kommunen har i utvärderingen vid påförandet av ytterligare belopp utgått från sina interna kostnader med samma timpris för samtliga anbudsgivare. Däremot har kommunen vid beräkningen av de belopp som påförts respektive anbud utgått från helt skilda förutsättningar, som inte tycks följa någon som helst logik.

Kommunen har vid utvärderingen särbehandlat Atea i strid med likabehandlingsprincipen. Därvid har jämförelser gjorts med vinnande anbudsgivare för att illustrera hur Atea har missgynnats vid utvärderingen. Brister föreligger även vad gäller utvärderingen av övriga anbud i upphandlingen. Då det inte av tilldelningsbeslutet med bilagor är möjligt att utläsa hur kommunen har genomfört sin utvärdering samt på vilka grunder Atea har påförts ett högre belopp än samtliga andra anbudsgivare har kommunen även handlat i strid med principen om transparens.

Av förfrågningsunderlaget punkten 8, som avser utvärderingen, framgår att teknisk lösning och svar på krav i bifogad svarsmall skall vara uppfyllda. Vidare framgår att totalkostnader under avtalstiden enligt redovisade uppgifter samt bedömd intern kostnad för systemadministration och drift ska viktas till 100 procent. Således är det endast priset som är av betydelse i utvärderingen.

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

**DOM**

Sida 6  
6273-11 E  
6336-11 E

Kommunen har gjort gällande att det av utvärderingsmodellen framgår vad som viktas under utvärderingskriterierna samt att utvärderingsmodellen följer vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Av tilldelningsbeslut med bilagor samt av kommunens yttrande i målet framgår att kommunen vid utvärderingen av anbuderna har påfört anbuderna kostnadspåslag för bedömda interna kostnader för bland annat följande poster: licenshantering användarsupport, service (felhantering/hård och mjukvara), försäkringsärenden, administration och fakturahantering samt införande/mottagande. Inte någonstans i förfrågningsunderlaget framgår att kommunen avser att bedöma dessa poster, trots att dessa poster har haft en avgörande betydelse för det slutliga utfallet av kommunens utvärdering. Atea, som lämnat det lägsta anbudet i upphandlingen, har efter att kommunen skönsmässigt påfört Ateas anbud 1 846 250 kr placerat sig på fjärde plats. Därutöver har kommunen avseende licenser beräknat påslaget för Ateas anbud baserat på ett större antal datorer än för vinnande anbudsgivare som offererat Macdatorer. Detta trots att samtliga datorer kräver operativsystem samt programvara. Detta har resulterat i ett påslag om 484 250 kr på Ateas anbud.

*Gynnande av visst varumärke*

Kommunen har anfört att skillnaden i bedömda interna kostnader hänförs till huruvida Macbook eller PC har offererats. Att kommunen avsåg att premiera Macbook har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Det är inte heller möjligt att på detta sätt premiera ett visst varumärke framför andra. Av LOU följer att upphandlande myndigheter i de tekniska specifikationerna inte får hänvisa till visst varumärke, om det leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Vad kommunen i realiteten har gjort är att utelämna denna uppgift i de tekniska specifikationerna för att i stället gynna visst varumärke vid utvärderingen genom att på skönsmässiga grunder påföra anbudsgivare som offererat andra varumärken högre påslag på

anbudspriset.

Atea kan mot bakgrund av kommunens yttrande inte tolka förfarandet på något annat sätt än att kommunen försöker kringgå bestämmelsen i LOU. Atea framhåller därvid att ett sådant kringgående inte är möjligt enligt upphandlingslagstiftningen. Det saknar betydelse om ett varumärke gynnas genom att det uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget eller om gynnandet ligger dolt i utvärderingen och framkommer först i efterhand.

Upphandlande myndigheter som önskar upphandla produkter av ett visst varumärke måste acceptera likvärdiga produkter av andra märken och får inte missgynna sådana i upphandlingen. Atea har offererat en likvärdig produkt som Macbook, varför kommunen inte ägt rätt att missgynna Atea i upphandlingen genom att påföra Atea högre påslag än anbudsgivare som offererat Macbookdatorer. Då så har skett har kommunen överträtt principerna om transparens och likabehandling.

Sammantaget följer att kommunen i strid med LOU har gynnat visst varumärke i upphandlingen genom att i efterhand skönsmässigt påföra anbud där PC-datorer har offererats högre påslag än Macdatorer. Kommunens agerande innebära att likvärdiga produkter har missgynnats i upphandlingen. Grunder för kommunens bedömning av de interna kostnaderna och därmed även för påslagen har överhuvudtaget inte varit möjliga att utläsa ur förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlagets utformning står därför i strid med principen om transparens. För det fall att det hade framgått hur utvärderingen skulle ske så hade Atea kunnat utforma sitt anbud på ett för upphandlingen optimalt sätt.

**Orust kommun** (kommunen) bestrider bolagens yrkanden.

Till stöd för sin inställning anför kommunen bland annat följande.

Kommunen har valt den leverantör som medför lägst totalkostnad för kommunen.

Orust kommun har i sin anbudsförfrågan tydligt efterfrågat förslag på en lösning av helheten. Då kommunen tydligt har uttryckt i anbudsförfrågan att leverantören ska stå för hela lösningen (och inte enbart leverans av datorer och program) så har kommunen vid utvärderingen valt den leverantör som har lämnat det anbud som innebär den lägsta totalkostnaden för kommunen. I denna totalkostnad ingår även den interna kostnaden för systemadministration och drift. Det är således kommunens interna organisations arbete med att anpassa och fördela leverantörens föreslagna lösningar som har bedömts för att skapa en jämförbar totalkostnad mellan de olika leverantörerna.

För anbudsgivare som offererat Macbook har kostnaden för dels licenserna, dels licenshanteringen för Windows och MS Office lagts på för de datorer som kommunen i anbudsförfrågan har angett bör ha dessa installerade om offererad dator är en Mac. Bedömningen grundar sig på skillnaderna mellan Microsofts och Apples licenshanteringssystem. Detta leder till att kommunens interna arbetsinsatser blir större med ett stort antal Microsoftbaserade programvaror. Därför har 75 datorer jämförts mot 485 datorer.

Kommunens interna kostnader beror på dels respektive anbudsgivares förslag på support och service som ingår i anbudet (hur stor del av det interna



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

**DOM**

arbetet som ingår i lämnat anbud), dels de datorer och programvaror som har offererats.

I kommunens målbild görs klart att den offererade lösningen ska bygga på att användaren ska ha administrationsrättigheter på datorn för att själv kunna installera program i datorn vid behov. Då Macdatorer med enbart Mac OS installerat har ett mer begränsat och kontrollerbart utbud av programvaror medför detta en mindre intern arbetsinsats.

I bilagan processer har de interna kostnaderna delats upp i tre delar – Användarsupport, Service (felhantering/hård- och mjukvara) samt försäkringsärenden. Sammanfattningsvis har kommunen bedömt att de interna arbetsinsatserna per dator är betydligt högre med PC-lösning än med Mac-lösning.

Av utvärderingsmodellen framgår vad som viktas och vilka kostnader som ingår i utvärderingskriterierna. Således är kraven på transparens och lika-behandling tillgodosedda.

Utvärderingsmodellen står i överensstämmelse med vad som framgår av anbudsförfrågan och affärsmässigheten har följts.

Varken LOU eller unionsrätten ger några besked om hur förfrågningsunderlag eller utvärderingsmodell ska vara utformade, förutom grundläggande krav i LOU, se RÅ 2002 ref. 50.

Kommunen har tydligt redovisat att utvärdering kommer att ske av kostnader för hela lösningen och inte enbart av de i anbudet angivna kostnaderna.

Som grund för bedömningen av interna kostnader har kommunen utgått från en timkostnad om 250 kr och det datorantal som påverkar respektive funktion som kommunen bedömt genererar skilda interna kostnader.

## 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.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

### *Utredningen i målet*

Orust kommun har bjudit in leverantörer att lämna anbud på skoldatorer. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud med lägst totalkostnad kommer att tilldelas kontraktet. Av förfrågningsunderlagets punkt 8, som avser utvärderingen, framgår att teknisk lösning och svar på krav i bifogad svarsmodell skall vara uppfyllda. Vidare framgår att totalkostnader under

avtalstiden enligt redovisade uppgifter samt bedömd intern kostnad för systemadministration och drift ska viktas till 100 procent.

*Förvaltningsrättens bedömning*

EU-domstolen har konstaterat att tilldelningskriterier ska vara formulerade så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka dessa på samma sätt. Vidare har Högsta Förvaltningsdomstolen uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och förstå hur utvärderingen ska ske. Vid anbudsprövningen är det alltså inte tillåtet att beakta något annat än vad som finns angett i förfrågningsunderlaget.

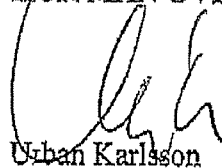
Kravet på transparens och likabehandling innebär sålunda bland annat att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt på så sätt att leverantören ska ha möjlighet att bedöma vad den upphandlande myndigheten efterfrågar och hur utvärderingen ska gå till samt kunna kontrollera att upphandlingen har utförts på ett korrekt sätt.

Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen vid utvärderingen av anbudet har påfört anbudet kostnadspåslag för bedömda interna kostnader för ett flertal poster. Förfrågningsunderlaget saknar helt upplysningar om dessa poster (underkriterier) och om hur kommunen avser att bedöma de interna kostnaderna, vilka haft en avgörande betydelse för utfallet av kommunens utvärdering. De beräkningar som redovisats av kommunen avseende de interna kostnaderna synes därtill i stora delar vila på godtyckliga schabloniserade värden, som medfört att de anbudsgivare som offererat PC-datorer fått större kostnadspåslag än de anbudsgivare som offererat Macdatorer.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2**DOM**Sida 12  
6273-11 E  
6336-11 E

Kommunens tilldelningskriterium "bedömd intern kostnad för systemadministration och drift" lämnar ett stort utrymme för godtycklighet och därmed för en bedömning som inte grundar sig på objektiva fastställda kriterier, utan som i stället innehåller ett stort mått av subjektivitet och i princip fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten. Detta innebär att leverantörer saknat möjlighet såväl att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuderna som att kontrollera hur bedömningen gått till. Den vaga formuleringen strider mot kraven på transparens och likabehandling. Utvärderingen synes även ha medfört ett otillåtet gynnande av visst varumärke. Sökandebolagen har lidit eller kan komma att lida skada av kommunens brott mot LOU. Det finns därför skäl för ett ingripande enligt den lagen. Eftersom det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd, utan upphandlingen måste göras om.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.