



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2011-12-12
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3584-11

SÖKANDE

Mecenat Aktiebolag, 556317-4076
Box 11215
404 25 Göteborg

Ombud: Advokat Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPART

Centrala studiestödsnämnden
851 82 Sundsvall

KONKURRENSVERKET	
2011-12-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Centrala studiestödsnämndens upphandling avseende CSN-kortet, dnr 2010-5102-8544, ska göras om.

Dok.Id 30460

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-15:00

BAKGRUND

Centrala studiestödsnämnden (CSN) som genomför upphandling avseende CSN-kortet, dnr 2010-5102-8544, beslutade genom tilldelningsbeslut den 27 maj 2011 att anta Mecenat AB (Mecenat) som leverantör.

Efter att Studentkortet i Sverige AB (Studentkortet) begärt överprövning av upphandlingen beslutade förvaltningsrätten den 5 oktober 2011 (mål nr 1732-11) att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse gjorts på visst angivet sätt.

Med anledning av förvaltningsrättens dom har CSN genomfört en ny utvärdering. CSN har därefter i tilldelningsbeslut den 8 november 2011 beslutat att anta Studentkortet som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Mecenat ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Mecenat anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. CSN har brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU samt även i övrigt agerat i strid med LOU. CSN:s agerande har med för att Mecenat har lidit eller kan komma att lida skada. Det framgår av punkten 6.1 i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska bifoga intyg eller underlag som styrker nu pågående avtal. Med anledning av detta krav har fråga ställts till CSN om det måste vara ett intyg påskrivet av parterna eller om det kan vara en sammanställning av samtliga kunder från anbudsgivaren och att detta intygas genom att anbudet undertecknats. CSN har besvarat detta med att anbudsgivaren ska visa påskrivet avtal eller annat underlag som visar ett nu pågående samarbete samt att underlaget ska vara påskrivet av bägge parter. Mecenat har med anledning av detta ställt fråga avseende krav och fått svaret att CSN efterfrågar intyg eller underlag som styrker nu pågående avtal och om anbudsgivaren inte kan få fram kontrakt eller liknande får man försöka styrka detta på annat sätt. Mecenat har

alltså frågat CSN om intygen måste vara undertecknade av båda parter och CSN har besvarat denna direkta fråga med att det inte är nödvändigt att båda parter undertecknar intygen. Mecenat har utgått från CSN:s svar när man lämnat sitt anbud. Det svar som CSN lämnat till Mecenat är att anse som en del av förfrågningsunderlaget och CSN har således tydligt angett att det inte är ett krav att båda parter har undertecknat relevanta dokument. Det svar CSN lämnat till Mecenat är lämnat senare än det svar som publicerats i frågor & svar. CSN:s svar har vilselett Mecenat och Mecenat har därigenom fråntagits möjligheten att inge bästa möjliga anbud. Mecenat hade givetvis lämnat ett anbud med annat innehåll om Mecenat inte hade förlitat sig på uppgifterna från CSN, dvs. att det inte var nödvändigt att båda parter undertecknat. CSN har valt att diskvalificera ett stort antal av Mecenat återopade antal på grund av att Mecenat inte har bifogat intyg eller underlag som är undertecknade av båda parter. Upphandlingen brister i transparens då det inte framgår av förfrågningsunderlaget vad CSN tillmäter särskild betydelse. I och med att Studentkortet inte fått del av den fråga som Mecenat har ställt och det svar som CSN lämnat har anbudsgivarna haft olika uppgifter att förlita sig på. Det är dessutom fråga om direkt avgörande uppgifter som har avgjort upphandlingen. Med anledning av detta har CSN brustit i kravet på likabehandling. Denna brist är av allvarlig karaktär. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att anbudsgivare ska uppvisa aktuella rabatter. Utöver detta har CSN i frågor & svar angivit att anbudsgivaren ska visa påskrivet avtal eller annat underlag som visar ett nu pågående samarbete. Mecenat har vid upprättandet av bolagets anbud utgått från att detta betyder aktuella rabatter vid anbudstidens utgång. CSN har i tilldelningsbeslutet angivit att det betyder att rabatterna måste vara gällande under någon del av den ursprungliga avtalstiden (från och med 1 juli 2011). Detta är en orimlig tolkning av förfrågningsunderlaget som CSN gör avseende rabatternas giltighetstid. Dessa rabatter ändras löpande och det är därför lämpligt och direkt nödvändigt att ha anbudstidens utgång som fast datum för denna bedömning. Den tolkning som CSN gör av för-

frågningsunderlaget vid aktuell tilldelning innebär en uppenbar risk för godtycke och att utvärderingen riskerar att baseras på helt felaktiga uppgifter eftersom det är omöjligt för CSN att kontrollera uppgifterna om rabatt. Det måste stå klart för anbudsgivarna vad som gäller i förfrågningsunderlaget. Att det ska vara fråga om en ögonblicksbild daterad den 1 juli 2011 är direkt omöjligt att utläsa av orden ”aktuella rabatter”. CSN har baserat sin bedömning av hur frågningsunderlaget ska tolkas på förvaltningsrättens dom i mål nr 1732-11. Förvaltningsrättens tolkning av förfrågningsunderlaget gör dessvärre ett tydligt förfrågningsunderlag otydligt. Hade Mecenat haft vetskap om denna extensiva tolkning – som inte går att utläsa ur förfrågningsunderlaget – hade Mecenat lämnat ett anbud med ett annat innehåll, framförallt vad gäller ”kvalitetspartners”. I och med att förvaltningsrättens dom står fast måste upphandlingen göras om eftersom förfrågningsunderlaget är så otydligt när det finns krav i upphandlingen som inte går att utläsa av förfrågningsunderlaget.

CSN motsätter sig inte att upphandlingen avseende CSN-kortet ska göras om och anför i huvudsak följande. I det tidigare målet om överprövning, 1732-11, framgick det att CSN gjorde en annan tolkning av förfrågningsunderlaget beträffande krav på intyg respektive giltighetstid för rabatter än Studentkortet. Förvaltningsrätten gick dock på Studentkortets linje och ansåg att förfrågningsunderlaget skulle tolkas på det sätt som bolaget framförde. I detta mål framför Mecenat sin tolkning av förfrågningsunderlaget i aktuella avseenden, vilket överensstämmer med den tolkning som CSN gjorde vid den ursprungliga utvärderingen av anbuden och vid den förra överprövningen. Det kan därför konstateras att förfrågningsunderlaget kan tolkas på olika sätt, vilket givetvis är mycket olyckligt såväl för CSN och de studerande som för anbudsgivarna. Eftersom förvaltningsrätten i det tidigare målet om överprövning bedömde att förfrågningsunderlaget skulle tolkas på ett visst sätt, och förvaltningsrätten således måste ha bedömt att det inte var så otydligt att upphandlingen behövde göras om, valde CSN att

fortskrida med upphandlingen i enlighet med förvaltningsrättens dom för att så snabbt som möjligt kunna tillgodose de studerandes behov av att få ett rabattkort. CSN:s avsikt vid utformningen av förfrågningsunderlaget var dock inte att det skulle få den innebörd som förvaltningsrätten beslutade i det tidigare målet om överprövning, gällande krav på intyg respektive giltighetstiden för rabatter. När det gäller kravet på intyg har CSN:s svar till anbudsgivarna under anbudstiden medfört att de uppfattat kraven olika. CSN har dock en annan uppfattning än Mecenat gällande hur svaret till dem ska tolkas. CSN anser inte att svaret kan tolkas på så sätt att det inte var nödvändigt att båda parter undertecknat intygen. CSN anser inte heller att svaret kan tolkas på så sätt att det innebär att samlingsintyg och ensidigt påskrivna intyg skulle medräknas i utvärderingen eller att intyg kunde kompletteras med påskrift efter anbudstidens utgång. I efterhand kan dock CSN konstatera att det hade varit lämpligt att publicera svaret till Mecenat så att det skulle ha blivit känt för samtliga potentiella anbudsgivare. Sammantaget, och med hänsyn till de olika tolkningar som uppenbarligen kan göras av förfrågningsunderlaget enligt denna och den tidigare överprövningen, motsätter sig CSN inte att upphandlingen avseende CSN-kortet ska göras om.

Studentkortet har på eget initiativ inkommit med ett yttrande i målet. Av yttrandet framgår i korthet följande. Studentkortet anser att Mecenats ansökan om överprövning ska avslås i först hand eftersom förfrågningsunderlaget inte varit otydligt och den information CSN lämnat varit korrekt och i andra hand eftersom Mecenat inte lidit skada eftersom Mecenat medgett att de inte kunnat uppfylla kraven ens för det fall det tydligt framgått hur utvärderingen skulle genomföras.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Förvaltningsrätten konstaterar att den aktuella upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010, varför LOU ska tillämpas i dess lydelse enligt SFS 2010:571.

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning. 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 1 och 5 §§ LOU).

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2005 ref 47 uttalat att när förutsättningarna för åtgärd enligt LOU föreligger har domstolen, oavsett hur yrkandet har utformats, att välja mellan att besluta att en upphandling ska göras om eller att den ska rättas.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref 69 uttalat följande. Mål om offentlig upphandling gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka FPL har konstruerats. Detta leder till slutsatsen att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör

krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges under p 2.3, Anbudets form och innehåll, bl.a. följande.

Kommunikation: Under upphandlingsprocessen är det inte tillåtet för CSN att diskutera anbudsinbjudan, anbud, värdering etc. med anbudsgivare på ett sådant sätt att någon anbudsgivare gynnas eller missgynnas.

I förfrågningsunderlaget anges under p. 6.1, Utvärderingskriterier, följande. Som bevis ska anbudsgivaren bifoga intyg eller underlag som styrker nu pågående kontrakt.

Av ”Frågor och svar CSN-kort” framgår bl.a. följande.

Fråga 1: Ni anger under punkt 6 i utvärderingen av anbud att man som bevis ska bifoga intyg eller underlag som styrker nu pågående avtal, vad kan detta vara för intyg/underlag? Måste det vara ett intyg påskrivet av parterna eller kan det vara en sammanställning av kunder från anbudsgivaren och att detta intygas genom att anbudet undertecknas?

Svar: Anbudsgivaren ska visa påskrivet avtal eller annat underlag som visar ett nu pågående samarbete. Underlaget ska vara påskrivet av bägge parter.

Av med ansökan om överprövning bifogad e-postkonversation mellan Mecenat och CSN framgår följande.

Mecenat: Det kan finnas fall där intyget omöjligen kan undertecknas av båda parter. Vi har noterat att CSN i andra upphandlingar hanterar sådant fall genom att pröva ärendet efter begäran om förtydligande eller dylikt. Kan detta bli aktuellt också i denna upphandling?

CSN: Vi efterfrågar intyg eller underlag som styrker nu pågående avtal. Om ni inte kan få fram kontrakt eller liknande får ni försöka styrka på det sätt som är möjligt.

Förvaltningsrätten har under rubriken "Förvaltningsrättens avgörande" i domen i mål nr 1732-11 anfört bl.a. följande. Vidare får vid utvärderingen endast godtas partners som, inom ramen för anbudstidens utgång, har styrkts genom ett intyg som undertecknats av anbudsgivaren och partnern. CSN ska därvid bortse från ensidigt undertecknade intyg, samlingsintyg och kompletteringar som gjorts efter anbudstidens utgång.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att Mecenats yrkande om att upphandlingen ska göras om medgivits av CSN. Oaktat detta har förvaltningsrätten att göra en självständig prövning av målet för att bedöma om förutsättningarna för åtgärd enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU är uppfyllda.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (jfr RÅ 2002 ref. 50). Den i målet aktuella upphandlingen avser rabatter och förmåner till studenter genom CSN-kortet. Då anbudsgivarens samarbetspartners både vad gäller kvalitet och kvantitet är det avgörande i utvärderingen framstår det enligt förvaltningsrättens mening som helt avgörande att förfrågningsunderlaget är tydligt i fråga om hur antalet samarbetspartners ska redovisas i anbudet. Av förfrågningsunderlaget framgår endast att anbudsgivaren ska styrka pågående kontrakt med intyg eller underlag. I "Frågor och Svar CSN-kortet" har CSN anfört att intyg eller underlag som styrker pågående avtal ska vara undertecknade av bägge parter. Som svar på en konkret fråga från Mecenat har CSN emellertid svarat att Mecenat om de

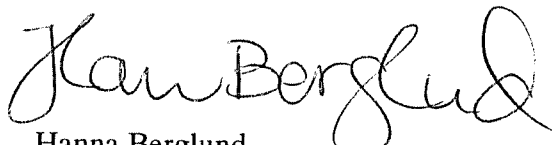
inte kan få fram kontrakt eller liknande får försöka styrka på det sätt som är möjligt.

Utifrån de ovan angivna förutsättningarna har anbudsgivarna lämnat sina anbud. Studentkortet har emellertid inte fått del av den information som framkommit i e-postkonversationen mellan Mecenat och CSN innan anbudstidens utgång. Anbudsgivarna har således lämnat anbud utifrån olika förutsättningar. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. CSN har vid utvärderingen, med anledning av förvaltningsrättens dom i mål nr 1732-11, bortsett från ensidigt undertecknade intyg och samlingsintyg. Förvaltningsrätten konstaterar att det svar som CSN lämnat till Mecenat och som inte Studentkortet fått del av går att tolka så som Mecenat gjort, nämligen att underskrift av bägge parter inte krävs. Enligt förvaltningsrättens mening bör alla frågor som ställs av anbudsgivare och som besvaras av CSN ses som en konkretisering av förfrågningsunderlaget då anbudsgivaren inte har någon kontroll över vilka frågor och svar som publiceras i "Frågor och svar CSN-kortet". Formuleringen "*Om ni inte kan få fram kontrakt eller liknande får ni försöka styrka på det sätt som är möjligt.*" öppnar enligt förvaltningsrättens mening för tolkningen att avtal kunde styrkas på annat sätt än genom handlingar undertecknade av bägge parter, oavsett om det varit CSN:s avsikt med svaret eller inte. Enligt förvaltningsrättens mening har förfrågningsunderlaget därmed uppvisat otydligheter. Otydligheterna i förfrågningsunderlaget är enligt förvaltningsrättens mening ett brott mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 §.

För att ett ingripande enligt LOU ska ske i form av att upphandlingen ska göras om eller rättas krävs enligt 16 kap. 2 § LOU att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten har

tidigare konstaterat att otydligheterna i förfrågningsunderlaget innebär ett brott mot 1 kap. 9 § LOU. Otydligheterna i förfrågningsunderlaget har lett till att anbudsgivarna lämnat anbud utifrån olika förutsättningar. Vilka samarbetsavtal som godtagits respektive förkastats av CSN i anbudsutvärderingen har inte kunnat förutses mot bakgrund av de otydligheter som funnits i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening har bristerna i upphandlingen inneburit att Mecenat kan komma att lida skada och därmed föreligger skäl för ingripande enligt LOU. Då det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget kan rättelse inte ske. Upphandlingen ska därför göras om.

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



Hanna Berglund



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 var till 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 omedelbart. 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 3109/1C LOU