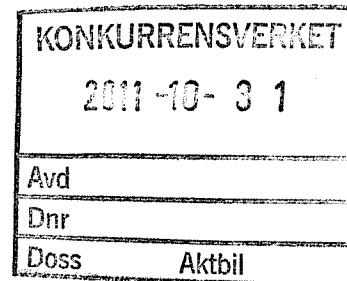




KLAGANDE

Mecenat AB, 556317-4076
Box 11215
404 25 Göteborg

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



MOTPARTER

1. Centrala studiestödsnämnden
851 82 Sundsvall

2. Studentkortet i Sverige AB, 556491-5287
Box 24250
104 51 Stockholm

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 5 oktober 2011 i mål nr 1732-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; nu fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 17 oktober 2011 upphör därmed att gälla.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bakgrund

Centrala studiestödsnämnden (CSN) genomför en upphandling avseende CSN-kortet. Vid anbudsutvärderingen rangordnades Mecenat AB (Mecenat) först och tilldelades därför kontraktet av CSN. Studentkortet i Sverige AB, vars anbud rangordnats efter Mecenats anbud, ansökte hos förvaltningsrätten om överprövning av tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten har i den överklagade domen bestämt att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts. Rättelse ska ske på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras och ett nytt tilldelningsbeslut fattas. Förvaltningsrätten har härvid uppställt vissa närmare angivna åtgärder för hur utvärderingen ska vidtas.

Yrkanden m.m.

Mecenat yrkar, med ändring av förvaltningsrättens dom, att kammarrätten i första hand visar målet till förvaltningsrätten för ny handläggning och i andra hand beslutar att upphandlingen ska göras om. Mecenat anför till stöd för sin uppfattning att bolaget har talerätt i målet bl.a. följande. Förvaltningsrättens dom riktar sig direkt mot Mecenats anbud. Detta är särskilt tydligt när det gäller den av Mecenat åberopade partnern Skyways och den studentrabatt som Skyways ger/gav. Om förvaltningsrätten utformat förordnandet i domen avseende tidpunkten när respektive partners studentrabatt måste vara gällande i generella ordalag och inte direkt utpekade Mecenats anbud hade frågan avseende talerätten kunnat bedömas på annorlunda sätt. Förvaltningsrättens dom om rättelse är direkt riktat mot Mecenats anbud och har sådan betydelse för Mecenat att den angår bolaget i den mening som avses i 33 § FPL.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till förvaltningsrätt får ansöka om överprövning av en offentlig upphandling. Några bestämmelser om vem som kan överklaga förvaltningsrättens avgöranden finns varken i LOU eller i de s.k. rättsmedelsdirektiv som 16 kap. LOU bygger på. De allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, blir därmed tillämpliga.

Enligt 10 § första stycket FPL ska en ansöknings- eller besvärshandling eller annan handling, varigenom ett mål anhängiggörs, och det som hör till den tillställas motparten eller någon annan mot vilken åtgärd ifrågasätts och denne ges möjlighet att yttra sig över handlingen.

Av 33 § andra stycket FPL framgår att förvaltningsrättens beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom emot.

I RÅ 2002 ref. 5 fann Högsta förvaltningsdomstolen att en vinnande leverantör inte hade rätt att överklaga en därefter meddelad dom av länsrätten (numera förvaltningsrätten) av innebörd att upphandlingen fick avslutas först sedan viss rättelse skett genom att en annan leverantör skulle få vara med i utvärderingen. Den vinnande leverantören hade inte heller rätt att på annan grund överklaga länsrättens dom.

I HFD 2011 ref. 29 fann domstolen att en leverantör som vid överprövning i förvaltningsrätten uteslutits från en ny utvärdering hade rätt att överklaga domen. Domen ansågs ha gått leverantören emot och ansågs ha en sådan betydelse för leverantörens ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen, att den angick bolaget i den mening som avses i 33 § FPL. I domen klargörs också att

bestämmelserna i 10 § FPL kräver att en leverantör bereds tillfälle att yttra sig över en ansökan om överprövning när domstolen överväger att lägga de i ansökningen påstådda bristerna i leverantörens anbud till grund för att förordna att anbudet inte får beaktas vid en ny utvärdering.

Mecenats talerätt

Frågan om Mecenat har rätt att överklaga förvaltningsrättens dom har ett nära samband med bedömningen av om bolaget varit att anse som motpart till Studentkortet i Sverige AB i förvaltningsrätten. Om Mecenat skulle varit motpart får bolaget nämligen också anses ha rätt att överklaga domen. Varje beslut om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse i något avseende har skett, är ägnat att påverka presumtiva leverantörer positivt eller negativt. När en leverantör gör en framställning enligt 16 kap. 1 § LOU, med innebörd att dennes anbud ska beaktas vid utvärderingen, medför detta dock inte att övriga leverantörer blir att anse som motparter i målet (se RÅ 2002 ref. 5).

Studentkortet i Sverige AB yrkade i sin framställning till förvaltningsrätten att upphandlingen skulle rättas i första hand på så sätt att anbudsutvärderingen görs om varvid vissa åtgärder skulle vidtas och i andra hand på så sätt att Mecenats anbud förkastades.

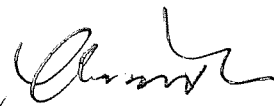
Förvaltningsrättens dom innebär att upphandlingen ska rättas på så vis att en ny utvärdering ska göras i enlighet med vissa uppställda åtgärder. Domen innebär inte att Mecenat ska uteslutas från den pågående upphandlingen utan Mecenats anbud ska fortfarande beaktas vid den nya utvärderingen. Situationen är alltså en annan än den i HFD 2011 ref. 29. För det fall att Studentkortet i Sverige AB skulle få kontraktet efter företagen rättelse finns möjlighet för Mecenat att överklaga det nya tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrättens dom om rättelse kan därför inte anses gå Mecenat emot eller ha en sådan betydelse för bolagets ställning

som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att den angår bolaget i den mening som avses i 33 § FPL. Mecenat har då inte rätt att överklaga förvaltningsrättens dom, utan Mecenats talan ska avvisas.

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



Gunnar Pettersen
kammarrättsråd
ordförande
skiljaktig, se s. 6



Charlotte Waas
kammarrättsråd



Birgitta Törnered
kammarrättsråd
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande

Skiljaktig mening

Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref 5 avser en anbudsgivare (här benämnd A) som uteslutits från att få delta i utvärderingen i en offentlig upphandling pga att han inte undertecknat sitt anbud. Länsrätten ansåg efter A:s ansökan om överprövning att detta fel var uppenbart och att den upphandlande myndigheten borde ha låtit A komplettera sitt anbud med en underskrift och därefter ha tillåtits att delta i utvärderingen. Länsrätten förordnade om rättelse i enlighet med detta. Den anbudsgivare som först antagits som leverantör (här benämnd B) men som på grund av länsrättens dom fick lov att delta i en ny utvärdering ansågs därvid inte ha rätt att överklaga denna dom. Regeringsrätten uttalade bl.a. att talerätsfrågan var nära förknippad med frågan om B varit att anse som motpart till den uteslutne anbudsgivaren A i målet hos länsrätten. Om A varit att anse som motpart fick B anses ha haft rätt att överklaga domen. Enligt Regeringsrätten kunde talerätt inte grundas redan på ställningen som anbudsgivare och inte heller enbart på att B av den upphandlande myndigheten först utsetts till leverantör. Till detta kom att målet i länsrätten inte i sig innefattade ett överklagande av den upphandlande myndighetens beslut att anta B som leverantör, utan riktade sig mot åtgärden att inte beakta anbudet från A. Domen innebar inte heller att länsrätten upphävde eller ändrade beslutet. A ansågs därmed inte som part i målet i länsrätten och han kunde därför inte grunda talerätt på partsställning i länsrätten. Regeringsrätten ansåg vidare att A inte kunde anses ha något av LOU eller lagens bakomliggande direktiv erkänt intresse till stöd för en rätt att överklaga. Det var i huvudsak med stöd av dessa omständigheter som Regeringsrätten fann att kammarrätten gjort rätt som avvisat A:s överklagande dit.

I RÅ 2007 not. 131 ansågs en vinnande leverantör inte ha rätt att föra talan mot kammarrätts beslut att ändra den upphandlande myndighetens beslut på så sätt att en annan leverantör tilldelades uppdraget.

Den praxis som följt av sistnämnda avgörande har dock frångåtts genom HFD:s pleniavgörande HFD 2011 ref. 29. Situationen i det målet ansågs snarlik den i 2007 års mål. I 2011 års mål ansågs en leverantör som efter ansökan om överprövning uteslutits från en ny utvärdering ha talerätt. HFD anförde bl.a. att det framgick av 2002 års rättsfall att en leverantör inte intar partsställning när ytterligare en leverantör efter överprövning tillåts delta i upphandlingen men att några säkra slutsatser inte kan dras vad gäller partsställning och talerätt för den som i en ansökan om överprövning begärs utesluten från en värdering. När förvaltningsrätten (*anm*: i 2011 års fall) övervägde att lägga de uppgivna bristerna i anbudet från den genom överprövningen uteslutne leverantören till grund för att förordna att anbudet inte fick beaktas vid en ny utvärdering, borde dock enligt HFD den överprövande domstolen ha berett den uteslutne leverantören tillfälle att yttra sig över uppgifterna i ansökningsen. Rättelsesdomen ansågs ha gått den uteslutne leverantören emot och ha sådan betydelse för dennes rättsställning att talerätt förelåg.

Även i kammarrättens nu aktuella mål synes talerätsfrågan ha nära samband med hur partsställningen i förvaltningsrätten ska bedömas. CSN har antagit Mecenat AB som leverantör. Detta beslut har Studentkortet i Sverige AB (Studentkortet) ansökt om överprövning av. Studentkortet har i första hand yrkat att upphandlingen ska rättas så att utvärderingen görs om och i andra hand att Mecenat AB:s anbud ska förkastas. Studentkortet har vad gäller förstahandsyrkandet hävdat att Mecenat AB med ändring av utvärderingen ska tilldelas 0 poäng beträffande två utvärderingskriterier och reducerad poäng avseende ett tredje. Detta skulle enligt Studentkortet medföra att Studentkortet istället för Mecenat AB skulle tilldelas kontraktet. Förvaltningsrätten har i domslutet förordnat om att rättelse ska ske genom ny utvärdering och nytt tilldelningsbeslut. Förvaltningsrätten har samtidigt bestämt bl.a. att CSN då ska ”bortse från Skyways studentrabatt”. Förvaltningsrätten har även bestämt att CSN enbart får godta ”partners som inom ramen för

anbudstidens utgång har styrkts genom ett intyg som har undertecknats av anbudsgivaren och partnern” och att CSN därvid ”ska bortse från ensidigt undertecknade intyg och kompletteringar som gjorts efter anbudstidens utgång”.

Mecenat AB har i kammarrätten, såvitt nu är av intresse, anfört bl.a. följande. Förvaltningsrättens dom är preciserad i detalj. Förordnandena i domslutet riktar sig i samtliga delar mot Mecenats anbud, särskilt tydligt när det gäller Skyways studentrabatt. De påstådda bristerna har således lagts till grund för denna dom. Domslutets innehåll har påverkat Mecenats anbud negativt så att anbudet inte längre kommer att vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Mecenat borde därför ha tillerkänts partsställning i förvaltningsrätten enligt 10 § FPL.

Min bedömning

Av det anförda framgår att Studentkortets ansökan om överprövning i förvaltningsrätten direkt riktats mot CSN:s beslut att anta Mecenat som leverantör. När förvaltningsrätten övervägde att lägga Studentkortets invändningar avseende Mecenats anbud till grund för sitt domslut borde domstolen därför ha berett Mecenat tillfälle att yttra sig enligt 10 § FPL. Det finns vidare stöd för att anta att just dessa invändningar i enlighet med förvaltningsrättens domslut - som direkt tar sikte på hur poängberäkningen vid utvärderingen av Mecenats anbud bör ske - kan medföra att Studentkortet istället för Mecenat AB utses som leverantör vid den nya utvärderingen. Förvaltningsrättens dom får vid dessa förhållanden anses gå Mecenat AB emot och ha en sådan betydelse för bolagets ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att den angår bolaget i den mening som avses i 33 § FPL.

I detta sammanhang bör även noteras att ett domslut som är preciserat så att det i förväg bestämmer utfallet av en ny utvärdering till nackdel för en

part så att den parten inte längre kan vinna upphandlingen, synes i sina rättsverkningar vara jämförbart med att parten istället hade uteslutits från vidare deltagande.

Till det nu anförda vill jag tillägga följande. Nuvarande praxis ger enligt min mening inte något egentligt stöd för att hävda att Mecenat AB skulle kunna ansöka om överprövning av ett senare tilldelningsbeslut och först i den processen framföra de invändningar i nu aktuellt hänseende, som bolaget anført i kammarrätten angående poängberäkningen vid utvärderingen. Dessa invändningar har ju kommit att prövas genom förvaltningsrättens domslut i den nu förevarande processen. När förvaltningsrättens domslut vunnit laga kraft torde det därför förhindra en ny prövning av hur de här aktuella utvärderingskriterierna ska bedömas och poängsättas med avseende på Mecenat AB:s anbud.

Sammanfattningsvis anser jag således att kammarrätten ska tillerkänna Mecenat AB talerätt i målet och ta ställning till om prövningstillstånd bör meddelas bolaget.



SÖKANDE

Studentkortet i Sverige AB, 556491-5287
Box 24250
104 51 Stockholm

Ombud: advokaten Kristian Pedersen och jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Centrala studiestödsnämnden
851 82 Sundsvall

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts. Rättelse ska ske på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras och ett nytt tilldelningsbeslut fattas varvid CSN ska bortse från Skyways studentrabatt. 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. Slutligen ska CSN företa utvärderingen av området litteratur på samma sätt som övriga områden.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

CSN genomför upphandling avseende CSN-kortet, dnr 2010-5102-8544, och har i sitt tilldelningsbeslut den 27 maj 2011 beslutat att anta Mecenat AB (**Mecenat**) som leverantör.

Studentkortet i Sverige AB:s yrkande

Studentkortet i Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska rättas i första hand på så sätt att anbudsutvärderingen görs om varvid följande åtgärder ska vidtas.

-Mecenat tilldelas noll poäng vad avser samarbetspartnern Skyways i utvärderingskriteriet kvalitet.

-Mecenat tilldelas noll poäng vad avser samarbetspartnern Ljudboksgruppen i utvärderingskriteriet kvalitet.

-Mecenat tilldelas poäng i utvärderingskriteriet kvantitet endast i den omfattning som samtliga krav avseende hur samarbetspartners ska redovisas är uppfyllda och med bortseende från otillåtna kompletteringar.

-Mecenats anbud jämförs på ett konsekvent sätt med bolagets.

Dessa åtgärder resulterar i att bolagets anbud ska tilldelas en högre utvärderingspoäng än Mecenat och därmed är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen varför bolaget ska tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska rättas på så sätt att Mecenats anbud förkastas.

Studentkortet i Sverige AB:s grunder för förstahandsyrkandet

CSN har tilldelat Mecenat poäng för en rabatt som inte existerar. Av den sammanställning som bifogats utvärderingsprotokollet framgår att Mecenat som partner för området resor angett bland annat Avia Express AB (Skyways) samt tilldelats tio poäng för den offererade rabatten om 75 procent avseende Skyways. Vid kontakt med Skyways har bolaget emellertid fått information om att Skyways efter den 1 april 2011 inte

erbjuder någon studentrabatt av det slag som krävs för att erhålla poäng i anbudsutvärderingen. Rabatten hade således till och med upphört att gälla vid tidpunkten för anbudsutvärderingen den 27 maj 2011. Ett sådant förfarande leder inte till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet identifieras och antas. Om inte utvärderingen av rabatter ska bli fullständigt meningslös och leda till ett missvisande resultat måste de rabatter som medför att en anbudsgivare tilldelas kontrakt naturligtvis också gälla under någon del av avtalstiden. CSN:s tolkning av förfrågningsunderlaget, att det väsentliga är att en rabatt föreligger vid tidpunkten för anbudstidens utgång den 14 mars 2011, är ologisk och förvånande eftersom den innebär att CSN i praktiken inte bryr sig om huruvida de studerande över huvud taget får del av några rabatter eller inte. Det kan vid offentlig upphandling inte rimligen vara tillåtet att utvärdera anbud och tilldela kontrakt baserat på förutsättningar som vid tidpunkten för anbudsutvärderingen och tilldelningsbeslutet inte överensstämmer med de verkliga förhållandena. Sådant som tidigare gällt, men därefter upphört att gälla, kan med hänsyn till transparensprincipen i LOU inte tillåtas påverka resultatet i en offentlig upphandling. Mecenat borde därför ha tilldelats noll poäng för partnern Skyways istället för tio poäng. Därmed hade bolaget varit den anbudsgivare som offererade den mest förmånliga rabatten och skulle ha tilldelats tio poäng.

CSN har tilldelat Mecenat poäng för en partner som inte har någon försäljning, och således ingen rabatt, som riktar sig till studerande. Av den sammanställning som bifogats utvärderingsprotokollet framgår att Mecenat som partners inom området Litteratur angett Docendo AB och Ljudboksgruppen i Stockholm AB (Ljudboksgruppen). Mecenat har tilldelats tio poäng för den rabatt om 80 procent som angetts för Ljudboksgruppen. Av Ljudboksgruppens webbplats framgår emellertid att de är ett grossistföretag som inte erbjuder försäljning direkt till konsument utan endast via återförsäljare. Eftersom Ljudboksgruppen inte har någon

försäljning som riktar sig till studerande finns det följaktligen inte heller någon möjlighet för studerande att ta del av någon rabatt vilket krävs för att tilldelas poäng vid utvärderingen. Mecenat borde därför ha tilldelats noll poäng för partnern Ljudboksgruppen istället för tio poäng. Därmed hade bolaget varit den anbudsgivare som offererade den mest förmånliga rabatten och skulle ha tilldelats tio poäng.

Enligt utvärderingsprotokollet har Mecenat fått godkänt för sammanlagt 486 rabattgivande partners vad avser utvärderingskriteriet kvantitet. Mecenats anbud saknar helt intyg för 366 av bolagets godkända samarbetspartners. Det är ett tydligt krav att intyg ska inlämnas för varje samarbetspartner och CSN borde inte ha godkänt någon av de partners för vilka intyg inte lämnats. Det finns inget utrymme för att tolka förfrågningsunderlaget så att ett samlingsintyg kan lämnas för en företrädare men utvärderas så att poäng ges för varje angiven partner. Mecenat borde därför vid utvärderingskriteriet kvantitet inte ha fått tillgodoräknat sig poäng för dessa 366 partners.

Vidare är 82 av de 120 intyg som faktiskt skickats in endast ensidigt påskrivna av Mecenat. Eftersom det tydligt framgår av frågor och svar i upphandlingen att alla intyg ska vara påskrivna av bägge parter uppfyller dessa intyg inte kraven i anbudsinbjudan. Bolaget yrkar därför att ytterligare 82 partners frånräknas Mecenat i anbudsutvärderingen vad avser utvärderingskriteriet kvantitet.

Mecenat har i omfattande mån tillåtits komplettera med intyg avseende 63 samarbetspartners medan övriga anbudsgivare har blivit utvärderade på de fullständiga samarbetspartners med intyg som de hunnit få fram inom anbudstiden. Genom kompletteringen har Mecenat fått möjlighet att tillföra uppgifter för att uppfylla krav som inte tidigare varit uppfyllda.

Mecenat har inkommit med ett flertal samarbetspartners vilka inte har en aktuell rikstäckande rabatt som riktar sig till studenter. Bland annat har Mecenat angivit samtliga landets länsförsäkringsbolag som samarbetspartners. Dessa är emellertid regionala och bör därför räknas som samarbetspartner med rikstäckning. Även här har CSN bedömt båda anbudsgivarnas anbud olika eftersom de länsförsäkringsbolag som bolaget offererat tillsammans har räknats som en rikstäckande samarbetspartner medan de som Mecenat offererat har räknats var för sig. Det finns vidare en rad lokala bokhandlar och förlag varav en stor del inte erbjuder vare sig studentrabatt eller försäljning av litteratur till studenter på annan ort. Slutligen är 40 av Mecenats samarbetspartners har endast intyg via Compendium AB vilket är ett telemarketingbolag. Intyget är endast undertecknat av Compendium AB och de angivna bolagen bedriver till stor del verksamhet av lokal karaktär och offererar inga rikstäckande rabatter.

CSN har utvärderat partners på ett sätt som är inkonsekvent och som ensidigt gynnar Mecenat. Avgörande för utfallet i utvärderingen av områdena Resor och Litteratur inom utvärderingskriteriet kvalitet är hur anbudsgivarnas två partners jämförs med varandra. För området resor har CSN jämfört de partners från respektive anbudsgivare som erbjuder högst rabatt med varandra och de partners som erbjuder näst högst rabatt med varandra. För området litteratur har CSN ändrat utvärderingsmetod så att Mecenats partner med lägst rabattsats har jämförts med bolagets högsta rabattsats och bolagets partner med lägsta rabattsats har jämförts med Mecenats partner med högsta rabattsats. CSN har således utvärderat de olika rabatter som anbudsgivarnas partner erbjuder på ett inkonsekvent sätt. Dessutom har utvärderingen gynnat Mecenat på bekostnad av bolaget eftersom CSN för såväl området resor som området litteratur valt den utvärderingsmetod som inneburit en fördel för Mecenat. Detta innebär en överträdelse av likabehandlingsprincipen. Några sakliga skäl för CSN att välja olika utvärderingsmetoder för jämförbara situationer har inte

förelegat. Det bör också framhållas att det ingenstans i anbudsinbjudan angetts att CSN skulle komma att tillämpa olika utvärderingsmetoder för olika områden.

Studentkortet i Sverige AB:s grunder för andrahand yrkandet

Till grund för andrahandsyrkandet anför bolaget följande. CSN har brutit mot principerna i LOU genom att utvärdera och anta anbudet från Mecenat trots att det inte uppfyller samtliga skall-krav i upphandlingen. Skulle förvaltningsrätten finna att Mecenat har haft rätt att ge in intyg som avser avtal med samarbetspartners, vilka Compendium har tecknat, innebär detta att Mecenat har använt Compendium som underleverantör utan att ha uppfyllt de skall-krav som avser underleverantörer.

CSN:s yrkande

CSN tillstyrker yrkandet att anbudsutvärderingen ska göras om men motsätter sig övriga yrkanden.

CSN:s grunder

Tilldelningen av kontraktet uppfyller kraven på likabehandling och transparens. Båda anbudsgivarna har genom anbudsinbjudan haft kännedom om vilka kriterier som var avgörande för val av leverantör och ingen av leverantörerna har gynnats.

CSN har inte tilldelat Mecenat poäng för en rabatt som inte existerar. CSN:s uppfattning är att det är de avtal om rabatter och förmåner som var aktuella vid tidpunkten för sista anbudsdag, dvs. den 14 mars, som ska ingå i utvärderingen av anbudet. Enligt vad CSN erfar sker ständiga förändringar i kortföretagens avtal med avseende på olika partner och rabattsatser. För att uppnå likabehandling och transparens har CSN därför valt att lägga de avtal och rabattsatser som är aktuella vid tidpunkten för sista anbudsdag till grund för utvärderingen. Detta framgår genom

skrivningen i avsnitt 6.1 i anbudsinbjudan dvs. att anbudsgivaren ska uppvisa *aktuella* rabatter och styrka *nu pågående avtal*. I ett intyg från Skyways framgår att Mecenat vid den tidpunkten hade ett pågående avtal med Skyways om studentrabatter och därmed uppfyllde kravet för att få läggas till grund för utvärderingen i upphandlingen.

CSN har heller inte tilldelat Mecenat poäng för en partner som inte har någon försäljning eller rabatt som riktar sig till studerande. I intyg har Ljudboksgruppen intygat att det är och har varit möjligt för studenter att beställa ljudböcker hos dem via den egna försäljningskanalen book2go sedan den 10 mars 2011. Mecenat har uppgett att samarbetet formellt sker med Ljudboksgruppen men att det i praktiken sker via denna kanal. Mot denna bakgrund anser CSN att Ljudboksgruppen vid tidpunkten för sista anbudsdag uppfyllde kravet på att erbjuda försäljning och rabatter som riktar sig till studerande. Det finns därför inget skäl till att fränkänna Mecenat poäng för Ljudboksgruppen i anbudsutvärderingen. Däremot ska poängen för Ljudboksgruppen justeras till åtta poäng istället för tio. Bolagets partner Nordstedts Juridik ska tilldelas tio poäng istället för sju och en halv poäng och Mecenats partner Docendo ska tilldelas fem poäng istället för tre poäng. Poängtilldelningen har skett på så sätt att den anbudsgivare vars partner erbjuder högst rabattsats har tilldelats maximala tio poäng medan den andra anbudsgivaren har tilldelats poäng efter hur den av anbudsgivaren offererade rabattsatsen förhåller sig till den högsta rabattsatsen. Jämförelsen har skett mellan de partners från respektive anbudsgivare som erbjudit den högsta rabattsatsen och mellan de partners från respektive anbudsgivare som erbjudit den näst högsta rabattsatsen.

CSN bestrider yrkandet att Mecenats anbud ska frånräknas partners vad avser utvärderingskriteriet kvantitet på den grunden att intyg saknas. CSN har bedömt att modellen där anbudsgivaren har avtal med en företrädare, som i sin tur har tecknat avtal för flera andra bolags räkning, innebär att de

företag som företräds ska räknas som partner i den mening som avses i anbudsinbjudan. Detta har skett både för Mecenat och bolaget men för Mecenat finns det flera sådana typer av avtal. Därmed är det även tillräckligt med en underskrift av företrädaren för det bolag som företräder de andra för att de bolags om företräds ska få räkas som partners.

I denna upphandling har CSN gjort en generös tolkning av både anbudet och möjligheten till förtydligande av desamma utifrån en strävan att uppnå ett avtal med den leverantör som kan erbjuda det mest förmånliga rabattkortet med flest rabatter till studerande. Båda anbudsgivarna har getts tillfälle att förtydliga sina anbud på ett flertal punkter. När det gäller förtydligande av intyg från Mecenat har det bland annat skett avseende intyg som saknats och intyg som enbart haft underskrift av Mecenat. CSN har tolkat 15 kap. 12 § LOU på så sätt att dylika förtydliganden är tillåtna då intygen avsett redan kända sakförhållanden. Det har alltså inte skett någon komplettering med nya faktauppgifter till anbudet utan endast komplettering av bevis som styrker de uppgifter som redan har lämnats i anbudet.

I anbudsutvärderingen har tre länsförsäkringsbolag tillgodoräknats Mecenats anbud. Då varje länsförsäkringsbolag bedriver verksamhet inom hela sin region kan studentrabatt nyttjas inom företagets hela geografiska område och uppfyller därmed kriteriet rikstäckande. Likaså har genom intyg visats att de ifrågasatta bokhandlarna erbjöd rikstäckande rabatter på sina produkter samt att det inte skulle ha varit omöjligt att ringa och beställa produkter från de olika butikerna. Slutligen är Compendium AB Mecenats säljbolag och samarbetet innebär att Compendium AB förhandlar fram lokala studentrabatter. Compendium AB har skrivit på intygen i egenskap av företrädare för de andra bolagen.

CSN instämmer däremot i att anbudsutvärderingen har varit behäftad med brister och att den ska göras om. En förnyad anbudsutvärdering leder dock inte till något annat resultat än att Mecenat ska tilldelas kontraktet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010 och LOU ska därför tillämpas i dess lydelse därefter. Detta innebär bland annat att förlängd avtalsspärr gäller enligt 16 kap. 9 § LOU, innebärande att när ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten.

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 upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (15 kap. 12 § LOU).

En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet (15 kap. 15 a § LOU).

En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

Enligt sistnämnda bestämmelse framkommer att vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd (15 kap. 16 § LOU).

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. 5 § LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

4 Krav på anbudsgivaren

För att anbud ska kunna antas, ställs vissa formella och ekonomiska krav på anbudsgivaren.

-
Anbudsgivaren äger rätt att anlita underleverantör/-er för utförandet av specificerade delar av åtagandet under förutsättning att detta redovisas i anbudet. Om anbudsgivaren anlitar underleverantör/-er ska anbudsgivaren namnge dessa och bifoga registreringsbevis från Bolagsverket.

5 Krav på tjänsten

Definitioner:

Partner

Kontraktsglerat samarbete med partner som tar fram och till studerande distribuerar bevis om studiestöd för studier och bevis om studerandestatus för rabatt/förmån till studerande.

Rabatt/förmån till den studerande

Rabatt/förmån som ska vara specifikt framtagen för gruppen studerande. Rabatten/förmånen ska vara varaktig, inte av tillfällig karaktär eller kampanjbetonad.

Rikstäckande

Rabatt/förmån som ska kunna nyttjas av studerande på flera orter i landet. För rikstäckande företag ska rabatt/förmån omfatta företagets hela geografiska spridning, samtliga kontor eller motsvarande. Som exempel kan en butikskedja ha butiker i minst två städer och därmed kan detta jämföras med rikstäckande.

6.1 Utvärderingskriterier

Kvalitet 75 %

Kvantitet 25 %

Med "Kvalitet" menas:

Med kvalitet menas att anbudsgivaren **ska** uppvisa aktuella rikstäckande rabatter/förmåner till studerande. Anbudsgivaren **ska** lämna uppgifter om de eller den bästa partner och produkt/tjänst som avses, det ordinarie priset samt det rabatterade priset för studerande. Som bevis **ska** anbudsgivaren bifoga intyg eller underlag som styrker nu pågående avtal.

I svarsformuläret **ska** vald partner, namn på partner samt rabatten i procent uppges. Uppgiften om rabatten i procent kommer att ligga till grund för utvärderingen.

Redovisningen **ska** göras för [bland annat] följande områden:

Riktat område	Antal partners	Beskrivning	Maxpoäng
Resor	2	Avser färdställen tåg, flyg och buss, dock ej buss i lokaltrafik	20
Litteratur	2	Avser kurs-, fakta- och skönlitteratur samt uppslagsverk i tryckt eller elektronisk form	10

Med "Kvantitet" menas:

Med kvantitet menas att anbudsgivaren **ska** uppvisa flest antal partners med aktuella rikstäckande rabatt/förmåner till studerande. Anbudsgivaren **ska** lämna antalsuppgifter i svarsformuläret.

Som bevis ska anbudsgivaren bifoga intyg eller underlag som styrker nu pågående kontrakt.

6.2 Beräkningsmetod

Bedömningen görs utifrån en i förväg fastlagd betygsskala med intervallen 0 till 5. Högsta betyg får det anbud som uppvisar högst totalpoäng inom utvärderingskriteriet kvalitet respektive kvantitet. De övriga anbudet får en lägre poäng relaterat till uppfyllandegraden av utvärderingskriteriet.

I bedömningen av anbudet finns värdet 0 med för de anbud som inte alls kan uppfylla kriteriet.

CSN antar det anbud som får högst poäng.

I intyg daterat den 19 maj 2011 har Skyways intygat att CSN- och Mecenatkortet accepterades för verifiering av studentstatus vid anbudsdagen för CSN:s upphandling, dvs. den 14 mars 2011 samt att studentrabatten därefter har utgått ur sortimentet.

Av "Frågor och svar CSN-kort" framgår bland annat följande.

Fråga 1

Ni anger i 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 av parterna eller kan det vara en sammanställning av samtliga kunder från anbudsgivaren och att detta intyg ska 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.

Fråga 3

Fråga kring er definition av "rikstäckande", det finns bolag som är rikstäckande men har lokala organisationer för t.ex. varje län, detta innebär i praktiken att alla lokala organisationer tar sina egna beslut och därmed skriver egna avtal, detta kan för oss då innebära att vi har olika rabatter för olika delar av landet samt att avtal inte finns med alla lokala organisationer i landet. Är detta enligt er mening en godkänd partner att ange?

Svar:

Den angivna leverantören ska kunna erbjuda rabatter till studerande på flera orter i landet. CSN fäster ingen vikt vid om leverantören har lokala organisationer.

Förvaltningsrättens bedömning

Den i målet aktuella upphandlingen avser rabatter och förmåner till studenter genom CSN-kortet. Utvärderingen har skett enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga och CSN har i tilldelningsbeslut antagit anbud lämnat av Mecenat. Bolaget har i ansökan om överprövning gjort invändningar mot detta och yrkat att upphandlingen ska rättas, i första hand på så sätt att bolaget tilldelas kontrakt och i andra hand på så sätt att Mecenats anbud utesluts ur upphandlingen.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att överprövning av en upphandling endast kan leda till ett förordnande att upphandlingen ska

göras om eller att den ska rättas. Förvaltningsrätten kan alltså inte besluta att en upphandlande myndighet ska teckna avtal med någon av anbudsgivarna. Bolagets förstahandsyrkande får således istället förstås som en begäran om att rättelse ska ske genom en ny anbudsutvärdering.

Vad gäller bolagets invändning att CSN felaktigt har tilldelat Mecenat poäng vid anbudsutvärderingen för en rabatt som inte existerar gör förvaltningsrätten följande bedömning. Den aktuella rabatten upphörde den 1 april 2011. Av förfrågningsunderlaget framgår inte någon specifikt angiven tidpunkt eller tidsperiod under vilken kraven i anbudsinvändningen ska vara uppfyllda. Ordalydelsen i underlaget, att anbudsgivaren ska ange *aktuella* rabatter och lämna intyg till styrkande av *nu pågående kontrakt*, utesluter inte att den relevanta tidpunkten skulle kunna vara vid anbudstidens utgång såsom CSN gör gällande men talar snarast för att rabatterna ska vara aktuella under avtalstiden. Vidare framstår den tolkning som CSN gör som orimlig mot bakgrund av att CSN valt att göra utvärderingen enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga. Även om rabatter och förmåner kan variera över tid förutsätter en meningsfull jämförelse av anbudsgivarnas rabatter i ljuset av vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt att rabatterna är gällande - och således kommer studenterna till godo - under åtminstone någon del av avtalstiden. Enligt förvaltningsrätten borde det av dessa skäl stå klart för anbudsgivarna att de rabatter som efterfrågas i förfrågningsunderlaget ska vara aktuella under åtminstone någon del av avtalstiden. Förvaltningsrätten gör i sammanhanget bedömningen att den tolkning av som CSN vill göra av förfrågningsunderlaget inte säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och därför riskerar att strida mot LOU (jämför Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 5293-10). Förvaltningsrätten finner således att förfrågningsunderlaget rätteligen måste förstås som att rabatterna måste vara gällande åtminstone under någon del av avtalstiden och att CSN, genom att beakta rabatter som inte var gällande vid denna

tidpunkt, har tillämpat kriterierna i förfrågningsunderlaget på ett felaktigt sätt vid utvärderingen. Upphandlingen bör därför rättas på så sätt att Mecenat vid en förnyad utvärdering inte erhåller poäng för den rabatt som har erbjudits av Skyways under utvärderingskriteriet kvalitet.

CSN har i utvärderingen av det vinnande anbudet medräknat flertalet samarbetspartners vilka, enligt bolagets invändning, inte har *en rikstäckande* rabatt, detta gäller framförallt länsförsäkringsbolag. Av förfrågningsunderlaget framgår att en butikskedja kan ha butiker i minst två städer och kan därmed jämföras med rikstäckande. Då länsförsäkringsbolag i regel har verksamhet inom ett större geografiskt område och med beaktande av den definition som återfinns i förfrågningsunderlaget finner förvaltningsrätten att CSN, genom att beakta individuella länsförsäkringsbolag såsom rikstäckande vid utvärderingen, inte kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Vad gäller frågan om godkända intyg för samarbetspartners under utvärderingskriteriet kvantitet konstaterar förvaltningsrätten att det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget och "Frågor och svar CSN-kort" att anbudsgivaren ska bifoga intyg, påskrivet avtal eller annat underlag som ska vara påskrivet av *bägge parter* för att en anbudsgivare ska få tillgodoräkna sig en partner. I den mån sådana intyg saknas måste anbudsutvärderingen rättas så att CSN bortser från dessa partners.

CSN har vid anbudsutvärderingen bedömt att i de fall där anbudsgivaren har avtal med en företrädare som i sin tur tecknat avtal för flera andra bolags räkning ska de senare bolagen räknas som partner i den mening som avses i anbudsinbjudan. Därför har CSN också bedömt att det är tillräckligt med en underskrift av företrädaren för det bolag som företräder de andra. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget såsom det konkretiseras i "Frågor och svar CSN-kort" inte medger en sådan tolkning

eftersom det krävs att det finns ett intyg till styrkande av ett pågående samarbete eller kontrakt som undertecknas av bägge *parter*. Vid en ny utvärdering bör därför bortses från partners som endast omfattas av ett samlingsintyg.

Frågan är då om de intyg som saknades eller var ofullständigt undertecknade vid anbudstidens utgång men som tillförts anbudet efter komplettering från anbudsgivaren kan godtas. Genom att komplettering har tillåtits har Mecenat fått möjlighet att tillföra anbudet utelämnade uppgifter som på ett tydligt sätt krävts enligt förfrågningsunderlaget samt efterföljande frågor och svar. CSN har uppgett att kompletteringen endast styrkt uppgifter som redan lämnats i anbudet. Förvaltningsrätten finner att det inte kan vara fråga om att tidigare uppgifter enbart har konkretiserats med stöd av 15 kap. 12 § andra stycket LOU, eftersom ett förtydligande eller en komplettering inte får leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål 4214-05). I förarbetena anges även att förtydliganden och kompletteringar bör tillämpas restriktivt och att kommunikationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören bör dokumenteras (prop. 2006/07:128 s. 377). Kompletteringen har klart påverkat anbudsutvärderingen. Genom att låta Mecenat komplettera sitt anbud på det sätt som skett har CSN, enligt förvaltningsrättens mening, gått utöver vad som är tillåtet enligt 15 kap. 12 § LOU och därmed brutit mot likabehandlingsprincipen.

Det ovan sagda medför att de partners som tillgodoräknats Mecenat på grund av att de omfattas av Compendium AB:s samlingsintyg inte kan godkännas vid anbudsutvärderingen. Som en följd härav saknas skäl för förvaltningsrätten att gå in på de av bolaget framställda invändningarna avseende Compendium AB:s ställning som underleverantör. Vidare saknas av samma orsak anledning att bedöma invändningarna rörande samarbetspartnern Ljudboksgruppens försäljning till studenter och de tre

bokhandlarna vars rikstäckning ifrågasatts då dessa förts in i anbudet genom avtalet med Compendium AB.

Bolaget har slutligen invänt att CSN har företagit en inkonsekvent utvärdering av anbudsgivarnas anbud på ett sätt som tydligt gynnat den vinnande anbudsgivaren. Under målets handläggning har CSN företagit en ny poängberäkning för området litteratur samt medgett yrkandet om att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrätten konstaterar att poängtilldelningen för området litteratur skett på ett inkonsekvent sätt jämfört med de andra områdena och finner att CSN härigenom brutit mot likabehandlingsprincipen i LOU.

Vad bolaget anfört angående CSN:s utvärdering av Mecenats respektive bolagets anbud beträffande länsförsäkringsbolag saknar, enligt förvaltningsrättens mening, stöd av den utredning som föreligger i målet varför CSN inte kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna i LOU i den delen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att CSN vid utvärderingen av anbudet frångått kriterierna i förfrågningsunderlaget och därmed brutit mot de grundläggande principerna i LOU enligt vad som anförts ovan. Bolaget har till följd härav lidit skada och grund för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU föreligger. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras vid vilken CSN ska bortse ifrån Skyways studentrabatt. 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. Slutligen ska CSN företa utvärderingen av området litteratur på samma sätt som övriga områden.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Vanja Marcusson

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.