



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredragande: A. Renvall

DOM
2014-05-12
Meddelad i
Luleå

Mål nr
429-14

SÖKANDE

ViaCon AB, 556620-7519

Ombud: Advokat Joel Gustafsson och Jur.kand. Christian Martinsson
MAQS Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Bodens kommun
Tekniska förvaltningen
961 86 Boden

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-05-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 51084

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Residensgatan 17

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-22 04 59
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Bodens kommun, tekniska förvaltningen, (kommunen) har genom öppet förfarande genomfört upphandling av "Leverans av VA-material till förråd 2014– 2015". Av tilldelningsbeslutet framgår att Dahl Sverige AB tilldelats kontraktet. ViaCon AB (ViaCon), som hamnade på andra plats, var en av de leverantörer som lämnat anbud.

ViaCon ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras av utvärderingskriteriet B, där bolagets beskrivning i anbudet av service, leveranstider och sortiment ska tilldelas högst poäng i enlighet med angiven poängmatris i utvärderingsmodellen. I andra hand yrkar ViaCon att upphandlingen ska göras om eftersom förfrågningsunderlaget är så pass otydligt utformat att det står i strid med principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens. Förfrågningsunderlaget innehåller vidare otillåtna tekniska specifikationer.

VAD PARTERNA ANFÖR

ViaCon

ViaCon anför sammanfattningsvis följande. Upphandlingen har genomförts utan att hänsyn tagits till de grundläggande principer som ska tillämpas vid all offentlig upphandling. Den strider således mot 1 kap. 9 § LOU och dess bakomliggande principer.

Kommunen har vid utvärderingen av utvärderingskriteriet B. "Service, leveranstider, sortiment" inte tilldelat ViaCon högsta möjliga poäng, trots att bolaget uppnår kriterierna härför enligt anvisningarna i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen strider därför mot principerna om transparens och

likabehandling. Vidare har kommunen i förfrågningsunderlaget använt sig av otydliga utvärderingskriterier, vilket gjort att anbudsgivare inte kunnat bilda sig en korrekt uppfattning om vad som krävs för att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Utvärderingskriterierna ger dessutom ett alltför stort utrymme för godtyckliga bedömningar, vilket också framgår av den gjorda utvärderingen. I praktiken har kommunen därigenom förbehållit sig en fri anbudsprövning och en obegränsad valfrihet. Utöver detta har kommunen i sin tekniska specifikation avseende ett flertal efterfrågade produkter hänvisat till varumärken som medför att vissa företag gynnas eller missgynnas på ett sätt som inte är förenligt med vad som anges i 6 kap. 4 § LOU.

ViaCon har, med anledning av att kommunen genomfört upphandlingen utan att iaktta de grundläggande principerna som följer av LOU och dess bakomliggande principer, lidit skada eller kan komma att lida skada. Hade ViaCon tilldelats korrekt poäng för utvärderingskriteriet B. hade ViaCon tilldelats upphandling.

Kommunen

Kommunen instämmer i bedömningen att förfrågningsunderlaget varit otydligt utformat och att det därför står i strid med principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens enligt kap. 1 9 § LOU. Upphandlingen bör därför göras om. De utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget är inte förutsägbara. En utvärdering som sker enligt "det mest fördelaktiga anbudet" ska vara transparent och anbudsgivaren ska på förhand kunna förstå hur det lämnade anbudet ska värderas. I detta fall har anbudsgivarna inte kunnat förutse hur kommunen utvärderat kriteriet B. Lika otydlig har kommunen varit vad gäller utvärdering av pris. I förfrågningsunderlaget finns ingen beskrivning om hur rabattsatser jämförs på lika villkor. Vad gäller produkternas likvärdhet så saknas det i förfråg-

ningsunderlaget en tydlig beskrivning av den funktion och kvalitet som man kräver av dessa produkter.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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 iaktas.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna 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.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Allmänt

Förvaltningsrättens prövning enligt LOU utgör enbart en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU.

I förfrågningsunderlaget ska en upphandlande myndighet beskriva föremålet för upphandlingen och de krav som myndigheten ställer. Förfrågningsunderlaget utformas därefter efter dessa krav. Kraven och villkoren måste dock vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande.

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att en upphandlande myndighet inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav – de så kallade ska-kraven. De krav den upphandlande myndigheten ställer i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska utvärdera och pröva anbudet.

Med kravet på transparens följer en skyldighet för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. Exempel på transparens är att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt. Det är också viktigt att leverantörerna genom förfrågningsunderlaget får klart för sig hur uppfyllande av kraven kommer att värderas.

Förfrågningsunderlaget

I aktuellt förfrågningsunderlag har kommunen angett att för att kvalificera sig till anbudsutvärderingen ska företaget kunna styrka att det är kvalificerat att leverera VA-material med hänsyn till företagets ekonomiska förmåga. Vidare ställs som krav att endast anbud från företag som lämnat in obligatoriska uppgifter enligt bilagda leverantörsuppgifter kommer att prövas vidare. Kommunen kommer sedan att anta det anbud som kommunen, med beaktande av samtliga omständigheter, bedömer vara förmånligast för kommunen. För rangordningen av anbud har en utvärderingsmodell valts, med tre olika utvärderingskriterier.

Det ifrågasatta utvärderingskriteriet B är viktat 20 procent. Vid värdering av kriteriet kommer medelvärdet nyttjas. Vid utvärdering av kriteriet, gäller en poängsättning enligt skalan 1 till 10 poäng, där 10 poäng är den högsta poängen. Utvärderingskriteriet B är uppdelat i fyra stycken delkrite-

rier, leverans från centrallager, leverans från lokalt lager, sortiment och service, tekniskt stöd, elektronisk beställning. Vidare anges följande.

”För högsta poäng krävs;

Leverans från centrallager sker dagen efter avrop

Leverans från lokalt lager sker samma dag

Sortiment. De mest frekventa artiklarna finn i lokalt lager.

Service, tekniskt stöd. Här bedöms förmågan att ge teknisk rådgivning, information om produkter eller genomförande av utbildning.

Elektronisk beställning även under helger.”

Kommunen har vid sin utvärdering av den aktuella upphandlingen poängsatt de fem anbud som kvalificerat sig till utvärderingsfasen. Som underlag för utvärderingen av anbuden har priser på leverans av VA-material enligt bilaga 1.2. i förfrågan jämförts. Därefter har en poängsättning skett, där mellan 6 till 10 poäng delats ut för utvärderingskriteriet B. Vidare har utvärdering gjorts av lägsta anbudspris (utvärderingskriteriet A.) samt av kvalitets- och miljöledningssystem (utvärderingskriteriet C.). En jämförelse av offererade rabattavtal har slutligen gjorts mellan det vinnande anbudet och ViaCons anbud som hamnade på andra plats, där kommunen konstaterat att det vinnande anbudet lämnat ”klart högst rabattsatser”.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt EU-domstolens praxis får de upphandlande myndigheterna vid tilldelning av kontrakt – när det är fråga om att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet – välja de kriterier som de avser tillämpa, på villkor att de syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs. Detta får dock inte medföra att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Tillämpningen av nämnda kriterier ska dessutom ske med iakttagande av

såväl förfarandereglerna som de grundläggande principer som följer av unionsrätten (C-448/01 p. 37-38).

Det står vidare en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge som det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer (RÅ 2002 ref. 50). Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktisk ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen och därigenom är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som ställts i förfrågningsunderlaget.

Om den upphandlande myndigheten som tilldelningsgrund valt att använda sig av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ger det en större oförutsägbarhet hur ett anbud kan komma att utvärderas. Det finns då enligt förvaltningsrättens mening anledning att ställa högre krav på att det av förfrågningsunderlaget ska framgå vilket förfarande som kommer att tillämpas och hur de olika urvalsmekanismerna kommer att tillämpas.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen i nu aktuell upphandling har ställt vissa krav för att tilldelas högsta poäng i de olika delkriterierna avseende utvärderingskriteriet B. Det framgår dock inte vad som krävs för att tilldelas annan poäng än högsta poäng. Vidare är de av kommunen ställda kraven för högsta poäng enligt förvaltningsrättens mening tämligen svårtolkade. För att tilldelas 10 poäng för delkriteriet "Sortiment", krävs att de mest frekventa artiklarna finns i lager. Om detta ska ställas i relation till den till i förfrågningsunderlaget bifogade bilagan 1.2. eller om det är någon annan lista som är avgörande framgår inte. Vidare anges i förfrågningsunderlaget bilaga 1.1, under rubriken "Krav- och materialspecifikation", att rabattsatser ska anges i anbudet. På vilket sätt dessa har betydelse för utvärdering av anbudet framgår dock inte. Kravet på rabattsatser får istället

förstås som ett ska-krav för att ta sig vidare till utvärderingsfasen. Detta krav har sedan av kommunen, i anbudsutvärderingens slutskede, använts som en slags utslagsfaktor för vilket anbud som är det mest fördelaktiga för kommunen att anta.

Förvaltningsrätten anser, vid en sammantagen bedömning, att det inte gått att förutse den sammanlagda effekten av de av kommunen ställda kraven i upphandlingen. Detta då de angivna kraven för utvärderingskriteriet B är sådana att man inte kunnat utläsa vad som krävs för att tilldelas annan poäng än 10. Därigenom har anbudsgivarna bland annat inte kunnat förutse hur kommunen avser att beakta likvärdiga anbud eller hur sådana kommer att särskiljas. Vidare har kravet kring rabattsatserna spelat en utslagsliknande faktor vid utvärderingen, vilket inte har framgått av förfrågningsunderlaget. Det har även varit svårt att förutse hur rangordningen vid utvärderingen skulle ha sett ut om anbudsgivarna tolkat förfrågningsunderlaget på annat sätt.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingen har sådana brister att upphandlingen inte kan kännetecknas av öppenhet och förutsebarhet på det sätt som följer av LOU och dess bakomliggande principer. ViaCon har därigenom – på det sätt som kommunen genomfört upphandlingen – inte på förhand kunnat utläsa vilka produkter eller krav som kommunen kommer att värdera högt eller lågt. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det för anbudsgivarna har funnits möjlighet att lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om kommunen varit mer tydlig i vilka krav som uppställts i upphandlingen.

ViaCon har därmed visat att bolaget i vart fall kunnat komma att riskera lida skada på grund av kommunens agerande. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför. Ansökan om överprövning ska därmed bifallas.

Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse inte en tillräcklig åtgärd utan upphandlingen ska göras om.

Vid denna utgång i målet saknas anledning att pröva övriga av bolaget anförda grunder.

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



Britt Dahlin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.