



**LÄNSRÄTTEN I
KRONOBERGS LÄN**

DOM
2009-08-28
Meddelad i
Växjö

Mål nr
694-09E
Rotel 4

SÖKANDE

STX Sweden AB, 556718-3289
Idrottsvägen 5
952 61 Kalix

Ombud: Jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Markaryds kommun
Box 74
285 22 Markaryd

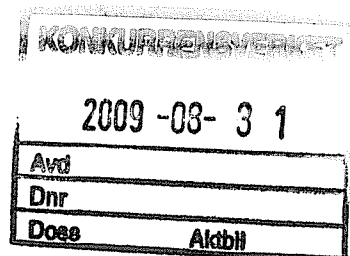
Ombud: Maria Andersson
Markaryds kommun, Kommunledningskontoret
Box 74
285 22 Markaryd

SAKEN

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

Markaryds kommun (kommunen) har genomfört en förenklad upphandling avseende konstgräsplan till Hinneryds idrottsplats. Kommunen beslutade den 19 maj 2009 att anta det anbud som lämnats av Unisport Scandinavia (Unisport).

STX Sweden AB (bolaget) ansöker om överprövning av kommunens upphandling och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Bolaget insåg inte tillfullo skönsrämsigheten i den av kommunen använda utvärderingsmodellen under anbudstiden. I det första till-



Dok.Id 40149

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-868 00 E-post: lansrattenikronoberg@dom.se	0470-869 50	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

delningsbeslutet den 26 mars 2009 antogs Unisports anbud. Kommunen upphävde emellertid detta tilldelningsbeslut den 8 april 2009 på grund av kritik som riktats mot utvärderingen. Kommunen fattade sedermera ett nytt tilldelningsbeslut den 19 maj 2009 och även i detta beslut antogs Unisport som leverantör. Det är detta tilldelningsbeslut som ansökan om överprövning avser. - Kommunen har i förfrågningsunderlaget använt utvärderingskriterier, som dels är så otydliga att det av dessa inte går att utläsa vad kommunen egentligen efterfrågar eller vad den kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen, dels lämnat öppet för ett stort mått av godtycke och fri prövningsrätt, vilket inte är tillåtet enligt principerna i 1 kap 9 § LOU. Mycket litet information har kommit anbudsgivarna till del avseende hur deras anbud kommer att utvärderas. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vem som är brukaren som ska utföra utvärderingen av konstgräsmattorna eller vilka parametrar som kommer att tas i beaktande för bedömning av de tre delarna brukarens uppfattning, referenser och utseende. Det anges i förfrågningsunderlaget att dessa parametrar kommer att bedömas utifrån en 10-gradig skala. Det anges emellertid inte på något sätt vad som krävs av respektive anbud för att detta ska tilldelas någon specifik poäng. Begreppen upplevelse och utseende bygger på brukarens högst subjektiva uppfattning och är inte tillräckligt väl definierade. Av praxis framgår att en utvärdering måste grunda sig på objektiva kriterier, vilka inte lämnar utrymme för alternativa tolkningar eller godtycklighet så att leverantörer kan avge anbud med insikt om hur utvärderingen kommer att ske. Vidare måste förfrågningsunderlaget vara utformat på ett sådant sätt att anbudsgivarna kan bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen kommer att ske. Den fria prövningsrätten har även kommit till uttryck i de två utvärderingsprotokoll med skilda resultat som föreligger i ärendet. Genom att använda vaga och subjektiva utvärderingskriterier såsom utseende och brukarens upplevelse har kommunen således tillskansat sig fri prövningsrätt i utvärderingen. Detta tar sig uttryck i att samma anläggning har poängsatts på olika sätt i de två olika utvärderingsprotokollen.

Det kan framhållas att det är fullt möjligt att fastställa objektiva kvalitets-kriterier rörande en konstgräsplanupphandling. Bolaget har låtit ISA Sport Nordic utföra kvalitetstest av konstgräs på en av sina anläggningar med mycket tillfredsställande resultat. Kommunen har genom att använda sig av en undermålig utvärderingsmodell brutit mot såväl transparens- som lika-behandlingsprincipen i LOU. Bolaget har till följd av bristerna inte kunnat utforma ett tillräckligt ändamålsenligt anbud. Bolaget har lidit eller kan i vart fall riskera att lida skada på grund av kommunens agerande. Upphandlingen ska därför göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och anför följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att en anbudsgivare ska kontakta kommunens handläggare för det fall att underlaget är oklart. Det bolaget nu framfört borde därför ha framförts redan under anbudstiden och inte först efter att resultatet av utvärderingen blivit känt. Kommunen bestrider att utvärderingskriterierna varit så otydliga att de strider mot principerna om transparens och likabehandling. I den aktuella upphandlingen har kriteriet ”kostnader” getts 75 % vikt och kriteriet ”referenser och utseende” 25 %. I förfrågningsunderlaget (sid 11) finns en tydlig beskrivning av hur kriteriet ”kostnader” räknas ut. Kriteriet följer en allmänt vedertagen modell för utvärdering av pris. När det gäller det andra kriteriet framgår det av underlaget att kriteriet består av tre delar, brukarens uppfattning, referenser och konstgräsmattans utseende. Det framgår även att dessa tre delar tillsammans utgör 25 %. Anbudsgivaren, som lämnat lista på referenser samt prov på konstgräs, får förväntas ha en god insikt om referenternas uppfattning samt hur materialet klarar sig utseendemässigt i konkurrens med övriga aktörer på marknaden. Den del som är svårare att påverka för anbudsgivaren är brukarens uppfattning om konstgräsmattan. Denna del utgör dock endast 8,33 % av sammanlagt 100 %. När det gäller den första utvärderingen som genomfördes, upphävdes tilldelningsbeslutet för att tillämpningen och redovisningen av utvärderingskriteriet ”referenser och utseende” inte var

tillräckligt tydligt. Den saknade en redovisning av hur bedömningen hade gjorts. Kommunen anser att utvärderingen som nu ligger till grund för överprövningen följer utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget och uppfyller kraven på transparens och likabehandling. Genom att utvärderingen och bedömningsskalan förtydligades förändrades även poängerna för flera anbudsgivare. En jämförelse mellan den första och den slutliga utvärderingen är därför irrelevant.

DOMSKÄL

Länsrätten har den 28 maj 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att länsrätten beslutar något annat.

Av 1 kap 9 § LOU framgår att 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.

Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap 2 § LOU ska länsrätten, 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av EG-domstolens praxis framgår att potentiella anbudsgivare, innan de utformar sina anbud, ska underrättas om de upphandlingskriterier som anbuderna måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. EG-domstolen har även fastslagit att upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka

tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas – under förutsättningen att utvärderingen kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att det förhållandet att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Av kommunens förfrågningsunderlag framgår att upphandlingen kommer att ske som en förenklad upphandling. Av förfrågningsunderlaget, AFB.52, framgår att anbudet kommer att utvärderas på värderingsgrunderna Kostnader, 75 %, och Referenser och utseende, 25 %. I förfrågningsunderlaget under rubriken ”Kommentarer till kriteriet Referenser och Utseende” framgår följande. Brukarens uppfattning vid val av konstgräs kommer att beaktas. De olika konstgräsmattornas utseende kommer att jämföras med varandra och den eller de som redovisat den nivå som bedömts som bäst erhåller högst del poäng. Brukarens uppfattning, referenser och utseende kommer att bedömas utifrån en 10-gradig skala (där högsta möjliga poäng är 10 och lägsta poäng är 1). Maxpoäng: 10 poäng * 25 % (viktningsprocent) = 2,5 poäng. Den erhållna poängtalet för kostnader och referenser samt utseende kommer att multipliceras med den vikt i % som angivits, varefter produkterna av poäng och vikt summeras. Den som sammanlagt erhåller högsta värde kommer att erbjudas kontraktet.

Av bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, rambeskrivning - konstgräsplan, framgår föreskrifter för utförande av konstgräsplan med specificerade krav på anläggningen.

Av bilaga 2 till förfrågningsunderlaget under rubriken krav på anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet, framgå att anbudsgivaren till anbudet **skall**, som bevis på att kraven uppfylls, redovisa minst två referensanläggningar för offererat system.

Länsrätten gör följande bedömning.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

En upphandlande myndighet måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuderna under förutsättning att detta sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Vidare bör kraven för att anse att ett upphandlingsförfarande strider mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten ställas relativt högt. I alla upphandlingar förekommer värderingar av anbuderna som görs av den upphandlande myndigheten. Att en anbudsgivare på förhand genom att ta del av förfrågningsunderlaget ska kunna förutse utfallet av värderingen av sitt anbud är inte möjligt. Länsrätten konstaterar att det av Markaryds kommuns förfrågningsunderlag framgår vilka kriterier som hänsyn ska tas till vid utvärderingen och hur dessa ska viktas. Av utredningen i målet kan inte utläsas annat än att

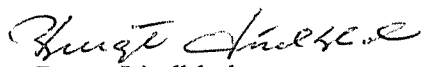
utvärderingen har gjorts inom ramen för förfrågningsunderlaget. Någon särbehandling av viss leverantör synes ej ha skett. Som leverantör kan man ha önskemål om största möjliga tydlighet i fråga om kriterierna. Det bör dock påpekas att det har varit möjligt för leverantörerna att begära förtydliganden. Övriga anmärkningar som bolaget framfört visar inte att LOU:s regler har överträtts. Vad bolaget anfört beträffande Markaryds kommuns anbudsutvärdering ger således inte skäl att ifrågasätta att denna gjorts på objektiva grunder. Länsrätten finner det inte visat att förfarandet i någon del strider mot de krav som uppställs i LOU. Till följd härav ska ansökan avslås. Vidare ska länsrättens beslut av den 28 maj 2009 inte längre gälla.

DOMSLUT

Länsrätten avslår STX Sweden AB:s ansökan.

Länsrätten förordnar att det interimistiska beslutet av den 28 maj 2009 upphör att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d)


Bengt Lindblad