



**SÖKANDE**

Norconsult AB, 556405-3964

Ombud: Jimmy Carnelind och Erik Jansson  
MAQS Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Umeå kommun  
901 84 Umeå

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-04-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, så vitt avser teknikområden 3.0 Arkitekt inredning, 5.0 VVS, 6.0 Konstruktion bygg, 7.0 Arkitektur i byggnader, 9.0 Planarkitekt, 10.0 Styr och övervakning i byggnader och 13.0 Storkökskonsult, ska göras om.

### **BAKGRUND OCH YRKANDEN**

Umeå kommun (kommunen) genomför en upphandling av Tekniska konsulttjänster 2018 Del 1 (dnr 18142). Kommunen agerar som inköpscentral och avser att efter genomförd upphandling teckna avtal från vilket även ett antal andra upphandlande myndigheter/enheter är avropsberättigade.

Norconsult AB (Norconsult) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen, såvitt avser teknikområden 3.0 Arkitekt inredning, 5.0 VVS, 6.0 Konstruktion bygg, 7.0 Arkitektur i byggnader, 9.0 Planarkitekt, 10.0 Styr och övervakning i byggnader och 13.0 Storkökskonsult, ska göras om. Vidare yrkas att förvaltningsrätten, om rätten hyser tvivel om upphandlingens bristande förenlighet med LOU, begär ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

### **VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGVIS HAR ANFÖRT**

#### **Norconsult**

Kommunen tillämnar en utvärderingsmodell med fasta priser (i upphandlingen benämnda maxpriser) som ligger till grund för ett jämförelsetal. Detta jämförelsetal blir därefter föremål för poängmässiga påslag eller avdrag baserade på bl.a. kriterier som har direkt geografisk koppling till Umeå.

Dessa kriterier avser följande:

- Antal anställda teknikkonsulter i Umeåregionen
- Antal Nivå 1 konsulter (uppdragsledare) som finns anställda i Umeåregionen
- Antalet Nivå 2 konsulter inom uppdragsområdet som finns anställda i Umeåregionen

- Inställelsetider
- Avståndet mellan Umeå Stadshus och handläggarens tjänsteställe/  
den ort där platskontoret som Nivå 1 konsult (uppdragsledaren) är  
anställd vid ligger

Dessa kriterier som är samma för respektive område är med teknikområde 3  
som exempel utformade enligt följande:

### 3.0.3 Deklaration

Ange hur många anställda teknikkonsulter ni har anställda inom detta tjänsteområde i  
Umeåregionen.

#### Definition

Ger ett avdrag/påslag på jämförelsetalet med angiven definition

Poäng	Beskrivning	Värde
0	0 st personer	4,00
1	1 st person	-2,00
2	2 st personer	-4,00
3	3-4 st personer	-10,00
4	5 eller fler	-11,00

### 3.0.4 Deklaration

Ange antalet Nivå 1 konsulter (uppdragsledare) inom uppdragsområdet som finns anställda  
i Umeåregionen.

#### Definition

Ger ett avdrag/påslag på jämförelsetalet med angiven definition.

Poäng	Beskrivning	Värde
0	0 st nivå 1 konsult	4,00
1	1 st Nivå 1 konsult	-2,00
2	2 st Nivå 1 konsult	-6,00
3	3 st eller fler Nivå 1 konsult	-8,00

### 3.0.5 Deklaration

Ange antalet Nivå 2 konsulter inom uppdragsområdet som finns anställda i Umeåregionen.

#### Definition

Ger ett avdrag/påslag på jämförelsetalet med angiven definition.

Poäng	Beskrivning	Värde
0	0 st nivå 2 konsult	4,00
1	1 st nivå 2 konsult	-2,00
2	2 st nivå 2 konsult	-6,00
3	3 st nivå 2 konsult	-8,00
4	4 eller fler nivå 2 konsult	-10,00

### 3.0.6 Deklaration

Då vi som beställare får uppdrag som med kort varsel måste sättas igång så är det viktigt att  
vi har möjligheten att avropa uppdrag med kort varsel samt att vi snabbt får tillgängliga  
uppdragsledare/handläggare. Ange er inställelsetid för att komma igång med uppdrag. Den  
tid ni anger här ska alltid uppfyllas när vi anger att det är ett uppdrag med kort varsel. Detta  
kopplas mot ett vite på 30 000 SEK vid varje tillfälle tiden överskrids.

**Definition**

Ger ett avdrag/påslag på jämförelsetalet med angiven definition.

Poäng	Beskrivning	Värde
0	Kan finnas tillgänglig inom 33-40h	0,00
1	Kan finnas tillgänglig inom 25-32h	-2,00
2	Kan finnas tillgänglig inom 17-24h	-4,00
3	Kan finnas tillgänglig inom 0-16h	-8,00

**3.0.7 Deklaration**

Avser avståndet (mäts fågelvägen) mellan Umeå Stadshus (Skolgatan 31A, 903 25 Umeå) och handläggarens tjänsteställe/den ort där platskontoret som Nivå 1 konsult (uppdragsledaren) är anställd vid ligger. Med tjänsteställe menas arbetsplats/kontor.

**Definition**

Ger ett avdrag/påslag på jämförelsetalet med angiven definition.

Poäng	Beskrivning	Värde
0	Bortom 600 km	10,00
1	Bortom 300km	4,00
2	Inom 300km	0,00
3	Inom 150km	-6,00
4	Inom 75km	-8,00
5	Inom 25km	-12,00

EU-domstolen har i mål C-513/99 Concordia slagit fast att de kriterier som ska fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska ha ett samband med kontraktets föremål, inte ge upphandlande myndighet obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna och vara förenliga med alla grundläggande principer inom EU-rätten. I mål C-234/03 Contse (p. 36) har EU-domstolen anfört att principen om likabehandling förbjuder inte enbart öppen diskriminering utan även alla former av dold diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljande kriterier, faktiskt leder till samma resultat.

Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Uppställda krav får inte heller vara onödiga eller oproportionerliga, jfr prop. 2009/10:180 s. 91.

Utvärderingsmodellens utformning med fasta priser medför att kvalitets-kriterier är viktade till 100 procent. Priset utgör således inget konkurrens-

medel. Det totala mervärdesavdraget som kan erhållas för samtliga utvärderingskriterier uppgår till 69 i värde. Av dessa är totalt 41 mervärdesavdrag direkt kopplade till geografisk närhet, vilket motsvarar 60 procent. Per automatik kommer anbudsgivare med etablering på orten också att erhålla maximala mervärdesavdrag för inställetid, dvs. ytterligare 8 mervärdesavdrag. Den enda konkurrensmöjlighet som står till buds för utländska och svenska leverantörer som inte är etablerade på orten är således begränsat till referensuppdrag som kan ge maximalt 20 mervärdesavdrag. Det saknas därför såväl teoretisk som faktisk möjlighet för en anbudsgivare som inte är etablerad på orten att rangordnas högre än de anbudsgivare som har sådan etablering och viss personalstyrka. Utvärderingskriterierna i upphandlingen har således exakt samma effekt som om ett obligatoriskt krav på etablering skulle ha haft. Dessa kriterier är således direkt i strid med såväl icke-diskrimineringsprincipen som lika-behandlingsprincipen.

Dessa kriterier hindrar indirekt anbudsgivare som inte är etablerade i Umeå-regionen att utöva den av unionslagstiftaren garanterade friheten att tillhandahålla tjänster inom hela EU. Utvärderingskriterierna har således samma effekt som och ska likställas med ett etableringskrav. Ett sådant krav synes endast vara tillåtet om genomförandet av kontraktet omöjliggörs eller inte kan säkerställas om anbudsgivaren inte redan vid anbudstillfället förfogar över kapaciteten, jfr med ovan nämnda Contse-domen.

Vidare finns inget mervärde i och det saknas sakligt motiverade skäl till att konsulter är fast etablerade på orten. Den tillgänglighet som är erforderlig för uppdragens utförande kan på motsvarande och liknande sätt uppfyllas av anbudsgivare som vid anbudstillfället inte har etablering på orten. Utvärderingskriterierna saknar därför anknytning till upphandlingsföremålet och är opropotionerliga. De kvalificerar inte som tilldelningskriterier och

det finns andra väsentligt mindre ingripande alternativ till buds för att uppfylla syftet med tillgänglighet.

Om det verkligen varit av betydelse för kommunen att inom ramen för ett pågående uppdrag omedelbart ha tillgång till konsulter på nivå 1 och 2 för personliga möten (det är dessa kategorier som är aktuella i sådana fall) skulle avtalsmallen givetvis ha kompletterats med ett krav på att konsulter på nivå 1 och nivå 2 alltid ska finnas tillgängliga för beställarna. Så är inte fallet och det beror sannolikt på att kommunen faktiskt är högst medveten om hur sådana konsultuppdrag som nu upphandlas utförs samt att en erfaren konsult sällan sitter sysslös. För att utvärderingskriterierna ska ha någon som helst effekt för det av kommunen påstådda syftet så har det förutsatt ett krav på att ställa en hel projektorganisation enkom till kommunens förfogande. Ett sådant krav har inte ställts. Det finns således ingen garanti för att etablering på orten i högre grad än annars säkerställer snabb tillgång till konsulter. Något sådant behov existerar inte heller.

Kommunen har inte fört fram några sakligt bärande argument för och har än mindre visat varför etablering i Umeåregionen redan vid anbudstillfället utgör en nödvändig förutsättning för genomförandet av kontrakten i nu aktuella anbudsområden. De motiveringar som har förts fram är motstridiga och syftet med utvärderingskriterierna är inte säkerställda genom avtalsvillkor. Norconsult å sin sida har visat att det eftersträvade syftet kan uppnås med väsentligt mindre ingripande alternativ samt att det i huvudsak redan är uppnått genom avtalsvillkoret som motsvarar Norconsults erbjudna inställetid.

Vad gäller inställetider saknar ett tilldelningskriterium som premierar en så kort inställetid som 0–16 timmar anknytning till upphandlingsföremålet. Med beaktande av upphandlingsföremålets karaktär är det uppenbart att utvärderingskriteriet Inställetider strider mot både icke-

diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen. Kriteriet är inte nödvändigt. Norconsult har emellertid kunnat uppfylla kriteriet om inställetid om 0–16 timmar och lider ingen skada därav.

#### *Skada*

Norconsult, som är en av de större aktörerna i Sverige inom det upphandlade området med bland annat ett stort kontor i Luleå, har erhållit få eller inga mervärdesavdrag. Till följd av de lagstridiga utvärderingskriterierna har Norconsult gått miste om högre rangordning och därmed även gått miste om möjliga kontrakt. Norconsult riskerar därför att lida skada.

#### **Kommunen**

Vad gäller p. 3.0.3 i utvärderingsmodellen har kommunens beställare behov av personlig kontakt med de teknikkonsulter vilka projekterar de olika teknikområdena. Kontakterna kan ofta handla om att på platsen för kommande byggprojekt ha fysiska möten där olika lösningar diskuteras och samråds omkring, därför värderas att personerna finns inom närområdet (Umeåregionen) för att på ett snabbt och enkelt sätt kunna komma till platsen för byggprojektet, detta är också ur miljöhänsyn positivt då transporter kan förkortas. Kommunen har också gett ett mervärde om det finns flera konsulter att tillgå vilket kommunen bedömer ger en stabil leverans i uppdraget då det inte blir så personberoende. I detta utvärderingskriterium finns inget krav som utesluter någon anbudsgivare, alla anbudsgivare kan lämna anbud.

Vad gäller p. 3.0.4 är uppdragsledaren en nyckelperson i uppdragen och då är det viktigt med personliga möten och även på platsen för byggprojektet. Motiveringen i detta utvärderingskriterium är i övrigt samma som i utvärderingskriterium 3.0.3. I utvärderingskriteriet finns inget krav som

utesluter någon anbudsgivare, alla anbudsgivare kan lämna anbud. Samma gäller för p. 3.0.5.

Vad gäller p. 3.0.7 är uppdragsledaren en nyckelperson i uppdragen och då är det viktigt med personliga möten och även på platsen för byggprojektet. Kommunens beställare har ett nära samarbete med uppdragsledaren och behovet av fysiska möten är stort. Finns uppdragsledaren inom närområdet underlättas därför arbetet oerhört mycket och projekteringsarbetet blir mycket effektivare. Vidare finns miljöaspekten som innebär kortare resor om personen/personerna finns inom ett kortare avstånd från kommunens stadshus. I utvärderingskriteriet finns inget krav som utesluter någon anbudsgivare, alla anbudsgivare kan lämna anbud.

Kommunen har i sina utvärderingskriterier prioriterat närhet för att få ett effektivare och mer produktivt arbete i de projekt som i framtiden kommer att avropas från detta avtal. Kommunen har stor erfarenhet av att arbeta med olika teknikkonsultföretag och vet av erfarenhet att arbetet inte blir produktivt på samma sätt med teknikkonsulter som finns på stora avstånd från kommunen och dess medarbetare.

Upphandlingsprocessen följer kommunens upphandlingspolicy gällande miljöpåverkan och krav på varor, tjänster och entreprenader varvid detta är ur miljöhänsyn positivt då transporter till de fysiska mötena, som är många under avtalsperioden, kan förkortas.

Kommunen anser att alla anbudsgivare har haft möjlighet att lämna anbud, ingen anbudsgivare är diskvalificerad från denna upphandling på grund av utvärderingskriterierna. Upphandlingen är genomförd på ett öppet och icke diskriminerande sätt då alla faktorer fanns angivna i upphandlingsdokumenten därför visste alla anbudsgivare förutsättningen när anbud skulle lämnas.



### TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap 2 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Norconsult ifrågasätter upphandlingens utvärderingsmodell då man menar att flera av utvärderingskriterierna strider mot principerna om icke-diskriminering och proportionalitet. De aktuella utvärderingskriterierna återges under Norconsults anförande. Kriterierna är identiska för samtliga teknikområden. Förvaltningsrättens slutsatser angående kriterierna för teknikområde 3 gäller därför även för övriga teknikområden som omfattas av ansökan.

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att Norconsults anbud erhållit maximalt mervärdesavdrag avseende utvärderingskriteriet gällande inställetid (p. 3.0.6). Norconsult har därmed inte lidit skada av eventuella felaktigheter avseende det kriteriet. Det finns därför inte anledning att pröva ansökan i den delen.

Förvaltningsrätten noterar vidare att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). En upphandlande myndighets handlingsutrymme begränsas således bl.a. av de upphandlingsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 4 kap. 1–2 §§ LOU.

I en upphandling ställda krav som missgynnar eller diskriminerar vissa anbudsgivare kan strida mot principen om icke-diskriminering. Att inte enbart obligatoriska krav utan även utvärderings- eller bedömningskriterier kan strida mot principen om icke-diskriminering framgår bl.a. av EU-domstolens avgörande i mål C-234/03 Contse. Så är enligt EU-domstolen fallet i den mån sådana kriterier tillämpas på ett diskriminerande sätt, inte motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, inte är ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås eller går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

Vid bedömning av om utvärderingskriterierna 3.0.3, 3.0.4, 3.0.5 respektive 3.0.7 i nu aktuell upphandling strider mot principen om icke-diskriminering gör förvaltningsrätten följande överväganden. Innebörden av ovan angivna utvärderingskriterier är att anbudsgivare med konsulter anställda inom Umeåregionen erhåller större mervärdesavdrag vid anbudsutvärderingen (kriterium 3.0.3, 3.0.4 och 3.0.5) och att kort avstånd mellan Umeå och Nivå 1-konsults tjänsteställe premieras (kriterium 3.0.7). Även om kriterierna tillämpas utan åtskillnad på samtliga anbud gynnas de anbudsgivare som är etablerade i Umeåregionen redan vid anbudstillfället. Med hänsyn till det maximala mervärdesavdrag som de aktuella kriterierna kan generera (41 av totalt 69) kan anbudsgivare utan etablering i Umeåregionen dessutom svårtligen komma ifråga för att antas. Kriterierna kan inte anses motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset. De aktuella kriterierna värderar på olika sätt etablering i Umeåregionen, men säkerställer inte snabb tillgång till

konsulter då något krav på att konsulterna också ska vara tillgängliga inte ställts. Det kan också ifrågasättas om något sådant behov föreligger, även om det givetvis varierar mellan teknikområdena. Om behovet finns måste det dock i de flesta situationer kunna uppfyllas genom utlovad inställetid och andra åtgärder som inte har sådana negativa effekter som de i målet aktuella kriterierna.

Mot bakgrund av ovan angivet resonemang finner förvaltningsrätten att utformningen av utvärderingsmodellen strider mot principerna om icke-diskriminering och proportionalitet och därmed också mot 4 kap. 1 § LOU. Till följd av kriteriernas utformning har poängsättningen av Norconsults anbud påverkats negativt och företaget har gått miste om möjliga kontrakt i de aktuella teknikområdena. Norconsult riskerar därför att, avseende aktuella teknikområden, lida skada till följd av konstaterade felaktigheter.

Grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU finns därmed avseende i målet aktuella teknikområden. Eftersom felaktigheterna hänför sig till upphandlingsdokumenten, och därmed till det konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen, såvitt avser teknikområden 3.0 Arkitekt inredning, 5.0 VVS, 6.0 Konstruktion bygg, 7.0 Arkitektur i byggnader, 9.0 Planarkitekt, 10.0 Styr och övervakning i byggnader och 13.0 Storkökskonsult, göras om.

Med denna utgång finns inte någon anledning att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

*Upplysningsvis* kan nämnas att förvaltningsrätten denna dag avslagit en ansökan, mål nr 312-19, avseende teknikområde 7.0 Arkitektur i byggnader, i samma upphandling.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Josefine Lloyd  
Förvaltningsrättsfiskal

Målet har föredragits av Christina Röckner.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.