



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

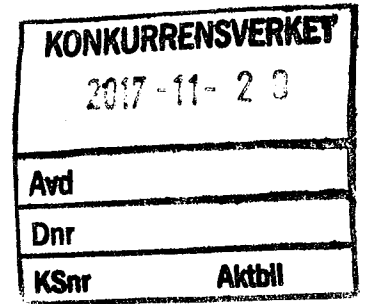
Avdelning 33

DOM

2017-11-28

Meddelad i Stockholm

Mål nr
9728-17



SÖKANDE

Svensk Ekologikonsult AB, 556840-5889
Skallgångsbacken 4
163 54 Spånga

MOTPART

Länsstyrelsen i Stockholms län
Box 22067
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 910968

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Länsstyrelsen i Stockholms län (Länsstyrelsen) har genomfört en upphandling av inventeringar av vattenväxter i Stockholms län (114-11357-2017). Upphandlingen har bestått av fyra deluppdrag varav deluppdrag 1, 3 och 4 har utgjort ett anbudsområde och deluppdrag 2 ett annat. Upphandlingen har genomförts som en direktupphandling. Tilldelningsbeslut meddelades den 19 april 2017 varvid annan leverantör än Svensk Ekologikonsult AB (SEKAB) antogs. Länsstyrelsen valde att tillämpa en frivillig avtalsspärr.

SEKAB ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om med utvärderingskriterier som är relevanta för huvuddelen av uppdraget alternativt att uppdraget delas upp på flera upphandlingar med utvärderingskriterier som är relevanta för respektive upphandling. I andra hand yrkar SEKAB att utvärderingen av deluppdrag två tas om och inkluderar kvantitativ omfattning av extra eftersökningslokaler, i likhet med vad som föreskrivs i upphandlingsföreskrifterna. För det fall förstahandsyrkandet inte bifalles yrkar SEKAB att utvärderingen görs om på så sätt att deluppdrag 1, 3 och 4 utvärderas utifrån en viktning där erfarenhet av makrofyter väger tyngre än erfarenhet av småvalting.

Länsstyrelsen bestrider bifall till ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA ANFÖR

SEKAB har till stöd för sin ansökan anfört bl.a. följande. Den aktuella upphandlingen har inte genomförts i enlighet med gällande lagstiftning. Deluppdragen 1, 3 och 4 utvärderas utifrån kriteriet erfarenhet av småvalting trots att det enbart är deluppdrag 1 som kräver denna kompetens. Därutöver har kriteriet tilldelats en större vikt än kompetens gällande makrofytinventeringar trots att erfarenhet av makrofytinventering rör samtliga resterande deluppdrag. Kriteriet erfarenhet av makrofytinventeringar listas dessutom före erfarenhet av småvalting. Ett kriterium

som endast rör ett av tre deluppdrag bör inte utgöra grund för utvärdering i sin helhet.

Deluppdrag 2 har utvärderats separat. I förfrågningsunderlaget anges att detta deluppdrag kommer att utvärderas utifrån bl.a. inventeringens kvantitativa omfattning, vilket får antas ta sikte på antalet föreslagna tilläggslokaler som anbudsgivaren erbjuder sig att besöka. SEKAB har erbjudit sig att undersöka 13 extra lokaler medan vinnande anbud, Naturvatten, enbart har erbjudit en extra lokal. Trots detta har Länsstyrelsen bedömt att båda anbudsgivarna har erbjudit en ambitiös eftersöksplan. Den kvantitativa omfattningen har därmed inte tillmätts någon betydelse. Tilldelningskriteriet erfarenhet av småvalting har därför återigen blivit utslagsgivande. Länsstyrelsen har således inte genomfört utvärderingen av deluppdrag 2 i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget.

Som utvärderingen av anbudet är utformat innebär den tunga viktningen mot kompetens av småvalting att faktorn pris i praktiken har blivit satt ur spel. Det ifrågasätts om faktorn erfarenhet av småvalting är proportionerlig i relation till uppdraget som helhet. Krav på att anbudsgivaren tidigare ska ha jobbat med småvalting blir i praktiken ett sätt att förhindra nya aktörer att kunna delta i upphandlingen på lika villkor.

Länsstyrelsen anför bl.a. följande. Länsstyrelsen har valt att lägga ihop deluppdragen 1, 3 och 4 till ett gemensamt anbudsområde. Att det utvärderas på gemensamma grunder och att erfarenhet av småvalting ges en relativt stor vikt motiveras av att den del som avser småvalting bedöms motsvara ett värde om ca 150 000 kr medan de två andra delarna bedöms motsvara ett värde om ca 55 000 kr. Den angivna viktningen är således rimlig, proportionerlig och relevant för anbudsområdet.

Vad gäller deluppdrag 2 har SEKAB tolkat utvärderingskriteriet kvantitativ omfattning som att det endast avser antal föreslagna tilläggslokaler. Av de 13 extra sökplatser som SEKAB översiktligt angivit har fem redan tidigare

undersökts av Länsstyrelsen. Vinnande anbudsgivare har som extra lokal angivit ett sökområde, vilket i sig får anses motsvara flera enskilda platser. Dessutom har den anbudsgivaren angivit att extra sökplatser kommer att väljas ut i fält längst den planerade inventeringsrutten. Sammantaget har vinnande anbudsgivares avsevärt större erfarenhet av uppdragets huvudinnehåll väger tyngre än de något fler lokaler som SEKAB eventuellt skulle komma att inventera.

Länsstyrelsen har tillämpat en utvärderingsmodell där ett antal bedömningssteg får en kortare motivering i ord, exempelvis ”Mycket hög” eller ”Godtagbar”. Modellen är medvetet generell eller abstrakt eftersom den ska kunna användas för flera kriterier, vilket i sin tur ger en enhetlig bedömning. Varken SEKAB eller andra anbudsgivare har ställt frågor under anbudstiden kring vad som avsågs med de angivna kriterierna. SEKAB:s synpunkter på viktningen, gruppering och utvärdering avser sådana beslut och avvägningar som ryms inom den upphandlande myndighetens stora frihet att bestämma vad man vill upphandla.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Länsstyrelsen genomför aktuell upphandling i form av en direktupphandling. Vid direktupphandling finns det inga formkrav för hur upphandlingen ska genomföras. Det finns med andra ord inga krav på att ta in skriftliga anbud eller att upprätta förfrågningsunderlag. En direktupphandling ska dock genomföras med beaktande av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. För det fall den upphandlande myndigheten väljer att upprätta ett förfrågningsunderlag ska det följas. Eftersom Länsstyrelsen har valt att upprätta ett förfrågningsunderlag har de därmed att förhålla sig till det.

SEKAB har i sitt överklagande genomgående anfört att den utvärderingsmodell som använts inte har fått genomslag i upphandlingen. Förvaltningsrätten vill därför erinra om att domstolens prövning enligt LOU inte tar sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (se HFD 2013 ref. 5).

Förvaltningsrättens bedömning

Deluppdrag 1, 3 och 4

SEKAB har anfört att sammanslagningen av deluppdrag 1, 3 och 4 strider mot proportionalitetsprincipen då det har medfört att erfarenhet av småvaltning blir utslagsgivande vid anbudsutvärderingen trots att denna erfarenhet endast berör deluppdrag 1.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i LOU inte finns någon bestämmelse som rör skyldigheter för upphandlande myndigheter att dela upp kontrakt i delar eller att överväga detta. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att det inte finns något i utredningen som ger stöd för att sammanslagningen av

deluppdragen som sådan strider mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till om de tilldelningskriterier och den viktning som Länsstyrelsen tillämpat kan anses vara oproportionerlig.

Enligt proportionalitetsprincipen måste kraven och kriterierna i en upphandling stå i proportion till föremålet för upphandlingen. En upphandlande myndighet måste redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud (se HFD 2016 ref. 37).

Av förfrågningsunderlaget framgår att tilldelningskriteriet erfarenhet viktas till 50 procent, kvalitets och leveranssäkerhet till 25 procent och pris till 25 procent. Bedömning av respektive kriterium sker enligt en skala från 0 till 100 poäng. Tilldelnings-kriteriet erfarenhet avser dels erfarenhet av makrofytinventeringar, dels småvalting.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas. I det aktuella målet är föremålet för upphandlingen inventeringar av ett antal vattenväxter. Det aktuella anbudsområdet innefattar bl.a. inventering av småsvalting. Att Länsstyrelsen under sådana förhållanden har uppställt ett tilldelningskriterium som avser erfarenhet av inventering av denna typ av vattenväxt måste anses relevant och adekvat alldeles oavsett om denna kompetens inte är nödvändig för fullgörandet av uppdragets samtliga delar. Mot bakgrund av vad som framkommit i utredningen finner förvaltningsrätten att det inte är visat att proportionalitetsprincipen åsidosatts genom att erfarenhet av småsvalting har tillmätts större vikt än erfarenhet av makrofytinventering. Vad SEKAB har anfört i denna del utgör därför inte skäl för ingripande enligt LOU.

Deluppdrag 2

SEKAB har anfört att Länsstyrelsen inte har utfört utvärderingen av deluppdrag 2 i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår att deluppdrag 2 kommer att utvärderas utifrån kriterierna erfarenhet av småsvaltinginventeringar, inventeringens kvantitativa omfattning och inventeringens upplägg med hänsyn till artens biotopkrav.

Av utvärderingen framgår att Länsstyrelsen har bedömt att både SEKAB och Naturvatten har en ambitiöst upplagd eftersöksplan där arten eftersöks i lämpliga miljöer och på fler platser än de i anbudet föreslagna platserna. Däremot har SEKAB bedömts inte visa samma stora erfarenhet av småsvaltinginventeringar varför Naturvatten har bedömts lämna det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.

SEKAB har anfört att de erbjöd sig att undersöka 13 extra lokaler medan Naturvatten endast erbjöd sig att undersöka en extra lokal. SEKAB menar att den kvantitativa omfattningen därmed inte har tillmätts någon betydelse varför utvärderingen av deluppdrag två inte har utförts i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar att utvärderingen av anbud vid offentlig upphandling ska göras objektivt. Det betyder att inga ovidkommande hänsyn får tas. När det är fråga om andra utvärderingskriterier än pris måste emellertid ett visst mått av subjektivitet godtas under förutsättning att den upphandlande myndigbeten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget kan anses tillåta (se RÅ 2002 ref 50).

Länsstyrelsen har i förfrågningsunderlaget angett tre utvärderingskriterier som de har att förhålla sig till. Hur viktningen däremellan ska ske har inte angetts. Enligt förvaltningsrättens mening ger en sådan ordning utrymme för

större skönsmässighet och subjektiva hänsyn än om detta framgått av förfrågningsunderlaget. I det aktuella fallet finner förvaltningsrätten emellertid att SEKAB inte har förmått visa att Länsstyrelsen baserat sin bedömning vid utvärderingen av anbuderna på annat än sakliga grunder eller att anbudsgivarna skulle ha behandlats olika. SEKAB har inte heller i övrigt visat att Länsstyrelsen vid utvärderingen har frångått de kriterier och krav som anges i förfrågningsunderlaget eller att förfarandet inneburit att kraven i 1 kap. 9 § LOU åsidosatts.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de omständigheter som SEKAB åberopat inte visat att Länsstyrelsen i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte varför SEKAB:s ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Eva Blom

Rådman

Miriam Röstberg Omari har handlagt målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.