



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 1

DOM
 2011-09-28
 Meddelad i Göteborg

Mål nr
 7783-11 E
 Enhet 1:2

KONKURRENSVERKET	
2011-09-30	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Bärgningstjänsten Sverige AB, 556596-9127
 Ringögatan 29
 417 07 Göteborg

Ombud: Jur.kand. Johanna Jonsson, advokat Niklas Sjöblom och jur.kand.
 Sven Vaxenbäck
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 2235
 403 14 Göteborg

MOTPART

Polismyndigheten i Västra Götaland
 genom Rikspolisstyrelsen
 Box 12256
 10226 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 5 augusti 2011 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND

Polismyndigheten i Västra Götaland (Polismyndigheten) har genomfört en upphandling av bärgningstjänster, diarienummer PSV-648-154/11 (upphandlingen) genom ett öppet förfarande enligt LOU. Tillämpat kriterium för tilldelning av kontrakt är lägsta pris. Av tilldelningsbeslutet från den 29 juni 2011 framgår att Kåren i Göteborg Ekonomisk förening (Kåren) tilldelats kontrakt i upphandlingen för avtalsområde O1. Bärgningstjänsten Sverige AB (bolaget) har inte lämnat anbud avseende något annat avtalsområde än O1. Förvaltningsrätten beslutade den 5 augusti 2011 att Polismyndigheten inte får ingå avtal rörande avtalsområde O1 i upphandlingen innan något annat har bestämts men att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla för övriga delar av upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten i första hand förordnar att upphandlingen, såvitt avser avtalsområde O1, ska rättas. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen, såvitt avser samma avtalsområde, ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Polismyndigheten har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot de EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd av att Polismyndigheten har brutit i sina förpliktelser enligt LOU har bolaget lidit, eller i vart fall riskerar att lida skada, genom att inte ha tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Bolaget är av uppfattningen att anbudsutvärderingen inte är ägnad att utse det anbud med lägst offererat pris. Av upphandlingen för avtalsområde O1 framgår att anbudsgivarna ska ange sina priser i form av en enhetstaxa, en timtaxa och en kilometertaxa. I samma bilaga anges vidare att enhetstaxa debiteras för arbete som inte överstiger två timmar och att timtaxa

debiteras för arbete efter andra timmen avseende faktiskt tid samt att kilometertaxa debiteras för färd från inställelseplats till av polisen anvisad plats. Av den genomgång som bolaget har gjort framkommer att det vinnande anbudet offererar en timtaxa som är väldigt låg och en betydligt högre enhetstaxa i förhållande till vad bolaget har offererat. Det är enligt bolaget uppenbart att Kåren har offererat ett orimligt lågt anbud avseende timtaxan. Detta borde enligt bolagets förmenande ha föranlett en skriftlig begäran från Polismyndigheten om en förklaring till det låga anbudet i enlighet med 12 kap. 3 § LOU.

Bolaget har tagit fram statistik avseende avropade uppdrag inom avtalsområde O1 för år 2010. Av sammanställningen från denna statistik framgår att endast 1,4 procent av alla uppdrag pågått under längre tid än två timmar. Det kan således konstateras att bolaget under år 2010, med de priser som nu har offererats av bolaget respektive Kåren, hade kunnat erbjuda bärgningstjänster till ett sammanlagt pris som är 34 procent lägre än det vinnande anbudets. Det är bolagets uppfattning, utifrån mångårig erfarenhet, att några större statistiska förändringar under kommande kontraktperiod i jämförelse med år 2010 inte är att vänta. Bolaget kan alltså även under kommande kontraktperiod förväntas erbjuda bärgningstjänster till ett sammanlagt pris som är väsentligt lägre än det vinnande bolagets. Det vinnande bolaget har offererat ett lågt pris för en taxa som Polismyndigheten under kommande kontraktperiod kan förväntas avropa i betydligt mindre omfattning än den enhetstaxa för vilken det vinnande bolaget har offererat ett väsentligt högre pris. Eftersom den av Polismyndigheten tillämpade utvärderingsmodellen således inte tar hänsyn till förväntade och realistiska avropsvolymer medför den att bolaget missgynnas vid anbudsprisutvärderingen jämfört med det vinnande anbudet. Ett förfrågningsunderlag med ovan beskrivna modell för utvärdering av anbuderna kan inte sägas säkerställa ett rättvisande resultat i praktiken, nämligen att det anbud som offererar det lägsta priset antas.

Utvärderingsmodellen leder vidare till att anbudsgivarna behandlas olika. Situationen i förevarande fall är snarlik den som behandlas i Kammarrätten i Stockholms dom av den 15 juni 2009 i de förenade målen 2501-09 och 2508-09. I det fallet hade någon differentiering mellan de olika posterna med hänsyn till transportvolymen inte gjorts, vilket medfört att det pris som anbudsgivare angett för varje post fått lika stort genomslag på anbudspriset oberoende av den eventuella volym som skulle komma att upphandlas. Det vinnande anbudet hade offererat högre priser för mer vanligt förekommande poster och lägre priser för sällsynt förekommande poster. Kammarrätten konstaterade härvid i sin dom att den aktuella utvärderingsmodellen inte säkerställde att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antagits så att leverantörer som angett marknadsmässiga priser istället hade missgynnats av modellen. Därtill har samma domstol i ett nyligen avgjort mål än tydligare klargjort att en utvärderingsmodell som förbiser en beaktansvärd del av ett upphandlat kontrakts värde inte syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas (se Kammarrätten i Stockholms dom från den 15 augusti 2011 med mål nr. 2344-11). I målet konstaterade Kammarrätten att den upphandlande myndigheten genom att inte utvärdera priset på vissa optioner, vars utnyttjande utgjorde en beaktansvärd del av kontraktets totala värde, agerat i strid mot LOU och unionsrätten. Huruvida modellen i sig var tydlig eller ej hade således ingen betydelse. De principer som redogörs får anses tillämpliga även i de situationer där den upphandlande myndigheten angivit att den har för avsikt att välja anbud med lägst pris men avsiktligen eller ej, använder en modell som omöjliggör förverkligandet av denna intention.

Bolaget är vidare av uppfattningen att Kårens anbud vid tiden för anbudstidens utgång inte uppfyllt samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav. Detta gäller bl.a. ett av de fordon som Kåren uppgivit står till deras förfogande. Vid tidpunkten för anbudstidens utgång framgår att

fordonet inte uppfyller de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Det faktum att Polismyndigheten sedermera själv inhämtat kompletterande uppgifter från Transportstyrelsen innebär inte att den ursprungliga bristen, som uppkommit genom den handling som Kåren faktiskt givit in till stöd för sitt anbud, kan förbises. En upphandlande myndighet bör inte, inom ramen för likabehandlingsprincipen, rätta till ett felaktigt anbud genom inhämtande av ny dokumentation som förts till anbudet. Kårens anbud bör således rätteligen förkastas av Polismyndigheten.

I anbudsförfrågan anges att anbudsgivare ska redogöra för sin tekniska kapacitet. Det ska framgå bl.a. en förteckning över de tre viktigaste uppdragsgivarna, för vilka anbudsgivarna har utfört efterfrågade tjänster under de senaste åren. Av listan över de tre viktigaste uppdragsgivarna som Kåren har angett i sitt anbud framgår inte att Kåren för dessa uppdragsgivare har utfört tjänster som är av liknande karaktär som de efterfrågade tjänsterna eller kan bedömas likvärdiga med dessa. Med hänsyn härtill borde Polismyndigheten även på denna grund rätteligen ha förkastat Kårens anbud.

Av Kårens anbud framgår att Kåren förlitar sig på andra juridiska personers (bl.a. de företag som är medlemmar i den ekonomiska föreningen Kårens) resurser till uppfyllande av Polismyndighetens ställda krav på kapacitet avseende personal och fordon. I ett sådant fall har Kåren att visa, genom t.ex. avtal eller annan skriftlig dokumentation, att Kåren förfogar över dessa resurser vid genomförande av kontraktet. Något sådant bevis har Kåren inte företett i sitt anbud. Därmed borde Polismyndigheten även på denna grund rätteligen ha förkastat Kårens anbud. Det finns således skäl för förvaltningsrätten att med beaktande av ovan förordna om rättelse på sätt som bolaget yrkar.

Polismyndigheten i Västra Götaland bestrider bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Vad bolaget har anfört rörande differens i volym mellan åberopad statistik för år 2010 och volymer i utvärderingsmodellen samt dess inverkan på viktningen är irrelevant för den egentliga frågan i målet, vilken är om den upphandlande myndigheten är skyldig att använda sig av vissa uppgifter vid utformningen av en utvärderingsmodell, och om bortseende från sådana uppgifter i sig innebär ett brott mot LOU och unionsrätten. Att Polismyndigheten valt att vid utformningen av utvärderingsmodellen nyttja uppgifter som tidigare utförda uppdrag på ett annat sätt än som bolaget gör gällande som det rätta, kan inte i sig innebära att myndigheten agerat i strid med LOU eller unionsrätten. En upphandlande myndighet måste ha möjlighet att anpassa underlaget i en upphandling allteftersom myndighetens behov förändras och i en del fall helt bortse från tidigare erfarenheter i de fall dessa inte har någon direkt bäring på det nya behovet. En annan bedömning skulle innebära att en upphandlande myndighet är skyldig att lägga vissa uppgifter till grund för sin utvärderingsmodell och därmed även inskränka myndighetens rätt att utforma ett förfrågningsunderlag efter det behov som myndigheten uppfattar sig ha. Detta förhållande är att skilja från det faktum att utvärderingsmodellen är utformad på ett sådant sätt att den kan manipuleras under pågående upphandling i sådan grad att den inte längre ger uttryck för myndighetens bakomliggande tanke med modellen, vilket var faktumet i de domar från Kammarrätten i Stockholm som bolaget åberopar. I förevarande mål har Polismyndighetens bakomliggande tanke med utvärderingsmodellen varit just den som bolaget gör invändningar mot, att ge bärgningar av typen kriminalteknisk bärgning en högre vikt än ordinär bärgning. Till skillnad från detta så var situationen i de åberopade målen den att den upphandlande myndighetens syfte med modellen i sig kringgicks i och med att ett visst kriterium som skulle vägas mot ett annat kriterium i praktiken fick en högre viktning än vad myndigheten avsett till

följd av ett anbuds utformning. Denna situation har inte uppkommit i det aktuella målet varför de åberopade domarna inte är tillämpliga.

För det fall att förvaltningsrätten finner att en skyldighet föreligger för en upphandlande myndighet att beakta tidigare utförda uppdrag vid utformandet av en upphandlings underlag anförs. bl.a. följande. De i denna upphandling efterfrågade bärgningstyperna är uppdelade i sex olika typer av bärgning. Den mest komplicerade formen av efterfrågad tjänst är kriminalteknisk bärgning och är en ny typ av bärgning som utvecklats för att möta hela polisens, men framförallt den aktuella Polismyndighetens, ökande behov av att kunna säkra bevis vid grövre brott. Med beaktande av bedömningen att denna typ av bärgning kan komma att bli allt vanligare till följd av samhällets utveckling såväl som rent interna omständigheter inom Polisen, har denna typ av bärgning viktats högt i upphandlingen. Detta, tillsammans med det förhållandet att typen av bärgning som sådan är ny medför att den åberopade statistiken inte är lämplig att lägga till grund för utformandet av utvärderingsmodellen på så sätt som bolaget gör gällande. Av detta följer att om en skyldighet anses föreligga för att hänsyn ska tas till tidigare utförda uppdrag så kan en sådan skyldighet inte upprätthållas i detta fall eftersom det snarare skulle vara fråga om att samband saknas mellan det som bolaget benämner som det faktiska föremålet och utvärderingsmodellen för det fall Polismyndigheten enbart utgått från åberopad statistik över tidigare uppdrag. Polismyndigheten kan därför inte anses ha agerat i strid med vare sig de unionsrättsliga principerna eller övriga bestämmelser i LOU.

Bolaget har gjort gällande att ett av de fordon som angetts i Kårens anbud inte uppfyller det skall-krav som anges i förfrågningsunderlagets avsnitt 6.6 och att det därmed föreligger skäl för att förkasta Kårens anbud. Att så skulle vara fallet bestrids. Det är inte de uppgifter som bolaget har anfört som ligger till grund för kontrollen om huruvida Kårens fordon uppfyller

skall-kraven utan de uppgifter som Rikspolisstyrelsen inhämtat från Transportstyrelsen som lagts till grund för kontroll av uppfyllelse av ställda krav avseende de fordon som offererats i anbudet. Den kontroll som gjorts visar att fordonet uppfyller de krav som Polismyndigheten har ställt och därmed agerat korrekt när fordonet beaktats vid bedömningen av Kårens tekniska kapacitet, vilket är det bakomliggande syftet med att kontrollera fordonets behörighet. Även om fordonet inte uppfyllt ställt krav hade det ändå inte förelegat skäl att förkasta Kårens anbud eftersom effekten av ett sådant förhållande enbart hade blivit att det specifika fordonet skulle bortses från vid bedömningen av anbudsgivarens kapacitet att utföra de efterfrågade tjänsterna, vilket också framgår av förfrågningsunderlaget.

Bolagets förstahandsgrund för påvisande av skada bestrids. Enligt Polismyndighetens mening har bolaget haft möjlighet att lämna anbud på exakt samma grund och sätt som övriga anbudsgivare och potentiella leverantörer eftersom det klart och tydligt angetts i förfrågningsunderlaget vad som efterfrågas och på vilket sätt efterföljande utvärdering kommer att ske. Vad bärningstjänsten gör gällande kan således inte anses påvisa förekomst av vare sig faktisk eller hypotetisk skada. Med hänsyn till avsaknaden av skada saknas skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 5 § LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen 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).

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).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

Regeringsrätten har i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Regeringsrätten har även uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Bolaget har anfört att Polismyndigheten inte har utformat en utvärderingsmodell som syftar till att utse den anbudsgivare som offererar lägst pris eftersom den viktning som gjorts i förfrågningsunderlaget inte tar hänsyn till den statistik som finns över hur vanligt förekommande olika typer av bärgning är i realiteten. Bolaget har uppgivit att de offererat lägst pris om man ser till hur sällan kriminalteknisk bärgning har använts under den tid som bolaget utförde dessa tjänster för polisens räkning. De

förutsättningar och den viktning som har gjorts av Polismyndigheten mellan de olika typerna av bärgningstjänster har dock varit väl kända för alla anbudsgivare. En upphandlande myndighet bör ha handlingsutrymmet att själva avgöra hur deras framtida behov kommer att se ut och utforma förfrågningsunderlaget efter detta. Det har inte framkommit att utvärderingsmodellen manipulerats under pågående upphandling i sådan grad att den inte längre speglar myndighetens bakomliggande tanke med modellen. Den utvärderingsmodell som Polismyndigheten har använt sig av i upphandlingen är därför förenlig med 1 kap. 9 § LOU och unionsrätten.

Bolaget har gjort gällande att anbudet från Kåren inte uppfyller ställt skalkrav eftersom ett av deras fordon, enligt inlämnad handling från Kåren, inte lever upp till de krav som Polismyndigheten uppställt i förfrågningsunderlaget vid anbudstidens utgång. Polismyndigheten har emellertid gjort en självständig kontroll genom Transportstyrelsens register och därvid funnit att fordonet uppfyllt de krav som ställts. Att Polismyndigheten har använt sig av ovan nämnda uppgifter kan inte vara en omständighet som gör att principen om likabehandling åsidosatts i enlighet med vad bolaget har anfört.

Bolaget har vidare anfört att det inte framgår av den lista som Kåren har lämnat in över de tre viktigaste uppdragsgivarna att de har utfört tjänster som är av liknande karaktär som de efterfrågande tjänsterna eller kan bedömas som likvärdiga med dessa. Av den inlämnade listan framkommer att Kåren har utfört omfattande bärgningstjänster åt andra uppdragsgivare. Förvaltningsrätten anser inte att Polismyndigheten har brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU när den har gjort bedömningen att Kåren tidigare har utfört uppdrag som gör att Kåren kan anses ha tillräcklig kompetens för att utföra de bärgningstjänster som upphandlingen avser.

Bolaget anför även att Kåren inte skulle uppfylla ställda krav när de förlitar sig på expertis som inte är anställd utav kåren utan finnas att tillgå inom den ekonomiska förening som Kåren är medlem av. Det torde vara upp till Kåren att själv avgöra hur de väljer att organisera sitt arbete och det faktum att de har tillgång till den expertis som upphandlingen kräver borde var tillräckligt för att de krav som ställs i förfrågningsunderlaget får anses vara uppfyllda.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att upphandlingen har sådana brister att den strider mot 1 kap. 9 § LOU eller unionsrätten. Det saknas därför skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Peter Kockum

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Johan Jonzon.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU