



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2016-03-23
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
4575-15 E

KONKURRENSVERKET	
2016-03-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE
Onninen AB, 556371-9474

Ombud:
Advokat Magnus Wiktorson
Advokatfirman NORDIA Göteborg KB
Kungsportsavenyen 1
411 36 Göteborg

MOTPART
Uppsala Vatten och Avfall AB, 556025-0051
Box 1444
751 44 Uppsala

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 8 oktober 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 172853

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Uppsala Vatten och Avfall AB (Uppsala Vatten) genomför en upphandling av VA-material, dnr 2015-0231. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU.

Onninen AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten har den 8 oktober 2015 interimistiskt förordnat att avtal inte får ingås innan något annat har bestämts.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Uppsala Vatten har genom den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen brutit mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling, däribland de i 1 kap. 9 § LOU intagna principerna om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet. På grund av bristerna har bolaget lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada. Utformningen av utvärderingsmodellen innebär i praktiken att bolaget utestängs från den aktuella upphandlingen. Eftersom bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Förfrågningsunderlaget innehåller en rad detaljerade bestämmelser gällande beställning, webbutik, support m.m. Vad gäller leverans av beställda artiklar anges i punkten 5.3 att dessa ska levereras fritt till av beställaren anvisad plats inom Uppsala kommun. I punkten 5.3.1 anges att leverans avseende artiklar som ingår i avtalad prislista ska kunna ske inom 5 timmar efter beställning. Övriga lagervaror ska kunna levereras inom 24 timmar från beställning. Beställaren ska vidare, enligt punkten 5.3.2 ha fri retur- och bytes-

rätt inom 14 dagar avseende leverantörens hela sortiment. Utöver dessa krav finns ett s.k. bör-krav i punkten 5.3.1 som innebär att leverantören bör ha ett hämtlager eller en butik inom 15 km från Uppsala resecentrum och att samtliga artiklar på den till anbudet fogade prislistan ska finnas lagerförda i det aktuella hämtlagret/butiken. Kravet är inte obligatoriskt men har tagits in som ett särskilt tilldelningskriterium i punkten 4.4 i förfrågningsunderlaget. Den nuvarande leverantören har en sådan butik inom området. Bolaget har inte något hämtlager eller butik inom den angivna radien.

Vid analys av utvärderingsmodellen i punkten 4.4 kan konstateras att tilldelningskriteriet "Tillgänglighet/leveranstid", som hänvisar till bör-kravet i punkten 5.3.1, har getts en helt avgörande betydelse. Kriteriet har getts en viktning om 20 procent enligt förfrågningsunderlaget. Detta innebär i praktiken att även om bolaget skulle lämna ett anbudspris som är 30 % lägre än det som lämnas av en konkurrent med butik i Uppsala skulle konkurrentens anbud anses mer ekonomiskt fördelaktigt. Det är omöjligt att, utan att förfoga över en butik eller hämtlager, kunna vara med och konkurrera i upphandlingen. Bolaget har därför valt att inte lämna in något anbud, vilket bolaget skulle ha gjort om det aktuella utvärderingskriteriet inte funnits med i utvärderingsmodellen.

I Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, andra uppl., s. 380 f. anges att villkor om transportavstånd är ett typiskt exempel på ett otillåtet utvärderingskriterium eftersom det är diskriminerande för både utländska leverantörer och inhemska som inte finns på orten. Kravet att leverantören har lokaler på en viss ort är enligt bolaget att jämställa med villkor om transportavstånd. Vad gäller proportionalitetsprincipen innebär den sammanhanget att kraven på leverantörer i en upphandling inte får ställas högre än vad som är nödvändigt för att uppnå eftersträfvade syften, jfr Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 196. Uppsala Vatten har i kravspecifikationen ställt upp ett antal

preciserande krav vad gäller tillgänglighet för beställningar, tillhandahållande av information avseende produkterna, tillhandahållande av teknisk support i samband med beställningar samt att leverans av produkter ska kunna ske med mycket kort varsel. Därtill föreskrivs i förfrågningsunderlaget att returrätt ska föreligga. Redan genom dessa krav har Uppsala Vatten säkerställt att de får rätt produkter i rätt tid. Uppsala Vatten är en professionell beställare av VA-material och kan förväntas besitta en inte obetydlig egen erfarenhet av de produkter som upphandlingen avser. Därtill har Uppsala Vatten redan ett befintligt eget lager av vissa produkter som behövs i samband med akuta läckor. Att därutöver uppställa ett krav på att leverantören bör ha en butik eller ett hämtlager inom visst område står inte i rimlig proportion till det syfte som Uppsala Vatten söker tillgodose genom villkoret. Med hänsyn till den korta leveranstiden samt det faktum att Uppsala Vatten därutöver har ett visst eget lager synes behovet av att butik/hämtlager finns inom visst område vara mycket begränsat.

En jämförelse kan göras med Örebro kommun, till vilken bolaget levererat material i en motsvarande omfattning som kan förväntas beställas av Uppsala Vatten. Bolaget har en lagerbutik som är tillgänglig för beställaren Örebro kommun. Inhämtade uppgifter visar att endast en procent av beställningarna har skett i butik. Örebro kommuns inköp av VA-material är av samma omfattning och visar med tydlighet att det inte föreligger ett behov av att butik/hämtlager ska finnas inom området.

EU-domstolen underkände i mål C-234/03, Contse m.fl., krav på att leverantören skulle förfoga över lokaler inom visst område. EU-domstolen uttalade att kraven stred mot principen om icke-diskriminering och att de var uppenbart oproportionerliga. I syfte att säkerställa att bolaget, som är en del av en finsk koncern, kan verka och utvecklas på den gemensamma marknaden är det av särskild vikt att krav som är ägnade att hindra den fria rörligheten undanröjs.

Uppsala Vatten bestrider bifall till ansökan.

Uppsala Vatten anför i huvudsak följande. Upphandlingen genomförs i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Bör-kravet och utvärderingsmodellen är sakligt motiverade och kopplade till det som upphandlas. Kravet och utvärderingsmodellen strider därför inte mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Syftet med den aktuella upphandlingen är att tillgodose Uppsala Vattens behov av VA-material. VA-material är ett brett område och val av produkter baseras ofta på olika tekniska lösningar och specifikationer. Det är komplicerat att välja rätt produkter för varje ändamål och det är därför en stor fördel för Uppsala Vattens medarbetare om det finns möjlighet att titta på produkterna i verkligheten i samband med produktval. Det medför också en bättre tids- och kostnadseffektivitet samt minskar risken för felbeställningar. Om leverantören kan tillhandahålla hämtlager/butik i närheten av Uppsala minskar dessutom Uppsala Vattens behov av att hålla eget lager av VA-material. I upphandlingen ställs visserligen krav på korta leveranstider för artiklar på prislistan, men eftersom VA-material ofta behövs med kort varsel vid t.ex. akuta läckor krävs ändå att Uppsala Vatten till viss del håller eget lager av VA-material. Att hålla eget lager är mycket resurskrävande och eftersom uppfyllande av bör-kravet minskar behovet ytterligare är det en stor fördel för Uppsala Vatten.

Den korta leveranstiden är nödvändig för att Uppsala Vatten ska kunna fullgöra sitt uppdrag som huvudman för den allmänna va-anläggningen i Uppsala kommun på det sätt som Uppsala Vatten har valt att arbeta. Det är omöjligt för Uppsala Vatten att hålla ett eget lager av alla de produkter som kan tänkas behövas i sådana lägen. Det krävs inte att leverantören har hämtlager/butik i Uppsala vid anbudslämnande utan det är möjligt för leverantö-

rer som i dagsläget inte kan uppfylla kravet att tilldelas poäng i utvärderingen om de kan visa att kravet kommer att vara uppfyllt vid avtalsstart.

En upphandlande myndighet har långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i ett upphandlingsförfarande. Uppsala Vatten har idag ett mycket begränsat eget lager av VA-material. Om bör-kravet avseende hämtlager/butik inte uppfylls av leverantören medför det väsentligt ökade kostnader för Uppsala Vatten för lagerhållning. Uppfyllandet medför även andra viktiga fördelar för beställaren. Bör-kravet avseende hämtlager/butik är det minst ingripande för att uppnå de eftersträvade syftena.

Förvaltningsrätten i Stockholm har i ett avgörande (Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr 4740-12), som överklagats till Kammarrätten i Stockholm men som inte beviljats prövningstillstånd (Kammarrätten i Stockholm i mål nr 1868-12), ansett att ett skall-krav avseende lokal butik för inköp av järnhandelsvaror inte strider mot de grundläggande principerna för upphandling enligt 1 kap. 9 § LOU.

Med anledning av vad som anförts och att upphandlingens värde uppgår till ca 8 miljoner kr per år är bör-kravet och utvärderingsmodellen proportionerliga. Det som bolaget framför avseende Örebro kommuns inköp av VA-material kan inte anses vara relevant i målet. Trots att inköpen avser VA-material i liknande omfattning kan Örebros va-verksamhet vara organiserad på annat sätt än Uppsala Vattens avseende t.ex. hantering av akuta läckor. Behoven för de olika beställarna kan därför se helt olika ut.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot Uppsala Vattens upphandling med anledning av vad bolaget anfört.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska den upphandlande myndigheten 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.

Bolaget har gjort gällande att det strider mot de upphandlingsrättsliga principerna att ställa upp bör-krav på hämtbutik/lager inom visst geografiskt område och att använda förekomst av sådan som tilldelningskriterium i upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget anges i punkt 5.3.1 följande.

Leveranstid/tillgänglighet

Artiklar på prislistan ska levereras senast 5 timmar efter beställning, under vardagar 7-16.

Bör-krav: Hämtlager eller butik för avhämtning av artiklar på prislistan bör finnas. Hämtlager/butik ska vara belägen inom 15 km från Uppsala resecentrum. Samtliga artiklar på prislistan ska vara lagerförda i hämtlager/butik. Se utvärdering punkt 4.4.

Övriga lagervaror ska levereras inom 24 timmar från beställning.

För beställningssortiment gäller att leverans ska ske senast sju vardagar efter beställning.

Beskrivning av hur kraven på leveranstid/tillgänglighet uppfylls ska bifogas anbudet.

I förfrågningsunderlaget anges i punkt 4.4 följande.

Utvärdering

Utvärdering av anbud sker enligt ekonomiskt mest fördelaktig. Tilldelningskriterier viktas enligt nedan:

Pris – nettoprislista (anbudssumma del 1 – beräknas automatiskt i prisbilagan)	60 %
Pris – utvärdering av rabatter (beräkningen framgår av bilaga 3)	20 %
Tillgänglighet/leveranstid (uppfyller bör-krav i punkt 5.3.1)	20 %

Båda utvärderingskriterierna för pris beräknas på så sätt att det anbud med lägst pris per utvärderingskriterie får 5 utvärderingspoäng, övrigas poäng erhålls genom kvoten lägst pris/jämfört pris multiplicerat med 5 poäng. Poängen multipliceras sedan med respektive utvärderingskriteriets viktprocent.

Anbud som uppfyller bör-kravet i punkt 5.3.1 får 5 utvärderingspoäng, poängen multipliceras med viktprocenten för utvärderingskriteriet.

Anbudet med den högsta viktade poängen kommer att antas.

Enligt bolaget missgynnar det i förfrågningsunderlaget uppställda bör-kravet och däri vald utvärderingsmodell de leverantörer som inte har tillgång till en närbelägen hämtbutik/lagerlokal. Förvaltningsrätten konstaterar att även om de leverantörer som saknar tillgång till en lokal i närheten inte formellt är förhindrade att erhålla kontrakt i upphandlingen kan möjligheterna för dem att vinna upphandlingen vara försämrade till följd av förfrågningsunderlagets utformning. Med hänsyn till den viktning som bör-kravet ges i utvärderingsmodellen kan det inte heller uteslutas att det i praktiken blir nödvändigt att leverantörer erbjuder Uppsala Vatten en lokal.

Någon generell skyldighet för den upphandlande myndigheten att utforma förfrågningsunderlaget så att ingen leverantör gynnas eller missgynnas kan dock inte anses föreligga så länge förfrågningsunderlaget strikt utformas utifrån den upphandlande myndighetens behov. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen har en upphandlande myndighet stor frihet när den närmare bestämmer föremålet för en upphandling (se RÅ 2010 ref. 78). Kraven i förfrågningsunderlaget måste vara kopplade till det som upphandlas och får

inte strida mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering. De får inte heller vara oproportionerliga och måste även i övrigt vara förenliga med unionsrätten.

Det står enligt förvaltningsrätten klart att det aktuella bör-kravet har en tydlig koppling till den verksamhet som Uppsala Vatten bedriver. Uppsala Vatten har gjort gällande att det är nödvändigt att det finns ett lager i närområdet för att säkerställa tillgång till material vid exempelvis akuta läckor. Uppsala Vatten har också anfört att det skulle medföra väsentligt ökade kostnader om Uppsala Vatten för egen del måste hålla ett sådant lager. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta Uppsala Vattens uppgifter i dessa delar. Enligt förvaltningsrätten får det därför anses utrett att kravet även svarar mot ett verkligt behov hos myndigheten. Vad bolaget anfört om förhållandena i Örebro kommun förändrar inte bedömningen, då det är ovisst i vilken utsträckning verksamheten i Örebro kommun är organiserad på motsvarande sätt som hos Uppsala Vatten. Bör-kravet får således anses motiverat utifrån Uppsala Vattens behov.

Frågan är då om förfrågningsunderlagets utformning, trots att kravet är motiverat, bryter mot de upphandlingsrättsliga principerna. Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget uppställda bör-kravet och den valda utvärderingsmodellen gäller lika för alla anbudsgivare. Det räcker också att en eventuell lokal finns tillgänglig vid avtalsstart. Eftersom den årliga kostnaden för en hämtbutik/lagerlokal torde uppgå till en mindre andel av upphandlingens beräknade värde, som enligt oemotsagda uppgifter från Uppsala Vatten uppgår till ca 8 miljoner kr per år, finner förvaltningsrätten att det inte kan anses visat att förfrågningsunderlagets utformning skulle medföra en i praktiken utestängande effekt. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan bör-kravet och den valda utvärderingsmodellen därmed inte anses bryta mot principen om likabehandling eller vara diskriminerande.

Förvaltningsrätten gör vidare bedömningen att det i en verksamhet, där det finns akut behov av att ha tillgång till visst material, finns skäl att säkra sådan tillgång även på annat sätt än genom att ställa krav på detta i avtalet med leverantören, t.ex. genom att kräva en närbelägen lagerlokal. En avtalsenlig förpliktelse att leverera visst material inom kort tid (i detta fall 5 timmar) garanterar inte alltid i praktiken att den upphandlande myndigheten kommer att ha tillgång till materialet. Uppsala Vatten har påpekat att ett alternativ till att leverantören tillhandahåller ett lager, nämligen att för egen räkning inneha en sådan lokal, är mycket resurskrävande. Uppsala Vatten har också anfört att det underlättar produktvalet för medarbetarna om produkterna finns fysiskt tillgängliga i en butik. Även detta argument får anses ha viss giltighet oaktat att avtalet innefattar krav på webbutik med detaljerad produktbeskrivning, teknisk support samt att Uppsala Vatten förbehållit sig retrurrätt. Förvaltningsrätten finner sammantaget att det i förfrågningsunderlaget uppställda bör-kravet och däri vald utvärderingsmodell inte är oproportionerliga och att de inte heller strider mot unionsrätten i övrigt. Vad bolaget anfört om att det ingår i en finsk koncern förändrar inte bedömningen. Förvaltningsrätten konstaterar att situationen i förevarande mål skiljer sig från omständigheterna i EU-domstolens avgörande i mål C-234/03, Contse m.fl., bl.a. genom att bolaget bedriver sin verksamhet i Sverige samt att det i aktuell upphandling är tillräckligt att bör-kravet är uppfyllt vid avtalsstart.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte är visat att den aktuella upphandlingen strider mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Det är inte heller visat att förfrågningsunderlagets utformning är oproportionerligt eller att det strider mot unionsrätten i övrigt. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Viktoria Haglund
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.