



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2010-11-10
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
6157-10 E
Domarenhet 2

KLAGANDE

GEP Group AB, 556651-8238
Kavallerivägen 24
174 58 Sundbyberg

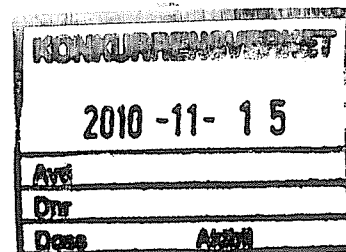
Ombud: Advokaten Erik Widman
Advokatfirman NOVA AB
Linnégatan 18
114 47 Stockholm

MOTPART

Säffle kommun
661 80 Säffle

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen av "Biogasmack i Säffle" ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 21 juni 2010 upphör i och med denna dom att gälla.

Dok.Id 18381

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Säffle kommun (kommunen) har inlett en upphandling avseende "Biogas-mack". Upphandlingen omfattar modulbyggd biogastankstation och har genomförts med förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Anbud har getts in av bl.a. GEP Group AB (GEP). Kommunen har emellertid beslutat att avtal ska tecknas med Processkontroll AB.

GEP begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse gjorts i fråga om utvärdering av funktion, teknik och miljö. Vidare yrkar GEP att rätten intermistiskt ska besluta att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på slutlig prövning. GEP anför i huvudsak att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i LOU. GEP åberopar som grund för sin talan bl.a. följande.

Av upphandlingsdokumentationen framgår att kommunen ska vikta funktion, teknik och miljö med 40 %, pris med 40 % och leveranstid med 20 %. Det föreligger inte någon skillnad mellan de två anbudsgivarnas lösning i detta avseende. Kommunen har heller inte redovisat vilka skillnader som föreligger och har på fråga inte kunnat redovisa någon dokumentation avseende den utvärdering som påstås ha gjorts avseende funktion, teknik och miljö. GEP har dock fått beskedet att det egentliga skälet var att det förelåg en prisskillnad. Kommunen har således gjort avsteg från de utvärderingskriterier som uppställts i upphandlingen. Dessutom har kommunen åsidosatt sina egna parametrar för utvärdering av anbudet.

Kommunen anger att man underlåtit att i upphandlingsunderlaget ange att man tagit "konsultativ hjälp" av AGA Gas för att utforma upphandlingsunderlaget och i utvärderingsfasen. Alldeles oavsett hur det förhåller sig med detta så har kommunen ännu inte lyckats förete något underlag för sin bedömning i fråga om "funktion, teknik och miljö". Det ter sig naturligt att om kommunen vänt sig till AGA Gas för att få konsultativ hjälp vid utvärdering av de olika anbudet så borde Aga Gas ha lämnat åtminstone någon dokumentation över sitt ställningstagande.

Av e-postmeddelande från Joel Nyström till GEP framgår bl.a. följande.

”Konsultens resultat är entydigt - man anser att Processkontrolls anbud är klart att föredra ur teknisk synpunkt. Man har, utan att jag går in på detaljer som jag inte helt förstår, jämfört CE-märkning, tillgänglighet, rening av levererad gas, referenser samt ”Makers list” och därvid angivit att Processkontrolls anbud är mer utförligt beskrivet än GEP:s och ger en bättre bild av hur olika funktioner och tekniska krav uppfylls. Detta gäller bl.a. service och hur utrustningen är placerad m.m. Vi har fått två lika rekommendationer i en tekniskt komplicerad offentlig upphandling. Därför måste vårt ställningstagande kvarstå.”

Den utvärdering av anbuden som utförts först efter att GEP begärt överprövning av upphandlingsbeslutet saknar av lätt insedda skäl all betydelse.

Kommunen har valt att fatta beslutet baserat på pris trots att upphandlingen skulle baseras på en sammanvägning av pris och funktion, teknik och miljö.

Det kan också påpekas att GEP vid kontakter med de personer vid AGA Gas till vilka kommunen hänvisat, fått beskedet att det var priset som varit avgörande för kommunens upphandlingsbeslut. GEP fick också intrycket vid dessa kontakter att AGA Gas inte ansåg att det förelåg några egentliga skillnader mellan de två anbuden vad avsåg funktion, teknik och miljö.

Kommunen motsätter sig bifall till GEP:s ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

För att kunna genomföra en offentlig upphandling av detta slag har kommunen tagit konsultativ hjälp av företrädare för AGA Gas, dels för att konstruera ett upphandlingsunderlag som håller i utvärderingsfasen. Detta har vi tyvärr inte beskrivet i underlaget, men så är det.

AGA Gas har deltagit i eller själva genomfört etableringar av flera biogasmackar, vilket gjorde att vi med stort förtroende vände oss till företaget för att få dess konsultativa stöd i processen. Den bedömning som har gjorts av punkten ”funktion, teknik och miljö” kommer således från denna källa. Vi har varken förespeglat någon tänkbar leverantör eller utfäst oss att som kommun att redovisa någon särskild

dokumentation. Vi har inte krävt någon dokumentation av AGA Gas, utan har begärt att företaget skulle göra en bedömning av de båda anbuden utifrån den 10-gradiga skala som vi har använt och därefter viktat anbuden på sedvanligt sätt. Detta har jag också personligen meddelat GEP:s representant. Det är också riktigt att det föreligger en prisskillnad till Processkontroll AB:s fördel.

Vad anser den andra utvärderingen, som är gjord och redovisad av Vattenfall Consultant AB, Gas o Vatten i Göteborg, så har kommunen enbart tänkt sig att använda den i kontrollsyfte. Den ger i stort samma utslag som AGA Gas utvärdering, om än med något mindre differens till Processkontrolls fördel.

Förvaltningsrätten har i beslut den 10 september 2010 förordnat, i avvaktan på att rätten avgör målet slutligt eller förordnar på annat sätt, att den av kommunens inledda upphandling tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Upphandlingen påbörjades den 14 juni 2010, varför LOU:s bestämmelser i dess lydelse före den 15 juli 2010, ska tillämpas i målet.

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

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § 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.

De EG-rättsliga principerna om bl.a. likabehandling, öppenhet och förutsebarhet kräver att ett förfrågningsunderlag ska vara så tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndig-

heten tillmäter betydelse 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.

I kommunens förfrågningsunderlag anges bl.a. följande.

3.4 Utvärderingsfas

I utvärderingsfasen utvärderas de anbud som gått vidare från kvalificeringsfasen.

Kriterierna är rangordnad följd och kommer att poängsättas 0-10 där 10 är högsta värdet. Den som får högst poäng vinner upphandlingen. Om två anbudsgivare får samma totalpoäng, vinner den som erbjuder lägst energiförbrukning.

Kriterier	Viktning
Funktion, teknik och miljö	40 %
Pris	40 %
Leveranstid	20 %

Funktion, teknik och miljö bedöms i en skala 1-10 för varje anbud.

10 poäng =	Mycket bra utifrån uppställda krav och önskemål, kan inte begära mer av anbudsgivaren.
6-9 poäng =	Bra, men uppfyller inte alla krav och önskemål
5 poäng =	Medelbra, godkänt – Inte mer
1-4 poäng =	Inte acceptabelt, klarar inte uppställda önskemål för det specifika kriteriet.

I funktion, teknik och miljö ingår hög funktionssäkerhet, hög och snabb servicegrad, hänvisning till om möjligt tre väl fungerande referensobjekt samt anbudsgivarens miljöarbete.

I kommunens utvärdering av anbud anges bl.a. följande.

Utvärderingskriterier	Viktat	Anbud nr 1	Anbud nr 2
Funktion, teknik och miljö	40%	10*0,4=4,0	6*0,4=2,4
Pris	40%	10*0,4=4,0	9*0,4=3,6
Leveranstid	20%	3,5*0,2=0,7	10*0,2=2,0
Summa		8,7	8,0

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om kommunen, med hänsyn till hur poängsättningen beskrivs i förfrågningsunderlaget, har kunnat tilldela GEP 6 poäng och Processkontroll AB 10 poäng när det gäller utvärderingskriteriet ”funktion, teknik och miljö”.

I förfrågningsunderlaget har kommunen angett vilka utvärderingskriterier som ska användas och viktat dessa samt angett att de olika kriterierna kommer att åsättas poängen 1-10 beroende på vilket svar som angivits. Kommunen har senare redogjort för att poängsättningen för ”funktion, teknik och miljö” har genomförts av bl.a. AGA Gas. I förfrågningsunderlaget finns däremot ingen ledning för vad som vägs in för att svaret ska framstå som ”Mycket bra utifrån uppställda krav och önskemål, kan inte begära mer av anbudsgivaren.” och ”Bra, men uppfyller inte alla krav och önskemål” osv. Det framgår inte heller av bifogat e-postmeddelande, vilka omständigheter som har haft betydelse för att styrka eller försvaga kommunens bedömning avseende ”funktion, teknik och miljö”.

Mot bakgrund av vad som ovan angivits anser förvaltningsrätten att den poängsättning som görs av utvärderingskriterierna i kommunens förfrågningsunderlag lämnar ett stort utrymme för godtycklighet och att kommunen härmed gett sig själv i princip fri prövningsrätt. Detta innebär också att leverantören saknar möjlighet att förutse vad som ska tillmätas betydelse vid prövning av anbud. Eftersom förfrågningsunderlaget inte uppfyller kraven på transparens och förutsebarhet bedömer förvaltningsrätten att kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och att GEP därigenom riskerat att lida skada. Det föreligger därmed grund för ingripande med stöd av 16 kap. 2 § LOU.

Eftersom bristerna hänför sig till förfrågningsunderlaget ska upphandlingen en göras om.

I och med detta ska även förvaltningsrättens interimistiska beslut upphöra att gälla.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande har varit beredningsjuristen Josephine Wilson