



KLAGANDE

BN Energikonsult AB, 556395-1341

Ombud:

Advokat Anders Grahn
Hamilton Advokatbyrå Falun AB
Box 1305
791 13 Falun

MOTPART

Sala kommun
Tekniska förvaltningen
Box 304
733 25 Sala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Västmanlands läns dom den 9 juni 2009 i mål nr 965-09, se bilaga

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; fråga om avskrivning

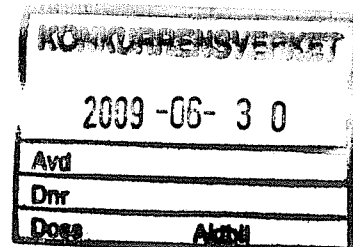
BN Energikonsult AB har, i skrivelse inkommen till kammarrätten den 23 juni 2009, överklagat länsrättens dom.

Kammarrätten har inhämtat att Sala kommun den 22 juni 2009 tecknat avtal med annan leverantör i den nu aktuella upphandlingen.

SKÄL

I 16 kap. 1 § LOU anges bl.a. följande. En leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.



Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

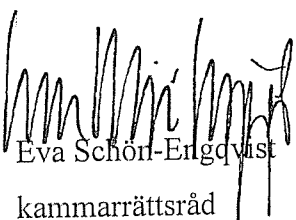
Av handlingarna i målet framgår att sådan underrättelse som avses i 9 kap. 9 § LOU lämnades den 5 maj 2009. Vidare framgår att länsrätten i den överklagade domen har upphävt sitt interimistiska beslut från den 13 maj 2009. Något nytt interimistiskt beslut har därefter inte meddelats.

Då det numera finns ett kontrakt avseende den aktuella upphandlingen och det har gått mer än tio dagar sedan länsrätten upphävde det interimistiska beslutet är kammarrätten förhindrad att pröva BN Energikonsult AB:s överklagande.

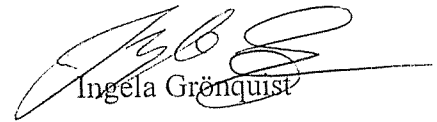
BESLUT

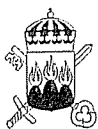
Kammarrätten avskriver målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.


Eva Schön-Engqvist
kammarrättsråd


Ingrid Ullman
kammarrättsråd


Ingela Grönquist
tf assessor
referent



SÖKANDE

BN Energikonsult AB, 556395-1341
Box 64
730 70 Västerfärnebo

Ombud: Advokat Anders Grahn
Hamilton Advokatbyrå Falun AB
Box 1305
791 13 Falun

MOTPART

Tekniska nämnden i Sala kommun
c/o Sala kommun
Box 304
733 25 Sala

ÖVERKLAGAT BESLUT

Tekniska nämndens i Sala kommun tilldelningsbeslut den 5 maj 2009

SAKEN

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

YRKANDEN M.M.

Sala kommun (kommunen) har genomfört en förenklad upphandling avseende Ramavtal Ventilationsarbeten inklusive service och underhåll för Sala kommun samt Sala bostäder AB (dnr 2009/37). Kommunen har i tilldelningsbeslut den 5 maj 2009 beslutat att anta YIT Sverige AB som ramavtalsentreprenör för upphandlingen i fråga.

BN Energikonsult AB (bolaget) har begärt överprövning av kommunens tilldelningsbeslut och yrkar i första hand att upphandlingen rättas på så sätt att poängsättningen för inställetid jämföras mellan anbudsgivarna och i andra hand att det förordnas att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har brutit mot grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU gällande proportionalitet och/eller

icke-diskriminering samt transparensprincipen i samband med upphandlingen. Genom kommunens förfarande kan bolaget komma att lida skada. Eftersom att den påstådda felaktigheten avser anbudsutvärdering bör en i första hand lämplig åtgärd vara att rättelse sker i enlighet med vad som anförs nedan. Bolagets anbud har erhållit poängen 85,06 om man sammanräknar samtliga bedömningskriterier (förutom det som avser inställetid). Den motsvarande poängen för det vinnande anbudet, YIT Sverige AB (YIT), är då 84,42. Den avgörande betydelsen för att entreprenaden skulle tilldelas YIT är följaktligen att YIT fått en högre poäng för den angivna inställetiden. Kommunen har tilldelat YIT maximal poäng vid bedömningen av kriteriet ”inställetid”, för den inställetid om sex minuter som YIT uppgett i dess anbud. Bolaget har å sin sida endast erhållit två poäng, för en angiven inställetid om 30 minuter. Differensen bolagen emellan har varit tillräcklig för att YIT:s anbud, vid den sammanlagda bedömningen, skulle komma att passera bolagets anbud. Trots att bolaget genom att sänka dess samtliga timdebiteringar med vardera 35 kr har det inte kunnat inhämta det försprång som YIT:s anbud kommit att få efter värdering av inställetiden. Det kan i förfrågningsunderlaget inte utläsas vilka förutsättningar som skulle komma att tillämpas i fråga om inställetid. Förfrågningsunderlaget avseende de övriga bedömda kriterierna anger dock tydliga riktlinjer som skulle komma att gälla vid anbudsvärderingen. Således saknar förfrågningsunderlaget angivna förutsättningar för vilken värderingsgrund som skulle tillämpas, vid jämförelse mellan anbuden i fråga om ”inställetid”. Detta strider mot *transparensprincipen* eftersom det under dessa förutsättningar varit omöjligt att överblicka konsekvenserna av vilken inställetid som anbudsgivare skulle komma att offerera. Förfrågningsunderlaget har följaktligen saknat klar- och tydlighet, i fråga om det angivna kvalificeringskravet ”inställetid”. Följden av detta har sedan blivit att den inställetid som bolaget angivit inneburit att bolaget faktiskt uteslutits som entreprenör, vilket varit omöjligt för bolaget att förutse. Det har inte heller varit motiverat för kommunen att göra bedöm-

ningskriteriet ”inställelsetid” så avgörande vid utvärderingen av anbudena. Det är såväl oskäligt som i strid med *proportionalitetsprincipen* att en avvikelse om 24 minuter ska innebära en sådan stor fördel för en anbudsgivare som offererat den lägre inställelsetiden, i enlighet med vad som skett. Bolaget kan omvittna om att en störning eller ett avbrott på ventilationsutrustning aldrig kan vara mer akut än att en inställelsetid om 30 minuter är tillfyllest samt att risken för skador till betydande värden då är obetydlig. Kommunen har *diskriminerat* bolaget och andra entreprenörer utom Sala kommun och dess närområde. Effekten av upphandlingen har blivit att andra leverantörer än lokala inte haft en skälig chans att kunna erhålla entreprenaden. Kommunen kan ha uppställt inställelsetiden som ett kriterium i syfte att godtyckligt kunna gynna den lokala marknaden. Det har i förfrågningsunderlaget saknats instruktioner för värderingen av anbudena i detta sammanhang, vilket enkelt hade kunnat ges genom att en skala hade angetts med olika inställelsetider respektive med för dem tillhörande poäng.

Upphandlingen har således skett i strid med LOU. Av förfarandet kan bolaget komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU. Rättelse bör i första hand kunna ske eftersom kommunens felaktigheter främst skett vid anbudsvärderingen. Den rättelse som bör komma i fråga torde vara att bedömningskriteriet ”inställelsetid” diskvalificeras och att samtliga anbud vid detta kriterium likställs.

Kommunen bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Det framgår inte tydligt av värderingsgrunderna att tid avsetts att utvärderas enligt samma modell som pris. Det är dock kommunens uppfattning att anbudena endast kan utvärderas utifrån i förfrågningsunderlaget angivna värderingsmodeller och att det klart och tydligt framgår av anbudsformuläret att anbudena inom kriteriet inställelsetid skulle komma att tilldelas poäng i en skala mellan ett och tio. Det ligger närmare till hands att utvärdera inställelsetid enligt samma modell som pris snarare än att använda utvärde-

ringsmodellen för procentuella påslag. Bolaget borde, i enlighet med den allmänna skadebegränsningsprincipen, ha ställt frågan till kommunen hur detta kriterium skulle utvärderas, om det stod oklart. Bolaget har tilldelats två poäng i jämförelse med vinnande anbud som tilldelats tio poäng. En utlovad inställetid på 0,5 timme är dock otvivelaktigt sämre än 0,1 timme. Differensen mellan vinnande anbud och bolagets anbud efter utvärdering av timdebitering och arvode är 0,64 poäng till bolagets fördel och även om kommunen skulle ha tillämpat en annan utvärderingsmetod är det inte tänkbart att utvärderingen hade resulterat i en differens mindre än 0,64 poäng till det vinnande anbudets fördel. Kommunen har avstått från att introducera ytterligare en annan utvärderingsmodell avseende inställetid då detta uppenbart skulle strida mot kravet på transparens. En rättelse av utvärderingen i bolagets bemärkelse kan inte genomföras, eftersom anbudsgivarna haft skälig anledning att utgå ifrån att de utvärderingsgrunder som angetts var de som skulle komma att användas. Inställetiden har viktats till tio procent av helheten och återstående 90 procent har viktats till pris och påslag. Inställetiden har således inte gett särskilt stor och absolut inte avgörande betydelse för utvärderingens resultat. Den tjänst som upphandlats är av sådan art att inställetid i högsta grad bör kunna tillmätas betydelse vid val av entreprenör. Syftet med att utvärdera inställetid är att det är en viktig faktor för kommunens uthyrningsverksamhet av lokaler och bostäder, både internt och externt. Konsekvensen av längre inställetid är att akut service påbörjas och därmed avslutas senare. Det är väsentligt exempelvis för bibehållande av hyresnivå och anseende att kommunen i egenskap av hyresvärd håller en hög servicenivå. Inställetid är en vedertagen utvärderingsgrund och således ingalunda diskriminerande. Vid upphandling av en tjänst där föremålet för upphandlingen kräver utförande på plats i kommunens fastigheter är det högst rimligt att ta hänsyn till inställetid i den utsträckning som gjorts. Hur anbudsgivarna sedan organiserar sin verksamhet för att hålla utlovad inställetid står dem fritt. Kommunen har inte uppställt något krav avseende inställetiden eller

entreprenörs geografiska placering och har således varken ställt för höga krav eller uteslutit anbudsgivare. Inställelsetiden är affärsmässigt relevant och ska kunna konkurransutsättas i likhet med priser.

Bolaget vidhåller sin talan och anför bl.a. följande. Det förefaller vara ostridigt att förfrågningsunderlaget saknat uppgift om vilken värderingsgrund som skulle tillämpas vid poängsättningen av de i anbudena uppgivna inställelsetiderna. Bolaget bestrider dock att det mot bakgrund av de föreskrifter som funnits i förfrågningsunderlaget skulle kunnat utläsas vilken värderingsgrund kommunen avsett att tillämpa i upphandlingsförfarandet. Det är inte motiverat att ställa sådana krav i fråga om inställelsetid som gjorts. Skillnaden mellan det vinnande anbudets inställelsetid och bolagets är mycket knapp. Betydelsen av inställelsetiden har därför viktats för högt i förhållande till övriga bedömningskriterier. Bolaget saknade vetskap om vilka krav som faktiskt skulle komma att tillämpas i fråga om inställelsetid då det saknades angivna värderingsgrunder i förfrågningsunderlaget. Bolaget har således inte haft möjlighet att organisera sin verksamhet på ett sådant sätt som gynnat tillhandahållandet av inställelsetiden. Det enda sättet för bolaget att kunna korta den uppgivna inställelsetiden hade varit att förhyra en ytterligare lokal, i Sala tätort. Detta hade varit det enda sättet att förmå konkurrera med det anbud som tilldelades entreprenaden. Således hade endast anbudsgivare med en lokal förankringspunkt i Sala tätort en rimlig chans att vinna upphandlingen.

Länsrätten har den 13 maj 2009 beslutat att den aktuella upphandlingen inte får avslutas genom att avtal ingås (s.k. inhibition).

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § 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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande enhet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 12 kap. 2 § framgår att den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller i
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrätten gör följande bedömning.

För all offentlig upphandling gäller att vissa grundläggande EG-rättsliga principer måste iakttas. Dessa kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU och innebär att bestämmelserna i lagen ska tolkas mot bakgrund av dessa principer. De grundläggande principerna är principen om likabehandling, icke-

diskriminering, transparens (öppenhet), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Av dessa är det principerna om transparens, proportionalitet och icke-diskriminering som kommer ifråga i detta mål. Principerna innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av att processen är förutsebar och öppen. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Kvalifikationskrav och krav i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med det som upphandlas och även stå i rimlig proportion med det som upphandlas. Det är vidare förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer. Exempelvis får ett lokalt företag inte ges företräde med anledning av sitt geografiska läge.

I LOU saknas detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat liksom bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. Utgångspunkten är dock att alla leverantörer ska ha samma information för att kunna behandlas rättvist. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget dessutom vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Kraven ska vara proportionella och uppfylla övriga relevanta gemenskapsrättsliga principer.

I förevarande upphandling kan beträffande utvärdering av kriteriet ”inställetid” följande noteras. Enligt förfrågningsunderlaget, administrativa föreskrifter kommer värdering att ske enligt 12 kap. 1 § 1 p. LOU och det för den upphandlande myndigheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. I utvärderingen kommer anbudet att erhålla poäng i intervallet 0-100 poäng, där 100 poäng är bästa resultat. Kriterierna för utvärderingen och poängfördelningen framgår av anbudsformuläret. Där priser ska anges används följande modell: $\text{Lägsta anbudets pris} / \text{Anbudets pris} \times \text{maximal poäng} = \text{anbudets poäng}$. Där påslag ska anges i procent

utdelas poäng enligt följande: (100 procent – aktuellt påslag i procent) x maximal poäng = anbudets poäng.

Av anbudsförslaget framgår bl.a. att anbudet inom kriteriet inställetid kan tilldelas högst tio poäng.

I målet är ostridigt att det av värderingsgrunderna inte framgår hur kriteriet ”inställetid” ska värderas. Kommunen har anfört att det ligger närmare till hands att utvärdera inställetid enligt samma modell som pris snarare än att använda utvärderingsmodellen för procentuella påslag. Länsrätten finner att förfrågningsunderlaget är att anse som bristfälligt då det inte klart och tydligt framgår hur utvärdering och poängsättning ska göras avseende kriteriet ”inställetid”. I rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 har Regeringsrätten 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. Fråga i målet är om den brist som förekommer i förfrågningsunderlaget är av sådan karaktär att det strider mot de grundläggande principer som intagits i 1 kap. 9 § LOU. Anbudsgivarna har i förevarande fall haft samma information och således samma förutsättningar. Bristen har inte föranlett bolaget att lämna felaktiga uppgifter om inställetiden. Bolaget har haft skälig anledning anta att kommunen skulle utgå från någon av de utvärderingsgrunder som angetts i förfrågningsunderlaget. Det kan vidare inte bortses från att bolaget, vid oklarhet härom, kunde ha ställt fråga till kommunen hur detta kriterium skulle utvärderas. Sammantaget finner länsrätten med hänsyn till vad som framkommit att bristen inte anses vara av sådan art eller omfattning att den strider mot transparensprincipen.

I 12 kap. 1 § andra stycket LOU anges olika exempel på tilldelningskriterier. Inställetid anges inte, däremot leverans- eller genomförandetid. I förarbetena till lagen uttalas att exemplen inte är uttömmande men att kri-

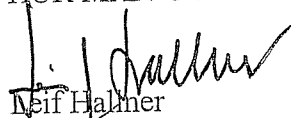
terierna alltid ska vara objektiva och icke-diskriminerande (prop. 2006/07:128 s 405). Enligt länsrättens mening är kriteriet ”inställelsetid” vid förevarande upphandling som handlar om viss service och underhåll av byggnader jämförbart med i lagen angiven leveranstid. Något hinder i sig för att använda sig av detta kriterium vid tilldelningen kan därför inte föreligga. Inställelsekriteriet har viktats till tio procent av helheten. I målet har inte anförts någon omständighet som övertygar om att denna viktning skulle vara oproportionerlig. Enbart det förhållandet att en anbudsgivare med säte eller platskontor på den ort där verksamheten för upphandlingen ska bedrivas har ett försteg i fråga om inställelsetid jämfört med anbudsgivare utanför denna ort kan inte anses diskriminerande. Inte heller finner länsrätten av vad i övrigt framkommit det visat att utvärderingen av kriteriet ”inställelsetid” kan anses icke-diskriminerande eller i övrigt strida mot någon av de grundläggande principerna i LOU.

DOMSLUT

Länsrätten avslår framställningen.

I och med detta beslut upphör det interimistiska beslutet att gälla.

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


Neif Halmer
rådmän

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.