



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-01-17
Meddelad i
Karlstad

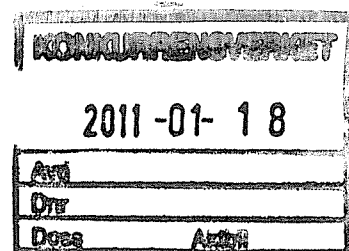
Mål nr
7194-10 E
Domarenhet 4

SÖKANDE

Kraft & Kultur Sverige AB, 556567-4347, Box 10045, 121 26 Stockholm
Ombud: Jur.kand. Sofia Bergmark och Jur.kand. Johan Linder, Wistrand
Advokatbyrå Stockholm KB, Box 7543, 103 93 Stockholm

MOTPARTER

1. Hylte kommun, 314 80 Hyltebruk
2. Kils kommun, Box 88, 665 23 Kil
3. Årjängs kommun, Box 906, 672 29 Årjäng
Ombud för 1-3: Alexandra Anastasiou, SKL Kommentus AB
117 99 Stockholm



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Kraft & Kultur Sverige AB: s begäran om om-
prövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut meddelade den 15 november 2010
och den 16 december 2010 upphör i och med denna dom att gälla.

Dok.Id 23374

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

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

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus AB (SKL) har genomfört en samordnad ramavtalsupphandling avseende "EL 2011-01", på uppdrag av upphandlande myndigheter från bl.a. Kils, Årjängs och Hylte kommuner. I meddelanden om tilldelningsbeslut den 4 oktober 2010 framgår att Energi Försäljning AB (Energi Försäljning) tilldelats kontrakt och att avtal kommer att tecknas med Kils och Hylte kommuner, och i meddelanden om tilldelningsbeslut den 5 november 2010 kommer avtal att tecknas med Årjängs kommun.

Kraft & Kultur Sverige AB (Kraft & Kultur) ansöker om överprövning och yrkar vad avser båda tilldelningsbesluten att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om. Vidare yrkar Kraft & Kultur att rätten intermistiskt ska besluta att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på slutlig prövning.

Kraft & Kultur anför som grund att det förekommit jäv i SKL:s upphandling genom att den tidigare handläggaren hos SKL, Robert Hector, dels deltagit i upprättandet av förfrågningsunderlaget, dels deltagit i upprättandet av det vinnande anbudet för Energi Försäljnings räkning. SKL har därigenom brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Kraft & Kultur åberopar som grund för sin talan bl.a. följande.

Robert Hector var handläggare hos SKL och deltog i arbetet med upprättandet av förfrågningsunderlaget till upphandlingen. Kraft & Kultur har tidigare haft möte med Robert Hector, i hans egenskap som handläggare hos SKL, varigenom Robert Hector fick inblick i affärsförhållandena hos Kraft & Kultur. Robert Hector slutade sin anställning hos SKL den 1 april 2010 för att i stället påbörja anställning hos Energi Försäljning som försäljningschef. Robert Hector har sedan som anställd hos Energi Försäljning deltagit i samma upphandling och lämnat vinnande anbud.

Det går inte av tilldelningsbesluten, eller på annat sätt, att utläsa att

SKL har vidtagit några som helst åtgärder för att säkerställa att Energi Försäljning inte getts några konkurrensfördelar i anledning av Robert Hectors dubbla roller i upphandlingen. Robert Hector har fått kännedom om Kraft & Kulturs inre affärsförhållanden, genom möten som hållits mellan honom och Kraft & Kultur när han fortfarande var anställd på SKL. Enligt Kraft & Kultur kan det inte uteslutas att Hector dragit nytta av dessa uppgifter när han själv lagt anbud för Energi Försäljnings räkning och därigenom kunnat anpassa detta företags anbud, främst vad avser prissättningen. Anbudet från Kraft & Kultur och Energi Försäljning var identiska vad avser de delar där utvärderingsgrunden "lägsta pris" använts, varför SKL blev tvunget att utse vinnande anbud genom lottning.

Energi Försäljning har genom Robert Hectors inblick i upphandlingen från sin tid hos SKL, haft ett informationsövertag gentemot övriga leverantörer. Energi Försäljnings kostnader för deltagandet i upphandlingen kan därmed antas ha varit lägre jämfört med övriga leverantörer, vilket medfört en konkurrensfördel. Det torde inte heller kunna uteslutas att Hector kunnat påverka utformningen av förfrågningsunderlaget till fördel för Energi Försäljning, vilket medfört en konkurrensfördel.

SKL anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande.

Robert Hector var vid tidpunkten när upphandlingen startade anställd hos SKL. Robert Hectors medverkan var att ta fram en inbjudan inför upphandlingen av "EL 2011-01", ta emot anmälningar av upphandlande myndigheter samt kopiera in i upphandlingen från föregående år i upphandlingssystemet OPIC Tend-Sign. Robert Hectors användarkonto (inloggningsmöjlighet) i OPIC Tend-Sign togs bort den 28 maj 2010. Upphandlingen annonserades den 12 juli 2010. De smärre ändringar som gjorts på förfrågningsunderlaget från år 2009 jämfört med år 2010 är i relevanta avseenden likalydande. Robert Hector har således inte efter egna överväganden bidragit till utformningen av förfrågningsunderlaget.

Kontaktperson för Energi Försäljning är, enligt anbudet, VD Ulf Dahlin, och det är även Ulf Dahlin som har skrivit under anbudet. Detta sagt för att visa på att Robert Hector inte haft en framträdande roll i kontakter med SKL. Samtidigt är det SKL:s uppfattning att Robert Hector inte förvärvat sådan unik kunskap som riskerat att påverka konkurrensförhållandena på ett sätt som står i strid med upphandlingsreglerna.

För upphandlande myndigheter som valt som utvärderingsgrund lägsta pris hade Energi Försäljning och Kraft & Kultur lämnat identiska pris avseende inköpsmodell fast pris. SKL beslutade därför att skilja dessa två anbudsgivare genom lottning. Lottningen utfördes av en utsedd person från Stockholms Handelskammare. Två lotter lades i en skål. Lotterna var märkta med respektive anbudsgivares namn. Vid lottningstillfället var anbudsgivarnas identitet inte känd för Stockholms Handelskammare representant.

Robert Hectors har genom sin tidigare anställning på SKL haft en begränsad medverkan i upphandlingsskedets inledning, således inte av sådan art att Energi Försäljnings anbud ska diskvalificeras. Sökandens åberopade rättsfall ger inte heller stöd för detta. Tvärtom framgår med tydlighet att om man kan visa på att otillbörliga fördelar inte kan påvisas, så kan sådant anbud prövas på samma grunder som övriga anbud.

Att Robert Hector må ha erfarenhet och kompetens som härrör från tidigare anställningar är i sig knappast att betrakta som otillbörligt.

Kraft & Kultur tillägger bl.a. följande.

Det kan ifrågasättas vid vilken tidpunkt Robert Hectors inloggningsmöjligheter framtogs honom. Den 1 augusti 2010 uppmärksammade Kraft & Kultur att Robert Hector fortfarande fanns angiven på OPIC Tend-Sign såsom ansvarig handläggare för upphandlingen.

SKL bestrider inte att Robert Hector under tiden för upphandlingen deltog vid möten med leverantörer, däribland Kraft & Kultur, och därigenom fick inblick i leverantörernas affärsförhållanden. Det kan inte uteslutas att Robert Hector särskilt utnyttjat vad som framkommit under dessa möten om Kraft & Kultur, vid avgivande av anbud från Energi Försäljning.

Avseende Robert Hectors roll hos Energi Försäljning tycks SKL vara av uppfattningen att det enbart är kontaktpersonen hos leverantören, eller den som undertecknar anbudet, som har insyn i anbudsarbetet hos en viss leverantör. Därmed tycks SKL tro att Robert Hector, genom att inte vara kontaktperson, inte heller skulle ha kunnat ge Energi Försäljning en konkurrensfördel i upphandlingen. Enligt Kraft & Kultur har Hector redan genom sin anställning hos Energi Försäljning kunnat tillgodogöra företaget den kompetens och kunskap om SKL som han förvärvat under sin tidigare anställning. SKL har inte heller vidtagit någon särskild prövning av jävets betydelse för upphandlingen.

Förvaltningsrätten har i beslut den 15 november 2010 och den 16 december 2010 förordnat, i avvaktan på att rätten avgör målet slutligt eller förordnar på annat sätt, att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Upphandlingen påbörjades under våren 2010, varför LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010 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 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.

Principen om likabehandling syftar ytterst till att säkerställa en sund konkurrens, och i det intresset måste även rymmas att inte diskvalificera anbudsgivare utan vägande skäl.

Kraft & Kultur anför som grund för sin begäran om omprövning att Robert Hector varit jävig genom att dels ha deltagit i upprättandet av förfrågningsunderlaget, dels ha deltagit i upprättandet av vinnande anbudet för Energi Försäljnings räkning. På det sättet skulle den princip om likabehandling som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU ha åsidosatts.

I mål av förevarande art gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig har att på ett klart sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (se Regeringsrättens dom den 13 november 2009 i mål nr 7287-08).

Det är i målet ostridigt att Robert Hector har deltagit i upphandlingen dels genom att upprätta och utforma det förfrågningsunderlag som avser el, vilket ingick i de arbetsuppgifter Robert Hector hade som handläggare vid SKL, dels genom att som försäljningschef för Energi Försäljning lämna anbud i den aktuella upphandlingen.

Enbart den omständigheten att Robert Hector haft dubbla engagemang under upphandlingen utgör inte skäl att vidta åtgärd enligt LOU.

Av praxis (se Kammarrättens i Stockholm dom den 11 februari 2010, mål nr 6986-09 med däri gjorda hänvisningar till bl. a. EG-domstolens domar meddelade den 3 mars 2005 i målen C-21/03 och C-34/03) framgår att det i en situation som denna föreligger en stark presumtion för att en persons dubbla funktioner i en upphandling inneburit konkurrensfördelar för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. I praxis har frågan gällt en konsults dubbla och samtidiga medverkan. Även om det i detta fall inte är fråga om samtidig medverkan torde vägledning kunna hämtas från nämnd praxis. Det åvilar sålunda den upphandlande myndigheten att visa att principen om likabehandling inte åsidosatts.

Kraft & Kultur har anfört att Robert Hector genom sin anställning hos SKL fått inblick i affärsförhållandena hos Kraft & Kultur och att det inte kan uteslutas att Robert Hector dragit nytta av dessa uppgifter när Energi Försäljning lämnat anbud. Vidare har Kraft & Kultur anfört att Robert Hector genom sin anställning hos SKL fått ett informationsövertag gentemot övriga leverantörer.

Ett upphandlingsförfarande kännetecknas av öppenhet, tydlighet och förutsebarhet, vilket medför att det bör kunna ställas krav på konkretisering av parts, i detta fall Kraft & Kulturs, utredning om påstådda konkurrensfördelar. Även om det, såsom anförts ovan, föreligger en stark presumtion för att en persons dubbla medverkan medför konkurrensfördel, så har det inte i det förevarande fallet med erforderlig tydlighet angetts vilka konkurrensfördelar med avseende på exempelvis förfrågningsunderlagets utformning och påstått informationsövertag Robert Hectors dubbla medverkan inneburit för Energi Försäljning.

I frågan om Robert Hectors dubbla medverkan gett Energi Försäljning otillbörliga konkurrensfördelar i upphandlingen har sålunda inte på ett tillräckligt konkret och tydligt sätt lagts fram omständigheter som varit ägnade för kommunen att motbevisa. Detta medför att principen om likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU inte åsidosatts.

Kraft & Kultur har, mot bakgrund av det anförda, inte lidit skada, och det saknas följaktligen grund för ingripande med stöd av LOU. Kraft & Kulturs begäran om överprövning ska därför lämnas utan bifall.

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

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



Lennart Furufors

Rådman

Handläggare har varit förvaltningsrättsjuristen Josephine Wilson



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