



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-01-11
Meddelad i Växjö

Mål nr
3429-17

1

KONKURRENSVERKET	
2018-01-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Mark & Miljö i Ljungby AB, 556465-0595
Svarvaregatan 2
341 34 Ljungby

Ombud: Advokat Magnus Myrbäck och biträdande jurist Henrik Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1214
251 12 Helsingborg

MOTPART

Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

Ombud: Advokat Johan Lidén och EU-advokat Robert Moldén
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om offentlig upphandling inom försörjningssektorerna, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 165584

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Älmhults kommun (kommunen) genomförde en upphandling av ramavtal VA-avdelningens behov av entreprenadarbeten avseende mark och ledningar genom ett öppet förfarande enligt LUF. Kommunen avsåg att teckna avtal med de tre entreprenörer som får bäst poäng vid utvärderingen. Kommunen avsåg att välja de anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga med avseende på bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Kommunen beslutade den 23 augusti 2017 att anta de anbud som var ekonomiskt mest fördelaktiga; Bo Ahlqvist Maskin AB, FASAB Mark AB och Älmby Entreprenad AB.

Mark & Miljö i Ljungby AB (Mark & Miljö) har begärt överprövning av upphandlingen med yrkande att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

Mark & Miljö anför till stöd för talan bl.a. följande. Den utvärderingsmodell som kommunen valde först i samband med utvärderingen resulterade i att Mark & Miljö placerades på femte plats av sex anbudsgivare. Kommunen kunde emellertid utifrån de i upphandlingsunderlaget angivna förutsättningarna lika gärna ha valt en annan modell. Om kommunen skulle ha valt en modell i enlighet med Mark & Miljös exempel, skulle Mark & Miljö ha placerats på första plats istället på femte plats. Kommunen kunde också ha valt att inbördes fördela vikten på ett antal andra sätt, och därigenom nästan fritt välja vilka tre entreprenörer som skulle tilldelas kontrakt. Kommunen har i upphandlingsunderlaget gett så vaga hållpunkter för utvärderingen att den i praktiken förbehållit sig rätten att fritt välja entreprenör. Kommunen har i strid med principerna om öppenhet och likabehandling först i efterhand bestämt de olika utvärderingskriteriernas inbördes vikt, vilket i praktiken inneburit att kommunen förbehållit sig rätten att fritt välja entreprenör. Kommunen vitsordar att den inte i upphandlingsunderlaget angett kriterier-

na för tilldelning. Det saknar betydelse att kommunen haft ambitionen att i upphandlingsunderlaget ange ytterligare underlag för utvärderingen. Ambitionerna har varit okända för anbudsgivarna. Rättens prövning ska göras utifrån en objektiv bedömning av hur en anbudsgivare rimligen borde ha tolkat de angivna förutsättningarna för utvärdering. Inte heller i utvärderingsmodellen inom upphandlingsområdet bygg anges i förväg bestämda förutsättningar för utvärderingen, utan även den innehåller så breda viktningsintervall att resultatet blir oförutsägbart. Det innebär att även om kommunen hade angivit samma förutsättningar som för upphandlingsområdet bygg skulle kommunen ha gett ett stort mått av utrymme att välja vilken leverantör som skulle tilldelas kontrakt. Förutsättningarna för utvärderingen har därmed inte varit transparenta. Upphandlingsfelet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet varför den enda tänkbara åtgärden enligt LOU är att upphandlingen görs om. Mark & Miljö hade kunnat tilldelats kontrakt om kommunen skulle ha viktat utvärderingskriterierna på ett mer förutsägbart sätt. Mark & Miljö har därför lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada av upphandlingsfelet.

Kommunen anför till stöd för bestridandet bl.a. följande. Arbetet med upphandlingen påbörjades i januari 2017. Eftersom den tekniska beskrivningen kallad ”bygg” vad gäller utvärderingsdelen skulle vara samma för alla tre områden kopierade kommunen texten för området bygg till områdena maskin samt mark- och ledningar. Tyvärr uppstod ett handhavandefel vid framtagandet av texten för mark- och ledningar som gjorde att just viktningen av underkriterierna föll bort av misstag. Kommunen har inte först i efterhand bestämt de olika utvärderingskriteriernas inbördes vikt och har således inte heller förbehållit sig rätten att fritt välja entreprenör. Det beklagas att informationen av misstag utelämnats. Förbiseendet utgör dock inte något brott mot LUF eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det har inte funnits någon skyldighet för kommunen att ange en specificerad viktning för underkriterierna. Frånvaron av inbördes viktning av underkriterier-

na inom kriteriet kvalitet utgör inte någon överträdelse av LUF eller av de grundläggande upphandlingsprinciperna. Detta följer bl.a. av EU-domstolens dom den 16 juli 2016 i mål C-6/15, TNS Dimarso, EU: C:2016:555, se särskilt p 26. En annan sak är att det varit kommunens ambition att lämna sådan information. Kommunens förbiseende har i vart fall inte inneburit någon skada eller risk för skada för Mark & Miljö. Att Mark & Miljö inte ställt några frågor under anbudstiden angående frånvaron av viktningsskriterier indikerar att företaget har lämnat sitt bästa möjliga anbud i samtliga delar som ingått i utvärderingen. Det angivna viktningsskriteriet mellan pris och kvalitet strider inte mot LUF. Tilldelningskriterier får enligt 15 kap. 6 § första stycket LUF viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Mark & Miljö har inte visat att de använda intervallerna är otillåtna eller olämpliga. Mark & Miljös erhållna placering enligt tilldelningsbeslutet, plats nr 5, är primärt hänförlig till att bolaget har erhållit tre poäng inom underkriteriet ”organisation”. Det har inte påståtts att Mark & Miljö skulle ha utformat ett annat anbud i det avseendet eller i några andra delar, om de påstådda bristerna i förfrågningsunderlaget inte funnits. Sett till hur förfrågningsunderlaget har varit utformat med stor tonvikt på kvalitet enligt viktningen 50-70 procent, har Mark & Miljö haft all anledning att lämna bästa möjliga anbud vad beträffar samtliga kvalitetskriterier inklusive organisation. Mark & Miljö har inte visat att bolaget lidit skada eller risk för skada på grund av de påstådda bristerna i förfrågningsunderlaget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 20 kap. 4 § LUF får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Av 20 kap. 6 § LUF framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande prin-

ciperna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse den lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 4 kap. 1 § LUF framgår att upphandlande enheter 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.

Enligt 15 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enhet tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska utvärderas på någon av grunderna bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad, eller pris. Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Av 15 kap. 6 § LUF framgår att tilldelningskriterierna ska viktas inbördes när grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad. De får viktas inom intervall med en lämplig största spridning. Om kriterierna inte kan viktas, ska de beaktas genom en prioritetsordning. Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur kriterierna ska viktas eller vilken prioritetsordning som ska tillämpas.

Av förarbeten till bestämmelsen i LUF (prop. 2015/16:195 s. 1269) framgår att den genomför artikel 82.5 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 16 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, LOU. Av förarbeten till 16 kap. 6 § LOU (prop. 2015/16:195 s. 1113 f) framgår att tilldelningskriterierna ska viktas inbördes förutom om utvärdering sker på grundval av pris. T.ex. kan viktningen av två tilldelningskriterier bestämmas till 70 procent respektive 30 procent. När ett anbud ska utvärderas på grundval av kostnad kan exempelvis anskaffningspriset ges en viss vikt i förhållande till andra kostnader under användningen av varan, tjänsten eller byggentrepren-

naden. Om kriterierna viktas inom intervall kan intervallet exempelvis vara en spridning mellan 60-70 procent respektive 40-30 procent.

Av EU-domstolens mål C-6/15 TNS Dimnarso NV mot Vlaams Gewest framgår att en myndighet inte är skyldig att i förfrågningsunderlaget upplysa potentiella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den har tillämpat för att konkret värdera och klassificera anbudet. Metoden får dock inte leda till att tilldelningskriterierna och den relativa viktningen av dessa ändras.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om förfrågningsunderlagets utformning är transparent och inte strider mot likabehandlingsprincipen.

En upphandlande myndighet ska i förfrågningsunderlaget ange vilken relativ vikt den kommer att ge vart och ett av de tilldelningskriterier som används för att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Syftet är att säkerställa att samtliga anbudsgivare i rimlig mån informeras om de kriterier och villkor som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Det tydliggör även skyldigheten för den upphandlande enheten att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdig sätt och att den ska förfara på i enlighet med principen om transparens. Kriteriernas utformning ska vidare garantera en effektiv och rättvis konkurrens. Kriterierna får inte utformas så att det ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med avseende på bästa förhållande mellan pris och kvalitet ska väljas. Av förfrågningsunderlaget framgår att pris viktas med 30-50% och kvalitet med 50-70%. Pris utvärderas grundat på timpriser och materialpriser enligt en bifogad prislista. Kvalitet bedöms utifrån referenser, organisation och inställetid. Enligt tilldelningsbeslutet användes

vid utvärderingen 30 % för pris och 70 % för kvalitet. Underkriterierna för kvalitet hade dessutom viktats enligt följande; referenser 50 %, organisation 40 % och inställetid 10 %.

Det är tillåtet att ange kriterieviktning som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. I förarbeten till LOU ges exempel med intervall om tio procentenheter. I det här fallet har kommunen använt sig av intervall om 20 procentenheter. Man har dessutom viktat underkriterierna för kvalitet inom olika intervall. Mark & Miljö har grundat på en fiktiv utvärderingsrapport gjort gällande att om kommunen inom ramen för de angivna intervallen vid utvärderingen hade valt att viktat pris till 50 % och kvalitet till 50 % så skulle bolaget vunnit upphandlingen, istället för att hamna på femte plats.

Förvaltningsrätten kan konstatera att de angivna viktningintervallen har en sådan generös spännvidd som möjliggör så varierande bedömningar att de svårligen kan förutses av anbudsgivarna. Allt från att pris och kvalitet väger lika till att kvalitet tillåts väga mer än dubbelt så tungt som pris. Förvaltningsrätten anser därför att de angivna viktningintervallerna innefattar en största spridning som går utöver vad som framstår som lämpligt och att förfrågningsunderlaget i denna del får anses strida mot principen om transparens.

Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att om kommunen hade valt att vikta på annat sätt inom ramen det i förfrågningsunderlaget uppgivna intervall, hade Mark & Miljö kunnat tilldelas kontrakt och får därmed anses ha lidit skada.

Då de konstaterade bristerna hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet bör upphandlingen göras om och ansökan bör således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109-1D-LOU)

Daniel Samuelson
lagman

Föredragande: Sofie Bäckström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 provas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.