



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-06-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
9655-11
Enhet 17

SÖKANDE

Holger Andreasen AB, 556060-2632
Box 1130
701 11 Örebro

MOTPART

Stockholms Universitet, 202100-3062
106 91 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling – LOU

KONKURRENSVERKET	
2011-06-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Holger Andreasen AB:s ansökan om ingripande enligt LOU på så vis att domstolen förordnar att Stockholms universitets offentliga upphandling (diarienummer SU 464-15-0009-11) av bärbar mineralanalysator ska göras om.

Dok.Id 130141

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms universitet (universitetet) genomför en offentlig upphandling med diarienummer SU 464-15-0009-11. Upphandlingen avser en handburen mineralanalysator, XRF. Upphandlingen sker genom förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. I tilldelningsbeslut, som sändes ut till leverantörerna via e-post den 27 april 2011, har universitetet meddelat att upphandlingen har resulterat i ett beslut att träffa avtal med annan leverantör än Holger Andreasen AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att anbudet från Scantec ska ogiltigförklaras och förkastas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om i sin helhet. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Vinnande anbud från Scantec innehåller en reservation angående priset. Reservationen innebär att det slutliga priset som den upphandlande enheten får betala är beroende av valutakursen på euron. Scantecs anbud kan därför inte anses som komplett. För att kunna göra en rättvis bedömning mellan olika anbud är det fundamentalt att varje anbud innehåller en bestående prisuppgift. Scantec uppfyller därmed inte ska-kravet kring prisuppgift som anges i sektion 4.1 i förfrågningsunderlaget.

Angående felaktigheter i förfrågningsunderlaget anför bolaget bl.a. följande. För att utvärderingar i offentliga upphandlingar ska kunna kontrolleras och prövas i efterhand måste förfrågningsunderlagen uppfylla kraven i den EU-rättsliga principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU. Denna princip brukar sammanfattas som att upphandlingen måste vara förutsägbar. Förfrågningsunderlaget måste vara tydligt i fråga om hur den upphandlande myndigheten tänkt räkna fram en vinnare. För att uppnå denna

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen**DOM**

förutsägbarhet måste, för det första, tilldelningskriterierna vara tydliga. För det andra måste poängfördelningsprinciperna vara förbestämda så att poängfördelningen inte blir godtycklig. För det tredje ska tilldelningskriterierna vara viktade eller rangordnade så som anges i 15 kap. 16 § LOU. Inget av detta är uppfyllt i förfrågningsunderlaget. Tilldelningskriterierna är svåra att hitta i förfrågningsunderlaget. Bedömningen av de inkomna anbuden är fullkomligt godtyckligt genomförd. Inget av de använda kriterierna finns närmare beskrivet. Det är inte möjligt att veta vad som menas med kriteriet *batteriets kvalité och funktion*, eller kriteriet *analyssäkerheten*. Detta lämnar ett stort utrymme för en skönsmässig bedömning. Det är också svårt att förstå vad som ska tolkas som ska-krav och vad som kommer användas som tilldelningskriterier. Vid en jämförelse av tilldelningsbeslutet och utvärderingsprotokollet med förfrågningsunderlaget framgår att den upphandlande enheten inte har följt sin egen rangordning. Den upphandlande enheten har frångått sin elvapunkterslista i förfrågningsunderlaget. Det är inte tillåtet att lägga till eller ta bort något tilldelningskriterium när den upphandlande enheten gör sin utvärdering. Till stöd för detta åberopas mål C-513/99 från EU-domstolen. På det sätt kriterierna står uppställda i förfrågningsunderlaget blir de inte mätbara vilket leder till att en obegränsad valfrihet uppstår för den upphandlande enheten. I mål C-532/06 klargör EU-domstolen att tilldelningskriterier som inte är tillräckliga utifrån principen om transparens sannolikt innehåller ett antal underkriterier. Sådana underkriterier ska anges redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget. Detta har inte gjorts i nu aktuell upphandling. Det tycks dessutom som om den upphandlande enheten rangordnat sina kriterier i förfrågningsunderlaget. Om detta görs ska kriterierna rangordnas i fallande prioritetsordning. Detta torde innebära att man tillmäter det första kriteriet ett större värde än det sista. Detta har inte gjorts vid utvärderingen eftersom alla kriterier är viktade med 25 % i tilldelningsrapporten.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Angående referenser anför bolaget bl.a. följande. Att endast ange referenser som ett kriterium eller del av kriterium utan att närmare fastställa kriteriets innebörd är inte tillåtet, enligt en dom från Kammarrätten i Sundsvall den 30 juni 2000 (mål nr 1669-2000). I den nu aktuella upphandlingen framgår inte kriteriets innebörd eller hur den upphandlande myndigheten kommit fram till poängen angående referenser. Bolaget riskerar att lida skada om universitetet agerar i enlighet med tilldelningsbeslutet.

Universitetet bestrider att Scantecs anbud ska ogiltigförklaras och anför härvid att den utvärderingsmodell universitetet valt implicerar att även det högsta anbudet kan vinna kontraktet, förutsatt att övriga kriterier är uppfyllda. Universitetet bestrider inte bolagets talan i övrigt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 2 § LOU följer att vid offentliga upphandlingar avseende kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena enligt SFS 2010:53, ska 15 kap. tillämpas. Enligt 15 kap. 2 § LOU ska, såvitt är av betydelse i detta mål, även 1 och 16 kap. tillämpas i fråga om upphandlingar under tröskelvärdet.

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.

Av 15 kap. 16 § LOU framgår bl.a. följande. Den upphandlande myndigheten ska antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

I 16 kap. 5 § LOU stadgas följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

En ansökan om överprövning enligt LOU avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, samt om detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada. För att vinna bifall till en talan om åtgärd enligt LOU krävs således dels att fel förekommit i upphandlingen, dels att felet varit till men för den sökande.

För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingen genomförts i strid med LOU och detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada ska domstolen förordna om rättelse alternativt att upphandlingen ska göras om. När det gäller valet mellan rättelse eller att upphandlingen ska göras om har Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2005 ref. 47 uttalat att prövande domstol har att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. I avgörandet hade den brist som konstaterats inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan i stället utvärderingsfasen, och det ansågs därför tillräckligt att denna senare fas av upphandlingen rättades. I de fall bristen är att hänföra till det så kallade konkurrensuppsökande skedet föreligger möjlighet för domstolen att förordna att upphandlingen ska göras om.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69 framgår att som huvudprincip i mål om offentlig upphandling bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Förvaltningsrätten är således bunden av de omständigheter sökanden har lagt till grund för sin talan. Förvaltningsrätten är dock inte bunden av de yrkanden som framförts eller den ordning i vilken de uppställts.

Med brister i det konkurrensuppsökande skedet avses huvudsakligen brister vid utformningen av förfrågningsunderlaget, felaktig annonsering av upphandlingen etc. Det rör sig således om felaktigheter som inte endast består i ett felaktigt genomförande av en i sig korrekt utformad upphandling. Bolaget har i sin ansökan om överprövning anmärkt på ett flertal brister vilka enligt förvaltningsrättens mening är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet.

Bolaget har bl.a. påtalat följande brister i förfrågningsunderlaget. Tilldelningskriterierna är otydliga och poängfördelningsprincipen är inte förbeslämd. Det är inte preciserat vad de uppställda kriterierna innebär. Det är omöjligt att veta vad som avses med kriteriet *batteriets kvalité och funktion* och kriteriet *analyssäkerheten*. Det är inte heller närmare fastställt vad som avses med kriteriet *referenser*. Tilldelningskriterierna är vidare inte viktade så som anges i 15 kap. 16 § LOU. På det sätt kriterierna är uppställda blir de inte mätbara. Det tycks som att kriterierna är rangordnade. Vid rangordning ska kriterierna rangordnas i fallande prioritetsordning, detta har inte gjorts eftersom alla kriterier är viktade med 25 % i tilldelningsrapporten.

I förarbetena till LOU (prop. 1992/93:88 s. 52) anförs avseende de fall där prövningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används att detta måste anges i annonsen om upphandling. I annonsen ska då också anges vilka kringomständigheter man anser ska spela särskild roll för prövningen. Dessa omständigheter ska dessutom, om det är möjligt, rangordnas i förhållande till dess relativa betydelse. En upphandlande enhet måste nog ange vilka omständigheter den avser att beakta i de fall den väljer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

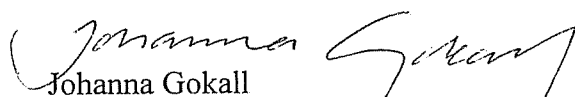
Förvaltningsrätten delar bolagets uppfattning att tilldelningskriterierna är vaga och oprecist utformade. Det framgår vidare inte av förfrågningsunderlaget om de olika kriterierna har angetts i fallande prioritetsordning eller

om, och i så fall hur, kriterierna kommer att viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av utvärderingsrapporten framgår dock att samtliga bör-krav på s. 9 i förfrågningsunderlaget har bedömts vara likvärdiga och viktats till 25 % vardera. Även med beaktande av att utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade i vissa fall kan godtas (RÅ 2002 ref. 50) är det aktuella förfrågningsunderlaget så oklart utformat vad gäller innehållet i tilldelningskriterierna och hur bedömningen av kriterierna kommer att göras att det finns en uppenbar risk för godtycke och subjektiva bedömningar vid utvärderingen av anbudet. Vad som kommer att ge poäng vid utvärderingen framgår inte på ett klart sätt och anbudsgivarna har därför inte kunnat förutse hur deras anbud kommer att bedömas.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget inte är tillräckligt transparent och står därmed i strid med 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada och det finns således grund för ingripande enligt LOU. Eftersom bristerna kan antas ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan rättelse inte komma i fråga. Bolagets ansökan ska därmed bifallas på så vis att upphandlingen ska göras om.

Mot bakgrund av ovan gjorda bedömning saknas anledning för förvaltningsrätten att ta ställning till bolagets yrkande om att det vinnande anbudet ska ogiltigförklaras.

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


Johanna Gokall

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Anna Brynolfsson.