



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-09-17
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
12519-13

SÖKANDE

Stockholms Eltjänst Lundén AB, 556321-8634
Flygfältsgatan 6 A
128 30 Skarpnäck

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013 -09- 17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Stockholms Eltjänst Lundén AB:s ansökan och beslutar att Nacka kommuns upphandling av elarbeten ska göras om.

Dok.Id 396729

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

Nacka kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av elarbeten. Upphandlingen genomfördes som en förenklad upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. I tilldelningsbeslut den 15 maj 2013 meddelade Nacka kommun att man avser att sluta kontrakt med annan anbudsgivare än sökanden i nu aktuellt mål.

Stockholms Eltjänst Lundén AB (SELAB) ansöker om överprövning av upphandlingen. SELAB yrkar i första och andra hand att upphandlingen rättas och beslutet ändras på så sätt att prövningen av anbud sker enligt angivna ska-krav i enlighet med vad som anförs under grunder nedan. I tredje hand yrkas att det överklagade beslutet undanröjs och att upphandlingen görs om.

Till grund för sin talan anför SELAB i huvudsak följande.

Grunder för förstahandsyrkandet

Som framgår av avsnitt 5.4 i de Administrativa föreskrifterna, Elarbeten, dnr KFKS 2013/163 ska utvärderingen i frågan om totalekonomiskt mest fördelaktiga anbud, vad avser pris, ske på kriterierna pris på typfall eller specifika timpriser. Vid en granskning av vinnande anbud jämfört med SELAB:s anbud framgår det att kommunen multiplicerat en av de ingående komponenterna med faktorn tio. Detta gäller installation av ljuskälla i 10 st. stolpar på skolgård. Att en sådan uppräknings skulle ske framgår dock inte någonstans i förfrågningsunderlaget eller av handlingarna i övrigt. Detta innebär att kommunen i sin hantering av anbudsvärderingen gjort ett mycket allvarligt fel då det inte varit möjligt för anbudsgivarna att få kännedom om innebörden av tilldelningskriterierna (jfr EU-domstolens dom C-368/10 Max Havelaar).

Felet har haft direkt påverkan på tilldelningsbeslutet genom att ordningen mellan anbudsgivarna blivit en annan än den annars blivit. Upphandlingen ska därför rättas och beslutet ändras på så sätt att prövningen av anbud sker enligt angivna ska-krav genom att utvärderingen i frågan om totalekonomiskt mest fördelaktiga anbud, vad avser pris, sker på kriterierna pris på typfall och specifika timpriser, dock utan att kriteriet "Installation av ljuskälla i 10 st stolpar på skolgård" multipliceras med faktorn 10 före det att det ingår i viktningen. Utfallet hade då blivit att SELAB, anbudsgivare 4, hade vunnit, vilket framgår av bilaga.

Grunder för andrahandsyrkandet

En alternativ tolkning av vägningen av priskriterierna vore att trots allt acceptera att en multiplicering ska ske. En nödvändig förutsättning för detta vore dock att multiplicering så sker för alla de delposter där styckangivelser finns. Det skulle i så fall innebära att en uppskattning av nedlagd tid skulle behöva göras för kriteriet priser avseende endast arbete. En rimlig uppskattning skulle i så fall vara en timme per demontering med efterföljande installation. Upphandlingen ska därför rättas och beslutet ändras på så sätt att prövningen av anbud sker enligt angivna ska-krav genom att utvärderingen i frågan om totalekonomiskt mest fördelaktiga anbud, vad avser pris, sker på kriterierna pris på typfall och specifika timpriser och att kriteriet "Installation av ljuskälla i 10st stolpar på skolgård" multipliceras med faktorn 10 samt att kriteriet "timpris vid demontering & installation av 10-25 st." multipliceras med faktorn 10 samt att kriteriet "timpris vid demontering & installation av 25-50 st." multipliceras med faktorn 25 före det att kriterierna ingår i viktningen. Med dessa förutsättningar hade utfallet blivit att SELAB, anbudsgivare 4, hade vunnit anbudet, vilket framgår av bilaga.

Grunder för tredjehandsyrkandet

Som har framgått ovan är den överklagade upphandlingen behäftad med allvarliga oklarheter, vilket även gäller avseende förutsebarheten i utvärderingsmodellen. Den modell som tillämpats kan inte anses ha varit matematiskt klar. Den viktning som kommunen tillämpat där ett av kriterierna multiplicerats med en faktor 10 är alltför extrem. Ett förfrågningsunderlag ska formuleras på ett sådant sätt att den exakta innebörden av tilldelningskriterierna är kända. Genom att kommunen har gett ett av de ingående kriterierna ett tiofaldigt värde jämfört med vad som framgår av prisbilagan uppfyller inte upphandlingen öppenhetskraven i LOU. Det utrymme för skönsmässighet som kan finnas har härigenom överskridits.

Skälet till att SELAB i första hand yrkat att rättelse ska ske är att förfrågningsunderlaget i sig inte uppvisar sådana brister som kommunen vitsordar i sitt yttrande till förvaltningsrätten. Det allt överskuggande problemet är hur kommunen har hanterat anbudsvärderingen. Det är visserligen sant att den uppräknings som kommunen de facto kommit att göra varken framgår av förfrågningsunderlaget eller av handlingarna i övrigt. Detta gör dock inte att förfrågningsunderlaget är bristfälligt, endast att kommunen agerat felaktigt utifrån befintligt förfrågningsunderlag. Om brister hade förelegat i förfrågningsunderlaget så hade detta påpekats redan under anbudsfasen. I själva verket är det snarast så att förfrågningsmaterialet är bättre än genomsnittet eftersom det inte endast har timpriser som utgångspunkt utan också så kallade typfall. Då förfrågningsmaterialet i sig ger ett fullt rimligt underlag för en offentlig upphandling av de aktuella tjänsterna är rättelse, på det sätt som SELAB yrkat i första hand, den närmast tillhands liggande utgången i målet. SELAB:s uppfattning att det huvudsakliga problemet med upphandlingen är hanteringen av anbudsvärderingen, det är denna del av upphandlingen som fallerat.

Nacka kommun (kommunen) anger följande. Med anledning av förfrågningsunderlaget i upphandlingen av elarbeten har allvarliga brister vad avser transparens, förutsebarhet och likabehandling och i vald utvärderingsmodell stödjer kommunen den klagandes tredjehandsyrkande att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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. Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven strider mot likabehandlingsprincipen (jfr EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bältbron).

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges 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

SELAB har i första och andra hand yrkat att upphandlingen ska rättas och i tredje hand att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrätten har dock för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt HFD 2012 ref. 2).

SELAB har som grund för sin ansökan bl.a. anfört att utvärderingskriteriet ”Pris” utvärderats på ett felaktigt sätt och att SELAB vid en korrekt utförd utvärdering lämnat det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. SELAB har även gjort gällande att förfrågningsunderlaget innehåller stora brister i transparens vad gäller beskrivningen av utvärderingskriterierna.

Förvaltningsrätten väljer att inledningsvis pröva de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Fråga i målet är därför i första hand om utvärderingskriterier och utvärderingsmodell i upphandlingen formulerats på ett tillräckligt tydligt sätt. Om så inte bedöms vara fallet brister förfrågningsunderlaget i transparens, vilket innebär att upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Kravet på transparens innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid utvärderingen. Kravet på transparens innebär således att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet.

I förfrågningsunderlaget har angetts att Nacka kommun kommer att anta det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till utvärderingskriterierna. Vidare anges däri följande. För att få fram det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet sker en utvärdering enligt kriterierna pris och referensomdömen. Förvaltningsrätten finner att det i målet inte framförts några invändningar beträffande utvärdering av referensomdömen, utan det tvistiga rör sålunda hur priskriteriet har angetts och utvärderingen gjorts. Enligt förfrågningsunderlaget sker utvärdering av pris utifrån ”typfall” eller specifika timpriser enligt prissatt prisbilaga. En kvotmodell tillämpas, vilket innebär att den leverantör som lämnat lägst anbud erhåller maximal poäng. Av prisbilagan framgår att styckeskostnad ska anges ifråga om installation av ljuskälla i tio st. stolpar på skolgård samt att tim-

kostnad ska anges för arbetet att demontera och installera armaturer i klassrum, dels för 10-25 st, dels för 25-50 st.

Förvaltningsrätten anser att det inte med tillräcklig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget hur anbudssumman ska beräknas. Förfrågningsunderlaget måste, såsom Nacka kommun vitsordar i sitt yttrande till rätten, bedömas brista i förutsebarhet. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Nacka kommun brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. SELAB har gjort sannolikt att bolaget kan riskera att lida skada härav och det finns därför grund för ingripande enligt LOU. Enligt förvaltningsrättens mening är bristerna av sådan art att de inte kan åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen görs om. Förvaltningsrätten finner därför att ansökan ska bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

Vid denna bedömning saknas skäl att pröva de övriga grunder som SELAB åberopat till stöd för sin talan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).

Robert Johansson

Rådman

Niclas Fogelström har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.