



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Föredraganden: C. Andersson

DOM

2010-02-19

Meddelad i

Luleå

Mål nr

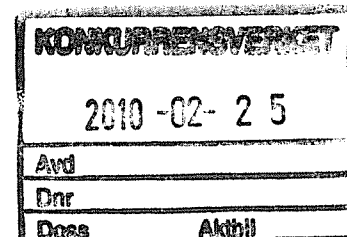
589-10E

Rotel 2

SÖKANDE

Ahlsell Sverige AB, 556012-9206
Liljeholmsvägen 30
117 98 Stockholm

Ombud: Erika Togö
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping



MOTPARTER

1. Gällivare kommun
982 81 Gällivare

2. TOP bostäder AB, 556051-8739
Box 130
982 21 Gällivare

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten bifaller Ahlsell Sverige AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Gällivare kommuns och TOP bostäder AB:s upphandling "Leverans av elinstallationsmaterial, Ramavtal" ska göras om.

Dok.Id 252

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 41

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-29 54 98

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Gällivare kommun (kommunen) och TOP bostäder AB har genomfört en öppen upphandling av "Leverans av elinstallationsmaterial, Ramavtal". Enligt tilldelningsbesked den 11 januari 2010 har de beslutat att anta anbud från Eriksson Center AB.

I beslut den 20 januari 2010 har länsrätten (nuvarande förvaltningsrätten), på yrkande av Ahlsell Sverige AB, beslutat att Gällivare kommuns och TOP bostäder AB:s upphandling "Leverans av elinstallationsmaterial, Ramavtal" inte får avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

YRKANDEN M.M.

Ahlsell Sverige AB har ansökt om överprövning och yrkat att förvaltningsrätten upphäver kommunens tilldelningsbeslut och ålägger kommunen att göra om upphandlingen på ett sätt som överrensstämmer med LOU.

Kommunen och TOP bostäder AB har motsatt sig bifall till ansökan.

GRUNDER

Ahlsell Sverige AB

Upphandlingen, i likhet med den tidigare genomförda upphandlingen i oktober 2008, brister i transparens eftersom det inte går att utläsa vilka produkter som ska utvärderas och om dessa ska kopplas till inköpsvolymen vid utvärdering av priset. Anbudsgivarna har på så sätt inte haft möjlighet att förutse hur deras anbud skulle komma att utvärderas, dvs. vilka av de tusentals lämnade à-priserna som skulle ingå i utvärderingen. Ahlsell Sverige AB begärde förtydligande angående vilka produkter som skulle utvär-

deras och med vilka volymer, men trots upprepade frågor med hänvisning till LOU valde kommunen att inte rätta förfrågningsunderlaget.

Kommunen hänvisade först till att utvärdering av angivna à-priser ska ske, fortfarande utan att ange vilka produkter utvärderingen skulle baseras på. Vidare svarade kommunen att utvärderingen skulle komma att ske på samma sätt som i den upphandling som tidigare avbrutits. Enligt kommunen skulle alltså utvärderingen ske på samma sätt som i den upphandling som länsrätten i sin dom i mål nr 478-09 meddelat att kommunen inte fick avsluta förrän rättelse skett.

Den gjorda utvärderingen har gjorts på ett sätt som inte har presenterats i förfrågningsunderlaget. I stället för att beräkna en total årskostnad har man plockat ut några få enstaka artiklar ur de båda anbudsgivarnas sortiment och jämfört dessa priser mot varandra. Kommunen har jämfört enstaka artiklar inom de tjugofyra produktgrupper där man efterfrågat à-priser. Man har vägt dessa enstaka priser mot varandra med en viktning som inte angivits i förfrågningsunderlaget, och därefter gjort en beräkning som ger Ahlsell Sverige AB en lägre poäng än konkurrerande anbudsgivare Eriks-son Center AB.

Utvärderingen tycks ha skett på så sätt att;

1. Ett litet antal produkter har valts ut för prisjämförelse. Att så skulle ske, och vilka produkter som skulle utvärderas, hade inte angetts i förfrågningsunderlaget.
2. Inköpsstatistiken har inte beaktats vid utvärderingen av priset för dessa produkter, dvs. att varje produkt har utvärderats med à-pris/styck- eller meterpris.
3. Den koppling till inköpsstatistiken som gjorts, är inte korrekt. Den inköpsstatistik som presenteras i tilldelningsbeslutet, stämmer inte

riktigt överens med den statistik som bifogades förfrågningsunderlaget. Till exempel anges grupp 06-08 omfatta 15 procent av volymen, men enligt de delsummer som presenterats i förfrågningsunderlaget motsvarar dessa grupper 16 procent.

4. Vidare har kommunen vid sitt urval av produkter för prisjämförelsen ytterligare avvikit från inköpsstatistiken. Till exempel ingick inte varugrupp 4 i den inköpsstatistik som bifogats förfrågningsunderlaget, men i utvärderingen ingår en produkt ur gruppen, med artikelnummer E0410801.

Att kommunen valt att inte i förväg ange hur utvärderingen skulle gå till utan istället har valt att efter det att anbudet getts in konstruera en utvärderingsmodell, får till följd att kommunen i efterhand kan ha valt ut produkter som gynnar Eriksson Center AB. Ahlsell Sverige AB kan inte ur utvärderingsrapporten utläsa om det är så, men modellen som sådan ger utrymme för sådant godtycke. De enstaka artiklarna har plockats ut i efterhand till synes godtyckligt och på ett sätt som gör att Eriksson Center AB har ansetts ha en lägre prisbild. Det är inte otänkbart att en fullständig prisjämförelse skulle få ett annat resultat eller att ett annat urval av produkter skulle ge motsatt prisbild. Resultatet är att kommunen har förbehållit sig fri prövningsrätt.

Ahlsell Sverige AB vet inte om de av kommunen utvärderade produkterna är de mest frekventa artiklarna. Av inköpsstatistiken som bifogats förfrågningsunderlaget framgår visserligen vilka varugrupper som är de mest frekventa, men statistiken är inte på produktnivå. Om dessa produkter är de av kommunen mest inköpta så hade Eriksson Center AB såsom nuvarande leverantör kännedom om detta. Det gav Eriksson Center AB en fördel vid prissättningen av anbudet, som står i strid mot de EG-rättsliga principerna om transparens, likabehandling och icke-diskriminering. Uppenbarligen har kommunen tillgång till statistik som kan ligga till grund för en tydlig

utvärderingsmodell med den ”varukorg” över de mest frekventa artiklarna som kunde ha bifogats förfrågningsunderlaget som underlag för utvärdering.

Det kan hända att kommunens utvärderingsmodell är lämplig, dock måste denna utvärderingsmodell, inklusive vilka produkter som kommer att ingå i utvärderingen, tydligt framgå av förfrågningsunderlaget. Det enda som framgick av förfrågningsunderlaget var att angivna à-priser skulle komma att utvärderas.

Genom kommunens åsidosättande av LOU har Ahlsell Sverige AB lidit skada då förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen har varit icke-transparent, icke likabehandlande och diskriminerande. Ahlsell Sverige AB har inte kunnat förutse hur anbudet skulle komma att utvärderas, och Ahlsell Sverige AB har inte haft lika förutsättningar att avge anbud som Eriks-son Center AB. Den skada som kan åsamkas kommunen på grund av en prövning i länsrätten är inte större än den skada som drabbat Ahlsell Sverige AB.

Kommunen och TOP bostäder AB

Det som efterfrågats är à-priser i respektive anbudsgivares à-prislista. Hur utvärderingen av anbudsgivarens prisbild ska ske är angivet under *Utvärderingskriterier*. I förfrågningsunderlaget är också redovisat 2007-års inköpsstatistik i kronor fördelat på E-grupper. Av inköpsstatistiken framgår den procentuella fördelningen, inom vilka E-grupper, som gjorda inköp ligger. Det är således klart vad som ska utgöra grund för utvärderingen av anbuden beträffande prisbilden, dvs. à-priser i respektive anbudsgivares prislista med utgångspunkt från den redovisade inköpsstatistiken. Eftersom inköp av produkter med samma E-nummer, dvs. samma produkter, varierar från år till år och kan man inte exakt ange hur stort inköpet av viss produkt kommer vara under avtalsperioden. Produkter med samma E-nummer är

identiska i båda anbudsgivares prislistor och dessa är därför helt jämförbara ur pris- och funktionssynpunkt. I utvärderingen har valts ett representativt urval av produkter ur respektive E-grupp, vilken utgör grund för prisjämförelse mellan Ahlsell Sverige AB:s och Eriksson Center AB:s anbud. Urvalet av artiklar inom respektive E-grupp i utvärderingen anger prisbilden inom respektive E-grupp vilket utgör grund för poängberäkningen vid viktningen av prisbilden. Förutsättningarna har således varit desamma för båda anbudsgivarna vid utvärderingen av anbudens prisbild. I den nu aktuella upphandlingen är utvärderingen av anbudet genomförd helt i enlighet med de utvärderingskriterier som angivits i förfrågningsunderlaget.

Ahlsell Sverige AB

Kommunens yttrande visar ännu tydligare på de brister som funnits i upphandlingen. Även om båda anbudsgivare behandlats lika så har ingen av anbudsgivarna kunnat förutse hur deras anbud skulle komma att utvärderas. Kommunen har i förfrågningsunderlaget endast angett att ”prisbild med utgångspunkt från angivna à-priser” ska utvärderas. Av detta kan inte utläsas att kommunen, efter det att anbudet lämnats, skulle komma att välja ut vissa artiklar att utvärdera. Detta sätt att utvärdera anbud är inte transparent och ger stort utrymme för godtycke vid valet av utvärderingsartiklar, vilket strider mot LOU. Kommunen har inte, som den påstår, genomfört upphandlingen i enlighet med de utvärderingskriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Det har inte ur förfrågningsunderlaget framgått att endast vissa artiklar skulle utvärderas, eller vilka artiklar som skulle utvärderas. Förfrågningsunderlaget anger angående prisutvärdering att ”angivna à-priser ska utvärderas” men enda sättet att utvärdera kriteriet pris är att samtliga angivna à-priser utvärderas.

Kommunen och TOP bostäder AB

Av förfrågningsunderlagets inköpsstatistik framgår det inom vilka

E-grupper som tyngdpunkten av inköpen ligger på. Det är för anbudsgivare således klart vad som ska utgöra grund för utvärderingen av anbudens beträffande prisbilden, dvs. å-priser på ett urval av artiklar i respektive anbudsgivares prislista med utgångspunkt från E-grupper i den redovisade inköpsstatistiken. Anbudsgivarnas prislistor innehåller ett mycket stort antal artiklar, många tiotusentals artiklar. Att utvärdera och jämföra samtliga artiklar i anbudsgivarnas prislistor skulle vara helt meningslöst och inte proportionellt med hänsyn till upphandlingens omfattning.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter 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 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. 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 upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten 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.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Enligt tredje 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 16 kap. 2 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Som ovan angetts anges principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Transparens och förutsebarhet ingår i dessa principer.

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten uttalade bl. a. i det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmåter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Enligt förfrågningsunderlagets anbudsformulär ska anbudspris avges med nettopris på respektive produkt på leverantörens prislista för elinstallationsmaterial. Enligt förfrågningsunderlaget ska prisbilden viktas med 80 procent och beräknas med utgångspunkt från avgivna à-priset på produkter/artiklar. Statistik på varugrupper finns bifogat i en bilaga. Poängskalan är 1-10 där lägsta prisbild erhåller tio poäng och högre prisbild erhåller poäng proportionellt mot lägsta.

Enligt utvärderingen har dock kommunen och TOP bostäder AB bedömt prisbilden med utgångspunkt från tyngdpunkten av inköp enligt redovisad statistik för vissa närmare angivna produktgrupper, ex. Gr. 00-03 Kabel;

kraft-styr-tele m.m. 30 procent. Enligt utvärderingen har kommunen och TOP bostäder AB därefter genomfört en prisjämförelse på ett urval av artiklar inom de mest frekventa grupperna enligt inköpsstatistiken efter vilken poängsättning och viktad poäng räknats fram. Även en produkt ur en grupp som inte finns med i inköpsstatistiken har dock tagits med vid prisjämförelsen (E0410801).

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det inte av förfrågningsunderlaget att utvärderingen skulle komma att ske på det sätt som skett, vilket står i strid med 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten instämmer även i att det sätt på vilket utvärderingen kommit att ske har lämnat ett stort utrymme för godtycke och i princip en fri prövningsrätt då urvalet av de produkter som faktiskt utvärderas kan ske i efterhand.

Redan av denna anledning finner förvaltningsrätten att kommunen och Top bostäder AB brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Detta får anses ha medfört att Ahlsell Sverige AB har lidit eller riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed.

Då felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska ansökan bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga (DV 3109/1C)



Eva Beselin



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.