



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2018-08-30
Meddelad i Uppsala

Mål nr
3494-18 E

SÖKANDE

Gasum AB, 556690-6839

Ombud: Advokat Pernilla Rasiwala
Advokatfirman Elici AB
Nora Strand 20
182 38 Danderyd

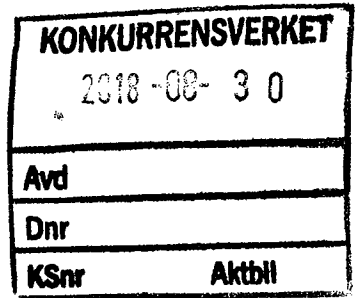
MOTPART

Svealandstrafiken AB, 556555-3350

Ombud: Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 252301

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Svealandstrafiken AB (Svealandstrafiken) genomför en upphandling avseende biogas till Svealandstrafikens bussdepåer i Örebro län. Upphandlingen sker genom förhandlat förfarande. I tilldelningsbeslut den 24 maj 2018 har avtal tilldelats annan anbudsgivare än Gasum AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen av anbuderna görs om med tillämpning av de utvärderingskriterier som har angetts i UF.63 i upphandlingsföreskrifterna. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Om Svealandstrafiken hade agerat transparent i upphandlingen och utvärderat anbuderna på det sätt som anges i upphandlingsdokumentationen, framförallt UF.63, så skulle bolaget ha tilldelats kontrakt.

Svealandstrafiken har i UF.21 beskrivit att förhandlingen skulle ske på följande sätt.

”Maximalt tre leverantörer kommer att bjudas in till förhandling av dem som kvalificerat sig och som erhållit de högsta poängen vid utvärdering av anbuderna. Förhandlingen kommer att avse pris, miljö- och kvalitetsarbete samt helhetslösningen för anläggandet av Tankanläggning vid Odensbacken.”

Enligt UF.6 skulle anbudsprövningen avse såväl prövning av anbudsgivaren som kvalificering av anbudet. De anbud som uppfyllde ställda krav skulle kvalificera sig och gå vidare till utvärdering. I UF.6 angavs vidare att Svealandstrafiken skulle anta det anbud som var ”det ekonomiskt mest fördelaktiga”.

I UF.63 angavs att följande tre kriterier skulle utvärderas.

- *Erfarenhet av liknande leveranser/kompetens*
- *Leverantörens förmåga att säkerställa behovet av råmaterial*
- *Distributionssätt/miljöpåverkan*

Svealandstrafiken har enbart utvärderat anbudsgivarnas slutligt offererade priser och tilldelat kontrakt därefter. Agerandet är inte transparent.

Svealandstrafiken har inte angett i upphandlingsföreskrifterna att anbuderna i upphandlingen skulle utvärderas på utvärderingskriteriet pris. Det enda som framgår i upphandlingsdokumenten är att Svealandstrafiken avsåg att förhandla om pris i upphandlingen. Det är inte detsamma som att priset skulle utvärderas och ligga till grund för kontraktstilldelningen. Efter genomförda förhandlingar tilldelades kontraktet den anbudsgivare som slutligt hade offererat lägst pris, Biogasbolaget i Mellansverige AB. Detta trots att Biogasbolaget hade erhållit mycket lägre poäng än bolaget vid Svealandstrafikens bedömning av utvärderingskriterierna i UF.63.

Bolaget har, såsom Svealandstrafiken varit fullt medveten om, begränsad erfarenhet av deltagande i offentliga upphandlingar. Bolaget har läst och tolkat UF.21 som att det där angavs vad förhandlingen i upphandlingen skulle avse och inte hur anbuderna skulle *utvärderas*. Även för en normalt omsorgsfull och välinformerad anbudsgivare ger en genomläsning av UF.21 klart vid handen att den inte reglerade hur utvärderingen av anbuderna skulle gå till. Detta står tvärtom tydligt angivet i UF.63, vilket alltså var den utvärdering av anbuderna som varje normalt omsorgsfull anbudsgivare har haft att förvänta sig. Dokumentationen kan inte läsas på något annat sätt än att de kriterier som angavs i UF.63 skulle utvärderas av Svealandstrafiken och att kriterierna skulle ingå i den slutliga bedömningen av vilket anbud som var det ekonomiska mest fördelaktiga.

I upphandlingsdokumentationen angavs vidare inte på vilken tilldelningsgrund (dvs. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris) som Svealandstrafiken skulle bedöma vilket anbud som var det ”ekonomiskt mest fördelaktiga”. Det talar för att upphandlingen eventuellt måste göras om. Genom avsaknaden av tilldelningsgrund är det inte möjligt för anbudsgivarna att ställa olika överväganden mot varandra, t.ex. om det är viktigare för den upphandlande enheten med en bra och miljövänlig leveransmetod eller om det är viktigare med ett lågt pris.

Om Svealandstrafiken tydligt hade angett vilken tilldelningsgrund som skulle tillämpas och hur utvärderingskriterierna skulle viktas så skulle bolaget ha kunnat utforma sitt anbud annorlunda och mer konkurrenskraftigt t.ex. genom att offerera en annan, billigare, leveransmetod och därför ett mer konkurrenskraftigt pris. Svealandstrafiken har de facto inte heller tillämpat tilldelningsgrunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet vid sin utvärdering av anbuden då dessa slutligt utvärderats enkom på grunden pris. Att anbuden skulle utvärderas på den grunden föreskrevs inte i UF.63 eller någon annanstans i upphandlingsdokumentationen och kunde därför inte förutses av anbudsgivarna.

Om anbudsgivarna skulle förstå att anbuden skulle utvärderas så som nu skett har Svealandstrafiken utformat beskrivningen av utvärderingen så otydligt att det har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. Enligt Svealandstrafiken utgjorde UF.63 sista steget i *kvalificeringen* av anbuden. Detta har knappast varit möjligt för en normalt omsorgsfull anbudsgivare att förstå eftersom rubriceringen i UF.63 är just ”utvärdering av anbud”. Det står dessutom i löptexten i UF.63 att ”Utvärdering kommer att ske på följande kriterier[...]”. Härtill kommer att det även står i dokumentet ”Prövning av anbuden” att anbuden har utvärderats enligt UF.63. Den tolkningen av UF.63 har inte varit förutsebar för anbudsgivarna och strider därför mot kravet på förutsebarhet i LUF.

De kriterier som anges i UF.63 är inte heller enbart kopplade till en leverantörs historiska förmåga att utföra ett uppdrag. Tvärtom är kriterierna, i synnerhet kravet på distributionssätt, av mycket stor betydelse i den specifika upphandlingen. De är alltså relaterade till den aktuella leveransen och får/ska absolut utvärderas av Svealandstrafiken. Bolaget tolkade poängsättningen av anbudet som en preliminär utvärdering av anbudet utifrån vilken Svealandstrafiken skulle kunna avgöra vilka anbudsgivare som enheten skulle förhandla med.

Bolaget antog att dessa utvärderingskriterier skulle tillmätas betydelse i den slutliga utvärderingen av anbudet, efter genomförd förhandling. Eftersom bolaget dock inte var helt säker på hur utvärderingen av anbudet skulle genomföras ställdes en fråga till Svealandstrafiken om detta under förhandlingen. Det svar som Svealandstrafiken gav hanterade inte bolagets fråga utan tycks i stället främst inrikta sig på förhandlingsdelen i upphandlingen. Därtill är svaret svårt att förstå; att kriterierna ska "viktas i fallande prioritet" är en metod som inte är möjlig att använda.

Antingen viktas kriterierna i en upphandling eller så anges de i (fallande) prioritet. Det svar som Svealandstrafiken lämnade på bolagets fråga om hur utvärderingen skulle gå till var sålunda mer förvirrande än klargörande. Bortsett från att de inte är de utvärderingskriterier som anges i UF.63 är det också oklart varför de tre faktorerna i UF.21 inte har viktats, såsom krävs i 15 kap. 6 § LUF, utan i stället har angetts i en fallande prioritetsordning. Av dokumentet "Prövning av anbud" framgår inte heller att kriterierna i UF.21 har hanterats i fallande ordning utan tvärtom tycks de ha hanterats i "stigande ordning".

Oavsett vilket har kriteriet pris varit avgörande för utfallet i upphandlingen på ett sätt som inte har angetts i upphandlingsdokumentationen. Eftersom bolaget utgick ifrån att utvärderingskriterierna i UF.63 skulle ingå i den slut-

liga utvärderingen av anbudet föreslog bolaget därför inte den leveransmetod av biogas till Örebro som gav lägst poäng i utvärderingen av utvärderingskriterium nummer 3 vilket var att trycksätta gasen och leverera gasen på flak. Bolagets slutligt offererade pris, avseende leverans av gasen i flytande form, blev sålunda betydligt högre.

Svealandstrafiken bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. I enlighet med upphandlingsföreskrifterna UF.6 kvalificerades leverantörerna och anbudet i fyra olika steg. De poäng som fördelats i fråga om erfarenhet av liknande leveranser, leverantörens förmåga att säkerställa behovet av råmaterial och distributionssättet/miljöpåverkan utgjorde det sista steget i kvalificeringen (UF.63). Poängen har endast syftat till att kvalificera anbudet till förhandling. Den anbudsgivare som tilldelats högst poäng har inte kunnat tillgodoräkna sig fördel i förhandlingen eftersom det skulle medfört att kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen sammanblandats.

Det medges att rubriceringen av UF.63 ("Utvärdering av anbud") inneburit en otydlighet, men det har ändå stått klart för anbudsgivarna att det var pris, miljö- och kvalitetsarbete samt helhetslösningen vid Odensbacken som skulle utvärderas. Prisuppgift har inte lämnats i anbudshandlingarna, utan har efterfrågats när förhandlingen och utvärderingen av vad som förhandlades påbörjats. Det framgår även av Frågor och Svar att pris lämnas under förhandlingen och inte behövs för kvalificering till förhandling.

Det som därmed har förhandlats och utvärderats i upphandlingen är de kriterier som angivits i UF.21. Upphandlingsdokumenten var tillräckligt tydliga beträffande vad anbudsgivarna kunde förvänta sig av förhandlingsprocessen. Svealandstrafiken har särskilt angivit vad som kommer beaktas vid förhandlingen och att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, med bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kommer att antas. I UF.21 har angetts att vad som kommer att beaktas vid utvärdering och förhandling är pris,

miljö- och kvalitetsarbete samt helhetslösningen vid Odensbacken. Under upphandlingsförfarandet ställde bolaget en fråga om hur utvärderingen skulle gå till och hur tilldelningskriterierna skulle viktas. Svealandstrafiken förtydligade att viktning skedde enligt kriterierna i UF.21 i fallande prioritetsordning, det vill säga pris först, kvalitetsarbete i andra hand och helhetslösningen avseende tankanläggningen i Odensbacken i tredje hand.

Det måste ha stått klart för bolaget att utvärderingen till största del avsåg det pris som förhandlades och att utvärderingen inte skedde på de kvalificeringskrav som ställts i UF 63. Inför sista förhandlingsrundan var lösningarna likvärdiga för miljö- och kvalitetsarbete samt helhetslösningen vid Odensbacken likvärdiga varför det bud antogs som lämnats till lägsta priset.

Helhetslösningen i Örebro har inte utvärderats. Dock diskuterades frågan i förhandlingen eftersom leveranslösningen bedömdes påverka prisbilden. Bolaget har meddelat att priset som bolaget lämnade under förhandlingens sista steg avsåg pris oavsett leveranslösning. Det insåg bolaget, vilket även innebar att leveranssättet inte påverkade de faktorer som skulle utvärderas. Även om bolaget ansett sig ha trots att leveranssättet utgjorde del av utvärderingskriterierna utvisade deras svar och agerande vid prisförhandlingen att bolaget insett vad som skulle ligga till grund för tilldelningen.

Det bolaget kritiserar i upphandlingen utgör oklarheter i hur utvärderingen skulle gå till. För det fall att förvaltningsrätten fastställer att upphandlingsfel begåtts är felet av sådan art att det inte går att rätta genom ny utvärdering, eftersom det inte går att utvärdera på det sätt bolaget anger vore korrekt, med den information som upphandlingsdokumenten angivit.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Svealandstrafiken har brutit mot principerna i 4 kap. 1 § LUF genom att tillämpa en otydlig utvärderingsmodell där det är oklart vad som är kvalificeringskriterier och vad som är utvärderingskriterier.

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 principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i 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 priori-

tetsordning. Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur kriterierna ska viktas eller vilken prioritetsordning som ska tillämpas.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 kommit fram till att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Förfrågningsunderlaget måste dock vara tillräckligt tydligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det är alltså inte alla brister som medför att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandlingen. För att så ska ske krävs att bristen ska vara av viss betydelse.

Av relevant upphandlingsdokumentation i målet framgår följande.

UF.21 Upphandlingsförfarande

Upphandlingen sker som förhandlat förfarande.

Maximalt tre leverantörer kommer att bjudas in till förhandling av dem som kvalificerat sig och som erhållit de högsta poängen vid utvärdering av anbudet.

Förhandlingen kommer att avse pris, miljö- och kvalitetsarbete samt helhetslösningen för anläggandet av Tankanläggning vid Odensbacken.

UF.6 ANBUDSPRÖVNING

Med anbudsprövning avses såväl prövning av anbudsgivaren som kvalificering av anbudet. De anbud som uppfyller ställda krav har kvalificerat sig och går vidare till utvärdering. I utvärderingen görs en bedömning av kvarvarande anbud mot angivna utvärderingskriterier. Köparen kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Anbudsprövning kommer att ske i fyra steg.

1. Anbud inkommit i rätt tid och komplett.
2. Uteslutning av anbudsgivaren, UF.61.
3. Kvalificering av anbudsgivaren, UF.62.
4. Utvärdering av anbud, UF.63.

[...]

UF.63 Utvärdering av anbud

Anbudsprövningen kommer att ske på affärsmässiga grunder. De anbudsgivare som uppnår en miniminivå på [...] 45 poäng, erhållit poäng på varje kriterium och är bland de tre som har högst sammanlagd poäng kommer att kallas till förhandling.

Utvärdering kommer att ske på följande kriterier med maximalt [...] 75 poäng:

1. Erfarenhet av liknande leveranser / kompetens 25 poäng
2. Leverantörens förmåga att säkerställa behovet av råmaterial 25 poäng
3. Distributionssätt/miljöpåverkan 25 poäng

I upphandlingens Frågor och svar anges följande.

27 Publik fråga

Enligt UF.21 skall förhandlingen i det upphandlade förfarandet ”avse pris, miljö- och kvalitetsarbete samt helhetslösningen för anläggandet av Tankanläggning vid Odensbacken”. Hur kommer viktning att ske?

Publikt svar

Viktning i förhandlingsdelen av upphandlingen sker enligt kriterierna i UF.21 i fallande prioritetsordning.

Förvaltningsrätten konstaterar att begreppet *utvärdering* har använts både för att beteckna de kvalificeringspoäng som legat till grund för inbjudan till förhandling och för den faktiska tilldelningen av kontrakt. Det står helt klart att formuleringarna i upphandlingsdokumentation kunnat vara mer tydliga om begreppet använts på ett korrekt eller konsekvent sätt. Vid en läsning av upphandlingsdokumentationen i sin helhet framgår det emellertid tillräckligt tydligt att det som avses med *utvärdering* i UF.63 enbart är det poängsystem som legat till grund för vilka anbudsgivare som kvalificerat sig till förhandling. Det får också anses vara tillräckligt tydligt av underlaget i sin helhet, samt den omständighet att det rör sig om ett förhandlat förfarande, att dessa poäng inte skulle användas i en vidare utvärdering efter det att förhandling skett. Bristerna i formuleringarna är därmed inte av sådan art eller omfattning att upphandlingsförfarandet strider mot kraven på transparens och lika-behandling.

Vad gäller kravet att utvärderingsgrund ska anges i upphandlingsdokumentationen finns det inget i LUF som kräver att denna ska anges på ett visst sätt. Det väsentliga är att det av upphandlingsunderlaget framgår vilka kriterier som slutligen ligger till grund för tilldelningen. Svealandstrafiken har både i upphandlingsdokumentationen och i frågor och svar angett att kriterierna i UF.21 kommer att tillämpas i samband med förhandlingen samt att detta sker i fallande prioritetsordning med pris som första kriterium. Även om formuleringen även här kan ha vissa brister anser förvaltningsrätten att den ändå är tillräckligt tydlig för att en rimligt informerad och

normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna bilda sig en tillräckligt klar uppfattning om hur tilldelning av kontrakt kommer att ske.

Förvaltningsrätten konstaterar sammanfattningsvis att bolaget inte har visat att Svealandstrafiken brutit mot någon upphandlingsrättslig princip eller åsidosatt någon upphandlingsrättslig regel vare sig i upphandlingsdokumentet eller i utvärderingsmodellen på ett sådant sätt att bolaget därmed kan anses ha lidit skada i den mening som avses i LUF. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Lina Törnqvist
rådman

Målet har handlagts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 prövas 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.

