



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
 Enhet 1

DOM
 2016-08-11
 Meddelad i
 Luleå

Mål nr
 1140-16

SÖKANDE

Yours kommunikationsbyrå i Luleå AB, 556582-3407
 Kungsgatan 13
 972 34 Luleå

MOTPART

Luleå kommun
 971 85 Luleå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2016-08-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Luleå kommun genomförde upphandling av kommunikationstjänster, dnr. KLF 2016/1088, genom ett öppet förfarande. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Utvärderingen omfattade pris, mervärden och fiktiva uppdrag. Fyra anbud kom in, varav ett från Yours kommunikationsbyrå i Luleå AB (Yours). Genom tilldelningsbeslut antogs annan leverantörs anbud.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad Yours anför

Yours ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, i första hand, att den ska rättas genom att priset får större genomslag samt den jäviga jury medlemmens betyg och det fiktiva caset rörande skolstruktur utgår från utvärderingen. Yours yrkar, i andra hand, att upphandlingen ska göras om.

Yours anför i huvudsak följande.

Utvärderingen i upphandlingen har gjorts enligt en mervärdesmodell som värderar en timmes timpris per efterfrågad tjänst. De priser som lämnats i anbuderna utgör endast ca 1 procent av det totala beslutsunderlaget och har därmed en marginell betydelse. I upphandlingar med en mervärdesmodell brukar timpriserna multipliceras med en faktor i relation till den volym som upphandlingen bedöms omfatta.

Förvaltningsrätten ska därför pröva om utvärderingsmodellen verkligen ger det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Ett av de fiktiva case som ingick i förfrågningsunderlaget borde ha strukits ur anbudstävlingen eftersom verkligheten kom ifatt fiktionen. Uppgiften handlade om en förändrad skolstruktur i Luleå som parallellt med upphandlingen blev verklighet med en växande konflikt i media mellan kommunen och berörda föräldrar. Det är troligt att juryn i utvärderingen har påverkats av den verkliga händelseutvecklingen.

Det går inte att sätta någon tilltro till kommunens påstående om att så inte varit fallet. Det är naturligt att juryn tagit intryck av föräldrarnas starka protester, vilka trappades upp efter att anbudet lämnats in. Även om situationen varit lika för alla anbudsgivare borde uppgiften ha strukits. Kommunen bör undvika fiktiva case som är verkliga och pågår parallellt med utvärderingen. Det är egentlig konsultation som ska arvoderas.

Kommunen har brutit mot jävsreglerna i förvaltningslagen. En av jurymedlemmarna som bedömt anbuden är sambo med en medarbetare på den vinnande anbudsgivaren. Det kan inte uteslutas att personen haft insikter som påverkat bedömningen. Den aktuella tjänstemannen har inte yrkesroll eller särskild kompetens för juryuppdraget, varför valet av denne som jurymedlem och jävssituationen väcker frågor. Risker för jäv borde ha hanterats med större varsamhet och i enlighet med förvaltningslagen. Att det inte är juryn som fattat beslut förändrar inte detta eftersom juryns bedömning legat till grund för kommunens beslut.

Yours lider ekonomisk skada eftersom utvärderingsmodellen inte tagit fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, juryn påverkats av händelser som anbudsgivarna inte har kunnat förutse och jäv kan ha påverkat utvärderingen.

Vad kommunen anför

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

Kommunen framför i huvudsak följande.

Kommunen kan, i enlighet med 12 kap. 1 § LOU, välja de utvärderingskriterier som anses vara lämpliga för den aktuella upphandlingen. Kommunen har bedömt att kvalitativa kriterier, som utvärderas genom arbetsprover och fiktiva uppdrag, för denna typ av upphandling, är avgörande för bedömningen av vilken leverantör som har det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Att kvalitativa kriterier ska vara avgörande har vidare varit ett önskemål från branschen. Utvärderingsmodellen har framgått av förfrågningsunderlaget och borde vara tydligt för leverantörerna. Den har inte medfört att någon av de grundläggande principerna har överträtts.

Två fiktiva uppdragsgenomföranden ingick som en del av upphandlingen för att avgöra anbudsgivarnas förmåga att hantera kommunen som en politiskt styrd organisation. Det fiktiva caset gällande förändringar av skolstrukturen var verklighet redan vid annonseringen, men förutsättningarna för uppdraget var fiktivt. Det faktum att Yours var befintlig leverantör av kommunikationstjänster under anbudsförandet borde ha medfört fördelar utifrån att casen var verklighetstroga. Den verkliga händelseutvecklingen har inte påverkat juryns bedömning.

Juryn har bestått av fem medlemmar, varav tre har erfarenhet från marknadsföringsbranschen och två är chefer för förvaltningar med återkommande behov av kommunikationstjänster. Det är riktigt att en av dessa är sambo med en medarbetare på den vinnande anbudsgivaren. Denna omständighet har inte medfört någon otillbörlig fördel för den vinnande anbudsgivaren. Arbetsproven och resultaten från de fiktiva uppdragen har varit anonyma vid

utvärderingen. Juryns arbete har endast varit en del av upphandlingen och de har inte varit behöriga att fatta beslut. Beslutet har fattats av kommunstyrelsens arbetsutskott. Om ledamotens betyg utgår kommer det att medföra en sänkning av Yours mervärden i utvärderingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om kommunen har brutit mot LOU genom att priset har en marginell betydelse i utvärderingen, genom att inte utesluta ett fiktivt case från utvärderingen eller genom jäv och om Yours därigenom lidit eller kan komma att lida skada.

Upphandlande myndigheter skall 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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 6 § LOU).

Har kommunen brutit mot LOU genom att priset har en marginell betydelse i utvärderingen?

Yours har anfört att utvärderingsmodellen inte ger det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eftersom priset ges en marginell betydelse.

En upphandlande myndighet får fritt välja om grunden för tilldelning i en upphandling ska vara att anta anbudet med lägst pris eller det ekonomiskt

mest fördelaktiga. Vid bedömning 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 (12 kap. 1 § LOU).

Den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (12 kap. 2 § LOU).

Den upphandlande myndigheten utformar utvärderingsmodell och får fritt välja viktning mellan pris och andra kriterier så länge inte de grundläggande principerna åsidosätts. Kommunen har i förfrågningsunderlaget, på ett tydligt och förutsebart sätt, redogjort för viktningen mellan pris och kvalitet.

Förvaltningsrätten finner att den angivna viktningen är förenlig med syftet att utvinna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad Yours har anfört om att priset får en marginell betydelse medför inte heller att kommunen brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Har kommunen brutit mot LOU genom att inte utesluta ett fiktivt case från utvärderingen?

Yours har anfört att ett av de fiktiva casen som använts i utvärderingen liknar en verklig händelse i kommunen och att detta kan ha påverkat bedömningen. Det framgår att Yours varit kommunens leverantör av kommunikationstjänster under den verkliga händelsen.

Yours har inte anfört, och det finns inte anledning att anta, att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen genom användandet av det aktuella

caset. Det har inte framkommit att Yours skulle ha missgynnats av likheterna mellan caset och verkligheten eller att dessa skulle ha påverkat förutsebarheten i förfrågningsunderlaget.

Yours har inte heller visat att den verkliga händelsen har påverkat juryn eller bedömningen av det fiktiva caset. Det är inte visat att det fiktiva caset i sig är ett oproportionerligt utvärderingskriterium.

Yours har anfört att den verkliga händelsen inte har kunnat förutses. Att oförutsedda händelser sker kan inte i sig anses utgöra ett brott mot LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att de eventuella likheterna mellan den verkliga händelsen och det fiktiva caset inte bryter mot LOU samt att det inte strider mot LOU att utvärdera det fiktiva caset.

Har kommunen brutit mot LOU genom jäv?

LOU innehåller inte några bestämmelser om jäv. Domstolsprocessen i ett upphandlingsmål tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (HFD 2013 ref 5).

Det är ostridigt att en av jurymedlemmarna som deltagit i utvärderingen är sambo med en medarbetare på den vinnande anbudsgivaren. Det har inte framkommit att medarbetaren skulle vara ställföreträdare eller styrelseledamot för bolaget. Det framgår inte heller vilken inblandning som medarbetaren har haft i anbudsgivningen.

En sådan anknytning kan inte anses medföra konsultjäv, d.v.s. då en anbudsgivare eller företrädare för denne deltagit i framtagandet av förfråg-

ningsunderlaget. Därför är det alltjämt Yours som ska visa att tjänstemannens anknytning till den vinnande anbudsgivaren har påverkat tilldelningsbeslutet.

Frågan om jäv har ingen självständig betydelse för överprövningen utan är underordnad frågan om den upphandlande myndigheten agerat på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen.

Yours har anfört att det inte kan uteslutas att den aktuella jurymedlemmen har haft insikter som har påverkat bedömningen. De har inte visat att hennes koppling till den vinnande anbudsgivaren har gett denne en otillbörlig konkurrensfördel. Förvaltningsrätten finner därför att Yours inte har visat att kommunen brutit mot LOU.

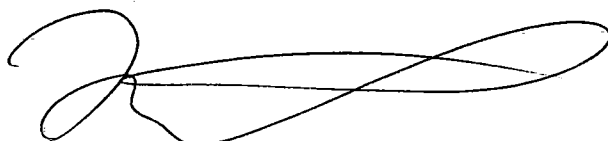
Sammanfattning

Yours har inte i någon del visat att kommunen har brutit mot LOU eller unionsrätten.

Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Jonas Hägerlind

Sanne Carlsson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.