

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-04-03
Meddelad i
Stockholm

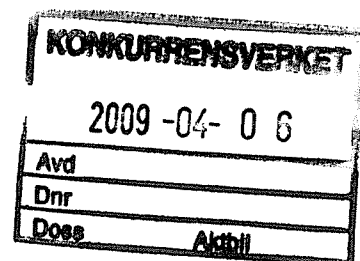
Mål nr
5362-09
Rotel 202

SÖKANDE
AB Frijo, 556046-8638

Ombud: Jan Andersson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART
Nacka Energi AB, 556017-9532
Box 753
131 24 Nacka

SAKEN
Offentlig upphandling



DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut den 13 mars 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 413718

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Nacka Energi AB genomför en upphandling av entreprenad för markarbeten. Bland de leverantörer som lämnat anbud finns AB Frijo.

Nacka Energi AB har i tilldelningsbeslut den 4 mars 2009 meddelat att AB Frijo inte antagits som leverantör av markarbeten.

YRKANDEN M.M.

AB Frijo (Frijo) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att rättelse ska ske så att Spentabs anbud förkastas och ny utvärdering genomförs. I andra hand yrkar Frijo att upphandlingen ska göras om. Frijo anför i huvudsak följande. Nacka Energi AB (NEAB) har i administrativa föreskrifter till upphandlingen under kod AFB.31, uppgett att "Anbud ska omfatta komplett ifyllda à-prislistor", det framgår också av samma kod att "Eventuella reservationer ska vara klart och tydligt prissatta". Av Spentabs anbud framgår att Spentab inte har angivit något à-pris i à-prislistorna på sidan 4 under rubriken "Schakt och sättning av kabelskåp intill bef. kabelstråk eller byte av bef. skåp" prisgrupp 8. Att utelämna ett i upphandlingen uppställt krav ska enligt LOU ses som en reservation i det lämnade anbudet. Av administrativa föreskrifter i samma kod framgår också att "Eventuella reservationer ska vara klart och tydligt prissatta". Spentab har inte prissatt sin reservation att utelämna priset på efterfrågad uppgift. Redan på denna grund är Spentabs anbud behäftat med sådant fel som är grund för att rättelse ska ske. Att utelämna begärd uppgift kan ha stor påverkan på det slutliga priset för Nacka Energi och detta får anses utgöra en brist i vinnande anbud av allvarligt slag.

I administrativa föreskrifter under avsnitt AFB.52 framgår att NEAB kommer att utvärdera inkomna anbud enligt följande kriterier, Pris 40 po-

äng, Tillgänglighet/kontinuitet 30 poäng, dokumenterad erfarenhet/referenser 30 poäng, Beskrivning av kvalitetsplan och kontrollplan för egen kontroll 20 poäng, Utformning av anbud, fullständiga och entydiga uppgifter 20 poäng. Max poäng som en anbudsgivare kan erhålla är således 140 poäng. Av NEABs tilldelningsbeslut och utvärderingstabben framgår att NEAB har tilldelat alla anbudsgivare utom en samma poäng på samtliga utvärderingskriterium utom kriteriet pris. Detta innebär att någon faktisk utvärdering vad gäller övriga kriterier än pris, inte har skett. Detta förfarande strider mot LOU. Redan på denna grund måste utvärderingen göras om. Anbudsgivarna har formulerat sina anbud utifrån förutsättningen att upphandlingen genomförs som en upphandling med antagande av mest ekonomiskt fördelaktiga anbud och inte antagande av anbud med lägst pris. Mot bakgrund av viktningen av pris står det klart att upphandlingen i denna del är behäftad med en brist av allvarligt slag. Av praxis framgår också att ett förfarande, så som i nu aktuell upphandling, strider mot LOU.

I de administrativa föreskrifterna framgår vilka kriterier som ska ligga till grund för utvärderingen av inkomna anbud. Dessa har redovisats i punkten ovan i kod AFB.52 i administrativa föreskrifter. Av NEABs tilldelningsbeslut och utvärderingstabben framgår att NEAB har tillfört en ny förutsättning, prissatta mängder har enligt tilldelningsbeslutet utvärderats utifrån projekt som anbudsgivarna inte har den minsta kännedom om. Denna nya förutsättning har avgjort upphandlingen till Frijos nackdel. Genom att manipulera med mängder har NEAB tillskansat sig fullständig valfrihet när det gäller frågan om vem som ska tilldelas kontrakt. Inte eller framgår hur enskilda priser har utvärderats i denna nya förutsättning. Hade utvärderingen skett i enlighet med förfrågningsunderlaget d.v.s. att angivna å-priser hade summerats, hade Frijo vunnit upphandlingen. Frijo åberopar EG-domstolens dom Lianakis C-532/06 i denna del.

Av tilldelningsbeslutet och utvärderingstabben framgår inte hur NEAB utvärderat anbudsgivarnas lämnade anbud vad gäller pris. I administrativa föreskrifter framgår det inte hur mycket som kommer att avropas från ramavtalet. Nacka Energis tilldelningsbeslut ger ingen vägledning vare sig hur Nacka Energi utvärderat anbuden eller de relativa skälen för Nacka Energis beslut i denna del. Detta strider både mot LOU och bakomliggande gemensamhetsrätt. Upphandlingen är således behäftad med sådana brister att upphandlingen ska göras om. Frijo kan inte av tilldelningsbeslutet vare sig läsa ut de relativa skälen för NEABs beslut eller ta tillvara sin rätt i överprövning i domstol.

NEAB bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. NEAB har använt en standardmall för à-prislistor i förfrågningsunderlaget. Utrymmet i förfrågningsunderlaget rörande prisuppgifterna skulle ha varit blåfärgat i syfte att markera att dessa inte behövde fyllas i eftersom de inte är relevanta för upphandlingen. NEAB har därför vid utvärderingen inte noterat att nämnda prisuppgift ej angivits. Prisuppgifterna, angivna eller ej, har inte ingått i underlaget för utvärderingen. NEABs bedömning är att samtliga anbudsgivare utom en klarar att fullgöra de angivna utvärderingskriterierna. NEAB har vid utvärderingen använt tre avslutade projekt från 2008 där en jämförelse har skett mellan de positioner i prislistan som NEAB anser vara de positioner i listan som mest kommer att utnyttjas under avtalstiden. NEAB menar att anbudsgivarna skulle ha anpassat sin prissättning till just dessa tre projekt, och därmed inte givit en rättvisande bild över anbudet över tiden, om de tre projekten ingått i förfrågningsunderlaget. Denna metod att använda historiskt genomförda projekt vid utvärdering av anbud är en vedertagen metod. Någon manipulering av mängderna har inte skett, alla företag har bedömts lika från samma mallar. Under AFB.52 i förfrågningsunderlaget finns inte någon text som säger att en summering av à-priserna ska göras. NEAB har, tvärtom, medvetet avstått från att använda denna metod för utvärdering. Utvärdering genom summering av à-priser

skulle uppenbart gynna den nuvarande leverantören som, om metoden angivits i underlaget, då kunnat manipulera utvärderingen genom att ange höga priser på frekventa positioner samt "nolla" de övriga, ej lika frekventa, positionerna. Detta hade i hög grad missgynnat övriga anbudsgivare eftersom dessa saknar kunskap om vilka positioner som är mer frekventa än andra. NEAB anser att tilldelningsbeslutet uppfyller kriterierna för upphandlingsmeddelande enligt LOU och att upphandlingen ska fortsätta som planerat. NEAB delger övriga anbudsgivare de tre verkliga projektmallarna som använts som utvärdering, efter begäran.

Länsrätten har den 13 mars 2009 beslutat interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

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 16 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), framgår bl.a. att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a följande.

AFB.52 Värderingsgrunder vid antagande av anbud

BE kommer att anta det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till: Pris:40 poäng. Tillgänglighet/kontinuitet:30 poäng. Dokumenterad erfarenhet/referenser:30 poäng. Beskrivning av kvalitetsplan och kontrollplan för egenkontroll:20 poäng. Utformning av anbud, fullständiga och entydiga uppgifter:20 poäng. Poängen sättes: 1:a 40 p/30p/20p, 2:a 32p/24p/16p osv. vid bedömd likvärdighet delas poängen, t.ex. vid max 30 p för första plats och 2:a och 3:e bedöms vara likvärdiga får dessa 24 p och 4:an 12 p. Maxpoäng = 140. Utvärderingsprotokoll

kommer att delges anbudsgivarna tillsammans med besked om antagen entreprenör.

Länsrätten gör följande bedömning.

EG-domstolen har i mål C-532/06 uttalat sig angående kriterier för tilldelning vid en upphandling där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Domstolen uttalar bl.a. att mot bakgrund av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och mot bakgrund av skyldigheten att möjliggöra insyn, ska potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra. De potentiella anbudsgivarna ska nämligen kunna få kännedom om kriterierna och deras omfattning i samband med att de utformar sina anbud. En upphandlande myndighet har således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa.

NEAB har i den nu aktuella upphandlingen infordrat anbud med prisuppgift i form av komplett ifyllda à-prislistor. I förfrågningsunderlaget anges inte närmare hur priset kommer att utvärderas. Vid utvärderingen av pris-kriteriet har NEAB, enligt egen uppgift, använt tre avslutade projekt från 2008 där de positioner, som enligt NEAB mest kommer att utnyttjas under avtalstiden, jämförts med angivna priser i prislistan. NEAB har inte i förfrågningsunderlaget angett att utvärderingen av pris kommer att göras på detta sätt. Mot bakgrund av EG-domstolens dom (C-532/06) och den skyldighet att möjliggöra insyn som den upphandlande myndigheten har finner länsrätten att NEAB, vid utvärderingen av anbudet, inte har uppfyllt de åtaganden som följer av transparensprincipen. NEAB har härigenom åsidosatt kravet på att genomföra upphandlingen på ett öppet sätt och därmed

brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Med hänsyn till bristen på insyn i förfrågningsunderlaget, finner länsrätten att Frijo har lidit eller kan komma att lida skada. Förutsättning för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således. Bristerna är av sådan art att NEAB:s upphandling av entreprenadarbeten ska göras om. Vid sådan bedömning saknas anledning att pröva Frijos övriga invändningar.

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



Elisabeth Rahlén

länsrättsfiskal

Föredragande har varit Sofie Sandell.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.