



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2016-09-16
Meddelad i Göteborg

Mål nr
4513-16
4586-16

Sida 1 (8)

SÖKANDE

1. Midroc Electro AB, 556436-3595
Birger Svenssons väg 26
432 40 Varberg

Ombud: Advokaten Peter Thors
Advokatbyrån Helligren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

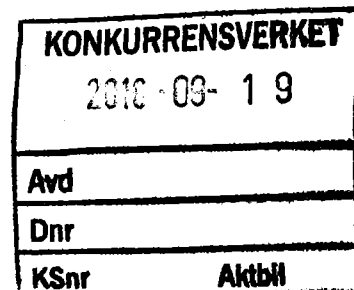
2. Bravida Sverige AB, 556197-4188
Mikrofonvägen 28
126 81 Stockholm

MOTPART

Falkenbergs kommun
Nygatan 34
311 80 Falkenberg

SAKEN

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Forvaltningsrätten bifaller ansökningarna och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 430471

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-09-16Sida 2
4513-16
4586-16**BAKGRUND**

Falkenbergs kommun (kommunen) genomför en ramavtalsupphandling av El-arbeten, dnr KS 2016-42. Upphandlingen är uppdelad i två zoner och anbudsgivare har kunnat lämna anbud avseende båda zonerna alternativt en zon. Vald tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Vid lika placering skulle lottning komma att avgöra tilldelning och rangordning.

Av tilldelningsbeslutet den 18 april 2016 framgår att kommunen valt att teckna ramavtal med andra leverantörer än Midroc Electro AB (Midroc) och Bravida Sverige AB (Bravida). – Av upphandlingsrapporten framgår att samtliga anbudsgivare har fått samma poäng och att lottning har genomförts för att avgöra tilldelning och rangordning för respektive zon.

YRKANDEN M.M.

Midroc ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Upphandlingen är inte förenlig med de grundläggande principerna i LOU eftersom det sätt som "utvärderingsmodellen" varit utformad i praktiken har inneburit att endast slumpen skulle komma, och har kommit, att avgöra vilka anbudsgivare som skulle tilldelas ramavtal. I vart fall har kommunen felaktigt använt kvalificeringskriterier som utvärderingskriterier, vilket inte är förenligt med LOU. *Midroc*, som deltog i upphandlingen men inte tilldelades ramavtal, har härigenom drabbats av skada.

Ramavtalet har en blandad avropsform. Vad avser arbeten till ett värde som beräknas understiga 0,5 miljoner kronor ska avrop ske enligt rangordning.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-09-16Sida 3
4513-16
4586-16

Arbeten till ett värde överstigande 0,5 miljoner kronor ska vara föremål för en förnyad konkurrensutsättning bland antagna ramavtalsleverantörer.

Ersättning för utförda arbeten som har avropats ska i första hand ersättas på löpande räkning. Kommunen har därigenom redan bestämt den ersättning som ska utgå till entreprenören för arbetena. Bland annat ska arbete ersättas med ett timpris om 350 kronor per timme (exklusive mervärdesskatt).

Material och underentreprenörer ersätts till verifierad självkostnad med – av kommunen bestämt – påslag. Det har med andra ord inte varit möjligt för anbudsgivarna att konkurrera med pris i upphandlingen.

Utvärderingskriterierna har istället varit de som anges i fyra punkter i anbudsformuläret, dvs. Serviceorganisation, Servicebilar, Kundtjänst och Mervärdesskapande och kostnadsmedvetande. För dessa kriterier har anbudsgivarna kunnat tilldelas tre poäng eller noll poäng. Någon möjlighet att tilldelas poäng däremellan finns inte.

Av utvärderingskriterierna såsom de anges i anbudsformuläret framgår tydligt att fråga är om kvalificeringskriterier, dvs. kriterier som huvudsakligen avser frågor om vilka resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av tjänsten. EU-domstolen har i ett antal avgöranden (C-31/87 Beentjes, C-315/01 GAT, C-532/60 Lianakis och C-601/13 Ambisig) fastslagit att sådana kvalifikationskriterier inte utgör kriterier för tilldelning (utvärderingskriterier) i direktivens mening. Upphandlingen har i denna del inte varit förenlig med LOU och de bakomliggande direktiven.

Det ska också konstateras att kraven för att uppfylla ”utvärderingskriterierna” är mycket lågt ställda. I praktiken är det tillräckligt att anbudsgivaren har fem heltidsanställda, två servicebilar, en kundtjänst och en inköpsansvarig. Det innebär att det finns ett mycket stort antal potentiella anbudsgivare

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-09-16Sida 4
4513-16
4586-16

som om de skulle lämna anbud skulle erhålla full poäng på samtliga utvärderingskriterier. Det innebär också att det är meningslöst för eventuella företag som inte uppfyllde kraven för full poäng i utvärderingen att delta i upphandlingen. Detta innebär också att det redan på förhand har stått klart att ramavtalen i denna upphandling inte skulle kunna tilldelas utifrån en utvärdering av utvärderingskriterierna. Detta har också förutsatts av kommunen som i upphandlingen bifogat en särskild bilaga om hur tilldelning av ramavtalen skulle ske om (eller snarare när) olika anbudsgivare hamnade på samma poäng.

Det måste accepteras att man i undantagsfall skiljer likvärdiga anbud åt genom lottning. Det är dock inte förenligt med LOU att utforma en utvärderingsmodell som med i det närmaste 100 procents säkerhet leder till att lottning måste tas till för att skilja de i upphandlingen inkomna anbuden åt. En sådan utvärderingsmodell frántar anbudsgivarna alla möjligheter – och alla incitament – att konkurrera genom att ha lägre priser, eller bättre kvalitet, än sina konkurrenter. En sådan utvärderingsmodell som kommunen har valt innebär också att det kommer att vara slumpen, och inte lägsta pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbud som är det verkliga tilldelningskriteriet i upphandlingen. Det är oförenligt med LOU.

Bravida ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för talan anförts bl.a. följande. Kommunen har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot såväl 1 kap. 9 § LOU samt de grundläggande EU-rättsliga principerna om proportionalitet, transparens och likabehandling. Som en följd av detta har *Bravida* lidit, eller i vart fall, riskerar att lida skada i upphandlingen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-09-16Sida 5
4513-16
4586-16

Utvärderingsmodellen beaktar inte pris då kommunen redan i förfrågningsunderlaget fastställt timpris och entreprenörsarvode. Utvärderingen tar alltså endast sikte på kvalitet.

Då kvalitetskriterierna varit enkla att uppfylla har kriterierna i praktiken utgjort kvalificeringskriterier. Särskilt med beaktande av att kriterierna inte betygsatts utifrån en skala utan antingen med noll eller tre poäng.

Det faktum att alla nio anbudsgivare fått full poäng på samtliga kriterier visar också tydligt att fastställda kvalitetskriterier inte lyckats urskilja de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden. Då tilldelningen i stället avgjorts genom lottning har själva syftet med upphandlingen förfelats.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna. I förfrågningsunderlaget anges ett antal urvalskriterier som syftar till att säkerställa att kvalificerade anbudsgivare har förmåga att utföra uppdraget. Utvärdering ska avse anbudsgivarens offererade kvalitet av den upphandlade varan eller tjänsten.

Bolagen anför att kommunens utvärderingskriterier/kvalitetskriterier rätteligen/i praktiken skulle ha varit kvalificeringskriterier. Kommunen håller inte med om detta utan anser att utvärderingen har skett i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna, LOU och praxis. Utvärderingskriterierna är kopplade till den upphandlade tjänstens kvalitet. De är förutsebara och transparenta och har en tydlig koppling till föremålet för kontraktet.

Kommunen anser vidare att nivån på utvärderingskriterierna är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra utifrån den egna verksamhetens förutsättningar och behov. (se EU-domstolens dom C-448/01 Wienstrom

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-09-16Sida 6
4513-16
4586-16

Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1213-11 och Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 2344-11).

Kommunen anser att den valda utvärderingsmodellen är helt i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna. Att flera anbudsgivare uppfyller de urvals- och utvärderingskriterier som kommunen har ställt upp är en följd av att det finns många lämpliga aktörer på marknaden. Kommunen har i bilaga angett att lottnings kommer att tillämpas vid delad placering.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

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 iakttagas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Forvaltningsrättens bedömning

Av EU-domstolens praxis framgår att upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare krävs bl.a. att kriterierna har ett samband med kontraktets föremål.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2016-09-16Sida 7
4513-16
4586-16

Vidare följer sedan länge av praxis från EU-domstolen att leverantörs-kvalificering och anbudsutvärdering styrs av olika regler och inte får sammanblandas. Av EU-domstolens avgörande i mål nr C-532/06 Lianakis m.fl. framgår också att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Det föreligger därför hinder för en upphandlande myndighet att beakta anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet som utvärderingskriterier, när faktorerna utgör kriterier som avser anbudsgivarens förmåga att utföra arbetet, dvs. anbudsgivarens kvalifikationer.

De utvärderingskriterier som kommunen har ställt upp i upphandlingen avser i allt väsentligt förekomsten av serviceorganisation, antalet servicebilar, kundtjänst och om det hos leverantören finns en mervärdesskapande och kostnadsmedveten inköpsorganisation. Dessa kriterier måste enligt förvaltningsrättens mening huvudsakligen vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer, dvs. leverantörernas förmåga och kapacitet att utföra uppdraget, och inte till föremålet för kontraktet varför anbudsutvärderingen måste anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn. Utvärderingsmodellen vad avser "krav-nivån" och poängsättning samt avsaknaden av ett egentligt priskriterium kan inte heller anses vara så utformad att den varit ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen har också redan i förfrågningsunderlaget förutsett att lottning skulle kunna komma att avgöra tilldelning och rangordning i upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner att kommunens förfarande strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Det är sannolikt att bolagen genom det sätt på vilket upphandlingsprocessen genomförts lidit skada. Bristerna kan inte rättas till på annat sätt än att upphandlingen görs om.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2016-09-16

Sida 8
4513-16
4586-16

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



Ingela Larsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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