

LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN

DOM
2008-08-28
Meddelad i
Luleå

Mål nr
1246-08E

Reklamationsavdelningen
KONKURRENSVERKET

2008-08-29

Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Michael Andersson med firma Energiinfo, 610609-1611
Gjutarvägen 9
952 36 Kalix

MOTPART

Luleå kommun
971 85 Luleå

SAKEN

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

YRKANDEN M.M.

Luleå kommun (kommunen) har upphandlat Energi- och klimatrådgivning 2008. Totalt inkom tre anbud av vilka kommunen förkastade ett, Michael Anderssons med firma Energiinfo (nedan Energiinfo). Den 16 juni 2008 beslutade kommunen att tilldela Norrbottens Energikontor AB upphandlingskontraktet. Tilldelningsbesked skickades ut samma dag.

Energiinfo har ansökt om överprövning och anfört bl.a. följande: Luleå kommun har felaktigt bedömt hans anbud som orent. Orsaken till det är att han har angett under vilka tider han har tänkt utföra rådgivningsdelen av uppdraget. Inte på något ställe i dokumentationen för upphandlingen finns angett vilka tider som uppdraget ska utföras under. Därför var det med stor förvåning som han konstaterade att kommunen lyft in det kriteriet i utvärderingen. Utvärderingskriterierna måste framgå av dokumentationen för att säkerställa att alla behandlas lika. Om kommunen får lyfta in ett kriterium i efterhand så kan den välja vilken av anbudsgivarna den vill ha och hela upphandlingsprocessen blir ett spel för gallerierna. Inga krav har ställts för när uppdraget ska utföras och han har tänkt att kommuninvånarna i Luleå får mest ut av det på kvällstid då de flesta är lediga från jobbet och har tid

Dok.Id 48355

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849 971 26 Luleå	Skeppsbrogatan 41	0920-29 54 90 E-post: lansratteninorrbotten@dom.se http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottens_lan/	0920-29 54 98	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-16:00

att ringa. Det finns inget som säger att kommunala tjänster inte får utföras på kvällstid.

Kommunen har motsatt sig ansökan. För det fall länsrätten skulle anse att kommunen brutit mot LOU har kommen yrkat att upphandlingen ska göras om. Kommunen har anfört bl.a. följande: Det stämmer att kommunen i förfrågningsunderlaget inte ställt som kriterium att rådgivningen ska kunna ske under kontorstid. Anledningen till detta är helt enkelt att det varit fullständigt självklart för kommunen att en energirådgivning, på samma sätt som annan konsumentrådgivning av kommunen, i huvudsak ska kunna ges under dagtid på vardagar. Av 5 § förvaltningslagen framgår att myndigheten ska ta emot besök och telefonsamtal från enskilda. Vidare sägs att om särskilda tider för detta är bestämda så ska allmänheten underrättas om dem på lämpligt sätt. I förarbetena till lagen (prop. 1985/86:80 s. 21) framhöll departementschefen att det från allmänhetens synpunkt givetvis är en fördel om myndigheterna har möjlighet att ta emot besök och telefonsamtal under kontorstid utan begränsning till särskilda tider på dagen. Det visar att även departementschefen haft som utgångspunkt att myndigheten ska hålla öppet under dagtid och att det är inskränkningar i öppethållandetiden under dagen som myndigheten ska underrätta allmänheten om. Kommunen har även, efter utvärderingen, varit i kontakt med Energimyndigheten, som bl.a. hanterar stöd i olika former till kommunal energi- och klimatrådgivning, för att undersöka om det kan vara så att Luleå kommun har en avvikande uppfattning (jämfört med andra kommuners verksamhet) när det gäller att rådgivningen ska ges under dagtid. Energimyndigheten har då uppgett att det enligt deras uppfattning inte är lämpligt med rådgivning enbart under kvällar och helger. Den tillgänglighet som Energiinfo erbjuder under kontorstid är en dag/månad. Enligt kommunens uppfattning skulle antagandet av ett sådant anbud inte överensstämja med intentionen i förvaltningslagen att en myndighet ska ha möjlighet att ta emot besök och telefonsamtal under dagtid. Kommunen anser mot denna bakgrund att kravet på tillgänglighet i hu-

vudsak under kontorstid är så självklart att kommunen ska kunna förkasta ett anbud som inte uppfyller det kravet, trots att kommunen inte uttryckligen angett det i förfrågningsunderlaget. Det är inte rimligt att förfrågningsunderlaget ska behöva tyngas med uppgifter som redan är självklara. På samma sätt borde kommunen ha rätt att förkasta ett anbud som till exempel anger att energirådgivningen endast kommer att tillhandahållas på engelska utan att kommunen uttryckligen i förfrågningsunderlaget ställt kriteriet att informationen skall kunna lämnas på svenska språket. För det fall länsrätten skulle bedöma att kommunen brutit mot LOU anser kommunen att upphandlingen ska få göras om. Kommunen måste få tillfälle att komplettera förfrågningsunderlaget så att det säkerställs att rådgivningen i huvudsak ska tillhandahållas under kontorstid.

Energiinfo har genmält bl.a. följande: Alla har olika uppfattning om vad som är "fullständigt självklart". Upphandlingen ska vara tydlig och innehålla alla kommunens ska-krav och ingen ska behöva gissa sig till dem. Kommunens liknelse med anbud på engelska är att gå till ytterligheter. Han har inte angett att han kommer att ge råd under natttid. Han har angett tider som är bättre än dagtid eftersom en stor del av kommunmedborgarna i Luleå inte har möjlighet att ringa under dagtid. Nu ges de möjlighet att få rådgivning utan att behöva ta ledigt från jobbet eller smita undan för att ringa. Det är hans tolkning som bygger på tio års erfarenhet av energirådgivning. En viktig sak är även att upphandlingen inte avser en heltidstjänst utan x antal timmar, i hans fall 1 000 timmar. Detta räcker knappt till en halvtidstjänst och stor del av uppdraget, ca 25 procent, är ändå förlagt till kvällstid och helger. Även om rådgivningen sköts på dagtid innebär detta stora begränsningar i tillgänglighet. I förarbetena till förvaltningslagen sägs inget om att det är olämpligt med tjänster på kvällstid.

Genom interimistiskt beslut den 23 juni 2008 har länsrätten beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

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.

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 annon-

sen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 12 kap. 2 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten ska 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. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i annonsen om upphandlingen, förfrågningsunderlaget eller i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

Regeringsrätten har – såvitt gäller äldre LOU - i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 anfört bland annat följande: Lagen om offentlig upphandling, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. 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 tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så 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. ---- De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller 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.

Länsrättens bedömning

Prövningen enligt LOU utgör en kontroll av om det på grundval av de klagomål som sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 2 § LOU. Grund för att ingripa mot en upphandling föreligger först om det visas att förfrågningsunderlaget inte ger en tydlig och rättvisande bild av vad som efterfrågas, att utvärderingen gjorts med en påtaglig avvikelse från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget eller att anbudsgivare inte behandlats likvärdigt.

Det ska tydligt framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna antas (ska-krav). Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU om likvärdighet, ickediskriminering och öppenhet.

Enligt aktuellt förfrågningsunderlag utgör antal offererade timmar ett utvärderingskriterium. Av förfrågningsunderlaget framgår dock inte under vilka tider på dygnet som kommunen kräver att leverantören tillhandahåller timmarna. Enligt länsrättens mening är det inte så självklart att tjänsten i huvudsak ska utföras inom kontorstid att det kan anses som ett underförstått ska-krav. Genom att diskvalificera Energiinfo på en grund som inte framgår av förfrågningsunderlaget har kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Felet medför att Energiinfo lidit eller kan komma att lida skada.


Att i förfrågningsunderlaget utelämna när man vill få tjänsten utförd innebär en otydlighet för de leverantörer som vill lämna anbud. Kommunen har dessutom uppenbarligen haft för avsikt att aktuell tjänst ska tillhandahållas inom kontorstid varför förfrågningsunderlaget utformats bristfälligt även ur kommunens synvinkel. Med hänsyn härtill samt till att bristen hänför sig till upphandlingens uppsökande skede anser länsrätten att upphandlingen ska göras om.

Länsrätten noterar, till följd av aktuell utgång i målet, att domen även innebär ett omedelbart förbud för kommunen att fortsätta upphandlingen (se RÅ ref. 17)

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att Luleå kommuns upphandling avseende Energi- och klimatrådgivning 2008 ska göras om.

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


Eva Beselin



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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.