



**LÄNSRÄTTEN I
VÄSTERNORRLANDS LÄN**

Länsrättsnotarien K Göransson

DOM

2008-03-14

Meddelad i

Härnösand

Mål nr

418-08 E

Grupp 2

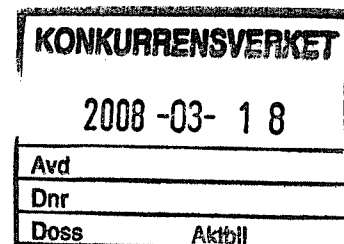
SÖKANDE

Aktiebolaget Svenska Shell, 556011-2111
Gustavslundsvägen 18
167 80 Bromma

Ombud: Advokaten Ola Wiklund och jur. kand. Alexander Gottsén
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall



SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

Sundsvalls kommun, som genomför upphandling av biodrivmedel, dnr UH-07-117, har enligt tilldelningsbeslut den 4 februari 2008 beslutat att avtal kommer att tecknas med Energifabriken i Östergötland AB, Framtidsbränslen Sverige AB och OKQ8 AB. Ramavtal kommer att tecknas tidigast den 25 februari 2008. Upphandlingen genomförs som förenklad upphandling.

Länsrätten beslutade den 25 februari 2008 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutas.

Aktiebolaget Svenska Shell (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget följande.

Utvärderingskriterierna

Vare sig LOU eller relevanta EG-direktiv innehåller några formregler för hur en utvärdering ska gå till. För att kunna lämna ett väl avvägt anbud måste dock varje anbudsgivare redan av förfrågningsunderlaget kunna utläsa hur olika krav kommer att värderas av den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten måste redan från början göra klart för sig hur olika omständigheter kommer att värderas i ekonomiska termer. Prövningen av anbuden i det aktuella fallet ska enligt förfrågningsunderlaget ske enligt principen om det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet med hänsyn till kriterierna miljöpåverkan, pris och tankställen. Bedömningen ska ske utifrån anbudsgivarens skriftliga redogörelse i anbudet. Viktning av utvärderingskriterierna saknas, vilket skapar utrymme för den upphandlande enhetens godtycke och subjektiva värderingar. Detta är dock inte tillåtet. Av

Dok.Id 37925

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314	Backgränd 9	0611-34 98 00	0611-34 98 10	måndag – fredag
871 27 Härnösand		E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

artikel 53.2 i direktiv 2004/18/EG (det klassiska direktivet) framgår att den upphandlande enheten ska ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det mest fördelaktiga. Av EG-rätten framgår att direktivet har direkt effekt i Sverige sedan den 1 februari 2006 då övergångsperioden för införandet löpt ut. Bestämmelsen är därför ovillkorlig, dvs. den kan tillämpas utan att det måste vidtas kompletterande åtgärder eller införas nya regler. Av förarbetena till LOU och av praxis framgår att reglerna för prövning av upphandlingar under tröskelvärdena inte ska skilja sig från motsvarande prövning av upphandlingar över tröskelvärdena. Mot bakgrund av detta har artikel 53.2 direkt effekt och den upphandlande enheten har därför varit skyldig att ange hur de olika kriterierna skulle viktas inbördes. Endast i fall där viktning inte är möjlig får den upphandlande enheten avstå härifrån. Detta innebär att anbudsgivaren inte närmare kan bedöma hur denne ska formulera sitt anbud i förhållande till de styrkor och svagheter det har i relation till förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier. Sundsvalls kommun har anfört att om ett bolags anbud inte uppfyller det viktigaste utvärderingskriteriet måste anbudet vad gäller övriga uppställda kriterier i fallande skala vara betydligt mer förmånligt på dessa punkter, t.ex. genom väsentligt lägre pris. Anbudsgivaren kan dock inte på egen hand beräkna vad som utgör ett sådant "väsentligt lägre pris" då det saknas information om hur utvärderingen ska gå till. Ett förfrågningsunderlag som inte är klart och tydligt åsidosätter principerna om förutsebarhet och öppenhet och affärsmässighet och innebär en överträdelse av 1 kap. 4 § LOU. Endast det förhållande att kriterierna rangordnats kan inte anses medföra förutsebarhet i tillräcklig grad för att kravet på affärsmässighet ska anses uppfyllt. Bristen medför en skada för bolaget. Det krävs härvid inte att bristerna i upphandlingen medför att bolaget inte vinner för att åtgärder enligt LOU ska kunna vidtas. Även anbudsgivare som inte deltagit i en upphandling kan enligt praxis komma att lida skada av att den upphandlande enheten inte iakttar tillämpliga regler.

Framtida produkter

Av tilldelningsbeslutet framgår att Framtidsbränslen och OKQ8 inom kort kommer att "kunna leverera drivmedel med högre inblandning (har idag 5 procent) av förnyelsebara tillsatser i sina drivmedel". OKQ8 säljer idag inte Diesel/ECO20. Det framgår inte i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare har rätt att erbjuda produkter som de för närvarande inte saluför. Av förfrågningsunderlaget framgår inte heller att kommunen vid utvärderingen av kriteriet miljöpåverkan kommer att väga in anbudsgivares framtida produktsortiment. Kommunen har härigenom tagit hänsyn till förhållanden som inte efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Att tillåta anbudsgivare att lämna anbud innehållande produkter de för närvarande inte tillhandahåller utan att ange detta i förfrågningsunderlaget strider mot principen om lika-behandling och förutsebarhet.

Kriteriet miljöpåverkan

Sundsvalls kommun har vid utvärderingen av kriteriet miljöpåverkan åsatt bolagets anbud noll procent i fråga om procentuell inblandning av förnyelsebart drivmedel samt noll procent i minskade utsläpp. Branschstandard bland svenska petroleumföretag vad avser inblandning av förnyelsebara drivmedel är 5 procent, minskade utsläpp med 5 procent samt minskade partiklar/sot med 5 procent. Bolaget har erbjudit denna standard, detsamma som OKQ8 erbjudit, om man bortser från dess framtida produktsortiment.

Sundsvalls kommun bestrider att upphandlingen ska göras om och anför följande.

Utvärderingskriterierna

Vid förenklad upphandling uppställs inte något krav i LOU på att viktningsskriterier ska anges. Det är fullt tillräckligt att de olika utvärderingskriterierna rangordnas. Av förfrågningsunderlaget framgår att inkomna anbud ska prövas enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till miljöpåverkan, pris och tankställan. Det framgår även att kriterierna angetts efter angelägenhetsgrad med det viktigaste kriteriet först. Detta är tydligt nog. Den upphandling som tvisten avser är en förenklad upphandling. Den har därmed genomförts i enlighet med de bestämmelser som avser upphandlingar som understiger tröskelvärdena. Enligt artikel 7 i det klassiska direktivet gäller direktivet endast upphandlingar som beräknas uppgå till belopp som överstiger angivna tröskelvärden. Inget av de angivna undantagen är tillämpliga i detta fall och den aktuella upphandlingen omfattas således inte av direktivets tillämpningsområde. Det är således inte möjligt att hänvisa till att en viss bestämmelse i direktivet har direkt effekt. Det saknar sålunda betydelse huruvida artikel 53.2 har direkt effekt eller inte.

Framtida produkter

Kommunen vitsordar att Framtidsbränslens produkt Paradiesel 25 och OKQ8:s produkt Diesel ECO20 utgör framtida produkter och att dessa felaktigt tagits med vid utvärderingen. Av utvärderingsprotokollet framgår dock att bolagets anbud vid utvärderingen av kriteriet miljöpåverkan åsatts noll procent i fråga om procentuell inblandning av förnyelsebart drivmedel samt noll procent i minskade utsläpp. Framtidsbränslens och OKQ8:s anbud, bortsett från de framtida produkterna, innehåller produkter som vid utvärderingen angivits ha viss procentuell inblandning av förnyelsebart drivmedel och som medför minskade utsläpp. Dessa anbud ska således rangordnas högre än bolagets anbud, även om man bortser från de framtida produkterna. Om ett av bolagen lämnat ett anbud på en produkt som inte innehåller några egenskaper alls som kan hänföras till det viktigaste utvärderingskriteriet måste anbudet vara betydligt mer förmånligt avseende övriga uppställda kriterier, t.ex. genom att erbjuda ett väsentligt lägre pris. Bo-

lagets anbud är inte på något sätt bättre, vare sig avseende pris eller antal tankställen. Bolaget har således inte varit i position att erhålla något avtal före Framtidsbränslen eller OKQ8 i den aktuella upphandlingen. Därmed har bolaget inte lidit någon skada.

Kriteriet miljöpåverkan

Bolaget har i sitt anbud inte redovisat några faktorer hänförliga till det viktigaste utvärderingskriteriet. Bolaget har först i länsrätten påstått att deras produkt visst besitter sådana egenskaper. Det framstår därför som klart att bolaget inte skulle ha utformat sitt anbud på något annat sätt, oavsett om det funnits viktighetskriterier i förfrågningsunderlaget eller inte. Bolaget har därför inte lidit någon skada.

DOMSKÄL

Aktuella bestämmelser

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling träder i kraft från och med den 1 januari 2008. Enligt andra punkten av övergångsbestämmelserna ska den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Tillämplig lag i målet är således lagen 1992:1528 och fråga är om förenklad upphandling enligt denna lag.

Enligt 7 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 6 kap. 12 § första stycket LOU framgår att en upphandlande enhet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Av andra stycket följer att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten ska i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Utvärdering

Fråga om tillämpligt regelverk.

Bolaget har anfört att art. 53.2 i det klassiska direktivet (2004/18/EG) föreskriver att upphandlande enheter är skyldiga att vikta utvärderingskriterierna. Vidare anför bolaget att direktivet har direkt effekt sedan den 1 februari 2006 till följd av EG-rättsliga regler och att den upphandlande enheten därför varit skyldig att tillämpa regeln vid upphandlingen.

Av art. 7 i det klassiska direktivet framgår att direktivet ska tillämpas på offentliga kontrakt vars värde överstiger angivna tröskelvärden. Den aktuella upphandlingen understiger dessa tröskelvärden. Länsrätten finner därför att direktivets regler inte är direkt tillämpliga i nu aktuellt fall. Av beaktandesats 2 i direktivet framgår dock att även för upphandlingar som inte alls eller inte till fullo omfattas av direktivet gäller att grundläggande gemenskapsrättsliga principer ska iakttas (se även SOU 2006:28 s. 239).

Fråga om förfrågningsunderlagets utformning.

Den upphandlande enheten ska anta antingen det anbud som har det lägsta priset eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om den upphandlande enheten väljer det senare alternativet måste det framgå av förfrågningsunderlaget vilka omständigheter som läggs till grund för utvärderingen. Regeringsrätten har uttalat följande angående förfrågningsunderlagets utformning. 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 (RÅ 2002 ref. 50).

Av förfrågningsunderlaget i den nu aktuella upphandlingen framgår följande under rubriken "Utvärderingskriterier". I utvärderingsfasen kommer prövning att ske enligt principen det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till miljöpåverkan, pris, tankställen. – Vidare framgår följande under rubriken "Beskrivning av utvärderingskriterierna". Miljöpåverkan, här kommer vi att ta med hur stor procentuella inblandningen av förnyelsebart drivmedel är samt vilka utsläpp produkten har. Pris, här är det offererade priset samt hur priset kommer att regleras över tiden. Tankställen, här kommer vi att väga in om ni kan erbjuda några tankställen i Sundsvalls kommun. Kriterierna anges efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste kriteriet först. Bedömningen kommer att ske utifrån anbudsgivarens skriftliga redogörelser i anbudet.

LOU saknar ett uttryckligt krav på att den upphandlande enheten ska vikta utvärderingskriterierna eller t.ex. ange en procentsats avseende deras inbör-

des förhållande. Av 6 kap. 12 § LOU framgår dock att omständigheterna, om möjligt, ska anges efter angelägenhetsgrad i fallande ordning.

Av lagkommentaren till 6 kap. 12 § LOU (Hentze och Sylvén, s. 333) framgår följande angående rangordning och viktning. Normalt torde det vara möjligt att rangordna omständigheterna. För att kunna göra en rättvisande utvärdering bör enheten också vikta omständigheterna och vid utvärderingen ha en metod för betygssättning av de olika kriterierna. Vidare måste de olika omständigheterna preciseras. Det är således normalt inte tillfyllest att endast ange en omständighet, såsom t.ex. kvalitet, utan att ange vilka kvalitetskrav som åsyftas, med om möjligt mätbara mått och värden, som efterfrågas eller inte tillåts. Någon fri prövningsrätt med någon allmänt sammantagen bedömning kan inte anses vara en objektiv bedömning som står i överensstämmelse med regelverket.

Nämnden för offentlig upphandling har kommenterat saken på följande sätt (NOU Info 1996, s. 20). Enligt LOU ska kriterierna *om möjligt* anges efter angelägenhetsgrad med det viktigaste först. Detta ska läsas restriktivt, dvs. endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från detta. Det är NOU:s uppfattning att rangordningen emellertid måste ha gjorts av den upphandlande enheten innan anbuden ska jämföras. För att åstadkomma en rättvis jämförelse av anbuden krävs ofta också någon form av viktning och betygssättning av kriterierna. För att anbudsgivarna ska kunna lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt, är det angeläget att en sådan viktning och betygssättning framgår av förfrågningsunderlaget. För en upphandlande enhet kan det ofta vara nödvändigt att göra klart för sig hur rangordning, viktning och betygssättning ska ske, innan förfrågningsunderlaget slutligen utformats. Härigenom tvingas enheten att tänka igenom vad som är nödvändigt och viktigt för den aktuella upphandlingen.

Reglerna i LOU anger att utvärderingskriterier om möjligt ska anges i fallande ordning. Detta innebär dock inte att det i varje fall är tillräckligt med en rangordning, även om lagen inte uttryckligen kräver en viktning. Således kan enbart en rangordning godtas endast i de fall där detta är tillräckligt för att tydliggöra vilka utvärderingskriterier som är aktuella och hur dessa står i förhållande till varandra. Det huvudsakliga syftet och de bärande principerna bakom reglerna om offentlig upphandling måste beaktas (jfr beaktandsats 2 i det klassiska direktivet). Vid tolkning av reglerna i 6 kap. LOU måste det därför stå domstolarna fritt att söka ledning i avgöranden och förarbeten som rör upphandlingar över tröskelvärdena.

Länsrätten finner således att om inte kriterierna viktas måste i övrigt sådan information ges att anbudsgivarna får klart för sig efter vilka principer utvärderingen kommer att ske.

I den nu aktuella upphandlingen har kommunen visserligen rangordnat utvärderingskriterierna med det viktigaste kriteriet först. Av kommunens yttrande i målet framgår att ett anbud som saknar egenskaper som kan hänföras till det viktigaste utvärderingskriteriet måste offerera t.ex. väsentligt lägre pris för att erhålla kontraktet. Förfrågningsunderlaget visar dock inte på ett godtagbart sätt hur det viktigaste kriteriet förhåller sig till de övriga kriterierna. Inte heller framgår det som kommunen angett i sitt yttrande, hur ett väsentligt lägre pris förhåller sig till miljöpåverkan. Då denna information saknas har anbudsgivarna inte givits möjlighet att anpassa sina anbud utifrån utvärderingskriteriernas inbördes förhållande och t.ex. erbjuda ett sådant väsentligt lägre pris. Kommunen har således inte gjort klart för anbudsgivarna hur den inbördes värderingen skulle komma att ske utan synes i stället ha tillämpat en fri prövningsrätt med en allmänt sammantagen bedömning. Länsrätten finner mot bakgrund härav att förfrågningsunderlaget är så otydligt att det brister i förutsebarhet. Detta har i sin tur medfört att utvärderingen strider mot de grundläggande kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Kommunen har således brutit mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och upphandlingen ska därför göras om.

Framtida produkter och skada

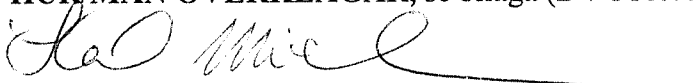
Bolaget har gjort gällande att kommunen utvärderat andra anbudsgivares produkter som ännu inte saluförs. Kommunen har vitsordat detta förhållande och har å sin sida anfört att bolaget ändå inte kunnat komma i fråga för kontraktet och således inte lidit skada.

Det övergripande syftet bakom bestämmelserna i 7 kap. 1-2 §§ är att garantera affärsmässighet och därmed undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster. Bestämmelserna syftar inte till att garantera enskilda anbudsgivare någon rätt till avtal. Vid skadeprovningen i ett mål kan det därför inte krävas att de brister som konstaterats faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att anbudsgivaren inte vinner upphandlingen för att åtgärder enligt LOU ska komma i fråga. Rättelse skulle därför i och för sig ha gjorts av utvärderingen på så sätt att framtida produkter inte skulle ha medtagits vid utvärderingen. Eftersom upphandlingen ska göras om föranleder dock detta ingen länsrättens vidare åtgärd.

DOMSLUT

Länsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om med beaktande av vad som anförts om förfrågningsunderlagets utformning.

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


Kerstin Widmark