



KLAGANDE

Bogfelts Installationer och Entreprenad AB, 556369-4925

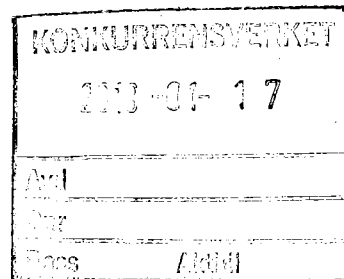
Ombud: Advokaterna Catharina Baerselman och David Nilsson
Bird & Bird Advokat KB
Box 7714
103 95 Stockholm

MOTPART

Sigtuna kommun
195 85 Märsta

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 28 november 2012
i mål nr 5165-12, se bilaga A



SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

BAKGRUND

Sigtuna kommun (kommunen) har genomfört en upphandling benämnd ”Drift och underhåll offentlig belysning”, dnr UH-2012-174, genom förenklat förfarande. Sedan kommunen genom tilldelningsbeslut den 25 september 2012 beslutat att anta anbudet från Bogfelts Installationer och Entreprenad AB (bolaget) ansökte Vattenfall Services Nordic AB (Vattenfall) hos förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten fann att kommunen, genom att upphandlingsmodellen brast ifråga om transparens och förutsägbarhet samt stred mot likabehandlingsprincipen, genomfört upphandlingen i strid med 1 kap. 9 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, vilket medfört att Vattenfall lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Förvaltningsrätten beslutade därför att bifalla ansökan om överprövning på så sätt att upphandlingen skulle göras om.

YRKANDEN M.M.

Bolaget överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd samt, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår Vattenfalls yrkande om att upphandlingen ska göras om, alternativt återförvisar målet till förvaltningsrätten för förnyad prövning. Till stöd för sin talerätt anför bolaget bl.a. följande. Förvaltningsrättens dom att upphandlingen ska göras om innebär att bolaget går miste om kontraktet och har därför en sådan betydelse för bolagets ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen att den angår bolaget i den mening som avses i 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. Domen har en sådan innebörd att den är att jämföras med en dom om rättelse enligt vilken vinnande anbud ska förkastas (jfr HFD 2011 ref. 29) eller en dom enligt vilken en leverantörs avtal ska ogiltigförklaras (jfr Kammarrätten i Göteborgs beslut den 2 juli 2012 i mål nr 2262-12). Förvaltningsrättens beslut att upphandlingen ska göras om har en precis

och påtaglig betydelse för bolaget (jfr HFD 2012 ref. 2). Kommunen har i aktuell upphandling inte brutit mot LOU. Om bolaget inte skulle anses ha rätt att överklaga förvaltningsrättens dom fråntas bolaget sin rätt att få dessa omständigheter prövade. En leverantör som sålunda i högsta grad påverkas av domen skulle vara helt beroende av huruvida kommunen väljer att överklaga. Vattenfalls ansökan angår vidare bolaget på ett sådant sätt att förvaltningsrätten borde ha kommunicerat ansökningen med bolaget enligt 10 § FPL och gett bolaget tillfälle att yttra sig.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

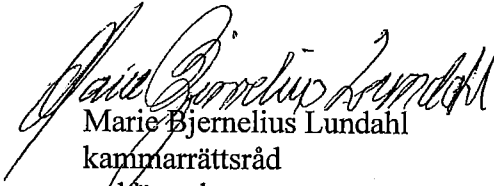
Kammarrätten har att ta ställning till om bolaget som vinnande anbudsgivare har talerätt i målet. I LOU finns inte några särskilda bestämmelser om överklagande. Reglerna i FPL blir därför tillämpliga. Enligt 33 § FPL får förvaltningsrättens beslut överklagas av den det angår, om det gått honom emot.

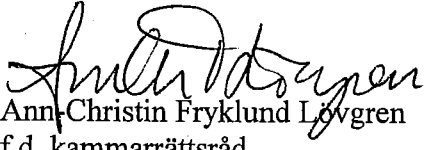
Frågan om talerätt i mål om offentlig upphandling har behandlats av Högsta förvaltningsdomstolen i ett flertal domar. Av praxis (RÅ 2002 ref. 5, HFD 2011 ref. 29, HFD 2011 ref. 85 och HFD 2012 ref. 2) framgår att för talerätt krävs bl.a. att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.


I detta mål har förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen ska göras om. Ett sådant förordnande innebär varken att upphandlingen avbryts eller att någon annan leverantör utpekats som vinnare eller att någon exkluderas från det vidare förfarandet. Ett nytt tilldelningsbeslut är vidare överprövningsbart av var och en som anser sig berörd i den mening som anges i 16 kap. 4 § LOU. Även med beaktande av vad bolaget anfört finner kammarrätten därmed att förvaltningsrättens avgörande inte har en

sådan betydelse för bolaget som anbudsgivare i en pågående upphandling att avgörandet kan anses angå det i den mening som avses i 33 § FPL. Mot bakgrund av vad som redovisats har bolaget inte rätt att överklaga förvaltningsrättens dom till kammarrätten. Bolagets överklagande ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Marie Bjernelius Lundahl
kammarrättsråd
ordförande


Ann-Christin Fryklund Lövgren
f.d. kammarrättsråd
referent


Karl Rahm
föredragande



Bilaga A.

SÖKANDE

Vattenfall Services Nordic AB, 556417-0859

Ombud:

Ola Sundberg
Vattenfall Services Nordic AB
169 92 Stockholm

MOTPART

Sigtuna kommun
195 85 Märsta

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Sigtuna kommuns upphandling benämnd "Drift och underhåll av offentlig belysning i kommunen", dnr UH-2012-174

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Sigtuna kommun (härefter kommunen) har genomfört en upphandling benämnd "Drift och underhåll av offentlig belysning i kommunen, dnr UH-2012-174" (härefter upphandlingen) genom förenklat förfarande. Vattenfall AB (härefter bolaget) har lämnat ett anbud i upphandlingen. Genom tilldelningsbeslut fattat den 25 september 2012 har kommunen beslutat, utifrån utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet, att anta anbud från annan leverantör. Bolaget har nu begärt överprövning av upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Den poängskala (0-400 000 kronor) kommunen har använt vid utvärderingen av anbud strider mot likabehandlings- och transparensprincipen enligt LOU. Innebörden av de omdömen som används i poängskalan anges inte. Det saknas således en objektiv måttstock att förhålla sig till och det förefaller som om utvärderingen har kunnat ske helt godtyckligt. Det följer av praxis att poängskalor med oprecisa värderingskriterier strider mot gällande rätt (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgörande mål nr 6996-12 och Kammarrätten mål nr 2295-09). Bolaget har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada på grund av kommunens utvärderingsmodell.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Kommunens upphandling strider inte mot LOU. I vart fall anses upphandlingen godtagbar utifrån de krav som uppställs i praxis (jfr RÅ 2002 ref 50). Utvärderingen har mynnat ut i att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I sin bedömning har kommunen tagit hänsyn till tilldelningskriterierna pris och kompetens. Bedömningen av kompetens skedde utifrån en genomförandebeskrivning. Anbudsgivarna medgavs prisavdrag enligt ett antal olika omdömen av genomförandebeskrivningen. Eftersom

bolaget inte upplevt förfrågningsunderlaget som otydligt under anbudstiden kan bolaget omöjligen ha upplevt förfrågningsunderlaget så pass otydligt som det gör gällande i sin ansökan. Enbart den anledningen att en leverantör inte utses som vinnande anbudsgivare utgör inte i lagens mening grund för att en leverantör lider skada då kontraktet går till ett annat företag.

Bolaget vidhåller sin inställning och genmäler bl.a. följande. Kommunen har anfört att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten träds för när. Bolaget anför att det är just dessa principer som träts för när i kommunens upphandling genom en oklar och godtycklig utformning av genomförandebeskrivningen kopplad till en viss poängsättning.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling och dess utformning av utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdig och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Om den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Bolaget har anfört att kommunens utvärderingsmodell av tilldelningskriteriet kompetens strider mot likabehandlings- och transparensprincipen på

grund av godtyckligt utformade omdömen. Kommunens inställning är att utvärderingsmodellens utformning är godtagbar utifrån de krav som följer av praxis (RÅ 2002 ref. 50).

EU-domstolen har i en rad avgöranden gjort bedömningar av tilldelningskriteriers förenlighet med principerna om likabehandling och transparens. EU-domstolen har prövat frågan om en upphandlande myndighets möjlighet att fritt välja tilldelningskriterier i bl.a. mål C-19/00 SIAC Construction Ltd. I målet hade den upphandlande myndigheten uppställt ett tilldelningskriterium som innebar att upphandlande myndighet skulle låta inhämta ett expertutlåtande för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Domstolen konstaterade bl.a. följande i målet. Det står den upphandlande myndigheten fritt att välja tilldelningskriterier så länge dessa inte medför att upphandlande myndighet ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt och så länge tilldelningskriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Tilldelningskriterier ska vara formulerade på sådant sätt i kontraktshandlingarna att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt under hela upphandlingsprocessen. Tilldelningskriterier ska i alla viktiga avseenden grundas på objektiva omständigheter. Eftersom en utvärderingsmodell används för att utvärdera tilldelningskriterier kan avgörandet tillämpas analogt med avseende på vilka krav som en utvärderingsmodell måste uppfylla.

Av handlingarna i målet framgår att kommunen i sin bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet låtit utvärdera anbudens pris och kompetens i fallande prioritetsordning. Tilldelningskriteriet kompetens har utvärderats enligt bl.a. följande underkriterier: organisation med arbets- och ansvarsfördelning, tekniska resurser, dokumentationshantering som skulle anges i genomförandebeskrivning. Genomförandebeskrivningen har sedan utvärderats enligt följande utvärderingsmodell.

- En torftig eller enkel allmän beskrivning har medfört 0 kr i prisavdrag.
- En bred omfattande men allmän beskrivning har medfört 100 000 kr i prisavdrag.
- En bred och för förfrågan anpassad beskrivning har medfört 200 000 kr i prisavdrag.
- En väl omfattande för förfrågan anpassad och betryggande beskrivning har medfört 300 000 kr i prisavdrag.
- En mycket omspannande saklig och förtroendeingivande samt för förfrågan anpassas beskrivning har medfört 400 000 kr i prisavdrag.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett vilket prisavdrag respektive omdöme av genomförandebeskrivningen gett upphov till. Av handlingarna i målet framgår vilket omdöme och vilket prisavdrag respektive anbudgivare har erhållit. Förfrågningsunderlaget anger vägledning om vad genomförandebeskrivningen ska innehålla men däremot lämnas ingen ledning om vilka omständigheter som tillmäts betydelse för erhållande av ett visst omdöme. Handlingarna i målet anger inte heller vilka omständigheter som mynnat ut i ett visst omdöme under anbudsutvärderingen. Som konsekvens av det har anbudsgivarna inte med ledning av kontraktshandlingarna kunnat utläsa hur anbudsutvärderingen skulle gå till/har gått till för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbudsgivarna har därför inte kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Upphandlingsmodellen brister således ifråga om transparens och förutsebarhet, vilket mynnat ut i att upphandlande myndighet haft en obegränsad valfrihet vid tilldelningen av kontrakt. Denna utvärderingsmodell som mynnat ut i direkt valfrihet för upphandlaren myndighet vid tilldelning av kontrakt, strider likväl mot likabehandlingsprincipen, eftersom myndigheten haft utrymme att behandla leverantörerna olika. Kommunen har således genomfört upphandlingen i strid med 1 kap. 9 § LOU, vilket medfört att bolaget lidit eller i

vart fall riskerat att lida skada. Felet är av sådan beskaffenhet att upphandlingen ska göras om.

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



Annika Lowén

rådman

Målet har handlagts av Kristine Nilsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

