



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

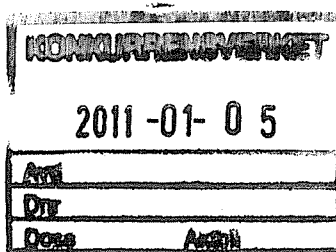
DOM
2010-12-29
Meddelad i
Västerås

Mål nr
6577-10 E
Enhet 2

ANMÄLARE

Naturskog AB, 556620-8012
Ströms gård
195 95 Rosersberg

Ombud: Jesper Burman
c/o Jesper Burman Juristbyrå
Skogsvägen 52
122 63 Enskede



MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Uppsala kommuns upphandling av skogsbrukartjänster, dnr 09-089/044.945, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 29 september 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M M

Uppsala kommun (kommunen) har genomfört en förenklad upphandling avseende skogsbrukstjänster, dnr 09-089/044.945. Kommunen meddelade i tilldelningsbeslut den 31 maj 2010 att Naturskog AB (bolaget) uteslutits från upphandlingen. Bolaget ansökte om överprövning hos Förvaltningsrätten i Uppsala och enligt dom den 10 augusti 2010 (mål nr 4503-10) förordnade förvaltningsrätten att rättelse skulle göras och att bolaget skulle beaktas vid ny utvärdering. Den 23 september 2010 meddelade kommunen

Dok.Id 18407

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|-----------------|-----------------|--|--------------|----------------------------|
| Box 1001 | Sigurdsgatan 22 | 018-16 73 00 | 021-13 20 25 | måndag – fredag |
| 721 26 Västerås | | E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se | | 08:30-12:00 13:00-16:30 |

i nytt tilldelningsbeslut att bolagets anbud ånyo förkastats och att upphandlingen tillfallit Skogssällskapets Förvaltning AB.

Bolaget ansöker om överprövning av kommunens upphandling och yrkar, såsom bolaget slutligen bestämt sin talan, att upphandlingen ska göras om och att förfrågningsunderlaget förtydligas. Till stöd för talan anför bolaget bl.a. följande.

Bolaget har i sitt anbud uppfyllt samtliga ”skall-krav” för att anses vara kvalificerat och kommunens förfrågningsunderlag strider mot principen om transparens och förutsägbarhet om sökandens anbud inte utvärderas (se Kammarrätten i Jönköpings dom, mål nr 2186-05). Vidare har kommunen angivit vaga förutsättningar för hur utvärdering ska ske av utvärderingskriteriet ”organisationen”. Slutligen har det för anbudsgivarna inte kunnat förutses hur kommunen värderar kompetens och yrkeserfarenhet (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom, mål nr 2295-09). Kommunen har i sitt nya tilldelningsbeslut den 23 september 2010 uteslutit bolaget på samma grund som förvaltningsrätten prövade i dom med mål nr 4503-10, varför saken sedan tidigare kan synas vara prövad. Kommunen har gjort gällande att bolaget lämnat en oren accept. De krav som ställs på en anbudsgivare bör rimligen anses vara minimikrav. Enligt 6 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område är en så kallad oren accept ett svar om att anbudet antages med tillägg, inskränkningar eller förbehåll. I de fall motparten i sitt svar accepterar anbudet men inte gör något förbehåll, inskränkning eller tillägg i den bemärkelsen att det skulle innebära en reservation kan det för den skulle inte anses som en oren accept. Bolaget har fullt ut accepterat kommunens villkor.

Det kommunen har angivit i förfrågningsunderlaget beträffande försäljning av timmer, massaved och flis är att det ska ske på marknadsmässiga grunder till så fördelaktiga priser som möjligt. Att bolaget erbjudit kommunen ett fast pris i tillägg till det marknadsmässiga priset per försåld

kubikmeter, kan därmed rätteligen inte ligga till grund för att uteslutas från en utvärdering av anbudet. Om så vore fallet saknas väsentliga uppgifter för det i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har i yttrande den 19 oktober och den 2 november 2010 ytterligare anfört bl.a. följande. Provisionen mellan köparen av skogen och den som förmedlar affären, i detta fall uppdragstagaren, tillfaller enligt branschpraxis förmedlaren. Den kan därmed inte anses som en intäkt eftersom den inte normalt tillfaller skogsägaren. Kommunen har inte varit tillräckligt tydlig i förfrågningsunderlaget att ett eventuellt pristillägg ska ingå i intäkter. Av förfrågningsunderlaget framgår endast att virket ska säljas till ett så fördelaktigt pris som möjligt. Kommunen har inte genom att skriva ”alla intäkter ska tillfalla kommunen” besvarat bolagets fråga om vem pristillägg ska tillfalla. Frågan är avgörande för hur man ska beräkna värdet av upphandlingen. Kommunens krav på anbudsgivaren var att uppdragstagaren skulle tillhandahålla administration till ett offererat fast pris per år. Därtill skulle uppdragstagaren erbjuda avverkning, gallring och flisning till självkostnadspris samt stå för kreditrisken. Om pristillägget därutöver skulle tillfalla kommunen innebär det att anbudsgivaren inte skulle få någon förtjänst förutom vad som eventuellt blir över på administrationsarvodet.

Förfrågningsunderlaget har så allvarliga brister att upphandlingen ska göras om. Punkt 1.5 ”Uppdraget” i förfrågningsunderlaget är så otydligt formulerat att det för anbudsgivaren inte kan anses klart vilka villkor som gäller. Första punkten ”Avverkning/gallring/flisning till anbudsgivarens självkostnadspris, motsvarande vad andra likvärdiga anbudsgivare betalar för jämförbar tjänst” saknar erforderliga krav på att förfrågningsunderlaget ska vara transparent och förutsägbart. Kommunen ger sig i och med detta själv rätt att efter anbudet inkommit sätta vilket pris som ska anses vara ”självkostnadspris” utan att anbudsgivaren har någon möjlighet att veta på förhand vilket pris detta är. Det är också tveksamt hur kommunens ut-

värdering utifrån det ”ekonomiskt mest fördelaktiga” anbudet kan åstadkommas om inte kostnader för utförandet av uppdraget tas med. Den enda kostnad som anbudsgivaren har kunnat konkurrera med är administrationsarvodet. Kommunens otydlighet om villkoren för försäljning av virket och vilka förutsättningar som gäller har varit till skada för de anbudsgivare som lämnat anbud och de anbudsgivare som ha avstått på grund av detta.

Vad gäller utvärderingskriteriet ”organisation”, har kommunen angett att utvärderingskriterierna kommer poängsättas utifrån de anbud som kommer in. Poängsättning av dessa kriterier kan inte baseras på övriga anbud om en anbudsgivare ska kunna veta hur modellen poängsätts. En utvärdering av organisation och kompetens enligt nu använd modell blir oförutsägbar och poängsättningen helt godtycklig vilket är i strid med principerna för LOU. Det kan därför inte uteslutas att anbudsgivaren inte lidit skada p.g.a. detta eller att kriterierna varit konkurrensbegränsande. Eftersom det finns förutsättning för att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten förbisets kan förfrågningsunderlaget inte ens godtas enligt rättspraxis (RÅ 2002 ref. 50). Slutligen borde utvärdering av organisation och kompetens höra till kvalificeringsfasen och det är därför högst tveksamt om det går att göra så som kommunen gjort, jfr C-532/06 EG-domstolen.

Kommunen bestrider bifall till bolagets talan. Till grund härför anförs bl.a. följande. Det fasta pristillägget som bolaget offererade strider mot ”skall-kravet”. När leverantören för kommunens räkning säljer virke till den enskilde köparen styrs pristillägget enligt branschpraxis av förhandling med köparen vid det enskilda tillfället. Det finns således ingen fast prislista avseende pristillägg på virke utan pristillägget är beroende av hur bra leverantören är på att förhandla. Pristillägget kan därför skilja mellan de olika köparna. Pristilläggen varierar också beroende på vilket slags virke som säljs. Bolaget har genom sitt fasta pristillägg avhänt sig möjligheten att vid varje enskild försäljning få så fördelaktiga priser som möjligt och har därmed inte uppfyllt ”skall-kravet” under punkt 1.5 i anbudsinvitan.

Kommunen har på fråga från bolaget uppgett att samtliga intäkter ska tillfalla kommunen. Till stöd härför åberopas en s.k. skärmdump från Allego från den 9 april 2010.

Vad gäller självkostnadspris har kommunen ombett anbudsgivarna att ange sitt självkostnadspris. Denna kostnad utvärderas dock inte och har därmed inte haft någon inverkan på kommunens tilldelningsbeslut. Kommunens utvärdering framgår av punkt 2.2. i förfrågningsunderlaget.

Kommunen är av den uppfattning att det inte finns något hinder mot att göra utvärdering av organisationen på sätt som gjorts eftersom det varit ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Om rätten skulle finna att den tillämpade utvärderingsmodellen inte är optimalt utformad får den godtas eftersom de eventuella bristerna inte varit av sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet åsidosatts

DOMSKÄL

I målet är fråga om en sådan upphandling understigande de i SFS 2010:53 angivna tröskelvärdena på vilken bestämmelserna i 15 kap. LOU är tillämpliga (förenklad upphandling).

Härutöver gäller även – såvitt är av betydelse i målet – 1 kap. och 16 kap. LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010.

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 omömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bland annat att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas, såvitt nu är av intresse, följande. Om den upphandlande enheten 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.

Av förfrågningsunderlaget punkt 1.5 framgår att uppdraget omfattar

1. avverkning/gallring/flisning till anbudsgivarens självkostnadspris, motsvarande vad andra likvärdiga anbudsgivare betalar för jämförbar tjänst.
2. Försäljning av timmer, massaved och flis, som anbudsgivaren avverkat samt kommunens egen avverkning, som skall ske på marknadsmässiga grunder till så fördelaktiga priser som möjligt.
3. Administration.

Under punkt 1.6 framgår att administrationsarvodet ska offereras som en fast årsersättning i SEK.

Av tilldelningsbeslut den 23 september 2010 framgår att bolaget uteslutits från upphandlingen med motivering att bolaget i sitt anbud har ett förbehåll mot upphandlingens krav på att försäljning ska ske på marknadsmässiga grunder till ett så fördelaktigt pris som möjligt. Under anbudstiden förtydligade kommunen för bolaget att samtliga intäkter skulle tillfalla kommunen. Bolaget har erbjudit ett fast pristillägg till 25 kr per kubikmeter fub respektive 35 kr per kubikmeter to ub för allt försålt rundvirke utöver gällande virkesbasprislista.

Av kommunen åberopad skärmdump från Allego framgår att bolaget den 9 april 2010 frågade om pristillägg vid virkesförsäljning ska tillfalla kommunen eller entreprenören och att detta var av vikt vid jämförelse av det årliga administrativa arvodet mellan anbudsgivare. Av samma skärmdump framgår att kommunen samma dag som ovan svarade att samtliga intäkter ska tillfalla kommunen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten har den 20 augusti 2010 (mål nr 4503-10) i lagakraftvunnen dom på ansökan av bolaget prövat frågan om förfrågningsunderlaget vid utvärdering av organisationen strider mot de grundläggande principerna i LOU och därvid funnit att så inte var fallet. Rätten är därför förhindrad att pröva samma fråga igen.

I samma mål prövades frågan om bolaget rätteligen blivit uteslutet från upphandlingen då deras anbud ansetts utgöra en oren accept. Rätten fann då att kommunen gjort fel som uteslutet bolaget på den grunden att ett fast administrationsarvode inte erbjudits och rätten beslutade att upphandlingen skulle rättas i denna del. Enligt förvaltningsrättens mening utgör varje tilldelningsbeslut under en upphandling ett nytt ställningstagande som kan bli föremål för överprövning enligt LOU, även om de omständigheter som anförts tidigare har varit föremål för förvaltningsdomstols prövning.

Frågorna i målet är således dels om punkten 1.5 ”Uppdraget” är så otydligt formulerad att de grundläggande principerna i LOU träds förnär, dels om bolaget i tilldelningsbeslut den 23 september 2010 felaktigt uteslutits från vidare utvärdering.

Det är genom förfrågningsunderlaget som ramen och förutsättningarna för en upphandling fastställs. Av principen om öppenhet och förutsebarhet (transparens) följer att den upphandlande enhetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av förfrågningsunderlaget. De rättsprinciper som anges i 1 kap. 9 § LOU omfattar således ett krav på förutsebarhet. Regeringsrätten har i mål RÅ 2002 ref. 50 konstaterat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt

utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när.

I förfrågningsunderlaget framgår att uppdraget omfattar avverkning, gallring och flisning till anbudsgivarens självkostnadspris, motsvarande vad andra likvärdiga anbudsgivare betalar för jämförbar tjänst samt att anbudsgivaren ska offerera ett fast administrativt arvode. Det framgår inte på annat sätt av förfrågningsunderlaget hur anbudsgivaren ska ersättas för uppdraget eller att anbudsgivaren ska inkomma med något annat ersättningsanspråk för uppdraget. Kommunen har emellertid på fråga från bolaget svarat att samtliga intäkter från försäljning ska tillfalla kommunen. Kommunen har därefter i yttranden till rätten anfört att hur stort pristillägget blir är beroende på hur bra förhandlingen går med köparen samt vad det är för slags virke som säljs. Bolaget har således genom det fasta pristillägget avhämt sig möjligheten att förhandla fram så fördelaktiga priser, inklusive pristillägg, vid förmedlingsaffärerna som möjligt. Hur pristillägg ska hanteras framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner till följd härav att utformningen av förfrågningsunderlaget medför att det inte varit fullt möjligt att göra en affärsässig bedömning av hur ett anbud skulle utformas för att vara konkurrenskraftigt samt att utformningen av förfrågningsunderlaget kan ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Med hänsyn till vad som ovan anförts anser förvaltningsrätten att skäl för ingripande enligt LOU föreligger. Förvaltningsrätten har därmed att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget, såvitt avser punkt 1.5 ”Uppdraget”, inte varit tillräckligt tydligt och förutsebart. Vid sådant förhållande anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång saknas anledning att ta ställning till om det var riktigt att utesluta bolaget från utvärderingen.

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



Leif Gäverth
lagman

Målet är handlagt av Elin Andersson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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. 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 ska 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 var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.