



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2016-02-02
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3576-15 E

SÖKANDE

Advokatfirman Gärde & Partners AB, 556675-6127

Ombud:

Advokat David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners AB
Erik Dahlbergsallén 15
115 20 Stockholm

MOTPART

Norrtälje kommun
Box 800
761 28 Norrtälje

KONKURRENSVERKET	
2016 -02- 0 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Offentlig upphandling enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 171332

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Kungsgatan 49	018-431 63 00 E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se	018-431 63 43	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Norrälje kommun (kommunen) genomför en urvalsupphandling enligt 15 kap. LOU av juridiska konsulttjänster, dnr KS15-518. Kommunen har den 29 juni 2015 beslutat att bl.a. Advokatfirman Gärde & Partners AB (advokatfirman) inte går vidare till deltagande i upphandlingens steg 2. Advokatfirman har ansökt om överprövning av kommunens beslut.

Förvaltningsrätten har den 9 juli 2015 förordnat att avtal inte får ingås innan rätten beslutat något annat.

YRKANDEN M.M.

Advokatfirman ansöker om överprövning av kommunens beslut och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför advokatfirman i huvudsak följande.

Ett urvalsförfarande består av två delar. Detta fall angår den inledande fasen där leverantörer får möjlighet att ansöka om att få lämna anbud i upphandlingen. De grundläggande principerna i LOU ska beaktas även vid genomförande av ett urvalsförfarande.

Kommunens utvärdering strider mot likabehandlingsprincipen. Det framgår inte av kommunens beslut hur utvärderingen har gjorts bortsett från att advokatfirmans referenser inte har ansetts tillräckligt relevanta. Av förfrågningsunderlaget framgår inte om kriterierna vid bedömning av kvalificerade anbudsundersökningar i steg 1 enligt förfrågningsunderlaget 2.9 ska viktas eller bedömas utefter prioritetsordning. Det kan antas att utvärdering har skett på subjektiva grunder anonymt på ett sätt som inte har redovisats i vare sig beslutet eller förfrågningsunderlaget.

I upphandlingens steg 1 låter kommunen anbudsansökningar genomgå såväl en kvalificeringsfas som utvärderingsfas. I utvärderingsfasen ska

kommunen beakta beskrivningar av anbudssökandenas företag/organisation, utförda tjänster, referenser samt kvalitetssäkringsrutiner. Emellertid anger förfrågningsunderlaget varken om eller hur kriterierna ska viktas eller om de ska bedömas efter prioritetsordning när betyg ska tilldelas anbudsansökningarna. I denna betygssättning ingår inte heller pris.

Kommunen avser att anta tre leverantörer per rättsområde och kommer maximalt att bjuda in tre leverantörer per rättsområde att lämna anbud. Följaktligen kommer steg 2 i upphandlingen endast att avgöra inbördes rangordning mellan anbudsgivarna. Detta innebär att kommunen erhåller obegränsad valfrihet vad gäller val av leverantörer vilket står i strid med likabehandlingsprincipen.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte närmare vad som är av vikt vid utvärderingen av kvalitet mer än att det generellt anges vilka faktorer som bedöms och vilken poängskala som används. Kommunen verkar ha blandat ihop kvalificeringsfas med utvärderingsfas då kvalificerade leverantörer utvärderas i två omgångar. Förfrågningsunderlaget anger dock att anbudsgivare som har klarat kvalificeringsfasen ska bedömas utifrån det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till pris (40 procent) och kvalitet (60 procent). Kommunens utvärdering innebär att pris inte beaktas under steg 1 utan att de tre anbuden med högst betyg går vidare till steg 2. Först under det senare skedet i utvärderingen bedöms anbuden efter pris. Förfarandet diskvalificerar anbud utan giltig grund och utan att prövning av anbuden sker på samma konkurrensvillkor.

Ett urvalsförfarande i två steg, som det förevarande, innebär att potentiella anbudsgivare ska uppfylla vissa krav för att tillåtas komma in med anbud i upphandlingen. De krav som kommunen kallar urvalskriterier har tillämpats både för att kvalificera och utvärdera anbudsansökningarna. Det aktuella

förfarandet kan inte anses syfta till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Avseende referenser anger ansökningsinbjudan att minst två referenser ska anges per rättsområde, att referenserna ska avse liknande uppdrag som upphandlingen avser och ha genomförts under de senaste tre åren. Vidare framgår att kommunen ska kontakta referenserna för att inhämta svar enligt referensformuläret. Närmare ledning om vad anbudssökanden ska lägga vikt vid för att kunna lämna en så konkurrenskraftig ansökan som möjligt i detta avseende anges inte. Av ansökningsinbjudan kan inte utläsas att behandlade frågor inom utförd tjänst, utförd tjänsts volym eller dess utfall kommer att tillmätas betydelse vid urvalet. I efterhand saknas dessutom möjlighet att kontrollera att urvalet har gjorts på ett sätt som tillgodoser de gemenskapsrättsliga principerna enligt LOU. Kommunen har anfört att advokatfirmans referenser/utförda tjänster har varit mindre relevanta i förhållande till andra sökande leverantörers referenser/utförda tjänster. Emellertid framgår inte i någon del av ansökningsinbjudan att referenser/utförda tjänster kommer att bedömas utifrån ”relevans” eller hur kommunen definierar att en referens är att anse mer eller mindre relevant. Advokatfirman anser därför att ansökningsinbjudan, vad avser referenser, inte är utformad på ett sådant sätt att anbudssökande kan avgöra vad kommunen kommer att tillmäta betydelse vid urvalet. Förutom denna brist hade advokatfirman utformat sin ansökan på annat sätt.

På grund av att kommunen har brustit i upphandlingsförfarandet får inte advokatfirman möjlighet att utföra de uppdrag som upphandlingen omfattar. Advokatfirman har härigenom lidit och kan antas lida betydande skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och yrkar att den avslås. Till stöd för sin talan anför kommunen i huvudsak följande.

Kommunen har inte brutit mot LOU eller mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Advokatfirmans påstående att kommunen har sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen är felaktig. Urvalsprocessen har genomförts i enlighet med vad som angetts i ansökningsinbjudan och utvärderingen av anbud kommer att genomföras i enlighet med vad som anges i det förfrågningsunderlag som skickats ut till de anbudssökande som bjudits in till anbudsgivning.

Upphandlingen genomförs som ett s.k. urvalsförfarande enligt 15 kap. LOU. Efter det att anbudsansökningar lämnats in sker ett urval bland de ansökande leverantörerna för att utse de leverantörer som sedan ska bjudas in till anbudsgivning. Av punkt 2.9 i anbudsansökningsinbjudan framgår att kommunen maximalt kommer att bjuda in tre kvalificerade anbudssökande per rättsområde att lämna anbud. Om fler än tre anbudssökande bedöms vara kvalificerade kommer ett urval att ske utifrån anbudssökandes förmåga att tillgodose kommunens behov avseende organisation, kvalitetssäkring och tidigare erfarenheter av liknande uppdrag. De kriterier som ligger till grund för bedömningen är beskrivning av anbudssökandes företag/organisation (punkt 1.0), utförda tjänster (punkt 3.0 och 6.0), referenser (punkt 8.0) och kvalitetssäkringsrutiner (punkt 4.0). Det anges vidare att kommunen kommer att göra en samlad bedömning av de angivna kriterierna och att anbudssökande kommer att tilldelas betyg 5–0. Betyg 5 är högsta betyg. De tre anbudssökande med högst betyg kommer att gå vidare till anbudsgivning.

Till skillnad från utvärderingskriterier innehåller LOU inga krav på att dessa urvalskriterier ska viktas eller rangordnas. Dessa urvalskriterier har inte något med utvärderingen av de anbud som lämnas senare i upphandlingen att göra och har således inget samband med val av ekonomiskt mest fördelaktiga anbud eller kontraktstilldelningen i övrigt. Urvalsprocessen är

ingen utvärdering i egentlig mening, utan syftar till att begränsa det antal leverantörer som bjuds in till anbudsgivning.

I anbudsansökningsinbjudan, punkt 2.9, anges vilka utvärderingskriterier som kommer att tillämpas vid utvärderingen av de anbud som de inbjudna anbudsgivarna lämnar. De utvärderingskriterier som kommer att användas är pris och kvalitet. Dessa utvärderingskriterier har inget med urvalsprocessen att göra, utan är hänförliga till utvärderingen av anbud och är viktade i enlighet med 15 kap. 16 § tredje stycket LOU.

Vid ansökningstidens utgång visade det sig att fler än tre anbudssökande bedömdes vara kvalificerade, varför ett urval genomfördes. Anledningen till att advokatfirman inte bjöds in till anbudsgivning var att de anbudssökande leverantörerna som bjöds in till anbudsgivning redovisade mer relevanta utförda tjänster än vad advokatfirman gjorde. Utförda tjänster var en av de punkter som angavs ligga till grund för urvalet. Detta kommunicerades till advokatfirman. Då utvärderingskriterierna är redovisade är advokatfirmans påstående om att kommunen erhåller någon form av obegränsad frihet vid val av leverantör felaktigt.

Av anbudsinbjudan, punkt 1.2, framgår att kommunen kommer att anta högst tre leverantörer per rättsområde. För det fall att fler än en leverantör antas kommer leverantörerna att rangordnas. Kommunen har således, för det fall att fler än en leverantör antas, ingen obegränsad valfrihet att välja leverantör då leverantörerna är rangordnade.

Urvalsprocessen har inte genomförts av anonyma personer, utan av anställda på upphandlingsenheten och en kommunjurist. Kommunen fattade beslut genom sin ekonomichef om vilka anbudssökande som skulle bjudas in till anbudsgivning. Anledningen till att urvalsrapport och beslut inte redovisas

är att uppgifter om anbudssökande och anbudsgivare omfattas av sekretess enligt 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att 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 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.

Den i målet aktuella upphandlingen har genomförts genom ett s.k. urvalsförfarande enligt 15 kap. 3 § LOU. Med urvalsförfarande avses enligt 2 kap. 25 § LOU ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande myndigheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

I 15 kap. 4 § andra stycket LOU anges följande. Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

En upphandling genom ett urvalsförfarande sker således i två led. Först annonseras en ansökningsinbjudan i en elektronisk databas och därefter bjuds ett i förväg bestämt antal leverantörer in för att lämna anbud. I det

föreliggande målet har kommunen valt att gå vidare med andra leverantörer än advokatfirman, som alltså inte bjudits in för att lämna anbud. Frågan i målet är om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av vad advokatfirman har anfört.

Urvalskriterierna

De urvalskriterier som ligger till grund för vilka leverantörer som bjuds in för att lämna anbud är inte att jämföra med utvärderingskriterier, såsom pris och kvalitet, i en upphandling. Urvalskriterierna syftar inte på samma sätt som utvärderingskriterier till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Det finns således inget krav på att viktning eller prioriteringsordning ska iaktas vid utformning av urvalskriterier. Det kan konstateras att det i den upphandlingsrättsliga lagstiftningen över huvud taget inte finns någonting närmare angivet hur kriterierna ska utformas inför urvalsprocessen. Av hänvisningen i 15 kap. 2 § LOU till 1 kap. LOU följer dock att de upphandlingsrättsliga principerna, såsom likabehandling och transparens, ska iaktas.

Det kan alltså sammanfattningsvis konstateras att urvalskriterierna ska överensstämma med de upphandlingsrättsliga principerna såsom likabehandling och transparens. Det kan även konstateras att de krav som ur upphandlingsrättslig synvinkel kan ställas på urvalskriterier inte är lika långtgående som för utvärderingskriterier.

Kommunen har som urvalskriterier ställt upp beskrivning av anbudssökandes företag/organisation (punkt 1.0), utförda tjänster (punkt 3.0 och 6.0), referenser (punkt 8.0) och kvalitetssäkringsrutiner (punkt 4.0). Betygsättning sker i en skala 0–5.

Enligt förvaltningsrättens mening får de angivna kriterierna för kommunens urval anses vara tydliga och objektiva samt icke-diskriminerande. Annat har

därmed inte framkommit än att urvalskriterierna svarar mot de upphandlingsrättsliga kraven på likabehandling och transparens som ställs upp i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom det är fråga om urvalskriterier och inte utvärderingskriterier finns det inte något sådant krav på angivande av viktning eller prioritetsordning som följer av 15 kap. 16 § jfrd med 12 kap. 1 och 2 §§ LOU (jfr även Kammarrätten i Stockholms dom den 13 juli 2010 i mål nr 1279-10 rörande urvalskriterier vid förhandlat förfarande).

Förvaltningsrätten anser vidare att det saknas stöd för att, i fråga om urvalskriterier, ställa sådana krav på utformningen av dessa att ett ingripande enligt LOU skulle vara motiverat med anledning av kommunens utformning av krav på referenser. Det kan därtill konstateras att kommunen inte uppställt något krav på högsta antal referenser utan gett varje leverantör möjlighet att ge en så heltäckande bild av sina tidigare uppdrag som möjligt. Advokatfirman har därmed inte visat att det föreligger brister i kravet på referenser på sådant sätt att det skulle föranleda ett ingripande med stöd av LOU.

När det gäller frågan om kvalificeringskrav och utvärderingskriterier sammanblandats kan det konstateras att den aktuella regeln, som formulerades i EU-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis, tar sikte på utvärderingskriterier och kan därmed inte tillämpas på urvalskriterier. När det gäller upphandling av tjänster finns det även ett visst utrymme att vid en utvärdering beakta sådana egenskaper hos leverantören som kan antas ha betydelse för kvaliteten på tjänstens utförande (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 april 2009 i mål nr 6411-08). Skäl för ingripande i denna del har därmed inte visats föreligga.

Bedömningen av anbuden i steg 1

Av handlingarna i målet framgår att advokatfirmans anbudsansökan bedömts vara tillräckligt kvalificerad för att kunna bjudas in i

upphandlingen men att advokatfirman, efter jämförelse mellan olika leverantörers anbudsansökningar, inte bjudits in att lämna anbud. Av förarbetena (prop. 1999/2000:128 s. 39) framgår att om fler leverantörer kvalificerar sig än vad som angivits i ansökningsinbjudan, ska det genom ett objektivt förfarande väljas ut vilka leverantörer som får lämna anbud.

Enligt förvaltningsrättens mening står det kommunen fritt, att genom en objektiv bedömning inte välja ut en anbudsgivare till anbudsgivning, om dess referenser anses mindre relevanta för det som efterfrågas. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av kommunens förfarande i detta avseende.

Valfrihet vid val av leverantörer

Advokatfirman har slutligen invänt mot att kommunen avser att anta högst tre leverantörer per rättsområde (punkt 1.2 i anbudsansökningsinbjudan) och kommer maximalt att bjuda in tre leverantörer per rättsområde att lämna anbud (punkt 2.9). Enligt advokatfirman innebär detta att kommunen erhåller en obegränsad valfrihet vad gäller val av leverantörer och att steg 2 i upphandlingen endast kommer att avgöra inbördes rangordning mellan anbudsgivarna.

Det finns, som framgått ovan, en principiell skillnad mellan urvalskriterier och utvärderingskriterier så tillvida att det finns tydliga krav på hur utvärderingskriterierna ska utformas till skillnad från vad som gäller för urvalskriterierna. Systemet med urvalsupphandlingar bygger på att den upphandlande myndigheten gör ett urval bland de aktuella leverantörerna av vilka som ska inbjudas till anbudsgivning. Kriterierna för urvalet är friare, men den upphandlande myndigheten måste, vid upphandling av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, i det senare skedet tillämpa utvärderingskriterier för tilldelning av kontrakt.

Enligt 15 kap. 4 § andra stycket LOU ska det antal leverantörer som bjuds in bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås. Enligt förarbetena (prop. 1999/2000:128 s. 24) torde det antal leverantörer som är lämpligt i det enskilda fallet variera från fall till fall.

Genom att kommunen förbehållit sig rätten att tilldela samtliga leverantörer, som efter urvalsprocessen bjudits in att lämna anbud, kontrakt anser förvaltningsrätten att kommunen i realiteten har eliminerat konkurrensen mellan anbudsgivarna avseende kontraktstilldelning i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening måste det därmed anses vara i strid med reglerna för urvalsförfarande att endast bjuda in tre leverantörer att lämna anbud om tre leverantörer kan komma att tilldelas kontrakt. Att leverantörerna har intresse av att konkurrera om prioritetsordningen inom ramen för kontraktet medför ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten anser således att advokatfirman har fog för sin invändning att kommunen genom upphandlingsförfarandet har erhållit en för stor valfrihet vad gäller val av leverantörer i upphandlingen. Det kan konstateras att kommunen genom förfarandet kan avgöra vilka leverantörer som ska få skriva kontrakt utan att tillämpa utvärderingskriterier i upphandlingen, med de begränsningar som därav följer enligt LOU. Utvärderingskriterierna i kommunens upphandling syftar, om samtliga inbjudna leverantörer tilldelas kontrakt, endast till att avgöra den inbördes prioriteten mellan de leverantörer som tilldelats kontrakt. Kommunen har genom upphandlingens utformning därmed kunnat välja ut vilka leverantörer som ska tilldelas kontrakt utifrån de friare urvalskriterierna i stället för utifrån utvärderingskriterierna. Genom kommunens upphandlingsförfarande har advokatfirman riskerat att lida skada eftersom den annars kunnat bjudas in att lämna anbud och därmed haft möjlighet att

tilldelas kontrakt. Eftersom felet avser upphandlingens
konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

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



Karl Rahm

förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av föredraganden Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

