



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden Helen Larsson

DOM
2011-01-28
Meddelad i
Växjö

Mål nr
4994-10, 5034-10

SÖKANDE

1. Kylteknik i Kalmar AB, 556472-5629
Dragonvägen 13
392 39 Kalmar

2. ACE Energi & Klimat AB, 556533-0569
Nobelgatan 4
392 39 Kalmar

MOTPART

Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar

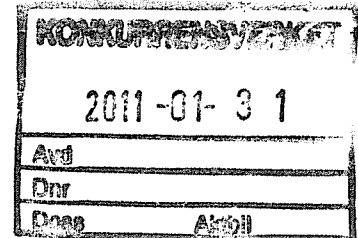
Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Begäran om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.



YRKANDEN M.M.

Kalmar kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av underhålls- och kontrollarbeten av kylsystem. Upphandlingen har skett i form av ett öppet förfarande där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Enligt tilldelningsbeslutet inkom fyra anbud och Hammarstedts VVS AB (Hammarstedts) tilldelades kontraktet. Anbudet från Kylteknik i Kalmar AB, (Kylteknik) hade det näst bästa anbudet och anbudet från ACE Energi & Klimat AB (ACE) hade det tredje bästa anbudet.

ACE

ACE yrkar i första hand att utvärderingen ska göras om. I andra hand yrkas att hela upphandlingen görs om. Som grund för sin talan anförs i huvudsak följande. ACE har missuppfattat kriteriet ”inställelsetid” och därför tilldelats för lite poäng. Det framgår inte av underlaget om den maximala inställelsetiden avses att gälla under ordinarie arbetstid eller under beredskaps-tid. ACE har tolkat kriteriet som att arbetet ska vara påbörjat på aktuellt objekt inom den angivna maximala tiden. Om teknikern tidigare har haft en jouruttryckning nattetid till ett avlägset objekt klarar denne inte en inställelsetid på en timme till vissa andra övriga objekt. Läger man dessutom till tiden det tar att bli väckt samt hämta nycklar och larmkoder är det omöjligt att uppnå maximala poängtilldelning. ACE har tidigare innehaft delar av upphandlingskontraktet och vet därför att en timmes inställelsetid inte går att uppnå. Dessutom är detta kontrollerat mot Google maps. Dessutom klarar samtliga anläggningar i normalfallet att stå still i fyra timmar utan att varorna i anläggningen skadas. Enligt nuvarande överenskommelse med kommunen ska larm som inkommer efter kl 24.00 inte åtgärdas förrän efterföljande morgon kl. 7.00. En inställelsetid på 1, 2 eller 4 timmar saknar därför betydelse. Det är orimligt att ett kontrakt värt mellan 3- 5 miljoner kr ska avgöras av en tidsangivelse som är 15 minuter för lång när bola-

get för övriga 98 % av anläggningarna har en inställetid på 1 timme. Utvärderingskriteriet strider mot kravet på öppenhet i LOU.

Kommunen motsätter sig bifall och anför i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget är utformat på ett tydligt sätt och utvärderingskriterierna är relevanta. Begreppet inställetid är ett vedertaget begrepp som avser den tid inom vilken en leverantör kan inställa sig hos kunden för att påbörja arbetet. Det synes att ACE tolkat begreppet korrekt. Det bestrids att någon annan anbudsgivare tolkat begreppet annorlunda. Även om så inte skulle vara fallet innebär detta inte att kriteriet skulle vara otydligt formulerat. Om någon anbudsgivare felaktigt skulle ha angett en för kort inställetid innebär detta avtalsbrott och kommunen kan göra gällande påföljder mot leverantören. Kommunen har vare sig skyldigheter eller möjligheter att kontrollera att angivna tider i anbuden är korrekta. Däremot kan tiderna komma att följas upp under avtalstiden. De i underlaget angivna tiderna är relevanta. 1 timmes inställelse är mer fördelaktigt för kommunen än 2-4 timmar. Kommunen kunde angett att 1 timmes inställelse var ett skall-krav. Man valde emellertid att poängsätta inställetiden genom utvärderingspoäng. Utvärderingskriteriet kan inte anses oproportionerligt.

Kylteknik

Kylteknik ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att anbudet från Hammarstedt ska diskvalificeras eftersom det inte uppfyller alla obligatoriska krav. I andra hand yrkas att utvärderingen ska göras om och att Hammarstedts får 3 poäng i stället för 5 i kriteriet "miljöledningssystem". Som grund för sin talan anför i huvudsak följande. Under punkten 2.12 i underlaget uppställs krav på att anbudet ska innehålla uppgifter om materialrabatt. Detta saknas i anbudet och bolaget har dessutom angett att de tillämpar ett påslag på 20 % på Ahlsells prislista. Hammarstedts anbud ska därför diskvalificeras. Certifieringen av Hammarstedts miljöledningssystem är gjort av bolaget Comfort som inte

kan anses vara ett oberoende organ. Ett oberoende certifieringsorgan kännetecknas av ett tredjepartsförhållande. Comfortkedjan är en inköpsorganisation som är en medlemsägd ekonomisk förening. Hammarstedt är medlem och betalar en medlemsavgift. Det finns därför ett tydligt ekonomiskt samband mellan medlem och organisation. Det framgår för övrigt inte heller av anbudet att Hammarstedt ens är certifierat. Till anbudet är bifogat enbart en handbok som hänvisar till Comfort-kedjan. Hammarstedt borde enbart fått 3 utvärderingspoäng. Utöver detta föreligger det även brister i förfrågningsunderlaget eftersom det saknas uppgifter om hur priskriteriet kommer att utvärderas. Bland annat anges inte hur det jämförande anbudspriset kommer att beräknas.

Kommunen bestrider Kyltekniks ansökan och yrkar i första hand att den ska lämnas utan bifall. I andra hand yrkas att rättelse görs i form av ny utvärdering. I huvudsak anförs följande. Avseende priskriteriet är det inte ett krav att ovillkorligen lämna rabatt. Kravet innebär att om rabatt erbjuds ska detta anges i anbudet. Anbudet har utvärderats i enlighet med underlaget och LOU. Vinnande anbudets miljöledningssystem är certifierat av Comfort-kedjan AB som är oberoende och fristående från Hammarstedt. Kedjan ägs av en ekonomisk förening där Hammarstedt inte är delägare. Miljöledningssystemet bygger på ISO 14001 men ett antal branschspecifika krav har tillkommit. För att få certifiera sig måste bolaget erlægga en avgift. Detsamma torde gälla alla miljöcertifieringar. I aktuellt fall är den utformad som en medlemsavgift och innebär inte att kedjan inte kan anses oberoende i förhållande till medlemmarna. Det finns enligt kommunens vetenskap ingen möjlighet för medlemmarna att påverka eller utöva inflytande i Comfort-kedjan. Flertalet tredjeparts certifieringsorgan har någon form av koppling till aktörer i utbudskedjan. Med ordet oberoende avser kommunen ett organ utanför den egna koncernen som anbudsgivaren inte kan utöva inflytande. Ett internt miljöledningssystem innebär ett eget system utan utomstående certifiering. Kommunen utgår från att det är ostridigt att

Hammarstedts system inte är internt. Kommunen har inte uppställt krav på att certifieringsorganet ska vara ackrediterat. AAA Certifikation AB är inte det enda oberoende certifieringsorgan som finns. Kommunen har tolkningsföretråde för begreppet oberoende. Kommunen har utvärderat de prisuppgifter som angetts under punkten 2.15 i underlaget.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

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 om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap 5 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 har lidit eller kan komma att lida skada.

Avseende ansökan från ACE kan följande konstateras. I förfrågningsunderlaget under rubriken "2.18 inställelsetid" anges att 1 timme ger 10 poäng, 2 timmar ger 5 poäng och 3 timmar ger 2 poäng. Av parternas yttranden framgår att det är ostridigt att inställelsetiden avser den tid inom vilken en leverantör kan inställa sig hos kunden för att påbörja arbetet. Kommunen hävdar att 1 timmes inställelsetid är av större vikt än 4 timmar. En upphandlande myndighet får själv avgöra vilka krav som ska ställas i en upphandling, förutsatt att dessa inte strider mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. ACE har hävdat att kriteriet är omöjligt att uppfylla. Detta kan emellertid inte anses bevisat enbart genom att påstå att så skulle vara fallet.

Beträffande Kyltekniks ansökan gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Rabatt

I förfrågningsunderlaget under rubriken "2.12 anbudets innehåll" anges bl.a. att anbudet ska innehålla uppgifter om materialrabatt. Trots att det av formuleringen framstår som ett obligatoriskt krav skulle det falla på sin orimlighet att tolka det så. Det får därför förutsättas att kommunen uppmanat anbudsgivaren ange rabattsats under förutsättning att denne erbjuder rabatt. Omständigheten att Hammarstedt inte erbjudit någon rabatt utan påslag med 20 % på en angiven prislista innebär alltså inte att kravet inte kan anses uppfyllt.

Miljöledningssystem

Under punkten 2.16 ställs krav på miljöledningssystem, att anbudsgivaren beskriver systemet samt enligt punkt 2.12 bifogar bevisuppgift om innehavet. I utvärderingen tilldelas anbudsgivaren 5 poäng om bolaget är certifierat av ett oberoende certifieringsorgan. 3 poäng tilldelas den som har ett internt system. Under 2.12 framgår att leverantörens miljöledningssystem ska bifogas anbudet. Till Hammarstedts anbud finns ett certifikat bifogat med beteckningen "RCLS certifikat nr 003". I handlingen anges att Hammarstedt VVS AB har ett miljöledningssystem som stämmer överens med kraven i standarderna ISO 9001:2000, ISO 14001:2004 jämte kompletterande krav i Comforts kvalitetsledningssystem. I anbudet ingår även en kort beskrivning över systemet. Kravet på bevisning får därmed anses vara uppfyllt. Kommunen har inte uppställt krav på att certifieringsorganet måste vara ackrediterat utan bara att det ska vara "oberoende". Vad som anses som oberoende har inte närmare beskrivits. Hammarstedt har inte utfört certifieringen själv utan enligt uppgift har den utförts av Comfortkedjan AB. Bolagen förefaller inte ingå i samma koncern. Inte heller har det framkommit uppgifter om att Hammarstedt skulle haft möjlighet att

påverka hur certifieringen av bolaget utförts. Kommunens förklaring att ”oberoende” avser ett organ utanför den egna koncernen som anbudsgivaren inte kan utöva inflytande, får därmed godtas. Kravet på att systemet ska vara certifierat av oberoende organ får även det anses vara uppfyllt.

Priskriteriet

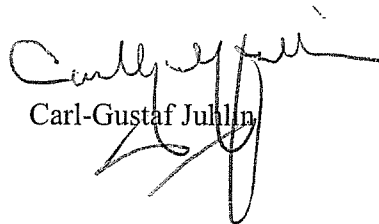
Under punkten 2.15 anges att följande priser ska redovisas.

- ”1. timkostnad inkl. resekostnad vid förebyggande/akutservice 1 800 tim/år
2. fasta avgifter
3. timkostnader inkl. resekostnader under icke ordinarie arbetstid 36 tillfällen x 2 tim
4. ev. fasta administrativa kostnader
5. ev. extrakostnader för verktyg mm t.ex. vakuumpump, svets, tömningsaggregat”.

Det står inte uttryckligen i underlaget hur anbudsgivarens olika prisuppgifter räknas samman och utvärderas för att sedan kunna jämföras med övriga anbud. Av utvärderingsredogörelsen framgår att prisuppgifterna utvärderats enligt följande: timkostnaden x 1800, resekostnaden x 300, certifikatavgift x 300, miljöavgift x 300, timkostnaden av servicebil x 1800, milersättning x 300, timkostnad kl. 18.00 x20, timkostnad kl.22.00 x 20, timkostnad kl. 04.00 x 20, timkostnad helg kl. 15.00 x 8, timkostnad storhelg kl.15.00 x 4, jourersättning x 36, jourersättning vardag x 30, jourersättning helg x 6, bilersättning x 36, bilersättning per time x 72, verktyg mm x 80, vakuumpump x 80, svets x 80, tömningsaggregat x 80 och miljöavgift x 80. Summan bildar sedan ett anbudspris som är viktat med 70 %. De enda uppgifterna som kan hänföras till förfrågningsunderlaget är att ordinarie timkostnad beräknas uppgå till 1800 timmar och jourersättningen till 36 timmar. Resten av de multiplicerade summorna omnämns enbart i utvärderingsredogörelsen. Utvärderingen av priskriteriet i förfrågningsunderlaget kan därför inte anses tillräckligt tydligt och förutsebart för att en eventuell anbudsgivare ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten sålunda att vad ACE har anfört och åberopat i målet inte medför att kommunen kan anses ha brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. Där-
emot avseende Kyltekniks ansökan finner förvaltningsrätten att kommunen på sätt angivits ovan under rubriken ” Priskriteriet ” har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget är inte rättelse en tillräcklig åtgärd. Kyltekniks ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att den aktuella upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109-1D-LOU)


Carl-Gustaf Julin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 vartill 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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.

DV 3109/1D LOU