



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2010-03-15
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 20007-10
 Enhet 15

SÖKANDE

NordIQ Göteborg AB, 556576-6622

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois
 Hamilton Advokatbyrå
 Box 715
 101 33 Stockholm

MOTPART

VÄRMEK, 716419-3323
 Box 7537
 103 93 Stockholm

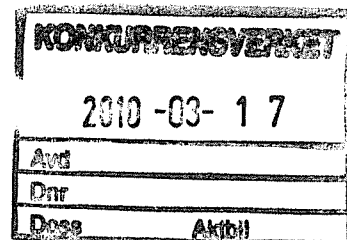
SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen av "Fjärrvärmecentraler, Ramavtal år 2010" ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 11 januari 2010 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 978

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegeluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00
 E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND

VÄRMEK har genomfört en upphandling, "Fjärrvärmecentraler, Ramavtal år 2010". Upphandlingen har genomförts genom förhandlat förfarande över tröskelvärdena.

I tilldelningsbeslut meddelat den 21 december 2009 beslöt VÄRMEK att anta anbud från andra bolag än NordIQ Göteborg AB (bolaget).

Bolaget har ansökt om överprövning enligt LUF och yrkat att rätten beslutar interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

Förvaltningsrätten har i beslut den 11 januari 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om och anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande. Utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget är otydligt utformade då det inte framgår vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen och VÄRMEK har härigenom i princip gett sig själv fri prövningsrätt. Detta strider mot transparensprincipen och 1 kap. 24 § LUF. Vidare har VÄRMEK sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen vilket strider mot 1 kap. 24 § LUF. Genom agerandet kan bolaget komma att lida skada då bolaget hade kunnat inkomma med anbud som utformats på annat sätt och därefter kunnat antas som leverantör i upphandlingen om förfrågningsunderlaget hade utformats i enlighet med LUF.

I förfrågningsunderlaget anges vilka utvärderingskriterier som ingår i upphandlingens utvärdering och vilken inbördes viktning dessa utvärderingskriterier har. Dock anges inte i förfrågningsunderlaget vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen av kriterierna teknisk funktion, produktsortiment, ekonomisk stabilitet samt miljö och kvalitet. Det har således varit omöjligt att förutse innebörden av dessa utvärderingskriterier. VÄRMEK har inte heller avseende något av utvärderingskriterierna – inte heller beträffande kriteriet pris inkl. rabatter och bonus – angett i förfrågningsunderlaget vad som krävs för att uppnå maxpoäng för respektive utvärderingskriterium (se poängtabell i tilldelningsbeslutet). VÄRMEK har således i efterhand kunnat bestämma vilka faktorer som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen och hur bedömningen av dessa faktorer ska göras. Ett kriterium som används som skall-krav i upphandlingen får inte också användas som utvärderingskriterium i samma upphandling eftersom detta innebär en sammanblandning av utvärdering och kvalificering. I förfrågningsunderlaget framgår en rad skall-krav som ska vara uppfyllda avseende bl.a. ekonomisk stabilitet, kvalitetssäkring och tekniska specifikationer. Utvärderingskriterierna i upphandlingen innefattar samtliga dessa delar.

VÄRMEK får anses yrka att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Samtliga företag som efter annonsering lämnat in intresseanmälan fick förfrågan tillsänd, vilket visar att de var kvalificerade. De sju företag som sedan lämnade offert i upphandlingen kallades in till en förhandling som följde en dagordning. Värt att notera från förhandlingen är att inget företag hade några frågor angående eller invändningar mot förfrågningsunderlaget trots att möjlighet gavs att diskutera detta vid förhandlingen. Som resultat av förhandlingen sände företagen ett kompletterande brev/mejl med svar på de frågor som var olösta. Efter förhandlingen och utvärderingen av kompletteringarna gavs bland andra bolaget tillfälle att förtydliga sin prisbild. I december 2009 hölls ett möte

med bolaget i syfte att undanröja eventuella missförstånd och i mejl därefter från bolaget bekräftades överenskommelsen om priser. Efter avslutade förhandlingar och utvärderingar genomförde VÄRMEK en slutlig utvärdering som dokumenterades i en PM, daterad den 21 december 2009. Den information som gavs i förfrågningsunderlaget kompletterad med den möjlighet som samtliga anbudsgivare hade att vid förhandlingarna få svar på eventuella otydligheter beträffande utvärderingskriterierna torde innebära att samtliga anbudsgivare hade tillgång till den information som behövs. Vad gäller invändningen att VÄRMEK sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen har samtliga som visat intresse fått förfrågan tillsänd, vilket visar att de var kvalificerade. Beträffande skaderekvisitet ser VÄRMEK det inte som sannolikt att ramavtal kan träffas med bolaget inom ramen för vad som kan anses som god affärsmannased. Samtliga inblandade parter har enligt VÄRMEK:s uppfattning behandlats lika och transparensen har fram till andra förhandlingsomgången och beslutsprocessen varit stor. Ingen har behövt sväva i ovetskap om vad VÄRMEK haft för mål med upphandlingen och hur dessa mål ska uppnås.

Bolaget har därefter i yttrande anfört bl.a. följande. Något krav på att anbudsgivare ska invända mot utformningen av förfrågningsunderlaget innan anbudstiden löpt ut finns inte eftersom LUF inte innehåller någon regel om preklusion. Bolaget tog emellertid upp frågan om brister avseende utvärderingskriterier, vilket inte synes ha protokollförts. Förhandlingen skedde efter det att leverantörerna inkommit med anbud och anbudstiden gått ut och anbudsgivarna har således inte kunnat basera utformningen av sina anbud på eventuella förtydliganden från VÄRMEK:s sida. Utvärderingskriteriernas otydlighet belyses av utvärderingen, daterad den 21 december 2009. Under rubriken ”Utvärdering av ekonomisk status” anges att ”Företagens ekonomiska status har kontrollerats genom att bokslut, ratingdokument, och rapporter från UC studerats samt har

erbjudanden som avser betalningsvillkor, bankgarantier, leveransvillkor, leveransbestämmelser m.m. värderats.”. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att dessa faktorer skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen. VÄRMEK:s uttalande att samtliga som visat intresse fick förfrågan tillsänd saknar relevans för det faktum att VÄRMEK har sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen. Även sammanblandningen belyses av utvärderingen. Under rubriken ”Utvärdering av kvalitet” anges bl.a. följande. ”Vår bedömning är att samtliga offererade företag uppfyller de krav som ställts från kvalitetssynpunkt dock är det en styrka att certifiering skett.”. Ett skall-krav har varit att leverantören ska redovisa program för kvalitetssäkring alternativt certifikat för det fall leverantören är certifierad. Eftersom certifiering har varit en styrka i samband med utvärderingen har detta kriterium beaktats både i kvalificerings- och utvärderingsfasen. Beträffande skaderekvisitet kan anföras att det inte krävs att konstaterade brister i upphandlingen faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att sökanden inte vinner upphandlingen för att åtgärder enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF ska komma i fråga (jfr. Kammarrättens i Göteborg dom den 26 april 2004 i mål nr 622-04).

VÄRMEK har därefter i yttrande anfört bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att vid utvärdering av anbud kommer de anbud att antas som är ekonomiskt mest fördelaktiga enligt en utvärderingsmodell där ekonomisk stabilitet ska stå för tio procent. I förfrågningsunderlaget anges under punkten 2 på vilka dokument utvärderingen av ekonomisk stabilitet ska baseras, bl.a. intyg om innehav av F-skattsedel eller motsvarande, årsredovisning, uppgift om rating, beskrivning av miljö- och kvalitetsarbetet/certifikat. Det är således enligt VÄRMEK:s uppfattning inte på något sätt otydligt vad som ska utvärderas inom ramen för ekonomisk stabilitet. Någon sammanblandning vid hanteringen av intresseanmälan, utskick av förfrågan respektive utvärdering har inte skett.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska redovisa ett program för kvalitetssäkring och om ett certifikat för kvalitet finns ska detta bifogas. Kriteriet kvalitet står för tio procent av utvärderingen. Samtliga anbudsgivare har redovisat ett program för kvalitetssäkring eller dylikt. Utöver detta har VÄRMEK gjort en bedömning att en certifiering ger en viss styrka. Denna utvärderade styrka måste tillmätas ett så ringa värde att det inte på något sätt påverkat slutresultatet av upphandlingen.

Bolaget har därefter i yttrande anfört bl.a. följande. I punkten 2 i förfrågningsunderlaget nämns inte ekonomisk stabilitet. Inte heller under punkten 3.2 nämns att utvärderingen av kriteriet ekonomisk stabilitet ska baseras på de i punkten angivna dokumenten. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget att certifiering ger en högre poäng vid utvärderingen. Poängskillnadens omfattning har ingen relevans för frågan om utvärderingskriteriets otydlighet. Ytterligare ett exempel på sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen är att VÄRMEK baserat utvärderingen av ekonomisk stabilitet på de dokument som omfattas av skall-kravet under punkten 3.2 i förfrågningsunderlaget.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 13 "Utvärderingskriterier" bl.a. följande. Vid utvärdering av anbud kommer de anbud att antas som är ekonomiskt mest fördelaktiga enligt följande utvärderingsmodell.

Kriterier	Vikt
Pris inkl rabatter och bonus	40 %
Teknisk funktion	20 %
Produktsortiment	10 %
Ekonomisk stabilitet	10 %
Miljö	10 %
Kvalitet	10 %
Summa	100 %

Varje anbud kommer att värderas på sina egna meriter.

I tilldelningsbeslut adresserat till NordIQ Göteborg AB och daterat den 21 december 2009 anges bl.a. följande. Efter utvärdering av de anbud vi fått avseende rubricerad upphandling, sju stycken av fjorton stycken tillfrågade företag svarade, meddelas att ramavtal kommer att tecknas med följande: SweTherm AB, Alfa Laval Nordic AB och Högfors GST Oy. Dessa tre företag erhöll bästa ratingen enligt den utvärderingsmall vi redogjorde för i förfrågan. Er rating framgår av nedanstående tabell där ni är nummer 7.

Kriterium	Pris inkl rabatter & bonus	Teknisk funktion	Produkt-sortiment	Ekonomisk stabilitet	Miljö	Kvalitet	Summa
Företag							
1	1,6	0,6	0,4	0,5	0,4	0,4	3,9
2	0,8	0,6	0,3	0,3	0,4	0,5	2,9
3	0,8	0,6	0,5	0,3	0,3	0,4	2,9
4	1,2	0,8	0,5	0,5	0,5	0,5	4,0
5	0,4	0,8	0,3	0,2	0,4	0,4	2,5
6	2,0	0,8	0,5	0,5	0,5	0,4	4,7
7	0,4	1,0	0,3	0,3	0,4	0,4	2,8

Skälet till att ramavtal tecknats med tre företag är att det bedöms ur affärsmässig synvinkel som att det antalet bäst motsvarar de krav som ställs för att ramavtalet ska fungera väl för VÄRMEK:s kunder och dessa produkter vid rådande marknadssituation.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Enligt 12 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enhet anta antingen
1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller

2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska enheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande enhet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 12 kap 2 § ska den upphandlande enheten ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Enligt 16 kap. 1 § LUF får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap 2 § LUF anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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. Rätten får vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget är otydligt utformade då det inte framgår vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen av kriterierna eller vad som krävs för att uppnå maxpoäng för respektive kriterium och att VÄRMEK härigenom i princip har gett sig själv fri prövningsrätt. Vidare har bolaget anfört att VÄRMEK har sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen genom att använda skall-krav i förfrågningsunderlaget som utvärderingskriterier. Frågan i målet är om det på grund av vad bolaget anfört finns skäl för förvaltningsrätten att vidta åtgärder enligt 16 kap. 2 § LUF.

Transparensprincipen innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.

Förfrågningsunderlaget får inte heller innehålla motsägelsefulla krav eller förutsättningar. Tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (jfr. EG-domstolens dom i mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo). Däremot är det inte ett krav – och sällan möjligt – att en anbudsgivare på förhand genom att ta del av förfrågningsunderlaget ska kunna förutse utfallet av värderingen av sitt anbud för att upphandlingen ska anses korrekt genomförd.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den omständigheten att en anbudsgivare underlåtit att invända mot oklarheter i förfrågningsunderlaget innan anbudstidens utgång inte påverkar anbudsgivarens möjlighet att åberopa oklarheterna som grund för en ansökan om överprövning enligt LUF. I VÄRMEK:s förfrågningsunderlag anges vilka utvärderingskriterier som ingår i upphandlingens utvärdering och vilken inbördes viktning dessa utvärderingskriterier har; pris inklusive rabatter och bonus (40 %), teknisk funktion (20 %), produktsortiment (10 %), ekonomisk stabilitet (10 %), miljö (10 %) och kvalitet (10 %). I förfrågningsunderlaget saknas emellertid beskrivning av hur poängsättningen av respektive kriterium ska komma att ske. Det går inte heller att utläsa av förfrågningsunderlaget vad som ska tillmätas betydelse vid anbudsprövningen. Förvaltningsrätten finner att en sådan bristfälligt utformad utvärderingsmodell strider mot kraven på förutsebarhet och transparens, vilket innebär att förfarandet strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 24 § LUF. Den oförutsebarhet som bristerna innebär har medfört att anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur värderingen ska ske. Det framstår därvid inte som osannolikt att anbudens kunde ha varit annorlunda om bristerna inte

hade funnits. Bristerna har inneburit sådan risk för skada för bolaget att ingripande enligt LUF bör ske. Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska således göras om.

Vid denna utgång saknas anledning att ta ställning till huruvida sammanblandning skett av kriterier i kvalificerings- och utvärderingsfasen.

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



Zandra Milton

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Ulrika Alvinger.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

