



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-04-20
Meddelad i
Linköping

Mål nr
486-11
Enhet 2

KONKURRENSVERKET	
2011-04-26	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

R-Contracting AB, 556681-9404
Platinagatan 8
602 23 Norrköping

Ombud: Jur.kand. Hanna Vikström och adv. Henrik Stenberg
Advokatfirman Glimstedt Norrköping KB
Box 1234
600 42 Norrköping

MOTPART

Eskilstuna Energi & Miljö AB, 556458-1907
Eskilstuna Kommun
631 86 Eskilstuna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen Lyftpumpar i fläkthus (UH 10-33) ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 26 januari 2011 upphör i och med denna dom att gälla.

Dok.Id 42599

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna Energi och Miljö AB (EEM) genomför en upphandling av lyft-pumpar i fläkthus (UH 10-33). Upphandlingen har skett genom förenklad upphandling. I tilldelningsbeslut, med angivet datum den 20 oktober 2010, ställt till R-Contracting AB (bolaget) framför EEM att förmånligare anbud inkommit från annan anbudsgivare och uppger att kriteriet Kvalitet för bolagets anbud nr 3, ”Offert 310:101”, inte kunnat utvärderas, eftersom EEM inte lyckats få kontakt med någon av de angivna referenserna.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att rätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts i form av att bolagets anbud enligt offert 310:101 ska erhålla åtminstone poängen 86 i kvalitetstal beträffande utvärderingskriteriet Kvalitet. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

EEM yrkar att bolagets ansökan ska avslås.

Förvaltningsrätten har den 26 januari 2011 interimistiskt beslutat att upphandlingen inte får avslutas.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

EEM har brutit mot principerna om likabehandling, transparens/öppenhet och affärsmässighet och en korrekt utvärdering skulle ha lett till att bolagets anbud 310:101 hade vunnit upphandlingen.

Bolaget har lämnat två anbud i upphandlingen. Bortsett från pumparnas fabrikat är det i princip endast priset som skiljer de två anbuden åt. Priset enligt offert 310:101 var det lägsta bland samtliga utvärderade anbud. Bolaget angav samma referenser till båda anbuden. Den 22 november 2010

begärde EEM komplettering avseende angivna referenser. De nya referenserna skulle avse själva pumparna, vilka inte tidigare har använts av bolaget. Bolaget lämnade in begärd komplettering med angivande av ett antal referenser som använt sig av den aktuella pumpen. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid inte vad de uppgivna referenserna ska avse, t.ex. att referenser avseende pumparnas egenskaper ska lämnas.

I tilldelningsbeslutet har bolagets anbud 301:102 fått samma poäng som det vinnande anbudet vad gäller utvärderingskriteriet Kvalitet. Bolagets anbud 310:101 med det lägre priset har dock tilldelats noll poäng avseende det kriteriet. Skälet härför anges vara att EEM inte lyckats få kontakt med någon av de angivna referenserna. Bolaget lämnade dock samma referenser avseende de båda anbuden. Denna komplettering har inte varit motiverad, eftersom det inte någonstans i förfrågningsunderlaget angetts att referenser avseende just pumparnas egenskaper måste lämnas. Det föreligger således inte grund för att underlåta att utvärdera kriteriet Kvalitet med hänsyn till påstådd brist hänförlig till begärda kompletterande referenser. Bolagets bägge anbud borde ha värderats lika i detta avseende, eftersom samma referenser utifrån vad som krävts i förfrågningsunderlaget har lämnats.

Under alla omständigheter borde bolagets anbud 310: 101 ha erhållit betydligt högre poäng än noll, åtminstone poängen 86 i kvalitetstal, avseende kriteriet Kvalitet. Bolagets bägge anbud har uppenbarligen ansetts uppfylla samtliga skall-krav, inklusive det angående referenser, eftersom de båda utvärderats, och det förefaller uppenbart omotiverat att under nämnda omständigheter tilldela det ena anbudet noll poäng avseende kriteriet Kvalitet eftersom det är fråga om samma anbudsgivare.

Bolaget ifrågasätter vidare den upphandlande enhetens försök att nå de referenser som gavs in efter begäran om komplettering. Bolaget angav ett flertal referenser, varav tre med telefonnummer, som komplettering till de

omkring 25 referenser som redan hade lämnats i samband med anbudet. När bolaget själva efter tilldelningsbeslutet kontaktade en av de angivna referenserna avseende pumparnas egenskaper svarade denne i telefon på första försöket.

Bolaget ifrågasätter vidare om det behandlats lika med andra anbudsgivare på så sätt att samma krav beträffande referenser avseende pumparnas egenskaper ställts på samtliga anbudsgivare. Läckeby Water AB har i sitt anbud angett att pumparna är av fabrikat Zander & Ingeström. Detta företag tillverkar dock inga pumpar utan är endast leverantör. Tillverkaren av den aktuella pumpen är Apex. Av angivna referenser i Läckeby Water AB:s anbud framgår inte att någon av dessa avser just denna pumps egenskaper, på sätt som krävts av bolaget. Referenser avseende pumptillverkaren Zander & Ingeström är inte tillräckligt i detta hänseende.

EEM

Enligt förfrågningsunderlaget ska Kvalitet bedömas utifrån kompetens, leveranstid, ansvarstagande och tekniska egenskaper. För att kunna bedöma de tekniska egenskaperna begärde EEM via e-post in komplettering av referenserna från samtliga leverantörer avseende de i anbuden offererade pumparna. Ingen av de referenser som bolaget lämnat kontaktuppgifter till svarade dock, trots att ett flertal försök såväl per telefon som genom e-post fr.o.m. början av december 2010 t.o.m. början av januari 2011. Även om EEM skulle utnyttjat anbudsgivarens ursprungliga referenser (vilka inte avsåg själva pumparna) och utvärderat alla kvalitetskriterierna utom de tekniska egenskaperna, skulle anbud 310:101 endast erhållit 9 poäng avseende kvalitet. Det skulle resulterat i ett kvalitetstal på 58 och bolagets anbud hamnat på andra plats.

Genmäle från bolaget

Kompletteringar synes endast ha begärts av bolaget och begäran har dessutom varit omotiverad, eftersom det inte någonstans i förfrågningsunderlaget framgår att referenser avseende just pumparnas egenskaper måste lämnas. Tekniska egenskaper för de i anbud 310:101 angivna pumparna, vilka överensstämmer med i anbudsfrågan uppställda krav, framgår av anbudet, och detta borde således ha utvärderats utifrån dessa lämnade uppgifter. Under alla förhållanden har bolaget inte behandlats lika med andra anbudsgivare, eftersom samma krav inte ställts på övriga i detta hänseende. EEM har inte försökt att kontakta någon av de angivna referenserna per telefon. Endast e-post har skickats och den har av samtliga referenser uppfattas som skräppost, varför man inte uppmärksammat dem. EEM åberopar ett intyg från en av referenserna. Att utforma e-post på detta sätt och inte överhuvudtaget försöka nå referenserna per telefon kan inte anses vara tillräckligt, och frånvaron av referenser avseende pumparnas egenskaper kan därmed inte utgöra grund för att underlåta att utvärdera anbudet såvitt avser kriteriet Kvalitet.

Genmäle från EEM

Komplettering av referenserna har begärts från samtliga leverantörer avseende de i anbudet offererade pumparna. EEM måste anses ha gjort tillräckliga försök att nå bolagets referenser.

SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 5 LUF besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

För all offentlig upphandling gäller att vissa grundläggande EG-rättsliga principer måste iakttas. Bestämmelserna i LUF ska därför tolkas mot bakgrund av dessa principer. Det gäller särskilt principerna om fri rörlighet för

varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och transparens. Med likabehandlingsprincipen förstås att alla leverantörer ska behandlas lika, dvs. ges lika förutsättningar. Alla måste t.ex. få samma information och vid samma tillfälle. Med transparens förstås att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsägbarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. De ställda kraven får inte frångås.

Av 12 kap. 1 § LUF framgår att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten 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. Av 2 § samma kapitel framgår att upphandlande myndigheten ska 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.

Den av parterna inlämnade utredningen visar bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget har angetts att det anbud kommer att antas som är det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till två viktade kriterier nämligen Priset, 65 procent, och Kvalitet, 35 procent. I Kvalitet kommer EEM att bedöma kompetens, leveranstid, ansvarstagande och tekniska egenskaper. Anbudsgivaren ska ange fem referenser i bilaga och minst tre av referenserna kommer att kontaktas av beställaren och som får svara på likalydande frågor. Anbudsgivaren svarar för att uppgifter om referenspersoner är korrekta och att det är möjligt att få kontakt med dem inom rimlig tid. Om det kommer in anbud med nykonstruerade produkter där det saknas referenser, får anbudsgivaren bevisa kvalitén på annat sätt.

EEM har i e-post till samtliga anbudsgivare den 22 november 2010 begärt kompletterande referenser och anger att de nya referenserna ska avse själva lyftpumparna och att detta behövs för att kunna bedöma produktens tekniska egenskaper och kvalitet. Vidare anges att, om det gäller nykonstruerade produkter där det saknas referenser, får anbudsgivarna bevisa kvalitén på annat sätt. Skulle anbudsgivarna inte ha installerat pumparna, accepteras referenser från pumptillverkaren. I en ny e-post till anbudsgivarna den 29 november framför EEM bl.a. att, eftersom det tycks finnas vissa oklarheter i tidigare förfrågan om komplettering av referenser, förtydligas att referenserna tydligt ska anges med kontaktperson, namn och telefonnummer, eftersom EEM har för avsikt att ta kontakt med referenspersonerna för att bedöma pumparnas kvalitet.

EEM har den 15 och 20 december via e-post ställt frågor till de tre referenser som bolaget angett i sin komplettering.

I en skrivelse den 17 februari 2011 uppger Jan Visser, Fuglesangs b.v. Rotterdam, som är en av de tre referenser som bolaget angett i sin komplettering, att: "I hereby certify that no one from Eskilstuna Energi och Mijö has been in contact with me or have been trying to contact me via telephone, such as missed calls or left voice messages."

EEM har vid utvärderingen inte gett bolagets anbud 301:101 någon poäng avseende kriteriet Kvalitet. Bolagets andra anbud har fått 16 poäng.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

EEM har i förfrågningsunderlaget inte angett hur uppgifter från referenserna ska tillmätas betydelse i utvärderingen av kriteriet Kvalitet eller att konsekvensen av utebliven kontakt med dessa skulle innebära att anbudet inte tilldelas några poäng överhuvudtaget i fråga om det kriteriet. Det finns

vidare i förfrågningsunderlaget ingen redogörelse för hur de olika underkriterierna inom kriteriet Kvalitet, dvs. kompetens, leveranstid, ansvarstagande och tekniska egenskaper, inbördes ska viktas och eller annars ordnas i prioritetsordning. Förfrågningsunderlaget innehåller således inte den nödvändiga informationen för att svara mot kravet på transparens (jfr. EU-domstolens dom i mål C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl. [REG 2005 s. I-10109]).

EEM har som skäl för att inte utvärdera bolagets anbud 310:101 i fråga om kriteriet Kvalitet hänvisat till att EEM inte lyckats få kontakt med någon av de angivna referenserna. Bolaget har å sin sida uppgett att det lämnat samma referenser till deras andras anbud och att det anbudet tilldelats samma poäng för kriteriet Kvalitet som det vinnande anbudet. EEM har inte redogjort för grunderna för den skilda poängtilldelningen mellan bolagets båda anbud och det framgår inte heller i övrigt att det funnits sakliga skäl för en sådan behandling. Enligt förvaltningsrättens mening får bolaget därmed anses ha visat att EEM inte utvärderat anbuderna på likartat sätt och att EEM därmed brutit mot likabehandlingsprincipen.

Vad gäller bolagets övriga invändningar menar rätten att det bolaget uppgett inte visar att det var omotiverat att begära kompletterande uppgifter om referenser. Däremot finns det, mot bakgrund av vad bolaget uppgett och som inte mer än i allmänna ordalag bemötts av EEM, grund för att bl.a. hävda att EEM inte gjort vad som kan krävas för att nå bolagets samtliga referenser via telefon, vilket var det sätt som EEM i sin komplettering den 29 november 2010 angav skulle användas för att kontakta referenserna. Detta förhållande förstärker bilden av att EEM vid utvärderingen inte följt vad som angetts i förfrågningsunderlaget och kompletteringen.

EEM har således brutit såväl mot transparensprincipen som mot principen om likabehandling. Förvaltningsrätten bedömer också att bolaget förmått

visa att det i vart fall riskerat att lida skada. Det föreligger därmed förutsättningar att besluta om åtgärd enligt 16 kap. 5 § LUF. Domstolen har enligt det lagrummet att, oavsett hur yrkandet utformats, välja att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (jfr. RÅ 2005 ref. 47). Bristerna berör utformningen av förfrågningsunderlaget (jfr. EU-domstolens dom C-513/99, Concordia Bus Finland [REG 292 s. I-7213]). Upphandlingen ska därför göras om.

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



Mats Edsgården



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