



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-08-04
Meddelad i Uppsala

Mål nr
2512-11 E
Enhet 2

SÖKANDE

Fazer Food Services AB, 556045-1907

Ombud: Bolagsjurist Ami Lauri
Fazer Food Services AB
Lindhagensgatan 120
112 51 Stockholm

MOTPART

Mälardalens Högskola, 202100-2916
Upphandlingsfunktionen CAM
Box 883
721 23 Västerås

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

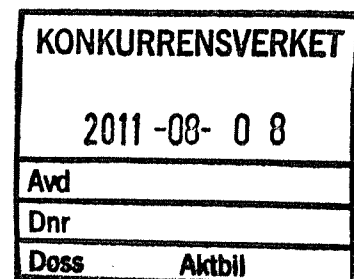
Mälardalens högskolas upphandling avseende cateringtjänster, dnr MDH
1.11.1-1273-10, område 1 (mat)

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Fazer Food Services AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Mälardalens Högskolas upphandling avseende cateringtjänster, dnr MDH 1.11.1-1273-10, område 1 (mat) ska göras om.



BAKGRUND

Mälardalens högskola (härefter högskolan) har genomfört upphandling (förenklat förfarande) avseende cateringtjänster, dnr MDH 1.11.1-1273-10 (härefter upphandlingen). Ett av de bolag som lämnat anbud i upphandlingen är Fazer Food Services AB (härefter bolaget). Upphandlingen omfattar två områden; 1. mat (enklare och finare catering, event samt enklare förtäring enligt beskrivning i förfrågningsunderlag) och 2. konditorivaror. Enligt tilldelningsbeslut den 4 maj 2011 har Högskolerestauranger AB (härefter Hörs) antagits som leverantör av cateringtjänst för område 1 och bolaget antagits som leverantör för område 2.

YRKANDEN

Bolaget

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen i område 1 (mat) och yrkar att den inte får avslutas samt att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om alternativt att rättelse sker. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Viktning av transport

Av förfrågningsunderlaget punkten 6.4 "Viktning" framgår att utvärderingskriterier transport har viktats till 20 procent. Den anbudsgivare med minst utsläpp vid leveranser kommer här att erhålla flest poäng. Hörs har i denna del erhållit 200 poäng, dvs. maximalt antal poäng.

Det av högskolan framställda kravet på transporter är riktat på så sätt att det alltid kommer att gynna en enskild leverantör på ett otillbörligt sätt, i det här fallet befintlig leverantör som idag driver restaurangverksamheten, dvs. Hörs. Det är givet att befintlig leverantör inte har några transporter

och att upphandlingen riktats på så sätt att ingen annan än just Hörs kan få max poäng.

Upphandlingsenheten har brustit mot likabehandlingsprincipen. Bolaget skulle ha tilldelats kontraktet om kraven var byggda på jämställda villkor så att endast övriga viktade krav, dvs. provsmakning och lägst pris ska ligga till grund för en utvärdering.

Ersättning hyra av lokal

Enligt förfrågningsunderlaget punkten 7.12 ska hyra av lokal hos högskolan ingå i det offererade priset. En kompletterande fråga ställdes med anledning av detta till upphandlingsenheten som återkom med svar den 7 april 2011. Frågan löd: Vad blir det för hyreskostnad vid hyra av lokal hos högskolan? Svaret var att bl.a. ”högskolans hyresgäst ställer själv villkor för uthyrning av de ytor som hyresavtalet omfattar.” Med andra ord ska överenskommelse ingås med Hörs vid hyra av dessa lokaler. Befintlig leverantör gynnas här återigen genom att inte behöva betala hyra och därmed kunna offerera priser utifrån andra förutsättningar än andra leverantörer. Detta strider självfallet mot likabehandlingsprincipen.

Vidare framgår det överhuvudtaget inte vad hyran skulle kunna beräknas till, vilket gör det omöjligt för övriga leverantörer att avge anbud på affärsmässiga grunder. Det är endast Hörs som kan beräkna offererade priser på ett affärsmässigt sätt då de känner till hyressättningen. Hörs har även friheten att ta ut vilken hyra de vill från andra leverantörer vilket missgynnar övriga anbudsgivare och föranleder otillbörlig konkurrensfördel. Detta strider otvivelaktigt mot transparensprincipen.

Skada

Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada genom att högskolan utformade förfrågningsunderlaget på så sätt att endast en leverantör ska kunna

erhålla maximalt antal poäng avseende ett av utvärderingskriterierna. Till följd av det riktade kriteriet har Hörs gynnats otillbörligt och bolaget har lidit skada av att inte kunna konkurrera på samma villkor. Bolaget har även lidit skada genom att avsätta resurser i form av tid och ekonomiska medel på en upphandling där Hörs tilldelats uppdraget trots att betydande brister förelegat i upphandlingen. Det är otvetydigt att bolaget diskriminerats i upphandlingen då Hörs erhållit flera fördelar som står i strid mot upphandlingsreglerna.

Högskolan

Högskolan bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning i sin helhet och anför bl.a. följande.

Högskolan och bolaget hade fram till och med den 30 juni 2010 ett avtal innebärande att bolaget fick bedriva restaurangverksamhet i högskolans lokaler. Med anledning av att avtalstiden skulle löpa ut beslutade högskolan att genomföra en ny upphandling om restaurangverksamhet. I denna upphandling deltog bolaget men vinnande anbud lämnades av Hörs. Med anledning av koncessionen ingick Hörs och högskolan den 19 augusti 2010 ett hyresavtal avseende vissa av högskolans serveringsytor och representationslokaler. I hyresavtalet reglerades frågan om kommande cateringupphandling genom följande skrivning: ”Hyresvärden kommer i särskild ordning att upphandla cateringverksamhet för hyresvärdets eget behov. De förhyrda lokalerna ska då – i de delar i hyresavtalet som avser representationslokaler och yta för servering – upplåtas till den juridiska person hyresvärden upphandlat catering av.”

Utvärderingskriterier transport

År 1999 blev högskolan miljöcertifierad enligt ISO 14001. För högskolans miljöarbete gäller bl.a. att det i samtliga upphandlingar ska ställas miljö-

krav enligt Miljöstyrningsrådets riktlinjer, i den omfattning som är möjlig, i förhållande till upphandlingen i fråga.

I arbetet med att finna väl valda miljökrav inför cateringupphandlingen tog högskolan ledning av Miljöstyrningsrådets upphandlingskriterier för måltidstjänster. Av dessa framgår att de transporttjänster som en eventuell leverantör använder för leverans av måltider ska uppfylla de obligatoriska kraven i Miljöstyrningsrådets kriterier för distribution av livsmedel. Av Miljöstyrningsrådets information framkommer även att vissa tjänster anses ha direkt miljöpåverkan och att måltidstjänster är en av dessa, vilket medför att högre krav på miljöaspekter anses proportionerliga i förhållande till tjänstens utförande.

Av EU-domstolens mål C-513/99, mellan Concordia Buss Finland Oy Ab och Hesingin kauunki, HKL-Bussiliikenne (härefter Concordia) framkommer att en upphandlande myndighet vid beslutsfattandet om vilket anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt kan beakta miljökrav. Domstolen uttalade att detta får ske under förutsättning att kriterierna har ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna, eller i annonsen om upphandlingen och är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapen, särskilt icke-diskrimineringsprincipen. Domstolen konstaterade vidare dels att de upphandlande myndigheterna enligt artikel 36.1a i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) kan tillämpa olika kriterier beroende på kontraktets art vid tilldelning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dels att artikeln inte innehåller någon uttömmande uppräkningslista. – Domstolen fastställde att de aktuella upphandlingskriterierna var objektiva och tillämpades utan åtskillnad på samtliga anbud. Domstolen fastställde slutligen att det faktum att endast ett fåtal företag, bland vilka ett till den upphandlande enheten hörande företag, kunde uppfylla ett av de kriterier

som den upphandlande myndigheten tillämpat, inte i sig medför att likabehandlingsprincipen åsidosätts.

I praxis har därutöver uppställts höga krav för att ett upphandlingsförfarande ska anses bristfälligt vad gäller förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell (se RÅ 2002 ref. 50).

Högskolan bestrider att utvärderingskriteriet ”alltid kommer gynna en enskild leverantör på ett otillbörligt sätt”. Högskolan har i denna bedömning fäst vikt vid att leverantörerna vid utvärderingen poängsätts i relation till övriga anbudsgivare, att kriteriet viktats till endast 20 procent samt att en anbudsgivare kan uppnå höga poäng på olika sätt; genom att exempelvis transportera cateringmaten med elbil eller på annat motsvarande miljövänliga sätt. Det avgörande är således inte varifrån transporten sker utan mängden utsläpp som transporten genererar.

Mot bakgrund av ovan anser högskolan att vare sig utvärderingskriteriet transport i sig eller viktningen med 20 procent av kriteriet står i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Högskolan finner att kriteriet har ett samband med kontraktets föremål, att det inte gett myndigheten en obegränsad valfrihet, att det uttryckligen angetts i förfrågningsunderlaget och slutligen är förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen.

Därutöver är förfrågningsunderlaget, avseende kriteriet om transport, enligt högskolans uppfattning tillräckligt tydligt avseende vilka omständigheter som skulle tillmätas betydelse och vilka kriterier som högskolan avsåg tillämpa vid utvärdering för att anbudsgivarna skulle kunna bilda sig en korrekt uppfattning om både uppdragets innehåll och bedömningsgrunderna för utvärdering av anbudena.

Ersättning för hyra av lokal

I förfrågningsunderlaget avsnitt 7.11 upplyser högskolan eventuella anbudsgivare om att högskolan hyr ut kök, serveringsyta och representationsmatsalar till en annan hyresgäst. Vidare framkommer att enligt hyresavtalet kan hyresgästen efter förfrågan hyra ut serveringsyta och representationsmatsalar till annan enligt egna villkor.

Högskolan bestrider att kravet på att ersättning ska omfatta samtliga kostnader strider mot likabehandlingsprincipen. Hyresgästen Hörs betalar i enlighet med redan befintligt hyresavtal till högskolan för hyra av lokalerna. Att Hörs kostnadsfritt skulle vidareupplåta sina förhyrda lokaler, för vilka de betalar, till annan hyresgäst utan ersättning måste anses vara tämligen orealistiskt.

Högskolan bestrider att kravet i avsnitt 7.12 strider mot transparensprincipen. Det är visserligen så, vilket högskolan medger, att hyresbeloppet inte framgår av förfrågningsunderlaget. Högskolan är emellertid av uppfattningen att högskolan, som en utomstående part, i sitt förfrågningsunderlag omöjligtvis kan reglera hyreskostnaden mellan Hörs och en eventuell hyresgäst. Hyreskostnaden mellan Hörs och framtida cateringleverantörer utgör ett eget rättsförhållande över vilket högskolan i sitt förfrågningsunderlag inte kan styra. Högskolan har utifrån detta synsätt tydliggjort i sitt förfrågningsunderlag att det är högskolans hyresgäst som reglerar eventuella hyreskostnader med eventuell leverantör av cateringtjänst.

Utöver informationen i förfrågningsunderlaget, har bolaget – mot bakgrund av sitt tidigare deltagande i koncessionsupphandlingen – haft vetskap om vilket företag som är hyresgäst hos högskolan. Bolaget har, såvitt högskolan vet, inte varit förhindrad att efterhöra hos Hörs om vad en eventuell hyreskostnad skulle uppgå till. Det måste, enligt högskolans uppfattning, åligga en leverantör att göra nödvändiga undersökningar om framtida kost-

nader med utomstående parter inför ett anbud i ett upphandlingsförfarande. Detta kan jämföras med att en anbudsgivare undersöker vilka kostnader som kan uppkomma vid anlitan av underleverantörer inför ett anbud.

Högskolan anser sig, genom att tydligt ha informerat om hyresförhållandet med Hörs och innebörden av detta hyresavtal, inte ha brutit mot principen om transparens vid upphandling.

Bolaget

Bolaget anför bl.a. följande. Det är otvivelaktigt så att den entreprenör som redan "sitter" i lokalen och utför restaurangtjänster hamnar i en mycket fördelaktigare sits genom att så att säga förfoga över lokalen direkt och finnas på plats fysiskt.

Bolaget arbetar ständigt med en förbättring av särskilda miljömål. Fokus ligger då på att tillagning av mat ska vara så miljövänlig som möjlig och restavfall ska källsorteras. Ett sådant krav ska däremot särskiljas från krav på transporter som inte är den huvudsakliga tjänsten som upphandlas i det här fallet, utan själva maten.

Högskolan har hänvisat till EU domstolens mål Concordia. Målet avsåg upphandling av transporttjänster som var den huvudsakliga tjänsten och därmed de krav som kan ställas på fordonen, dvs. att dessa skulle vara så miljövänliga som möjligt. I cateringupphandlingen är transporten av underordnad betydelse och kan således inte anses vara avgörande för att nå det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Mot bakgrund av att en befintlig entreprenör, Hörs, redan finns på plats kommer samtliga andra anbudsgivare att ha en transportkostnad oaktat om transport kan ske med elbil, cykel eller för all del, till fots. En befintlig entreprenör behöver aldrig ta höjd för transportkostnader då de redan finns på plats. Concordia-målet

saknar relevans för detta ärende. Det är inte fordon eller transporttjänster som upphandlas. Hörs är alltid gynnad i denna situation.

Då högskolan valt att dela upphandlingen av tjänster är det även högskolans skyldighet att säkerställa att kostnaden för den del av lokalen som ska upplåtas till annan entreprenör i samband med cateringtjänster är dels densamma för samtliga anbudsgivare, dels känd för anbudsgivarna vid tidpunkten för anbudslämnande. Så som förutsättningen är idag är det upp till Hörs fria skön att sätta hyresbeloppet på de lokaler som ska nyttjas i samband med catering av annan entreprenör vilket bör anses strida mot likabehandling, transparens och affärsmässighet. Hörs har för övrigt inte heller i det här fallet en tilläggskostnad för lokalen vilket också bör anses gynna dem ensidigt.

Högskolan

Högskolan anför bl.a. följande. Kriteriet låga utsläpp vid transport är inte ett kvalificeringskrav utan ett utvärderingskriterium. Det har tillmätts enbart 20 procent i viktning vilket innebär att kriteriet inte heller, som bolaget gör gällande, är ”avgörande för att nå det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet”.

Högskolan delar inte bolagets uppfattning att Concordia-målet saknar relevans. Detta mål ger upphandlande myndigheter viktig vägledning avseende möjligheten att ta hänsyn till andra aspekter än sådana som är av ekonomisk karaktär vid tilldelning av kontrakt. Målet uppställer även kriterier för under vilka omständigheter detta får ske. Att Concordia-målet enbart skulle ha relevans för ett sådant snävt upphandlingsområde som vid upphandling av fordon eller transporttjänster anser inte högskolan.

Att samtliga andra leverantörer skulle få en transportkostnad mot bakgrund av att en leverantör redan finns på plats samt att Hörs inte uppbär en trans-

portkostnad finner högskolan saknar relevans i ärendet, då överprövningen gäller utvärderingskriteriet om mängd koldioxid per transporterad kilometer och inte transportkostnader.

Avseende frågan om ersättning i hyra hänvisar högskolan till tidigare yttrande.

Bolaget

Bolaget menar att det saknar betydelse huruvida utvärderingskriteriet rörde transportkostnader eller mängd koldioxid per transporterad kilometer. Detta på grund av att den befintliga leverantören gynnas oavsett vad utvärderingskriteriet rörde på så sätt att kriteriet alltid kommer att vara uppfyllt avseende den befintliga leverantören. Den befintliga leverantören erhåller således automatiskt full poäng i denna del av viktningen.

För övrigt innebär just den omständigheten att kravet utgör ett utvärderingskriterium att Hörs alltid får högst poäng och lägst kostnad, vilket i sin tur innebär att upphandlingen är skev och alltid gynnar den befintliga entreprenören på ett otillbörligt sätt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förfrågningsunderlaget

I punkt 5.11.4 "Transporter" anges bl.a. följande.

Området konditorivaror är undantagen denna punkt.

Anbudsgivarens transporter till och från högskolan bör ske på ett så klimatneutralt sätt som möjligt. Närhet till högskolans två campus i Eskilstuna och Västerås är önskvärt för att så långt som möjligt minska utsläppen. Transportens klimatpåverkan mäts i antal kilogram koldioxid som släpps ut i genomsnitt under en transporterad kilometer.

Anbudsgivaren skall ange adress där anbudsgivarens kök för tillredning av cateringbeställningar finns och därmed den adress leveranser kommer att ske från.

Anbudsgivaren skall beskriva hur transporter till och från högskolan sker. Anbudsgivaren skall beskriva vilken klimatpåverkan i form av utsläppta/genererade kilogram koldioxid per transporterad kilometer, transporter av cateringleveranser till och från högskolans campus genererar.

I punkt 6.3 "Bör-krav" anges bl.a. följande.

Nedan följer bör-krav som anbudsgivaren bör uppfylla i sitt anbud. Anbudsgivaren erhåller poäng för bör-kraven enligt nedan. Poängspannet är mellan 100 och 200 poäng.

6.3.2 Bör-krav 2 Transporterna

Anbudsgivaren skall beskriva vilken klimatpåverkan i form av utsläppta/genererade kilogram koldioxid per transporterad kilometer, transporter av cateringleveranser till och från högskolan genererar. Se även under punkt 5.13.4 (rätteligen 5.11.4) "Transporter".

Inkomma anbud kommer att rangordnas utefter genererad mängd koldioxid per transporterad kilometer enligt ovan. Poängskalan mellan 100 – 200 kommer att fördelas enligt nedan:

200 poäng – anbudsgivare med lägst genererad mängd utsläpp

Poäng mellan 100 och 200 poäng fördelas jämt utifrån antalet anbudsgivare. Det vill säga; lämnas två anbud in får anbudsgivare med lägst utsläpp 200 p och den med näst lägst utsläpp 150 p. Lämnas tre anbud in får an-

budsgivare med lägst utsläpp 200p, med näst lägst poäng 166,66 p och den med högst utsläpp 133,33 p.

100 poäng – Nollställt anbud.

I punkten 6.4 "Viktning" anges bl.a. följande.

Upphandlingen viktas enligt följande:

Pris	40 procent
Bör-krav 1 Provsmakning	40 procent
Bör-krav 2 Transport	20 procent

I punkten 6.5 "Förfarande" anges bl.a. följande.

Det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt, med undantag för konditorivaror, enligt 12 kap. 1 § LOU kommer att antas. Det innebär att det anbud med högst sammanlagd poäng med två decimaler av totalpris och bör-krav, efter viktning, kommer att antas som leverantörer till högskolan. Anbud med lägst pris kommer att antas för området "Konditorivaror".

I punkten 7.11 "Samarbete" anges bl.a. följande.

Området konditorivaror är undantagen denna punkt.

Högskolan anlitar andra leverantörer för att stärka och komplettera verksamheten. Bland annat har högskolan avtal med leverantör som arrangerar event. Vid till exempel event eller finare catering skall antagen leverantör kunna samarbeta med eventarrangören vad avser dekorationer av bord, inredning av rummet eller annat som rör evenemanget eller annan leverantör som kan komma att anlitas i samband med evenemanget.

Högskolan hyr ut kök, serveringsyta och representationsmatsalar till annan hyresgäst. Högskolans restaurangers verksamhet har upplåtits genom tjänstekoncession. Enligt hyresavtalet mellan högskolan och hyresgästen kan hyresgästen efter förfrågan hyra ut serveringsyta och representationsmatsalar till annan enligt villkor som hyresgästen ställer. Den leverantör som antas måste sluta avtal med hyresgästen gällande leverans och servering i hyresgästens förhyrda lokaler på campus i Eskilstuna och Västerås.

I punkten 7.12 "Ersättning" anges bl.a. följande.

Ersättning skall lämnas på prisbilaga, bilaga 4, i SEK exklusive mervärdesskatt. Samtliga kostnader i samband med tjänstens utförande skall ingå i offererad ersättning som till exempel leverans, bortforsling av porslin, hyra

av lokal hos högskolan etc. samt övrigt som framgår av prisbilagan och under punkt 5 Krav på tjänsten.

I handlingen frågor/svar och kompletteringar anges bl.a. följande.

Fråga: Angående 7.12 "Ersättning". Vad blir det för hyreskostnad vid hyra av lokal hos högskolan?

Svar: Den hyreskostnad, som nämns under punkt 7.1.3 "Ersättning" avser i första hand hyresförhållandet mellan högskolan och annan hyresgäst, som beskrivs under punkt 7.12 "Samarbete". Hyresförhållandet gäller ytor för restaurangverksamhet inklusive serveringsytor och representationsmatsalar. Högskolans hyresgäst ställer själv villkor för uthyrning av de ytor som hyresavtalet omfattar.

Hörs anbud

I bilaga 12 anges bl.a. följande.

Interna leveranser inom skolans område:

Sker med vagnar anpassade för leveranser av mat. Detta innebär att de utsläppen är lika med 0.

Förvaltningsrättens bedömning

Ersättning för hyra av lokal

Bolaget har gjort gällande att högskolan brutit mot transparensprincipen då hyrans belopp inte går att beräkna utifrån förfrågningsunderlaget. Bolaget menar att det är högskolans skyldighet att säkerställa att kostnaden för den del av lokalen som ska upplåtas till annan entreprenör i samband med cateringtjänster är dels densamma för samtliga anbudsgivare, dels känd för anbudsgivarna vid tidpunkten för anbudslämnande. Så som förutsättningen är idag är det upp till Hörs fria skön att sätta hyresbeloppet på de lokaler som ska nyttjas i samband med catering av annan entreprenör. Vidare har bolaget gjort gällande att Hörs gynnas av att inte ha en tilläggskostnad för hyra av lokalen vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Högskolan har anfört att Hörs i enlighet med redan befintligt hyresavtal betalar till högskolan för hyra av lokalerna och att högskolan tydligt har informerat om hyresförhållandet med Hörs och innebörden av detta. Högskolan anser att det i sitt förfrågningsunderlag omöjligtvis kan reglera hyreskostnaden mellan Hörs och en eventuell hyresgäst. Vidare menar högskolan att det åligger en leverantör att göra nödvändiga undersökningar om framtida kostnader med utomstående parter inför ett anbud samt att bolaget inte varit förhindrad att efterhöra med Hörs vad en hyreskostnad skulle uppgå till.

När det gäller vad bolaget anfört om information/beräkning avseende hyra av lokal så gör förvaltningsrätten följande bedömning. Av förfrågningsunderlaget framgår att hyra av lokal hos högskolan ska vara inkluderad i offererad ersättning. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att den leverantör som antas måste sluta avtal med hyresgästen, d.v.s. Hörs gällande leverans och servering i hyresgästens förhyrda lokaler på campus i Eskilstuna och Västerås. En förutsättning för tjänstens utförande är således att avtal avseende hyra sluts med Hörs. Enligt förfrågningsunderlaget är det hyresgästen, dvs. Hörs som ställer villkoren för sådan uthyrning. Av lika-behandlingsprincipen följer att alla anbudsgivare ska ha samma förutsättningar. Av transparensprincipen följer att en upphandling ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Att överlämna åt en leverantör att fritt sätta villkoren för hyra av lokaler, vilka samtliga övriga leverantörer är beroende av för att kunna utföra tjänsten, samt att inte i förfrågningsunderlaget upplysa om vad hyreskostnaden uppgår till medför enligt förvaltningsrättens mening att förfrågningsunderlaget blir oförutsägbart för alla leverantörer utom just den leverantör som redan hyr lokalen. Ett sådant förfarande strider enligt förvaltningsrättens mening mot såväl likabehandlings- som transparensprincipen. Av utvärderingsrapporten framgår att bolaget vad gäller utvärderingskriteriet "Pris" fått högre poäng än Hörs. Det kan därför ifrågasättas om bolaget till följd av dessa fel i upphandlingen riskerat att

lida skada. Enligt förvaltningsrättens mening kan det emellertid inte uteslutas att bolaget hade lämnat ett annat anbud för det fall hyreskostnaden hade varit känd. Bolaget får därför anses ha riskerat lida skada. Grund för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed.

Vad bolaget anfört avseende den tilläggskostnad Hörs i egenskap av befintlig hyresgäst inte har finner förvaltningsrätten att det förhållandet inte är sådant att det strider mot LOU.

Utvärderingskriteriet transport

Bolaget har gjort gällande att utvärderingskriteriet avseende transport strider mot likabehandlingsprincipen då befintlig leverantör, Hörs, som bedriver restaurangverksamheten, inte har några transporter och alltid kommer erhålla högst poäng i denna del oavsett hur andra leverantörers transporter sker.

Högskolan menar att det avgörande inte är varifrån transporten sker utan mängden utsläpp som transporten genererar och att anbudsgivare kan uppnå höga poäng på olika sätt, genom t.ex. transport med elbil. Högskolan har även åberopat EU-domstolens mål Concordia och vad som där uttalas, bl.a. att det faktum att endast ett fåtal företag, bland vilka ett till den upphandlande enheten hörande företag, kunde uppfylla ett av de kriterier som den upphandlande myndigheten tillämpat, inte i sig medför att likabehandlingsprincipen åsidosätts.

En upphandlande myndighet får som utvärderingskriterier använda sig av miljöegenskaper (se 12 kap. 1 § LOU). Sådana krav måste dock överensstämma med grundläggande gemenskapsrättsliga principer, bl.a. likabehandlingsprincipen.

Det i upphandlingen tillämpade utvärderingskriteriet avseende transport bedöms efter mängd genererad koldioxid per transporterad kilometer, där den anbudsgivare med lägst genererad mängd utsläpp kommer erhålla 200 poäng. Viktningen av kriteriet är 20 procent. Högskolan har inte invänt mot bolagets påstående att det endast är Hörs som i aktuell upphandling kunnat erhålla maximal poäng avseende kriteriet transport oavsett vilka transporter andra leverantörer använt sig av. Vid sådana förhållanden är situationen inte jämförbar med den i Concordia-målet, där, såvitt kan utläsas av målet, mer än ett företag kunde uppfylla ställda krav och erhålla samma tilläggs-poäng. Av likabehandlingsprincipen följer att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Att uppställa ett utvärderingskriterie avseende transporter, som är viktat till så mycket som 20 procent, när det som bolaget anfört, är givet att en leverantör inte har några transporter och därför kommer erhålla full poäng oavsett vilka transporter övriga leverantörer använder sig av strider enligt förvaltningsrättens mening mot likabehandlingsprincipen. Bolaget har härigenom riskerat att lida skada. Grund för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed även på denna grund.

Förvaltningsrätten har enligt vad som framgår av ovan redovisade skäl funnit att grund för ingripande enligt LOU föreligger. Förutsättningar för rättelse är inte för handen då felet har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Högskolans upphandling ska därför göras om avseende område 1 (mat).

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



Annika Lowén
rådman

Målet har handlagts av Christina Kans.



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. 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 uppge 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 3109/1A LOU

