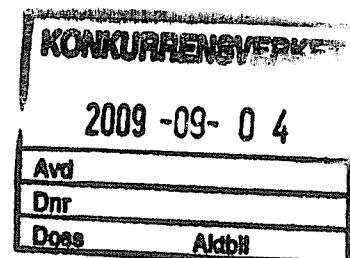


SÖKANDE

E.ON ES Trafik & Belysning AB, 556461-3148
Box 50529
205 09 Malmö

Ombud: Claes Jacobsson
E.ON ES Trafik & Belysning AB
Box 50529
205 09 Malmö



MOTPART

Bergslagens kommunalteknik, 222000-1487
Box 144
713 23 NORA

SAKEN

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

BAKGRUND OCH YRKANDE

Bergslagens kommunalteknik (BKT) har inlett upphandling avseende drift och underhåll för gatubelysning inom Hällefors, Lindesbergs, Ljusnarsbergs och Nora kommuner. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling och som enda utvärderingskriterium har angivits lägsta pris. EON ES Trafik & Belysning AB (EON) har varit en av tre anbudsgivare. Genom tilldelningsbeslut den 6 februari 2009 antogs EON:s anbud. Därefter ansökte en av de andra anbudsgivarna, Infra Service Väst AB, numera Infratek Sverige AB (Infratek), om överprövning av upphandlingen, varefter Länsrätten i Örebro län genom dom den 16 april 2009, mål nr 351-09, beslutade att BKT skulle göra om utvärderingen och därvid bortse från EON:s anbud. Enligt domskälen hade EON inte uppfyllt samtliga skalkrav. BKT fattade den 30 april 2009 ett nytt tilldelningsbeslut, varigenom Infrateks anbud antogs. Härvid angavs bl.a. att EON inte hade kvalificerat sig och att Infratek skulle antas som vinnande anbudsgivare då bolaget lämnat det lägsta anbudspriset. Den 7 maj 2009 inkom EON till länsrätten med en ansökan om överprövning av upphandlingen. EON anförde att BKT:s förfrågningsunderlag stred mot principerna i 1 kap. 9§ LOU om proportionalitet, likabehandling och icke-diskriminering samt att BKT:s miljö- och kvalitetskravsformulär var så otydligt och svårtolkat att utformningen stred mot principerna i 1 kap. 9§ LOU om transparens och förutsägbarhet. Den 8 maj 2009 beslutade länsrätten att inte ta upp EON:s ansökan till prövning på grund av att EON inte ansågs äga föra talan om över-

Dok.Id 66502

Postadress
Box 63
701 41 Örebro

Besöksadress
Drottninggatan 2

Telefon
019-16 77 50
E-post: lansratteniorebro@dom.se

Telefax
019-10 37 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-12:00
13:00-15:00

prövning av nu föreliggande upphandling. EON överklagade beslutet till Kammarrätten i Jönköping, Kammarrätten, som 2009-05-14 förordnat att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat hade beslutats, undanröjde genom slutligt beslut 2009-06-22 länsrättens avvisningsbeslut och återförvisade målet till länsrätten för fortsatt handläggning. I sina skäl uttalade Kammarrätten bl.a. följande: BKT har således rättat upphandlingen på det sätt som länsrätten föreskrivit. Enligt nyare kammarrättspraxis får därmed ett nytt förfarande anses ha inletts. Detta medför att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada har rätt att ansöka om åtgärder mot detta nya förfarande i enlighet med vad som anges i bestämmelserna i 16 kap. LOU. Kammarrätten finner således att EON har rätt att med stöd av bestämmelserna i 16 kap. LOU ansöka om överprövning av upphandlingen och att länsrätten således inte borde ha avvisat bolagets talan på angiven grund. EON:s överklagande ska därmed bifallas. Skäl föreligger för fortsatt interimistiskt förordnande.

YRKANDE MM

I det nya tilldelningsbeslutet 2009-04-30 har BKT beslutat att anta Infratek Sverige AB:s anbud med hänvisning till en ny utvärderingsrapport av samma datum. I utvärderingsrapporten sägs att EON svarat nej på flera frågeställningar (skall-krav) i bilagan "Miljö- och kvalitetskravsformulär" och att EON därför inte kvalificerats att delta i utvärderingen. BKT har därefter i utvärderingsrapporten konstaterat att Infratek har lämnat lägsta priset och därmed är den anbudsgivare som skall erhålla uppdraget.

EON har yrkat att upphandlingen skall göras om och har som grund härför åberopat att BKT:s förfrågningsunderlag strider mot principerna i 1 kap. 9§ LOU om proportionalitet, likabehandling samt icke-diskriminering genom att det – i förhållande till upphandlingens art – oproportionerliga kravet på separata dokumentationssystem utesluter anbudsgivare som hanterar miljöledning, kvalitetsledning och trafiksäkerhet som integrerad del i andra styrande dokument, att BKT:s miljö- och kvalitetskravsformulär är utformat på ett så otydligt och svårtolkat sätt att utformningen strider mot principen i 1 kap. 9§ LOU om transparens och förutsägbarhet. Felaktigheterna medför att EON lider eller kan komma att lida skada.

BKT har bestritt bifall till EON:s ansökan om överprövning.

DOMSKÄL

EON har till utveckling av sin talan anfört i huvudsak följande. Till förfrågningsunder har fogats en bilaga kallad Miljö och kvalitetkravsformulär vid underhåll av gatubelysning. Under punkten 2 A anges att alla krav i del A måste vara uppfyllda för att anbudet ska behandlas vid utvärderingen. Därefter följer under punkten 3.1 en beskrivning av den miljö- och kvalitetsledning som krävs samt ett miljö- och kvalitetsdokumentationsformu-

lär. Det anges att frågorna 2 – 6 och 8 – 12 ska besvaras endast om svaret på fråga 1 och 7 är nej. EON har svarat ja på såväl fråga 1 som 7 och uppfyller således de uppställda skall-kraven avseende miljö- och kvalitetsdokumentation. – Under rubriken dokumenterade trafiksäkerhetsrutiner ges en beskrivning av vad som krävs angående dessa rutiner. Därefter följer ett trafiksäkerhetsdokumentationsformulär. – De av BKT uppställda skall-kraven avseende såväl miljö – och kvalitetsledning som trafiksäkerhetsdokumentation förutsätter att anbudsgivarna hanterar miljöledning, kvalitetsledning och trafiksäkerhet i separata dokument och policies, jfr fråga 2 och 3 i trafiksäkerhetsdokumentationsformuläret. Ett likvärdigt miljö – och kvalitetsledningsarbete samt trafiksäkerhetsarbete kan dock bedrivas även genom en modell där ovanstående områden dokumenteras som en integrerad del i ett bolags kvalitetsdokument, vilket är fallet hos EON. Ett krav på eget kvalitetssystem, miljöledningssystem och trafiksäkerhetsarbete samt egna åtgärdsprogram för dessa områden kan inte anses stå i proportion till upphandlingens art eller det mål som eftersträvas med upphandlingen. Kravet kan därför inte anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen. – Genom att ställa upp ett krav på eget kvalitetssystem, miljöledningssystem och trafiksäkerhetsarbete samt egna åtgärdsprogram för dessa områden diskrimineras och utesluts dessutom anbudsgivare som har valt att bedriva ett likvärdigt miljö- och kvalitetsledningsarbete samt trafiksäkerhetsarbete som en integrerad del i andra dokumentationssystem. Alla anbudsgivare behandlas således inte lika under anbudsförfarandet. – BKT:s miljö- och kvalitetskravsformulär är så otydligt utformat att BKT inte själva har kunnat tolka detta på ett entydigt sätt.

BKT har tillstöd för sitt bestridande anfört i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget finns inget krav på separata dokumentationssystem. Tvärtom står det i texten i bilagan "Miljö- och kvalitetskravsformulär" bl.a. att dokumenten som styr trafiksäkerhetsarbetet kan ingå i andra typer av styrande dokument som t.ex. miljöledningsrutiner, kvalitetsrutiner etc. Inget i underlaget påvisar annat än att ett dokumenterat kvalitets-, miljö och trafiksäkerhetsarbete mycket väl kan vara integrerat i ett gemensamt dokumentationssystem. Däremot ställs krav i förfrågningsunderlaget på ett eget kvalitets/miljösystem samt ett eget trafiksäkerhetsarbete, vilket hänförs till att leverantören ej kan åberopa annan leverantörs kvalitets/miljö- eller trafiksäkerhetspolicy/-ledningssystem/-arbete. EON:s påstående - att BKT:s miljö och kvalitetskravsformulär är så otydligt och svårtolkat att BKT själva inte kunnat tolka det på ett entydigt sätt - är felaktigt. Ändringen i det nya tilldelningsbeslutet är en följd av länsrättens tidigare dom.

EON har genmält följande. Det förhållandet att krav ställs på ett eget miljölednings-, kvalitetslednings och trafiksäkerhetssystem kan tolkas – och har av EON tolkats på så sätt att BKT önskade svar om anbudsgivarna hanterade miljöledning, kvalitetsledning och trafiksäkerhet i separata dokument och policies, jfr. fråga 2 och 3 i trafiksäkerhetsdokumentationsformuläret. Ett krav på eget kvalitetssystem, miljöledningssystem och trafiksä-

kerhetsarbete - såsom EON uppfattat att BKT avsett - samt egna åtgärdsprogram för dessa områden kan inte anses stå i proportion till upphandlingens art eller mål som eftersträvas med upphandlingen. Ett sådant krav kan därför inte anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen.

Enligt 1 kap 9§ LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas.

Av 16 kap 2§ LOU framgår 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrätten gör följande bedömning

Det är den upphandlande enheten som bestämmer hur upphandlingen skall utformas. Enheten har härvid ett betydande utrymme för en skönmässig bedömning ifråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för sitt beslut att tilldela kontrakt. Förutsättningen är – i enlighet med vad som följer av gemenskapsrättsliga principer – att kraven är proportionella och har anknytning till det som upphandlas samt att de inte är diskriminerande. När enheten har fastställt de krav och kriterier som den vill tillämpa och sänt ut förfrågningsunderlaget, äger den i princip inte rätt att vid anbudsutvärderingen frånga de ställda kraven eller göra några skönmässiga bedömningar. Vid utvärderingen har den upphandlande enheten att bedöma hur väl anbudsgivarna enligt sina anbud uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna kraven och kriterierna. Regeringsrätten har uttalat (se RÅ 2002 ref 50) att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Dessa principer gäller likabehandling, icke diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Exempel på transparens är att förfrågningsunderlaget skall vara fullständigt och tydligt. Det är också viktigt att leverantören genom förfrågningsunderlaget får klart för sig vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det – på grund av vad sökanden åberopat i målet – finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 2§ LOU.

Den i målet åberopade bilagan till förfrågningsunderlaget, benämnd Miljö- och Kvalitetsformulär, innehåller de obligatoriska krav (skall-krav) som

BKT ställer beträffande miljö- och kvalitetsledning och dokumenterade trafiksäkerhetsrutiner. Som verifiering av de ställda kraven skall anbudsgivarna besvara vissa frågor, dels i ett s.k. Miljö- och kvalitetsdokumentationsformulär, dels i ett s.k. Trafiksäkerhetsdokumentationsformulär.

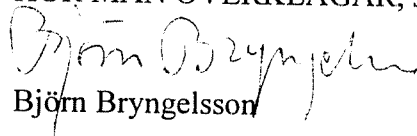
EON har i anbudet besvarat vilket certifierade kvalitetssystem och miljöledningssystem som företaget har och därmed uppfyllt kraven enligt fråga 1 och 7. Det förhållandet att frågorna 3 och 9, om ett dokumenterat eget kvalitetssystem och ett dokumenterat eget miljöledningssystem besvarats nekande, skulle då enligt formuläret inte behöva besvaras och således inte ha någon betydelse. Beträffande kraven på dokumenterade trafiksäkerhetsrutiner anges att dokumenten som styr trafiksäkerhetsarbetet kan ingå i andra typer av styrande dokument. Samtidigt efterfrågar BKT i Trafiksäkerhetsdokumentationsformuläret, vilket ingår i den aktuella bilagan, ett eget trafiksäkerhetsarbete, ett eget åtgärdsprogram för trafiksäkerheten och om leverantören kan visa upp en egen dokumentation om detta. Vidare efterfrågas leverantörens egna dokumentation rörande uppföljning och vidareutveckling av trafiksäkerhetsarbetet. Uppenbarligen är förfrågningsunderlaget i angivna hänseenden otydligt utformade och har lämnat utrymme för olika tolkningar, vilket varit till skada för EON i den mening som avses i 16 kap 2§ LOU. BKT kan vid angivna förhållanden inte undgå att skriva om skall-kraven så att de inte kan missförstås av rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare. Upphandlingen måste således göras om.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Bergslagens kommunaltekniks upphandling av drift och underhåll för gatubelysning skall göras om.

Det interimistiska beslutet gäller inte längre.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1d)


Björn Bryngelsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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, anledningen 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 nå 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.

