



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2012-07-11
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3184-12
Enhet 2

SÖKANDE

Props Utility Solutions AB, 556662-5959

Ombud: Niclas Tordhag
Petrusvägen 2
132 48 Saltsjö-boo

MOTPART

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

Ombud: Jur.kand. Sara Devida
Kungsgatan 86
631 86 Eskilstuna

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012 -07- 1 2	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

Dok.Id 88642

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Eskilstuna Energi & Miljö AB (EEM) genomför en upphandling av kund-informationssystem, dnr UH12-13. Upphandlingen genomförs med förhandlat förfarande enligt LUF.

Genom beslut om kvalificering och urval den 8 maj 2012 underrättade EEM Props Utility Solutions AB (bolaget) om att bolaget inte var bland de leverantörer som blivit utvalda att lämna anbud i upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning av beslutet den 8 maj 2012 och yrkar att beslutet ska ogillas och att tydliga kriterier fastställs för vilka som har möjlighet att lämna anbud.

EEM motsätter sig bifall till bolagets ansökan.

Tilldelningsbeslut har ännu inte fattats i upphandlingen.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Parterna har anfört i huvudsak följande.

Bolaget

Bolaget blev inbjuden av EEM att ansöka om att få lämna anbud i upphandlingen. Den 8 maj 2012 erhöll bolaget beslut om att det inte var bland de utvalda leverantörerna att lämna in anbud. Bolaget skickade därefter ett mejl till inköpschefen på EEM och fick bekräftat att bolaget vid kvalificering och urval inte var lämplig som leverantör. Bolaget begärde sedan via mejl uppgift om på vilka objektiva grunder bolaget inte ansågs vara en lämplig leverantör. EEM svarade att bolaget var kvalificerade, men trots detta inte ansågs som lämplig att lämna in anbud. Kriteriet objektiva grun-

der är inte uppfyllt och det går inte att bedöma på vilka grunder beslutet tagits. De generella formuleringarna i EEM:s svar gör det omöjligt för en leverantör att bedöma om EEM bara fört ett generellt resonemang och valt anbudsgivare som de redan i förväg haft preferenser för. Marknaden för de tjänster som efterfrågas kan enbart levereras av en handfull leverantörer. Uteslutning borde därför rimligen inte kunna ske på grund av att antalet ansökningar om att lämna in anbud var för stort. Ett beslut som inte kan tolkas eller ger möjlighet för en leverantör att vid nästa tillfälle åtgärda de brister som upphandlande enhet anser föreligga, gynnar inte en effektiv konkurrens.

EEM

EEM har inte brutit mot någon bestämmelse i LUF och bolaget, vars anbudsansökan för övrigt inte har valts ut kan framför allt av den anledningen inte lida skada då det aldrig skulle komma ifråga för kontrakt. Bolaget kan därmed inte anses lida skada, varför grund för ingripande saknas. EEM har i alla delar genomfört första fasen av upphandlingen i enlighet med LUF och har även iakttagit samtliga principer i 1 kap. 24 § LUF. De fel som bolaget påstår föreligga rör till övervägande del fel i urvalsbedömningen och inte fel i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därför tillräckligt att förordna om rättelse för det fall att förvaltningsrätten mot förmodan skulle finna skäl för ingripande (se RÅ 2005 ref. 47).

Av EEM:s inbjudan till anbudsansökan med tillhörande bilaga framgår alla kvalificeringskrav och urvalskriterier klart och tydligt. Mot bakgrund av upphandlingens komplexitet (föremålet för upphandlingen avser leverans-, support-, och underhållsavtal för programlicenser, tjänster för installation, konvertering, parametersättning, utbildning, driftsättning och förvaltning av system för debitering och kundhantering gällande elnät, elhandel, fjärrvärme, renhållning, återvinning, vatten, allmänfakturering - produkter och

tjänster ej knutna till någon nytta - och kampanj-, offert-, avtals-, och ärendehantering samt mätvärdesdatabas) och de resurser som EEM har att tillgå, har EEM i enlighet med 10 kap. 10 § LUF valt att begränsa antalet anbudssökande som kommer att bjudas in att få lämna anbud till 3-5 leverantörer, under förutsättning att så många ansöker om att få delta i upphandlingen.

Av EEM:s inbjudan till anbudsansökan, punkt 2.2 anges bl.a. att vid begränsningen av antalet som kommer att bjudas in att lämna anbud kommer hänsyn att tas till lämnade uppgifter i punkt 4, bilaga 1, i Svarsformulär. I denna punkt ställer EEM upp urvalskriterierna och frågar efter information om erfarenhet rörande utilitybranschen, produktutbud samt support och förvaltning. I punkt 3 inbjudan till anbudsansökan anges även klart och tydligt både hur kvalificerings- och urvalsprocessen sker och vilka kriterier som ligger till grund härför. Upphandlingsförfarandet uppfyller därmed kravet på transparens. De anbudssökande som valts ut att få delta i den fortsatta upphandlingen (3-5 st) är de som, med ledning av lämnade uppgifter i punkt 4 i Svarsformulär, bedömts bäst motsvara EEM:s totala systembehov som framgår av punkten 2.1 i anbudsansökningsinbjudan.

Bolaget påstår att marknaden för de tjänster som EEM bl.a. efterfrågar endast kan erbjudas av "en handfull leverantörer". Antalet företag som ansökte om att få delta i upphandlingen är belagt med upphandlingssekretess intill dess att upphandlingen är avslutad. Upplysningsvis kan dock nämnas att EEM fick in fler än tio kvalificerade anbudsansökningar och att de utifrån de urvalskriterier som redovisats i inbjudan till anbudsansökan valt ut 3-5 leverantörer. LUF saknar bestämmelser som närmare reglerar hur urvalet ska göras när flera anbudssökande än det antal som ska inbjudas uppfyller uppställda kvalificeringskrav. Av art. 44, punkt 3 i det klassiska direktivet framgår endast att urvalskriterierna ska vara objektiva och icke-diskriminerande. I förarbetena hänvisas till att de grundläggande prin-

ciperna i gemenskapsrätten som kommer till uttryck i 1 kap. 24 § LUF inte får åsidosättas vid urvalsprocessen. De uppställda bedömningskriterierna uppfyller kraven enligt LUF och med hänsyn till föremålet för upphandlingen måste de anses vara objektivt motiverade och inte diskriminerande på något sätt. Upphandlingsförfarandet uppfyller vidare kraven på transparens i den utsträckning det är möjligt under en pågående upphandling. EEM har sammanfattningsvis inte agerat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna eller vad som stadgas i LUF.

Bolaget

Det är märkligt att EEM anser att bolaget aldrig skulle komma ifråga för kontrakt utan att ta del av ett anbud eller på mätbara eller objektiva grunder motivera det beslutet. EEM har inte klargjort de synpunkter som bolaget presenterat. EU-domstolens dom (Fabricom mot Belgiska staten C-21/03 och C-34/03 reg 2005) avseende detaljerad upplysningsplikt kan vara relevant för detta fall.

EEM

En stor del av deras verksamhet utgörs av affärsområdet "Återvinning". Först ut i Europa, satte EEM år 2011 en optisk färgavfallssorteringsanläggning i drift för att på så sätt kunna ta hand om sex olika avfallstyper/fraktioner. Samma år blev Eskilstuna utsedd till Sveriges återvinningskommun. Mot bakgrund av att kommunen och EEM investerat miljonbelopp i avancerad teknik för återvinning och att den verksamheten är en av EEM:s grundpelare, är det en självklarhet att det kundinformationssystem som upphandlingen avser måste kunna hantera och omfatta bl.a. produkter och tjänster inom detta affärsområde. Bolaget har till sin anbudsansökan uppgett följande: "Vad gäller de olika nyttigheter som nämns i inbjudan hanterar Props produkter idag grundläggande data (mätvärden, kompo-

nentdata, prissättning, etc.) inom samtliga områden som beskrivs förutom renhållning och återvinning." Detta har noterats och beaktats av EEM vid urvalet, vilket framgår av urvalsprotokollet. EEM har vidare konstaterat att bolaget har en förhållandevis liten organisation för support och förvaltning. De utvalda anbudssökandena har redovisat att de hanterar samtliga efterfrågade nyttigheter i sina system. De kan med andra ord bl.a. även erbjuda det som bolaget uppgett att det inte kan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utredning

I inbjudan till anbudsansökan punkt 2.2 anges bl.a. följande. Om samtliga anbudssökande uppfyller samtliga krav kommer urval göras enligt punkt 4 i Svarsformulär. Antalet anbudssökande som kommer att bjudas in att få lämna anbud i denna upphandling är 3-5 leverantörer om så många ansöker om att få delta i upphandlingen. Vid behov kommer en begränsning att göras av antalet som kommer att inbjudas att lämna anbud. Detta för att ta hänsyn till de resurser som Eskilstuna Energi & Miljö har att tillgå för att genomföra en utvärdering med god kvalitet. Vid denna begränsning kommer hänsyn att tas till lämnade uppgifter i punkt 4, bilaga 1, Svarsformulär.

Av punkt 4 i Svarsformulär framgår i huvudsak att urval kommer att göras utifrån vissa uppgifter som efterfrågas rörande erfarenhet av utility-branschen, produktutbud och support och förvaltning. (De efterfrågade uppgifterna anges inte här, *förvaltningsrättens anm.*).

I inbjudan till anbudsansökan, punkt 3, anges bl.a. följande. Urval kommer att göras och de anbudssökande som bäst anses uppfylla EEM:s behov kommer att inbjudas att delta i upphandlingens andra fas och lämna anbud. Urvalet kommer att baseras på svaren i punkt 4, Urval, bilaga 1, Svarsfor-

mulär. – Följande urvalskriterier kommer att bedömas: erfarenhet utilitybranschen, produktutbud samt support och förvaltning.

I mejlkorrespondens mellan bolaget och EEM den 10-11 maj 2012 framgår bl.a. att bolaget begärde uppgift om på vilka mätbara grunder som bolaget uteslutits i anbudsförfarandet. EEM svarade i huvudsak följande. De leverantörer som valts ut att lämna anbud är de som med ledning av punkt 4, bilaga 1, i ansökningsinbjudan bedömts bäst motsvara det totala systembehov som framgår av ansökningsinbjudan. Utifrån svaren enligt punkt 4 i svarsbilagan har EEM funnit att andra ansökningar motsvarar EEM:s behov bättre. EEM uppgav vidare att några andra upplysningar om vilken information som de använt sig av vid kvalificering och urval inte kan lämnas ut med hänsyn till upphandlingssekretessen som råder fram till dess att tilldelningsbeslut meddelas.

Av urvalsprotokoll den 4 maj 2012 anges bl.a. följande rörande bolagets anbudsansökan. Produktutbud – exempelvis verksamhetsstöd för återvinning saknas. Bolaget har en förhållandevis liten organisation för support och förvaltning.

Lagtext m.m.

Av 1 kap. 24 § LUF framgår att upphandlande enheter 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.

Enligt 9 kap. 10 § första stycket LUF ska en upphandlande enhet till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

Av 11 kap. 10 § LUF framgår följande. Vid selektivt eller förhandlat förfarande får den upphandlande enheten använda kriterier som grundas på ett objektiva behov av att minska antalet anbudssökande till en nivå som kan anses rimlig med hänsyn till särskilda förhållanden i samband med upp-

handlingen och på de resurser som behövs för dess genomförande. De utvalda anbudssökandena ska dock vara så många att effektiv konkurrens kan uppnås.

Av 16 kap. 6 § LUF framgår bl.a. 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.

I författningskommentaren till 9 kap. 10 § LOU och LUF anges bl.a. följande. I aktuell paragraf åläggs myndigheten att lämna upplysningar om skälen för att en anbudsansökan avslagits eller ett anbud förkastats. Det kan alltså vara fråga om beslut som ligger före tilldelningsbeslutet, men som likväl kan vara överprövningsbara. Oavsett vilket slags information som begärs är det leverantören som ska ta initiativet. Först när så skett inträder myndighetens skyldighet att agera. Upplysningarna får inte vara intetsägande, men det går inte att fastställa hur fylliga de bör vara. Det får antas att skälen inte behöver vara uttömmande så länge de är tillräckliga. Meningen är ju att upplysningarna ska ge leverantören möjlighet att bedöma om det är meningsfullt att begära överprövning av beslutet. Upplysningarna får lämnas på det sätt myndigheten finner lämpligt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget gör sammanfattningsvis gällande att beslutet om urval den 8 maj 2012 inte har fattats på objektiva grunder, att EEM inte redovisat tillräckliga skäl för beslutet och att tydliga kriterier för urval ska fastställas.

Bestämmelsen i 9 kap. 10 § LUF innebär att upphandlande enhet har en skyldighet att upplysa om skälen för ett beslut då en leverantör begär detta. Bestämmelsen omfattar även beslut som fattas före ett tilldelningsbeslut. Det är inte närmare reglerat vilken information som ska anges. Skälen får dock inte vara alltför intetsägande och bör utformas så att rätten till överprövning ska kunna tas tillvara. Under detta skede råder normalt absolut sekretess, varför upplysningarna normalt inte kan innehålla uppgifter om andra leverantörers ansökningar.


Av utredningen framgår att bolaget via mejl den 10-11 maj 2012 begärde att få upplysningar av EEM om bl.a. på vilka grunder bolaget inte blivit utvalt att lämna anbud i upphandlingen. Enligt förvaltningsrättens mening måste den information som bolaget fick anses vara alltför knapphändig för att ge möjlighet att bevaka sin rätt. Bristen utgör dock inte i sig tillräckliga skäl för ingripande enligt LUF.

Bestämmelsen i 11 kap. 10 § ger upphandlande enhet en möjlighet att begränsa antalet anbudssökande. Med hänsyn till upphandlingens omfattning, som framgår av punkt 2.1 i inbjudan till anbudsansökan, vad EEM anfört rörande deras resurser och utredningen i övrigt, framgår inte annat än att upphandlingen skett i enlighet med 11 kap. 10 § LUF. Av urvalsprotokollet framgår att urvalskriterierna inte har förhindrat en effektiv konkurrens.

Bolaget har vidare åberopat att tydliga kriterier för urval ska fastställas. En upphandlande enhet får fritt formulera och bestämma kriterier för en upphandling. Dessa godtas så länge de är förenliga med de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. Av inbjudan till anbudsansökan, punkt 3 och 4 i Svarsformulär, framgår hur urvalet för att få lämna anbud i upphandlingen kommer att gå till och vilka kriterier som urvalet kommer att baseras på. Enligt förvaltningsrättens mening är urvalskriterierna tillräckligt klargörande beträffande vad EEM avser att grunda urvalet på.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad bolaget åberopat inte utgör stöd för ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).


Tommy Svensson

Föredragande har varit Martina Thorn.



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 var till 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 3109/1D LOU