



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 32

DOM
2018-10-08
Meddelad i Stockholm

Mål nr
12890-18

SÖKANDE

Bogfelts Installationer & Entreprenad AB, 556369-4925

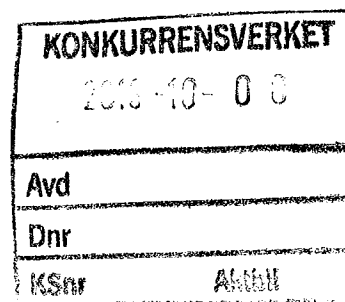
Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jurist Viktor Hård af Segerstad
Advokatfirman AG Advokat KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Nynäshamns kommun, 212000-0233
149 81 Nynäshamn

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bogfelts Installationer & Entreprenad AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 1015345

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|------------------|------------------|---|---------------|------------------------------|
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt | 08-561 680 01 | måndag–fredag 08:00–16:30 |

BAKGRUND

Nynäshamns kommun genomför en upphandling av drift och underhåll av offentlig belysning, dnr SUN 2018/53 (Upphandlingen) som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Bogfelts Installationer & Entreprenad AB (Bolaget) har lämnat ett anbud i upphandlingen. I tilldelningsbeslut den 29 maj 2018 beslutade Nynäshamns kommun att anta anbudet avgivet av ett annat bolag, Vattenfall Service Nordic AB (Vattenfall), som mest ekonomiskt fördelaktigt.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om ingripande i enlighet med 20 kap. 6 § LOU. Till stöd för sin talan anför Bolaget bland annat följande. Nynäshamns kommun har genomfört upphandlingen i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna genom att utforma och tillämpa en utvärderingsmodell som brustit i transparens och förutsebarhet och som medfört att utvärderingen inte skett på objektiva grunder. Leverantörerna har saknat tillräckligt underlag för att kunna bedöma vad kommunen skulle komma att tillmäta betydelse vid kommunens bedömning av kvalitetskriteriet ”Genomförandebeskrivning”. – Bolaget anför att det har lidit eller riskerar att lida skada till följd av kommunens överträdelse av LOU.

Nynäshamns kommun anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bland annat följande. Genomförandebeskrivningen har varit viktig för det aktuella uppdraget. Av upphandlingsdokumenten framgår hur genomförandebeskrivningen bör vara utformad, vilka delar som ska ingå, vad de ska innehålla med närmare beskrivning vad anbudsgivare bör redovisa samt vad som kommer att tillmätas betydelse. Vid bedömningen av genomförandebeskrivningarna har Nynäshamns kommun utgått från beskrivningen i

upphandlingsdokumenten och de beskrivningar som varit utförliga och mer detaljerade erhöll mer i avdrag än mindre utförliga och mer allmänt hållna, varför Vattenfall erhöll mer i mervärdesavdrag än Bolaget. Enligt praxis har upphandlande myndigheter ett stort mått av frihet när det gäller bedömning av anbud vilket innebär att krav och bedömningar får innehålla subjektiva inslag även om dessa inte får ge en obegränsad frihet. Nynäshamns kommun hänvisar även till en skyldighet att tidigt påpeka upplevda brister i upphandlingsdokumenten och att Bolaget har haft möjlighet att under anbudstiden bedöma och påpeka att utvärderingsmodellen strider mot upphandlingsrättsliga principer. Varken Bolaget eller någon annan anbudsgivare har dock kommit med synpunkter på utvärderingsmodellen utan Bolaget har istället och först när Bolaget inte tilldelats kontraktet framfört denna ståndpunkt, vilket talar för att Bolaget inte under anbudstiden ansett att utvärderingsmodellen haft brister.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69). Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

För att rätten ska besluta om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts krävs enligt 20 kap. 6 § LOU dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande princip-

erna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen, dels att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår 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. Av likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från upphandlingsdokumentens obligatoriska krav. Krav som anges i upphandlingsdokumenten måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet.

Utredning i målet

Av upphandlingens upphandlingsdokument, AFB 53 framgår att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet utifrån jämförelsepris kommer att tilldelas kontrakt. Jämförelsepris erhålls i sin tur efter subtraktion av anbudssumman med ett summerat mervärde. Det framgår vidare att det är utvärderingskriterierna "Genomförandebeskrivningen" och "Organisation" som kan ge mervärde vid anbudsutvärderingen och att kommunen själv gör samlade bedömningar av dessa kriterier. Vad gäller kriteriet "Genomförandebeskrivning" anges det vilka rubriker den ska innehålla med närmare beskrivning av varje rubrik, t.ex. Arbets- och ansvarsfördelning, Beredskapsrutiner, Miljöhänsyn, Kvalitetssäkring. Det finns vidare en värderingsskala som ger ett visst antal poäng från 0 till maximalt 100 000 kr för anbudsgivarnas genomförandebeskrivning enligt följande. Det framgår att 0 kr ska ges för torftig eller enkel allmän beskrivning, 15 000 kr för bred, omfattande men allmän beskrivning, 30 000 kr för bred och för förfrågan anpassad beskrivning, 60 000 kr för väl omfattande, för förfrågan anpassad och betryggande beskrivning och 100 000 kr för mycket omspannande, saklig och förtroendegivande samt för förfrågan anpassad beskrivning.

Av handlingarna i målet framgår att Bolaget har lämnat ett anbud med lägst pris men att Vattenfall har fått högre mervärdesavdrag för kriteriet ”Genomförandebeskrivning” än vad Bolaget erhållit vilket resulterade i ett lägre jämförelsepris och ledde till att Vattenfall tilldelades kontraktet.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten ska i enlighet med Bolagets yrkanden först pröva om den utvärderingsmodell som använts uppfyller kraven på transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU och för det fall att så bedöms vara fallet om utvärderingen av anbuden avseende utvärderingskriteriet ”Genomförandebeskrivning” har sådana brister att skäl för åtgärd enligt LOU föreligger.

Strider utvärderingsmodellen mot LOU?

Bolaget gör gällande att innebörden av de omdömen som används i poängskalan för genomförandebeskrivningen inte anges i och med att det inte lämnas någon ledning i fråga om vilka omständigheter som kan komma att tillmätas betydelse för erhållande av ett visst omdöme. Enligt bolaget saknas det därför en objektiv måttstock för anbudsgivarna att förhålla sig till och utvärderingen har kunnat ske helt godtyckligt vilket strider mot principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för de grundläggande principerna som gäller vid offentlig upphandling. Ett upphandlingsdokument ska vara så tydligt att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna förstå vad som

efterfrågas. De skiftande förhållanden som förekommer inom det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte överträds (jämför RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78).

När en upphandlande myndighet fastställer utvärderingskriterier i form av en samlad bedömning med en betygsskala som i det här fallet ligger det i sakens natur att man inte kommer ifrån ett visst mått av subjektivitet. Detta är i och för sig inte en optimal utformning, men hänsyn måste dock tas till vad som ska utvärderas och om förfarandet i övrigt är sådant att kravet, trots ett visst mått av godtycke, får anses vara tillräckligt transparent och inte strider mot likabehandlingsprincipen. Den omständigheten att en anbudsgivare genom att endast ta del av upphandlingsdokumenten inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen medför inte att utvärderingsmodellen brister i transparens (se EU-domstolens avgörande i mål C-19/00, SIAC Construction, punkt 42-44).

I nu aktuellt fall är det anbudsgivarens genomförandebeskrivning som ska utvärderas. De krav en sådan ska uppfylla kan naturligtvis inte beskrivas i detalj i alla avseenden eller med endast helt objektiva kriterier. Utvärderingen får därför tillåtas utgå från kommunens samlade bedömning under förutsättning att det framgår av upphandlingsdokumenten hur denna bedömning ska gå till.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det på ett konkret och utförligt sätt i upphandlingsdokumentens punkt ”Genomförandebeskrivning” vilka moment varje rubrik i anbudsgivarens genomförandebeskrivning ska innehålla. Det står exakt vilka frågor anbudsgivaren ska besvara i varje del av genomförandebeskrivningen. Vad beträffar upphandlingsdokumentens värderingsskala och de olika poäng som kan erhållas för kriteriet framgår

det visserligen inte exakt vilka omständigheter som ger ett visst omdöme. Däremot ger beskrivningar i poängskalan enligt förvaltningsrätten en tillräcklig vägledning för anbudsgivarna om vad som kommer att vägas in för att genomförandebeskrivningen ska bedömas ligga på en viss kvalitetsnivå. Utgångspunkten måste vara att varje anbudsgivare lämnar en så utförlig, konkret och för uppdraget anpassad beskrivning som den förmår och ju mer allmänt hållen beskrivningen är desto mindre poäng den får.

Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att det är tillräckligt klart och tydligt vad som efterfrågas samt hur poängsättning ska ske. Det mått av subjektivitet som blir en konsekvens av poängsättningen är godtagbart. Varken upphandlingsdokumenten eller utvärderingsmetoden står därför i strid med LOU eller de grundläggande principerna. Det saknas därför anledning för förvaltningsrätten att förordna att upphandlingen ska göras om.

Har utvärderingen genomförts i strid med LOU?

Bolaget gör vidare gällande att genomförande av utvärderingen har skett i strid med LOU genom att Nynäshamns kommun på ett oförutsebart och godtyckligt sätt valt en leverantör utan att det i efterhand varit möjligt att förstå de relativa fördelarna med det vinnande anbudet. Bolaget menar att kommunens bedömning varit felaktig och att Bolagets genomförandebeskrivning borde ha erhållit lika stort mervärdesavdrag

Utvärdering vid offentlig upphandling ska göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan rymma ett visst mått av skönsmässighet eller subjektivitet, som måste godtas under förutsättning att den upphandlande myndigheten håller sig inom ramen för vad upphandlingsdokumenten kan anses tillåta.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte ankommer på domstolen att göra en helt egen utvärdering av de lämnade anbuden. Förvaltningsrättens prövning utgör istället en kontroll av om utvärderingen har gått rätt till och om de grundläggande principerna enligt LOU har åsidosatts. Det är endast direkta felbedömningar eller brister av viss omfattning som bör leda till ett ingripande enligt LOU.

Det ankommer på anbudsgivaren att utforma sitt anbud på ett sådant sätt att det klart och tydligt framgår att de krav som ställs upp är uppfyllda.

Nynäshamns kommun anför att Bolagets genomförandebeskrivning höll en hög nivå men Vattenfalls genomförandebeskrivning bedömdes som mer utförlig och förtroendeingivande vad gäller bland annat miljöhänsyn och arbetsmiljö jämfört med Bolagets. Enligt kommunen var Vattenfalls genomförandebeskrivning även i högre utsträckning riktad till Nynäshamns kommun och beskrev mer hur man avser att arbeta med just kommunens behov och förutsättningar.

Förvaltningsrätten anser att Nynäshamns kommun har lämnat en tillfredsställande förklaring och motivering till de överväganden som har gjorts och lett till att Vattenfalls genomförandebeskrivning erhöll högre poäng. Bolaget har inte anfört några omständigheter till grund för att deras anbud skulle erhålla högre poäng och inte visat att utvärderingen/mervärdesbedömningen avseende genomförandebeskrivning eller i övriga delar av anbudet skulle vara felaktig eller baserat på annat än sakliga grunder. Bolaget har inte heller i övrigt visat att Nynäshamns kommun vid utvärderingen skulle ha frångått de kriterier och krav som anges i upphandlingsdokumenten. Enligt förvaltningsrättens mening finns det mot bakgrund därav inte skäl att ifrågasätta den poängsättning som kommunen gjort.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har bolaget därmed inte visat att upphandlingen har innehållit sådana brister att det finns skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Eva Bäckström
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Julia Amelin har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.

