



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2017-06-26

Meddelad i Stockholm

Mål nr

27764-16

SÖKANDE

Africa Power Ltd

Ombud: Advokaterna Joakim Lavér och Erik Gadman
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

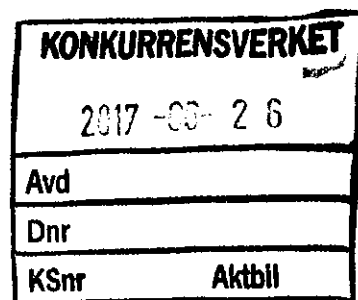
MOTPART

Sveriges Ambassad i Lusaka

Ombud: Advokat Ulf Käll
Werks Advokater AB
Östra Hamngatan 41-43
411 10 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 851457

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

YRKANDEN M.M.

Sveriges Ambassad i Lusaka (ambassaden) genomför en upphandling benämnd "The Power Africa: Beyond the Grid Fund for Zambia – procurement of modern, renewable, off-grid energy services in Zambia". Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Av tilldelningsbeslut framgår att ambassaden i upphandlingen har för avsikt att anta anbud från andra anbudsgivare än Africa Power Ltd (Africa Power).

Africa Power ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en förnyad utvärdering genomförs i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget och med beaktande av korrekt information. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Africa Power bl.a. följande.

Närmare om utvärderingsmodellen

Inkomna anbud skulle utvärderas enligt den utvärderingsmodell som beskrivs i avsnitt 2.4.1 i förfrågningsunderlaget. Modellen innebar att de affärsplaner som anbudsgivarna presenterade skulle betygsättas med avseende på åtta olika utvärderingskriterier. För varje utvärderingskriterium angavs en maxpoäng. Maxpoängen skiljde sig åt mellan de olika kriterierna och uppgick till antingen 5, 10 eller 15 poäng per kriterium. Den sammanlagda maxpoängen var 100.

För varje utvärderingskriterium skulle respektive anbudsgivare få ett betyg. Betygen beskrevs i förfrågningsunderlagets avsnitt 2.4.1. Beroende på vilket betyg anbudsgivaren erhöll för ett visst utvärderingskriterium skulle anbudsgivaren sedan erhålla en viss andel av det utvärderingskriteriets maxpoäng.

I avsnitt 2.4.1 angavs uttryckligen att "In the evaluation, the levels (in %) will have fixed values, which means that there will be no intermediate values." Ett anbud kunde för varje utvärderingskriterium alltså erhålla antingen 25 %, 50 %, 60 %, 75 % eller 90 % av maxpoängen för det aktuella utvärderingskriteriet och några andra procentsatser eller poäng var inte möjliga att erhålla. Vidare angavs på en rad med benämningen "Minimum score for the quality of the business plan" att "The technical part of the tender must achieve a minimum of 60 points (out of 100) as a condition for further evaluation". De anbud som inte erhöll en sammanlagd poäng om minst 60 poäng gick alltså inte vidare till den slutliga utvärderingen. Vid den slutliga utvärderingen skulle den sammanlagda poängen vägas samman med en "Value for Money coefficient" i syfte att beräkna en "Comparison Score".

Africa Powers anbud erhöll vid utvärderingen totalt 54,20 poäng för sin affärsplan och gick inte vidare till den slutliga utvärderingen. Av utvärderingsrapporten framgår dock att Africa Powers "Value for Money coefficient" var mycket låg, vilket innebär att bolaget skulle ha tilldelats avtal i upphandlingen om anbudet hade erhållit en sammanlagd poäng om minst 60 poäng.

Överträdelser av LOU

Ambassaden har tillämpat utvärderingsmodellen felaktigt

I förfrågningsunderlaget angavs att ett anbud för respektive utvärderingskriterium kunde erhålla antingen 25, 50 %, 60 %, 75 % eller 90 % av maxpoängen för det aktuella utvärderingskriteriet. Några andra procentsatser eller andelar av maxpoängen än dessa var alltså inte möjliga. Detta angavs uttryckligen i avsnitt 2.4.1 i förfrågningsunderlaget vari angavs att "In the evaluation, the levels (in %) will have fixed values, which means there will be no intermediate values". Trots detta har Africa Power vid utvärderingen

erhållit poäng som inte låter sig förenas med de procentsatser som enligt förfrågningsunderlaget var de enda som skulle och kunde användas.

Det är enbart avseende utvärderingskriteriet "Funding/Financing Structure" som Africa Powers anbud har erhållit en poäng som motsvaras av de procentsatser som, enligt förfrågningsunderlaget, var de enda som skulle användas. Avseende övriga sju utvärderingskriterier har Africa Power erhållit poäng som inte överensstämmer med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Ambassaden har således inte tillämpat den utvärderingsmodell som man uppgett att man skulle använda. Detta utgör en transparensbrist och strider mot LOU. Till detta kommer att ambassaden genom sin tillämpning av utvärderingsmodellen, där ambassaden frångick vad som angivits i förfrågningsunderlaget i princip erhållit en fri prövningsrätt. Även detta strider mot LOU.

Ambassaden har baserat sin utvärdering på felaktiga fakta samt bortsett från fakta i Africa Powers anbud

Av utvärderingsrapporten och sammanställningen av poängsättningen framgår att ambassaden har baserat utvärderingen av Africa Powers anbud på felaktiga faktauppgifter. Ambassaden har dessutom bortsett från uppgifter i bolagets anbud. Genom detta har ambassaden brutit mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen.

Som exempel på felaktiga fakta, som har legat till grund för utvärderingen av Africa Powers anbud, kan nämnas att det i sammanställningen av poängsättningen under rubriken "Comments/justification for scores" anges att "The Management team seems to be competent but is not based in Zambia" och att "AP indicates to have started building their local management and operational team in Zambia". I själva verket, vilket framgick tydligt av Africa Powers anbud, var samtliga anställda hos det dotterbolag som skulle

utföra uppdraget om bolaget hade tilldelats avtal i upphandlingen, inklusive ledningsgruppen, redan på plats i Zambia. Africa Power hade vidare innan anbudet gavs in, genom bindande åtaganden, säkerställt att nyckelpersonerna skulle delta i bolagets fullgörande av uppdraget. Det är således felaktigt både att Africa Powers "ledningsgrupp" inte är på plats i Zambia och att bolaget "har börjat" bygga upp sin lokala ledningsgrupp.

Under rubriken "Funding/Financing structure" i sammanställningen har angetts att "capital raising plan is aggressive (i.e., US\$ 40.0 million in additional assets by end-2020 and US\$ 60.0 million by end-2021) and it appears that there are not any ongoing discussions related to the same". Även detta är felaktigt. Africa Powers finansieringsplan byggde, vilket framgick av bolagets anbud, på att bolaget skulle införskaffa 13 750 000 amerikanska dollar i externt kapital senast år 2020. Det har i förfrågningsunderlaget inte uppställts några krav på att anbudsgivare i sina anbud skulle lämna information om eventuella diskussioner med investerare. Det faktum att ett anbud inte innehållit information om sådana diskussioner kan därför inte tillåtas påverka anbudet negativt i utvärderingen.

Under rubriken "Level of market understanding" i sammanställningen har angetts att "Lease finance businesses are considered non-deposit taking/non-bank financial institutions and are regulated/licensed by the Bank of Zambia (BOZ). There is no discussion of this requirement in the submission and is something that, at a minimum, must be explored with the BOZ." I detta sammanhang behöver Africa Power inte fördjupa sig i frågan om vilka krav zambisk rätt ställer på "lease finance businesses" i och med att bolaget inte är en "lease finance business" enligt zambisk rätt. Eventuella regleringar tillämpliga på "lease finance businesses" är därför inte tillämpliga på Africa Power. Det har inte funnits något krav i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivare skulle "diskutera" de regulatoriska krav som zambisk rätt ställer på "lease finance businesses". Att Africa Power inte har diskuterat bolagets

uppfyllelse av de regulatoriska krav som ställs på "lease finance businesses" ska därför inte påverka utvärderingen av bolagets anbud negativt.

Under rubriken "Comments/justification for scores" i sammanställningen har angetts att "A significant concern relates to the financial plan, in particular (1) absence of any co-funding ...". Det är dock felaktigt att Africa Powers finansiella plan bygger på att bolaget inte ska erhålla någon "co-funding". I bilaga A till förfrågningsunderlaget angavs att "The Agreed Co-financing Amount consists of the sum of equity funding from the Contractor's own resources and the sum of the amounts of all other funding sources mobilized by the Contractor for completion of the Project over its lifetime, including (but not limited to) grant and donor funding, equipment finance, development finance and commercial finance provided by any reputable third party funder". Som angetts ovan bygger Africa Powers finansiella plan på att bolaget ska anskaffa 13 750 000 amerikanska dollar i externt kapital senast år 2020 och bolagets finansiella plan bygger alltså på att bolaget ska erhålla co-funding/co-financing i enlighet med den definition som angavs i förfrågningsunderlaget.

Ambassaden har vidare dels lagt Africa Power till last att bolagets anbud byggde på en plan för anskaffning av externt kapital som var alltför "aggressive (i.e., US\$ 40.0 million in additional assets by end-2020 and US\$ 60.0 million by end-2021), dels lagt bolaget till last att en svaghet med bolagets finansiella plan är att den inte inkluderar externt kapital. Dessa båda (felaktiga) antaganden är dock oförenliga med varandra. Det kan inte accepteras att Africa Power i utvärderingen får låga poäng både på grund av att bolagets finansiella plan bygger på en för stor andel externt kapital samt på grund av att bolagets finansiella plan bygger på en för liten andel externt kapital.

Det framstår vidare som att ambassaden har beaktat Africa Powers ekonomiska kapacitet och förmåga att utföra uppdraget inom ramen för utvärde-

ringen av anbudet. Kontrollen av en anbudsgivares kapacitet och förmåga och tilldelningen av kontraktet är dock två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Av EU-domstolens fasta praxis följer att det inte är tillåtet att beakta sådana omständigheter som hänför sig till anbudsgivares kapacitet och förmåga inom ramen för utvärderingen av anbuden (se EU-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis). Upphandlingen avser utförande av en tjänst och inte en finansieringslösning, vilket ambassaden synes ha lagt en allt för stor vikt vid i utvärderingen.

Ambassaden har felaktigt beaktat vissa omständigheter flera gånger

Ambassaden har felaktigt låtit information om Africa Powers finansiering påverka utvärderingen av bolagets anbud med avseende på kriterierna "Potential for sustainable commercial success" och "Implementation". I avsnitt 2.4.1 i förfrågningsunderlaget har angetts vilka aspekter som ska beaktas vid utvärderingen av respektive kriterium. Trots detta framgår det tydligt av sammanställningen av poängsättningen att ambassaden vid utvärderingen av kriterierna har beaktat den felaktiga informationen om Africa Powers finansieringsplan som beskrivits ovan. Detta utgör en överträdelse av transparensprincipen och likabehandlingsprincipen i LOU.

Det har förekommit en intressekonflikt i upphandlingen

Utvärderingen av anbuden har genomförts av en grupp bestående av bl.a. både representanter för Renewable Energy and Energy Efficiency Partnership (REEEP) och Private Financing Advisory Network (PFAN). Africa Power har erhållit rådgivning inom Sida-projektet Sida PFAN Initiative on Clean Energy Financing (SPICEF), bl.a. avseende finansieringsfrågor och affärsplaner av personal från PFAN. Personalen från PFAN har vid sidan av upphandlingen bl.a. utvärderat en affärsplan från Africa Power som var mycket lik den affärsplan som gavs in i upphandlingen. Utvärderingen tog

särskilt sikte på affärsplanens kvalitet i syfte att kunna erhålla extern finansiering. I utvärderingen inom ramen för SPICEF-programmet tilldelade de PFAN-anställda Africa Powers affärsplan höga betyg bl.a. avseende finansieringen. Det är mot den bakgrunden mycket förvånande att Africa Power i upphandlingen genomgående tilldelats ett lågt betyg vid utvärderingen av just finansieringsplanen inom ramen för kriteriet "Funding/Financing Structure". Objektiviteten i utvärderingen kan därför ifrågasättas.

Det har förelegat en intressekonflikt i upphandlingen, bestående i att personer från samma organisation som lämnat råd till Africa Power inom ramen för SPICEF-programmet även har utvärderat anbuden i upphandlingen. Det föreligger därmed risk för att ambassaden har låtit sig styras av hänsyn som inte är relevanta i förhållande till kontraktet i fråga och som har missgynnat bolaget. Av EU-domstolens dom i mål C-538/13, eViglio, följer att det åligger den upphandlande myndigheten att visa att det inte har förelegat någon intressekonflikt i en situation där opartiskheten hos de experter som myndigheten anlitat kan ifrågasättas.

Ambassaden har, i egenskap av upphandlande myndighet, varit skyldig att vidta åtgärder i syfte att se till att konkurrensen inte snedvrids och att intressekonflikter inte uppstår. Ambassaden borde även ha upplyst om den intressekonflikt som PFAN-personalens inblandning i upphandlingen innebar. Ambassaden har dock varken vidtagit åtgärder för att se till att konkurrensen inte snedvrids eller för att intressekonflikter inte ska uppstå. Ambassaden har inte heller upplyst Africa Power om intressekonflikten. Ambassaden har genom sitt agerande brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i LOU.

Skada

Africa Power har lidit eller kan komma att lida skada av ambassadens felaktiga tillämpning av utvärderingsmodellen

På grund av ambassadens felaktiga tillämpning av utvärderingsmodellen har Africa Powers poäng blivit lägre än vad den skulle ha blivit om utvärderingsmodellen tillämpats korrekt och i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Om utvärderingsmodellen hade tillämpats korrekt och i enlighet med förfrågningsunderlaget hade Africa Power fått över 60 poäng vid utvärderingen av bolagets affärsplan. Eftersom Africa Powers anbud innehöll en mycket låg *Value for Money coefficient* skulle bolaget i så fall ha tilldelats avtal i upphandlingen. Ambassadens överträdelse av LOU har därmed lett till att Africa Power inte har tilldelats avtal i upphandlingen. Till detta kommer att ambassadens överträdelse av LOU har medfört att Africa Power inte har kunnat lämna in sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Africa Power har även lidit eller kan komma att lida skada av övriga påtalade brister vid utvärderingen och av den intressekonflikt som förekommit i upphandlingen.

Ambassaden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Bakgrund

Mot bakgrund av upphandlingens komplexitet har ambassaden först handlat upp kontrakt med en expertorganisation för investeringar i förnybar energi, REEEP. REEEP har stöttat ambassaden i såväl utformning av förfrågningsunderlag som i själva utvärderingen. Detta för att säkerställa genomgående hög kvalitet i upphandlingen.

Den utvärderingsmodell som valts innehåller två steg. Först utvärderas anbuden på grundval av flera olika underkriterier. Dessa omfattar kvalitativa aspekter på framför allt hållbarheten i, och genomförbarheten av, de affärsplaner som anbudsgivarna presenterat i sina anbud. De anbud som erhöll tillräckligt höga poäng gick sedan vidare till nästa, och sista, steget i utvärderingen.

Utvärderingen har genomförts av en utvärderingsgrupp, som har bestått av experter från REEEP respektive deras samarbetspartner PFAN. Gruppen har även inkluderat tre utomstående experter, varav två hämtats från Sveriges globala samarbete med USA (Power Africa) och den tredje från en privat finansinstitution (Lloyds Financials).

Varje anbud har utvärderats individuellt av sammanlagt fem medlemmar ur utvärderingsgruppen. Tre av dessa har utgjort en särskild "kärngrupp" för det aktuella anbudet. De andra två har varit utvärderare som beaktat samtliga anbud. Detta i syfte att säkerställa likformigheten i bedömningen mellan olika anbud. Respektive utvärderare har gett ett individuellt omdöme, enligt föreskriven skala från "poor" till "excellent", av anbudets åtta utvärderingskriterier (som i sin tur består av flera kvalitativa underkriterier). Betyget har sedan räknats om till poäng enligt föreskriven viktningsmodell (25 %, 50 %, 60 %, 75 % eller 90 % av maxpoängen för respektive utvärderingskriterium). Poängen från respektive utvärderare har därefter vägts samman till en totalpoäng från gruppen per kriterium och den sammanlagda summan utgör den totala poängen för anbudet i detta steg i utvärderingen. De anbud som tilldelats minst 60 totalpoäng har gått vidare till nästa steg i utvärderingen. I detta steg har de kvalificerade anbuderna rangordnats i en utvärderingsprocess med hänsyn till i) kvaliteten i anbudsgivarens affärsplan och ii) en s.k. "Value for money coefficient". Kvaliteten är således genomgående i fokus i upphandlingen, och den s.k. "Value for money coefficient" är inte det som huvudsakligen avgör om kontrakt kommer att tilldelas.

Tillämpning av utvärderingsmodellen

Ambassaden har inte tillämpat utvärderingsmodellen felaktigt

Det utvärderingsteam som utvärderat anbuden är experter inom upphandlingsföremålet. Respektive utvärderare har genomfört utvärderingen på det sätt som föreskrivits. Den poängsättning som Africa Power invänder mot är den konsoliderade poängen av respektive utvärderingsmans bedömning av de olika utvärderingskriterierna. Den konsoliderade poängen per utvärderingskriterium har beräknats som medelvärdet av den poäng som respektive utvärderare har åsatt detta enligt föreskrivet betygssystem och relativ viktningmodell. Den konsoliderade poängen för respektive utvärderingskriterium har lagts samman till den totala poängen avseende kvaliteten i respektive anbudsgivares affärsplan. Samtliga anbud har utvärderats enligt exakt samma metod. Africa Powers anbud har således inte poängsatts på något annat sätt, utan samtliga anbudsgivare har behandlats lika.

Det kan konstateras att ambassaden inte är skyldig att upplysa potentiella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den har tillämpat för att konkret värdera och klassificera anbuden (se EU-domstolens dom i mål nr C-6/15, TNS Dimarso). Detta förutsatt att den relativa viktningen som angetts i förfrågningsunderlaget inte frångås. I förevarande fall har det tydligt framgått vilka utvärderingskriterier som är relevanta för bedömningen och hur betyg och poäng kommer att viktas. Det har även tydligt angetts i underlaget att utvärderingen kommer att ske av en utvärderingsgrupp. Det enda som inte angetts i förfrågningsunderlaget är om deltagarna i denna grupp utvärderar kriterierna gemensamt eller enskilt och i så fall hur den gemensamma uppfattningen, dvs. en konsoliderad poäng, kommer att beräknas. Denna typ av bedömning behöver dock inte anges i underlaget. En utvärderingsgrupp ska ha en viss frihet vid fullgörandet av sin uppgift och således, utan att

därmed ändra de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget, själv kunna strukturera sitt arbete att bedöma och analysera inkomna anbud.

Samtliga fem utvärderare har i detta fall fullt ut tillämpat den relativa viktningensmodell som föreskrivits för respektive utvärderingskriterium. Utvärderingen har därför genomförts i enlighet med de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. Den är vidare tillräckligt transparent och behandlar samtliga anbudsgivare lika. Ambassaden har därför inte agerat i strid med de grundläggande principerna.

Den konsoliderade poängen skulle visserligen ha kunnat beräknas till de fasta procentsatser som Africa Power menar att förfrågningsunderlaget kräver. Den konsoliderade poängen för respektive utvärderingskriterium skulle i sådant fall ha beräknats som ett medianvärde och inte ett medelvärde av utvärderingsgruppens poängsättning per utvärderingskriterium. Om medianvärdet per utvärderingskriterium hade använts som konsoliderad poäng i detta fall, skulle Africa Power ha fått en lägre total poäng än vad som nu tillgodoräknats bolaget. Mot bakgrund härav har Africa Power inte lidit, eller riskerat att lida, skada till följd av ambassadens utvärdering och poängsättning av bolagets anbud. Ambassaden kunde visserligen ha varit tydligare i sin redogörelse av hur utvärderingsgruppen skulle bedöma respektive utvärderingskriterium, dvs. gemensamt eller enskilt. Ambassaden har dock inte varit skyldig att vara det.

Det finns inte något som talar för att Africa Power skulle ha haft anledning att ändra sitt anbud på något sätt om bolaget hade förstått utvärderingsmodellen på det sätt som ambassaden avsett och tillämpat den på. En genomsnittlig konsoliderad poäng för utvärderingskriterierna föranleder inte anbudsgivarna att utforma sitt anbud på något annat sätt än om utvärderingsgruppen på annat sätt hade enats om vilken poäng ett anbud skulle tilldelas per utvärderingskriterium. Enligt ambassadens uppfattning får en konsolide-

rad poäng av flera individuella bedömningar tvärtom förväntas ge en mer rättvis bild av kvaliteten på inkomna anbud. Det kan även konstateras att respektive utvärderare huvudsakligen kommit fram till samma poängsättning. Utformningen av utvärderingsmodellen har därför inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Eftersom samtliga anbud har bedömts på samma sätt har utformningen inte heller påverkat utfallen i den utvärdering som utförts. Sammantaget har ambassaden därför inte agerat i strid med de grundläggande principerna. Under alla omständigheter kan Africa Power inte anses ha lidit, eller riskerat att lida skada, till följd av hur utvärderingen varit utformad.

Ambassaden har inte baserat sin utvärdering på felaktiga fakta

Ambassaden vidhåller sin bedömning av Africa Powers anbud och konstaterar att ambassaden, enligt rättspraxis, inte närmare behöver ange hur bedömningen kommer att gå till och att en upphandlande myndighet har rätt att förbehålla sig visst utrymme för subjektiv bedömning (se EU-domstolens dom i mål C-6/15, TNS Dimarso). Ambassaden vill ändå klargöra att den har gjort en samlad bedömning av samtliga omständigheter som framgått av Africa Powers anbud, vilken utgått från de fakta, utvärderingsmodell och utvärderingskriterier som framgår av förfrågningsunderlaget. Africa Power har inte kunnat visa att de, i sammanhanget få, omständigheter som framförts har haft en avgörande inverkan på den samlade bedömning som genomförts. De anbud som har tilldelats högre poäng har bl.a. haft en bättre finansieringsmodell som inte, på motsvarande sätt som Africa Powers anbud, försatt ambassaden med hela risken för att initiera projektet.

Av ambassadens utvärdering framgår därtill att ”AP indicates go have started building its local management and operational team in Zambia”, vilket har värderats positivt. Likaså framgår det av African Powers anbud att ”the cash flow and the P&L reflect the leasing nature of the business.” Det fram-

går vidare att anbudsgivarna ska beakta relevanta rättsliga och regulatoriska faktorer i Zambia som påverkar verksamheten.

Ambassaden har inte felaktigt beaktat vissa omständigheter flera gånger

För en normalt omsorgsfull och omdömesgill anbudsgivare är det tydligt att den affärsmässiga hållbarheten och genomförbarheten av affärsplanen är genomgående teman inom ramen för utvärderingen. Det är därför inget märkligt med att vissa omständigheter som återgetts, eller utelämnats, i ett anbud kan ha betydelse för flera utvärderingskriterier inom ramen för de sammanvägda bedömningar som ambassaden har gjort. Ambassaden ska kunna anpassa den bedömningsmetod som den tillämpar för att utvärdera och klassificera anbuden till omständigheter i det enskilda fallet. Detta förhållningssätt har även tillämpats på samma sätt för samtliga anbudsgivare. Någon annat förhållningssätt skulle inte kunna ge något annat resultat. Africa Powers anbud innehåller helt enkelt inte en tillräcklig kvalitativ lösning för att kunna gå vidare till nästa steg i utvärderingen.

Det har inte förekommit någon intressekonflikt

Det är inte möjligt att jämföra två helt olika projekt med olika förutsättningar. Den utvärdering som gjorts i förevarande fall har genomförts på grundval av de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget. Det finns ingen presumtion för att resultatet av en utvärdering i två helt olika projekt med olika förutsättningar ska ge samma resultat. Att Africa Power blivit bedömt i ett helt annat projekt och utifrån förutsättningarna i det projektet fått en mer fördelaktig bedömning än i förevarande fall, medför inte i sig att det finns en intressekonflikt i detta fall. Det Africa Power fört fram visar inte att det finns anledning att ifrågasätta utvärderarens objektivitet i förhållande till Africa Power. Någon bevisbörda åligger därför inte ambassaden i föreva-

rande fall. Det framgår inte heller att utgången i upphandlingen kunnat bli en annan utan den påstådda intressekonflikten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Africa Power har gjort gällande att ambassaden har tillämpat utvärderingsmodellen på ett felaktigt sätt. Vidare har Africa Power gjort gällande att ambassaden har baserat sin utvärdering på felaktiga fakta samt bortsett från fakta i bolagets anbud. Bolaget har vidare anfört att vissa omständigheter felaktigt beaktats flera gånger vid utvärderingen. Enligt Africa Power har det vidare förelegat en intressekonflikt i upphandlingen.

Frågan om Ambassaden har tillämpat utvärderingsmodellen felaktigt

Av förfrågningsunderlaget framgår att en anbudsgivare till sitt anbud ska bifoga en affärsplan och att denna kommer att ligga till grund för den inledande utvärderingen av anbudet. Av förfrågningsunderlaget (punkt 2.4.1) framgår vidare att utvärderingen av affärsplanerna kommer att ske av en utvärderingsgrupp med hänsyn tagen till åtta utvärderingskriterier. Enligt vad som framgår av förfrågningsunderlaget finns det ett visst angivet maxvärde för varje utvärderingskriterium. Vidare framgår att poängsättningen bestäms utifrån affärsplanens relativa kvalitetsvärde och att ett anbud kan tilldelas 25 %, 50 %, 60 %, 75 % eller 90 % av maxpoängen för varje kriterium. I förfrågningsunderlaget har vidare angetts att procentsatserna är fasta och att det inte finns några mellanliggande värden.

Enligt vad som framkommit i målet har utvärderingen gått till på så sätt att varje anbud har utvärderats individuellt av fem medlemmar ur utvärderingsgruppen. Det framgår vidare att respektive utvärderare har gett ett individuellt omdöme av anbudet avseende de åtta utvärderingskriterierna, vilka sedan har räknats om till poäng enligt föreskriven viktningsmodell (25 %, 50 %, 60 %, 75 % eller 90 % av maxpoängen för respektive utvärderingskriterium). Poängen från respektive utvärderare har därefter vägts samman till en totalpoäng från gruppen per kriterium. Africa Power menar att utvärderingen inte har skett i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget, eftersom bolaget för sju av utvärderingskriterierna har tilldelats andra procentsatser än 25 %, 50 %, 60 %, 75 % eller 90 % av maxpoängen.

Förvaltningsrätten anser att skrivningen i förfrågningsunderlaget om att procentsatserna är fasta går att tolka som att detta gäller vid den individuella utvärderingen av anbudet. Enligt förvaltningsrättens mening har ambassaden därför inte tillämpat utvärderingsmodellen felaktigt genom att räkna fram ett medelvärde utifrån respektive utvärderares betygsättning. Förvalt-

ningsrätten anser, mot bakgrund härav, att poängsättningen av anbudet inte har skett i strid med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Det förhållandet att det i förfrågningsunderlaget inte uttryckligen angetts att ett medelvärde skulle räknas fram utifrån varje utvärderares poängsättning innebär, enligt förvaltningsrättens mening, inte att förfrågningsunderlaget har brustit i transparens. Förvaltningsrätten anser heller inte att det har gjorts sannolikt att Africa Power skulle ha utformat sitt anbud på ett annat sätt om utvärderingsmodellen skulle ha förklarats på ett tydligare sätt i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund härav saknas grund för ingripande enligt LOU med anledning av vad bolaget har anfört i denna del.

Frågan om Ambassaden har baserat sin utvärdering på felaktiga fakta samt bortsett från fakta i Africa Powers anbud

Africa Power menar att ambassaden har lagt felaktiga fakta till grund för sin bedömning och vidare bortsett från fakta i bolagets anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet måste ges visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbudet under förutsättning att det sker på objektiva grunder och inom ramen för förfrågningsunderlaget. Endast om det framgår att den upphandlande myndigheten har tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angetts i förfrågningsunderlaget kan det bli aktuellt med ingripande enligt LOU.

Enligt vad som framkommit i målet har en grupp av experter tillsatts för utvärderingen. Av utredningen i målet framgår att Africa Power, av samtliga fem experter som utvärderat bolagets anbud, tilldelats 25 procent av maxpoängen vad gäller utvärderingskriteriet "Funding/Financing Structure". Beträffande utvärderingskriteriet "Level of Market Understanding" har tre av utvärderarna tilldelat 60 procent av maxvärdet och de övriga två utvärderar-

na åsatte 50 respektive 75 procent av maxvärdet. Förvaltningsrätten konstaterar att utvärderarna har varit helt samstämmiga i sin betygsättning vad gäller kriteriet "Funding/Financing Structure" samt att de varit relativt samstämmiga vid sin betygsättning av "Level of Market Understanding".

Förvaltningsrätten kan inte finna att utvärderingsgruppen vid sin bedömning har avvikit från vad som angetts i förfrågningsunderlaget eller att ovidkommande hänsyn har tagits. Förvaltningsrätten finner inte heller att utredningen ger stöd för att utvärderingen baserats på felaktiga fakta eller att utvärderingsgruppen skulle ha bortsett från fakta i Africa Powers anbud på sådant sätt att det påverkat poängsättningen. Det saknas därför grund för ingripande med anledning av vad som framförts i denna del. Enligt förvaltningsrättens mening har det heller inte framkommit att ambassaden har tillämpat utvärderingskriterierna i annat syfte än att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ambassaden kan därför inte anses felaktigt ha beaktat omständigheter som hänför sig till Africa Powers kapacitet och förmåga inom ramen för utvärderingen av anbudet.

Ambassaden har felaktigt beaktat vissa omständigheter flera gånger

Enligt Africa Power har ambassaden agerat felaktigt som låtit uppgifter om bolagets finansieringsmodell påverka bolagets betyg i sänkande riktning avseende utvärderingskriterierna "Potential for sustainable commercial success" samt "Implementation". Enligt bolaget skulle uppgifter om bolagets finansieringsplan endast beaktas vid utvärderingen av kriteriet "Funding/Financing Structure".

Förvaltningsrätten anser dock att uppgifter om ett bolags finansieringsmodell har ett sådant nära samband med vissa av de angivna underkriterierna till utvärderingskriterierna "Potential for sustainable commercial success" samt "Implementation" att de även bör kunna beaktas vid utvärderingen av

dessa kriterier. Enligt förvaltningsrättens mening har det därför inte framkommit att ambassaden har agerat i strid med vad som angetts i förfrågningsunderlaget vid sin utvärdering av de aktuella kriterierna. Det föreligger därför inte skäl för ingripande enligt LOU med anledning av vad Africa Power anfört i denna del.

Frågan om det har förekommit en intressekonflikt i upphandlingen

Vad Africa Power anfört om att det i utvärderingsgruppen funnits personer från en organisation som lämnat råd till bolaget inom ett annat projekt utgör, enligt förvaltningsrättens mening, inte att det finns skäl att ifrågasätta utvärderarnas objektivitet. Förvaltningsrätten finner inte heller i övrigt visat att det förelegat en intressekonflikt i upphandling. Skäl för ingripande med anledning vad som anförts i denna del saknas därför.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte att visat att ambassaden vid utvärderingen har agerat i strid med någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten finner inte heller i övrigt visat att upphandlingen har genomförts på sådant sätt att det finns grund för ingripande enligt LOU. Mot bakgrund härav ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Anneli Berglund Creutz
Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.