



KLAGANDE OCH MOTPART

Järnet Smide Stockholm AB, 556327-6038

Ombud: Advokat Tomas Elding
Advokatfirman Allians
Box 7325
103 90 Stockholm

MOTPART OCH KLAGANDE
AB Familjebostäder, 556035-0067

Ombud: Stadsadvokat Malin Lindvall
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 5 september 2011 i
mål nr 12497-11, se bilaga A

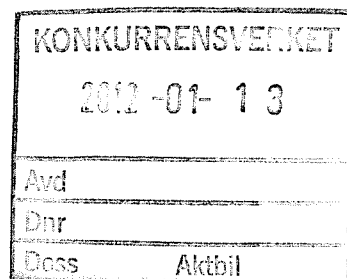
SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår yrkandet om att målet ska avskrivas från vidare
handläggning.

Kammarrätten avslår överklagandena.



YRKANDEN M.M.

Järnet Smide Stockholm AB (Järnet) fullföljer sin talan och yrkar, såsom det får förstås, i första hand att målet ska avskrivas från vidare handläggning och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan vidhåller Järnet vad som anförts tidigare och tillägger bl.a. följande.

Det saknas skäl att göra en annan bedömning än att AB Familjebostäder (Familjebostäder) är ett offentligt styrt organ. Frågan om begränsningsregelns effekter är sekundär till frågan om det finns ett allmännyttigt syfte för bildandet av bolaget. Vid den helhetsbedömning som ska göras anser Järnet att Familjebostäder inte har som huvudsakligt syfte att ge vinst utan att säkra bostadsförsörjningen i Stockholm.

Av förfrågningsunderlaget (p AFB.33) framgår att anbudena som längst kan vara giltiga t.o.m. den 1 november 2011. Hänsynen till likabehandlingsprincipen har i praxis och doktrin ansetts medföra att en förutsättning för förlängning av anbudens giltighetstid är att samtliga anbudsgivare går med på samma förlängning (se RÅ 2008 not. 26 och NOU Informations 2005 s. 10). Järnet har inte godkänt en förlängning av anbudens giltighetstid. Även om övriga anbudsgivare givit sitt godkännande till en förlängning av anbudstiden har därför ingen förlängning av denna tid kommit till stånd. Det föreligger därmed inte några giltiga anbud i upphandlingen och upphandlingen får då inte avslutas med tecknande av upphandlingskontrakt. Målet bör därför avskrivas från vidare handläggning.

I och med att Familjebostäder har höjt upp ett egencertifierat system till samma nivå som ett tredjepartscertifierat system har Familjebostäder brutit mot 1 kap. 9 § LOU i den meningen att Järnet inte har behandlats likvärdigt med sin konkurrent. Förvaltningsrätten borde ha tagit ställning till huruvida

skillnaderna i certifieringen av de olika systemen gör att utvärderingsmodellen är ägnad att leda till ett rättvisande resultat eller inte.

Familjebostäder bestrider bifall till Järnets yrkanden. Familjebostäder överklagar förvaltningsrättens dom såvitt avser Familjebostäders avvisningsyrkande. Till stöd för sin talan vidhåller Familjebostäder vad som anförts tidigare och tillägger bl.a. följande.

Förvaltningsrättens slutsats att bestämmelserna om värdeöverföringsbegränsningar i 3–6 §§ lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag (AKBL) innebär en lagstadgad ekonomisk fördel för de kommunala bostadsaktiebolagen i förhållande till sina privata konkurrenter är felaktig. Det övergripande syftet med den nya lagstiftningen är att kommunala bostadsaktiebolag inte ska erhålla några ekonomiska fördelar i förhållande till sina privata konkurrenter. Syftet med lagen är att de allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolagen ska verka som normala, långsiktiga aktörer på bostads- och hyresmarknaderna. Kommunerna ska ställa marknadsmässiga avkastningskrav på sina bostadsbolag. Med kravet att allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag ska bedriva sin verksamhet enligt affärsmässiga principer ställs samma krav på de bolagen som på övriga företag på bostadsmarknaden. Allmännyttiga bostadsaktiebolag verkar på en konkurrensutsatt marknad på samma villkor som privata aktörer.

Av 2 § ABKL följer att stöd i strid med EU:s statsstödsregler inte får förekomma. Förutom att det skulle strida mot lagen och dess syften att ge de kommunala bostadsaktiebolagen ekonomiska fördelar innebär reglerna om värdeöverföring inte heller i praktiken några sådana fördelar för bolagen.

Reglerna om värdeöverföring i 3–6 §§ ABKL kan medföra att de kommunala bostadsaktiebolagen i vissa fall hamnar på en lägre risknivå

än bolagen eller dess ägare önskar. Avkastningen blir i så fall lägre men det kompenseras av att risknivån blir lägre. Samma ekonomiska samband gäller även för de privata bostadsaktiebolagen och är inte att betrakta som en ekonomisk fördel.

Det är riktigt att vinstmaximering inte är det enda ändamålet med verksamheten. Bolaget har också ett allmännyttigt syfte men i ABKL anges samtidigt att verksamheten ska drivas enligt affärsmässiga principer. Kraven står inte i motsatsförhållande till varandra. Principen om affärsmässighet och det allmännyttiga syftet är två krav som måste vara uppfyllda samtidigt, annars kan en åtgärd inte genomföras. Det allmännyttiga syftet äger med andra ord inte företräde framför kravet på att verksamheten ska bedrivas affärsmässigt. Ett kommunalt bostadsaktiebolag kan vid sina inköp inte ta andra hänsyn än de privata konkurrenterna skulle ta i motsvarande situation.

Genom kammarrättens interimistiska beslut i målet den 7 oktober 2011 råder ett interimistiskt förbud att avsluta upphandlingen. Upphandlingen kan därmed inte anses avslutad utan är att bedöma som alltjämt pågående. Vid tidpunkten för det interimistiska beslutet var anbuden giltiga i enlighet med förfrågningsunderlaget (p AFB.33). Att det vid tidpunkten för rättsens avgörande i sak inte föreligger några giltiga anbud innebär i sig inte något hinder för en sådan prövning (se RÅ 2008 not 26 samt Kammarrätten i Jönköpings beslut i mål nr 942-10 och Konkurrensverkets yttrande i det målet). Den omständigheten att det inte längre föreligger några giltiga anbud i upphandlingen får betydelse först när rätten efter en prövning i sak funnit att det föreligger skäl för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU och därmed har att välja mellan att förordna om att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudens giltighetstid förlängs med automatik med högst 90 dagar om upphandlingen blir föremål för

rättslig prövning. Förfrågningsunderlaget innehåller inget förbud mot att anbudsgivarna förlänger giltighetstiden på sina anbud därefter.

I upphandlingen inkom tre anbud. På fråga från Familjebostäder ställd per e-post den 21 november 2011 har två anbudsgivare förlängt giltighetstiden på sina anbud t.o.m. den 31 januari 2012. Att anbudsgivare kan förlänga giltighetstiden på sitt anbud efter det att den ursprungliga giltighetstiden löpt ut har fastställts i rättspraxis. Av rättspraxis följer också att det förhållandet att inte samtliga anbudsgivare gått med på en förlängning inte innebär att upphandlingen måste göras om.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Familjebostäders rätt att överklaga förvaltningsrättens dom

Förvaltningsrätten har avslagit Familjebostäders yrkande om att Järnets begäran om överprövning enligt LOU skulle avvisas och prövat Järnets begäran i sak. Kammarrätten finner att förvaltningsrättens dom därmed har gått Familjebostäder emot. Familjebostäder har därför rätt att överklaga domen.

Frågan om upphandlingen omfattas av LOU

Frågan i denna del är om det behov som Familjebostäder tillgodoser ska betraktas som ett behov av industriell eller kommersiell karaktär. Om så är fallet omfattas Familjebostäder inte av begreppet offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU.

Av EU-domstolens praxis framgår att det vid denna bedömning ska kontrolleras huruvida det aktuella organets verksamhet är utsatt för konkurrens, eftersom förekomsten av konkurrens kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kom-

mersiell karaktär. En utvecklad konkurrens gör det inte i sig möjligt att slå fast att det inte föreligger allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Detsamma ska konstateras vad avser den omständigheten att det aktuella organet särskilt syftar till att tillgodose kommersiella företags behov. Andra omständigheter ska beaktas innan det är möjligt att dra en sådan slutsats, bl.a. frågan på vilka villkor som det aktuella organet utövar sin verksamhet. Om organet verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksamhet, är det föga sannolikt att de behov som det syftar till att tillgodose inte är av industriell eller kommersiell karaktär. I sådana fall ska gemenskapsdirektiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling för övrigt inte tillämpas, eftersom ett organ som har ett vinstsyfte och självt står risken för den verksamhet som det utövar vanligtvis inte inleder ett upphandlingsförfarande när det inte är ekonomiskt motiverat (se Mål C-18/01 Korhonen).

Genom införandet den 1 januari 2011 av lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag (AKBL) har det grundläggande regelverket avseende de kommunala bostadsaktiebolagen ändrats i flera avseenden. Av lagen framgår att ett kommunalt bostadsaktiebolag i allmännyttigt syfte ska förvalta fastigheter i vilka bostadslägenheter upplåts med hyresrätt, främja bostadsförsörjningen i den eller de kommuner som är ägare till bolaget och erbjuda hyresgästerna möjlighet till boendeflyttande och inflyttande i bolaget (se 1 § första stycket AKBL). Till skillnad från tidigare ska dock de kommunala bostadsaktiebolagen nu bedriva verksamheten enligt affärs-
mässiga principer (se 2 § första stycket AKBL). Lagen innehåller också bestämmelser om begränsning av värdeöverföringar från allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag till deras ägare (se 3–6 §§ AKBL).

Enligt förordningen (2002:664) om statligt stöd för vissa kommunala åtaganden för boendet kan staten ge stöd för att underlätta en ekonomiskt nödvändig omstrukturering av ett kommunalt bostadsföretag eller på annat

sätt minska en kommuns bördor av dess åtaganden för boendet. Med åtaganden för boendet avses bl.a. en kommuns åtaganden, direkt eller indirekt, för ett bostadsföretag över vilket kommunen har bestämmande inflytande (se 1 §).

I målet i övrigt aktuell lagstiftning m.m. framgår av förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag verkar på en konkurrensutsatt marknad. De allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolagen har dock inte tillkommit för att skapa vinster utan för att tillgodose ett allmännyttigt ändamål, att främja bostadsförsörjningen i kommunerna, och det allmännyttiga syftet får anses överordnat andra aspekter (se prop. 2009/10:185 s. 47). Även om de allmännyttiga kommunala bostadsbolagen numera ska bedriva verksamheten enligt affärsmässiga principer kan det huvudsakliga syftet med verksamheten sålunda inte anses vara att ge vinst. Vidare är syftet med begränsningsregeln i AKBL att de allmännyttiga kommunala bostadsbolagens upparbetade resurser ska användas för bostadsförsörjningsändamål (a. prop. s. 53).

Vad gäller begränsningsregeln i AKBL får den också anses medföra en viss ekonomisk fördel för de allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolagen jämfört med privata konkurrenter eftersom överskotten i de kommunala bolagen endast i begränsad utsträckning får överföras till deras ägare.

För de allmännyttiga kommunala bostadsbolagen gäller också i övrigt särskilda förutsättningar. Med hänsyn till de kommunala bostadsbolagens viktiga allmännyttiga funktion torde det ytterst sällan tillåtas att ett olönsamt sådant bolag försätts i konkurs. Förutom möjligheten i en sådan situation till ekonomiskt tillskott direkt från den kommun som äger ett bolag finns, som

nyss nämnts, också en författningsreglerad mekanism för att tillskjuta statlig finansiering till ett olönsamt kommunalt bostadsbolag. Detta talar för att de kommunala bostadsbolagen inte kan anses fullt ut bära risken för de förluster som kan uppstå i verksamheten.

Mot bakgrund härav och med beaktande av vad som i övrigt framkommit gör kammarrätten bedömningen att det behov som Familjebostäder tillgodoser inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Det är ostridigt och klarlagt att Familjebostäder uppfyller övriga kriterier enligt 2 kap. 12 § LOU för att utgöra ett offentligt styrt organ. Kammarrätten finner därmed att Familjebostäder ska jämföras med en upphandlande myndighet och att LOU således är tillämplig på den i målet aktuella upphandlingen. Familjebostäders överklagande ska därför avslås.

Frågan om avskrivning av målet

Järnet har yrkat att målet ska avskrivas från vidare handläggning med hänsyn till att anbudens giltighetstid enligt förfrågningsunderlaget gått ut och att Järnet inte medgivit en förlängning av giltighetstiden. Familjebostäder har anfört bl.a. att övriga anbudsgivare har förlängt giltighetstiden för sina anbud.

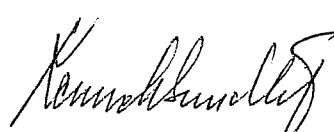
Kammarrätten konstaterar att en upphandling enligt reglerna i LOU kan avslutas antingen genom att den upphandlande myndigheten tecknar kontrakt med en eller flera leverantörer eller genom att myndigheten beslutar att avbryta upphandlingen. Kammarrätten har den 7 oktober 2011 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Till följd av detta beslut är upphandlingen inte att anse som avslutad i den mening som avses i LOU (se RÅ 2008 not 26 samt Kammarrätten i Jönköpings dom den 26 augusti 2010 i mål nr 942-10 och Konkurrensverkets yttrande i samma mål, dnr 336/2010). Den omständigheten att giltighetstiden för det anbud som Järnet lämnat har

löpt ut medför således inte i sig att det föreligger hinder att pröva Järnets överklagande i sak. Järnets yrkande om avskrivning av målet ska således avslås.


Utvärderingsmodellen och poängsättningen

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning avseende utvärderingsmodellen och poängsättningen. Kammarrätten finner således i likhet med förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU. Järnets överklagande ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



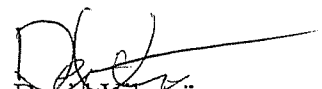
Kenneth Sundlöf
kammarrättsråd
ordförande



Pär Hemmingsson
kammarrättsråd
referent



Maria Braun
kammarrättsråd



David Vikström
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-09-05
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
12497-11
Enhet 13

Bilaga A

SÖKANDE

Järnet Smide Stockholm AB, 556327-6038

Ombud

Advokat Tomas Elding
Advokatfirman Allians
Box 7325
103 90 Stockholm

MOTPART

AB Familjebostäder, 556035-0067

Ombud

Stadsadvokat Malin Lindvall
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår AB Familjebostäders avvisningsyrkande.

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

AB Familjebostäder (Familjebostäder) genomför en upphandling avseende ramavtal för löpande smidesarbeten (Dnr 2010/2885-16). I tilldelningsbeslut daterat den 7 juni 2011 beslutade Familjebostäder att anta anbud från tre leverantörer i viss rangordning med UR Plåt & Smide AB (UR) på första placering och Järnet Smide Stockholm AB (Järnet) på andra placering.

Järnet ansöker om överprövning av upphandlingen enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grunder åberopas följande. Familjebostäder har tillämpat en utvärderingsmodell som inte är förenlig med den i upphandlingen valda tilldelningsgrunden "ekonomiskt mest fördelaktig", vilket utgör ett brott mot 12 kap. 1 § LOU. Familjebostäder har inte behandlat Järnet och UR på ett likvärdigt sätt, vilket utgör ett brott mot 1 kap. 9 § LOU. Familjebostäders brott mot LOU har medfört att Järnet har eller kan komma att lida skada. Eftersom bristerna är hänförliga till såväl förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellens utformning som till bedömningen av den information som leverantörerna har lämnat över ska upphandlingen göras om.

Till stöd för sin ansökan anför Järnet härutöver i huvudsak följande.

Utvärderingsmodellen

Utvärderingsmodellen, sid 10 punkt AFB.52 i förfrågningsunderlaget, med den viktning som gjorts avseende kvalitetssäkring och miljösäkring, innebär att det inte blev det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som vann. Kvalitetsfaktorn, i vilken både miljösäkring och kvalitetssäkring ingår, gavs en för stor påverkan (30 %) på det slutliga utvärderingspriset.

Poängsättningen avseende miljösäkring och kvalitetssäkring

Järnet och UR har fått lika många poäng (5 poäng) för Miljösäkring. Detta är felaktigt då Järnet är certifierat genom ISO 14001 medan UR är certifie-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

rat enligt ett system benämnt FR2000. Dessa system är inte jämförbara. ISO 14001 är ett system som är tredjepartscertifierat av SWEDAC. FR2000 är ett system där allt från certifiering, revidering till försäljning sköts inom en och samma organisation. Det är således inte en tredjepartscertifiering. Systemet följer ingen av annan part godkänd standard. Följden av detta är att FR2000 är ett mer osäkert system än ISO 14001. Även om de revisorer som certifierar FR2000 kommer från SKF Certifiering så utövas inte tillsynen över dessa revisorer av SWEDAC utan av FR2000 självt i form av Rådet. Detta är en form av egenkontroll. FR2000 är därför inte ett jämförbart system med ISO. Både ISO-systemen och FR2000 revideras i och för sig av ett SWEDAC ackrediterat organ, men när ett SWEDAC-ackrediterat certifieringsorgan reviderar ISO 9001 kvalitet och ISO 14001 miljö så reviderar man mot internationellt överenskommen standard med krav/kriterier/villkor som gäller för alla företag/organisationer i hela världen. När ett SWEDAC-ackrediterat certifieringsorgan reviderar FR2000 så reviderar man mot krav/kriterier/villkor beslutade av FR2000 Rådet (utsett av FR2000). Det är alltså av FR2000 Rådet valda delar/varianter av bl.a. ISO 9001, ISO 14001 och SS 62 40 70. FR2000 är vad som allmänt kallas ett light-system då det inte täcker in någon standard helt utan täcker in vad som enligt FR2000 Rådet ska ingå. Starka ändamålsskäl talar för att det bolag som använder sig av ett tredjepartscertifierat system ska ha högre poäng. UR fick lika många poäng som Järnet trots att systemen inte är likvärdiga. UR och Järnet har därmed inte blivit behandlade på ett likvärdigt sätt. Järnet har erhållit 3 poäng avseende kvalitetssäkring medan UR har erhållit 5 poäng. Detta trots att Järnet har ett väl dokumenterat arbetssätt avseende kvalitetssäkring. UR förlitar sig även här på systemet FR2000. Motivet för UR:s 5 poäng synes vara att de använder sig av ett certifierat system. Järnet ifrågasätter denna bedömning enligt vad som redogjorts för ovan. UR borde inte ha fått 5 poäng. Järnets eget system kring kvalitetssäkringsarbetet motsvarar väl det som UR gör enligt FR2000. UR och Järnet har därmed ej blivit behandlade på ett likvärdigt sätt.

Järnet har till styrkande av att bolaget har ett väl dokumenterat arbetssätt avseende kvalitetssäkring och miljöarbete bifogat dokumenten Kvalitetsplan för objekt: Skalskyddsåtgärder, Miljömanual, Miljöhandbok, Dokumentstyrning, Miljö och Kvalitetspolicy, Verksamhetsstyrning samt Felrapportering. Till ansökan har även bifogats skrivelse från Marie Gellhar, skrivelse från Bernt Nyström samt utskrifter från FR2000 i Sverige ekonomisk förenings hemsida.

Familjebostäder yrkar i första hand att ansökan avvisas. Grunden för avvisningsyrkandet är att Familjebostäder inte omfattas av definitionen av offentligt styrda organ i 2 kap. 12 § LOU, och därmed inte heller av definitionen av upphandlande myndighet i 2 kap. 19 § LOU. LOU är därmed inte tillämplig på upphandlingen. För det fall ansökan tas upp till prövning bestrider Familjebostäder bifall till ansökan. Grunden för bestridandet är att Familjebostäder inte har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Leverantörerna har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. Till stöd för sitt yrkande och för sin inställning anför Familjebostäder härutöver i huvudsak följande.

Offentligt styrt organ

Familjebostäder är ett allmännyttigt kommunalt bostadsaktiebolag som omfattas av lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag (AKBL) som trädde i kraft 1 januari 2011. I 1 § AKBL definieras ett allmännyttigt kommunalt bostadsaktiebolag. Enligt 2 § AKBL ska bostadsbolagen bedriva sin verksamhet enligt affärsmässiga principer. Bestämmelsen utgör ett avsteg från kommunallagens bestämmelser om självkostnadsprincipen och förbudet att driva företag i vinstsyfte. Enligt den tidigare gällande s.k. allbolagen skulle allmännyttiga bostadsföretag drivas utan vinstsyfte och företagen omfattades av begränsade krav på avkastning.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Avstående från normal avkastning innebar att sådana företag fick en ekonomisk fördel i förhållande till andra bostadsföretag vilket påverkade konkurrensen på marknaden. Med kravet i den nya lagen att allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag ska bedriva sin verksamhet enligt affärsmässiga principer ställs samma krav på de bolagen som på övriga företag på bostadsmarknaden. Innebörden av kravet på affärsmässighet beskrivs i prop. 2009/10:185 sid. 84-86 enligt följande.

Verksamheten ska bedrivas på sådant sätt att marknadsmässiga avkastningskrav ställs på bolaget. [...] Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag ska verka som normala, långsiktiga aktörer på bostads- och hyresmarknaderna. De kommunala bostadsaktiebolagen ska inte erhålla villkor som gynnar dem ekonomiskt i förhållande till privata konkurrenter, t.ex. kommunala garantier utan att marknadsmässig avgift tas ut eller avstående från marknadsmässiga avkastningskrav. [...] Begreppet affärsmässighet avser det övergripande förhållningssätt som ett icke subventionerat företag på en marknad intar för investeringar i sin dagliga drift och i relationen till andra aktörer. [...] Relationerna mellan kommunen och dess bostadsföretag måste vara affärsmässiga och deras ekonomier hållas åtskilda.

Kravet på affärsmässighet innebär sammanfattningsvis bl.a. att bolagets bästa ska ligga till grund för bolagets beslut om såväl drift som investeringar. Avkastningskravet på kommunala bostadsaktiebolag ska motsvara de avkastningskrav som andra långsiktiga ägare ställer på sina bostadsföretag.

I 2 kap. 12 § LOU definieras offentligt styrda organ. EG-domstolen har fastställt att bestämmelsen ska tolkas så att åtskillnad görs mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär. Stöd för att allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag inte ska betraktas som upphandlande myndigheter fås från följande praxis från EG-domstolen. I mål C-360/96 BFI Holding har EG-domstolen funnit att förekomsten av utvecklad konkurrens och den omständigheten att det berörda organet handlar i en konkurrenssituation på marknaden kan vara tecken på

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. I de förenade målen C-223/99 Agora och C-260/99 Excelsior har EG-domstolen slagit fast att bolag som bedrev sin verksamhet efter produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier och som var konkurrensutsatt inte var en upphandlande myndighet, trots att det inte fanns något vinstkrav. Syftet med AKBL är att allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag ska verka som normala, långsiktiga aktörer på bostads- och hyresmarknaderna. Kommunerna ska ställa marknadsmässiga avkastningskrav på sina bostadsbolag. Med kravet på att verksamheten ska bedrivas enligt affärsmässiga principer ställs samma krav på de bolagen som på övriga företag på bostadsmarknaden. Allmännyttiga bostadsaktiebolag verkar på en konkurrensutsatt marknad på samma villkor som privata aktörer. Den nya lagstiftningen innebär att bolagen bär risken för sin verksamhet. Av 2 § AKBL följer att stöd som lämnas till bolagen måste vara förenliga med statsstödsreglerna. Huvudregeln är med andra ord att stöd inte får lämnas. Att allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag i allmännyttigt syfte främjar bostadsförsörjningen i den eller de kommuner som är ägare till bolaget står inte i motsatsförhållande till att behovet samtidigt är av kommersiell karaktär. I prop. 2009/10:185 sid. 42 anges under rubriken "Bostadsförsörjning med samhällsansvar" att kommunala bostadsföretag är långsiktiga aktörer som genom sitt agerande främjar såväl utbudet av hyresbostäder som en väl fungerande konkurrens. Vidare anförs följande.

Att ett företag tar ett aktivt samhällsansvar kan förenas med både god företagssed och ett affärsmässigt perspektiv. *Kungl. Tekniska Högskolan (KTH)* lyfter fram att det inom den privata sektorn diskuteras om s.k. Corporate Social Responsibility och vikten för företagets rykte och varumärke att ett bredare ansvar tas för aktiviteter och engagemang i samhällsfrågor. Regeringen delar KTH:s uppfattning att detta skapar ett utrymme för kommunala bolag att agera på liknande sätt. I sammanhanget bör dock framhållas att en kommun, enligt de föreslagna reglerna, inte kan kräva av sitt företag att det vidtar åtgärder som inte är lönsamma för företaget. Det väsentliga är att samhällsansvaret är ett uttryck för bolagets långsiktiga affärsmässiga engagemang och inte betingas av att bolaget har just en

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM

kommun som ägare. Ansvaret för bostadsförsörjningen kan aldrig övergå från kommunen till bolaget.

Följden av den nya lagen är att verksamheten som Familjebostäder och andra allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag bedriver är av kommersiell karaktär. Bolagen faller därmed inte in under begreppet offentligt styrt organ och är därigenom inte heller att betrakta som upphandlande myndigheter. LOU är därmed inte tillämplig på upphandlingen.

Utvärderingsmodellen

Anbuden har utvärderats i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget punkt AFB.52 och kontrakten har tilldelats utifrån grunden det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet med den viktning som anges i förfrågningsunderlaget. Som framgår av förfrågningsunderlaget har Familjebostäder använt sig av en utvärderingsmodell som innebär att utvärderingen av ett anbud inte är avhängigt andra anbud utan priset justeras i stället med ett värde på de kvalitativa parametrar som utvärderats, den s.k. kvalitetsfaktorn. Modellen har godkänts av Kammarrätten i Stockholm i mål 3014-09. Kammarrätten hade i målet inhämtat ett yttrande av Konkurrensverket (dnr 319/2009) som låg till grund för domen. Familjebostäder har valt en viktning mellan kvalitet och pris som bedömts lämplig för upphandlingen. Att viktningen inte skulle leda till antagandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bestrids.

Poängsättningen avseende kvalitetssäkring och miljösäkring

Till förfrågningsunderlaget finns en bilaga 1- Krav och anbudsformulär. Under punkterna Kvalitetsledningssystem och Miljöarbete har anbudsgivarna fått fylla i om företaget är certifierat eller inte. I formuläret anges att i fråga om kvalitetsledningssystemet så ska certifieringen vara enligt SS-EN-ISO 9000 eller annat likvärdigt system. För miljöarbete ska anbudsgivaren vara certifierad enligt EMAS eller SS-EN-ISO 14001 eller annat likvärdigt miljöledningssystem. UR har inkommit med intyg utvisande att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

företaget är certifierat enligt FR2000. Som framgår av bifogad information från certifieringsorganet är det ett integrerat ledningssystem för kvalitet, miljö m.m. som utgår från ISO 9001, ISO 14001 och SS 62 40 70. Av certifieringsorganets hemsida framgår att Familjebostäder haft stöd för sin bedömning att FR2000 i huvudsak överensstämmer med ISO 9001 (kvalitetssystem) och ISO 14001 (miljö). Familjebostäder har också bedömt certifieringen som likvärdigt med ISO. Att inte godta systemet som likvärdigt med ISO skulle stå i strid med principen om proportionalitet. Vid utvärderingen har företag med certifierat kvalitetsledningssystem respektive miljöarbete tilldelats 5 poäng medan företag med icke-certifierade rutiner tilldelats 3 poäng. Att rutiner som leverantören själv har utarbetat ger lägre poäng beror på att rutinerna inte har godkänts av ett oberoende certifieringsorgan. Certifierade rutiner har större tyngd för en beställare än egna utarbetade rutiner. Av bifogad dom meddelad av länsrätten i Göteborg framgår att certifieringen för FR2000 sedan 1 maj 2009 utförs av SKF Certifiering AB, som är ett av SWEDAC ackrediterat organ.

Till sina inlagor har Familjebostäder bifogat informationsblad från organisationen FR2000, utskrift från organisationens hemsida samt dom meddelad av länsrätten i Göteborg 2009-09-14 i mål 4344-09-E.

Järnet bestrider bifall till Familjebostäders yrkande om att Järnets ansökan ska avvisas. Grunden för bestridandet är att Familjebostäder är ett offentligt styrt organ samt en upphandlande myndighet. Till stöd för sin inställning anför Järnet härutöver i huvudsak följande.

Offentligt styrt organ

Det som avgör huruvida ett bolag är ett offentligt styrt organ i lagstiftningens mening är huruvida bolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Huruvida bolagets verksamhet är kommersiell eller inte påverkar inte bedömningen. Det som däremot påverkar bedömningen är huruvida

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

själva behovet i det allmännas intresse är kommersiellt eller inte. Det framgår tydligt i 1 § AKBL, genom lokutionen "och som i allmännyttigt syfte", att ett allmännyttigt bostadsaktiebolag bedriver *en kommersiell verksamhet för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse* och inte en *allmännyttig verksamhet för att tillgodose ett kommersiellt syfte*. Vid en studie av lagens förarbeten, prop. 2009/10:185 sid. 40-41, finner man följande text som ytterligare stöd för att behovet som de allmännyttiga kommunala bostadsbolagen ska tillgodose, typiskt sett, inte är av kommersiell karaktär (Järnets understrykningar).

Enligt regeringens mening är det nödvändigt att tydliggöra syftet med att kommuner driver bostadsaktiebolag. Begreppet "allmännytta" bör således komma till uttryck i lagstiftningen. Utan ett allmännyttigt syfte kan det kommunala bostadsaktiebolaget komma att reduceras till att enbart ha vinstmaximering som mål. Något motiv för en kommun att vare sig bilda eller äga ett sådant företag finns inte, vilket också flera remissinstanser har påpekat.

Det allmännyttiga syftet med kommunala bostadsaktiebolag

Det bakomliggande motivet till att ett kommunalt företag bildas är att tillgodose ett allmännyttigt syfte. Det övergripande allmännyttiga syftet för ett kommunalt bostadsföretag är att främja bostadsförsörjningen i kommunen. I detta ingår exempelvis att tillgodose olika bostadsbehov, dvs. inte enbart för grupper med särskilda behov eller som av olika skäl har en svag ställning på bostadsmarknaden, utan även att tillhandahålla ett varierat bostadsutbud av god kvalitet som kan attrahera olika hyresgäster. Detta är också orsaken till att företagen en gång bildades.

Sedan länge har kommunala bostadsföretag varit ett viktigt verktyg för kommunerna att främja en väl fungerande bostadsförsörjning. Det är dock inte det enda medel som kommunerna har till sitt förfogande och det har heller aldrig varit obligatoriskt för kommunerna att bilda ett kommunalt bostadsföretag. Som SKL påpekar så behövs många aktörer, såväl offentliga som privata, för en väl fungerande bostadsmarknad. Det finns också kommuner som inte har något eget bostadsföretag. Även då de kommunala bostadsföretagen uttryckligen ska bedriva sin verksamhet på affärsmässiga grunder och sträva efter att långsiktigt uppnå bästa möjliga resultat, ska kommunerna kunna använda sina företag för att fullgöra sitt bostadspolitiska ansvar.

Det är Järnets uppfattning att det mot bakgrund av ovanstående propositionsuttalande är omöjligt att se Familjebostäder som något annat än ett offentligt styrt organ i 2 kap. 12 § LOU:s mening.

UTREDNINGEN I MÅLET

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

AFB.52 Prövning av anbud (utvärderingsfasen)

En förutsättning för att utvärdering ska kunna ske är således

- att anbudet är lämnat och har besvarats i enlighet med förfrågningsunderlaget
- att anbudsgivaren bedöms vara kvalificerad samt
- att obligatoriska krav (ska-krav) uppfyllts.

Beställaren kommer vid anbudsutvärderingen att anta den eller de entreprenörer vilka lämnat anbud som innehåller det/de ekonomiskt fördelaktiga.

Utvärdering av kvalitet (30%)

Utvärdering kommer att ske dels genom den betygsättning som referenter lämnar i formuläret referensfrågor, se bil 1 Krav och anbudsformulär samt prislista, dels genom de svar anbudsgivare lämnar avseende det kvalitets- och miljöarbete anbudsgivare bedriver.

Utvärdering av pris (70%)

Utvärdering sker enligt principen lägsta utvärderingspris (enligt beräkning nedan).

Anbudsgivare ska i anbudsformulär ange

- Kategori 1 - timpriser för Manuellt arbete, vardagar 07.00-18.00
- Kategori 2 - timpriser för Manuellt arbete, vardagar 18.00-07.00.
- Kategori 3 - timpriser för Manuellt arbete, övrig tid

Utvärdering av priser framgår av Bilaga 1 – Krav och anbudsformulär samt prislista, flik Prislista. Varje enhetspris multipliceras med den fiktiva utvärderingsvolymen. Summa Utvärderingspris är det fiktivt framräknade utvärderingspriset. Summa Utvärderingspris multipliceras med Kvalitetsfaktorn och resultatet, Slutligt Utvärderingspris, utgör prisjämförelsen mellan de olika anbudsgivarna. De anbudsgivare som har de lägsta beloppen i Summa Utvärderingspris får tilldelning i den rangordningen.

I krav och anbudsformulär anges bl.a. följande.

Kvalitetsledningssystem		JA	Nej
Ja, om certifierad	Är intressesökande <u>certifierad</u> enligt SS-EN-ISO 9000 eller annat likvärdigt kvalitetsledningssystem skall intyg om certifiering bifogas. Revisionsrapport skall tillhandahållas vid förfrågan.		
Ja, om ej certifierad	. Om certifikat ej finns ska Anbudsgivaren istället uppvisa sitt systematiska kvalitetsarbete, dvs. sina kvalitetsledningsrutiner. Detta ska minst omfatta nedanstående: • Kvalitetspolicy för verksamheten • Rutiner för internrevision eller egenkontroll • Hantering av avvikelser och förebyggande åtgärder för dessa • Beskrivning hur man systematiskt arbetar med att hålla en hög kundnöjdhet.		
Ja	Kvalitetsansvarig skall vara utsedd.		

Miljöarbete		JA	Nej
Ja, om certifierad	Är den sökande <u>certifierad</u> enligt EMAS eller SS-EN-ISO 14001 eller annat likvärdigt miljöledningssystem, skall gällande intyg om certifiering bifogas. Revisionsrapport skall tillhandahållas vid förfrågan.		
Ja, om ej certifierad	Om certifikat ej finns ska Anbudsgivaren istället uppvisa sitt systematiska miljöarbete, dvs. sina miljöledningsrutiner. Detta ska minst omfatta nedanstående: • Miljöpolicy för verksamheten • Rutiner för internrevision eller egenkontroll • Hantering av avvikelser och förebyggande åtgärder för dessa • Beskrivning över hur kunskap om nya riktlinjer och krav inom miljöområdet sprids inom företaget.		
Ja	Miljöansvarig skall vara utsedd.		

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

I utvärderingsrapporten anges bl.a. följande

Vikt referens frågor	48,0%	Referensfrågor	Max p	Betyg, 1-5	K
Vikt hela gruppen	8%	Kvalitet		5	
	50%	4,4 Jämnhet i kvaliteten		5	
	50%	4,4 Entreprenadens skutesultat			
Vikt hela gruppen	8%	Kostnadseffektivitet		5	
	25%	2,2 Kostnadsmedvetenhet för kundens räkning		5	
	25%	2,2 Rapportera kostnadsådrag kontinuerligt		5	
	25%	2,2 Förmåga att, i god tid, informera/söka ÅTA-arbeten		5	
	25%	2,2 Hålla ingången startbudget			
Vikt hela gruppen	8%	Leverans- och genomförandetid		5	
	20%	1,8 Starta projektet på utsatt tid		5	
	40%	3,5 Slutföra projektet på utsatt tid		6	
	40%	3,5 Tidligt varna om eventuella förseningar			
Vikt hela gruppen	8%	Service - Ansvar		5	
	30%	2,6 Självständig problemlösning		5	
	30%	2,6 Söka kunden vid behov av beslut		6	
	40%	3,5 Ansvarskänsla för slutresultatet			
Vikt hela gruppen	8%	Service - Tillgänglighet		5	
	33%	2,9 Servicekänsla och snabb, enkel kommunikation		5	
	33%	2,9 Installations- och inställningstid vid eventuella "akuta" behov		6	
	34%	3,0 Agerande i situationer med tillägg			
Vikt hela gruppen	8%	Service - Administration		5	
	30%	2,8 Ordning på administrativa stödfunktioner		5	
	40%	3,5 Fakturera i tid (enl avtal)		6	
	30%	2,8 Leverans av dokumentation enligt avtal			
Vikt Miljö & Kvalitet	52,0%	Företagets uppdrag			
Vikt hela gruppen	27%	Kvalitetssäkring			
	100%	29,7 ISO 9001-certifierad eller motsvarande		5	
		Om inte certifierad; minimikrav: • Kvalitetspolicy för verksamheten • Rutiner för internrevision eller egenkontroll • Hantering av avvikelser och förebyggande åtgärder för dessa • Beskrivning hur man systematiskt arbetar med att hålla en hög kundnöjdhet.		3	
Vikt hela gruppen	25%	Miljösäkringssystem			
	100%	27,5 ISO 14001-certifierad eller motsvarande		5	
		Dokumenterad miljöplan omfattande och beskrivande ang nedan: Om inte certifierad; minimikrav: • Miljöpolicy för verksamheten • Rutiner för internrevision eller egenkontroll • Hantering av avvikelser och förebyggande åtgärder för dessa • Beskrivning över hur kunskap om nya riktlinjer och krav inom miljöområdet sprids inom företaget		3	

Maximal kvalitets värde jämfört med minsta godtagbara kvalitet: 30 %

Min betyg: 3
Max betyg: 5

Min tot. kvalitetspoäng: 329
Max tot. kvalitetspoäng: 549

Lite om beräkningarna bakom mallen - Relativa jämförelsetal

Stokabs modell för utvärdering med Relativa Jämförelsetal går ut på att varje anbuds pris multipliceras med en faktor. Denna faktor kallas "Kvalitetsfaktor" och baseras på hur väl anbudet uppfyller de ställda kvalitetskriterierna. Pris gånger kvalitetsfaktor ger det jämförelsetal som anbudet utvärderas på. Det anbud med LÄGSTA jämförelsetalet vinner.

$$\text{Jämförelsetalet} = \text{Pris} * \text{Kvalitetsfaktor}$$

Beräkningen av kvalitetsfaktorn:

Varje anbud ges en total kvalitetspoäng. Detta görs med hjälp av viktning av de uppställda kriterierna samt betygssättning. Kriterierna, viktningen och betygsskalan ska beskrivas i anbudsunderlaget.

Total kvalitetspoäng = vikten för kriterie 1 * betyg för kriterie 1 + vikten för kriterie 2 * betyg för kriterie 2... osv.

Kriteriernas viktning och betygsskalan ger också Maximalt möjliga kvalitetspoäng som går att få, respektive lägsta möjliga kvalitetspoäng som fortfarande ger ett godkänt anbud.

Summan av alla kriteriers vikt * max på betygsskalan = maxpoäng

Summan av alla kriteriers vikt * lägsta godkända betyg på betygsskalan = minpoäng

Ett Maximalt prispåslag definieras - det är den största prisskillnad som den upphandlande enheten kan tänkas acceptera för att få maximal kvalitet jämfört med minimal (men fortfarande godkänd) kvalitet. Max prispåslag uttrycks i % och kan i många upphandlingar tänkas ligga mellan 20%-50%

Med hjälp av dessa indata beräknas kvalitetsfaktorn enligt nedan:

$$\text{Kvalitetsfaktorn} = 1 + \frac{\text{Max prispåslag för kvalitet i \%}}{\frac{\text{Anbudets erhållna total kvalitetspoäng} - \text{Maximal möjlig kvalitetspoäng}}{\text{Maximalt möjlig kvalitetspoäng} - \text{Lägsta möjliga, godkända kvalitetspoäng}}} \times \text{Max prispåslag för kvalitet i \%}$$

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

I tilldelningsbeslutet anges bl.a. följande.

Resultat av anbudsutvärderingen

Anbudsgivare					
Nr	Namn	Utvärderingspris	Kvalitetspåslag Faktor	Slutligt Utvärderingspris	Rangordning
1	U.R. Plåt & Smide AB	1 457 400	1,02	1 486 548	1
2	Järnet Smide Stockholm AB	1 402 800	1,13	1 585 164	2

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter skall 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 iakttas.

I 2 kap. 12 § LOU anges följande. Med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

I 12 kap.1 § första stycket LOU anges följande. En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

I 12 kap.1 § andra stycket LOU anges följande. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I 12 kap. 2 § första stycket LOU anges följande. Den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

I 16 kap. 5 § LOU anges följande. 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.

I lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag anges följande.

1. Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag

1 § Med allmännyttigt kommunalt bostadsaktiebolag avses i denna lag ett aktiebolag som en kommun eller flera kommuner gemensamt har det bestämmande inflytandet över och som i allmännyttigt syfte

1. i sin verksamhet huvudsakligen förvaltar fastigheter i vilka bostadslägenheter upplåts med hyresrätt,
2. främjar bostadsförsörjningen i den eller de kommuner som är ägare till bolaget, och
3. erbjuder hyresgästerna möjlighet till boendeinflytande och inflytande i bolaget.

Med bestämmande inflytande avses att en kommun eller flera kommuner gemensamt äger aktier i ett aktiebolag med mer än hälften av samtliga röster i bolaget och också förfogar över så många röster.

Det inflytande som utövas av ett bolag över vilket en kommun eller flera kommuner har ett bestämmande inflytande ska anses utövat av kommunen eller flera kommuner gemensamt.

2 § Ett allmännyttigt kommunalt bostadsaktiebolag ska bedriva verksamheten enligt affärsmässiga principer trots 2 kap. 7 § och 8 kap. 3 c § kommunallagen (1991:900).

Första stycket hindrar inte att det lämnas sådant stöd till ett allmännyttigt kommunalt bostadsaktiebolag som

1. har godkänts av Europeiska kommissionen, eller

2. har lämnats enligt sådana förordningar som Europeiska kommissionen beslutat enligt artikel 108.4 i fördraget om Europeiska unionens funktionsätt, eller
3. har lämnats enligt villkor för stöd som har fastställts av Europeiska kommissionen och som anses förenligt med den gemensamma marknaden samt är undantaget från kravet på anmälan i artikel 108.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

2. Värdeöverföringar

3 § Ett allmännyttigt kommunalt bostadsaktiebolags värdeöverföringar får under ett räkenskapsår inte överstiga ett belopp som motsvarar räntan på det kapital som kommunen eller kommunerna vid föregående räkenskapsårs utgång har skjutit till i bolaget som betalning för aktier. Räntesatsen ska därvid utgöras av den genomsnittliga statslåneräntan under föregående räkenskapsår med tillägg av en procentenhet.

Värdeöverföringar under ett räkenskapsår får dock inte överstiga ett belopp som motsvarar hälften av bolagets resultat för föregående räkenskapsår.

4 § Begränsningen av värdeöverföringar i 3 § gäller inte för överföring av sådant nettoöverskott som uppkommit vid avyttring av fastigheter under föregående räkenskapsår. Med nettoöverskott avses skillnaden mellan en fastighets försäljningspris och dess bokförda värde med tillägg för försäljningskostnader.

Värdeöverföringar enligt första stycket får dock inte överstiga hälften av nettoöverskottet och ska ha föregåtts av kommunfullmäktiges beslut.

5 § Begränsningen av värdeöverföringar i 3 § gäller inte för överföring av överskott som uppkommit under föregående räkenskapsår

1. om överskottet används för sådana åtgärder inom ramen för kommunens bostadsförsörjningsansvar som främjar integration och social sammanhållning eller som tillgodoser bostadsbehovet för personer för vilka kommunen har ett särskilt ansvar, eller
2. om värdeöverföringen görs mellan allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag inom samma koncern.

6 § Ett allmännyttigt kommunalt bostadsaktiebolag ska skriftligen varje år till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer lämna uppgifter om beslutade värdeöverföringar och hur de har beräknats.

Förvaltningsrättens bedömning

Offentligt styrt organ

Familjebostäder yrkar i första hand att Järnets ansökan om överprövning ska avvisas. Som grund för avvisningsyrkandet åberopas att LOU inte är tillämplig på upphandlingen eftersom Familjebostäder sedan den 1 januari 2011 inte längre faller under definitionen av offentligt styrda organ i 2 kap. 12 § LOU då lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag (AKBL) trädde i kraft.

Det är ostridigt att Familjebostäder omfattas av AKBL och att Familjebostäder därigenom anses tillgodose ett behov i det allmännas intresse bl.a. genom att främja bostadsförsörjningen i den kommun, i detta fall Stockholms stad, som är ägare till bolaget. Frågan i målet i denna del är huruvida detta behov samtidigt är av kommersiell karaktär eller inte. I 2 § första stycket AKBL förskrivs att ett allmännyttigt kommunalt bostadsaktiebolag ska bedriva verksamheten enligt affärsmässiga principer. Föreskriften utgör ett undantag från kommunallagens bestämmelser om självkostnadsprincipen och förbudet att driva företag i vinstsyfte.

I förarbetena till lagen anförs att föreskriften innebär att allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag ska verka som normala, långsiktiga aktörer på de konkurrensutsatta bostads- och hyresmarknaderna; verksamheten ska bedrivas på sådant sätt att marknadsmässiga avkastningskrav ställs på bolaget, bolagen ska inte erhålla villkor som gynnar dem ekonomiskt i förhållande till privata konkurrenter och relationen mellan kommunen och bolagen måste vara affärsmässiga och deras ekonomier hållas åtskilda (se prop. 2009/10:185 sid. 84 f.). Frågan är då om dessa villkor avseende hur bolagens verksamhet ska bedrivas har någon bäring på hur det allmännyttiga behov som bolagen tillgodoser ska karaktäriseras. I förarbetena saknas klara och entydiga uttalanden vad avser denna fråga. Där framgår emeller-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

tid att bolagens verksamhet i vart fall inte syftar till att ha vinstmaximering som exklusivt mål (se prop. 2009/10:185 sid. 40). I 3-6 §§ AKBL föreskrivs även vissa begränsningar avseende de värdeöverföringar som är tillåtna från bolaget och till dess ägare.

EG-domstolen har fastställt att begreppet allmänna intressen är ett gemenskapsrättsligt begrepp som ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen, vilket ska göras med hänsyn tagen till syftet med direktiven om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling. Enligt EG-domstolen framgår det vidare av fast rättspraxis att syftet med direktiven är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ, som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt, låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Enligt EG-domstolen är förekomsten av konkurrens inte tillräcklig för att utesluta möjligheten att ett sådant organ låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Ett sådant organ kan t.ex. förorsakas ekonomiska förluster av att det för en viss politik för inköp från det organ som det är nära beroende utav. Av detta framgår att frånvaron av konkurrens inte är ett nödvändigt villkor för definitionen av ett organ som lyder under offentlig rätt även om förekomsten av utvecklad konkurrens, och i synnerhet den omständigheten att det berörda organet handlar i en konkurrenssituation på marknaden, kan vara ett tecken på att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida ett sådant allmännyttigt behov är för handen genom att ta hänsyn till alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av det berörda organet och på vilka villkor som organet utövar verksamheten, vilket bland annat innefattar en bedömning av huruvida det finns ett huvudsakligt vinstsyfte, huruvida organet står risken för den verksamhet som utövas liksom huruvida

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

den aktuella verksamheten åtnjuter offentlig finansiering. Mot bakgrund av direktivens dubbla syfte att öppna för konkurrens och insyn ska begreppet organ som lyder under offentlig rätt ges stor räckvidd (se mål C-360/96 BFI Holding, C-373/00 Adolf Truley samt C-18/01 Korhonen).

Med ledning av ovan redovisade uttalanden från EG-domstolen kan frågan preciseras såtillvida att prövningen av huruvida det allmännyttiga behov som Familjebostäder ska tillgodose är av kommersiell karaktär eller inte beror av huruvida villkoren för hur bolaget ska bedriva sin verksamhet är sådana att det ges ett *ekonomiskt* utrymme för bolaget att låta sig styras av andra hänsyn än ekonomiska vad gäller beslut i en upphandling. Frågan är med andra ord huruvida villkoren är sådana att en tillämpning av LOU framstår som obehövlig på grund av att bolaget ändå måste uppvisa ett konkurrensfrämjande och strikt affärsmässigt beteende.

Av förarbetena till AKBL framgår att ett av syftena med den nya lagen är att tillse att de allmännyttiga kommunala aktiebolagen inte ska verka på hyres- och bostadsmarknaderna på ett konkurrensnedvridande sätt genom att ålägga bolagen att driva sin verksamhet enligt affärsmässiga principer (se prop. 2009/10:185 sid. 49.). Förvaltningsrätten noterar att genom uppställandet av marknadsmässiga avkastningskrav på bolagen samt av hinder för villkor som på annat sätt gynnar bolagen i förhållande till deras privata konkurrenter så minskar även bolagens möjligheter att låta sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Av intresse i detta sammanhang är emellertid att det i förarbetena till AKBL görs en distinktion mellan att driva ett bolags verksamhet enligt affärsmässiga principer och att driva det på affärsmässig grund. Distinktionen motiveras bl.a. av att de allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag även enligt den nya lagen åläggs begränsningar vad avser värdeöverföringar från bolaget, se 3-6 §§ AKBL. I prop. 2009/10:185 sid. 52 anfördes följande avseende syftet med dessa begränsningar.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Syftet med begränsningsregeln i lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag (allbolagen) är att hålla nere avkastningskraven. En ny begränsningsregel kan inte ha detta syfte eftersom det skulle strida mot att allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag åläggs marknadsmässiga avkastningskrav. Ett syfte med en sådan reglering är att resurser som långsiktigt upparbetats i bolagen till följd av att de ska verka enligt affärsmässiga principer och åläggas normala avkastningskrav – ska användas av bolagen för att fullgöra sina uppgifter även i sämre tider, när nödvändiga omställningar krävs till följd av förändrade förutsättningar. Ett exempel på sådana förändringar är minskad efterfrågan av hyresbostäder till följd av minskat befolkningsunderlag. Ett annat syfte är att kommunen ska ha möjlighet att använda upparbetade resurser för att fullfölja sitt bostadsförsörjningsansvar. Därmed får de allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolagen ytterligare en roll när det gäller kommunens möjligheter att fullgöra sitt bostadsförsörjningsansvar. I en modell med affärsmässigt bedrivna bostadsföretag med normala avkastningskrav är en effekt av en utdelningsbegränsning – allt annat lika – att mer kapital kan stanna kvar i de enskilda företagen som långsiktigt kan bygga upp en stabil ekonomi.

Enligt förvaltningsrättens mening innebär den nya begränsningsregeln, oavsett dess bakomliggande syfte, att de allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolagen i praktiken erhåller en lagstadgad ekonomisk fördel i förhållande till sina privata konkurrenter, som potentiellt skulle kunna medföra att bolagen låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska bl.a. vad gäller beslut i upphandlingar. Förvaltningsrätten finner därför det inte visat i målet att det allmännyttiga behov som Familjebostäder ska tillgodoses är av kommersiell eller industriell karaktär.

Slutligen konstaterar förvaltningsrätten att Familjebostäder inte ifrågasatt att åtminstone något av de alternativa kriterierna i 2 kap. 12 § punkterna 1-3 är uppfylld. Familjebostäder kan därmed inte anses ha visat att bolaget inte omfattas av definitionen av offentligt styrda organ. Det kan därför inte heller anses visat att LOU inte skulle vara tillämplig på upphandlingen och Familjebostäders avvisningsyrkande ska således avslås.

Utvärderingsmodellen

Överprövning enligt LOU innebär en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder i enlighet med 16 kap. 5 § LOU. Som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69).

Som grund för sin ansökan gör Järnet för det första gällande att den tillämpade utvärderingsmodellen, med den viktning som gjorts avseende kvalitetssäkring och miljösäkring, innebär att det inte blev det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som vann upphandlingen. Järnet anför att kvalitetsfaktorn gavs en för stor påverkan (30 %) på det slutliga utvärderingspriset. Järnet har inte anfört några ytterligare omständigheter till stöd för sitt påstående.

Enligt 12 kap. 1 och 2 §§ LOU ska den upphandlande myndigheten vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ta hänsyn till kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet samt ange hur sådana kriterier kommer att viktas inbördes. Detta kan göras genom att tillämpa en utvärderingsmodell som specificerar hur anbud kommer att värderas utifrån en sammanvägning av hur väl de uppfyller respektive kriterium. Varken LOU eller direktiv 2004/18/EG som lagen baseras på innehåller några närmare föreskrifter om hur en utvärderingsmodell ska vara utformad utöver vad som framgår av 12 kap. 1 och 2 §§ LOU samt motsvarande artikel 53 i direktivet. EG-domstolen har uttalat att de upphandlande myndigheterna inte endast är fria att välja kriterier för tilldelning av kontraktet, utan även att bestämma viktningen av dessa, såvida en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Ytterligare förutsättningar är att valet av kriterier inte medför att den upphandlande myn-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

digheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt och att tillämpningen av kriterierna sker med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundläggande principerna (mål C-448/01 Wienstrom). Högsta förvaltningsdomstolen har å sin sida uttalat att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas samt att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50). En upphandlande myndighet ges således en relativt stor frihet att välja den utvärderingsmodell som den anser leder till antagandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med beaktande av kriterierna kvalitet och pris, viktade med 30 % respektive 70 %. Kriteriet pris utvärderas genom att av anbudsgivaren angivna enhetspriser (kr/tim) multipliceras med respektive fiktiv utvärderingsvolym (tim). Det summerade resultatet betecknas summa utvärderingspris. Kriteriet kvalitet utvärderas dels genom den betygssättning som referenter lämnar (betygsskala 1-5), dels genom de svar anbudsgivare lämnar avseende det kvalitets- och miljöarbete de bedriver. Referensfrågorna utgörs av arton specificerade frågor avseende bl.a. kostnadseffektivitet, leverans- och genomförandetid, ansvar, tillgänglighet och administration. Av krav- och anbudsformulär framgår att anbudsgivaren ska ange huruvida de har certifierade kvalitets- respektive miljöledningssystem eller annars uppvisa sina egna kvalitets- och miljöledningsrutiner. Summa utvärderingspris multipliceras med en faktor betecknad kvalitetsfaktorn och resultatet, slutligt utvärderingspris, utgör prisjämförelsen mellan de olika anbudet.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen**DOM**

Av utvärderingsrapporten framgår hur referenternas betygsättning samt anbudsgivarens svar avseende kvalitets- och miljöledningsarbete har viktats inbördes inom kriteriet kvalitet. Viktningen i procentuella tal är 27 % för kvalitetssäkring, 25 % för miljösäkring samt sammanlagt 48 % för referensfrågorna. Där framgår även att certifierade kvalitets- respektive miljöledningssystem tilldelas betyget fem och att egna rutiner tilldelas betyget tre. Genom att summera produkterna av viktning och betyg erhålls anbudets totala antal kvalitetspoäng. Lägsta godkända betyg är tre och maximalt möjliga är fem. I utvärderingsrapporten anges vidare hur den s.k. kvalitetsfaktorn beräknas utifrån dessa indata samt ett exogent bestämt s.k. maximalt prispåslag om 30 %. Kvalitetsfaktorn utgör en funktion av hur mycket anbudets totala antal kvalitetspoäng avviker från det maximalt möjliga antalet kvalitetspoäng (relativt skillnaden mellan det maximalt möjliga antalet kvalitetspoäng och det minsta möjliga godkända antalet kvalitetspoäng) och dess värde varierar inom intervallet 1,00 – 1,30. Som angivits i förfrågningsunderlaget erhålls jämförelsetalet, slutligt utvärderingspris, genom att summa utvärderingspris multipliceras med kvalitetsfaktorn. Beroende på hur många kvalitetspoäng anbudet erhåller totalt kommer således summa utvärderingspris att beläggas med ett prispåslag som varierar mellan 0 % och 30 %. Enligt denna utvärderingsmodell ska det anbud antas som erhåller lägsta slutliga utvärderingspris.

Järnet har anfört att tillämpningen av ovan redovisade utvärderingsmodell, med den viktning som gjorts avseende kvalitetssäkring och miljösäkring, innebär att det inte blev det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som vann på grund av att kvalitetsfaktorn gavs en för stor påverkan (30 %) på det slutliga utvärderingspriset.

I den tillämpade utvärderingsmodellen beror det slutliga utvärderingspriset på hur stora kvalitetsbrister anbudet uppvisar genom att anbudets utvärderingspris beläggs med ett procentuellt prispåslag bestämd av den s.k. kvali-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

tetsfaktorn, som är en funktion av hur mycket anbudets totala kvalitetspoäng avviker från maximal kvalitetspoäng samt ett exogent bestämt s.k. maximalt prispåslag om 30 % . I utvärderingsmodellen har således en viktning gjorts mellan tilldelningskriterierna pris och kvalitet genom att man i monetära termer, i form av ett prispåslag som satts i relation till kvalitetsbrister, uttryckt den inbördes relationen mellan tilldelningskriterierna.

Att en upphandlande myndighet väljer att tillämpa tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet snarare än tilldelningsgrunden lägsta pris innebär att en avvägning ska göras mellan anbudets pris och de övriga kriterier som myndigheten valt som tilldelningskriterier. Beroende på hur viktningen mellan de olika kriterierna har bestämts kan således ett anbud med ett, relativt konkurrenterna, högt pris vinna upphandlingen om det poängtal avseende övriga kriterier som anbudet erhållit vid utvärderingen är så högt att detta kompenserar för det relativt sett höga priset.

Utformningen av tillämpad utvärderingsmodell är sådan att utvärderingen av kriteriet kvalitet som mest kan resultera i ett prispåslag om 30 %. I utvärderingsmodellen har detta s.k. maximala prispåslag definierats som "den största prisskillnad som den upphandlande enheten kan tänkas acceptera för att få maximal kvalitet jämfört med minimal (men fortfarande godkänd) kvalitet". Järnets anbud har erhållit ett totalt antal kvalitetspoäng som resulterat i ett prispåslag om 13 %. UR:s anbud har endast erhållit ett prispåslag om 2 % och har därför antagits, trots att anbudet har ett högre utvärderingspris än Järnets anbud. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta att utvärderingsmodellen, i sig eller i förhållande till föremålet för kontraktet, skulle vara ägnad att leda till annat än att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Utvärderingsmodellen specificerar klart och tydligt hur anbuden ska värderas utifrån en sammanvägning av hur väl de uppfyller tilldelningskriterierna pris respektive kvalitet. Tilldelningskriteriernas inbördes viktning, såsom den kommer till uttryck i den

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

delvis exogen bestämda kvalitetsfaktorn, anger den avvägning mellan pris och kvalitet som Familjebostäder funnit lämplig i förevarande upphandling, vilken förvaltningsrätten inte finner anledning att ifrågasätta. Ej heller har det framkommit några omständigheter som tyder på att den inbördes viktningen av underkriterierna kvalitetssäkring (27 %) och miljösäkring (25 %) relativt referensfrågorna (48 %) inte skulle vara ägnad att bidra till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Poängsättningen avseende kvalitetssäkring och miljösäkring

Järnet gör för det andra gällande att Järnet och UR inte har blivit behandlade på ett likvärdigt sätt vid utvärderingen på grund av att Familjebostäder vid bedömningen av anbudsgivarnas miljö- och kvalitetsledningsarbeten tilldelat certifiering enligt systemet FR2000 lika många poäng som certifiering enligt ISO 9001 och ISO 14001 trots att systemen inte är jämförbara och trots att Järnets eget system kring kvalitetssäkringsarbetet väl motsvarar ett system certifierat enligt FR2000.

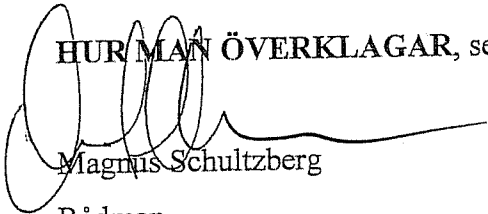
Vid överprövning enligt LOU gäller som huvudregel att det inte ankommer på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering eller att i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut. Parterna har i målet redogjort för sina ståndpunkter och motiveringar vad avser poängsättning av miljö- och kvalitetsledningsarbete. Förvaltningsrätten har inte funnit anledning att ifrågasätta den av myndigheten företagna utvärderingen. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen även på denna grund.

Det saknas sammanfattningsvis förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 5 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

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



Magnus Schultzberg

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarie Jun Olivier.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.