



SÖKANDE

1. Cubile Utemiljö AB, 556763-7821

Ombud: Advokat Lotta Spandel
Advokatfirman NORDIA KB
Box 70389
107 24 Stockholm

2. Björmentreprenad AB, 556379-0723

Ombud: Advokat Johan Engborg
Jur.kand. Marion Kronberg
Advokatfirman Nova AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Skolfastigheter i Stockholm AB, 556034-8970
Box 47311
100 74 Stockholm

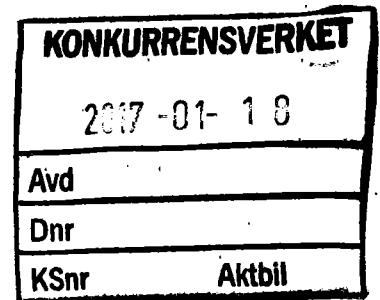
SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Cubiles yrkande om inhämtande av sekretessbelagd handling från PEAB.

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna.



YRKANDEN M.M.

Skolfastigheter i Stockholm AB (SISAB) genomför en entreprenadupphandling som omfattar tillsyn och skötsel samt akut underhåll av bl.a. markutrustning och dagvattenbrunnar för sex olika förvaltningsområden, FO1-FO6. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Enligt tilldelningsbeslut meddelat den 8 juli 2016 har SISAB för FO 5 respektive FO 6 beslutat att teckna avtal med andra leverantörer än Cubile Utemiljö AB (Cubile) och än Björnentreprenad AB (Björnentreprenad).

Cubile yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingens FO 5 och FO 6 ska rättas på så sätt att Cubile ska tilldelas en högre poäng (5 eller 3 poäng) i anbudsutvärderingen avseende utvärderingskriteriet organisation/rutiner och att ny anbudsutvärdering ska genomföras, och/eller att förvaltningsrätten ska förordna att FO 5 ska rättas på så sätt att anbudet från Tylömarks Entreprenad AB (Tylömark) och PEAB Drift och Underhåll AB (PEAB) ska diskvalificeras och en ny anbudsutvärdering därefter ska ske.

I andra hand yrkar Cubile att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingens FO 5 och FO 6 ska göras om.

Cubile yrkar även att SISAB inger en sekretessbelagd handling till förvaltningsrätten alternativt att förvaltningsrätten inhämtar densamma.

Björnentreprenad yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om, såvitt avser FO 5 och FO 6.

SISAB bestrider bifall till ansökan.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 13 september 2013 i mål nr 4385-13). Förvaltningsrätten prövar därför inledningsvis de brister som uppges ha förekommit under det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen.

Brister i förfrågningsunderlaget?

Som grund för att FO 5 och 6 ska göras om har såväl Cubile som Björntreprenad anført att förfrågningsunderlaget, innefattande dess utvärderingsmodell, är så oklart och otydligt att det strider mot transparensprincipen. Cubile och Björntreprenad anser också att förfrågningsunderlaget och dess utvärderingsmodell, genom sin otydlighet, öppnar upp för subjektiva bedömningar och inte kan säkerställa objektiva bedömningar av anbudsgivarna. Cubile och Björntreprenad anser därmed att även likabehandlingsprincipen har åsidosatts. Genom det oklara och otydliga förfrågningsunderlaget anser såväl Cubile som Björntreprenad att bolagen har lidit, eller i vart fall riskerat, att lida skada.

Förvaltningsrätten prövar nu först frågan om förfrågningsunderlaget strider mot transparens- och likabehandlingsprinciperna.

Vad parterna anför

Cubile anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår inte vad som berättigar till en viss poäng. Cubile har inte kunnat utröna vad SISAB skulle tillmäta betydelse avseende utvärderingskriteriet organisation/rutiner och däri ingående underkriterier. Det är inte förenligt med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen att anbudsgivare ska behöva leta runt i förfrågningsunderlaget och göra egna tolkningar för att förstå vad myndigheten kan tänkas efterfråga och kan komma att tillmäta betydelse. Om Cubile haft kännedom om vilka närmare parametrar som det var av vikt att uppfylla hade Cubile kunnat utforma sitt anbud på sådant sätt att Cubile skulle ha erhållit högsta möjliga poäng och således tilldelats kontrakt. Anbudsgivare kan först i ett sent skede få kännedom om brister och därmed anledning att rikta anmärkningar mot förfrågningsunderlaget. Att Cubile

inte tidigare framfört synpunkter på förfrågningsunderlaget ska inte tillmätas någon betydelse.

Anbudsgivarnas anbud har inte bedömts utifrån samma grunder utan omotiverade poängskillnader avseende utvärderingskriteriet organisation/rutiner har skett, vilket beror på att förfrågningsunderlaget har varit så otydligt att likabehandling av anbudsgivarna inte har kunnat upprätthållas.

Björnentreprenad anför bl.a. följande. Tilldelning av kontrakt har skett med utgångspunkt från en utvärderingsmodell som står i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU om transparens och likabehandling. SISAB har inte närmare redovisat vad som kommer att tillmätas betydelse avseende respektive underkriterier till värdegrunden organisation/rutiner. Av förfrågningsunderlaget går det inte heller att utläsa vad anbudsgivarna ska uppfylla för att erhålla poängen 0, 1, 3 och 5. Anbudsgivarna har inte möjlighet att utifrån förfrågningsunderlaget utläsa vad de ska redovisa och uppnå för att anses "mycket bra" eller "mindre bra". Vem som kommer att genomföra värderingen av anbudsgivarnas svar anges inte i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget är så pass otydligt formulerat att det inte har varit möjligt att avgöra vilka faktorer som kommer att bedömas och hur värderingen av anbuderna kommer att ske. Bristerna i förfrågningsunderlaget har öppnat upp för olika tolkningar och för en utvärdering som präglas av subjektivitet vilket medfört att likabehandlingsprincipen har satts ur spel. Bristerna i förfrågningsunderlaget medför också att utvärderingsmodellen inte är utformad på ett sätt som leder till att kvalitet betygsätts.

SISAB anför bl.a. följande. Utöver upphandlingsföreskrifterna utgjorde även de särskilda föreskrifterna samt skötselbeskrivningen väsentliga underlag för anbudsgivarnas anbud. I dessa upphandlingsdokument finns

allmänna krav på t.ex. organisation och yrkeskunnande hos viss nyckelpersonal hos anbudsgivarna, att leverantören ska ha ett dokumenterat kvalitetsledningssystem och bedriva ett visst kvalitetsarbete, att leverantören ska klara utökning av entreprenaden med 20 procent, krav på hur vinterskötseln ska bedrivas, samt krav på dokumentation och rapportering. Av poängskalan och de förtydligande texterna avseende varje bedömningskriterium måste anbudsgivarna vidare förstå att det krävs en utförlig och genomtänkt beskrivning av den aktuella funktionen för att få en hög poäng. Att den upphandlande myndighetens bedömning av hur väl de lämnade beskrivningarna sedan uppfyller de ställda kraven kommer innehålla en viss grad av subjektivitet är ofrånkomligt, men medför inte i sig att kraven brister i transparens eller likabehandling. Det kan noteras att ingen anbudsgivare har framfört några invändningar mot utvärderingsmodellen, ställt några frågor kring denna eller begärt förtydligande av vad SISAB menar med respektive utvärderingskriterium under anbudstidens gång. Att någon sådan fråga inte har ställts måste beaktas när förvaltningsrätten undersöker om förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare.

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlagets avsnitt UF3.52 framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Prövningen av kvalificerade anbud sker genom tillämpning av tre värderingsgrunder, pris/värdesumma (60 procent), organisation/rutiner (25 procent) och referenstagning arbetsledare (15 procent). Organisation/rutiner innefattar delområdena a) organisation, b) system för kvalitetskontroll, c) utökat uppdrag, d) vinterskötsel och e) administration. För varje delområde finns en kort beskrivning av vad anbudsgivaren ska redovisa. För varje delområde kan ett anbud få poäng

enligt följande skala. 5 (mycket bra och lämplig/genomtänkt), 3 (bra) 1 (mindre bra/otillräcklig), 0 (ej redovisat).

Förvaltningsrättens bedömning

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten eller enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Den upphandlande myndigheten ska hålla sig till denna tolkning under hela förfarandet och tillämpa kriterierna objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. Utvärderingsmodellen ska vara utformad så att den är ägnad att leda till rättvisande resultat. Den omständigheten att anbudsgivare genom att endast ta del av förfrågningsunderlaget inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen medför inte att utvärderingsmodellen brister i transparens (jfr EU-domstolens dom i mål C-19/00 SIAC samt RÅ 2002 ref. 50).

Av flera rättsfall från olika kammarrätter framgår att det av ett förfrågningsunderlag tydligt måste framgå vad som kommer tillmätas betydelse vid utvärderingen. Utvärderingskriterier som öppnar för en godtycklig bedömning som inte kan förutses av presumtiva leverantörer underkänns ofta (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 26 oktober 2015 i mål nr 5098-15, Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 april 2016 i mål nr 6125-15 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 7 oktober 2016 i mål nr 751-16).

Det finns dock även kammarrättsdomar som talar i motsatt riktning (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 16 februari 2016 i mål nr 8289-15).

Av EU-domstolens dom den 14 juli 2016, C-6/15 TNS Dimarso,¹ som gällde upphandling av tjänstekontrakt, framgår bl.a. följande.

Såväl föremålet för offentliga upphandlingar som tilldelningskriterierna ska klart definieras redan från början av upphandlingsförfarandet. En upphandlande myndighet får inte som tilldelningskriterier använda underkriterier som myndigheten inte har upplyst anbudsgivarna om. Den upphandlande myndigheten ska dessutom tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Den relativa vikt som tillmäts vart och ett av tilldelningskriterierna ska vara klart och tydligt fastställda redan vid upphandlingsförfarandets början. Varje kriteriums relativa vikt kan inte heller ändras under förfarandet. Det är möjligt för en upphandlande myndighet att i efterhand fastställa viktningen för underkriterier efter att anbudstiden har löpt ut om tre förutsättningar är uppfyllda. För det första att fastställandet i efterhand inte ändrar kriterierna för tilldelning av kontraktet såsom dessa har angetts i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling, för det andra att det inte innehåller några faktorer, som om de hade varit kända när anbudet förbereddes hade kunnat påverka denna förberedelse och för det tredje att det inte har gjorts med beaktande av faktorer som kan vara diskriminerande mot någon av anbudsgivarna. Den upphandlande myndigheten är inte skyldig att i förfrågningsunderlaget upplysa potentiella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den har tillämpat för att konkret värdera och klassificera anbudet till omständigheterna i det enskilda fallet. Den upphandlande myndigheten får använda sig av en skala vid bedömningen av utvärderingskriterierna utan att denna skala offentliggjorts i förfrågningsunderlaget. Skalan får dock inte leda till att den relativa viktningen av tilldelningskriterierna som har angetts ändras.

¹ Målet rör upphandling av tjänstekontrakt. Enligt förfrågningsunderlaget skulle tilldelningskriterierna pris och kvalitet skulle viktas lika. Vad gällde kvaliteten skulle utformning, organisation och genomförande bedömas. Anbudsgivarna uppmanades att i anbudet beskriva de föreslagna tjänsterna så väl som möjligt. Förfrågningsunderlaget saknade uppgift om hur de tre kvalitetskriterierna skulle bedömas och betygssättas. Först av utvärderingsrapporten framgick att den upphandlande myndigheten hade bedömt anbudet enligt skalan mycket bra, tillfredsställande och svag.

Förvaltningsrätten konstaterar att SISAB i förfrågningsunderlaget har angett vilka utvärderingskriterier som ska användas, nämligen pris, organisation/rutiner och referenstagning arbetsledare och viktat dessa. Under kriteriet organisation/rutiner har angetts ett antal underkriterier som kommer att utvärderas enligt en poängskala. Däremot ges inte någon närmare ledning för vad som kommer att ge olika hög poäng. Detta öppnar upp för ett visst mått av subjektiv bedömning vid utvärderingen. Mot bakgrund av EU-domstolens mål C 6/15, måste detta enligt förvaltningsrättens mening godtas i en upphandling av förevarande slag.

Enligt förvaltningsrättens mening åligger det även en rimligt noggrann och omsorgsfull anbudsgivare att läsa samtliga dokument som är relevanta i upphandlingen, i förevarande upphandling de särskilda föreskrifterna och skötselbeskrivningen, och på grundval av dessa utforma sitt anbud. När det gäller en upphandling av förevarande slag anser förvaltningsrätten också att det åligger en anbudsgivare att utforma sitt anbud så detaljerat och preciserat som möjligt, vilket framstår som särskilt viktigt om det finns otydligheter i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten noterar också att varken Cubile eller Björnentreprenad har begärt något förtydligande från SISAB trots att anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget uppmanats till det och trots att SISAB under anbudstiden hållit ett informationsmöte där bl.a. oklarheter kunde tas upp. Anbudsgivarnas passivitet i detta avseende ska beaktas vid bedömningen av huruvida dessa faktiskt inte har kunnat förstå tilldelningskriterierna (EU-domstolens dom i mål C-538/13 eViglio, punkterna 55-56).

Även om beskrivningen i samband med respektive delområde under kriteriet organisation/rutiner är begränsad anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlagets information tillsammans med övriga upphandlingsdokument ger en tillräckligt tydlig bild för att en branschvan anbudsgivare ska kunna

utläsa vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen. Förvaltningsrätten finner sammantaget att förfrågningsunderlaget är tillräckligt klart och tydligt utformat för att varje anbudsgivare, med utgångspunkt i underlaget, bör kunna skapa sig en god bild av vad som kan utgöra ett konkurrenskraftigt anbud och att utvärderingsmodellen därmed är tillräckligt tydlig för att inte strida mot kraven på transparens och likabehandling.

Vid denna bedömning saknar förvaltningsrätten skäl att pröva skaderekvisitet.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen?

Cubile gör även gällande att SISAB, på ett sätt som är otillåtet enligt LOU har sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier. Cubile gör gällande att utvärderingskriterierna organisation/rutiner och referenstagning arbetsledare inte är förenliga med 1 kap. 9 § LOU eftersom SISAB avseende båda dessa kriterier utvärderat egenskaper som är hänförliga till kvalificeringsfasen. Detta innebär brist i förutsebarhet och transparens och säkerställer heller inte att objektiva bedömningar av anbudsgivarna görs eller att ovidkommande hänsyn inte tas. Anbudsutvärderingen har kommit att påverkas av ovidkommande hänsyn vilket påverkat Cubiles möjligheter att erhålla kontrakt. Cubile hade kunnat utforma ett anbud som såg ut på ett annat sätt och utfallet av anbudsutvärderingen hade kunna se annorlunda ut. Cubile gör gällande att bolaget har lidit skada, eller i vart fall riskerat lida skada, av den sammanblandning mellan kvalificerings- och tilldelningskriterier som skett.

Förvaltningsrätten övergår därför till att nu pröva frågan om sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier.

Vad parterna anför

Cubile anför bl.a. följande. När det gäller underkriterierna organisation, utökat uppdrag och vinterskötsel kan konstateras att vad som synes ha utvärderats är just vilka resurser som anbudsgivaren ställer till SISAB:s förfogande och resursernas erfarenhet. Detta blir särskilt tydligt när det gäller utökat uppdrag där det explicit anges att anbudsgivaren ska redovisa beredskap och att vad som ska bedömas och ge poäng är just beredskapen. Detsamma gäller vinterskötsel där det anges att anbudsgivaren ska redovisa resurssättning och till synes beakta kompetensnivå och erfarenhet. Dessa underkriterier är att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet och är därmed inte godtagbart. När det gäller system för kvalitetskontroll är detta också att hänföra till anbudsgivaren som sådan och syftar därmed inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Inte heller referensomdömena har syftat till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad som har efterfrågats och poängsatts när det gäller referenserna och som därefter legat till grund för utvärderingen är just sådana egenskaper som flera kammarrätter funnit vara hänförliga till kvalificeringsfasen.

SISAB anför bl.a. följande. Det har inte skett någon otillåten sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier. Tilldelningskriterierna avseende organisation/rutiner kan direkt kopplas till föremålet för upphandlingen och har avsett konkreta beskrivningar av hur anbudsgivarna har tänkt att genomföra det specifika uppdraget eller delmoment i det specifika uppdraget. De är inte inriktade mot anbudsgivarnas allmänna kapacitet eller förmåga utan syftar till att utvärdera den kvalitet med vilket uppdraget kommer att genomföras. Frågeställningarna avseende referenstagningen har inte avsett leverantörens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana, utan har istället varit hänförliga till den tjänst som är föremål för upphandlingen. Referenstagningen har syftat till att bedöma

hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras, dvs. kvaliteten, och därigenom identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I tjänsteupphandlingar av det här slaget är arbetsledarens skicklighet, effektivitet och tillförlitlighet avgörande för kvaliteten på den tjänst som erbjuds. SISAB har i kvalificeringsfasen ställt krav på vissa utbildnings- och yrkeskvalifikationer för de personer som ska tillhandahålla tjänsterna.

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlagets avsnitt UF3.512 som avser kvalificeringskraven framgår bl.a. när det gäller anställning att bl.a. befattningarna platschef, arbetsledare och administratör eller motsvarande ska vara anställda hos anbudsgivaren. Under yrkeskunnande anges bl.a. vilken utbildning och yrkeserfarenhet olika nyckelpersoner och kompetenser ska ha för att komma i fråga för kvalificering.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt UF3.52 som rör kriterier för tilldelning framgår såvitt gäller organisation att anbudsgivaren ska redovisa sammansättningen av organisationen med hänsyn till lämplighet att delta i avtalet. För kriteriet system för kvalitetskontroll anges att anbudsgivaren ska redogöra för hur denne har för avsikt att arbeta med kvalitetskontroll av egna och underentreprenörers arbeten samt hur åtgärdande av eventuella fel eller brister efter beställarens kvalitetskontroll sker. När det gäller utökat uppdrag ska anbudsgivaren redovisa vilken beredskap som finns för tillfälliga arbetstoppar och hur en utökning om ca 20% hanteras. För kriteriet vinterskötsel anges att anbudsgivaren ska redovisa hur resursättning av vinterskötsel planeras, dvs. hur anbudsgivaren planerar att styra, bemanna och arbetsleda organisationen. Anbudsgivaren ska beskriva kompetensnivån för denna resurs, tidigare erfarenhet samt hur utförandet planeras. När det gäller referenstagning arbetsledare ska anbudsgivaren

bifoga tre referenser för offererad arbetsledare. Referenspersonerna får svara på åtta frågor i ett frågeformulär enligt en sexgradig skala där 1 är lägsta och 6 högsta betyg. Om en fråga inte besvaras erhåller den 0 poäng.

Förvaltningsrättens bedömning

I princip all offentlig upphandling utgår från att det görs en uppdelning mellan kontroll av leverantörens lämplighet och förmodade förmåga att fullgöra ett kontrakt (kvalificeringen) och en konkret bedömning av vilken prestation en anbudsgivare erbjuder i sitt anbud (tilldelningen). I svensk rätt regleras lämplighetsprövningen i 11 kap. LOU som ger den upphandlande myndigheten rätt att ställa krav på en viss lägsta nivå för att bedöma lämpligheten för anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Regler om tilldelning av kontrakt återfinns i 12 kap. LOU. För att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande myndigheten, enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU, ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- och genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

EU-domstolen har i målet C-532/06 Lianakis slagit fast att kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier inte får sammanblandas. Kriterierna för tilldelning av kontrakt får endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som huvudsakligen hänför sig till anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning.

Det kan konstateras att Lianakis-domen har tolkats på delvis olika sätt av olika kammarrätter och rättsläget får bedömas som osäkert. Kammarrätten i Göteborg har funnit att omständigheter som rör anbudsgivande företag som

sådant, dvs. dess ekonomiska och finansiella ställning, inte får vara utslagsgivande ifråga om vem som vinner upphandlingen. Samtidigt ansåg kammarrätten att upphandlande myndigheter, genom att ställa minimikrav vid kvalificeringen, måste kunna skydda sig själv mot risken för att vinnande leverantör inte förmår fullgöra kontraktet. Kammarrätten fann att förbudet mot att pröva anbudsgivarnas olika erfarenheter inom ramen för tilldelningskriterier enbart gäller sådan erfarenhet som är relevant för att anbudsgivarna inte klarar av att fullgöra kontraktet (se Kammarrätten i Göteborgs dom 7 april 2009 i mål nr 6411-08). I flera andra rättsfall från samma kammarrätt har liknande resonemang förts. Se t.ex. dom den 3 februari 2009 i mål 7332-08 och dom den 29 december 2008 i mål 5910-08). Kammarrätterna i Stockholm och Sundsvall har framförallt när det gäller referenstagning underkänt tilldelningskriterier när referenstagningen har avsett frågor som rör anbudsgivarens kvalitet som leverantör i fråga om produktivitet, förmåga att hålla tider, bemötande, kvaliteten på anbudsgivarens yrkesmän m.m. (Kammarrätten i Stockholms dom den 19 december 2008 i mål nr 5512-08. Se även Kammarrätten i Sundsvalls dom den 13 februari 2009 i mål nr 3474-08).

Enligt förvaltningsrättens mening går det inte att upprätthålla en klar skiljelinje mellan kvalificeringskrav och tilldelningskriterier. Det är ofrånkomligt, särskilt vid upphandling av tjänster, att kriterierna i vissa fall kan komma att glida in i varandra. Förvaltningsrätten anser att de kriterier som SISAB har uppställt i kvalificeringsfasen när det gäller bl.a. nyckelkompetenser och yrkeskunnande är sådana typiska kriterier som hör hemma där och som utgör ett gott underlag för att bedöma leverantörernas förmåga att fullgöra kontraktet. När det gäller tilldelningskriterierna kan konstateras att dessa är formulerade på ett sätt som väsentligen skiljer sig från hur kvalificeringskriterierna är utformade. Förvaltningsrätten anser att tilldelningskriterierna huvudsakligen syftar till att resultera i en god kvalitet på den tjänst som ska utföras. Något generellt förbud mot att använda

referenser i utvärderingsfasen, så länge dessa är avsedda att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, uppställs inte. Det får därmed enligt förvaltningsrätten accepteras att uppgifter om hur väl tidigare uppdrag har utförts också kan få läggas till grund för en bedömning av hur väl ett framtida upphandlingskontrakt kan komma att utföras.² Förvaltningsrätten anser därmed att det inte har skett någon otillåten sammanblandning mellan kvalificerings- och utvärderingskriterierna i LOU:s mening.

Förvaltningsrätten saknar därmed skäl att pröva skaderekvisitet, men anser ändå att det är svårt att förstå på vilket sätt Cubile skulle ha kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om de kriterier som använts i utvärderingsfasen istället hade använts i kvalificeringen.

Felaktig bedömning av Cubiles anbud?

Som ytterligare en grund för att förvaltningsrätten ska ingripa i upphandlingen har Cubile anfört att bolaget är felaktigt bedömt inom utvärderingskriteriet organisation/rutiner, vilket strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Cubile menar att bolaget har fått för låga poäng inom FO 5 och inom FO 6. Den felaktiga bedömningen har inneburit att Cubile lidit skada eller under alla förhållanden riskerat att lida skada. Cubile har även begärt att förvaltningsrätten ska förmå SISAB att inge en sekretessbegärd handling eller att förvaltningsrätten inhämtar denna.

Förvaltningsrätten prövar först frågan om inhämtande av handling.

² Jfr även EU-domstolens dom C-601/13 Ambisig där EU-domstolen har ansett att det inte föreligger något hinder för att den upphandlande myndigheten inför ett kriterium som gör det möjligt att bedöma kvaliteten hos de arbetslag som anbudsgivarna konkret har föreslagit för kontraktets fullgörande och som tar hänsyn till arbetslagets sammansättning samt erfarenhet och meriter hos dem som ingår i det (p. 35). Det bör dock noteras att upphandlingen avsåg intellektuella tjänster, nämligen utbildning och rådgivning.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten anser inte att det finns skäl att tolka Cubiles yrkande som ett yrkande om edition. Därmed saknas anledning att ålägga SISAB att inge någon handling till förvaltningsrätten.

Om part utan framgång hos den upphandlande myndigheten begärt att få ta del av uppgifter som han önskar åberopa till stöd för talan kan domstolen ända begäran in handlingen om uppgifterna krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, måste domstolen anses vara skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten (HFD 2015 ref. 55). Det har i målet inte framkommit att Cubile utan framgång hos SISAB begärt att få ta del av den efterfrågade handlingen. Vidare saknas, enligt förvaltningsrätten, skäl att anta att uppgifter i handlingen krävs för en effektiv granskning.

Förvaltningsrätten övergår därmed nu till att pröva om det finns skäl att genom rättelse ingripa i upphandlingen för att Cubiles anbud inte har bedömts på ett korrekt sätt när det gäller underkriteriet organisation/rutiner.

Vad parterna anför

Cubile anför bl.a. följande. Cubile har när det gäller underkriteriet organisation/rutiner erhållit poängen 1, vilket innebär att anbudet bedömts som mindre bra/otillräckligt, förutom vad avser utökad uppdrag där Cubile erhållit poängen 3. Det framstår dock som oklart på vad poängtilldelningen baserats och varför Cubile erhållit så låga poäng. Av inlämnade handlingar framgår att Cubile har lämnat efterfrågade uppgifter som borde rendera en högre poäng.

SISAB anför bl.a. följande. Cubiles redovisningar avseende organisation/rutiner är mycket kortfattade och allmänt hållna och håller sig på en abstrakt och övergripande nivå. I huvudsak utgörs de av hänvisningar till standardiserade checklistor och organisationsskisser som endast ger liten vägledning till hur Cubile avser att utföra uppdraget och de funktioner som efterfrågas. Det är inte möjligt att från beskrivningarna få någon djupare förståelse för hur Cubile avser att bemanna uppdraget, hur kvalitetsarbetet konkret kommer att bedrivas eller vilken resurssättning, styrning, bemanning och arbetsledning av vinterskötslen som kommer att tillhandahållas.

Förvaltningsrättens bedömning

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. Så som utvärderingsmodellen är utformad måste, enligt förvaltningsrätten, bedömningen av hur väl ett anbud motsvarar det som efterfrågas till viss del bli skönsmässig. Under förutsättning att utvärderingen sker på objektiva grunder, dvs. utifrån förfrågningsunderlagets fastställda utvärderingskriterier måste den upphandlande myndigheten därför ges en viss bedömningsmarginal vid utvärderingen av anbudens innehåll. Enligt förvaltningsrätten har inte annat visats än att utvärderingen av Cubiles anbud har varit saklig och utgått från uppställda krav. Mot den bakgrunden anser förvaltningsrätten att det inte är visat att SISAB i sin utvärdering av anbudet från Cubile har brutit mot några bestämmelser eller grundläggande principer för offentlig upphandling.

Förkastande av anbud?

Cubile har även gjort gällande att anbuden från Tylömark och PEAB ska förkastats då bolagen inte uppfyller alla ska-krav som har uppställts i förfrågningsunderlaget. Cubile anser vidare att Tylömarks anbud ska förkastas även på den grunden att Tylömark inte har visat att bolaget förfogar över moderbolagets resurser på sätt som avses i förfrågningsunderlaget. Genom att frångå förfrågningsunderlagets krav har SISAB brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen. Om SISAB hade förkastat anbuden från Tylömark och PEAB så skulle Cubile ha tilldelats det aktuella kontraktet avseende FO 5. Cubile har alltså lidit skada av att anbuden inte har förkastats.

Förvaltningsrätten övergår därmed till att pröva dessa frågor.

Vad parterna anför

Cubile anför bl.a. följande. Varken Tylömark eller PEAB har bifogat handling utvisande nettoomsättning under det senaste avslutade räkenskapsåret. Detta är ett ska-krav. Både Tylömark och PEAB har kalenderår som räkenskapsår, vilket innebär att det senast avslutade räkenskapsåret före dess att anbuden lämnades in i juni 2016 var räkenskapsåret 2015. Båda bolagen har gett in årsredovisning avseende räkenskapsåret 2014, vilka dock inte utvisar det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget.

I det intyg som Tylömark har givit in anges endast att moderbolaget garanterar att erforderliga ekonomiska resurser ställs till förfogande för utförandet av kontraktet, vilket inte är detsamma som att Tylömark förfogar över moderbolagets resurser. Intyget innebär att moderbolaget kan komma att tillskjuta kapital, men inte att SISAB garanteras och, utan att gå vägen

via moderbolaget, kan ta i anspråk moderbolagets resurser. Det som SISAB har uttryckt i förfrågningsunderlaget innebär att SISAB ska garanteras moderbolagets/garantens resurser som om det vore anbudsgivarens egna.

SISAB anför bl.a. följande. Kravet på omsättning som uppställs i förfrågningsunderlaget avser det senaste avslutade räkenskapsåret och att såväl Tylömark som PEAB uppfyller kravet med mycket stor marginal, oavsett om man beaktar omsättningen år 2014 eller år 2015. När det gäller det verifierat som SISAB har efterfrågat i upphandlingen anges att anbudsgivarna till anbudet ska bifoga senaste årsredovisningen. Det anges inte att det ska vara årsredovisningen för det senaste avslutade räkenskapsåret, utan beviset måste rimligen förstås som den senaste av årsstämman fastställda årsredovisningen. Revisorsintyg, som är ett alternativ till senaste årsredovisningen, är inte avsett att användas för att kompensera att en preliminär årsredovisning inte har fastställts av bolagsstämman. Det framgår även av den omständigheten att revisorsintyget inte ska avse visst räkenskapsår, utan istället avse en 12-månadersperiod räknat från anbuds månaden.

När det gäller Tylömark hölls årsstämman för räkenskapsåret 2015 den 30 juni 2016, dvs. först efter att anbudstiden i upphandlingen hade gått ut, vilket var den 9 juni 2016. Det var därför korrekt av Tylömark att ge in 2014 års årsredovisning eftersom det vid anbudstidens utgång var bolagets senaste årsredovisning. När det gäller PEAB visar det sig att årsstämman 2016 hölls den 4 juni 2016, dvs. fem dagar innan PEAB gav in sitt anbud. Det var inget som uppmärksammades av SISAB i samband med utvärderingen men rätteligen borde PEAB ha bifogat årsredovisningen för 2015, då det var bolagets senaste årsredovisning vid tidpunkten för anbudslämnandet, och inte årsredovisningen för 2014 som faktiskt gavs in. SISAB bestrider dock att Cubile har drabbats av någon skada på grund av det här misstaget. Bolagets anbud rangordnades på plats tre i FO 5, efter

såväl Tylömark som PEAB. Även om PEAB:s anbud skulle ha förkastats hade det därför inte påverkat Cubiles möjligheter att erhålla uppdraget.

Det intyg avseende återopande av annans kapacitet som Tylömark bifogat anbudet uppfyller tillfullo det som efterfrågas i upphandlingsföreskrifterna. Det finns inget skäl för SISAB att inte godta den moderbolagsgaranti som Tylömark återopat som bevis för att bolaget förfogar över nödvändiga resurser vid fullgörande av uppdraget. Tylömarks Trädgårdsanläggningar AB (numera Tylömarks Holding AB) garanterar att Tylömarks Entreprenad AB förfogar över erforderliga resurser för uppdragets utförande. Det är i överensstämmelse med vad SISAB efterfrågat och mot bakgrund av hur kravet är formulerat i upphandlingen uppfyller Tylömarks moderbolagsgaranti kravet.

Förfrågningsunderlaget

Enligt förfrågningsunderlaget UF3.512 anges följande beträffande omsättning.

”Krav; Anbudsgivarens nettoomsättning ska det senaste avslutade räkenskapsåret ha uppgått till minst 20 miljoner SEK. Ifall anbudsgivare lämnar fler än ett (1) anbud ska denne istället redovisa en nettoomsättning på minst 30 miljoner SEK.

Verifikat; Nettoomsättning ska styrkas genom att senaste årsredovisningen alternativt revisorsintyg bifogas anbudet. Revisorsintyg ska visa faktisk omsättning under en 12-månadsperiod (bakåt i tiden) från anbudsmånaden räknat. Revisorsintyg som visar framtida prognoser kommer ej att godkännas.”

När det gäller en anbudsgivares ekonomiska ställning som garanteras av moderbolag eller annan garant anges följande.

”I det fall en anbudsgivares ekonomiska ställning garanteras av moderbolag/ annan garant eller då anbudsgivaren vill återropa andra företags kapacitet, ska intyg om detta bifogas anbudet och vara undertecknat av behörig firmatecknare. Intyget ska visa att anbudsgivaren förfogar över det andra

företagets ekonomiska resurser för fullgörandet av detta kontrakt. Efterfrågad kreditbedömning ska i dessa fall på motsvarande vis uppfyllas av moderbolaget/garanten eller företaget vars kapacitet står till förfogande.”

Förvaltningsrättens bedömning

Ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav får inte utvärderas eftersom detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen utifrån andra kriterier än de som framgår av upphandlingsunderlaget och har därför en skyldighet att utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav.

SISAB har, som bevis på att nettoomsättningen det senaste avslutade räkenskapsåret uppgått till minst 20 miljoner kr, begärt att anbudsgivarna ska styrka detta genom att den senaste årsredovisningen alternativt revisorsintyg bifogas anbudet. Enligt förfrågningsunderlagets ordalydelse är det alltså *den senaste årsredovisningen* som ska bifogas anbudet. Enligt förvaltningsrättens mening bör detta förstås på det sättet att det är den senaste av årsstämman fastställda årsredovisningen som avses. Det är ostridigt mellan parterna att Tylömarks senaste av årsstämman fastställda årsredovisning, vid anbudstidens utgång, var den från 2014. Därmed har SISAB inte förfarit felaktigt som inte förkastat anbudet från Tylömark. Att den senaste årsredovisningen som fastställts av årsstämman är ett tämligen undermåligt bevismedel för styrkande av nettoomsättningen det senaste avslutade räkenskapsåret förändrar inte denna bedömning. Någon indikation på att Tylömark inte skulle uppfylla kravet på nettoomsättning har heller inte framkommit. När det gäller PEAB så medger SISAB att bolagets anbud felaktigt har utvärderats eftersom bolaget inte lämnat in sin senaste årsredovisning. Förvaltningsrätten konstaterar dock att Cubile inte har lidit skada på grund av detta eftersom bolagets anbud har rangordnats på tredje plats när det gäller FO 5.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företaget i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

För att uppfylla kravet på ekonomisk ställning har Tylömark åberopat ett intyg utställt av Tylömarks Trädgårdsanläggningar AB i vilket det anges att Tylömarks Trädgårdsanläggningar AB garanterar att erforderliga ekonomiska resurser ställs till förfogande för utförande av det upphandlade kontraktet. Enligt förvaltningsrättens mening uppfyller den garanti som anges i intyget det som har efterfrågats i förfrågningsunderlaget. SISAB har således förfarit korrekt när anbudet från Tylömark inte förkastats på denna grund.

Det har således inte framkommit att SISAB har brutit mot LOU i något avseende. Överklagandena ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Ulrika Melin

Chefsrådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.