



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2019-09-20
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 7862-19

SÖKANDE

Plan- och bygglaget i norr AB, 559107-9297

Ombud: advokaten Björn Linder
 Advokater i Norr AB
 Box 5056
 981 05 Kiruna

MOTPART

Ystads kommun
 Nya Rådhuset
 271 80 Ystad

KONKURRENSVERKET	
2019-09-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Plan- och bygglaget i norr AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Ystads kommun genomför en direktupphandling av konsulttjänster inom plan- och bygglagen (PBL). Ystads kommun har den 12 juni 2019 beslutat att anta Sweff Management AB som leverantör av konsult inom tillsyn inom PBL.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Plan- och bygglaget i norr AB

Plan- och byggbolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. Som grund för sin talan anför bolaget följande.

I den aktuella upphandlingen har Ystads kommun haft som avsikt att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. För att avgöra vilket anbud som varit det mest ekonomiskt fördelaktiga har kommunen angett att ”i bedömningen kommer pris, kompetens, erfarenhet och referenser att vara viktiga”. Plan- och byggbolaget hade det bästa priset rörande offererade arbeten (840 kr) men Ystads kommun har valt att tilldela uppdraget till Sweff Management AB (1 000 kr).

Den valda utvärderingsmodellen, genom dess fokus på referenser, är inte ämnad att avgöra vilket anbud som är det mest fördelaktiga, varför modellen som sådan inte är förenlig med regleringen i 19 kap. 24 § LOU. Oaktat om den valda utvärderingsmodellen som sådan skulle accepteras står dess närmare utformning inte i överensstämmelse med de krav som följer av 4 kap. 1 § LOU, eftersom modellen inte är transparent samtidigt som den också riskerar att stå i strid med de krav som följer av likabehandlingsprincipen.

Av praxis följer att upphandlande myndigheter endast i mycket begränsad omfattning kan använda referenser som ett underkriterium för att avgöra vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-513/99, Concordia, C-448/01, EVN, C-532/06, Lianakis, C 31/87, Breentjes och Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 5512-08 samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 2197-15).

Den modell som Ystads kommun valt att tillämpa står vare sig i överensstämmelse med de krav som följer av regleringen i 19 kap. LOU eller den praxis som finns från svenska domstolar, i och med att referenserna inte har en tillräckligt tydlig koppling till det aktuella kontraktet, eftersom de istället syftar till att avgöra hur anbudsgivarna historiskt sett agerat. Referenser säger inget om det ekonomiska innehållet i ett anbud utan ger bara en historisk bild av anbudsgivarens agerande. Referenser av den typ som efterfrågas kan därför inte användas för att avgöra vilket anbud som är det ekonomisk mest fördelaktiga.

När det gäller avgörandet från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD ref 2018:60) så framgår av detta att myndigheten även vid direktupphandlingar måste följa de allmänna principerna. Det nämnda avgörandet rörde inte referenser som utvärderingskriterium. Följaktligen har de nämnda kammarrättsavgörandena inte förlorat sitt värde.

I anbudet från Sweff anges att man har en jurist och en arkitekt och det ger 5 poäng i kommunens utvärderingsmodell. Av rättspraxis framgår att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet ifråga inte kan utgöra kriterier för tilldelning.

Utvärderingsmodellen som upphandlande myndighet hänvisar till har kommunicerats först efter att en ansökan om överprövning skett. Det har aldrig

tidigare nämnts att det funnits en utvärderingsmodell. Det ligger nära till hands att tro att utvärderingsmodellen skapats efter ansökan om överprövning.

Ystads kommun

Ystads kommun anser att ansökan ska avslås och anför följande.

Ystads kommun har genomfört direktupphandlingen där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits utifrån bifogad utvärderingsmall. Bedömningskriterierna pris, kompetens, erfarenhet och referenser har varit grundläggande i utvärderingen. För varje bedömningskriterium har en bedömningspoäng tilldelats anbudsgivarna i en poängskala från 1 till 5 poäng. Högsta totala utvärderingspoängen som kunnat tilldelas är därmed 20 poäng där enskilt bedömningskriterium avser 25 procent vardera av slutligt resultat. I motsats till sökandes anförande finns det inte reglerat i aktuell lagstiftning eller i något aktuellt vägledande domslut, att en viktning på 25 procent för referenser vid inköp av konsulttjänster, inte är förenligt med regleringen i LOU. Vägledande rättspraxis och lagstiftning har utvecklats löpande och sökandes domstolshänvisningar är således inte i linje med aktuell rättspraxis.

I Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2018 ref 60 framhävs att "*Avsaknaden av detaljreglering gör dock att den upphandlande myndigheten även i dessa fall har stor handlingsfrihet när det gäller på vilket sätt detta ska göras.*" samt att "*Det förhållandet att myndigheten kan välja att låta sig inspireras av de detaljerade och direktivstyrda reglerna medför dock inte att de reglerna blir tillämpliga vid en eventuell domstolsprövning. Det är fortfarande endast bestämmelserna som reglerar under vilka förutsättningar det är tillåtet att direktupphandla samt de allmänna principerna*". Avgörandet ovan lyfter även att allmänt hållna utvärderingskriterier

är möjliga så länge det inte öppnar för godtyckliga eller osakliga bedömningar, vilket inte är fallet i aktuell upphandling.

Ystads kommun har hänvisat till bedömningskriterierna samt att kvaliteten på efterfrågad tjänst värderas högt i upphandlingen. Underlaget är inte utformat så att det öppnar för godtyckliga eller osakliga bedömningar. Efterfrågade bedömningsgrunder har i allra högsta grad samband med kontraktets föremål, ger inte en obegränsad valfrihet samt är förenliga med grundläggande EU-rättsliga principer. Avvägning mellan pris och kvalitet presenteras tydligt i bifogad utvärderingsmall. Utvärderingsmodellen visar att kvaliteten (kompetens, erfarenhet, referenser) på efterfrågad tillsynskonsult är högre prioriterat framför erbjudet pris.

Likabehandlingsprincipen har i allra högsta grad efterlevts under hela upphandlingsprocessen. Kommunen har via Visma Tendsign – Direktupphandlingssystem angett och efterlevt behoven, kraven, tidsfrister och grunderna för vad som ska upphandlas, inkluderat angivna bedömningskriterier samt bifogad utvärderingsmall.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Med direktupphandling avses enligt 19 kap. 4 § LOU upphandling utan krav på viss form.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Plan- och byggbolaget gör gällande att utvärderingsmodellen i den aktuella upphandlingen inte är tillåten, med hänvisning till bl.a. att den inte är förenlig med regleringen i 19 kap. 24 § LOU och att modellen strider mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU.

Ystads kommun genomför den aktuella upphandlingen som en direktupphandling. När det gäller direktupphandlingar finns inga särskilda förfaranderegler. Det är endast bestämmelserna som reglerar under vilka förutsättningar det är tillåtet att direktupphandla samt de allmänna principerna i 4 kap. 1 § LOU som utgör den rättsliga ramen för upphandlingens utformning och som därmed kan ligga till grund för överprövning i domstol om förfarandet klandras (jfr. HFD 2018 ref. 60).

Det är inte ifrågasatt att kommunen haft fog för det valda förfarandet. Frågan i målet är därmed enbart om utvärderingsmodellen som använts i direktupphandlingen är utformad på ett sätt som är oförenligt med de allmänna principerna i 4 kap. 1 § LOU.

I underlaget som anbudsgivarna har fått ta del av i den aktuella upphandlingen framgår att upphandlande myndighet kommer att anta det anbud som myndigheten anser vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare framgår

att myndigheten kommer att göra sin bedömning av vad den anser vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån en helhetsbedömning av anbudet, samt att pris, kompetens, erfarenhet och referenser kommer att vara viktiga vid denna bedömning, varför en tydlig beskrivning ska lämnas i anbudet.

Utvärderingsmodellen innefattar således utvärderingskriterierna pris, kompetens, erfarenhet och referenser. Kriterierna är visserligen allmänt hållna och ger upphandlande myndighet ett tämligen stort handlingsutrymme. Anbudsgivarna har dock, enligt förvaltningsrättens mening, kunnat bilda sig en god uppfattning om vad upphandlande myndighet kommer att fästa vikt vid och har därmed haft goda möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud. Underlaget är vidare inte utformat på ett sätt som öppnar för godtyckliga eller osakliga bedömningar. Den framgår inte heller av den ifyllda utvärderingsmallen att ovidkommande hänsyn tagits vid utvärderingen av anbudet. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av det anförda, och med beaktande av att det är fråga om en direktupphandling, att utvärderingsmodellen inte kan anses strida mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen eller övriga allmänna principer för upphandling. Plan- och byggbolaget yrkande om ingripande enligt LOU ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Mattias Steen

Anna Aktermo har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

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

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

Gör så här

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

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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

