



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-05-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25457-10
Enhet 12

SÖKANDE

Ad Acta Fritid HB
Sandbergs gata 52
169 34 Solna

MOTPART

Hässelby-Vällingby stadsdelsnämnd i Stockholms stad
Box 3424
165 23 Hässelby

Ombud: Stadsadvokat Malin Lindvall
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

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

2010-05-28	
Avd	
Dnr	
Doss	Aldbl

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Ad Acta Fritid HB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 12 mars 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 19363

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Hässelby-Vällingby stadsdelsnämnd i Stockholms stad (Nämnden) har genomfört en upphandling av driften av parklekarna Stråket, Oxtungan och Ripvidet (del 4), dnr 103-581A-2009 ("Upphandlingen"). Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande. I tilldelningsbeslut daterat den 3 mars 2010 beslöt Nämnden att anta annat anbud än anbudet från Ad Acta Fritid HB (Bolaget).

Förvaltningsrätten har den 12 mars 2010 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand rättelse av upphandlingen så att Bolaget vinner upphandlingen. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anger Bolaget i huvudsak följande. Upphandlingen är behäftad med ett antal svåra fel. Bolaget kan komma att lida skada eftersom man annars vunnit upphandlingen.

Nämnden har utformat förfrågningsunderlaget utan att notera att LOU har ändrats sedan den 1 januari 2008. Felaktiga lagrum har angivits genomgående i förfrågningsunderlaget och de nya reglerna som gäller för upphandlingar som påbörjats efter den 1 januari 2008 har inte iakttagits. Av 15 kap. 13 § LOU framgår att en anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 10 kap. 1 §. Detta innebär att kraven i 10 kap. 1 § LOU är tvingande till sin karaktär. I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.11 att en anbudsgivare kan uteslutas om denne enligt (dåvarande) 6 kap. 9 § LOU omfattas av de fem uppräknade punkterna i förfrågningsunderlaget. Det förtydligas även efter uppräknningen av de fem punkterna att en anbudsgivare får förkastas. Detta

är en stor skillnad. Lagen är tvingande till viss del, men den upphandlande myndigheten förbehåller sig rätten att välja om ett förkastande ska ske eller inte. Det förfarandet liknar fri prövningsrätt och är absolut inte tillåtet inom offentlig upphandling. Även om 10 kap. 2 § räknar upp frivilliga uteslutningsgrunder måste den upphandlande myndigheten ange i förfrågningsunderlaget vilken eller vilka uppräknade punkter som ska medföra ett förkastande. Genom att den upphandlande myndigheten helt har utelämnat det som framgår av nuvarande 10 kap. 1 § LOU, vilket utgörs av tvingande lagregel och istället förbehållit sig fri prövningsrätt beträffande det som idag utgörs av 10 kap. 2 § har myndigheten inte på ett tillräckligt transparent vis redogjort för vad som kommer att medföra uteslutning. Ett sådant förfarande är inte i enlighet med direktiven och således ett brott mot LOU.

Förfrågningsunderlaget är dessutom ostrukturerat och det är oklart vad som är kvalificerande krav som ska garantera leverantörens förmåga att utföra uppdraget, jämfört med de tilldelningskriterier som ska utgöra kriterier att bedöma själva tjänstens utförande. Dessa två bedömningar har helt sammanblandats i förfrågningsunderlaget, vilket innebär att det är svårt för en anbudsgivare att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det saknar betydelse om upphandlingen genomförts över eller under tröskelvärdena. Det är aldrig tillåtet att sätta poäng och utvärdera kvalificerande krav eftersom de tillhör två olika faser i upphandlingen. Skall-kraven tar sikte på leverantörens förmåga att klara uppdraget emedan utvärderingsfasen tar sikte på den efterfrågade tjänsten eller varan. Regeringsrättens dom RÅ 2002 ref. 50 är obsolet sedan den nya lagen trädde i kraft den 1 januari 2008. Det sätt som utvärderingen genomfördes i den domen skulle aldrig godtas enligt de nya direktiven och lagstiftningen, med för anbudsgivaren okända tillkommande utvärderingskriterier, vilka där godtogs. EG-domstolens dom (C-532/06 från den 24 januari 2008) innebär att det fastslagits att kriterier för urval, dvs. kvalificeringskrav inte får användas som utvärderingskriterier. Således är det otillåtet att utvärdera kvalificeringskrav på så sätt som den upphandlande myndigheten har gjort. Det är självklart att man aldrig får

utvärdera kvalificeringskrav oavsett vilken upphandlingsform som används. Frågan om direktivens tillämplighet styrs av det faktum att Sverige valt att lagstifta om även upphandling under tröskelvärdena, vilket innebär att direktiven ska följas. Hade Sverige valt att inte lagstifta om sådana upphandlingar hade kanske direktivens tillämplighet kunnat ifrågasättas till viss del. Direktiven är således tvingande även vid upphandling enligt 15 kap. LOU (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 7 april 2009 målnr. 6411-08). Utvärderingsmodellen är således dels felaktig med hänvisning till förbudet att utvärdera skall-krav, dels har utvärderingen inte genomförts på så vis som framgår av förfrågningsunderlaget eftersom punkten 5, Fältverksamhet inte har utvärderats överhuvudtaget.

I kapitel 3 punkten 3 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att "anbudsgivaren ska ha erforderlig ekonomisk kapacitet så att denne med bibehållen kvalitet kan fullgöra uppdraget under hela avtalstiden". Kreditomdömet skall vara lägst UC 3 eller på annat sätt kunna styrkas, exempelvis med bankgaranti eller koncerngaranti. Under punkten 3.10 med rubriken kvalificering framgår under punkten 2 följande. "Prövning av finansiell och ekonomisk ställning. Utföraren ska, för att kunna antas som leverantör, vara vederbörligen registrerad i aktiebolags- handels- eller föreningsregister, registrerad för innehållen skatt och arbetsgivaravgifter samt vara fri från skuld för svenska skatter och socialförsäkringar". Det är oklart vad kravet egentligen utgör. De båda kvalificeringskraven är inte samma sak. Det är omöjligt att utröna för en anbudsgivare vad som krävs för att komma upp i kravet beträffande finansiell och ekonomisk ställning och det strider mot principen om transparens. Beträffande skall-kravet om ekonomisk styrka så kan det inte vara i enlighet med LOU att det framgår olika krav på två olika ställen i förfrågningsunderlaget. En anbudsgivare måste ha en rimlig möjlighet att orientera sig i förfrågningsunderlaget och kunna lita på att det som framgår under punkten 3.10, punkten 2 är vad som krävs. Det är alldeles för rörigt att det på ett helt annat ställe framgår något helt annat. Dessutom hänvisas till skattemyndigheten som inte längre finns samt en blankett som har bytt namn.

Det går inte att utröna vad som avses med nollställning under punkten 3.13 i förfrågningsunderlaget. Det är en stor skillnad vad som menas med förtydligande, komplettering och nollställning. När det gäller något så viktigt som själva utvärderingen av anbuden är det av avgörande betydelse för anbudsgivaren att det klart och tydligt framgår av förfrågningsunderlaget exakt hur den ska gå till för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det är extra allvarligt med otydligheter i denna fas. Vad myndigheten menar med nollställning i denna upphandling liknar mer en möjlighet att ta göra en skönsmässig prövning utan närmare angiven innebörd. Detta är inte tillåtet enligt LOU. Förtydligande och komplettering kan inte jämföras med nollställning på så sätt som myndigheten gör.

Det framgår av Anbudsformuläret att den upphandlande myndigheten frågar efter om anbudsgivaren har kollektivavtal och om ett nekande svar ges, ställs frågan om sådant kommer att tecknas. Det är inte möjligt att kräva kollektivavtal i en upphandling eftersom det skulle strida mot icke-diskrimineringsprincipen. Nu är det i och för sig inte angett som ett krav i upphandlingen att kollektivavtal ska finnas eller ingås men det är inte tillåtet att efterfråga information som inte har relevans enligt proportionalitetsprincipen. Det är oklart vad den upphandlande myndigheten skulle använda informationen till i denna upphandling och det är inte tillåtet enligt LOU.

Vinnande bolag har fått poäng för verksamhetsutveckling som inte är relaterat till Parklekar och därför inte ska finnas med i bedömningen avseende just de enheterna. Därför borde de bli av med en poäng i utvärderingen. Bedömningen, i punkten 1 under rubriken som behandlar verksamhetsutveckling och kvalitetssäkring i utvärderingskriterierna, är felaktigt gjord. Av ingivet utdrag ur Vällingby Fritids inlämnade anbud framgår det tydligt att de tre parklekarna inte är specificerade var för sig. Inget i denna bilaga berör utvecklingen i berörda parklekar som avser del 4. Inget specifikt talar för hur parklekarna arbetar. Det som kan härledas till parklekarna är: Dagbokskrivning, användandet av praktikanter, arbetet styrs av statistik, rapporte-

ring till Stadsdelsförvaltningen. Mycket litet talar om för hur Vällingby Fritid ämnar utveckla befintlig verksamhet av parklekarna i del 4. Det anges om ungdomar i huvudsak vilket syftar till deras redan befintliga verksamheter på fritidsgårdarna. Även denna del bör bedömas under punkt 2 i tilldelningsbeslutet. Ökat öppethållande ska inte tillhöra denna bilaga då bedömningen av denna faller under punkten 4a i tilldelningsbeslutet. Alla delarna sammanblandas och specificeras inte som det efterfrågas i förfrågningsunderlaget vilket innebär för många mervärdespoäng på del 4 som inte ska medräknas. Kravet på att verksamheterna ska redovisas var för sig är inte uppfyllt. Detta utgör ett exempel på hur den skönsmässiga utvärderingsmodellen ger ett felaktigt resultat. Inte heller har någon rangordning gjorts såsom det framgår av förfrågningsunderlaget under punkten 3.13. Poängbedömningen kan således inte göras på ett objektivt, transparent och likabehandlande vis.

Nämnden bestrider bifall till sökandens ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Grunden för bestridandet är att nämnden inte har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen om offentlig upphandling. Leverantörerna har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt. Att hänvisning felaktigt görs till 6 kap. 9 § LOU som inte längre gäller saknar betydelse eftersom omständigheterna som kan medföra uteslutning av anbudsgivare anges i förfrågningsunderlaget i p 3.11. Omständigheterna överensstämmer dessutom med de som följer av 15 kap. 13 § andra stycket LOU. I 10 kap. 2 § LOU anges på vilka grunder en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling. Till sitt innehåll motsvarar bestämmelsen 6 kap. 9 § LOU i den tidigare lagstiftningen. Vilka nya regler i 15 kap. LOU som inte skulle ha iakttagits har inte preciserats och påståendet kan därför inte bemötas. Rätten att förkasta anbuden på någon av grunderna följer av lagen och det föreligger inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att i förfrågningsunderlaget särskilt ange vilka av uteslutningsgrunderna som kommer att medföra uteslutning. Det som åligger den upp-

handlande myndigheten däremot är att vid tillämpningen av bestämmelsen behandla leverantörerna på ett likvärdigt sätt i enlighet med 1 kap. 9 § LOU. Sökanden har lämnat anbud på upphandlingens del 4, dvs. på tre stycken parklekar. I det uppdraget ingår inte, som framgår av förfrågningsunderlaget, fältverksamhet utan den ingår i del 1. Av det skälet har inte det momentet omfattats av utvärderingen av del 4. Av 15 kap. 2 § LOU följer att den bestämmelse i 11 kap. som är tillämplig på förenklade förfaranden är 6 §. Den strikta åtskillnad mellan kvalificeringskrav och utvärderingskriterier som gäller vid direktivstyrda upphandlingar över tröskelvärdena är därmed inte direkt tillämplig vid upphandlingar enligt 15 kap. Den utökade prövning av företagets erfarenhet av fritidsverksamhet och av personalens kompetens som görs enligt förfrågningsunderlaget står därmed inte i strid med LOU. Därtill kommer att för den typ av tjänst som upphandlingen avser finns en direkt koppling mellan erfarenhet/kompetens och kvalitetsnivån på tjänsten. I sådana fall finns inte något hinder mot att poängsätta erfarenhet och kompetens inom ramen för tilldelningsfasen. Sökandens påstående att det inte går att utröna vilka krav som ställs beträffande finansiell och ekonomisk ställning tillbakavisas. Av de skrivningarna som sökanden själv åberopar framgår vilka krav som ställs. Sökanden synes göra gällande att skrivningen i förfrågningsunderlaget om förtydliganden och kompletteringar och användandet av termen nollställning skulle stå i strid med LOU. Påståendet bestrids. Det centrala är att det anges att anbud får förtydligas och kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning dvs. inom de ramar som lagen anger 15 kap. 12 §. Som sökanden anför har staden inte ställt något krav på kollektivavtal eftersom det inte anses förenligt med LOU. Istället har staden valt att inhämta information om anbudsgivaren är kollektivavtalsbunden eller inte. Det bestrids att det skulle strida mot LOU att inhämta sådan information. Att det inte vägts in vid prövningen av anbuderna framgår av 3.9-3.13. Anbudsutvärdering och utvärderingsmodell redogörs för i p 3.13. Under p 1 anges vilka faktorer utöver pris som kommer att utvärderas. Faktorerna och hur de poängsätts preciseras

på sid 25. Utgångspunkten vid poängsättningen är som anges vilka mervärden som erbjuds i förhållanden till de krav som ställs i förfrågningsunderlagets avsnitt 1 och 2. Under rubriken "Mervärdepoäng totalt max 49 poäng" preciseras vilka omständigheter som prövas och poängsätts. Avsnittet om anbudsutvärderingen måste anses tillräckligt tydligt för att kunna godtas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

De inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet har i praxis ansetts kräva att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principen om transparens enligt gemenskapsrätten. Anbudsgivarna bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur utvärderingen kommer att gå till. Detta är en förutsättning för att anbudsgivarna ska förstå konsekvenserna av att välja den ena eller den andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt. En specifikation måste vara så klart och tydligt ut-

formad att leverantörer kan avgöra vad den upphandlande enheten efterfrågar för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Samtidigt är det inte önskvärt att specifikationerna är så detaljerade att en utvärdering av anbuderna blir alltför omfattande eller att allt utrymme för att beakta konkurrensfördelar går förlorat. Det relevanta är i stället om beskrivningen lämnar utrymme för diskriminering eller inkräktar på kravet på förutsebarhet, transparens eller på någon annan grundläggande rättsprincip. När en upphandlande enhet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det går således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva bedömningar. Det finns heller inget krav i LOU eller gemenskapsrätten på att varje steg i en poängskala ska beskrivas i ord i förfrågningsunderlaget.

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten har bl.a. uttalat följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Att lagstiftningen ändrats i vissa avseenden efter Regeringsrättens prövning medför inte att rättsfallet mist sin betydelse vad avser bedömningen av hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat.

Det är i förfrågningsunderlaget tydligt angivet hur det mest ekonomiskt fördelaktiga priset bestäms. Det är även tydligt angivet vad Nämnden kommer att beakta vid sin bedömning av mervärdepoäng. I förfrågningsunderlaget uppställs krav som en anbudsgivare måste uppfylla i form av en lägsta nivå för verksamheterna. Detta innebär inte ett hinder för att i utvärderingen beakta och värdera hur anbudsgivaren bedriver och avser att bedriva sin verksamhet därutöver så länge det tydligt framgår vad som kommer att beaktas. Någon sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier har därför enligt förvaltningsrättens bedömning inte skett. Därutöver har Bolaget anfört att den i förfrågningsunderlaget benämnda punkten 5 fältverksamhet inte utvärderats samt att någon rangordning som anges i punkten 3.13 i förfrågningsunderlaget inte heller gjorts. Någon fältverksamhet ingår inte i den aktuella upphandlingen varför någon utvärdering inte ska ske av detta kriterium. I punkt 3.13 anges rangordningen och under denna punkt anges även tydligt hur utvärderingskriterierna viktas.

Att Nämnden i förfrågningsunderlaget dels hänvisat till äldre numera ändrade lagrum samt att Skatteverket benämns skattemyndigheten utgör en brist. I det nu aktuella fallet har inte framkommit några omständigheter som talar för att det påverkat upphandlingen negativt. 6 kap. 9 § i den äldre LOU motsvara i huvudsak nuvarande 10 kap. 2 §. Något krav på att återge tvingande lagstiftning i ett förfrågningsunderlag finns inte. Förvaltningsrätten har inte funnit någon grund för uppgiften att en icke namngiven blankett i förfrågningsunderlaget skulle ha angivits med en äldre numera ändrad beteckning. De krav på ekonomisk stabilitet som anges i förfrågningsunderlaget framstår som klara och begripliga. Det förhållandet att dessa krav återfinns på två ställen i underlaget istället för på ett ställe medför ingen annan bedömning. En upphandlande myndighet är oförhindrad att inhämta information om eventuella kollektivavtal. Inte heller detta kan anses som ett brott mot LOU.

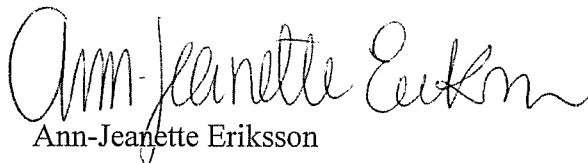
Bolaget uppger sig inte förstå den nollställning som finns beskriven i förfrågningsunderlaget och anför att vad Nämnden menar med nollställning

mer liknar en möjlighet till skönsmässig prövning utan närmare angiven innebörd. I förfrågningsunderlaget anges tydligt vad Nämnden avser med nollställning. Skäl för ingripande med stöd av LOU finns heller inte på denna grund. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten mot bakgrund av vad som anges i förfrågningsunderlaget att det tillräckligt tydligt framgår vad Nämnden kommer lägga till grund för sin bedömning.

Vad Bolaget anfört om att vinnande bolag fått för många poäng i utvärderingen utgör enligt förvaltningsrättens bedömning inte skäl för ingripande med stöd av LOU.

Sammanfattningsvis finns inte skäl att med anledning av vad Bolaget anfört besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Ann-Jeanette Eriksson

Rådman

Föredragande har varit Peter Collert.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.