



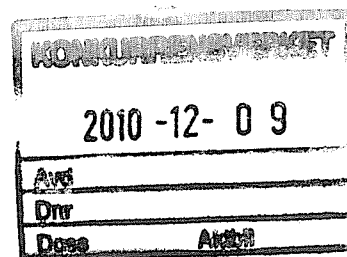
**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2010-12-06
Meddelad i
Linköping

Mål nr
7518-10
Rotel 7

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119
Box 732182
182 53 Danderyd



Ombud: Advokat Jens Pedersen och biträdande jurist Maria Pedersen
Advokatfirman Jens Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

AB Stångåstaden, 556041-6850
Box 3300
580 03 Linköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AB Stångåstadens yrkande om att målet ska avskrivas.

Förvaltningsrätten beslutar att AB Stångåstadens upphandling av "Måleri-
arbeten Distrikt Väster, City och Söder" ska göras om.

Det interimistiska beslutet om förbud mot att avsluta upphandlingen upphör därmed att gälla.

Dok.Id 26537

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

YRKANDEN M.M.

AB Stångåstaden genomför en upphandling av "Måleriarbeten Distrikt Väster, City och Söder". Vid upphandlingen används öppet förfarande. De för Stångåstaden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud ska antas.

De avtal upphandlingen ska mynna ut i ska löpa till och med den 29 februari 2012. Avtalen ska därefter kunna förlängas under maximalt 24 månader.

Av tilldelningsbeslut den 26 november 2009 framgår att Stångåstaden antagit anbud från andra anbudsgivare än Sandå Sverige AB och att detta berott på att Stångåstaden funnit vinnande anbud förmånligare än Sandås, efter att ha beaktat "samtliga affärsmässigt betingande omständigheter". I bilaga till beslutet redovisas poängsättningen av anbudet.

Sandå ansöker om överprövning av upphandlingen. Ansökan har tidigare inlett andra mål. Sedan förvaltningsrätten i närmast föregående mål konstaterat att giltighetstiden för i upphandlingen lämnade anbud löpt ut skrevs detta mål av genom beslut den 9 april 2010. På talan av Sandå upphävde Kammarrätten i Jönköping avskrivningsbeslutet den 26 augusti 2010. Målet visades därvid åter till förvaltningsrätten för prövning i sak.

Alltsedan den s.k. tiodagarsfristens utgång har det funnits ett interimistiskt beslut om förbud mot att avsluta upphandlingen.

Sandå yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Stångåstaden yrkar förvaltningsrätten ska avskriva målet.

Sandå anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Stångåstadens påstående om att förutsättningarna är helt annorlunda idag ifrågasätts. Behovet av ramavtal för upphandling av måleritjänster måste nu vara detsamma då interimistiskt beslut förelegat sedan december 2009 av innebörd att upphandlingen inte får avslutas. Följden av att grundprinciperna i LOU utgör hinder för att förskjuta verkställighetstidpunkten av upphandlingskontraktet är att förvaltningsrätten måste förordna att upphandlingen ska göras om. Kammarrättens dom i mål 4508-06 avser det fall då den upphandlande myndigheten, trots påstötningar från en av anbudsgivarna, inte förlängt anbudstiden. Dåvarande länsrätten, vars dom fick stöd av kammarrätten, förordnade att upphandlingens skulle göras om. Det framgår av förarbetena till LOU att det förutsätts att en upphandling görs om ifall giltighetstiden för anbudet löpt ut (prop. 2006/07:128 s. 381). Det faktum att Stångåstaden ingått civilrättsligt bindande avtal utgör inte hinder för prövning i allmän förvaltningsdomstol. Något upphandlingskontrakt i LOU:s mening föreligger inte. För det fall upphandlingen inte görs om utgör dessa kontrakt en otillåten direktupphandling i strid med LOU. – I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställan till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt denna paragraf. Ramen för domstolens prövning bestäms således av leverantörens yrkanden. Huruvida Sandås anbud uppfyllt samtliga skall-krav är således inte föremål för prövning. Förvaltningsrätten är således förhindrad att inom ramen för nuvarande överprövning pröva om Sandå uppfyller samtliga i upphandlingen ställda krav. Något annat förfarande skulle strida mot förbudet om reformatio in pejus. Då Sandås anbud både kvalificerats och utvärderats vidhåller Sandå sin inställning att Sandå lidit eller kan komma att lida skada då Stångåstaden trätt LOU förnär eftersom Sandå rätteligen skulle ha tilldelats kontrakt. – I upphandlingsföreskrifterna anges att ”anbudsgivare kan komma att uteslutas av skäl så som obestånd eller i brister i yrkesutövning”. Sådana skrivningar att skall-krav kanske kommer att upprätthållas ger utrymme för godtycke och är inte till-

låtet enligt LOU. Enbart denna omständighet utgör grund för att förvaltningsrätten ska förordna upphandlingen ska göras om. Detsamma gäller föreskriften att ”anbud som inte är kompletta riskerar att inte tas upp till prövning”. Nyss nämnd skrivning kan inte tolkas på annat sätt än att upphandlande myndigheten förbehåller sig rätten till valfri prövning. Även denna skrivning utgör enligt fast praxis självständigt grund för förordnande om att upphandlingen ska göras om. Stångåstadens agerande strider mot LOU och de grundläggande principerna om öppenhet, transparens och likabehandling. Med sådana skrivningar är det omöjligt för en anbudsgivare att veta under vilka premisser en anbudsgivare kommer att uteslutas samt vilken betydelse den upphandlande myndigheten tillmäter ställt krav. Vidare föreligger risk för snedvridning av konkurrensen då upphandlande myndighet med nämnd skrivning på subjektiva grunder kan välja vilka anbudsgivare som ska uteslutas. – Enligt LOU är det inte tillåtet för en upphandlande myndighet att företa egna undersökningar och utredningar och därigenom få möjlighet att styra upphandlingen i önskad riktning. Stångåstadens agerande i denna del är således ett brott mot LOU. Vidare kan konstateras att Stångåstadens påstående även är fel i sak. Vid tidpunkten för upphandlingen fanns inga skatteskulder och inte heller finns det i nuläget skatteskulder i den mening som har betydelse i nu aktuellt mål. Sandå har nyttjat de möjligheter som svensk lagstiftning medger för att skjuta upp betalning av skatt. Påståendet att Sandå har skatteskulder är inte korrekt. – Av tilldelningsbeslutets lydelse framgår att Stångåstaden allvarligt brustit beträffande redovisning av skälen för beslutet. Ett tilldelningsbeslut med enbart siffror uppfyller inte de grundläggande kraven. Sandå har därmed inte på ett tillfredsställande sätt kunnat utläsa på vilka grunder Stångåstaden antagit andra anbudsgivare, vilket är en förutsättning för att en anbudsgivare ska kunna ta tillvara sin rätt att nyttja de rättsmedel som tillhandahålls. Tilldelningsbeslutet står i strid med LOU och de grundläggande principerna om transparens, likabehandling och icke-diskriminering. – En av anbudsgivarna har ställt två frågor och därefter tillåtits ändra sitt pris. De frå-

gor som ställts till en av anbudsgivarna har inte kommunicerats med övriga anbudsgivare. En anbudsgivare har därmed erhållit information som de övriga inte erhållit. Stångåstaden har besvarat frågorna fem dagar efter anbudstidens utgång och därefter låtit anbudsgivaren justera sitt pris. Genom att anbudsgivaren inte uteslutits från upphandlingen är upphandlingen behäftad med en brist som motiverar att upphandlingen ska göras om. Det kan därutöver konstateras att det enligt LOU aldrig är tillåtet att komplettera, justera eller ändra sitt anbud avseende "pris". Stångåstadens agerande har inneburit en risk för särbehandling och snedvridning av konkurrensen. – Utvärderingskriterierna måste vara tydliga och objektiva. Det måste således framgå vad som efterfrågas, hur kriterierna kommer att utvärderas och vilken betydelse de kommer att tillmätas. Aktuella utvärderingskriterier är intetsägande och ger utrymme för total valfrihet i fråga om vem som ska tilldelas kontrakt. Detta gäller bl.a. "kvalitet och miljö", "organisation" och "referenser". Det framgår således inte hur utvärderingen kommer att genomföras. Därtill är det oklart vad som krävs för att en anbudsgivare ska uppnå de olika poängen. Stångåstadens förfrågningsunderlag strider således i denna del mot principen om öppenhet och transparens samt lämnar utrymme för subjektivt godtycke. – Stångåstaden har som utvärderingskriterier angivit "pris 50 poäng", "kvalitet och miljö 20 poäng", "organisation 10 poäng", "kompetens 10 poäng" och "referenser 10 poäng". Dessa kriterier är inte ägnade att utgöra utvärderingskriterier över huvud taget. I stället utgör de kvalificeringskriterier. I vart fall föreligger en sammanblandning mellan kvalifikationskriterier och utvärderingskriterier vilket inte är tillåtet. EG-domstolen har bl.a. i mål C-532/06 angivit att kriterier som huvudsakligen avser vilken kompetens, vilka kvalifikationer och vilka resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet inte utgör kriterier för tilldelning i den mening som avses i direktiven. Även Kammarrätten i Stockholm har i dom den 19 december 2008 i mål nr 5512-08 funnit att referensupptagning inte är tillåten som utvärderingskriterium om den huvudsakligen syftar till att visa på

anbudsgivarens förmåga att utföra det aktuella uppdraget. De frågor Stångåstaden ställt i utvärderingen avser tidigare erfarenhet och utbildning. Frågorna avser anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget. Dessa frågor är att hänföra till kvalificeringen, inte till utvärderingen. – Det är inte heller tillåtet enligt LOU att använda ett mångtydigt begrepp som ”kvalitet” som utvärderingskriterium utan att begreppet definieras. Även ”kvalitet” ingår som ett kriterium vid kvalificering. Förfrågningsunderlagets brister avseende öppenhet, förutsebarhet och transparens medför således att det inte är möjligt för anbudsgivarna att lämna konkurrenskraftiga anbud. Mot bakgrund av det anförda föreligger skäl för ingripande enligt LOU. – Det är inte känt varför Sandå tilldelats låga poäng avseende bl.a. ”referenser”, ”organisation” och ”kvalitet och miljö”. De tre anbudsgivarna som vunnit upphandlingen har samtliga tidigare innehaft kontrakt med Stångåstaden och har tilldelats höga poäng avseende kriteriet ”organisation”. Med hänsyn härtill och till att Sandå är Sveriges största måleri-, golv-, och fasadkoncern, stationerad på 70 orter i Sverige, kan ifrågasättas om utvärderingen genomförts korrekt. Sandå konstaterar även att samtliga tre anbudsgivare som tilldelats kontrakt har sitt säte i Linköping. Det förefaller som om Stångåstaden tillmätt anbudsgivarnas lokalkännedom och lokala anknytning betydelse vid utvärderingen. Ett sådant förfarande strider mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Mot bakgrund härav och då Sandå felaktigt utvärderats av Stångåstaden, görs gällande att Sandå hade tilldelats kontrakt om utvärderingen skett i enlighet med LOU. – I målet står klart att LOU träts för när. Förfrågningsunderlaget är behäftat med brister och ger utrymme för godtycke. Det uppfyller inte heller kraven på öppenhet och transparens. Stångåstaden har sammanblandat kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier. Vidare är tilldelningsbeslutet bristfälligt och det uppfyller inte de formaliakrav som ställs enligt LOU. Stångåstadens agerande har snedvridit konkurrensen och otillbörligt gynnat vissa anbudsgivare. Stångåstaden har även efter anbudstidens utgång tillåtit en anbudsgivare att komplettera sitt anbud avseende ”pris” och har inte kom-

municerat ställda frågor till samtliga anbudsgivare, vilket strider mot LOU. Sandå har således lidit eller riskerat lida skada på grund av att Stångåstaden trätt LOU förnär. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därför. Eftersom felet är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede måste upphandlingen göras om.

Stångåstaden anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Kontrakten i denna ramavtalsupphandling har godkänts och undertecknats av de tre vinnande anbudsgivarna. Civilrättsligt bindande avtal och upphandlingskontrakt enligt LOU är tecknade och upphandlingen är således avslutad. – Anbuderna är inte längre giltiga. Dagen för kontraktens verkställighet har överskridits med mer än sju månader. En administrativ domstol äger inte rätt att giltigförklara och/eller förlänga giltighetstiden för civilrättsligt ensidigt bindande anbud. Upphandlingen är avslutad i och med att de grundläggande villkoren inte längre föreligger. Det finns inte längre några lagliga möjligheter för en administrativ domstol att besluta om åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU. Domstol kan inte förelägga Stångåstaden att genomföra en ny upphandling eftersom förutsättningarna idag är helt annorlunda än då den i målet aktuella upphandlingen inleddes. Nytt beslut om upphandling kan endast meddelas av Stångåstaden, och detta först efter ny behovsanalys. Om Stångåstaden genom dom tvingas rätta upphandlingen kommer Stångåstadens åtgärder att strida mot principerna i 1 kap. 9 § LOU om likabehandling, objektivitet och transparens. Eftersom ändamålet med Sandås talan förfallit ska målet avskrivas. – I 10 kap. 2 § LOU stadgas en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören inte fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker. Stångåstadens villkor står i överensstämmelse med denna bestämmelse, som är fakultativ. I målet ska prövas om Sandå uppfyllde och fortfarande uppfyller uppställda kvalificeringskriterier. Enligt uppgifter från skattemyndigheten har Sandå ännu en gång begärt anstånd med betalning av skatteskulder på drygt 35 mnkr.

Skall-kravet att leverantören skulle vara fri från skatteskulder innebär att Sandås anbud aldrig kan antas. Ett anbud som visar att den offererade organisationen inte klarar de absoluta villkor som uppställts i kvalificeringsfasen skulle rätteligen inte heller ha utvärderats av Stångåstaden. Det skulle innebära en överträdelse av LOU om Stångåstaden nu skulle tvingas godkänna Sandå som leverantör. Att utesluta Sandå från anbudstävlingen är en skyldighet som står i överensstämmelse med LOU och de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven. Det ska understrykas att de villkor som uppställts i förfrågningsunderlaget gäller under hela upphandlingsprocessen, dvs. från utformningen av förfrågningsunderlaget till dess upphandlingskontraktet upphör att gälla. Sandås omfattande skatteskulder utgör därför ett absolut hinder för att bli antagen som leverantör. Om, i ett rent teoretiskt resonemang, Sandås anbud antagits och kontrakt tecknats, och det därefter konstaterades att kvalificeringskraven inte var uppfyllda på grund av skatteskulder, skulle upphandlingskontraktet sägas upp av Stångåstaden. Omfattande skatteskulder och bristande uppfyllelse av kvalificeringskriteriet gör att Sandå inte kan eller skulle kunna komma att lida skada. – Det är en skyldighet för alla upphandlande myndigheter att kontinuerligt följa upp att antagna leverantörer under hela kontraktstiden uppfyller de krav som ställdes i förfrågningsunderlaget. Om kontroller inte görs innebär detta försummelse från den upphandlande myndighetens sida, och därmed ett tydligt brott mot huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU. – Att hinder skulle föreligga för domstolen att pröva den omständigheten att Sandå inte uppfyllde eller ens nu uppfyller kvalificeringskriterierna (*reformatio in pejus*) är ett påstående som inte har stöd i 29 § förvaltningsprocesslagen. Förbudet mot förändring till det sämre tar sikte på yrkandena och inte på omständigheterna i målet. Det föreligger inget hinder för domstolen att pröva omständigheten att Sandå har stora skatteskulder och att bolaget därmed rätteligen ska uteslutas från deltagande i upphandlingen. Förbudet mot *reformatio in pejus* gäller även då en myndighet står som yrkande i målet (prop. 1971:30 s. 579 f.). – Stångåstaden har på i LOU föreskrivet

sätt lämnat underrättelse om beslut till leverantörerna. Skälen för tilldelningsbeslutet vilar på de kvalificerings- och utvärderingskriterier som uppställts i förfrågningsunderlaget. Grunderna för beslutet om tilldelning är således transparenta för alla anbudsgivare. – En ”otillåten komplettering” har inte tillåtits för en av anbudsgivarna. Påståendet om detta bygger på misstolkningen av en korrespondens mellan Stångåstaden och viss leverantör. Det som hände var att de båda frågorna inkom till Stångåstaden via e-mail och att svar på dessa lämnades via databasen Opic. Både svar och frågor har därmed gjorts tillgängliga för samtliga anbudsgivare som registrerat sig för att få ta del av information om upphandlingen. När sedan anbuden öppnades kunde Stångåstaden konstatera att det pris viss leverantör lämnat på just målning av väggar föreföll vara onormalt lågt. Med stöd av 12 kap. 3 § LOU ställdes skriftliga frågor till anbudsgivaren om orsakerna till de onormalt låga priserna och om prisuppgifterna uppfattats korrekt. – Sandå påstår att kvalificerings- och utfärderingsfasen sammanblandats. Var och på vilket sätt en sådan ”sammanblandning” skulle ha skett framgår inte. Sandås frågor om utformningen av villkoren för utvärdering av anbuden saknar betydelse för prövningen i detta mål. Rätteligen skulle Sandås anbud aldrig ha utvärderats av Stångåstaden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

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 enligt 16 kap 2 § första stycket LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling anges:

”Det för B ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas.

Följande kriterier ska gälla för värderingen av anbudet:

- Pris (50 poäng)
- Kvalitet och Miljö (20 poäng)
- Organisation (10 poäng)
- Kompetens (10 poäng)
- Referenser (10 poäng)

Avseende alla kriterier utom "pris" ska enligt förfrågningsunderlaget (anbudsformulär) viss information lämnas av anbudsgivaren.

Vad gäller "kvalitet och miljö" efterfrågas följande.

"1. Beskriv hur ni hanterar en beställning. Beskrivningen ska innefatta arbetssätt och rutiner från det att arbetsordern inkommit till dess att den är avslutad.

Beskriv bland annat när/hur ofta, med vilken personal arbetsmomenten utförs. Här bedöms anbudslämnarens förmåga att hantera en beställning ställt i förhållande till de i förfrågningsunderlaget ställda kraven. Vi bedömer också anbudsgivarens förmåga att på bästa sätt hantera ärendet ställt ur ett kundperspektiv. Maximalt 10 poäng.

2. Beskriv ert kvalitetsarbete i form av uppföljning och återkoppling på mottagna beställningar och utförda arbeten. Beskriv även med egna ord hur ni kvalitetssäkrar att uppkomna brister inte uppstår igen.

Vid utvärdering kommer att bedömas den rutin för uppföljning och återkoppling som anbudslämnare anger samt vilka rutiner, arbetssätt och system som kommer att användas för att kvalitetssäkra uppdraget. Maximalt 5 poäng.

3. Beskriv hur ni arbetar med att minimera Er miljöpåverkan.

Beskriv Era största miljöpåverkande faktorer och hur ni arbetar med att minska dessa. Vid utvärdering kommer arbetsgivarnas rutiner för materialval, förhållningssätt till transporter samt arbetssätt i övrigt att bedömas samt hur systematiskt Ert miljöarbete genomförs och följs upp. Maximalt 5 poäng."

Vad gäller "organisation" efterfrågas följande.

"Beskriv organisationen som direkt kommer att arbeta med denna entreprenad.

1. Organisationsbeskrivning, arbetsledare och arbetsgrupp. Vid utvärdering kommer det att bedömas hur anbudslämnaren klarar att möta kraven i enlighet med förfrågningsunderlaget. Vid bedömningen kommer beskriv-

ningen av organisationens anpassning till uppdraget att prövas både vad gäller utförande och den administrativa delen. Maximalt 5 poäng.

2. Eventuell resursförstärkning vid frånvaro/semester och arbetstopp. Här bedöms anbudslämnarens förmåga att hantera frånvaro/semester med bibehållen kompetens. Beskrivning av hantering av arbetstopp kommer också att bedömas. Vid bedömningen kommer föreslagen resursförstärkning att prövas. Maximalt 5 poäng.”

Vad gäller ”kompetens” efterfrågas befattningskompetensen hos personalgruppen som kommer att arbeta med denna entreprenad. Med befattningskompetens menas enligt anbudsformuläret teoretiska kunskaper, färdigheter och erfarenheter för viss uppgift. Av svaret ska framgå hur många som har:

”Minst 2 årig gymnasieutbildning (inom måleri) eller motsvarande
Minst 2 års yrkeserfarenhet som målare
Minst 2 års erfarenhet av arbete hemma hos hyresgäster
Löpande kompetensutveckling i form av branschrelaterade utbildningar/kurser (inom 2 år)
Genomgått miljöutbildning (inom 2 år)

Övrig befattningskompetens som är relevant för entreprenaden.”

Beträffande ”referenser” anges att två för uppdraget relevanta referenser efterfrågas och att referenserna kommer att bedömas utifrån bifogad ”matris”. Enligt ”matrisen” ska följande frågor ställas till referenspersonerna:

”Utför E alla överenskomna moment i avtalet enligt avtalad tid (max 5 p)
Är E lätta att samarbeta med (max 5 p)
Åtgärdar E snabbt reklamationer (max 5 p)
Hur hanterar E den administrativa delen i avtalet (orderhantering m.m.)
max 5 p)
Hur fungerar E vid semester, kortveckor och arbetstopp (max 5)”

Förvaltningsrättens bedömning

Kammarrätten har beslutat att förvaltningsrätten ska pröva målet i sak.
Därvid har kammarrätten uttalat att upphandlingen, till följd av interimis-

tiska beslut, inte är avslutad utan alltjämt pågående, i den mening som avses i LOU. Såvitt framgår har Stångåstaden inte avbrutit upphandlingen. Förvaltningsrätten ska således pröva om förutsättningarna i 16 kap. 2 § första stycket LOU är uppfyllda.

Vid prövning av anbud tillämpas ett tvåstegsförfarande, där det första steget utgörs av en prövning av leverantörerna mot eventuellt uppställda urvalskriterier, kvalificeringsfas. Syftet med urvalskriterierna är därvid att fastställa leverantörens förmåga att fullgöra ifrågavarande kontrakt. Beträffande anbud som lämnats av leverantörer som uppfyllt kraven, ska i det andra steget prövas vilket av anbuden som ska antas, utvärderings- eller tilldelningsfas.

Stångåstaden har gjort gällande att Sandås anbud rätteligen inte skulle ha utvärderats eftersom Sandå varken uppfyllde eller uppfyller ett urvalskriterium som innebär att anbudsgivaren inte får ha några skatteskulder. Detta innebär i sin tur enligt Stångåstaden att Sandå inte lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten konstaterar att förevarande mål har sin grund i ansökningsfrågan från Sandå, vars anbud utvärderats av Stångåstaden. Eftersom saken i målet därmed inte omfattar i vad mån Sandå uppfyller kraven på leverantören, kan vad Stångåstaden anfört i detta avseende inte föranleda någon prövning (jfr Kammarrättens i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

Förvaltningsrätten har således att utgå ifrån att Sandå uppfyller urvalskriterierna.

Sandå har påstått flera felaktigheter i upphandlingen, bl.a. brister i förfrågningsunderlaget avseende urvalskriterier och utvärderingskriterier.

Vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten har därvid uttalat bl.a. följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga 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 vid upphandlingen 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. 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.

Urvalskriterier

En av de punkter Sandå angripit är upphandlingsföreskrifternas lydelse att anbudsgivare ”kan komma att uteslutas av skäl såsom obestånd eller brister i yrkesutövning” och att anbud som inte är kompletta ”riskerar att inte tas upp till prövning”. Sandå anser att föreskrifter av sådant innehåll på ett otillåtet sätt ger utrymme för godtycke samt gör det omöjligt för en anbudsgivare att veta vilken betydelse den upphandlande myndigheten tillmäter ställt krav och när en anbudsgivare kommer att uteslutas.

Stångåstaden har invänt att föreskriften – att anbudsgivare ”kan komma att uteslutas av skäl såsom obestånd eller brister i yrkesutövning – är förenlig med, och grundas på, en fakultativ bestämmelse i LOU.

Den bestämmelse Stångåstaden pekat ut i yttrande är 10 kap. 2 § 5 LOU, som lyder:

En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker.

Det kan först anmärkas att den av Stångåstaden utpekade bestämmelsen i LOU inte korresponderar med upphandlingsföreskrifterna om uteslutning ”av skäl såsom obestånd eller brister i yrkesutövning”. I stället torde upphandlingsföreskrifterna ha grundats på 10 kap. 2 § 1 eller 2 samt 4 LOU.

Av 10 kap. 2 § LOU framgår således att en upphandlande myndighet kan välja huruvida angivna förhållanden ska leda till att en leverantör utesluts från att delta i en upphandling. Enligt förvaltningsrätten ska lagrummet emellertid inte uppfattas på det sättet att frågan om uteslutning kan lämnas öppen i en upphandling. I stället måste det av förfrågningsunderlaget framgå om det ena eller det andra ska gälla i upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner att Stångåstaden brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att föreskriva att anbudsgivare ”kan komma att uteslutas” av skäl såsom obestånd eller brister i yrkesutövning och att anbud som inte är kompletta ”riskerar att inte tas upp till prövning”. Eftersom Sandå i upphandlingen bedömts uppfylla urvalskriterierna har emellertid dessa formuleringar inte medfört att Sandå lidit eller kan komma att lida skada. Vad Sandå anfört i denna del medför därför inte att förutsättningarna för åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU är uppfyllda.

Utvärderingskriterier

Stångåstaden har i förfrågningsunderlaget angivit att det för Stångåstaden ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. För denna tilldelningsgrund stadgas i 12 kap. 1 § LOU att den upphandlande myndigheten, vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, drift-

kostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 (Lianakis) konstaterades att de kriterier, som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan anses utgöra ”kriterier för tilldelning”. Domstolen uttalade vidare att artiklarna 23.1, 32 och 36.1 i direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid upphandling av offentliga tjänster utgör hinder för att den upphandlande myndigheten under ett anbuds förfarande beaktar anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen, inte med hänvisning till att dessa faktorer utgör ”kriterier för kvalitativt urval”, utan i stället med hänvisning till att de utgör ”kriterier för tilldelning”. – EG-domstolens synsätt har bekräftats i dess mål C-199/07.

Enligt kammarrättspraxis finns inte något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 19 december 2008 i mål nr 5512-08).

Sandå gör gällande att de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna utom pris inte är ”ägnade att utgöra utvärderingskriterier över huvud taget” och att det i vart fall föreligger en sammanblandning av urvalskriterier och utvärderingskriterier. Sandå framhåller särskilt kriteriet ”referenser” och att det i utvärderingen ställts frågor avseende anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget.

Enligt Sandå har Stångåstaden utformat utvärderingskriterierna på ett sådant sätt att det inte framgår hur utvärderingen kommer att genomföras, vad som avses med respektive kriterium eller vad som krävs för att angivna poäng ska erhållas. Sandå framhåller att det inte är tillåtet att använda

mångtydiga begrepp som "kvalitet" utan att begreppet definieras. Sandå anser att kriterierna är intetsägande och ger den upphandlande myndigheten total valfrihet.

Sandå ifrågasätter utvärderingen och framhåller att det av tilldelningsbeslutet inte kan utläsas på vilka grunder andra anbudsgivare antagits. Enligt Sandå tycks vinnande anbudsgivares lokalkännedom och lokala anknytning ha tillmätts betydelse vid utvärderingen.

Stångåstaden har i stort lämnat vad Sandå anfört i dessa delar oemotsagt.

Förvaltningsrätten finner att det bland de av Stångåstaden valda utvärderingskriterierna finns kriterier som utformats på ett sådant sätt att de huvudsakligen avser anbudsgivarens förmåga att utföra efterfrågad tjänst och inte är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Detta gäller kriteriet "organisation". Även kriterierna "kvalitet och miljö" och "referenser" innehåller sådana inslag, där det anges "Här bedöms anbudslämnarens förmåga att hantera en beställning ställt i förhållande till de i förfrågningsunderlaget ställda kraven" respektive "Hur fungerar E vid semester, kortveckor och arbetstoppar".

Vidare finner förvaltningsrätten att de kriterier som kan anses utgöra utvärderingskriterier i vissa delar är allmänt hållna och inte anger hur ett anbud ska utformas för att erhålla poäng. Detta gäller t.ex. i fråga om "kvalitet och miljö" för formuleringen "Vid utvärdering kommer att bedömas den rutin för uppföljning och återkoppling som anbudslämnare anger samt vilka rutiner, arbetssätt och system som kommer att användas för att kvalitetssäkra uppdraget". I fråga om "referenser" kan framhållas formuleringen "Hur hanterar E den administrativa delen i avtalet".

Mot bakgrund av det anförda konstaterar förvaltningsrätten att utvärderingskriterierna i vissa delar är allt för allmänt hållna och att de givit Sandå

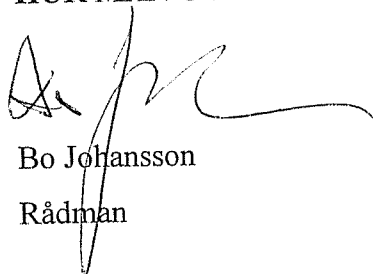
och andra anbudsgivare otillräcklig ledning i fråga om hur ett anbud skulle utformas för att vara konkurrenskraftigt. Denna brist har även medfört utrymme för godtycklighet, och därmed fri prövningsrätt för Stångåstaden. Därvid kan framhållas att Stångåstaden inte bemött att Sandå på angivna grunder ifrågasatt anbudsutvärderingen. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att det skett en sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfaserna och att detta, utöver brister i förfrågningsunderlaget, innebär att anbudsutvärderingen får anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn, vilket kan ha varit till nackdel även för Sandå.

Stångåstaden har således brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Felaktigheterna har medfört att Sandå lidit eller kan komma att lida skada. Därmed är förutsättningarna för åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU uppfyllda. När så är fallet föreskriver lagrummet att någon av angivna åtgärder ska beslutas. Skäl att ändå avstå från att göra det har inte framkommit.

De konstaterade felaktigheterna, som hänför sig även till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen, är sådana att åtgärden måste bestå i att upphandlingen görs om.

Vid denna bedömning saknas skäl att pröva övriga av Sandå åberopade grunder.

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



Bo Johansson
Rådman

Föredragande har varit Magnus Wickström.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 offentlig part 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, anledning 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.