



KLAGANDE

Sydvatten AB, 556100-9837
Skeppsgatan 19
211 19 Malmö

Ombud: Advokat Helena Rosén Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Mark o VA i Malmö AB, 556624-3803
Santessons väg 9
232 91 Arlööv

Ombud: Advokat Robert Nylinder
Hamilton Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

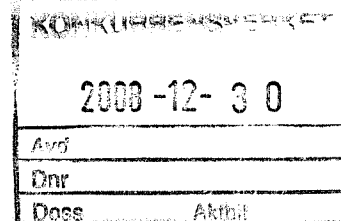
ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Skåne län dom den 5 september 2008 i mål nr 7298-08
(bilaga A)

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

Sydvatten AB yrkar att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, avslår Mark o VA i Malmö AB:s (Mark VA) ansökan om överprövning. Sydvatten AB åberopar vad bolaget anfört i länsrätten och tillägger bl.a. följande. Det saknas grund för att besluta att upphandlingen ska göras om. Länsrätten har bifallit ansökan om överprövning endast på grund av att Sydvatten AB har utvärderat kvalitets- eller miljöledningssystem un-



der delkriterium D. Länsrätten har inte redovisat skälen till varför Mark VA skulle ha lidit eller riskerat lida skada till följd av eventuellt fel beträffande delkriterium D. En förutsättning för att domstolen ska kunna förordna att upphandlingen ska göras om är att domstolen kan konstatera att det finns ett orsakssamband mellan ett fel och skaderekvisitet i 16 kap. 2 § LUF. Som Sydvatten AB redovisat vid länsrätten skulle NCC ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och således ha tilldelats kontraktet även om NCC och Mark VA likställts beträffande delkriterium D. Även om Mark VA skulle ha fått full poäng under delkriterium D eller kriteriet inte skulle ha använts alls vid anbudsutvärderingen skulle NCC således ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. NCC hade dessutom lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet oavsett vilket av de övriga delkriterierna A, B eller C som skulle ha fått en ökad vikt till följd av att delkriterium D stryks helt. Mark VA har därför inte lidit någon skada eller riskerat lida någon skada till följd av eventuellt fel beträffande delkriterium D. – Eftersom utgångspunkten vid genomförandet av ett förenklat förfarande är att det ska genomföras och avslutas under förutsättning att inga väsentliga ändringar görs av villkoren i förfrågningsunderlaget ställs det särskilt höga krav på att en leverantör kan visa att ett visst påstått fel i en upphandling som genomförs som ett förenklat förfarande har lett till skada eller risk för skada för leverantören. Mark VA har inte visat att det finns ett sådant orsakssamband mellan fel och skada/risk för skada för Mark VA. – Förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna ska ha kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Ingen av anbudsgivarna har ifrågasatt anbudsutvärderingsmodellen eller övriga krav i förfrågningsunderlaget. Sydvatten AB har endast beaktat de i förfrågningsunderlaget angivna faktorerna. Det förhållandet att ordet ”främst” förekommer i förfrågningsunderlaget saknar därvid självständig betydelse. Sydvatten AB har utvärderat samtliga omständigheter som räknas upp i förfrågningsunderlaget under delkriterium B och C. Som framgår av utvärderingsprotokollet har Sydvatten AB utvärderat anbudsgivarnas kompetens och erfarenhet. Mark VA har fått högsta po-

äng vad gäller utbildning och erfarenhet. Bolaget har bedömts likvärdigt med NCC vad gäller utvärdering av kvalitets- och miljöansvarig med avseende på egenkontroll och provning. Samordning, tidsstyrning och leveranssäkerhet har utvärderats mot bakgrund av lämnade referenser. Mark VA har, på sätt som framgår av anbudsutvärderingsprotokollet, fått poängavdrag på grund av en dålig referens med avseende på bl.a. tidsstyrning och samordning.

Mark VA anser att överklagandet ska avslås och åberopar vad bolaget anfört i länsrätten samt tillägger bl.a. följande. Sydvatten AB har utvärderat leverantörernas kvalitets- och miljöledningssystem (delkriterium D) trots att innehav av kvalitets- och miljöledningssystem hör hemma i kvalificeringsfasen och därför inte får utvärderas vidare. Sydvatten AB:s agerande utgör en sådan allvarlig överträdelse av LUF och gemenskapsrätten att upphandlingen måste göras om. Det är därvid ovidkommande om själva utvärderingen i sig har gått korrekt till. – Vid en överprövning ställs inte samma beviskrav vad gäller skada som vid en skadeståndstalan. Frågan huruvida den klagande parten måste kunna visa att han skulle ha vunnit upphandlingen har prövats vid ett stort antal tillfällen och det torde stå klart att den sökande inte har någon bevisbörda för liden skada. Avsikten med bestämmelsen om överprövning är att domstolarna ska kunna ingripa och förordna om rättelse i ett tidigt stadium och innan någon faktiskt skada uppkommer. Vidare var skillnaden i totalsumma mellan Mark VA och NCC inte mer än 5 poäng. Vid en korrekt genomförd utvärdering kan Mark VA erhålla sammanlagt ytterligare 14 poäng. NCC har däremot ingen möjlighet att få ytterligare poäng. Det är därigenom visat att Mark VA genom Sydvatten AB:s agerande har lidit skada eller i vart fall kan komma att lida sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LUF. Det finns inget stöd i rättspraxis eller i förarbeten för att valet av upphandlingsform har någon som helst betydelse för beviskravet avseende skada i 16 kap. 2 § LUF. – I förfrågningsunderlaget anges vilka förhållanden eller underkriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen av respektive delkriterium. Förfrågningsunderlaget har klara

brister i det avseendet att de angivna underkriterierna till delkriterium B är vagt formulerade och ger Sydvatten AB stora möjligheter att självständigt avgöra hur t.ex. bedömningen av kompetens ska göras. Det framgår av NCC:s anbud att de har stor erfarenhet av uppdrag för Sydvatten AB och därför vet "vad som krävs". Därigenom skapar vagt formulerade underkriterier en otillbörlig konkurrensfördel för NCC. Det vidhålls även att förfrågningsunderlaget strider mot kravet på tydlighet och förutsägbarhet genom att det framgår att Sydvatten AB "främst" kommer att tillmäta de angivna faktorerna betydelse. Av tilldelningsbeslutet och det senare ingivna utvärderingsprotokollet framgår att det som uteslutande har utvärderats är anbudsgivarnas kompetens och erfarenhet, styrkt av referensinsamling. Det förefaller inte som om någon utvärdering har skett av exempelvis samordning, tidsstyrning, leverenssäkerhet och erfarenhet av kvalificerad egenkontroll. Underlåtenhet att utvärdera samtliga angivna underkriterier eller faktorer är en lika allvarlig brist som att utvärdera oredovisade faktorer. – Tilldelningsbeslutet visar vidare att någon utvärdering utifrån angivna faktorer under delkriterium C inte har skett.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 § LUF får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 2 § samma kapitel framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Frågan kammarrätten först har att ta ställning till är huruvida den av Sydvatten AB genomförda utvärderingen av delkriterium D utgör grund för ingripande mot upphandlingen. Som länsrätten anfört kan en sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen utgöra ett sådant fel som, om det medfört att en leverantör lidit eller kunnat komma att lida skada, möjliggör ett ingripande enligt LUF. Kammarrätten kan dock inte finna att det i målet har framkommit att Mark VA har lidit eller kunnat komma att lida skada av ett eventuellt fel hänförligt till delkriterium D. Utvärderingen av delkriterium D kan därför inte utgöra grund för ingripande mot upphandlingen på det sätt som länsrätten funnit.

Frågan är därefter om Mark VA har lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av något annat åberopat brott mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller annan bestämmelse i lagen.

I förfrågningsunderlaget har Sydvatten AB angett vilka faktorer eller underkriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen av respektive delkriterium. Mark VA har invänt mot att det inte har framgått av förfrågningsunderlaget vilken inbördes vikt de olika underkriterierna kommer att tillmätas. Med hänsyn till att upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt 15 kap. LUF instämmer kammarrätten dock i länsrättens bedömning att det inte har förelegat någon skyldighet för Sydvatten AB att i förfrågningsunderlaget vikta eller ange poäng för respektive underkriterium. Enligt kammarrättens mening har det inte heller genom vad Mark VA anfört avseende utformningen och utvärderingen av underkriterierna framkommit att Sydvatten AB härvid agerat i strid med LUF på sådant sätt att Mark VA har lidit eller kunnat komma att lida skada.

Mark VA har vidare anfört att det faktum att Sydvatten AB har bedömt och utvärderat referenser under såväl kvalificeringsfasen som utvärderingsfasen strider mot LUF och gemenskapsrätten. Fråga uppkommer därmed om referenser över huvud taget kan utgöra ett utvärderings- eller

tilldelningskriterium. Enligt kammarrättens mening kan referenser från med upphandlingen likvärdiga uppdrag ge relevant information för bedömning av vilket anbud som med hänsyn till kvalitén är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare kan kammarrätten av EG-domstolens praxis inte utläsa något generellt förbud mot att låta referenser utgöra ett utvärderingskriterium (jfr domstolens avgörande i mål C-315/01, GAT, och C-532/06, Lianakis). En sådan utvärdering av lämnade referenser som är aktuell i målet strider därmed enligt kammarrättens mening inte i sig mot gällande bestämmelser eller grundläggande upphandlingsprinciper. Det har inte heller genom vad Mark VA i övrigt anfört angående bedömningen och utvärderingen av referenser framkommit att Sydvatten AB härvid har agerat i strid med LUF.

Slutligen har det inte heller genom vad Mark VA i övrigt anfört och åberopat framkommit att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av något brott mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller annan bestämmelse i lagen. Sammantaget finner kammarrätten därmed att det inte föreligger grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LUF.


DOMSLUT

Kammarrätten upphäver, med bifall till överklagandet, länsrättens dom och avslår ansökan om överprövning.

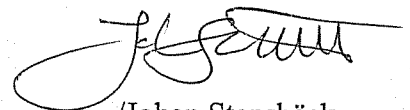
HUR MAN ÖVERKLAGAR

Formulär 1 (bilaga B)


Per Ove Svensson


Ann-Marie Holmstedt
referent


Robert Moldén


/Johan Stensbäck



LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN
Avdelning 1
Lena Palmér

DOM
2008-09-05
Meddelad i
Malmö

Mål nr
7298-08E

SÖKANDE

Mark o VA i Malmö AB, 556624-3803
Santessons väg 9
232 91 Arlov

Ombud: Advokat Robert Nylinder
Hamilton Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Sydvatten AB, 556100-9837
Skeppsgatan 19
211 19 Malmö

Ombud: Advokat Helena Rosén Andersson
Advokatfriman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Mark o VA i Malmö AB:s ansökan och förordnar att Sydvatten AB:s upphandling avseende överföringsledning från Tjutebro till Billesholm/Ekeby skall göras om.

YRKANDEN M.M.

Sydvatten AB upphandlar anläggning av överföringsledning från Tjutebro till Billesholm/Ekeby. Upphandlingen är enligt upphandlande enhet under tröskelvärdena och genomförs som förenklad upphandling enligt LUF.

Mark o VA i Malmö AB (Mark o VA) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den skall göras om. Som grund för talan anför bolaget bl.a. följande. Det sätt på vilket Sydvatten har utformat förfrågningsunderlaget strider mot LUF samt gemenskapsrätten. Mark o VA har skadats eller kan komma att lida skada därav. Den metod för utvärdering av anbud som Sydvatten valt att tillämpa strider mot kravet på likabehandling, transparens och affärsmässighet. Varje anbudstagare har rätt att förlita sig på att hans anbud kommer att utvärderas enbart utifrån de kriterier som finns angivna i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår dock uttryckligen att avseende *främst* kommer att fästas vid de angivna faktorerna. Därigenom framgår att Sydvatten inte enbart kommer att fästa vikt vid dessa faktorer utan även vid andra, för anbudsgivarna okända, kriterier och faktorer. Inte heller framgår av förfrågningsunderlaget vilken inbördes vikt de olika faktorerna kommer att tillmätas. Det går inte av förfrågningsunderlaget att utläsa på vilket sätt tidsstyrning, samordning och leveranssäkerhet skall bedömas av Sydvatten. Även det faktum att referenser tas under såväl kvalificeringsfasen som utvärderingsfasen strider mot LOU och gemenskapsrätten. Ett kriterium får inte utvärderas eller bedömas mer än en gång. Det anges som ett skalkrav att referenser skall lämnas. Samtidigt framgår det att referenser, egna erfarenheter och egna undersökningar tillmätts stor betydelse vid utvärderingen. Mark o VA ifrågasätter även hur referenstagning gått till. Det framgår inte hur referenstagningen skall gå till och vilka egna undersökningar som skall göras. Genom att väga in ospecificerade erfarenheter präglas utvärderingen av en mängd subjektiva, personliga och för upphandlingen irrelevanta faktorer. Samtidigt som referenser

skall lämnas tillmäts egna undersökningar och erfarenheter stor betydelse vid utvärderingen. Det framgår inte hur referenstagningen kommer att gå till eller vilka egna undersökningar som kommer att göras. En anbudsgivare som Sydvatten har stor erfarenhet av kommer genom användandet av egna erfarenheter att tillskapas en fördel som nya aktörer inte får. Av tilldelningsbeslutet går inte att utläsa vad som har tillmätts betydelse vid tilldelning av de olika poängen. Det lämnas ingen förklaring till varför ett anbud som uppfyller de ställda kraven på t.ex. kvalitets- och miljöledningssystem inte får högsta möjliga poäng.

Sydvatten AB bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LUF och grundläggande EG-rättsliga principer. Anbudsutvärderingsmodellen i ABF.51 innehåller samtliga de kriterier som Sydvatten AB tillmätt betydelse vid anbudsutvärderingen. Av utvärderingsmodellen framgår vilka kriterier som skall utvärderas, vilken vikt som åsatts respektive kriterium, den relativa poängsättningen som avses göras och resultatet av en värdering av samtliga kriterier. Anbudsutvärderingsmodellen är utformad på ett sådant sätt att det har varit möjligt för en normalt omsorgsfull anbudsgivare att lämna anbud på grundval av förfrågningsunderlaget. Varken Mark o VA eller någon annan leverantör har ställt frågor eller haft erinringar mot utvärderingsmodellen. Under förutsättning att leverantörerna behandlas lika och det är rimligt för anbudsgivarna att tolka tilldelningskriterierna på rätt sätt är en anbudsutvärderingsmodell som bygger på att den upphandlande enheten kan göra en subjektiv värdering av i anbudet och av referenter lämnad uppgifter tillåten. Den möjlighet till att förhandla med anbudsgivarna som upphandlande enhet har inom försörjningssektorn får till följd att det föreligger ett visst vidare utrymme för upphandlande enhet att utforma utvärderingsmodellen på ett för enheten lämpligt sätt än det gör vid upphandlingar inom den klassiska sektorn. Det krävs inte att de omständigheter som räknas upp under kriterium B viktas inbördes. Sydvatten AB har inte vid anbudsutvärderingen tagit

hänsyn till andra omständigheter än de i förfrågningsunderlaget angivna. Anbudsutvärdering har skett endast mot bakgrund av uppgifter lämnade i anbudet och de av respektive anbudsgivare angivna referenserna. Samtliga av anbudsgivarna åberopade referenser har kontaktats. Sydvatten har inte tagit egna referenser eller på annat sätt gjort egna undersökningar. Det förhållande att en leverantör kan åberopa uppdrag han har haft för Sydvatten AB innebär inte att leverantören i fråga särbehandlats. Vad Mark o VA anført om att det skulle vara otillåtet att ta in referenser under såväl kvalificeringsfasen som utvärderingsfasen är felaktigt. En upphandlande enhet får infordra referenser som en del av prövningen av leverantörens tekniska och ekonomiska förmåga och kapacitet. En upphandlande enhet får dessutom ta in referenser som ett led av utvärderingen av ett visst anbudsutvärderingskriterium. Det saknas skäl att pröva anbudsutvärderingens riktighet beträffande delkriterium D eftersom eventuella brister vid utvärdering av det kriteriet saknar betydelse för slutresultatet. Det bestrids dock att det föreligger brister vad gäller delkriterium D. I den mån länsrätten skulle komma fram till att det finns brister i förfrågningsunderlaget är de inte av så allvarlig art att upphandlingen behöver göras om.

Mark o VA anför i yttrande bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget har inte kunnat utläsas hur poängsättningen skulle ske. I tilldelningsbeslutet lämnades ingen motivering till att varför ett visst anbud fått en viss poäng. Hur poängsättningen gått till framgick först av utvärderingsprotokollet som Sydvatten gett in till länsrätten efter det att överprövning begärts. Av utvärderingsprotokollet framgår att anbudsgivarna erhållit poängavdrag. Olika brister i anbudet har renderat i poängavdrag av varierande storlek. Brister i förfrågningsunderlaget som medför att en anbudsgivare inte kan bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängfördelningen inom ett kriterium skall ske gör att upphandlingen måste göras om. Bolaget har av en referens fått kritik angående renspolning av en ledning. Trots att Sydvatten har haft kännedom om att Mark o VA inte tänker genomföra någon genomspolning

av ledningen och kritiken förför är ovidkommande har bolaget fått poängavdrag på grund av referensens uppgift. Delkriteriet C innehåller en för vag och oprecis beskrivning av vad som skall bedömas, vilket strider mot kravet på insyn och förutsägbarhet. Utvärdering av delkriterium C har inte heller skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Sydvatten har tydligt avstått från att utvärdera samtliga faktorer som skall utvärderas enligt förfrågningsunderlaget. Delkriteriet D gällande kravet på kvalitets- och miljöledningssystem är ett krav som skall bedömas vid kvalificering av anbudsgivarna och inte vid utvärdering. Detta framgår av AFB.31. Genom att Mark och VA kvalificerat sig visar det att bolagets kvalitets- och miljöledningssystem uppfyllde de krav som Sydvatten ansåg sig ha rätt att kräva. Någon utvärdering av Mark och VA:s och övriga anbudsgivares system har dock Sydvatten inte rätt att göra. Även om Sydvatten skulle anses berättigade att använda kriteriet som en del av utvärderingen har detta ändå skett i strid med tillämpliga regler. Anbudsgivare som inte är ISO-certifierade har fått poängavdrag. Det följer av LUF 11 kap 11-12 §, försörjningsdirektivet samt principerna om ickediskriminering att en upphandlande enhet är skyldig att godta även andra bevis på likvärdiga lösningar som anbudsgivarna lämnar in. Mark o VA:s anbud innehåller en relevant redogörelse för hur bolagets kvalitets- och miljöledningssystem är uppbyggt med intygande om att systemen är uppbyggda för att följa kraven i ISO 9001 och ISO 14001. Sydvatten har inte gjort gällande att de har gjort någon materiell prövning av om kraven är uppfyllda. Sydvatten har i yttrande angett att Mark o VA erhållit poängavdrag även för avsaknad av checklistor. Detta framgår inte av utvärderingsprotokollet. Det förefaller således som om ytterligare ovidkommande hänsyn har tagits. Något krav på checklistor redovisas inte i förfrågningsunderlaget.

Sydvatten AB anför i yttrande bl.a. följande. Bestämmelserna om anbudsvärdering i försörjningslagen föreskriver endast att kriterierna viktas. Det finns ingen lagstadgad skyldighet för upphandlande enhet att dessutom vik-

ta de omständigheter/underkriterier som räknas upp under ett visst kriterium. Vid upphandlingar under tröskelvärden kan upphandlande enhet dessutom välja att ange kriterierna i fallande prioriteringsordning. Den omständighet att Sydvatten AB använt begreppet poängavdrag vid utvärdering av ett visst kriterium saknar betydelse eftersom det avgörande är vilken poäng ett visst anbud tilldelats beträffande ett visst kriterium. Anbudsutvärderingen har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Uppgifterna från Mark o VA:s referens har inte varit ovidkommande. Referensen avsåg ett uppdrag likvärdigt med det offererade. Sydvatten AB har utvärderat samtliga faktorer som angetts i förfrågningsunderlaget. Kravet vid kvalificeringen vad avser miljösystem har endast utgjort ett krav på att systemen skall uppfylla vissa krav och på att kvalitetsstyrningssystemet bifogas anbudet. Vid utvärderingen har Sydvatten valt att utvärdera kvalitets- och miljöledningssystemet utifrån hur tydligt ansvaret beskrivs inom organisationen och i vilken mån leverantören uppfyller relevanta krav enligt ISO-standarder. Även om Mark o VA skulle ha erhållit full poäng under kriterium D hade bolagets anbud ändå inte varit det ekonomiskt mest fördelaktiga. Sydvatten AB har endast gett poängavdrag på grund av att Mark o VA inte är ISO-certifierat. Avdrag hade dessutom kunnat göras på grund av att checklistor inte lämnats in. Ett eventuellt fel bestående i att poängavdrag gjorts utifrån bristen på ISO-certifiering saknar även av det skälet betydelse.

Mark o VA anför i yttrande bl.a. följande. EG-domstolen har i mål C-532/06 antagit en betydligt strängare syn på förfrågningsunderlag än tidigare. Domen innebär sannolikt att brister av det slag som godtogs av regeringsrätten i RÅ 2002 ref. 50 numera anses strida mot gemenskapsrätten. Av domen från år 2006 framgår att den upphandlande enheten är skyldig att redovisa alla relevanta omständigheter som skall utvärderas inom ramen för de olika huvudkriterierna. Mark o VA vidhåller att bristerna i förfrågningsunderlaget är väsentliga och att de innebär att gemenskapsrättens principer åsidosatts på ett oacceptabelt sätt. Det krävs inte att bristerna i upp-

handlingen har medfört eller kan medföra att bolaget inte vinner upphandlingen. Här är det dock uppenbart att Mark o VA gått miste om upphandlingskontraktet på grund av felaktigheter som Sydvatten har begått. I kriterium B fick Mark o VA 16 poäng mot NCC:s 20. I kriterium C fick Mark o VA 12 poäng mot NCC:s 20 och i kriterium D fick Mark o VA 8 poäng mot NCC:s 10 poäng. En korrekt genomförd upphandling hade givit Mark o VA tillräckligt många poäng för att få en högre totalsumma än NCC. Sydvatten har felaktigt tillmätt ovidkommande kritik betydelse vid utvärdering av referenserna under kriterie B. Någon utvärdering i sak har inte gjorts under delkriterie C. Det enda som har bedömts är vilket intryck som Sydvatten har fått av genomförandebeskrivningarna. Sydvatten medger indirekt felaktigheter vid utvärdering av kriterium D. Såsom framgår av utvärderingsprotokollet har de anbudsgivare som inte var ISO-certifierande fått poängavdrag enbart på den grunden och utan någon hänsyn till det faktiska innehållet i deras miljö- och kvalitetsplaner. Detta innebär ett gravt åsidosättande av förbudet mot diskriminering och står i direkt strid mot försörjningslagens bestämmelser och försörjningsdirektivet. Sydvatten har varit skyldigt att godta även andra likvärdiga kvalitets- och miljöledningssystem och utvärdera dem utifrån faktiskt innehåll. Det har inte skett någon utvärdering i sak utifrån de bedömningsgrunder som angavs i förfrågningsunderlaget. Kriterium D såsom det har kommit att tillämpas (utan utvärdering i sak) har hört hemma i kvalificeringsfasen. Därtill kommer att bedömningen skett på ett felaktigt sätt.

Sydvatten AB anför i yttrande bl.a. följande. Sydvatten har inte i efterhand fastställt viktningskoefficienter för kriterierna i förfrågningsunderlaget. EG-domstolens domslut i mål C-532/06 är därför inte relevant vid bedömningen av den anbudsutvärderingsmodell som skall prövas i detta mål. Det är den upphandlande enheten som väljer enligt vilka kriterier det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall väljas. Det vidhålls att anbudsutvärderingsmodellen uppfyller kraven i EG-rätten och därmed även svensk rätt

för sådana modeller samt att anbudsutvärderingen har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Mark o Va lider inte skada och riskerar inte heller att lida skada till följd av anbudsutvärderingsmodellen eller anbudsutvärderingen. Vid anbudsutvärdering av delkriterium D har Sydvatten beaktat att Mark o VA uppgett sig följa ISO 9001 och ISO 14001. Sydvatten har utvärderat uppfyllandet av relevanta krav enligt ISO-standarder. Eftersom Mark o Va inte är certifierat har bolaget inte uppfyllt relevanta krav enligt ISO-standarder. Bolaget skulle ha fått motsvarande poängavdrag redan på grund av den bristfälliga redovisningen av kriteriet i anbudet. Mark o Va har inte lidit eller riskerat någon skada till följd av del hänförligt till delkriterium D.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 30 juli 2008 förordnat att Sydvatten AB inte får avsluta den påbörjade upphandlingen till dess annat beslutas.

DOMSKÄL

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LUF framgår att länsrätten kan 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 länsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

En upphandlande enhet ska enligt 1 kap. 24 § LUF 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 om proportionalitet iakttas.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. De principer som anges i rättsfallet och som avsåg äldre lagstiftning om upphandling, kan enligt länsrättens mening tillämpligt även på nu gällande bestämmelser om upphandling.

I den aktuella upphandlingen återfinns i förfrågningsunderlaget AFB.51 *Värderingsgrunder vid prövning av anbud* där det anges att det anbud som är mest fördelaktigt med hänsyn till följande faktorer kommer att antas

A - Anbudssumman

B - Anbudsgivarens organisation enligt AFL.314 och dess förmåga, utbildning och erfarenhet av likvärdiga uppdrag med angivande av referenser

C – Genomförandebeskrivning innehållande metodbeskrivning och kvalitetskritiska moment, materialförsörjning och logistik, resurser och tidsplan.

D – Kvalitets- och miljöledningssystem enligt AFC 221 och AFC 222.

Vidare anges hur kriterierna viktas mot varandra samt vilka poäng respektive delkriterium kan ge.

Under AFB.51 anges också följande. Vid utvärdering kommer följande aspekter på respektive delkriterie att utvärderas: (...) Delkriterie B: Vid bedömning av den föreslagna organisationens förmåga, utbildning och erfarenhet fästs främst avseende vid

- kompetens och erfarenhet av likvärdiga uppdrag
- samordning, tidsstyrning och leveranssäkerhet
- erfarenhet av kvalificerad egenkontroll och provning

Delkriterie C: Vid bedömning av anbudsgivarens genomförandebeskrivning görs en bedömning av konsekvenserna för beställaren och allmänheten samt

en jämförelse mellan anbudsgivarnas upplägg och bedömning av för- och nackdelar

Delkriterie D: Vid bedömning av kvalitets- och miljöledningssystem fästs främst avseende vid

- tydligt beskrivna ansvar inom organisationen
- uppfyllande av relevanta krav enligt ISO-standarder

För delkriterierna B, C, och D gäller att högsta och lägsta poäng inom respektive delkriterie kommer att bestämmas av skillnader i de olika anbuden. Således kommer hela intervallet (5,0 – 1,0 poäng) endast att tillämpas vid stora skillnader inom respektive delkriterie.

Under AFB.51 anges slutligen det följande. *Begära uppgifter i anbud tillsammans med referenser och beställaren egna undersökningar och erfarenheter kommer tillsammans att ligga till grund för bedömningen.*

Länsrätten gör följande bedömning.

Begreppet "främst" och referenstagning m.m.

Mark o VA gör i länsrätten gällande att det sätt på vilket Sydvatten har utformat förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen strider mot kravet på likabehandling, transparens och affärsmässighet. Det är den upphandlande enheten som bestämmer kriterier och utformning för en upphandling. Dessa godtas om de inte strider mot de principer som uppstår i upphandlingsprocessen. Ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell skall vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Sydvatten AB har i det

aktuella förfrågningsunderlaget - vid de närmare beskrivningarna av hur respektive delkriterie kommer att utvärderas - angett att avseende *främst* kommer att fästas vid vissa angivna faktorerna. Formuleringen medför att förfrågningsunderlaget i viss mån brister i tydlighet och förutsägbarhet. Formuleringen *främst* ger den upphandlande enheten möjlighet att beakta andra, för anbudsgivarna okända kriterier. Sydvatten har dock anfört att man, trots skrivningen om *främst*, endast har beaktat de särskilt angivna faktorerna. Med hänsyn till det anförda anser länsrätten att utformningen av förfrågningsunderlaget härvidlag inte har lett till att Mark o VA lidit skada eller riskerar att lida skada.

Vidare har Sydvatten AB i förfrågningsunderlaget angett att begära uppgifter i anbud tillsammans med referenser och *beställaren egna undersökningar och erfarenheter* kommer tillsammans att ligga till grund för bedömningen. Länsrätten har inte något att erinra mot att beställarens egna erfarenheter delvis läggs till grund för bedömningen avseende upphandlingen. Vad Sydvatten avser med "egna undersökningar" får anses oklart. Mark o VA har dock inte förmått göra det sannolikt att det sagda har påverkat utformningen av deras anbud eller att någon annan anbudsgivare har fått fördelar med anledning av otydligheten i förfrågningsunderlaget. Enligt Sydvatten har man inte tagit egna referenser eller på annat sätt gjort några egna undersökningar utan anbudsutvärdering har skett endast mot bakgrund av uppgifter lämnade i anbudet och de av respektive anbudsgivare angivna referenserna. Länsrätten anser mot bakgrund av det anförda att det inte är sannolikt att Mark o VA har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av denna brist i förfrågningsunderlaget.

Mark o VA gör även gällande att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vilken inbördes vikt de olika faktorerna kommer att tillmätas vid utvärderingen. Vid upphandlingar under tröskelvärdena kan upphandlande enhet enligt 15 kap. 16 § LUF ange hur utvärderingskriterierna viktas vid bedöm-

ning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioriteringsordning. I det aktuella förfrågningsunderlaget har Sydvatten under AFB.51 angett hur utvärderingskriterierna A-D viktas i förhållande till varandra. Någon skyldighet för Sydvatten att dessutom vikta de omständigheter/underkriterier som räknas upp i den närmare beskrivningen av ett visst kriterium har enligt länsrättens mening inte funnits.


Kvalitativa urvalskriterier (kvalificeringskriterier) respektive utvärderingskriterier

Mark o VA angriper den av Sydvatten tillämpade utvärderingsmodellen och hävdar bl.a. att delkriteriet D angående kvalitets- och miljöledningssystem under *Värderingsgrunder vid prövning av anbud* är ett krav som skall bedömas vid kvalificeringen av anbudsgivarna och inte vid utvärderingen. Enligt Mark o VA har Sydvatten inte haft rätt att utvärdera Mark och VA:s och övriga anbudsgivares system. Länsrätten konstaterar härvid att utvärderingskriterier skall ha en koppling till kontraktsföremålet. Krav som avser anbudsgivarens förmåga att utföra projektet utgör inte utvärderingskriterier (jfr EG- domstolens dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, begäran om förhandsavgörande från Symvoulio tis Epikrateias (Grekland)). Kriterier som är att hänföra till anbudsgivarens organisation eller kapacitet, såsom krav på kvalitets- och miljöledningssystem är, såsom också anförts av Mark o VA, att hänföra till kvalificeringsfasen. Det är således inte tillåtet att i utvärderingsfasen utvärdera befintliga kvalitets- eller miljöledningssystem eller poängsätta olika bevis för sådana system eftersom det inte har en koppling till själva föremålet för kontraktet. Sydvatten har i den aktuella upphandlingen utvärderat anbudsgivarnas kvalitets- eller miljöledningssystem och i samband härmed även poängsatt innehavet av ISO-certifiering. Länsrätten finner mot bakgrund av det anförda visat att Sydvatten i det aktuella upphandlingsförfarandet agerat i strid med LUF på ett sådant sätt att

Mark o VA härigenom lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger således. Men hänsyn till att det rör sig om ett otillåtet utvärderingskriterium skall upphandlingen göras om (jfr EG-domstolens dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike).

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)

Mikael Ohlsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

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

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

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

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

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

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

