



SÖKANDE

Svensk Markservice AB, 556420-4823

Ombud: advokaterna Liselott Fröstad och Maja Rothpfeffer
AG Advokat KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

MKB Fastighets AB, 556049-1432
Box 50405
202 14 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2019-01-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Svensk Markservice AB:s ansökan om
överprövning enligt LOU.

BAKGRUND

MKB AB (MKB) genomför en upphandling av Markskötsel 2018, yttre miljö. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande.

Efter utvärdering av inkomna anbud beslutade MKB att tilldela Green Landscaping AB kontrakt. Svensk Markservice rangordnades som nummer två i utvärderingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Svensk Markservice AB (Svensk Markservice) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att MKB ska genomföra en ny utvärdering av anbuden i vilken Svensk Markservice tillerkänns mervärde för Kriterium 3, Organisation. I andra hand yrkar Svensk Markservice att upphandlingen ska göras om.

Av utvärderingsmodellen framgår att mervärde för arbetsledarens kompetens ska erhållas med mellan 0 till 100 000 kr beroende på vilken erfarenhet offererad arbetsledare besitter, där erfarenhet överstigande 10 år genererar maximalt mervärde om 100 000 kr. Att det är möjligt att erhålla delvis mervärde följer av ordalydelsen. Användandet av orden ”max mervärde” anger att det är möjligt att erhålla poäng på en skala mellan 0-100 000 kr för kriteriet.

Svensk Markservice har offererat en arbetsledare som uppfyller de obligatoriska kraven avseende utbildningsnivå, och som har 7 års erfarenhet som arbetsledare. Svensk Markservice borde därför ha erhållit åtminstone 70 000 kr i mervärde för arbetsledarens erfarenhet. År 2016 genomförde MKB en upphandling av Markskötsel 2016, yttre miljö. Upphandlingsföreskrifterna avseende UF 3.52 Prövning av anbud är identiska med nu

aktuella upp-handlingsföreskrifter. Svensk Markservice deltog i upp-handlingen 2016 och erhöll då mervärde för Kriterium 3, Arbetsledare med 50 000 kr. Hade det med tydlighet framgått att erhållande av mervärde överhuvudtaget förutsatte tio års erfarenhet hade Svensk Markservice ut-format sitt anbud på ett annat sätt. Svensk Markservice hade t.ex. kunnat överväga att offerera en annan arbetsledare eller att pressa sitt anbudspris ytterligare.

MKB har brutit mot principerna om likabehandling och transparens genom att inte utvärdera Svensk Markservices anbud i enlighet med vad som föreskrivits i upphandlingsföreskrifterna. Svensk Markservice skulle rätteligen ha tilldelats kontrakt. Svensk Markservice hade tilldelats kontraktet för det fall anbudet hade erhållit ett mervärde om ca 60 000 – 100 000 kr för Kriterium, 3 Arbetsledare. MKB:s felaktiga utvärdering av anbuderna har därför inneburit att Svensk Markservice lidit eller riskerat att lida skada.

För det fallet utvärderingen av anbuderna ska ske på så sätt som MKB genomfört den är MKB:s utvärderingsmetod utformad på ett otydligt sätt. Genomförandet av upphandlingen strider därmed mot principerna om likabehandling och transparens. Det framgår inte av utvärderingsmodellen att mervärdet sätts till 0 kr om arbetsledarens erfarenhet understiger tio år. Enligt principen om likabehandling ska en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör kunna förstå vad som efterfrågas och omfattas av myndighetens bedömningar. Vid föregående upphandling var MKB av samma uppfattning som Svensk Markservice avseende beräkning av mervärde för offererad arbetsledare. Ett förfrågningsunderlag som leder till att en och samma upphandlande myndighet vid olika tillfällen gör olika bedömningar av hur utvärderingen av anbud ska ske är inte klart och tydligt utformat, och en utvärderingsmodell som tillåter den upphandlande myndigheten att tillämpa samma modell på olika sätt lämnar i sig utrymme för godtyckliga bedömningar. MKB:s tillämpning av utvärderingsmodellen

strider därför mot likabehandlings- och transparensprincipen. Otydligheten har resulterat i att Svenska Markservice har erhållit 0 kr i mervärde avseende Kriterium 3, Organisation. Om utvärderingsmodellen hade angett att erhållande av detta mervärde förutsatte att offererad arbetsledare ansvarat för minst 10 års erfarenhet av entreprenadarbeten motsvarande de aktuella kontraktsarbetena hade Svensk Markservice offererat en arbetsledare med denna erfarenhet.

Om MKB:s tolkning av kravet godtas, dvs. att offererad arbetsledare ska ha ansvarat för minst 10 års entreprenadarbeten motsvarande de aktuella kontraktsarbetena, strider detta krav mot proportionalitetsprincipen. Svensk Markservice ifrågasätter inte att arbetsledare med lång erfarenhet kan generera ett mervärde. Ett absolut krav om erfarenhet på minst tio år för att erhålla mervärde är dock alltför långtgående. Det är inte nödvändigt med tio års erfarenhet för att uppfylla syftet att få en fullgod och högkvalitativ tjänst.

Svensk Markservice har lidit eller riskerat att lida skada av bristerna i likabehandling, transparens och proportionalitet i upphandlingen, och upphandlingen ska därför göras om.

MKB anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Utvärdering har skett enligt en mervärdesmodell där anbudssumman minskas med avdrag beroende på vilket mervärde MKB tilldelar respektive anbud. Avseende kriteriet genomförandebeskrivning anges att detta kriterium kommer att bedömas och tilldelas poäng utifrån en femgradig skala där de fem nivåerna kan ge ett på förhand angivet procentuellt mervärde. Avseende kriteriet organisation är det uppdelat på två undermoment. Krav på komplett organisation (max 100 000 i mervärde) och krav på arbetsledarens kompetens och erfarenhet (max 100 000 i mervärde). Fördelningen är

inte, såsom avseende genomförandebeskrivningen, uppdelad på undernivåer. Avseende arbetsledare anges att för maximalt mervärde krävs att arbetsledaren ansvarat för minst 10 års entreprenadarbeten som motsvarar kontraktsarbetena för det entreprenadområde som anbudet avser och att arbetsledaren har viss examen. Någon fördelning av poängen utifrån bedömd procentuell kravuppfyllelse anges inte.

Det framgår tydligt av upphandlingsföreskrifterna hur poäng avseende mervärde kommer att fördelas. Någon procentuell fördelning avseende kriteriet organisation följer inte av dessa föreskrifter. Modellen är tydlig och i enlighet med principerna om likabehandling och transparens. Det vore alltför långtgående att tillmäta användningen av ordet "max" betydelsen att en differentierad poängsättning ska anses följa endast på denna grund, trots frånvaro av reglering om att, och hur, en sådan delvis poängsättning ska genomföras. Det vore en orimlig ordning att frånvaron av ett förtydligande av att delvis poängsättning *inte* kommer att ske innebär att en sådan skyldighet skulle anses föreligga för en upphandlande myndighet.

Kriterierna för att erhålla max mervärde är tydligt formulerade och upphandlingsunderlaget brister därmed inte i transparens. Det framgår tydligt att tio års erfarenhet krävs för mervärde varför det enligt MKB får anses ligga på anbudsgivarens risk för det fall en arbetsledare offereras som inte uppfyller nivån för max mervärde.

Att MKB i en tidigare upphandling tillämpat modellen på ett annat sätt ska inte påverka tolkningen av utvärderingsmodellen i nu aktuell upphandling. Det vore oförenligt med LOU att tillämpa utvärderingskriteriet avseende organisation på ett sådant sätt som Svensk Markservice gör gällande eftersom det saknar stöd i utvärderingsmodellen. Anbudsgivare ska lämna sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud baserat på vad som faktiskt anges

i en upphandling, inte vad som tolkas in utifrån en tidigare upphandling. Påstådda brister i tidigare upphandling och utvärdering låter sig inte heller prövas inom ramen för nu aktuell upphandling

MKB har genomfört en rad upphandlingar av liknande tjänster som den nu aktuella och även hanterat ett flertal avtal avseende nu aktuell tjänst. Av återkoppling från anställda och från hyresgäster framgår att tjänstens karaktär medför ett stort behov av en tämligen erfaren och välutbildad arbetsledare. Kravet 10 års erfarenhet för mervärde är direkt hänförligt till MKB:s kvalitetskrav, hyresgästernas krav på en trevlig närmiljö och MKB:s erfarenhet av liknande upphandlingar. Erfarenhetens betydelse har en direkt koppling till kontraktets föremål och är både lämpligt och nödvändigt för att uppnå det efterfrågade syftet: en fullgod och högkvalitativt utförd tjänst. Kravet på tio års erfarenhet för max mervärde är anpassat efter MKB:s behov och går inte utöver vad som är nödvändigt för att uppfylla upphandlingens syfte. Kravet är relevant, transparent och har direkt koppling till upphandlingsföremålet.

Eftersom Svensk Markservice uppger att de besitter en tillräckligt erfaren arbetsledare som hade kunnat offereras har MKB:s uppställda krav inte verkat utestängande för Svensk Markservice. Om kravet skulle bedömas som oproportionerligt har Svensk Markservice således inte lidit eller riskerat att lida skada på grund av den anförda bristen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har

ludit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis vad Svensk Markservice har anfört om att utvärderingsmodellen brister i likabehandling och transparens avseende tilldelningskriteriet arbetsledarens erfarenhet.

Avseende tilldelningskriteriers utformning har EU-domstolen uttalat att de ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, Siac, p. 42).

Av upphandlingsföreskrifterna, UF3.52 Prövning av anbud, framgår att grunden för antagande av anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till pris för samtliga bostadsområden, genomförandebeskrivning och organisation. Utvärdering av anbud sker genom mervärdesprincipen där totalpriset för entreprenaden enligt anbudsformuläret utgör utvärderingssumman. Utvärderingssumman minskas därefter med ett avdrag beroende på vilket värde myndigheten tilldelar respektive anbud enligt fastställda kriterier. Följande gäller för utvärderingen:

1. Anbudssumma	Enligt anbudsformulär
Utvärderingskriterie	Max mervärde
2. Genomförandebeskrivning	100.000
3. Anbudssumma varav	200.000
3.1 Kompletta organisationsbeskrivning	100.000
3.2 Arbetsledarens erfarenhet	100.000

Vidare framgår följande av samma avsnitt:

Om erbjuden arbetsledare har nedanstående kompetens (redovisas i CV)

- I rollen som arbetsledare ansvarat för minst 10 års entreprenad-arbeten som motsvarar kontraktarbetena för det entreprenad-område som anbudet avser
- Trädgårdsingenjörsexamen/Trädgårdsmästare/Landskapsarkitekt eller motsvarande akademisk utbildning.

Att arbetsledarens erfarenhet enligt en tabell kan ge "max mervärde" antyder enligt förvaltningsrätten att det vid utvärdering finns möjlighet att få mindre än det maximala mervärdet. Det framgår dock senare i samma avsnitt att mervärde avseende arbetsledare ges under förutsättning att arbetsledare både har ansvarat för minst 10 års entreprenadarbeten som motsvarar kontraktarbetena för entreprenadområdet och har viss utbildning. Någon skrivning om att procentuell fördelning eller något annat delvis bestämt mervärde ges för arbetsledarens erfarenhet finns inte.

Oavsett hur liknande skrivningar, eller samma skrivning, har tillämpats i tidigare upphandlingar anser rätten att upphandlingsföreskrifterna klart och tydligt anger att mervärde ges för arbetsledare endast under förutsättning både att arbetsledaren ansvarat för minst tio års entreprenadarbeten som motsvarar kontraktarbetena för det entreprenadområde som anbudet avser och att arbetsledaren har efterfrågad utbildning. Vad Svensk Markservice

anfört visar således inte att det föreligger någon brist i transparens eller lika-behandling i upphandlingen. Annat har följaktligen inte heller framkommit än att MKB förfarit korrekt vid utvärderingen av Svensk Markservice anbud avseende Kriterium 3, Organisation.

Frågan är då om det finns anledning att ingripa i upphandlingen på grund av vad Svensk Markservice anfört om att utvärderingsmodellen brister i proportionalitet avseende tilldelningskriteriet arbetsledarens erfarenhet.

Tilldelning i upphandlingen sker utifrån vilket anbud som ger det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet (jfr 16 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet har stor frihet att inom de ramar som ges av LOU och de allmänna principerna för upphandling själv utforma sin upphandling och välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas. En utvärderingsmodell ska vara utformad på ett sådant sätt att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. De krav som myndigheten ställer upp får inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster, och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten och LOU. Myndigheten får inte ges en obegränsad valfrihet vid tilldelning av kontrakt (jfr t.ex. RÅ 2002 ref. 50, RÅ 2010 ref. 78 och EU-domstolens dom den 4 december 2003 i mål C-448/01, Wienstrom).

Enligt proportionalitetsprincipen får en upphandlande enhet inte ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och är ändamåls-enligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Åtgärden i fråga får alltså inte gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen (jfr prop. 2006/07:128 s. 132 och 155).

En proportionalitetsbedömning sker vanligen i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet (jfr HFD 2016 ref. 37 I och II).

Som framgår ovan anges det i upphandlingsdokumenten att mervärde för arbetsledare kan ges om arbetsledaren har ansvarat för minst 10 års entreprenadarbeten som motsvarar kontraktsarbetena för entreprenadområdet och har viss utbildning. Det är fråga om ett utvärderingskriterium, inte något obligatoriskt krav i upphandlingen. Det finns således inget hinder för anbudsgivare att lämna anbud – och tilldelas kontrakt – oavsett om arbetsledaren har kortare erfarenhet än 10 år.

MKB har anfört att tjänstens karaktär medför ett stort behov av en tämligen välutbildad och erfaren arbetsledare, eftersom de som arbetar med utförandet av tjänsterna ofta är korttids- eller säsonganställda och unga, orutinerade och/eller saknar utbildning inom området. Enligt MKB är den arbetsledning och handledning som de anställda ges är avgörande för kvaliteten på utförandet av tjänsten.

Enligt förvaltningsrätten framstår det som en lämplig, effektiv och ändamålsenlig åtgärd att ge mervärde för arbetsledarens erfarenhet, liksom att mervärde endast ska ges för arbetsledare med relativt lång erfarenhet. Med hänsyn till myndighetens stora frihet att bestämma och utforma sina tilldelningskriterier, MKB:s kunskap om att arbetsledarens erfarenhet är av stor betydelse för tjänstens kvalitet, samt med hänsyn till att det inte är fråga om ett obligatoriskt krav utan ett kriterium för mervärde, anser

förvaltningsrätten inte heller att det aktuella tilldelningskriteriet går utöver vad som är lämpligt med hänsyn till syftet med det uppställda kriteriet. Enligt rätten är tilldelningskriteriet avseende arbetsledarens erfarenhet vidare ägnat att identifiera det anbud som ger det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, dvs. det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det finns således inte skäl för ingripande i upphandlingen på den anförda grunden.

Sammanfattningsvis har Svensk Markservice inte förmått visa att MKB brutit mot LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna vid genomförandet av upphandlingen. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU, varför Svensk Markservices ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Anders Mattsson

Susanne Axelsson har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

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

Vilken dag går tiden ut?

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

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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

