



SÖKANDE

D.N. Trädgård & Markskötsel Kommanditbolag, 969684-7251

Ombud: Isac Özcan
Izze legal services
Sköntorpsvägen 27
120 38 Årsta

MOTPART

Botkyrka kommun, Samhällsbyggnadsnämnden

Ombud: Advokat Natalie Svensson
Advokatfirman dNovo Helsingborg HB
Box 1108
251 11 Helsingborg

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-08-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun (kommun) genomför en upphandling benämnd ”Driftentreprenad Hallunda-Norsborg-Alby-Fittja”, dnr 2018:754. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut som meddelats den 28 februari 2019 framgår att kommunen har beslutat anta anbud från annan anbudsgivare än D.N. Trädgård & Markskötsel (härefter benämnt DNTM).

DNTM ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Utvärderingsmodellen

Kommunen har tillämpat en muntlig utvärderingsmodell i upphandlingen. En förutsättning för att kunna använda muntlig utvärdering är att förutsättningarna för det är helt transparenta, t.ex. vad gäller kriterier, poängsättning och utvärdering. Dessutom måste kommunen ha underlag för den utvärdering som gjorts, t.ex. genom protokoll, ljud- och videoupptagningar m.m. I den aktuella upphandlingen har utvärderingsmodellen saknat grunder, kriterier och riktlinjer. Det har därför inte funnits möjligheter att planera en muntlig presentation och erhålla bra resultat. Den muntliga utvärderingen har inte heller något stöd i skrift eller ljud- och videoupptagning. Eftersom kommunen har uppställt dolda kriterier har kommunen handlat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Intressekonflikt

Den upphandlande myndigheten har inte dokumenterat muntlig kontakt med potentiell leverantör och det finns därför ingen möjlighet att styrka vad som

har framkommit vid de muntliga presentationerna. DNTM har efter att ha varit i kontakt med kommunen fått information som inte överensstämmer med vad som framkommit vid de muntliga presentationerna. Den vinnande anbudsgivaren har vidare sedan tidigare haft ett mycket nära samarbete med kommunen, vilket föranleder misstankar om att upphandlingen inte skett på lika villkor. Upphandlingsprocessen har hanterats dubiöst med en leverantör som sedan flera år tillbaka har varit leverantör i likartade entreprenader för kommunens räkning. Genom att utelämna utvärderingskriterier och poängsättning för de muntliga utvärderingarna har ett för stort utrymme för orätt lämnats. Det finns heller ingen bevisning för vad som har framkommit och vad som inte har framkommit. EU-domstolen har i rättsfallet C-538/13 *eVigilo* funnit att betydligt mindre allvarliga omständigheter utgör en avvikelse från principen om likabehandling.

Övriga fel i upphandlingen

Den aktuella upphandlingen har hanterats bristfälligt vid två tidigare tillfällena, vilket har lett till att upphandlingen har avbrutits och att tilldelningsbeslut har dragits tillbaka. Kommunen har vidare först i efterhand, efter påtryckningar från DNTM, utfärdat ett uppdaterat tilldelningsbeslut med korta tilläggsuppgifter om vilken poäng anbudsgivare erhållit. Det uppdaterade tilldelningsbeslutet innehåller vidare felaktigheter, t.ex. har den vinnande anbudsgivaren erhållit betyget ”bra”, men tilldelats poäng för ”mycket bra”. De priser som DNTM har offererat i upphandlingen har även varit felaktigt beräknade, dock till DNTM:s fördel. Kommunen har efter den muntliga presentationen begärt in skriftliga ”stödpunkter” av samtliga anbudsgivare. Dessa har enligt den upphandlingsansvarige inte legat till grund för utvärderingen, men har ändå begärts in. DNTM har begärt ut underlagen för beslutet av poängsättningen, men har fått till svar att det inte finns mer offentliga underlag än den motivering som angetts i tilldelningsbeslutet.

Skada för DNTM

Det föreligger allvarliga fel i upphandlingens genomförande avseende utvärdering, transparens, professionalism, likabehandling m.m. Om kommunen hade lämnat erforderliga uppgifter angående utvärderingsmodellen hade det medfört att DNTM och övriga anbudsgivare kunnat delta på lika villkor. DNTM:s prissättning är mer fördelaktig för kommunen än de övriga anbudsgivarnas. Bolaget har därför på ett tillräckligt konkret sätt visat att det har eller kan komma att lida skada. Bolaget har även åsamkats skada genom att kommunen har handlat i strid med 6 kap. 7 § LOU.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

Utvärderingsmodellen

Förfrågningsunderlaget är transparent i fråga om de krav som uppställts samt vilka kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Kommunen har vidare utvärderat anbudet i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Anbudet har utvärderats utifrån grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet, varvid pris viktas med 75 procent och kvalitet med 25 procent. Utvärderingen har baserat sig på en personlig presentation av anbudet om 1 timme. Av upphandlingsdokumentet framgår att bedömningen av kvalitet (presentationen) baserar sig på anbudsgivarens organisation enligt följande.

Bedömning av anbudsgivarens resurser vid backup vid ordinarie resurser frånvaro; såväl personella som maskinella

I de särskilda föreskrifterna (SF) beskrivs på ett tydligt sätt vilka krav kommunen har uppställt avseende organisation, personal och arbetsledning.

I SF3 anges bl.a. att arbetsledning skall kunna planera och styra egen eller UE:s resurs så att personal med rätt fackkunskap inställer sig och att inte stillestånd eller dröjsmål enligt tider i SF4 sker. E är skyldigt att utan oskäligt dröjsmål byta ut sådan avtalsansvarig arbetsledning vilken B anser saknar krävd kompetens. Nyckelpersoner och personer med kompetenskrav, får ej bytas ut under avtalsperioden utan B:s skriftliga medgivande.

Kravet innebär således att anbudsgivaren ska kunna redovisa sina rutiner vid frånvaro samt tillgång till maskiner och förare så att arbetet kan upprätthållas vid frånvaro (backup). Poängsättningen har baserats på hur väl anbudsgivaren kunnat uppfylla kravet på en skala mellan mycket bra (visat på mycket bra uppfyllande av kravet) och mycket dåligt (visat på mycket dåligt uppfyllande av kravet). För DNTM:s del har den sammantagna bedömningen i arbetsgruppen varit att anbudsgivarens plan för resurser vid backup vid ordinarie resursers frånvaro ska tilldelas betyget "Dåligt".

Bedömningen av anbudsgivarens plan för uppdragets genomförande

I SF3.422 i de särskilda föreskrifterna under rubriken *Entreprenörens kvalitetsplan* anges att anbudsgivaren i samband med upphandlingen ska kunna redovisa kvalitetssäkring samt kvalitetsplan som beskriver hur arbetet kommer att utföras för entreprenadens olika typer av ytor, enligt bilagda handlingar. Det anges vidare att "I samband med upphandlingen skall E redovisa hur tillsyn och skötselarbetet kommer att bedrivas och genomföras".

Kravet innefattar således att anbudsgivaren ska kunna redovisa en kvalitetsplan som beskriver hur arbetet kommer att utföras för entreprenadens olika typer av ytor. Poängsättningen har baserats på hur väl anbudsgivaren kunnat uppfylla kravet på en skala mellan mycket bra och mycket dåligt. För DNTM:s del har den sammantagna bedömningen i

arbetsgruppen varit att anbudsgivarens plan för uppdragets genomförande ska ges betyget "Dåligt". Anbudsgivaren har vid presentationstillfället inte tydligt beskrivit hur uppdraget kommer att genomföras i relation utifrån ställda krav, samarbete och relation till beställarna – vilket enligt förfrågningsunderlaget ska framgå av kvalitetsplanen.

Bedömning av anbudsgivarens till uppdraget tilltänkta personals bakgrund, erfarenhet och kompetens

I SF3.3 i de särskilda föreskrifterna under rubriken *Personal* anges att "E:s personal inklusive personal hos UE ska ha erforderlig utbildning, erfarenhet, behörighet och språkkunskap för sina arbetsuppgifter."

Kravet innefattar således att anbudsgivaren ska kunna redovisa den personal som ska utföra uppdraget. Poängsättningen har baserats på hur väl anbudsgivarens personal anses kunna utföra uppdraget på en skala mellan mycket bra och mycket dåligt. För DNTM:s del har den sammantagna bedömningen i arbetsgruppen avseende det aktuella utvärderingskriteriet varit att anbudet ska ges betyget "Dåligt". I presentationen redogjorde anbudsgivaren inte för den för uppdraget tilltänkta personalens bakgrund, erfarenhet och kompetens.

Av det ovanstående framgår således att det i förfrågningsunderlaget på ett tydligt och transparent sätt angetts vad som ska utvärderas, dvs. utvärderingskriterierna samt vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen. Utvärderingen är således både transparent och förutsebar. För en rimligen upplyst anbudsgivare torde det inte råda något tvivel om vad som ska beskrivas och redogöras för under presentationen. Om DNTM hyst några tvivel kring betydelsen av förfrågningsunderlaget och utvärderingen har bolaget dessutom haft möjlighet att ställa frågor under fråga/svar-perioden. Det har bolaget inte gjort. Kommunen har genomfört utvärderingen i

enlighet med kriterier och har presenterat en utförlig beskrivning av sin bedömning i tilldelningsbeslutet. Kommunen är inte skyldig att redovisa eventuellt arbetsmaterial och har överhuvudtaget ingen skyldighet att spela in vare sig ljud eller film av presentationerna.

Vad gäller utvärderingen av kvalitetskriterierna (presentationen) ska det noteras att samma utvärderingsgrupp bestående av totalt sex representanter från Botkyrkabyggen AB och kommunen har deltagit i bedömningen av samtliga anbudsgivares presentationer. En sammanvägd bedömning av respektive anbudsgivare har skett av utvärderingsgruppen, vilken har redogjorts för i tilldelningsbeslutet. Gruppens sammansättning, det faktum att samtliga representanter deltagit vid samtliga presentationer samt det faktum att utvärderingen har skett genom en sammanvägd bedömning borgar för att utvärderingen har utförts på ett lagenligt sätt samt i enlighet med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU. Transparensprincipen innebär dock inte någon skyldighet att redovisa enskilda bedömningar eller redovisa arbetsanteckningar.

Intressekonflikt

DNTM:s påstående om intressekonflikt på grund av att en tidigare leverantör har deltagit i upphandlingen samt utvärderats saknar grund. Ett tidigare kontrakt med en av leverantörerna medför inte heller att transparensprincipen utsträcks.

Övriga påstådda brister

Att upphandlingen har behövt avbrytas tidigare samt att tilldelningsbeslutet justerats berör inte den nuvarande processen. Dock ska påpekas att DNTM har deltagit även vid de tidigare upphandlingarna, vilket innebär att bolaget har haft många tillfällen att ställa frågor och begära förtydliganden i de delar

som bolaget först nu i överprövningsprocessen påstår är otydliga. Det har DNTM försummat. Det stämmer inte att kommunen har begärt in skriftliga stödpunkter av samtliga anbudsgivare. Övriga anbudsgivare har självmant lämnat in skriftliga och elektroniska versioner av sina presentationer. Utvärderingen har således grundats enbart på presentationen. DNTM har också getts möjlighet att lämna presentationen elektroniskt eller i pappersform. Kommunen anser sammanfattningsvis att upphandlingen har baserats på ett klart och tydligt underlag och att kommunen har agerat i enlighet med LOU och de grundläggande principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 12 kap. 14 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av upphandlingens anbudsformulär framgår att anbudsutvärderingen kommer att ske i tre steg och att de tre anbudsgivare, vars anbud uppfyller samtliga uppställda krav och har lägst totalpris, kommer att kallas till en personlig presentation av sitt anbud. Vidare framgår att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt kommer att antas med hänsyn till följande utvärderingskriterier.

A: Anbudspriser: 75%
B: Anbudsgivarens presentation: 25 %

Av anbudsformuläret framgår vidare att utvärderingskriteriet *Anbudsgivarens presentation* är uppdelat i följande underkriterier.

- Till uppdraget tillänkta personalens bakgrund, erfarenhet och kompetens (max 60 p).
- Anbudsgivarens resurser vid backup vid ordinarie resursers frånvaro såväl personella som maskinella (max 20 p).
- Anbudsgivarens plan för uppdragsgenomförande (max 20 p).

I samma dokument anges att bedömningen ger upphov till olika poäng beroende på vilket betyg ("Mycket bra", "Bra", "Dåligt" eller "Mycket dåligt") som tilldelas för respektive utvärderingskriterium. I ett annat upphandlingsdokument (särskilda föreskrifter) har bl.a. angetts vilka krav som uppställs på anbudsgivarens organisation, personal och arbetsledning. Av tilldelningsbeslutet framgår att DNTM har tilldelats betyget "Dåligt" för samtliga tre utvärderingskriterier. I beslutet har vidare lämnats en förklaring till betygsättningen.

Förvaltningsrättens bedömning

Påstådda brister i utvärderingsmodellen

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns något hinder i LOU för att under en upphandling hålla muntliga presentationer, men att sådana presentationer ska följa de grundläggande principerna för upphandling. Förvaltningsrätten finner att det av upphandlingsdokumenten framgår att, och under vilka förutsättningar, en muntlig presentation ska hållas. Kommunen kan därför inte anses ha brutit mot någon grundläggande upphandlingsrättslig princip genom att tillämpa en muntlig presentation inför utvärderingen. Fråga är då om den tillämpade utvärderingsmodellen har utformats i strid med principerna om transparens och likabehandling.

Av principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sådant sätt att varje leverantör, med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten, kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i upphandlingsdokumentens alla delar. EU-domstolen har uttalat att tilldelningskriterierna ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. C-19/00 SIAC Construction, punkt 42-44). Av RÅ 2002 ref. 50 framgår emellertid att de skiftande förhållande som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

Enligt förvaltningsrättens mening är den information som har lämnats i anbudsformuläret om prövning och utvärdering av anbud alltför knapphändig för att en anbudsgivare ska förstå vad denna ska redovisa vid sin

presentation för att tilldelas en hög poäng för respektive utvärderingskriterium. I de särskilda föreskrifterna, som också utgör en del av upphandlingsdokumenten, anges dock vilka krav som uppställs beträffande personal, arbetsledning och kvalitetsplan. Mot bakgrund av att dessa områden har en nära anknytning till de i anbudsgivarens angivna utvärderingskriterierna anser förvaltningsrätten att en anbudsgivare med ledning härav bör ha kunnat förstå att den upphandlande myndigheten, genom presentationen, har velat få en bild av hur pass väl anbudsgivaren kommer att uppfylla de krav som uppställts inom dessa områden och att det är detta som kommer att betygsättas. Även om kopplingen mellan tillämpade utvärderingskriterier och uppställda krav skulle kunna ha tydliggjorts på ett bättre sätt anser förvaltningsrätten att den sammanlagda information som finns i de båda upphandlingsdokumenten får anses tillräcklig för att en anbudsgivare ska kunna förstå vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen.

Förvaltningsrätten anser därför att utvärderingsmodellen, med beaktande av vad som anges i anbudsgivarens angivna föreskrifterna, inte har utformats i strid med principerna om transparens och likabehandling. Enligt förvaltningsrättens mening öppnar utvärderingsmodellen inte för godtyckliga eller osakliga bedömningar. Det har heller inte framkommit att utvärderingen av anbuderna har skett i strid med vad som angetts i upphandlingsdokumenten. Med anledning av att det har funnits en möjlighet för anbudsgivare att lämna in en sammanställning av sin presentation anser förvaltningsrätten att det inte har framkommit att dokumentationen i detta avseende har varit bristfällig. Mot bakgrund härav saknas skäl till ingripande enligt LOU med anledning av vad DNTM har anfört i denna del.

Intressekonflikt

Vad DNTM har anfört om att den vinnande leverantören tidigare har haft ett mycket nära samarbete med kommunen utgör, enligt förvaltningsrättens mening, inte i sig tillräckliga skäl för att ifrågasätta att utvärderingen skett på ett opartiskt sätt. Förvaltningsrätten finner inte heller i övrigt visat att det förelagat en intressekonflikt i upphandlingen. Skäl för ingripande med anledning av vad som anförts i denna del saknas därför.

Övriga påstådda brister

DNTM har anfört att det har förekommit felaktigheter i tilldelningsbeslutet avseende betygsättningen för den vinnande anbudsgivaren. Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att den felaktiga betygsättningen beror på en felskrivning från kommunens sida. Med hänsyn härtill och då det inte framkommit att DNTM har lidit eller kan komma att lida skada till följd av denna brist anser förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande med anledning av vad bolaget har anfört i denna del. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att eventuella brister i tidigare avbrutna upphandlingar eller i tidigare meddelade tilldelningsbeslut inte kan utgöra grund för ingripande i nu aktuellt mål. Förvaltningsrätten anser inte heller att det har framkommit att det i övrigt finns skäl för ingripande med anledning av vad bolaget har anfört i denna del.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det inte har framkommit skäl för ingripande enligt LOU, varför ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Nathalie Lacotte
Förvaltningsrättsfiskal

Carina Westin har varit föredragande.



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.

