

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 12

DOM
2014-11-25
Meddelad i
GöteborgMål nr
10531-14**SÖKANDE**Green Landscaping AB, 556773-4800
Ruskvädersgatan 15
418 34 GöteborgOmbud: Evelina Gustavsson
Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping**MOTPART**Bostads AB Poseidon, 556120-3398
Box 1
424 21 AngeredOmbud: Jur.kand. Johan Lidén
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Kungstorget 2
411 17 Göteborg**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Green Landscaping AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 299740

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Bostads AB Poseidon (Poseidon) har genomfört en upphandling av skötsel av utemiljön i distrikt Centrum genom ett selektivt förfarande. Enligt tilldelningsbeslut har Svensk Markservice AB tilldelats kontrakt avseende delområde 1-3 och Green Landscaping AB (Green Landscaping) avseende delområde 4.

YRKANDEN M.M.

Green Landscaping yrkar att förvaltningsrätten ålägger Poseidon att göra om upphandlingen på ett sätt som är förenligt med LOU och de grundläggande principerna. Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande.

Av anbudsinbjudan framgick att priset skulle viktas 50 procent vid utvärderingen och att erbjuden kvalitet skulle viktas 50 procent. Kvaliteten skulle bedömas vid en senare intervju och den anbudsgivare som bäst ansågs uppfylla Poseidons önskemål skulle erhålla tio poäng för respektive fokusområde.

Av senare mottagen inbjudan till anbudsintervju framgick att poäng för kvalitet skulle bedömas enligt en utvärderingsmodell där två, sex eller tio poäng kunde erhållas för varje fokusområde. Det innebar att det inte längre enbart var *den* anbudsgivare som bäst uppfyllde Poseidons önskemål som skulle tilldelas tio poäng. Enligt den nya utvärderingsmodellen kunde samtliga anbudsgivare tilldelas tio poäng så länge kriterierna var uppfyllda. Poängskalan enligt den här nya modellen avsåg dessutom färre steg, tre steg, än den tiogradiga skalan som presenterats i den ursprungliga utvärderingsmodellen.

Bolaget valde att erbjuda en mycket hög kvalitet i upphandlingen för att öka möjligheten att tilldelas kontrakt. Eftersom kvalitet och pris har ett naturligt samband lämnade bolaget ett anbud i relation till den höga kvalitetsnivån. Den förändrade utvärderingsmodellen, med de standardiserade kvalitetskriterierna, ändrade förutsättningarna för anbudsgivningen. Eftersom kvalitetskriterierna låg på en sådan standardiserad nivå att flera anbudsgivare skulle få samma poäng för kvalitet skulle även priset nu komma att få genomslag vid utvärderingen. Detta bekräftades av tilldelningsbeslutet av vilket det framgick att samtliga anbudsgivare fått samma totala kvalitetspoäng och priset blev därför avgörande.

Förutom bristande förutsebarhet ger en förändring av utvärderingsmodellen under upphandlingens gång den upphandlande myndigheten fri prövningsrätt. Poseidon har genom sitt förfarande frångått principen om transparens och likabehandling. Om upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU hade bolaget haft möjlighet att tilldelas kontrakt för fler delområden. Bolaget har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Formuleringen i anbudsinvjudan kan inte tolkas på annat sätt än att enbart en anbudsgivare kan erhålla tio poäng per kvalitetspunkt. För det fall Poseidon hade velat förmedla en maxpoäng hade Poseidon enkelt kunnat ange att maxpoäng för respektive kvalitetspunkt är tio poäng. Det faktum att Poseidon angivit att anbudsgivare i god tid skulle erhålla underlag till intervjufrågor och bedömningskriterier förändrar inte det faktum att utvärderingens poängställning har fastställts under ett senare skede.

För det fall att förutsättningarna för maxpoäng inte hade ändrats och samtliga kriterier och underkriterier hade varit fastställda redan i anbudsinvjudan hade Green Landscaping uppenbarligen offererat ett lägre pris, annars hade det inte funnits anledning att begära överprövning. Om utvärderingsmodellen med kriterier och underkriterier hade presenterats redan i anbuds-

inbjudan hade det, för varje anbudsgivare som känner sina konkurrenter, varit uppenbart att samtliga konkurrenter skulle komma att erhålla samma poäng för kvalitet och att priset därmed skulle bli avgörande. Eftersom tiden för frågor hade gått ut innan förfrågningsunderlaget förändrades fanns det ingen möjlighet för bolaget att ställa en fråga om detta eller ändra det av bolaget lämnade priset.

Poseidon anser att ansökan ska avslås och anför huvudsakligen följande.

I förfrågningsunderlaget som tillställdes leverantörerna som bjudits in att lämna anbud gavs tydlig information om vad som skulle värdesättas och bedömas inom utvärderingskriteriet ”kompetens för det aktuella uppdraget” med underkriterier.

I den kompletterande informationen inför intervjuförfarandet, i enlighet med vad som angetts i anbudsinvjudan, angavs bl.a. att varje underkriterium skulle poängsättas med tio poäng, sex poäng eller två poäng. Den kompletterande informationen inför intervjuförfarandet innebär inte att förutsättningarna för anbudsgivning har ändrats. Avsikten med formuleringen om att ”den anbudsgivare som bäst uppfyller våra önskemål på respektive punkt 1-5 ovan får 10 poäng per punkt” var att kommunicera att tio poäng var maxpoängen. Avsikten var inte att kommunicera att en relativ utvärderingsmodell skulle användas, dvs. att anbudsgivare poängsätts i relation till den anbudsgivare som har högst kvalitet. En normalt omsorgsfull anbudsgivare borde ha uppfattat formuleringen som en upplysning om möjlig maxpoäng. Av anbudsinvjudan framgår att den bäste anbudsgivaren erhåller tio poäng, vilken poäng den näst bäste anbudsgivaren ska erhålla anges inte. I en relativ kvalitetsutvärdering finns det dessutom inget som hindrar att flera anbudsgivare erhåller maxpoäng. Även i en relativ modell ska samma kvalitet ge samma poäng.

Anbudsinbjudan innehöll tydlig information om vad som skulle värdesättas inom ramen för kvalitetsutvärderingen. Den kompletterande informationen inför intervjuförfarandet har inte ändrat principerna för poängsättningen, utan enbart förtydligat principerna för poängsättningen.

Green Landscaping har inte lidit eller riskerat att lida skada. Anbudsgivarna har inte kunnat dra några säkra slutsatser om exakt poängspridning mellan bästa och näst bästa anbud när det gäller kvalitet. Vidare gäller förstås att anbudsgivarna inte heller kan veta vilken kvalitet övriga anbudsgivare kan komma att offerera. Green Landscaping har därför – i likhet med övriga anbudsgivare – haft alla skäl att offerera sitt mest konkurrenskraftiga pris i upphandlingen. Enligt Poseidons uppfattning har Green Landscaping inte anfört något som belägger påståendet att bolaget skulle ha offererat ett annat pris om den kompletterande informationen om kvalitetspoängsättningen varit känd vid anbudstillfället. Bolaget har också haft möjlighet att ställa frågor om det bedömdes att ytterligare information var nödvändig för att kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (1 kap. 9 § LOU).

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först

sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Utredningen

I anbudsinbjudan och informationen inför anbudsintervjuer anges bl.a. följande.

Inbjudan att lämna anbud

Den anbudsgivare som bäst uppfyller våra önskemål på respektive punkt 1-5 ovan får 10 poäng per punkt. Man kan alltså erhålla 50 omdömespoäng totalt om man bedöms vara bäst på alla 5 punkterna.

Anbudsgivaren kommer i god tid innan intervjun erhålla underlag till de frågor inklusive bedömningskriterier som ställs under intervjun.

Anbudsgivare med högst poängsumma totalt (pris och kompetens) kommer att tilldelas uppdraget.

Information inför anbudsintervju

Detta är en kompletterande information som beskriver omfattningen och innehållet i den anbudsintervju som vi kommer att göra som en del i upphandlingen av

"Skötsel av utemiljö distrikt Centrum".

Röd text känner ni igen från anbudsinbjudan och svart text är ny text, förtydliganden och/eller tillägg till den information ni tidigare fått. Följande fokusområden kommer att tas upp vid intervjun:

1. *Kvalitets och hållbarhetsarbete på produktionsnivå*
/.../

Bedömningskriterier

10p /.../

6p /.../

2p /.../

Den anbudsgivare som bäst uppfyller våra önskemål på respektive punkt 1-5 ovan **kan få** 10 poäng per punkt. Man kan alltså erhålla 50 omdömespoäng totalt **om man bedöms uppfylla samtliga kriterier** på alla 5 punkterna.

Förvaltningsrättens bedömning

Green Landscaping gör i målet gällande att bolaget uppenbarligen skulle ha lämnat ett lägre pris om man vetat att Poseidon skulle ändra utvärderingsmodellen och att bolaget därmed lidit eller riskerat att lida skada på grund av den nya informationen.

Högsta förvaltningsdomstolen har 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 inte bryter mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten (RÅ 2002 ref. 50).

Anbudsgivare ska underrättas om samtliga tilldelningskriterier som den upphandlande enheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och, om möjligt, kriteriernas vikt i förhållande till varandra. Detta mot bakgrund av principen om likabehandling och den härav följande skyldigheten att möjliggöra insyn (transparens), se Lex. mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien, punkt 88, C-19/00, SIAC Construction, punkt 41-44 och C-S32/06, Lianakis, punkt 34-38.

När det gäller frågan om urval vid selektivt förfarande har EU-domstolen uttalat bl.a. att då ett kontrakt ska tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn (transparens) iakttas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller anbud (C-470/99 Universale-Bau AG, p.93).

Förvaltningsrätten konstaterar att det har varit möjligt för anbudsgivarna att utläsa av anbudsinvjudan vilka kriterier som skulle tillämpas och krite-

riernas inbördes vikt i förhållande till varandra. I information om anbudsintervju angavs vidare vad Poseidon skulle komma att tillmäta betydelse vid utvärderingen av varje underkriterium. Det kan finnas anledning att ifrågasätta Poseidons val av formuleringar angående tilldelning av poäng eftersom lydelsen i anbudsinbjudan kan ge intrycket att endast en anbudsgivare kunde erhålla tio poäng, vilket inte var fallet. Alla anbudsgivare har emellertid behandlats lika och getts samma möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud med ledning av vad som framgått av anbudsinbjudan. Förvaltningsrätten anser därför att förfrågningsunderlaget sammantaget uppfyller kraven på likabehandling och transparens.

För att det ska finnas förutsättningar för ingripande enligt LOU måste den som ansöker om överprövning kunna klargöra på vilket sätt han har lidit eller kan komma lida skada till följd av den eller de brister som har påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53). Vad Green Landscaping har anfört om att bolaget uppenbarligen skulle ha angett ett annat pris om bolaget hade vetat om de ändrade förutsättningarna är endast påståenden som bolaget inte har angett något stöd för. Med ledning av vad bolaget har anfört anser inte förvaltningsrätten att bolaget förmått göra sannolikt att bolaget, på grund av informationen om anbudsintervjun, skulle ha lämnat ett annat pris. Bolaget har därmed inte visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada genom de förtydliganden som framkommit om utvärderingsmodellen genom informationen om anbudsintervjuerna. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Maria Jolfors Detert
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Lina Bergkvist



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.