



SÖKANDE

Infratek Sverige AB, 556702-6934
Box 42002
126 12 Stockholm

Ombud: advokaten Mikael Lindberg
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

Eslövs kommun
241 80 Eslöv

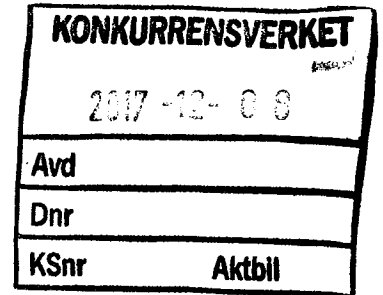
Ombud: advokaten Per-Ola Bergqvist och bitr. juristen Linnea Lindberg
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 28
211 34 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Infratek Sverige AB:s ansökan och förordnar att Eslövs kommuns upphandling ”Drift och underhåll av offentlig belysning” ska göras om.



BAKGRUND

Eslövs kommun genomför upphandling benämnd ”Drift och underhåll av offentlig belysning”. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 28 juni 2017 ska kontrakt tilldelas Vattenfall Services Norden AB.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Infratek Sverige AB (Infratek) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till grund för talan anförs i huvudsak följande.

Kommunens upphandling strider mot de grundläggande principerna i LOU då kommunens utvärdering är så otydligt utformad att det inte går att utläsa hur utvärderingen ska ske och vilka mervärden som anbud kan ges. På grund av utvärderingskriteriernas utformning har kommunen också haft en obegränsad möjlighet till skönsmässiga bedömningar. Därutöver innebär utvärderingsmodellen inte att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas eftersom utvärderingsmodellen tar hänsyn till faktorer som inte avser genomförande av kontraktet.

Infratek Sverige AB har lidit eller riskerat att lida skada till följd av bristerna i upphandlingen. Bristerna har inneburit att Infratek inte har kunnat förstå vad som efterfrågas och därmed inte har haft möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Vidare innebär bristerna att det finns risk för att andra anbud fått högre mervärdesavdrag trots att det inte är motiverat utifrån vad som anges i upphandlingen.

Enligt upphandlingsföreskrifterna används en utvärderingsmodell där ett fiktivt anbudspris beräknas utifrån prissatta arbeten i upphandlingen. An-

givna utvärderingskriterier ges därutöver ett mervärde i kronor som dras av från anbudspriset. Upphandlingen innehåller fem utvärderingskriterier som ger mervärde om totalt 10 000 000 kr. Anbudssummorna i upphandlingen, innan avdrag för mervärde, uppgick till mellan 6,2 MKR och 8,5MKR. Det är således möjligt att få avdrag för mervärde som överstiger anbudssumman. Anbudsgivaren ska i anbud lämna en redovisning av mervärdena som bedöms av beställarens referensgrupp. För respektive mervärde ges ett betyg mellan icke godkänt och mycket väl godkänt

De betygskriterier som anges i upphandlingen är väldigt otydliga och ger kommunen möjlighet till att fritt värdera anbuderna utan att anbudsgivaren kan bedöma grunden för det betyg/mervärde som ges. Då det inte framgår vad som efterfrågas för att mervärde ska anses föreligga framstår utvärderingen baseras på de delar i betygskriterierna som bedömer formen på anbudet. Utformningen av ett anbud kan knappast skapa ett mervärde för kommunen vid genomförandet av arbetena.

I AFB.53 finns rubriken "Mervärdesfrågor" där frågan ställs "Hur kommer ni att arbeta med följande frågor i entreprenaden". Därefter följer fem punkter: *Kontakt med medborgaren, Kvalitetssäkring av belysningsarbetet och höjning av kvaliteten i belysningsanläggningen, Miljö, Samarbete med beställaren samt Säkerhet för era anställda, eventuella underentreprenörer och allmänheten*. Dessa fem punkter är allt som finns i upphandlingen som berör vad som efterfrågas för att kunna få ett mervärde. Vad kommunen anses skapa ett mervärde avseende respektive punkt framgår inte någonstans i upphandlingen. Utvärderingskriterierna uppfyller inte kraven på transparens och kommunen saknar objektiva grunder för betygsättning.

För kriteriet *Kontakt med medborgaren* framgår t.ex. inte om kommunen föredrar muntlig eller skriftlig kontakt med medborgaren eller om kommunen anser att det är ett mervärde om anbudsgivaren har mycket eller lite

kontakt med medborgaren. Det framgår dessutom av kontraktsvillkoren i upphandlingen att kontakter med medborgaren anpassas i samråd med beställaren, varför anbudsgivaren inte har möjlighet att ensam avgöra hur kontakter med medborgaren ska ske. Vad gäller kriteriet *Kvalitetssäkring* ställs i upphandlingen krav på en anbudsgivare att uppfylla krav på kvalitetsledning (inkluderat kvalitetssäkring). Vid arbete enligt ISO-standard och när anbudsgivaren är certifierad sker arbetet enligt de krav och arbetssätt som standarden innehåller. Mervärdesavdrag kan därför utgå för uppfyllande av ett skall-krav, vilket inte leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Samma resonemang gäller för kriteriet *Miljö* eftersom det i upphandlingen också finns krav på miljöledningssystem. Vad gäller kriteriet *Miljö* är det vidare uppenbart att frågan är så öppen att det inte framgår vilka parametrar som kommer att beaktas för ett eventuellt mervärde. Det framgår inte ens vilken miljö frågan avser, den lokala, den globala eller kanske arbetsmiljö.

Utvärderingsmodellen uppfyller inte grundläggande krav på öppenhet och transparens och den leder inte till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Enligt utvärderingsmodellen är kommunens bedömning av samarbetet med beställaren (maximalt mervärde 4 000 000 kr) lika mycket värt som anbudsgivarnas pris för arbetena. Detta kan i sig ifrågasättas, men visar också vikten av att kriterierna för mervärde redovisas på ett tydligt sätt.

Av kommunen åberopad praxis ger inte stöd för kommunens inställning. Frågan i nu förevarande mål gäller inte ändrad bedömningsgrund utan förfrågningsunderlagets utformning. Det är inte i enlighet med tydlighets- och förutsebarhetskraven i LOU att överlåta åt anbudsgivaren att behöva gissa vilka parametrar som kommunen anser vara relevanta vid utvärdering. Kommunen har inte redovisat på vilket sätt AF-delen visar vad frågorna tar sikte på. I AF-delen finns inga förhållanden som ens antyder vad kommunen

skulle kunna anses utgöra ett mervärde i anbudsgivarens arbetssätt i entreprenaden vad avser kontakt med medborgaren.

Om kommunen inte i förväg kan utvärdera vad som kan innebära ett mervärde ska inte en utvärderingsmodell med mervärden användas. Kommunen anför att det är anbudsgivarens förmåga att utforma lösningar som ska utvärderas. Upphandlingen avser dock ett detaljreglerat och förhållandevis standardiserat uppdrag.

Eslövs kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Kommunen har inte brutit mot LOU eller någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Vad Infratek gör gällande innebär inte att det föreligger otydligheter i förfrågningsunderlaget och brister i utvärderingsmodellen. Det föreligger ingen brist i det konkurrensuppsökande skedet. Infratek lider inte skada av kommunens agerande. Infratek har erhållit betyget godkänt, eller i andra fall mer än så, vilket visar att bolaget har haft insikt om och förståelse för hur bolaget kan arbeta för att generera mervärde för kommunen.

Utvärderingsmodellen har varit utformad på ett sådant sätt att en normalt omsorgsfull anbudsgivare kan tolka krav och kriterier på ett erforderligt sätt. Mervärdesfrågorna och grunderna för svarens bedömning framgår tydligt. En initierad och branschförtrogen anbudsgivare har normal inte svårigheter att förstå innebörden av motsvarande frågor som tydligt är kopplade till denna entreprenad. Vad Infratek gör gällande avseende svårigheten att förstå mervärdesfrågorna ska lämnas utan avseende av rätten. Det framgår initialt att det rör sig om att den efterfrågade redovisningen, vilken betygssättningen utgår ifrån, ska innehålla en redogörelse för hur anbudsgivaren avser att arbeta med aktuella angivna frågor i denna entreprenad för det fall anbudsgivaren tilldelas kontraktet. Att generella aspekter på anbudsgivarens arbetssätt eller globala hänsyn inte ska redovisas och bedömas framgår alltså tyd-

ligt. I AF-delen återfinns entreprenadsföreskrifter som en normalt omsorgsfull anbudsgivare kan använda för att skapa sig förståelse för vad frågorna, knutna till den aktuella upphandlingen, tar sikte på. T.ex. återfinns i AF-delen reglering både avseende kvalitetsplan och miljöplan. Mervärdesfrågorna saknar generell koppling i allmänna ordalag till t.ex. kvalitetsplan och miljöplan. Inte desto mindre kan anbudsgivarna finna vägledning för redovisningen av hur anbudsgivaren i den specifika entreprenaden kommer att arbeta med frågorna i t.ex. dessa planer.

Det har inte uttömmande gått att föreskriva exakt vad som kan utgöra ett mervärde för kommunen. Inte desto mindre har tillräckligt tydliga kriterier i förhållande till upphandlingens sammanhang getts anbudsgivarna. Att det inte anges hur anbudsgivaren uppvisar en god förståelse av uppdraget innebär inte att det föreligger en sådan brist i upphandlingen som Infratek vill göra gällande. Kommunen eftersträvar inte att genom mervärdesfrågorna ”lägga ord i mun” på anbudsgivarna utan möjliggöra för innovativa förslag och alternativa arbetssätt som kan innebära mervärde för kommunen. Kommunen kommer att ta till sig de förslag som anbudsgivaren föreslår - och som kommunen anser ger mervärde - och tillämpa dem i samråd med entreprenören.

Infratek har, utan att kommunen lämnat mer detaljerade uppgifter om vad som kan generera mervärde, haft insikt och förståelse för vad som kan ge mervärde för de olika aspekterna eftersom bolaget faktiskt besvarat mervärdesfrågorna med relevanta uppgifter, om än i förekommande fall i för generella ordalag, vilket då inte resulterat i full poäng. Infratek har för kriteriet *Kontakt med medborgaren* erhållit betyget väl godkänd, för kriteriet *Kvalitetssäkring av belysningsarbetet och höjning av kvaliteten i belysningsanläggningen* betyget godkänt, för kriteriet *Miljö* betyget godkänt, för kriteriet *Samarbete med beställaren* betyget godkänt samt för kriteriet *Sä-*

kerhet för era anställda, eventuella underentreprenörer och allmänheten
betyget mycket väl godkänt.

Kommunens utvärderingsmodell är förenligt med rättspraxis. Detta framgår av bl.a. EU-domstolens mål i C-6/15 TNS Dimarso. Exakt hur bedömning ska gå till behöver inte framgå av förfrågningsunderlaget. Det finns ingen skyldighet att ange hur bedömning ska gå till eller ange vilka kriterier, utifrån de fastställda tilldelningskriterierna, som ligger till grund för vilket betyg som ges. Det är således inte i strid med LOU att i förfrågningsunderlaget endast ange vilka parametrar som ska utvärderas inom ramen för upphandlingsföremålet. I upphandlingen har angetts att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas och de relevanta uppgifterna och parametrarna för utvärderingsmodellen innefattande kriterierna pris och mervärde har tydligt angetts i AFB.53. Det föreligger således ingen bristande transparens i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se p. 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten 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.

Förfrågningsunderlaget i relevanta delar

I förfrågningsunderlaget anges under AFB.53 *Prövning av anbud* bl.a. följande.

Prövning av anbud

Ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att ligga som grund för utvärderingen.

Anbudssumma

Det pris som bedöms i anbudsvärderingen är summan i prislistan, som är summan från de fiktiva mängderna multiplicerat med angivna à-priser.

Utvärderingsmodell, mervärde

Mervärdesmetoden bygger på principen att de utvärderingskriterier utöver pris som bedöms i utvärderingen, ges ett mervärde i kronor och att detta värde anges i förfrågningsunderlaget.

Varje utvärderingskrav värderas för sig och åsätts ett ekonomiskt värde i kronor. Det totala maximala mervärdet erhålls genom att summera samtliga mervärden. Mervärdena subtraheras från anbudssumman. Resultatet betecknas anbudets jämförelsesumma. Anbudet med den lägsta jämförelsesumman är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Maximalt mervärde uppgår till 10 000 000 kronor.

Mervärden

För att värdera genomförandet av uppdraget kommer Anbudsgivarens i anbudet inlämnade redovisning av mervärdena att bedömas av Beställarens referensgrupp enligt nedanstående betygsskala. Betygen motsvarar ett, för respektive fråga, angivet prisavdrag i utvärderingen.

För att kunna få högre betyg än godkänt är det viktigt att redovisningen av mervärdena är tydlig, strukturerad och lätt att överblicka för Beställarens referensgrupp.

Följande betygsskala kommer att användas vid bedömningen av svaren.

Mycket väl godkänt

Den sammanlagda bedömningen visar att Anbudsgivarens arbetssätt ligger på en utmärkt nivå, vilket ger ett betydande mervärde för Beställaren. Redovisningen beskrivs på ett mycket tydligt strukturerat och detaljerat sätt och med stor relevans för det som efterfrågas. Anbudsgivaren uppvisar en djup förståelse för uppdraget.

Väl godkänt

Den sammanlagda bedömningen visar att Anbudsgivarens arbetssätt ligger på en mycket bra nivå och ger ett mervärde för Beställaren. Redovisningen beskrivs på ett tydligt strukturerat och detaljerat sätt och med relevans för det som efterfrågas. Beskrivningen har enstaka brister av mindre betydelse men Anbudsgivaren uppvisar en god förståelse för uppdraget.

Godkänt

Den sammanlagda bedömningen visar att Anbudsgivarens arbetssätt ligger på en bra/fullgod kvalitetsnivå. Redovisningen har brister men innehåller tillräcklig relevans för det som efterfrågas och helhetsbedömningen är att Anbudsgivaren uppvisar en godtagbar förståelse för uppdraget.

Icke godkänt

Den sammanlagda bedömningen visar att Anbudsgivarens arbetssätt ej ligger på en bra/fullgod nivå enligt bedömningen Godkänt ovan. Bedömning enligt Icke godkänt ger ett negativt mervärde enligt nedan.

Mervärdesfrågor

Hur kommer ni att arbeta med följande frågor i denna entreprenad?

		Mervärden (kr)			
		Mycket väl godkänt	Väl godkänt	Godkänt	Icke godkänt
1.	Kontakt med medborgaren.	1 000 000	500 000	0	-500 000
2.	Kvalitetssäkring av belysningsarbetet och höjning av kvaliteten i belysningsanläggningen.	1 500 000	750 000	0	-750 000
3.	Miljö.	1 500 000	750 000	0	-750 000
4.	Samarbete med Beställaren.	4 000 000	2 000 000	0	-2 000 000
5.	Säkerhet för era anställda, eventuella underentreprenörer och allmänheten.	2 000 000	1 000 000	0	-1 000 000

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Infratek gör gällande att Eslövs kommun har brutit mot LOU genom att tillämpa en utvärderingsmodell som inte uppfyller grundläggande krav på öppenhet och transparens samt inte leder till att det mest fördelaktiga anbudet antas. Enligt Infratek är utvärderingskriterierna och utvärderingsmodellen så ottydligt utformade att det inte går att utläsa hur utvärderingen ska ske och vilka mervärden som anbud kan ges, vilket lett till att Infratek inte har haft möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. – Infratek har erhållit prisavdrag avseende mervärde för två av fem utvärderingskriterier.

För att konkurrensen ska vara på lika villkor krävs det ett klart och tydligt

förfrågningsunderlag. Förfrågningsunderlaget ska ge leverantörerna ett tillräckligt gott underlag för att avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse och att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Den omständigheten att anbudsgivare inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen medför dock inte att utvärderingsmodellen brister i transparens. En utvärderingsmodell ska vidare vara så utformad att den är ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Infratek anför att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vad som efterfrågas för att mervärde ska anses föreligga.

Kommunen genmäler att det inte gått att uttömmande att föreskriva exakt vad som kan utgöra ett mervärde för kommunen samt att kommunen önskat möjliggöra för innovativa förslag och alternativa arbetssätt som kan innebära mervärde för kommunen. Kommunen är dock av uppfattningen att tillräckligt tydliga kriterier i förhållande till upphandlingens sammanhang givits anbudsgivarna.

Det kan konstateras att Eslövs kommun har valt att i den tillämpade utvärderingsmodellen låta mervärden medföra mycket stora prisavdrag, vilket innebär att kommunens bedömning av anbudsgivarnas svar på mervärdesfrågorna får exceptionellt genomslag i utvärderingen. Det har därmed varit av särskilt stor vikt att kriterierna för vad som efterfrågas för att mervärde ska anses föreligga redovisas på ett tydligt sätt. Enligt förvaltningsrättens mening ger inte den av Eslövs kommun åberopade domen i EU-domstolens mål i C-6/15 TNS Dimarso stöd för att en upphandlande myndighet i en upphandling av nu aktuellt slag kan avstå från att i upphandlingsunderlaget tydligt redovisa kriterier som är av avgörande betydelse för anbudsgivarens utformning av anbudet.

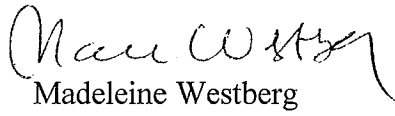
Enligt förvaltningsrättens mening har Infratek fog för sina invändningar gällande den bristande transparensen hos utvärderingsmodellen. Mervärdesfrågorna är kortfattade och ospecificerade och ger över huvud taget ingen ledning för vad kommunen anser skapa ett mervärde avseende respektive punkt. Inte heller har upphandlingsunderlaget i övrigt visats ge rimlig ledning härvidlag. Betygsskalan är visserligen ordrikt redovisad men innehåller, så som anförts av Infratek, få uppgifter om vad som faktiskt utvärderas och vilka kriterier som beaktas.

Förfrågningsunderlaget har enligt förvaltningsrättens mening inte gett anbudsgivarna ett tillräckligt gott underlag för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Såsom förfrågningsunderlaget har utformats har också den upphandlande myndigheten skapat sig möjlighet till godtycklig poängsättning på ett sätt som inte är förenligt med LOU. Kravet på öppenhet, förutsebarhet och transparens i upphandlingen kan mot bakgrund av det anförda inte anses uppfyllt.

Vidare är vissa av mervärdesfrågorna, som t.ex. den gällande miljö, så allmänt hållna att det inte kan utläsas huruvida kriteriet är relevant för bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt fördelaktiga.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten det visat att Eslövs kommun i det aktuella upphandlingsförfarandet brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Då Infratek härigenom har lidit eller kan komma att lida skada föreligger grund för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till att den konstaterade bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och det konkurrensuppsökande skedet måste upphandlingen göras om.

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


Madeleine Westberg

Lena Palmér har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida