



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-03-13
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 25831-11
 Enhet 15

SÖKANDE

Svensk Bevakningstjänst AB, 556256-8138
 Box 30177
 104 25 Stockholm

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Sara-Li Olovsson
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2012-03-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

AB Storstockholms Lokaltrafik, 556013-0683
 Lindhagensgatan 100
 105 73 Stockholm

Ombud: Advokat Joakim Lavér och jur.kand. Erik Norderfeldt
 Advokatbyrå Hannes Snellman AB
 Box 7801
 103 96 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Svensk Bevakningstjänst AB:s ansökan.

Dok.Id 217142

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) genomför en upphandling av väktartjänster för egendomsbevakning, SL-2011-04508. Av de fyra bolag som inkom med anbud var det enligt SL ingen som uppfyllde samtliga skallkrav avseende anbudsformalia, leverantörkvalificering samt upphandlingsföremål. En förhandling skedde av den anledningen med varje anbudsgivare i syfte att anpassa anbuden efter de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. I upphandlingsprotokoll den 16 december 2011 meddelades att efter genomförda förhandlingar och inkomna förtydliganden uppfyllde endast en anbudsgivare, Commuter Security Group AB (CSG), samtliga uppställda skallkrav. SL beslutade att avtal ska ingås med CSG.

YRKANDEN M.M.

Svensk Bevakningstjänst AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar, såsom Bolagets talan slutligen bestämts, att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

SL bestrider bifall till Bolagets yrkande.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

SL har använt sig av ett förfrågningsunderlag som, med avseende på skallkraven, är så otydligt formulerat att det inte varit möjligt för Bolaget att på förhand bilda sig en klar uppfattning om vad som krävts för att dess anbud skulle tas upp till utvärdering. Förfrågningsunderlaget lever således inte upp till de krav på tydlighet och förutsebarhet, som framgår av transparensprincipen i 1 kap. 24 § LOU. Bolaget har till

följd av denna otydlighet lidit eller riskerar i vart fall att lida skada genom att Bolaget fråntagits möjligheten att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Eftersom överträdelsen rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska förvaltningsrätten vid val av påföljd besluta att upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47).

Av SL:s tilldelningsbeslut framgår att SL har ansett att Bolagets anbud, efter komplettering, inte uppfyller skall-kraven avseende 1) drogtest som ska göras vid nyanställning, 2) att introduktionen ska omfatta kännedom om SL-avtalet samt 3) att väktarna ska bära leverantörens ordinarie väktaruniform, förutsatt att denna är godkänd av SL. Anbudet har därför inte tagits upp till utvärdering.

Kravet på drogtest vid nyanställning

Av punkt 9.6 i förfrågningsunderlaget framgår att "*Väktare skall drogtestas med avseende på narkotika, anabola steroider och alkohol. Drogtesterna skall göras vid nyanställning, vid särskild händelse samt slumpmässigt under tjänstgöring*". Bolaget har i sitt anbudsformulär angett att detta krav uppfylls samt hänvisat till bilaga 9 till anbudet. I bilagan avseende drogtest som bifogades anbudet anges bl.a. att "*Vi har läst och förstått kravet om drogtest*".

Det framgår inte av kravets formulering att anbudsgivaren på annat sätt, utöver det som Bolaget gjort, ska visa eller bekräfta att drogtest sker vid nyanställning. Baserat på texten i bilaga 9 till Bolagets anbud, såväl i den version som ursprungligen sändes in med anbudet som den version som ingavs efter möte med SL, och framförallt eftersom Bolaget har angett i anbudsformuläret att kravet uppfylls, kan det således inte finnas tvivel om att Bolaget har uppfyllt det aktuella kravet.

Vad som angetts i Bolagets anbud innan komplettering skedde är irrelevant för bedömningen av skall-kravsuppfyllelse. Att SL har ansett att det krävs mer än att anbudsgivaren uppger att den har läst och förstått kravet i fråga, såsom framgår av Bolagets anbud, saknar stöd i kravets formulering.

Kravet på att den interna utbildningsplanen ska innefatta introduktion som omfattar kännedom om SL-avtalet

Kravet på att den interna utbildningsplanen ska innefatta introduktion som omfattar kännedom om SL-avtalet, återfinns i punkt 10.9 i förfrågningsunderlaget och lyder: *"Introduktionen skall minst omfatta kännedom om arbetssätt, SL-avtalet och hur bärbar radiokommunikation fungerar"*.

Bolaget har uppfyllt skall-kravet i fråga, dels eftersom det kan utläsas av beskrivning i bilaga till anbudet att introduktionen innehåller information om SL-avtalets innebörd, dels med hänvisning till att Bolaget har bekräftat i anbudsformuläret att kravet uppfylls.

Det går inte att utläsa av kravets formulering att det uttryckligen måste hänvisas till SL-avtalet, dvs. att begreppet "SL-avtalet" uttryckligen måste nämnas. Det går således inte att utläsa att det inte räcker med att ange att SL:s krav och målsättning med SL-avtalet, samt den allmänna och uppdragsspecifika bevakningsinstruktionen i SL-uppdraget liksom en film framtagen av SL angående trygghet, ingår i introduktionen.

Kravet på väktaruniform

Kravet på väktaruniform återfinns i punkt 11.1 i förfrågningsunderlaget och lyder:

"Väktarna skall bära leverantörens ordinarie väktaruniform, men med följande förutsättningar:

- *Uniformen skall vara godkänd av SL*
- *Batong skall bäras så dolt som möjligt.*
- *Basket får ej bäras i uppdraget.*

(...)

Leverantören skall i sitt anbud presentera hur uniformen ser ut.

(...)"

Av det aktuella skall-kravet framgår således endast att anbudsgivaren i anbudet, förutom att ange att kravet uppfylls i anbudsformuläret, ska presentera hur uniformen ser ut. Det finns därutöver inget krav på att anbudsgivarna ska lämna någon ytterligare information i anbudet. I Bolagets anbudsformulär anges att kravet uppfylls, och hänvisas till bilaga där uniformen beskrivs och visas med bilder.

Det har vidare inte gått att utläsa att SL skulle godkänna leverantörens ordinarie uniform innan kontrakt tilldelades, och att sådant godkännande inte kunde ske efter avtals tecknande. Av kravet framgår endast att väktarna ska bära ordinarie uniform under förutsättning att denna är godkänd av SL, inte när godkännande ska ske. Inte heller framgår av kravet att SL skulle komma att lägga in annat i bedömningen än vad som uttryckligen framgår av redogörelsen i de respektive anbuden. Den redogörelsen för uniformen som Bolaget lämnat uppfyller kravet såsom det framgår av förfrågningsunderlaget.

Otydligt förfrågningsunderlag

För det fall förvaltningsrätten, i motsats till vad Bolaget anfört ovan, skulle finna att Bolaget inte uppfyllt de aktuella skall-kraven gör Bolaget gällande att kraven varit så otydliga att Bolaget på förhand inte kunnat bilda sig en uppfattning om vad som krävts för att uppfylla dem. Det följer av transpa-

rensprincipen att förfrågningsunderlag ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare tolkar krav och kriterier på samma sätt (se EU-domstolens dom i mål C-19/00 *SIAC Construction*).

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (RÅ 2002 ref. 50). Bolaget hänvisar här även till Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 mars 2008 i mål nr 6212-07 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 8 december 2010 i mål nr 2235-10.

I förevarande fall har SL tillämpat skall-krav av vilka det inte tydligt framgår vad som krävs för att kraven i fråga ska anses uppfyllda. Som exempel kan nämnas kravet på väktaruniform där det anges att väktarna ska bära leverantörens ordinarie väktaruniform, dock under ett antal förutsättningar, såsom att uniformen ska vara godkänd av SL. Det framgår dock, utöver att anbudsgivaren ska kryssa i rutan i anbudsformuläret för att visa att kravet uppfylls, av förfrågningsunderlaget inte något annat än att anbudsgivarna ska presentera hur uniformen ser ut. Bolaget har lämnat en sådan presentation, men SL har ändå bedömt att Bolaget inte uppfyllt kravet. Det har med andra ord inte varit tydligt för anbudsgivarna hur anbudet skulle utformas i denna del, eller hur SL förväntat sig att beskrivningen av uniformerna skulle vara utformad, för att SL skulle anse kravet i fråga uppfyllt. Motsvarande otydlighet föreligger för de ovan nämnda kraven på drogtest vid nyanställning och att introduktionsutbildningen ska omfatta kännedom om SL-avtalet.

Förfrågningsunderlaget har inte uppfyllt kriterierna om likabehandling och transparens. SL har därmed brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 24 § LUF.

Utvärderingskriterierna har varit otydliga

SL har använt sig av ett förfrågningsunderlag som, med avseende på utvärderingskriterierna, är så knapphändigt och bristfälligt formulerat att det inte varit möjligt för Bolaget att på förhand bilda sig en klar uppfattning om vad SL skulle komma att tillmäta betydelse och vad som skulle komma att premieras vid anbudsutvärderingen. Förfrågningsunderlaget lever således inte upp till de krav på tydlighet och förutsebarhet, som framgår av transparensprincipen och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 24 § LUF. Bolaget hänvisar här bl.a. till Kammarrätten i Göteborgs domar den 10 juli 2009 i mål nr 2295-09, den 20 mars 2009 i mål nr 6996-08 och den 7 april 2009 i mål nr 6411-08.

Av anbudsformuläret i upphandlingen framgår att anbudsutvärderingen baseras på utvärdering av kompetens och erfarenhet (maximalt 16 000 tilläggstimmar), strategi och arbetssätt (maximalt 14 000 tilläggstimmar) samt introduktion och internutbildning (maximalt 6000 tilläggstimmar). Vardera av dessa kriterier har två underkriterier, således totalt sex underkriterier, som ligger till grund för utvärderingen.

Samtliga underkriterier är utformade på ett både otydligt och abstrakt sätt. De respektive beskrivningarna av kravens innebörd är intetsägande och/eller obegripliga, och ger framförallt ingen vägledning för hur anbud ska utformas för att erhålla en förmånlig bedömning vid anbudsutvärderingen.

Som exempel kan nämnas kriteriet "Förhindra skadegörelse" där det ingens i förfrågningsunderlaget framgår genom exempel eller liknande vad som i utvärderingen kommer att anses vara mycket god förmåga, god förmåga respektive ingen eller medelmåttig förmåga. Dessutom finns det ingen information om vilka frågor som kommer att ställas till referenterna.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte ens hur många referenser SL avser att kontakta vid utvärderingen, och det har således varit högst oklart för anbudsgivarna vad som faktiskt skulle komma att ligga till grund för utvärderingen i detta avseende.

Sammanblandning av leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen

SL har, i strid med 11 kap. 1 § och 12 kap. 1 § LUF och EU-domstolens domar i mål C-31/87 *Beentjes*, mål C-315/01 *GAT*, mål C-532/06 *Lianakis* och mål C-199/07 *ERGA*, sammanblandat omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen genom att i anbudsutvärderingen beakta omständigheter vilka rätteligen skulle ha beaktats endast inom ramen för leverantörskvalificeringen.

Denna inställning har även bekräftats av Kammarrätten i Sundsvall i dom den 13 februari 2009 i mål nr 3474-08, Kammarrätten i Stockholm i dom den 19 december 2008 i mål nr 5512-08 och Kammarrätten i Stockholm i dom den 1 oktober 2009 i mål nr 3582-09.

Det framgår således såväl av lagtexten som av fast rättspraxis från EU-domstolen och de svenska förvaltningsdomstolarna att kvalificeringsfasen (11 kap. LUF), som avser krav på leverantören, och utvärderingsfasen (12 kap. LUF), som avser krav på och kriterier för bedömning av föremålet för upphandlingen, inte får sammanblandas. Omständigheter avseende leverantörernas ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska prövas endast i kvalificeringsfasen. Prövningen i kvalificeringsfasen är binär, såtillvida att anbudsgivarna antingen anses uppfylla eller inte uppfylla kraven.

De anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven går vidare till utvärderingsfasen, medan övriga anbudsgivares anbud förkastas. Den upphandlande enheten får därefter under återstoden av upphandlingen inte "gå tillbaka", dvs. på nytt pröva anbudsgivarnas ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa omständigheter, som rör anbudsgivarnas situation och egenskaper får således inte prövas inom ramen för anbudsutvärderingen, vilket i lagtexten uttryckts som att de kriterier som används vid anbudsutvärderingen ska vara "kopplade till föremålet för kontraktet" (12 kap. 1 § andra stycket LUF). LUF:s uppräknade av visserligen inte uttömmande, men detta innebär inte att kvalificeringskrav får användas vid utvärderingen utan utvärderingskriterierna ska, som framgår av lagtexten, endast ha bäring på föremålet för kontraktet, dvs. det som upphandlas, och får med andra ord inte avse anbudsgivarnas situation eller egenskaper.

Utvärderingen i aktuell upphandlingen ska baseras på kriterierna "kompetens och erfarenhet", "strategi och arbetssätt" samt "introduktion och internt utbildning". En anbudsgivares kompetens och erfarenhet, med EU-domstolens terminologi "förmåga att utföra projektet i fråga", får dock inte utgöra ett utvärderingskriterium utan är något som endast får beaktas inom ramen för leverantörskvalificeringen. Vidare framgår beträffande de två underkriterierna för detta kriterium, dvs. "Förhindra skadegörelse" och "Proaktivt arbete" att utvärderingen kommer att grunda sig på referenser från tidigare uppdrag som leverantören bedömer är mest lika SL-uppdraget. Det är därför tydligt att båda dessa underkriterier egentligen är avsedda att bedöma huruvida leverantören är kvalificerad för att utföra uppdraget. Att det förhåller sig på detta sätt är tydligt, inte bara för att det framförallt är erfarenhet som utvärderas, utan för att det av utvärderingskriterierna tydligt framgår att de är kopplade till de omständigheter som använts som kvalificeringskrav.

Det är utifrån formuleringen i punkt 8.1 i förfrågningsunderlaget tydligt att även SL anser att de påstådda "utvärderingskriterierna" egentligen, i vart fall till viss del, är kvalificeringskrav. SL anger självt att en minsta nivå måste vara uppfylld för att en anbudsgivare ska vara kvalificerad, varefter delvis samma uppgifter ska ligga till grund för anbudsutvärderingen. Om det hade rört sig om rena utvärderingskriterier hade det inte varit nödvändigt med en miniminivå avseende erfarenhet eftersom samtliga icke-kvalificerade anbudsgivare skulle ha fått sina anbud förkastade redan i kvalificeringsfasen. En miniminivå av detta slag blir endast nödvändig när leverantörskvalificering och anbudsutvärdering felaktigt och lagstridigt har sammanblandats och en utvärdering sker av om leverantören är kvalificerad för uppdraget, snarare än om en redan kvalificerad leverantör inkommit med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det rör sig således om en situation av uppenbar sammanblandning där SL inom ramen för anbudsutvärderingen prövat sådana omständigheter som rätteligen endast får prövas inom ramen för leverantörskvalificeringen.

Bolaget vill även framhålla att det framgår av förfrågningsunderlaget i upphandlingen att SL självt har ansett att det som utvärderas inom kriterierna "Förhindra skadegörelse" och "Proaktivt arbete" är aspekter hänförliga till leverantörskvalificeringen, eftersom dessa är kopplade till omständigheter som har anförts för att kontrollera anbudsgivarens lämplighet för att överhuvudtaget komma i fråga att tilldelas kontrakt.

Bolagets skada

SL har använt sig av ett förfrågningsunderlag som varit otydligt med avseende på såväl skall-kraven som utvärderingskriterierna. Bolaget har därmed dels inte kunnat bilda sig någon klar uppfattning om hur dess anbud skulle vara utformat för att uppfylla skall-kraven, dels inte haft möjlighet

att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse och premieras i anbudsutvärderingen.

Det är flera utvärderingskriterier som Bolaget skulle ha kunnat erhålla högre poäng för, om Bolaget hade vetat vilka faktorer som skulle tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen, och haft möjlighet att utforma sitt anbud baserat på detta. Det kan således inte uteslutas att Bolaget skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen om skall-kraven och utvärderingskriterierna hade varit utformade i enlighet med principerna om transparens och likabehandling.

Vidare har SL i strid med LUF, utvärderat omständigheter hänförliga till upphandlingens kvalificeringsfas. I denna utvärdering har Bolaget erhållit ett mindre förmånligt resultat, och de kriterier som använts i utvärderingen har således varit till nackdel för Bolaget. Om förfrågningsunderlaget hade varit utformat i enlighet med reglerna i detta avseende skulle Bolaget ha fått förbättrade möjligheter till framgång i upphandlingen, och därmed fått möjlighet att tilldelas kontrakt.

Bolaget har därmed lidit eller riskerar åtminstone att lida skada av de överträdelser av LUF som SL begått i upphandlingen.

SL anför bl.a. följande. SL har i upphandlingen inte i någon del brutit mot LUF. Även om förvaltningsrätten skulle finna att SL i upphandlingen har brutit mot LUF har den eventuella överträdelserna i vart fall inte inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Upphandlingen genomfördes som ett urvalsförfarande enligt LUF. Fyra anbudsgivare kom in med anbud i upphandlingen. Utvärderingen av anbudet innefattade en uträkning för att avgöra vilket anbud som utgjorde det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Samtidigt och parallellt med detta

granskades dessutom samtliga anbud huruvida dessa uppfyllde skallkraven med avseende på upphandlingsföremålet eller inte.

I förfrågningsunderlaget anges i avsnitt 2.3 att "*I samband med kvalificeringen och anbudsutvärderingen kommer SL att kontrollera att de av leverantören lämnade uppgifter är korrekta*". I avsnitt 2.2 i förfrågningsunderlaget anges att om en anbudsgivare i sitt anbud lämnar uttryckliga eller implicita reservationer mot villkor i förfrågningsunderlaget så kan anbudet komma att förkastas (och detta alltså även om en anbudsgivare kan ha kryssat i den så kallade Ja-rutan avseende det aktuella skall-kravet).

I anbudsformuläret angavs under rubriken "Information" att det ålåg anbudsgivarna att visa att de krav som SL ställde i upphandlingen uppfylldes. SL har således varit i sin fulla rätt att, oaktat att Bolaget kryssat i Ja-rutan avseende ett visst skall-krav, kontrollera om Bolagets anbud uppfyllde kravet och om så inte var fallet förkasta anbudet. Rent parentetiskt kan nämnas att Bolaget i sitt ursprungliga anbud, trots att anbudet inte uppfyllde samtliga skall-krav, kryssade i samtliga Ja-rutor i anbudsformuläret.

Kravet på drogtest vid nyanställning

Av skall-krav 9.6 framgår tydligt att drogtester på väktare som arbetar i SL-uppdraget alltid ska göras vid nyanställning. I den ursprungliga versionen av bilaga 9 till Bolagets anbud angavs följande angående drogtester vid nyanställning av väktare:

"Vi har läst och förstått kravet om drogtester enligt nedan:

- Drogtester vid nyanställningar
(...)

I vissa fall görs även tester vid nyanställning"

Bolaget angav i den ursprungliga versionen av sitt anbud alltså uttryckligen att drogtestar inte alltid görs vid nyanställning, utan enbart i vissa fall. Efter komplettering av bilagan har all text angående drogtestar vid nyanställning av väktare tagits bort. I bilagan anges istället i detta sammanhang enbart att "*Vi har läst och förstått kravet om drogtestar*".

Enbart det faktum att SBT angett att Bolaget uppger sig ha läst och förstått ett visst krav innebär inte att Bolagets anbud automatiskt uppfyller kravet, särskilt som Bolaget i sitt ursprungliga anbud lämnat uppgifter som tyder på att Bolaget missuppfattat, eller reserverat sig mot, kravet. Således uppfyller inte Bolagets anbud skall-krav 9.6. SL har därmed agerat i enlighet med LUF då SL gjorde bedömningen att SBT anbud inte uppfyllde skallkravet. Denna bedömning påverkas inte heller av det faktum att Bolaget i sitt anbud kryssat i Ja-rutan avseende skallkravet.

Kravet på att den interna utbildningsplanen ska innefatta introduktion som omfattar kännedom om SL-avtalet

Av skall-krav 10.9 framgår tydligt att introduktionen ska ge deltagarna kännedom om innehållet i det avtal som tecknas mellan SL och vinnande anbudsgivare. Skall-kravet kan inte tolkas på något annat sätt än att den introduktionsplan som anbudsgivarna skulle offerera som ett absolut minimum skulle innefatta moment varigenom de nyanställda skulle få kännedom om arbetssätt, SL-avtalet och hur bärbar radiokommunikation fungerar.

I bilaga 4 till Bolagets anbud återfinns efter komplettering Bolagets offererade introduktionsplan. I denna beskrivs inte på något sätt hur väktare som genomgår introduktionen får information om innehållet i SL-avtalet. Bolaget har antytt att det i anbudet angavs att den offererade introduktionen skulle innehålla information om "*SL:s krav och målsättning med SL-*

avtalet". SL vill för tydlighets skull framhålla att någon text med dylik innebörd inte ingår i Bolagets offererade introduktionsplan.

Vad Bolaget anger om den information som väktarna får ändrar inte denna bedömning. Således uppfyller inte Bolagets anbud skallkrav 10.9. SL har därmed agerat i enlighet med LUF då SL gjorde bedömningen att Bolagets anbud inte uppfyllde skallkravet. Denna bedömning påverkas inte av det faktum att Bolaget i sitt anbud kryssat i ja-rutan avseende skall-kravet.

Kravet på väktaruniform

Skall-kravet avseende väktarnas uniformering framgår av avsnitt 11.1 i förfrågningsunderlaget. Bolaget offererade i bilaga 11 till sitt ursprungliga anbud en uniform som av flera anledningar inte kunde godkännas av SL. Som exempel på delar av uniformen som inte kunde godkännas kan nämnas bestämmelser om när väktare får ha kavaj, undantag från kravet att bära handfängsel samt skrivningar som tillåter användning av civilklädda väktare. Vid det möte som hölls mellan SL och Bolaget påtalades i vilka avseenden som den offererade uniformen inte kunde godkännas.

Efter mötet kompletterade Bolaget sitt anbud. Även Bolagets kompletterade anbud innehöll de uppgifter som gjorde att SL inte kunde godkänna uniformen. Som exempel på sådana uppgifter kan nämnas att det även i Bolagets kompletterade anbud i punkt 7 finns uppgifter som tyder på att det inte skulle vara obligatoriskt för Bolagets väktare att bära handfängsel i SL-uppdraget samt i punkt 4 uppgifter som tyder på att Bolagets väktare skulle kunna komma att arbeta civilklädda i SL-uppdraget. Det kan vidare noteras att det i den kompletterade bilagan avbildas en väktare iklädd bas-ker, vilket även det strider mot skall-krav 11.1.

I detta sammanhang är det viktigt att ha i åtanke att den vinnande anbudsgivarens anbud inklusive bilagor blir avtalsinnehåll mellan parterna. Uppgifter i bilagor som kan tolkas som reservationer mot eller undantag från andra avtalsvillkor kan därför inte accepteras. Det bestrids att SL i sin utvärdering skulle ha tagit hänsyn till annat än vad som anges i anbudet.

Otydligt förfrågningsunderlag

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att något av skall-kraven är otydligt befinner sig de aktuella skall-kraven, och förfrågningsunderlaget i övrigt, i vart fall med god marginal inom de ramar som angavs av dåvarande Regeringsrätten i RÅ 2002 ref. 50. Bolagets skall-kravsbrister beror inte till någon del på att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt eller i övrigt bryta mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Utvärderingskriterier har varit otydliga

Upphandlingen har genomförts som en funktionsupphandling. I avsnitt 8.2 i förfrågningsunderlaget angavs tydligt att en viktig del av SL-uppdraget är att, inom av SL givna ramar, utforma en strategi för hur anbudsgivarna avsåg att på bästa sätt fullgöra uppdraget att förhindra skadegörelse och stölder riktade mot SL:s infrastruktur. I ett av SL gjort förtydligande angavs att

"SL anser att marknaden är bättre än SL på att tillhandahålla bästa strategin för att utföra uppdraget. (...) I det fall SL bedömt den nuvarande strategin som den tveklöst allra bästa så hade SL kunnat presentera den strategin och därefter gjort en utvärdering till lägsta pris. Istället har SL överlämnat till marknaden att ta fram denna strategi för att på så sätt kunna utnyttja marknaden kunskap och erfarenhet och erhålla bästa möjliga funktion för egendomsbevakning".

SL:s syfte med upphandlingen var således att "*uppmuntra leverantörerna att, inom ramen för den kravspecifikation som angivits för tjänsterna i förfrågningsunderlaget, utforma egna kreativa lösningar*". När en upphandling genomförs på detta vis är det omöjligt att i detalj specificera vad som krävs för att visst krav ska vara uppfyllt eller vad som krävs för att få full poäng vid utvärderingen av ett visst kriterium. SL anser dock att uppställda skall-krav med god marginal var tillräckliga för att anbudsgivarna skulle kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

I en funktionsupphandling så uppställer den upphandlande enheten vissa funktionskrav, men överlåter åt anbudsgivarna att offerera hur respektive anbudsgivare på bästa sätt kan uppfylla dessa krav vid fullgörandet av tjänsten. Metoden innebär att det i en funktionsupphandling inte går att specificera vilken information som en anbudsgivare måste ange i sitt anbud för att erhålla ett visst betyg eller poäng. En ordning med sådana informationskrav skulle innebära att den upphandlande enheten detalj styrde hur anbudsgivarna skulle utforma sina anbud och vilken tjänst de skulle offera. Detta skulle i sin tur motverka hela syftet med funktionshandlingar.

Förfrågningsunderlaget innehöll dels ett antal minimikrav som samtliga anbud var tvungna att uppfylla (vilket Bolagets anbud inte gjorde), dels sex mer kvalitativa utvärderingskriterier som användes för att räkna ut antalet tilläggstimmar som varje anbud erhöll. Även om det inte angavs exakt vad som krävdes för att ett anbud skulle erhålla ett visst betyg (vilket i en funktionsupphandling varken är önskvärt eller möjligt) bör Bolaget vid utformningen av sitt anbud ha insett att ju bättre funktion Bolaget offererade, desto bättre resultat skulle anbudet få i utvärderingen.

Således uppfyller utvärderingsmodellen i samtliga avseenden de krav som kan ställas med avseende på förutsebarhet och transparens, detta särskilt

som upphandlingen utgör en funktionsupphandling. Förfrågningsunderlaget och SL:s tillämpning av detsamma har därmed inte på något sätt varit otydligt eller i övrigt brutit mot LUF.

Sammanblandning av leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen

SL delar Bolagets uppfattning angående EU-domstolens avgöranden i målen C-31/87 *Beentjes*, C-315/01 *GAT*, C-532/06 *Lianakis* samt C-199/07 *ERGA*, att upphandlade myndigheter och enheter måste skilja på kvalificerings- och utvärderingsfasen i en upphandling. När det gäller den närmare innebörden av denna princip vill SL dock framhålla följande.

Det är SL:s uppfattning att det är tillåtet att använda sig av referenser samt utvärderingskriterier likt de som SL tillämpade i upphandlingen så länge referenstagningen och utvärderingskriterierna har en direkt koppling till upphandlingsföremålet och således är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är på detta, tillåtna, sätt som SL har tillämpat de aktuella utvärderingskriterierna.

De avgöranden från EU-domstolen varigenom principen etablerats har vid ett flertal tillfällen tolkats av svenska domstolar. T.ex. uttalade Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 319-11 att EU-domstolens praxis inte kan anses utgöra något absolut hinder mot att poängsätta t.ex. yrkeserfarenhet vid utvärderingen så länge som detta är ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I doktrin har anförts att syftet med ett visst utvärderingskriterium är avgörande för om det är tillåtet eller inte och att kriterier som vid en första anblick kan tyckas snarare "tillhöra" kvalificeringsfasen mycket väl kan tillämpas vid anbudsutvärderingen så länge syftet är att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som exempel på ett kriterium som kan

användas antingen som kvalificerings- eller utvärderingskriterium nämns "*erfarenhet av liknande arbete*". (Falk, lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster - en kommentar, s. 425)

SL anser inte att svensk rättspraxis på området kan betecknas som "klar", vilket Bolaget anför. Tvärtom nämner Upphandlingsutredningen i sitt delbetänkande "*På jakt efter den goda affären*" kammarrätternas praxis i mål som rör just i vilken utsträckning som referenstagning avseende erfarenheter och kompetens får användas som tilldelningskriterium för att exemplifiera hur kammarrätterna "*har kommit till olika slutsatser trots att i princip likadana sakfrågor verkar ha varit föremål för bedömningarna*" (SOU 2011:73, sid 85 f).

SL anser att de aktuella utvärderingskriterierna har en mycket stark koppling till upphandlingsföremålet. Det enda syftet med utvärderingskriterierna var att bedöma hur väl de offererade tjänsterna skulle kunna komma att utföras och därmed identifiera vilket av de inkomna anbuden som var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som närmare beskrevs ovan är det precis på det sättet som referenser och utvärderingskriterier likt de här aktuella ska användas, för det fall de används i utvärderingsfasen i en upphandling.

SL:s utvärdering av de aktuella kriterierna har inte till någon del utgjort en utvärdering av *anbudsgivarna* utan har enbart berört den *kvalitet på upphandlingsföremålet* som respektive anbudsgivare offererade.

Bolagets skada

Om domstolen trots allt skulle finna att SL i något avseende har brutit mot LUF så har en sådan överträdelse i vart fall inte medfört att Bolaget lidit eller riskerat att lida någon skada.

Som angetts avgjordes vilket som var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet genom att varje anbudsgivares offererade anbudstimmar först räknades ut (genom att det offererade antalet serviceväktartimmar, egendomsväktartimmar och extrabeställningstimmar adderades). Därefter adderades varje anbuds sålunda uträknade anbudstimmar med det antal tilläggstimmar som respektive anbud erhållit i utvärderingen. Det anbud som härigenom erhöll den högsta totala summan timmar ansågs vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

SL har, trots att tre av de fyra anbuden inte uppfyllde ställda skall-krav med avseende på upphandlingsföremålet, genomfört den ovan beskrivna uträkningen avseende samtliga anbud för att kunna bedöma hur anbuden förhöll sig till varandra. Bolaget hade efter genomförd utvärdering den näst lägsta totalsumman av alla fyra anbudsgivarna och rangordnades således näst sist.

Vad Bolaget anfört angående utformningen och tillämpningen av skall-krav i upphandlingen skulle inte ens om påståendena var riktiga, vilket SL alltså bestrider, ha påverkat rangordningen av anbuden. Det påstått felaktiga beteendet kan således inte ha medfört att Bolaget lidit eller riskerat att lida någon skada.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 24 § LUF anges följande. Upphandlande enheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 12 kap. 1 § LUF anges följande. En upphandlande enhet skall anta an-
tingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlan-
de enheten, eller

2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelakti-
ga, skall enheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet
för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenska-
per, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och
tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande enhet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfråg-
ningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kom-
mer att tillämpas.

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av bestämmelser i 16 kap. LUF.
Av övergångsbestämmelser framgår att äldre lydelse ska tillämpas för
upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

I 16 kap. 5 § LUF i dess lydelse före den 1 november 2011 anges bl.a.
följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundlägg-
ande principerna i 1 kap. 24 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som
gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vil-
ka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69). Detsamma gäller mål

enligt LUF. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LUF.

Otydliga utvärderingskriterier?

Transparensprincipen uttrycks genom öppenhetskravet i 1 kap. 24 § LUF, och innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. En anbudsgivare ska genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av dess anbud kommer att bedömas. Däremot gör de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LUF och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget har anfört att SL har använt sig av ett förfrågningsunderlag som, med avseende på utvärderingskriterierna, är så knapphändigt och bristfälligt formulerat att det inte varit möjligt för Bolaget att på förhand bilda sig en klar uppfattning om vad SL skulle komma att tillmäta betydelse och vad som skulle komma att premieras vid anbudsutvärderingen.

SL har anfört att även om det inte angavs exakt vad som krävdes för att ett anbud skulle erhålla ett visst betyg, vilket enligt SL varken är önskvärt eller möjligt i en funktionsupphandling, bör Bolaget vid utformningen av sitt anbud ha insett att ju bättre funktion Bolaget offererade, desto bättre resultat skulle anbudet få i utvärderingen.

I förfrågningsunderlaget anges vilka förmågor som kommer att bedömas i utvärderingen av kompetens och erfarenhet. Vad gäller urvalskriteriet "Förhindra skadegörelse" är det "*[d]en praktiska förmåga leverantören har att kunna förhindra skadegörelse och underlätta gripande av personer*

som begår brott riktade mot SL:s infrastruktur" och vad gäller urvalskriteriet "Proaktivt arbete" är det bl.a. förmåga att "bedöma hotbilder, skaffa kunskap om de individer och organiserade grupper, som begår brott riktade mot SL:s egendom och infrastruktur". Det anges dock inte närmare vad som krävs för att en anbudsgivare ska erhålla ett visst tillägg, förutom att denne ska bedömas ha mycket god, god respektive ingen eller medelmåttig förmåga.

Förvaltningsrätten anser att när en upphandlande enhet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det finns dock inget krav i LUF eller unionsrätten på att varje steg i en skala ska beskrivas i ord i förfrågningsunderlaget. Att det inte anges närmare vad som krävs för att uppnå ett visst tillägg och att det inte finns något i förväg bestämt facit för vad som ska medföra ett visst betyg medför inte i sig att förfrågningsunderlaget ska anses strida mot transparensprincipen.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att utvärderingskriterierna är tillräckligt tydliga och klara för att anbudsgivarna ska kunna avge sina anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen kommer att ske (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 maj 2011 i mål nr 1213-11).

Sammanblandning av leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen?

Bolaget har anfört att SL i strid med LUF och EU-rätten sammanblandat omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen genom att i anbudsutvärderingen beakta omständigheter vilka rätteligen skulle ha beaktats endast inom ramen för leverantörskvalificeringen.

SL har anfört att det är tillåtet att använda sig av referenser samt utvärderingskriterier likt de som SL tillämpade i upphandlingen så länge referenstagningen och utvärderingskriterierna har en direkt koppling till upphandlingsföremålet och således är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

En förutsättning för att använda referenser i utvärderingsfasen är att referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EU-domstolens avgörande i mål C-532/06, *Lianakis*, framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier.

Vilka kriterier som är relevanta måste, enligt förvaltningsrättens bedömning, bedömas från fall till fall. Vad som i ett fall kan betraktas som ett typiskt kvalificeringskrav kan i ett annat fall utgöra ett utvärderingskriterium.

Den i målet aktuella upphandlingen avser väktartjänster för egendomsbevakning. Vad gäller utvärderingskriterierna "*Förhindra skadegörelse*" och "*Proaktivt arbete*" har Bolaget anfört att dessa underkriterier egentligen är avsedda att bedöma huruvida leverantören är kvalificerad för att utföra uppdraget. Förvaltningsrätten finner emellertid att förmågorna inte huvudsakligen är hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och yrkesmässiga kapacitet, utan till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. Referensupptagningen i anbudsutvärderingen förefaller ha syftat till att utröna hur anbudsgivaren tidigare har utfört sina uppdrag och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten och inte till att bedöma anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Huruvida en anbudsgivare bedöms ha mycket god förmåga att förhindra skadegörelse eller arbeta proaktivt har betydelse för att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen har således inte skett (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 november 2010 i mål nr 2504-10). Att referenserna ska användas vid utvärderingen framgår dessutom av förfrågningsunderlaget. Vad Bolaget anfört i denna del kan således inte medföra ett ingripande med stöd av LUF.

Brister angående förfarande och bedömning av skall-krav?

SL har trots att endast ett anbud ansågs uppfylla skall-kraven genomfört en utvärdering av respektive anbud. Efter beräkning av Bolagets offererade anbudstimmar, adderat med Bolagets tilläggstimmar, rangordnades Bolaget på tredjeplats.

Eftersom utvärderingen resulterade i att Bolaget rangordnats på tredje plats har SL:s bedömning av skall-kraven inte påverkat utgången av upphandlingen för Bolagets del utifrån de invändningar Bolaget har. Förvaltningsrätten finner därför att det saknas anledning att pröva om Bolaget uppfyllt samtliga skall-krav samt invändningar i övrigt som rör utvärderingen. Detta eftersom oavsett om Bolaget skulle anses uppfylla skall-kraven eller inte hade Bolaget inte vunnit upphandlingen. Bolaget har därför inte lidit eller riskerat att lida skada av att skall-kraven inte ansetts uppfyllda.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det mot bakgrund av vad som anförts i målet inte finns förutsättningar för ingripande enligt LUF. Ansökan ska därför avslås.

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

Susanne Bagge
Rådman
Föredragande har varit Nils Henriksson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU

