



SÖKANDE

Skåneinstallatören AB, 556592-9048
Industrigatan 31
212 28 Malmö

Ombud: advokaten Susanne Wiklund
Advokatfirman Kjällgren AB
Box 1
451 15 Uddevalla

MOTPART

Lunds kommun
Box 41
221 00 Lund

Ombud: advokaterna Bengt Gärde och David Hertzman
Advokatfirman Gärde & Partners
Danderydsgatan 14
114 26 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om såvitt avser avtalskategori *el/tele/data*.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2017 -05- 2 4 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

BAKGRUND

Lunds kommun genomför en upphandling av ramavtal för årsentreprenader avseende värme och sanitet, ventilation, el/tele/data, bygg, tak, golv, glas, storkök, förbränningspannor och målning (dnr SN 2016/0151).

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Skåneinstallatören AB (Skåneinstallatören) ansöker om överprövning av upphandlingen såvitt avser avtalsområde *el/tele/data* och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen i denna del ska göras om.

Som grund för sin talan anför Skåneinstallatören bl.a. följande. Lunds kommun har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens som följer av 1 kap. 9 § LOU, genom att utforma förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen på ett sådant sätt att nämnda principer inte upprätthålls, samt genom att tillämpa den valda utvärderingsmodellen och utvärdera anbuderna på ett icke sakligt sätt.

Anbudsutvärderingsmodellens utformning tillsammans med ett av kommunen stipulerat lägsta pris som används som utvärderingspris, oavsett om anbudsgivaren satt ett lägre pris, jämte modellen med utvärdering av kvalificeringspoäng (där mervärde/högre poäng utöver vad som krävs för att gå vidare från kvalificering till utvärdering beaktas) har medfört att samtliga anbudsgivare lämnat anbudspris motsvarande lägsta stipulerade pris. Det har i sin tur fått till sin följd att avgörande för utvärderingen och tilldelningen har blivit den poängsättning som skett genom utvärderingsgruppen. Det vill säga utvärderingsmomentet under kvalificeringsfasen är i realiteten en form av utvärdering och poängsättning av anbuderna med utslagseffekt. Lunds kommuns val av metod för särskilning av lika anbudspriser har inneburit att kommunen utvärderat och bedömt anbudets uppfyllnad av kvalifice-

ringskravet ”organisation” (i första hand) och ”genomförande” (i andra hand), på samma sätt som om det varit fråga om att bestämma det mest fördelaktiga anbudet utifrån pris och organisation och eventuellt också genomförande. Det måste enligt Skåneinstallatörens mening innebära att man får ställa samma höga krav på transparens, förutsebarhet och likabehandling på utvärderingsmodellen och metoden som om den utgjort den egentliga utvärderingen av anbuden och inte bara ett kvalificeringsmoment som ska uppfyllas.

Den av kommunen valda modellen med poängsättning av hur väl anbudsgivarens beskrivning i de två kriterierna stämmer överens med kommunens ”målbeskrivningar” är otydlig och mycket vagt hållen i flera avseenden. Modellen innebär också en sammanblandning av utvärderings- och kvalificeringskriterier där anbudsgivare svårligen kan sluta sig till vad som utgör vad och vad som ska uppfyllas eller kommer att premieras vid poängsättningen. Målbeskrivningarna vagt hållna och ger inte uttryck för konkreta förhållanden som anbudsgivaren ska uppfylla för att erhålla viss poäng utan mer har karaktären av allmänna programförklaringar utan närmare innehåll. Målbeskrivningarna/målformuleringarna innehåller i stora delar förhållanden och krav som följer av redan obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget på anbudsgivaren och tjänsterna. Modellen är otydlig då utvärderingsmodellen bygger på att de enskilda utvärderingspersonerna var för sig ska göra sina bedömningar och samtidigt hålla isär och inte poängsätta men däremot kontrollera anbudens beskrivningar i de olika skallkravsdelarna som framgår av kriterierna.

Utöver dessa otydligheter finns ingen vägledning för anbudsgivarna inför anbudsgivningen för vad som ska eftersträvas eller uppfyllas för att respektive målformulering/målbild ska tillmätas respektive angivet värde. Det innebär att anbudsgivaren vid formuleringen av sitt anbud inte kunnat avgöra vad kommunen anser utgör ett mervärde som kommer att ge extra poäng

utöver den nivå om medelvärdet 66 poäng per kriterium som måste uppnås för att anbudet alls ska utvärderas och vilket kan leda till en högre ranking. Dessa redovisade oklarheter innebär att de grundläggande principerna om transparens och likabehandling inte upprätthålls i upphandlingen eftersom anbudsgivarna inte med ledning av förfrågningsunderlaget kan sluta sig till vad som efterfrågas och vad som måste eller kan uppfyllas för att bli godkänd och/eller få extra poäng. Anbudsgivarna tvingas att gissa sig till vad utvärderingsgruppen kan komma att lägga vikt vid och det medför att anbud får lämnas utifrån ett underlag som kan tolkas olika av olika anbudsgivare.

Modellen med flera utvärderingspersoner som gör individuella bedömningar som sedan klumpas ihop och divideras till en snittpoäng medför också en betydande risk för att skillnader i bedömningar inte uppmärksammas utan ”döljs” bakom snittpoängen.

I Lunds kommuns utvärderingsprotokoll framgår inte hur de enskilda utvärderingspersonerna har bedömt respektive kriterium och anbud utan endast den framräknade snittpoängen för anbudsgivarens organisation respektive genomförande.

Skåneinstallatören har efter tilldelningsbeslutet tagit del av uppgift om hur de enskilda utvärderingspersonernas enskilda bedömningar utfallit för annat fackområde (VVS) genom e-post från upphandlaren. Av denna framgår att enskilda utvärderare valt att inte ge något poäng för visst kriterium och för vissa anbudsgivare trots att andra utvärderare för samma kriterium och anbud gett poäng och till och med näst högsta poäng. Det kan inte uteslutas att samma förhållande förligger för fackområde el/tele/data.

Det förhållande att olika personer i utvärderingsgruppen, på grundval av samma beskrivning, kommit till så stora skillnader som noll poäng respektive näst högsta poäng, utan att detta leder till någon annan följd än en ma-

tematisk räkneoperation för att få fram ett matematiskt medelvärde, visar att det egentligen inte är fråga om bedömning av ett mervärde av viss storlek (utvärderingskriterium) utan snarare fråga om en poängsättning och kvalificering på matematisk grund (kvalificering) där det matematiska värdet inte motsvarar något reellt mervärde utan endast syftar till att särskilja anbudens sinsemellan.

Det är dock inte så som modellen har presenterats i förfrågningsunderlaget utan där framgår att ett mervärde beträffande kriterierna ska betygsättas och användas, i sista hand, för att rangordna bästa anbud, näst bästa anbud etc. när anbudspriset är lika mellan anbudens.

Det går inte heller att kontrollera vad de olika utvärderingspersonerna lagt in i sin bedömning och poängsättning och inte heller att kontrollera att de inte sammanblandat och/eller också bedömt sådana delar som utgör ska-krav under kriteriet. Även härigenom är modellen otydlig och ger kommunen ett i princip fritt skön att efter eget huvud poängsätta anbudens efter vad de önskar premiera utan att detta kan kontrolleras av anbudsgivarna.

I upphandlingen har Skåneinstallatören tilldelats ramavtal med rangordning nummer 4. För det fall att upphandlingen hade genomförts på ett mer transparent och tydligt sätt hade bolaget kunnat lämna ett än mer konkurrenskraftigt anbud och haft chans att bli rankad med högre rangordning än vad som nu skett. Härigenom lider Skåneinstallatören skada av felet i upphandlingen eller riskerar i vart fall att lida skada. Skäl för ett ingripande föreligger därför. Då felet hänförs till det konkurrensuppsökande skedet ska en ny upphandling genomföras.

Lunds kommun bestrider ansökan och anför bl.a. följande. Lunds kommun bestrider att upphandlingens utvärderingsfas har skett i strid mot principerna om likabehandling och transparens. Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier har inte förekommit genom att kvalificeringskrite-

rium har tillämpats som utvärderingskriterium. Inte heller har utvärderingskriterium tillämpats som kvalificeringskriterium.

Utöver att anbudsgivares ekonomiska ställning, miljö- och kvalitetssäkring har prövats i denna del har Lunds kommun genomfört en kvalitetsprovning enligt nedan.

AFB.526 Särskild kvalificeringsprovning anger krav hänförliga till anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet inbegripande faktorer såsom erfarenhet, kvalifikationer och resurser. Anbudsgivare ska lämna presentation/beskrivning avseende kvalificeringskriterierna organisation och genomförande vilka bedöms av en utvärderingsgrupp. Utifrån presentationens överensstämmelse med kommunens krav utdelas poäng varvid ett medelvärde om 66 poäng krävs för att anbud ska kvalificera sig till vidare utvärdering.

Lunds kommun har tilldelat kontrakt i upphandlingen till de kvalificerade anbudsgivare som har lägst pris, se AFB.53.

Anbudsutvärderingspris utgörs av timpris för aktuella tjänster i upphandlingens delområden. Det står anbudsgivare fritt att sätta erbjudet pris, men anbudspriser utvärderas som lägst till en nivå bestämd av kommunen för respektive avtalsområde. Anbudsgivare som erbjuder det lägsta anbudsutvärderingspriset ska antas och rangordnas som nummer 1 varefter den anbudsgivare med näst lägsta anbudsutvärderingspriset antas och rangordnas som nummer 2 osv.

Inom aktuell avtalskategori har ApQ El AB erbjudit ett timpris om 398 kr och övriga anbudsgivare 425 kr. Samtliga anbudsgivare har därför utvärderats som om de erbjudit anbudsutvärderingspriset 425 kr.

För det fall flera anbudsgivare har erbjudit samma anbudsutvärderingspris ska anbuden särskiljas utifrån utfallet av AFB. 526 Särskild kvalificeringsprövning. Anbudsgivare rangordnas efter högst erhållen snittpoäng för kvalificeringsmoment 1: Organisation, i fallande ordning. Om två anbudsgivare har fått samma poäng sker motsvarande rangordning för kvalificeringsmoment 2: Genomförande. För det fall att två anbudsgivare har samma poäng bestäms deras rangordning genom lottning.

Lunds kommun har genomfört upphandlingen genom att först kontrollera om samtliga obligatoriska krav uppfylls. Sedan har utvärdering genomförts varvid endast pris har beaktats. Slutligen har kommunen haft att särskilja de anbud som har värderats lika för att kunna rangordna anbudsgivarna. Särskiljningen av kvalificerade anbud som erbjudit samma pris har skett genom ett separat moment efter utvärdering. Den använda metoden är långt mer objektiv och förutsebar än lottning. Eftersom lottning ansetts vara en godtagbar metod (RÅ 2009 ref.60) för särskiljande av anbud måste utfallet av aktuell kvalificeringsprövning också anses vara det.

Varken Lunds kommun eller anbudsgivarna har haft kännedom om vilka priser som anbudsgivarna skulle komma att erbjuda. Ingen har därför på förhand kunnat veta om eller i vilken omfattning utfallet av kvalificeringsprövning eller lottning skulle bli avgörande för tilldelning av kontrakt.

Lunds kommun har följt förfrågningsunderlagets bestämmelser i bedömningen av samtliga anbudsgivare. Bestämmelserna har varit tydligt utformade med information till anbudsgivarna om vilka uppgifter kommunen efterfrågar, hur uppgifterna kommer att bedömas och vad som tillmäts betydelse under såväl kvalificeringsfasen som utvärderingsfasen. Följaktligen har anbudsgivarna haft samma möjligheter att konkurrera om de kontrakt som upphandlingen avser.

Skåneinstallatörens påstående om att förfrågningsunderlaget, AFB 526, är behäftat med brister avseende tydlighet bestrids. Kommunen bestrider även att kvalificeringsbedömning av anbud har gjorts efter fritt skön. Bestämmelserna om vad anbudsgivarna ska ange i redogörelser för Kvalificeringsmomenten 1-2 anges utförligt i förfrågningsunderlaget. Det anges även utförligt hur redogörelserna kommer att bedömas och vad Lunds kommun fäster särskild vikt vid avseende bedömningen och poängsättningen av redogörelserna. Anbudsgivarna har därmed fått tillräckliga uppgifter om vad kommunen värdesätter för att kunna lämna kvalificerade anbud vad gäller Kvalificeringsmomenten 1-2.

Lunds kommun anser att den i upphandlingen använda modellen för kvalificering, utvärdering och särskiljning av anbud står i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. Det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

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

Förfrågningsunderlaget

Av aktuellt förfrågningsunderlaget (AFB.526 och AFB 53) framgår bl.a. följande. Lunds kommun ska göra en särskild kvalificeringsprövning där viss minimipoäng måste uppnås för att leverantören ska gå vidare till utvärdering. Tilldelningsgrunden i upphandlingen är lägsta pris. För varje avtalskategori i upphandlingen finns ett av Lunds kommun beslutat golvpris. Den anbudsgivare som lämnar ett lägre pris än detta kommer att utvärderas enligt angivet golvpris. För det fall flera anbudsgivare lämnar samma pris kommer särskiljning att ske efter hur utvärderingsgruppen har bedömt anbudsgivarna vid den särskilda kvalificeringsprövningen. Anbuden rangordnas då i fallande ordning efter sammanlagt erhållen snittpoäng på utvärderingskriteriet organisation. Går det fortfarande inte att särskilja anbudsgivare åt härefter sker motsvarande avseende utvärderingskriteriet genomförande. Går det efter detta förfarande inte att skilja anbudsgivarna åt kommer antagande av anbud att bestämmas genom lottning.

Förvaltningsrättens bedömning

Skåneinstallatören VVS gör bl.a. gällande att Lunds kommun utformat förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen på ett sätt som innebär en sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier i upphandlingen.

Av praxis framgår att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontrakt utgör två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser (se 31/87, Beentjes samt C-532/06, Lianakis). Syftet med bestämmelserna om kontroll av leverantörernas lämplighet är att ge upphandlande myndighet möjlighet att innan anbuden utvärderas försäkra sig om att de leverantörer som lämnat anbud har kapacitet att utföra uppdraget. Tilldelningsgrund kan vara antingen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid val av tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbud ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet.

Lunds kommun ska genom den särskilda kvalificeringsprövningen kontrollera att anbudsgivarna är lämpliga, dvs. har kapacitet att utföra aktuellt uppdrag. Tilldelningsgrunden i upphandlingen är enligt förfrågningsunderlaget lägsta pris. Förfrågningsunderlaget är utformat med ett angivet golvpris för respektive avtalskategori i kombination med tilldelningsgrunden lägsta pris. Det har därför lätt kunnat förutses, även av upphandlande myndighet, att anbudsgivare sannolikt inte skulle lämna högre pris än angivet golvpris. Konsekvensen av detta är att grunden för tilldelningen i praktiken inte kommer att utgöras av lägsta pris utan att anbuden i första hand kommer att tilldelas kontrakt utifrån poängsättningen vid den särskilda kvalificeringsprövningen avseende anbudsgivarnas lämplighet i enlighet med vad som framgår under underrubriken "*Särskiljande vid samma utvärderingspris*" i förfrågningsunderlagets punkt AFB.53. Enligt förvaltningsrättens mening

måste detta anses utgöra en otillåten sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Upphandlingen strider därmed mot LOU. Skåneinstallatören VVS får anses ha lidit eller kunna komma lida skada till följd av nämnda brister. Med hänsyn till felets beskaffenhet anser förvaltningsrätten att upphandlingen måste göras om såvitt avser aktuell avtalskategori *el/tele/data*.

Med denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva vad Skåneinstallatören i övrigt anför.

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


Madeleine Westberg

Anna Aktermo har föredragit målet.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.