



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-07-20
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 9675-12
 Enhet 12

SÖKANDE

Tylömarks Trädgårdsanläggningar AB, 556203-4149
 Box 14048
 167 14 Bromma

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur. kand. Eleonore Gustafsson
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
 Box 3124
 103 62 Stockholm

MOTPART

AB Stockholmskem, 556035-9555
 Box 9003
 102 71 Stockholm

Ombud: Advokat Peter Thors
 Advokatbyrån Hellgren Linander KB
 Box 24053
 104 50 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2012 -07- 2 3	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett genom att en ny utvärdering gjorts.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 8 februari 2012 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 251883

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

AB Stockholmshem (Stockholmshem) har genomfört upphandling avseende skötselentreprenad (Nr 9702 Blackeberg 2012-2014). Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Stockholmshem har i tilldelningsbeslut som är daterat den 31 januari 2012 beslutat anta anbud från RS. Grönvård HB (RS). Tylömarks Trädgårdsanläggningar (Tylömark) kom vid anbudsutvärderingen på andra plats.

Tylömark ansökte den 7 februari 2012 om överprövning av upphandlingen vid Förvaltningsrätten i Stockholm och yrkade rättelse genom ny anbudsutvärdering. Förvaltningsrätten förordnade genom interimistiskt beslut den 8 februari 2012 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas. Förvaltningsrätten förordnade i dom den 9 mars 2012 att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Stockholmshem överklagade förvaltningsrättens beslut till Kammarrätten i Stockholm. Kammarrätten upphävde förvaltningsrättens dom i beslut den 4 maj 2012 (mål nr 1741-12) och återförvisade målet till förvaltningsrätten för ny prövning, eftersom förvaltningsrätten vid prövning av om ett ingripande enligt LOU skulle göras beaktat en omständighet som Tylömark inte åberopat.

YRKANDEN M.M

Tylömark yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har vidtagits genom ny anbudsutvärdering. Till stöd för sin talan anförs bl.a. följande. Stockholmshem har i samband med att tilldelningsbeslutet skickats ut, i särskilt e-postmeddelande till Tylömark, förklarat att Stockholmshem vid utvärderingen beslutat att särskilja de båda anbudena genom att titta på kriterierna *Kvalitet i utförda uppdrag* och *Organisation och utbildning/erfarenhet*. Som skäl angavs att dessa kriterier

väger tyngst i upphandlingen. Det framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget hur anbud som vid utvärderingen får lika poäng ska särskiljas och förfarandet har därmed inte varit förutsebart för anbudsgivarna. Det kan inte uteslutas att Tylömark, om det varit känt att priset helt skulle komma att förbises vid utvärderingen, skulle ha utformat anbudet annorlunda.

En upphandlande myndighet har vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet förvisso en frihet att välja vilka kriterier som ska utvärderas men detta förutsätter att den upphandlande myndigheten inte får en obegränsad valfrihet och att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna enligt 1 kap. 9 § LOU iakttas. Stockholmshem har genom förfarandet fått en alltför stor valfrihet att välja det anbud man faktiskt ville ha och inte det som var det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Med beaktande av att det är det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga som ska antas och att, såvitt avser övriga kriterier endast 0,05 poäng skiljer de båda anbuden åt, ligger det närmast till hands att anta att Stockholmshem skulle få mest nytta för pengarna genom att välja det anbud som har lägst pris. Om Stockholmshem hade valt att särskilja anbuden genom att titta på det lägsta priset hade Tylömark vunnit upphandlingen.

En av bevekelsegrunderna för Högsta förvaltningsdomstolens (dåvarande Regeringsrätten) avgörande RÅ 2009 ref 60 att lottning är godtagbart för att särskilja anbud åt, är att metoden inte gynnar någon av deltagarna på någon annans bekostnad. Avgörandet avser visserligen en upphandling där anbudet med lägsta pris skulle antas och det kan således inte uteslutas att en annan bedömning skulle göras i en upphandling där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Emellertid är en förutsättning för en annan bedömning att LOU:s principer inte åsidosätts. Stockholmshem har utvärderat anbuden på ett sätt som inte framgått av förfrågningsun-

derlaget och som inte heller följer den praxis som utvecklats för att hantera ifrågavarande situationer. Stockholmshem har genom den utförda utvärderingen brutit mot principen om förutsebarhet. Som en följd av detta riskerar Tylömark att lida skada.

Stockholmshem bestrider Tylömarks yrkande och anför bl.a. följande. Stockholmshem har ingen erinran mot Tylömarks beskrivning av de faktiska omständigheterna. Stockholmshem har, för att särskilja de aktuella anbuden, låtit poängsättningen på de s.k. mjuka utvärderingskriterierna vara avgörande, eftersom dessa viktades högre (totalt 70 %) än priset (30 %) i utvärderingen. Den upphandlande myndigheten har en mycket stor frihet att i denna situation välja det vinnande anbudet – så länge valet är affärsmässigt betingat.

Det finns flera accepterade sätt att särskilja det bästa anbudet för det fall flera anbud efter utvärderingen är att betrakta som likvärdiga. Att Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet RÅ 2009 ref 60 har ansett att lottningsförfarandet är allmänt vedertaget innebär inte på något sätt att en upphandlande myndighet skulle vara förhindrad att använda en annan metod. Att Högsta förvaltningsdomstolen ansett att det inte krävs att lottningsförfarande framgår av förfrågningsunderlaget innebär givetvis att det inte heller av förfrågningsunderlaget måste framgå om annan metod används. Att det inte har angivits hur likvärdiga anbud skulle särskiljas innebär inte att Stockholmshem har brutit i förutsebarhet och transparens.

Det står den upphandlande myndigheten fritt att självt avgöra vilka utvärderingskriterier som ska väga tyngst, så länge det är fråga om sådana kriterier som anges i 12 kap. 1 § LOU. Priset bör inte alltid vara avgörande vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Eftersom kvalitetskriterierna i denna upphandling väger tyngre än priskri-

teriet är det naturligt - och förutsägbart – att Stockholmshem i första hand beaktar kvalitetskriterier vid särskiljandet av annars likvärdiga anbud.

DOMSKÄL

Av förfrågningsunderlaget (Allmänna uppgifter punkt 5 Värderingsgrunder) framgår att Stockholmshem kommer anta det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet med hänsyn till kriterierna *Arvode* (30 %), *Kvalitet i utförda uppdrag* (35 %) och *Organisation och utbildning/erfarenhet* (35 %). Av tilldelningsbeslutet framgår att RS och Tylömark vid anbudsutvärderingen hamnat på samma slutpoäng och att Stockholmshem för att särskilja anbudet lagt samman betygen för *Kvalitet i utförda uppdrag* och *Organisation och utbildning/erfarenhet*. RS har därvid erhållit den högsta poängen.

Frågan i målet är om Stockholmshems förfarande, att särskilja två likvärdiga anbud genom att använda enbart vissa av de utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget, strider mot 1 kap. 9 § LOU.

I LOU regleras inte den uppkomna situationen att två eller flera anbud efter utvärdering betraktas som likvärdiga. De grundläggande principer som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU måste emellertid följas. Enligt nämnda bestämmelse ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 60 funnit att en offentlig upphandling där anbudet med lägst pris ska antas vid lika anbud ansetts kunna avgöras genom lottning. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade bl.a. följande. En offentlig upphandling ska genomföras på ett öppet sätt, vilket normalt förutsätter att det av förfrågningsunderlaget ska framgå hur den upphandlande myndigheten ska gå till väga vid anbudsprövningen. I den aktuella upphandlingen har upplysningar inte lämnats om att lottning

skulle kunna komma att ske. Som framgått är emellertid lottning ett allmänt vedertaget förfarande för att utan olikbehandling avgöra utgången när lika fall står mot varandra. Det skulle därför föra för långt att kräva att myndigheterna i förfrågningsunderlaget uttryckligen skulle ha redovisat att lottning skulle komma att göras om övriga angivna urvalsmekanismer inte gav avsett resultat.

Stockholmshem har valt att ange det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten som grund för tilldelning av kontrakt. Vid denna bedömning ska den upphandlande myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till det som upphandlas. Förvaltningsrätten anser inte att det finns något principiellt hinder mot att särskilja två likvärdiga anbud genom att tillämpa ett förfarande där enbart vissa av de utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget används, så länge detta sker på ett för anbudsgivarna transparent sätt.

Att använda det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningsgrund med olika utvärderingskriterier medför enligt förvaltningsrättens mening en större oförutsägbarhet om hur upphandlingen ska komma att avgöras när två anbud erhåller samma poäng vid utvärderingen, än när lägsta pris är tilldelningsgrund. När ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används som tilldelningsgrund kan det därför, enligt förvaltningsrättens mening, finnas större anledning att ställa krav på att det av förfrågningsunderlaget ska framgå vilket förfarande som kommer att tillämpas om övriga urvalsmekanismer inte ger avsett resultat.

Det av Stockholmshem använda förfarandet för att skilja anbudsgivarna åt framgår inte av förfrågningsunderlaget och någon annan upplysning om att ett särskiljande skulle kunna komma att ske på aktuellt sätt har inte lämnats. De angivna kriterierna har inte heller viktats på ett sätt som medför att det kan utläsas vilka kriterier Stockholmshem skulle kunna komma att beakta för att särskilja likvärdiga anbud åt. Det kan därför inte uteslutas att en

uppgift om tilltänt förfarande skulle ha påverkat anbudsgivarnas utformning av anbudet. Detta har således medfört att kravet på förutsägbarhet vid anbudsprövningen på ett väsentligt sätt har åsidosatts och att Tylömark lidit eller i vart fall kan komma att lida skada. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att rättelse genom en ny utvärdering måste ske. Tylömarks ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett genom att en ny utvärdering gjorts. Förvaltningsrättens interimistiska beslut upphör att gälla.

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

Anna Stenberg
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit My Lorenius.



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 var till 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 uppge 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