



SÖKANDE

GÖSAB Sotning AB, 556175-4762

Ombud: advokaterna Jimmy Cernelind och Anna Sara Andersson samt
jur.kand. Erik Jansson
MAQS Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2019-06-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Kristianstads kommun
291 80 Kristianstad

Ombud: kommunjuristen Maria Permarker

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
LUK

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller GÖSAB Sotning AB:s ansökan och beslutar
att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Kristianstads kommun genomför en upphandling av brandskyddskontroll och rengöring (sotning), dnr KS 2018/1356. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt bestämmelserna i LUK.

Efter utvärdering av inkomna anbud, samt lottning, har Kristianstads kommun beslutat att anta anbudet från Halmstads Sotningsväsende AB.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

GÖSAB Sotning AB (GÖSAB) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

GÖSAB anför bl.a. följande. Av rättspraxis framgår att kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier avser olika moment i anbudsprövningen och omfattas av olika bestämmelser. Dessa kriterier får därför inte blandas ihop av den upphandlande myndigheten. Steg 1 och 2 i förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling avser krav på leverantören respektive tjänsten och får förstås avse kvalificering av leverantörerna. Steg 3A avser utvärdering av *Mervärde: Service och kvalitet i tjänsten*. Kommunen har i steg 3A felaktigt använt kvalificeringskriterier som tilldelningskriterier. Även anbud som inte uppfyller skallkrav avseende yrkesmässig och teknisk kapacitet har gått vidare till utvärdering och där fått poäng för kvalitet. Eftersom kriterierna i steg 3A utgör kvalificeringskriterier är det inte möjligt att utvärdera anbudens kvalitet efter dessa kriterier. Förhållandet att GÖSAB erhållit maximala poäng i detta steg är irrelevant för skadebedömningen. GÖSAB har förtagit möjligheten att konkurrera med kvalitet som medför verkligt mervärde för kommunen.

Enligt steg 3B i utvärderingen ställs frågor om leverantörens företagskultur vid en muntlig presentation. Sättet som kommunen ger poäng vid utvärderingen innebär att någon egentlig kvalitetsjämförelse och konkurrens ifråga om kvalitet inte är möjlig. De frågor som kommunen ställer i steg 3B är i praktiken ja- eller nej-frågor. Frågorna är utformade så att en leverantör som svarar på frågorna erhåller full poäng enligt momentet, ibland oavsett vilket svar som lämnas.

Kraven för att uppfylla kriterierna enligt steg 3A och 3B är mycket lågt ställda, vilket bekräftas av att hela nio anbud erhållit full poäng. Kommunen har förutsett detta och föreskrivit att tilldelning sker genom lottning vid lika poäng. Det är inte förenligt med LUK eller de upphandlingsrättsliga principerna att utforma en utvärderingsmodell som med 100 procents säkerhet leder till att alla anbud erhåller samma poäng med följderna att lottning krävs för att skilja anbudet åt. Modellen innebär en fullständig godtycklighet för den upphandlande myndigheten vid tilldelningen.

Eftersom lottning är den förutsebara metoden för tilldelning i upphandlingen är det möjligt för leverantörer att manipulera tilldelningen av kontraktet, vilket också skett i nu aktuell upphandling. Av de nio leverantörsbolag som deltagit i lottningen ägs och drivs sex stycken av en och samma person. De anbud som har getts in av dennes bolag är identiska och har erhållit identiska poäng. Att lämna flera identiska anbud i en upphandling där anbudet jämförs i verklig konkurrens är fullständigt meningslöst. Den enda anledningen till att ägaren genom de bolag han kontrollerar har lämnat identiska anbud är att han förutsett att lottning skulle fälla avgörandet.

Genom kommunens agerande, som strider mot LUK och de upphandlingsrättsliga principerna, har GÖSAB riskerat att lida skada.

Kristianstads kommun anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

EU-domstolen har i mål nr C-532/06, Lianakis, slagit fast att kvalificeringskrav och tilldelningskriterier inte får sammanblandas. Domen har tolkats på delvis olika sätt av olika domstolar och rättsläget får bedömas som oklart. Det är enligt kommunens mening ofrånkomligt att kriterierna i vissa fall kan komma att överlappa varandra. Det går således inte att upprätthålla en klar skiljelinje mellan kvalificeringskrav och tilldelningskriterier. Detta gäller i synnerhet då kvaliteten som en leverantör kan erbjuda är avgörande för att kunna fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Tilldelningskriterierna i steg 3A syftar till att bedöma leverantörens tillgänglighet för fastighetsägare. För att kunna bedöma själva tjänstens utförande är tilldelningskriterierna därför till viss del formulerade på ett sätt som ansluter till hur kvalificeringskraven är utformade. Det finns enligt kommunens bedömning inte något hinder utifrån gällande lagstiftning eller praxis mot att poängsätta tillgängligheten för fastighetsägare i utvärderingen eftersom det finns en direkt koppling mellan tillgänglighet och kvalitetsnivå på det som ska upphandlas.

GÖSAB menar att även anbud som inte uppfyller kvalificeringskraven avseende yrkesmässig och teknisk kapacitet ändå går vidare till utvärdering och där får poäng för kvalitet. I upphandlingsdokumentet *Planering och avisering p. 4.6* uppges att leverantören ska vara anträffbar per telefon under normal arbetstid, dvs. kl. 08.00 – 16.30. Detta krav betyder dock inte att leverantören måste vara tillgänglig varje stund under denna tid. Däremot ger en högre tillgänglighet ett mervärde vid poängsättning.

Vad gäller kravet i samma punkt att leverantören ska ha telefonsvarare, e-post och webbsida för att ta emot meddelande/ombokning från fastighetsägaren/innehaven dagen innan förrättning dock senast vid stängning, finns i *Steg 3A Ombokning av tid (10 poäng) samt Löpande tillgängligt på Hemsida* visserligen en möjlighet för leverantör att få poäng för ombokning två dagar innan eller mer än två dagar innan förrättning. Detta har dock inte påverkat utvärderingen då samma villkor gäller för samtliga anbudsgivare och samtliga anbudsgivare har erhållit maximalt poäng. Kommunen har följaktligen behandlat alla anbudsgivare på ett likartat och icke-diskriminerande sätt och förfarandet överensstämmer med bestämmelserna upphandlingslagstiftningen.

Kommunen har gjort tydligt för varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare vad som krävs för att uppnå de olika nivåerna av mervärdespoäng. Det räcker inte att frågorna i utvärderingen besvaras genom ja och nej, utan nästan samtliga frågor kräver en beskrivning. Värderingen har skett med likabehandling av anbudsgivarna och med iakttagande av de kvalitetskrav som ställs står i överensstämmelse med övriga upphandlingsrättsliga principer.

Det finns inget formellt och principiellt hinder mot lottning. I aktuell upphandling har nio av tolv anbudsgivare kvalificerat sig till lottning. Av detta följer att utvärderingsmodellen inte i det närmaste 100 procents säkerhet leder till lottning. Vad GÖSAB anfört visar därför inte att förfarandet att särskilja två eller flera anbudsgivare med samma poäng genom lottning gett den upphandlande myndigheten en fri prövningsrätt eller att förfarandet på annat sätt strider mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna. Det föreligger inte heller något förbud i upphandlingslagstiftningen att samma ägare lämnar flera anbud i en upphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 4 kap. 1 § LUK framgår att upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 16 kap. 6 § LUK framgår att om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUK eller någon annan bestämmelse i den lagen 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.

I princip all offentlig upphandling utgår från att det görs en uppdelning mellan kontroll av leverantörens lämplighet och förmodade förmåga att fullgöra ett kontrakt (kvalificeringen) och en konkret bedömning av vilken prestation en anbudsgivare erbjuder i sitt anbud (tilldelningen). EU-domstolen har i mål nr C-532/06, Lianakis, slagit fast att kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier inte får sammanblandas. Kriterierna för tilldelning av kontrakt får endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som huvudsakligen hänför sig till anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning.

Förvaltningsrättens bedömning

GÖSAB gör bl.a. gällande att Kristianstads kommun har tillämpat en utvärderingsmetod som innebär att kriterier för kvalificering av anbudsgivare har sammanblandats med kriterier för utvärdering av anbud.

Under punkten 4.3.1 i aktuellt upphandlingsdokument anges att leverantören ska tillhandahålla en hemsida där det finns möjlighet för kunderna att boka tid eller ändra på aviserad tid. Under punkten 4.6 anges att leverantören ska vara anträffbar per telefon under normal arbetstid, och i nivå med angivna svar på förfrågningsunderlaget (*se även bilaga 3A*). Vidare anges under samma punkt att leverantören ska ha telefonsvarare, e-post och webbsida för att ta emot meddelande/ombokning från fastighetsägaren/innehavaren dagen innan förrättning dock senast vid stängning, se svar på förfrågningsunderlagen (*se även bilaga 3A*).

Av "Bilaga 3A (*steg 3A*) mervärden: Service och kvalitet i tjänsten" framgår att kvalitet är det enda kriterium som används i utvärdering av anbud i denna upphandling. Vidare framgår att för att Kristianstads kommun ska kunna avgöra vilket anbud som ger bäst kvalitet ombuds Anbudsgivaren att ange den nivå på service som erbjuds. Kvalitetskriterierna omfattar sex punkter, bl.a. "Tillgänglighet för fastighetsägare" och "Ombokning av tid samt Löpande tillgängligt på hemsida".

Under punkten "Tillgänglighet för fastighetsägare" anges att telefon med personlig service, alla helgfria vardagar (med undantag för dag före röd dag) tillgänglig under heldag åtta timmar ger 20 poäng, minst fyra – sex timmar per dag ger 10 poäng och mindre än fyra timmar per dag ger 0 poäng.

Under punkten "Ombokning av tid samt Löpande tillgängligt på hemsida" anges att möjlighet till ombokning senast dagen innan förrättning ger 10

poäng, två dagar innan förrättning ger 5 poäng och mer än två dagar ger 0 poäng. Ombokning som löpande beaktas enligt tidbokningssystem på tillgänglig hemsida ger 10 poäng.

För att en anbudsgivare ska kunna gå vidare till tilldelningsfasen måste samtliga kvalificeringskriterier vara uppfyllda. De anbudsgivare som har gått vidare till tilldelningsfasen i aktuell upphandling har således bl.a. ansetts tillhandahålla en hemsida där det finns möjlighet för kunderna att boka tid eller ändra på aviserad tid, vara anträffbar per telefon under normal arbetstid samt ha telefonsvarare, e-post och webbsida för att ta emot meddelande/ombokning från fastighetsägaren/innehavaren dagen innan förrättning. Såvitt framgår av "Bilaga 3A (*steg 3A*) mervärden: Service och kvalitet i tjänsten" utgör dessa kvalificeringskriterier även tilldelningskriterier. Detta har medfört att flertalet anbudsgivare har uppnått högsta möjliga poäng och lottning har fått avgöra vem som tilldelats kontraktet i upphandlingen.

Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att Kristianstads kommun har blandat samman kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier i aktuell upphandling på ett sätt som inte är förenligt med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUK. Till följd av överträdelsen får GÖSAB anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom bristerna i upphandlingen är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva om det som GÖSAB i övrigt anfört utgör skäl för att ingripa mot upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Anders Mattsson

Marie Nilsson har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

