



**SÖKANDE**

Sandå Sverige AB, 556467-7119  
Box 732  
182 17 Danderyd

Ombud: advokaten Maria Pedersen  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

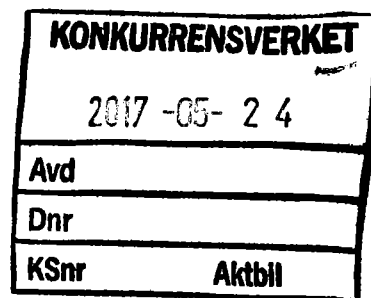
**MOTPART**

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 avtalskategorin *målning*.

## 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

**Sandå Sverige AB** (Sandå) ansöker av överprövningen av upphandlingen såvitt avser avtalskategori *målning* och yrkar att upphandlingen i denna del ska göras om samt anför bl.a. följande.

Den upphandlande myndigheten har i strid med LOU sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Kravet i AFB.526 avser kvalificering, "Särskild kvalificeringsprövning". Kravet avser dels kvalificeringskrav organisation, dels kvalificeringskrav genomförande. För att ett anbud ska kvalificeras ska anbudet tilldelas minst 66 poäng av en grupp. Upphandlande myndighet har angett kravet som ett kvalificeringskrav men även använt det som utvärderingskrav.

Den modell som den upphandlande myndigheten valt innebär att samtliga anbudsgivare offererat 400 kr. Vid lika prissättning har den upphandlande myndigheten angett att särskiljning i första hand kommer att ske genom poängsättningen i kvalificeringsfasen. Detta innebär att tilldelningskriterium i upphandlingen inte är lägst pris, såsom anges i förfrågningsunderlaget. De facto har upphandlande myndighet tilldelat kontrakt enligt modellen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den upphandlande myndigheten ska ange hur utvärderingskriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Någon viktning har inte gjorts i nu aktuell upphandling.

Genom att använda resultaten från gruppens poängsättning både i kvalificeringsfasen och i utvärderingen har den upphandlande myndigheten på ett enligt LOU otillåtet sätt sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen.

Sandås anbud har erhållit 66 poäng i kvalificeringsfasen och därmed blivit kvalificerade. Sandå har dock inte erhållit högsta poäng i kvalificeringsfasen vilket har inneburit att Sandå inte haft möjlighet att tilldelas kontrakt trots att Sandå har lämnat samma timpris som alla andra anbudsgivare. Den upphandlande myndighetens sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har väsentligen minskat Sandås chanser att tilldelas kontrakt. Sandå har härvid lidit eller riskerat att lida skada. Det föreligger därmed skäl för förvaltningsrätten att förordna att upphandlingen ska göras om.

**Lunds kommun** bestrider ansökan och anför bl.a. följande.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier har inte förekommit genom att kvalificeringskriterium har tillämpats som utvärderingskriterium. Inte heller har utvärderingskriterium tillämpats som kvalificeringskriterium.

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

AFB.526 Särskild kvalificeringsprövning 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 medel-

värde 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. Samtliga anbudsgivare erbjöd samma pris i aktuell avtalskategori.

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.

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. Anbudena 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*

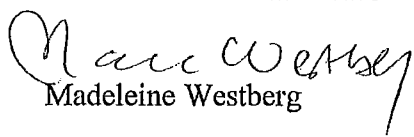
Sandå gör gällande att Lunds kommun i strid med LOU har sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen i upphandlingen.

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 lästa 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 kommer tilldelas kontrakt utifrån poängsättningen vid den särskilda kvalificeringsprövningen avseende anbudsgivarnas lämplighet i enlighet med vad som framgår under underrubriken "*Särskiljande vid samma utvärderingspris*" i förfrågnings-

underlagets punkt AFB.53. Enligt förvaltningsrättens mening måste detta anses utgöra en otillåten sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Upphandlingen strider därmed mot LOU. Sandå får anses 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 den aktuella avtalskategorin målning.

**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.

