



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet Jönköping
 Ulf Nordberg

DOM
 2010-09-14
 Meddelad i
 Jönköping

Mål nr
 3826-10 E
 Rotel 1:7

SÖKANDE

Låsteam i Borås AB, 556580-8473
 Trandögatan 3
 504 33 Borås

Ombud: Advokaten Torbjörn Borg
 Öberg & Heijne Advokatbyrå
 Fristadstorget 4
 632 20 Eskilstuna

MOTPART

AB Bostäder i Borås
 Box 407
 503 12 Borås

Ombud: Advokaten Carin Gustafsson och jur. kand. Erik Lindskog
 Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
 Kungstorget 2
 411 17 Göteborg

SAKEN

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

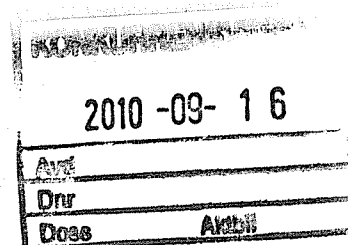
DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 26 april 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

AB Bostäder i Borås, som är ett helägt kommunalt bolag, genomför en upphandling av totalentreprenad. Genom upphandlingen avser AB Bostäder att teckna ramavtal med vinnande anbudsgivare för tiden den 1 september 2010 – 31 augusti 2012. Därefter finns möjlighet till förlängning



Dok.Id 16976

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201	Östra Storgatan 33 A	036-15 65 00	036-15 66 55	måndag – fredag
550 02 Jönköping		E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se		08:00-16:00

med 1 år. Upphandlingen handläggs som ett förenklat förfarande. Angående anbudsprövningen framgår av förfrågningsunderlaget bl.a. följande. Vid anbudsprövning kommer hänsyn att tas till följande faktorer:

- Pris (70 %)
- Kvalitets – och miljöledningssystem (10 %)
- Kompetens och organisation (10 %)
- Erfarenhet av liknande uppdrag (10 %)

Kvalitetsbegrepp och miljökrav utgör en viktig grund. Vid värdering av anbud läggs särskild vikt vid den kompetens som erbjuds och den förmåga att organisera och genomföra arbetet som anbudsgivaren bedöms ha. Anbud som inte avlämnas enligt förfrågningsunderlag kan komma att förkastas. Beställaren förbehåller sig rätten att förkasta samtliga anbud. Anbudsgivare kan även uteslutas enligt 10 kap. 1 och 2 § LOU.

Av AB Bostäder i Borås tilldelningsbeslut framgår att tre anbudsgivare inkommit med anbud och att annan anbudsgivare än Låsteam i Borås AB har tilldelats ramavtalet. Utslagsgivande vid anbudsutvärderingen har varit kriteriet pris där vinnande anbudsgivare tilldelats 70 poäng, Låsteam i Borås AB 66,1 poäng och återstående anbudsgivare 57,4 poäng. Beträffande kriteriet Kvalitet och miljö har bolaget tilldelats 10 poäng och de båda övriga 9 poäng. Vad slutligen avser kriterierna Kapacitet (organisation, resurser och servicegrad) och Erfarenhet av liknande arbeten, referenser har samtliga anbudsgivare tilldelats maximala 10 poäng.

Bolaget har ansökt om överprövning och förvaltningsrätten har den 26 april 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

Låsteam i Borås AB (Låsteam) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett och i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för yrkandet åberopas följande grunder. AB Bostäder i Borås (Bostäder) har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, särskilt mot kraven på likabehandling, icke-diskriminering, förutsebarhet och öppenhet (transparens). Detta har skett genom att anbudet utvärderats mot förutsättningar som inte funnits angivna i förfrågningsunderlaget. Kontraktet har därefter tilldelats anbudsgivare med stöd av en utvärdering vars resultat varit helt oförutsebart. Låsteams anbud uppfyller alla Bostäders uppställda kvalificeringsvillkor. Bostäder har genom sin utvärderingsmetod, som närmast är att betrakta som en otillåten fri prövningsrätt, fritt kunnat tilldela kontrakt utan beaktande av LOU:s grundläggande principer. Låsteam utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande.

I förfrågningsunderlaget saknas en detaljerad beskrivning av hur anbudet ska utvärderas. Det framgår inte heller vad som krävs av en anbudsgivare för att visst betyg ska erhållas. Vad Bostäder avser med att "Kvalitetsbegrepp och miljökrav utgör en viktig grund", "Vid värdering av anbud läggs särskild vikt vid den kompetens som erbjuds och den förmåga att organisera och genomföra arbetet som anbudsgivaren bedöms ha" och "Anbud som inte avlämnas enligt förfrågningsunderlag kan komma att förkastas." framgår inte av förfrågningsunderlaget. Det framgår inte hur värderingen kommer att gå till och hur poängen kommer att fördelas.

Utvärderingen av kriteriet Pris har skett genom addition av ett mycket stort antal priser. Summan har sedan lagts till grund för utvärderingen. Denna summa uppfyller dock inte sitt syfte att visa vilket anbud som har lägst totalkostnad. Bostäder har anfört att utvärderingen av priserna utgått från

de inköp som Bostäder normalt sett kan förväntas göra inom ramen för avtalet. Dock har det inte lämnats någon uppgift om dessa inköp i förfrågningsunderlaget. Det har vidare varken angivits eller garanterats några volymer i förfrågningsunderlaget. Vad gäller kriteriet Kvalitets- och miljöledningssystem har det vinnande anbudet tilldelats 9 poäng. Detta trots att bolaget bara kan uppvisa ett eget system. Bostäder har inga möjligheter att avgöra huruvida detta egna system har sådana egenskaper som efterfrågas. I förfrågningsunderlaget anges att företagets kvalitetssystem ska redovisas. Detta ska uppfylla sådana krav som bedöms lämpliga med hänsyn till arbetenas omfattning. Kvalitetssystem bör motsvara kraven i SS-ISO-9001:2000. Motsvarande anges angående miljösystem. Anbudsgivare ska i sitt anbud redovisa utdrag ur företagets miljöledningssystem, anpassat till entreprenaden. Dessa bör motsvara kraven i SS-EN ISO 14001:2004. Bostäders bedömning innebär att en leverantör som påstår att man tillämpar ISO 9001 och 14001 också i det närmaste tilldelas full poäng. Bostäder har således valt att förändra kravet på ISO – certifiering till något som passar den vinnande anbudsgivaren, men som samtidigt innebär ett avsteg från vad som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Härav följer att åtgärden att tilldela vinnande anbudsgivare hög poäng på sätt som skett utgör en otillåten särbehandling. Vidare kan noteras att kvalitetssystemet SWE Q, som offereras av den tredje anbudsgivaren i upphandlingen, ansetts vara värt 9 poäng. Detta trots att bolaget vid föregående upphandling endast tilldelats 8 poäng för samma system. Avseende kriteriet Kompetens och organisation, eller ”Kapacitet (organisation, resurser och servicegrad)” som det benämns i tilldelningsbeslutet, så har någon egentlig prövning inte gjorts. Samtliga anbudsgivare har tilldelats maximal poäng utan prövning. Detta framgår bl.a. vid beaktande av att anbudsgivarna erhållit 10 poäng oavsett om de haft tre eller tjugo personer i sin organisation. Vidare har inte beaktats att vinnande anbudsgivare inte klarat av att fullgöra sitt uppdrag, utan arbeten till ett värde av 161 500 kr har lagts ut på annan leverantör. Slutli-

gen kan konstateras att det är en genomgående brist i förfrågningsunderlaget att samtliga utvärderingskriterier inte är rangordnade och viktade.

Utöver vad som ovan anförts bör upphandlingen även i flera andra avseenden anses ha handlagts i strid med LOU.

Bostäder anser att Låsteams ansökan ska avslås. Bolaget har behandlat alla anbudsgivare på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomfört upphandlingen på ett öppet sätt. Vidare har principerna om ömsesidighet och proportionalitet iakttagits. Låsteam har inte kunnat visa att det skulle föreligga något brott mot LOU och än mindre att bolaget skulle ha lidit skada eller risk för skada vid upphandlingens genomförande. Bostäder utvecklar sin talan i huvudsak enligt följande.

För att anbudsgivarna skulle få en uppfattning om den närmare omfattningen av volymerna som uppdraget kan tänkas generera uppgav Bostäder att det har en ambition att byta ut 1 – 2 låssystem per år inom ramen för upphandlingen. Ett låssystem utgör lite förenklat ett helt bostadsområdes samtliga lås, d.v.s. till lägenheter, tvättstugor, förråd, garage, fastighetsskörtarnycklar m.m. Inom Bostäders bestånd finns totalt cirka 50 – 60 olika system. Däremot har det inte varit möjligt för bolaget att på förhand definiera omfattningen av uppdraget eftersom behovet inte går att förutse. Detta då behovet beror på i vilken omfattning hyresgäster tappar nycklar o.s.v.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska pröva anbudet enligt följande faktorer; pris, kvalitet och miljöledningssystem, kompetens, organisation och erfarenhet av liknande uppdrag. Därutöver har Bostäder viktat de olika kriterierna inbördes. Närmare information om respektive utvärderingsgrund finns i förfrågningsunderlaget. Som exempel kan nämnas att kraven på kvalitet och miljöledningssystem beskrivs under punkterna AFD.21 – AFD.27 och organisation beskrivs under punkterna AFD:322

– AFD.343. Genom att ta till sig all information som anges i förfrågningsunderlaget har anbudsgivarna goda förutsättningar att lämna konkurrenskraftiga anbud. När det gäller priset, som även är den faktor som värderas högst, är detta specificerat per produkt och tillverkare. Det är inte rimligt att kräva att samtliga kriterier ska ha underkriterier. Bolaget har vid utvärderingen av priset utgått från de inköp som bolaget normalt sett kan förväntas göra inom ramen för avtalet, fördelat på de olika typerna av material och tillverkare. Denna viktning motsvarar sedvanliga inköp för ett bostadsbolag av Bostäders storlek. Fördelningen skedde för att det inte skulle bli obalans vid utvärderingen eftersom exempelvis ett enstaka inköp av ett hänglås inte skulle väga lika mycket som inköp av frekvent förekommande cylindrar. Bedömningen av fördelningen har gjorts av bolagets låsansvarige och baseras på tidigare gjorda inköp. Det bör noteras att vinnande anbuds marginal till övriga anbud hade varit ännu större än vad som nu blev fallet om viktningen inte hade skett. Vad gäller utvärderingen av kriteriet kvalitet och miljöledningssystem så har vinnande anbudsgivare angivit att de system företaget tillämpar innebär att det ska vara anpassat till SS-EN ISO 9001 och SS ISO 14001. Bostäder uppfattar detta som ett åtagande från anbudsgivaren att iaktta dessa krav. Mot bakgrund härav har Bostäder ansett att det i praktiken inte skulle bli någon skillnad vid arbetets utförande jämfört med ett företag som har ett certifikat. Vid genomgång av anbudet uppfyllde såväl Låsteam som övriga anbudsgivare väl Bostäders förväntningar, som väl framgick av förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till att vinnande anbudsgivare inte erhållit certifikat erhöll de dock inte full poäng vid bedömningen. Vidare har Låsteam ifrågasatt vinnande anbudsgivares kapacitet att utföra uppdraget. Till stöd för detta åberopas en sammanställning av fakturerade uppdrag som Bostäder köpt av Låsteam under åren 2009 och 2010. Det är i och för sig riktigt att Bostäder beställt angivna tjänster, men dessa är inte av den art att de faller in under det avtal som Bostäder idag har för låsarbeten och material. Detta då tjänsterna avser jouruppdrag och uppdrag som är kopplade till kameraövervakning. Vad

slutligen gäller kriteriet Kompetens och organisation så innebär inte förhållandet att samtliga anbudsgivare erhållit maximalt antal poäng att utvärderingskriteriet ändrats eller inte tillämpats på ett korrekt sätt. Anbudsgivarnas kapacitet i betydelsen antalet anställda eller liknande har inte poängsatts. Istället är det kompetensen och organisationen som har utvärderats, såsom ett kvalitetskrav och inte ett kapacitetskrav, och den har för samtliga anbudsgivare bedömts vara hög.

Inte heller i övrigt har upphandlingen på något sätt handlagts i strid med LOU.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska 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 15 kap. 16 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av EG-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att leverantören kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas (se 10 kap. 1 och 2 § LOU förvaltningsrättens anm.). Det är teoretiskt sätt inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarna lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräknning av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande möjligheten ges således möjlig-

het att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

Av EG-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC, framgår bl.a. följande. Principen om likabehandling innefattar en skyldighet att möjliggöra insyn, så att man kan kontrollera att den iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Slutligen ska tilldelningskriterierna, vid prövning av anbuden, tillämpas enhetligt och objektivt på samtliga anbudsgivare.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 uttalat bl.a. att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare samt att som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Låsteam har i huvudsak gjort gällande att förfrågningsunderlaget är oklart vad gäller frågan hur anbuden ska utvärderas samt att nya förutsättningar lagts till vid anbudsutvärderingen som inte beskrivits i förfrågningsunderlaget.

Inledningsvis konstateras att det under förfrågningsunderlagets rubrik anbudsprövning inte anges om anbudsgivarnas lämplighet ska prövas och i så fall hur. Dock ställs krav i bl.a. förfrågningsunderlagets entreprenadföreskrifter som svårligen kan anses ta sikte på annat än anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga, t.ex. avseende kvalitets- och miljöledningssystem. Vidare har som utvärderingskriterium angetts erfarenhet av liknande arbete, ett kriterium som väl lämpar sig för en prövning av anbudsgivarens lämplighet (se EG-domstolens dom i målet C-31/87, Beentjes). Förvaltningsrätten finner med anledning härav att Bostäder på ett otillåtet sätt underlåtit att pröva anbudsgivarnas lämplighet och frågan vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt i två skilda moment enligt de olika regler som gäller för respektive moment (se EG-domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis). Detta har givit upphov till otydlighet i frågan om vad som krävs för att anses lämplig för uppdraget respektive vad som ska anses som en omständighet som gör anbudet ekonomiskt mer fördelaktigt. Att det görs skillnad mellan vad som utgör kvalificeringskrav, tilldelningskriterier och kontraktsvillkor har betydelse för anbudsgivarnas möj-

lighet att utforma konkurrenskraftiga anbud. Låsteam får därför anses ha lidit skada eller kunna komma i denna del.

Vad sedan gäller utvärderingskriterierna som sådana finner förvaltningsrätten följande. Vad gäller utvärderingskriteriet Pris så framgår kriteriets relativa vikt i förhållande till övriga utvärderingskriterier samt vilka prisuppgifter som ska läggas till grund för utvärderingen. Någon beräkningsmetod för att få fram ett utvärderingspris har dock inte angetts. Mot bakgrund av avsaknaden av volymuppgifter och antalet artiklar i upphandlingen har detta haft betydelse för anbudsgivarnas möjligheter att utforma konkurrenskraftiga anbud. Vad avser kriterierna Kvalitets- och miljöledningssystem samt Kompetens och organisation är det oklart såväl vad som utgör kvalitativa minimikrav som vilka omständigheter som ska anses göra anbudet ekonomiskt fördelaktigt. Även dessa oklarheter i förfrågningsunderlaget, d.v.s. de som avser utvärderingskriterierna som sådana, får anses ha påverkat Låsteams möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud, varför bolaget får anses ha lidit skada eller kunna komma att lida skada även denna del.

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att Bostäder brutit mot öppenhets- och likabehandlingsprinciperna enligt 1 kap. 9 § LOU. Felaktigheterna är av sådan art och omfattning att ingripande med stöd av LOU ska ske (jfr RÅ 2002 ref. 50). Då felaktigheterna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan någon mindre ingripande åtgärd än beslut om att upphandlingen ska göras om inte väljas.

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



Henrik Brüsin

