



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-06-15
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 5982-11
 Enhet 12

KONKURRENSVERKET	
2011-06-16	
Avd	
Dnr	Olsson och
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Green Landscaping AB, 556773-4800

Ombud: Advokat Anna Ulfsson och
 jur.kand. Erik Olsson
 Advokatfirman Delphi
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

Fastighets AB Förvaltaren, 556050-2683
 Box 7510
 174 07 Sundbyberg

Ombud: Advokat Jan Andersson
 Advokatfirman Pedersen AB
 Box 3462
 103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att avtalen från den 21 februari 2011 mellan Fastighets AB Förvaltaren och Stockholm Entreprenad AB, IT Underhåll i Stockholm AB och Tylömarks Trädgårdsanläggningar ska förklaras ogiltiga. I övrigt avskrivs målet.

Dok.Id 127824

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Fastighets AB Förvaltaren (Förvaltaren) har genomfört en upphandling av markskötsel (Dnr Fv 2010-0112). Upphandlingen har genomförts som selektiv upphandling enligt LOU. Av tilldelningsbeslut den 9 februari 2011 framgår att Förvaltaren beslutat att anta anbud från andra anbudsgivare än Green Landscaping AB (bolaget).

Bolaget ansökte den 18 februari 2011 om överprövning av upphandlingen vid Förvaltningsrätten i Stockholm och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Förvaltningsrätten avskrev den 23 februari 2011 målet från vidare handläggning på grund av att avtal tecknats den 21 februari 2011.

Bolaget överklagade förvaltningsrättens beslut till Kammarrätten i Stockholm. Kammarrätten meddelade prövningstillstånd och i beslut den 14 mars 2011 (mål nr 1177-11) visades målet åter till förvaltningsrätten för ny handläggning. Kammarrätten fann att förvaltningsrätten borde ha kommunicerat uppgifterna om ingångna avtal och den inhämtade uppgiften om att upphandlingen påbörjades under första kvartalet år 2010.

Förvaltningsrätten har i beslut den 1 april 2011 förordnat att Förvaltarens ingångna avtal inte får fullgöras.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar, efter justering av sin talan, att förvaltningsrätten ska förklara de avtal som Förvaltaren ingått ogiltiga. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Tillämplig lag

Det har inte skett någon korrekt annonsering av upphandlingen då det inte finns någon riktig uppgift om vem eller vilka som är upphandlande myndigheter. I annonsen som publicerades den 21 oktober 2010 anges som ”upphandlande enhet”, Sundbybergs stad, Sundbyberg och Förvaltaren anges inte som upphandlande myndighet. Det räcker inte att ange namnet på en viss fastighet och sedan förutsätta att alla anbudsgivare har kännedom om vilken upphandlande myndighet som äger denna fastighet. Om tilldelning av ett kontrakt har skett utan annonsering föreligger en otillåten direktupphandling enligt 16 kap. 15 § första stycket LOU. Frågan om vilken lag som ska tillämpas vid en otillåten direktupphandling är, enligt förarbetena, den lag som gäller när avtalet har slutits, om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt LOU rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt. Bolaget har under upphandlingens avtalsspärr haft skriftväxling med ansvarig inköpare hos Förvaltaren, som på uttrycklig fråga per mejl skriftligen svarat att upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010. Upphandlingen annonserades först den 21 oktober 2010, vilket i avsaknad av annan information också talar för att upphandlingen senast påbörjades den 21 oktober 2010.

Förvaltaren har inte lyckats visa att beslut om förfaringssätt för upphandlingen fattades före den 15 juli 2010. Av Förvaltarens utdrag ur handlingsplan 2010 framgår inte vilket förfarande som valts och inte heller när förfarande beslutades för den aktuella upphandlingen. Av Förvaltaren ingivna handlingar visar inte att beslut om förfarande för upphandlingen fattades före den 15 juli 2010 och det framgår inte heller vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas. Inte någon av handlingarna utgör något beslut som har haft rättsverkningar mot tredje man. Det är endast de beslut som utgör överprövningsbara beslut i upphandlingsreglernas mening som kan påverka vilka regler som ska tillämpas vid en ansökan om överprövning av

en upphandling. Om interna beslut och förberedande arbete kan påverka vilken lag som ska tillämpas kan detta missbrukas och det kan uppstå problem med att verifiera vilka interna beslut som faktiskt har fattats och vad som utgör en efterhandskonstruktion.

Avtalets giltighet

I första hand görs gällande att det inte har skett någon korrekt annonsering av upphandlingen varför det är fråga om en otillåten direktupphandling. Ingångna avtal ska därför ogiltighetsförklaras. En annons måste, för att vara giltig, i vart fall innehålla en korrekt uppgift om vem eller vilka som är upphandlande myndigheter. I annonsen, som publicerades den 21 oktober 2010, anges som ”upphandlande enhet”, Sundbybergs stad, Sundbyberg. Förvaltaren har inte angetts som upphandlande myndighet i annonsen varför Förvaltaren inte heller kan teckna avtal i upphandlingen.

I andra hand görs gällande att Förvaltaren har tecknat avtal i strid med bestämmelserna om avtalsspärr enligt 16 kap. 9 § och 16 kap. 15 § andra stycket LOU och att Förvaltaren har gjort sig skyldig till överträdelse av LOU. Förvaltaren skickade ut upplysning om tilldelningsbeslut per e-post den 9 februari 2011. Avtalsspärren var således tio dagar och löpte ut lördag den 19 februari 2011. Med stöd av 16 kap. 9 § och lagen om beräkning av lagstadgad tid löper avtalsspärren ut först måndag den 21 februari 2011, d.v.s. samma dag som Förvaltaren tecknade avtal.

Förvaltaren har använt sig av ett förfrågningsunderlag som strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Förfrågningsunderlaget innehåller inga som helst uppgifter om vad anbudsutvärderingen konkret ska utgå från. Förvaltarens utvärderingsmodell uppfyller inte kraven enligt LOU eftersom den är svårtolkad, godtycklig och oförutsebar. Förvaltaren anger att poäng mellan 0-5 kan erhållas men det är helt omöjligt att veta vad som ger vilken poäng. Avseende referenser så framgår inte vad som kommer att

ligga till grund för utvärderingen, såsom vilka frågor som ska ställas. Förvaltarens referenstagning har skett med stort utrymme för godtycke och subjektivitet. Förvaltaren har även sammanblandat kriterier hänförliga till kvalificeringsfasen med kriterier hänförliga till utvärderingsfasen samt utvärderat samma faktorer två gånger. Referenser och CV för arbetsledare och nyckelpersoner ska ligga till grund för urvalet och kvalificeringen av leverantörer samtidigt som det sedermera också utvärderas i upphandlingen. Enligt svensk rättspraxis kan kriterier hänförliga till anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet, såsom referenser, endast tillåtas om dessa kriterier är kopplade till föremålet för kontraktet. I upphandlingen har organisation och referenser utvärderats. Detta kan knappast vara faktorer som har tydlig anknytning till uppdraget som upphandlingen avser utan är bevis på leverantörens förmåga att kunna utföra uppdraget. Av underlaget till anbudsansökan, d.v.s. kvalificeringen av leverantörerna, framgår att referenser och CV för ledningspersonal ska beaktas vid kvalificeringen. Detta har sedan utvärderats ännu en gång i anbudsutvärderingen. Enligt EU-domstolens domar i Beentjes-målet och Lianakis-målet framgår tydligt att det som hänför sig till leverantörskvalificeringen inte får utvärderas. Bestämmelsen i 11 kap. 1 § LOU är ett uttryck för att kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen inte får sammanblandas. Förvaltaren har vidare, i strid med 8 kap. 12 § LOU, lämnat svar på ställda frågor för sent då Förvaltaren svarade på frågor tre dagar innan anbudstidens utgång. Förvaltaren har även begränsat möjligheten att tilldelas kontrakt till endast ett område av totalt tre i upphandlingen, vilket strider mot proportionalitetsprincipen och är konkurrenshämmande.

Bolaget har lidit, eller riskerat att lida, skada av den uteblivna annonseringen, av förhållandet att Förvaltaren ingått avtal under avtalsspärr och av överträdelserna av LOU. Genom Förvaltarens otydliga förfrågningsunderlag har bolaget varit förhindrad att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud och till följd av Förvaltarens agerande har bolaget gått miste om att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Förvaltaren bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Tillämplig lag

Aktuell upphandling påbörjades före den 15 juli 2010. Som bevis på detta bifogas utdrag ur Förvaltarens handlingsplan 2010 där det framgår att upphandling av utemiljö ska upphandlas för avtalsperioden 2011 – 2014 samt bevis på när handlingsplanen skapades. I samband med fastställande av handlingsplanen har också beslut om upphandlingsformen för upphandlingen fattats. I januari 2010 höll ansvarig tjänsteman ett möte med en konsult för att utforma förfrågningsunderlaget, vilket finns dokumenterat i tjänstemannens kalender. Vidare anges i handskrivna anteckningar från en tjänsteman daterade den 10 februari 2010 att det är selektivt förfarande som kommer att användas. Det formella beslutet att genomföra en ny ramavtalsupphandling fattades på en arbetsplatsträff i april 2010. Något formkrav på att ett beslut om att påbörja en offentlig upphandling ska vara skriftligt finns inte. Förvaltarens fastighetschef har i yttrande intygat att upphandlingen påbörjades innan den 15 juli 2010. Ytterligare en omständighet som styrker att upphandlingen påbörjats före den 15 juli 2010 är att upphandlingen annonserades några veckor efter den 15 juli 2010 och att arbetet med att ta fram underlag till ett förfrågningsunderlag tar tid. Ansvarig inköpare har i e-postmeddelande till bolaget rätteligen uppgett att upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010 men denna uppgift syftade på när upphandlingen annonserades.

Avtalets giltighet

Aktuell upphandling har annonserats i enlighet med LOU. I annonsen anges Förvaltarens namn samt kontaktuppgifter. Bolaget har lämnat anbud i upphandlingen och har vare sig lidit eller riskerat att lida skada på grund av det sätt som Förvaltaren utformat annonsen.

Bara för att ett förfrågningsunderlag har utformats på ett annat sätt än den mall som Kammarkollegiet utformat i sitt upphandlingsstöd innebär inte att upphandlingen skett i strid med LOU. Den utvärderingsmodell som Förvaltaren använt sig av är transparent och även i övrigt i enlighet med LOU. Det är tillräckligt att anbudsgivarna med hjälp av förfrågningsunderlaget kan bilda sig en uppfattning om vad en upphandlande myndighet efterfrågar. Enligt rättspraxis behöver det inte anges i förfrågningsunderlaget någon detaljerad information om vilka exakta uppgifter som en anbudsgivare ska offerera. Avseende referensupptagning har Förvaltaren angett att poängskalan 0-5 tillämpas där 5 poäng är högsta betyg. Frågorna som ställts avser omdöme samt kvalitet på utförda uppdrag och samma frågor har ställts till samtliga referenser och referenterna har poängsatt frågorna efter den i förfrågningsunderlaget angivna poängskalan. EU-domstolens domar i Beentjes-målet och Lianakis-domen innebär i sig inte något hinder mot att poängsätta organisation och referenser inom ramen för tilldelningsfasen om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivå på det som ska upphandlas. Avgörande är enligt praxis om ställda kriterier kan förväntas leda till ökad kvalitet. I förevarande upphandling har anbudsgivarens utformning av organisationen beaktats, i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för den tjänst som anbudsgivarna erbjuder. Vidare har den referenstagning som skett i anbudsutvärderingen syftat till att utröna hur anbudsgivaren tidigare har utfört tjänster och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten, vilket enligt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7332-08 är förenligt med LOU. De krav som Förvaltaren ställt har varit ägnade att fastställa vilken kvalitet som kan erbjudas beträffande kontraktsföremålet och inte att utvärdera förmågan att utföra uppdraget. Kriterierna om CV och referenser är inte att betrakta som kvalificeringskriterier utan som utvärderingskriterier. I och med att en anbudsgivare har kvalificerats har ju anbudsgivaren möjlighet att utföra arbetet. Även Kammarrätten i Stockholm har i dom den 26 november 2010 i mål nr 3480-10 kommit till slutsatsen att kriterier som syftar till att fastställa vil-

ken kvalité den levererade tjänsten kommer att innehålla är utvärderingskriterier.

Förvaltaren vitsordar att svar på frågor lämnats i ett sent skede av upphandlingen. Emellertid är det bolaget som ställt den sista frågan som besvarades och bolaget kan med hänsyn härtill inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av det sena svaret. Det kan inte anses strida mot LOU att inte tilldela samtliga kontrakt till en och samma anbudsgivare. Bolaget har också, liksom övriga anbudsgivare, tillåtits att lämna anbud på samtliga områden varför bolaget därmed inte kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada genom den i förfrågningsunderlaget angivna skrivningen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser¹

I 1 kap. 9 § LOU föreskrivs följande. 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.

Enligt 7 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5-8 §§.

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

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, 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, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I 16 kap. 6 § LOU föreskrivs följande. Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § och underrättelsen har skickats med ett

¹ Se övergångsbestämmelse till lagen (2010:571) om ändring i lagen om offentlig upphandling.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades. Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet. Om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Enligt 16 kap. 13 § LOU får överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

I 16 kap. 14 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 4, 6, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 15-17 §§.

Enligt 16 kap. 15 § andra stycket LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om det har slutits i strid med bl.a. bestämmelserna om avtalsspärr i 6, 8 eller 9 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Utredning i målet

I förvaltarens förfrågningsunderlag "Upphandlingsföreskrifter Markskötsel Fastighets AB Förvaltaren 2010-09-20" anges på sidan 5 under punkten UF3.5 "Anbudsprövning" att prövning av anbud görs enligt UF3.51 och handling 06.81, 06.82 och 06.83.

I förfrågningsunderlaget anges på sidan 6 under punkten UF3.51 "Prövning av anbudsgivare" följande.

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet/anbuderna antas med hänsyn tagen till nedanstående villkor och prioritering. Anbud utvärderas separat för varje område.

Värderingsgrunder

- | | |
|---|-------------|
| 1. Ersättning | 40 % |
| - fasta arvoden under kontraktstiden | |
| - bedömda kostnader för tilläggsarbeten, a'-priser och %-pålägg | |

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

2. **Organisation för uppdraget** **30 %**
- organisation för uppdraget, struktur och antal personer
 - ledningspersonal namngiven med referenser och CV
 - driftpersonal: utbildning, kvalifikationer och erfarenhet
 - policy för utbildning och utveckling av personal
5. **Referenser från förvaltningsuppdrag av liknande art** **30 %**
- tre stycken referenser från skötseluppdrag i flerbostadsområden i storstads-
miljö. Omfattning minst 100 lgh. Namngiven referensperson med kontakt-
uppgifter ska lämnas i anbudet. Egna referenser kommer att användas.

I bilaga till förfrågningsunderlaget, 06.82 ”Svarsformulär till allmänna uppgifter” anges på sidan 3 bl.a. följande.

Värderingsgrunder vid prövning av anbud

Fastighets AB Förvaltaren kommer att anta det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till följande kriterier.

- | | |
|----------------------------------|-----------|
| 1. Totalpris: | Vikt 40 % |
| 2. Organisation och utbildning | Vikt 30 % |
| 3. Referenser på utförda uppdrag | Vikt 30 % |

Värdering och rangordning av anbuderna

För respektive kriterium utvärderar beställaren och rangordnar anbuderna utifrån hur väl anbuderna uppfyller kraven på lågt pris och hög kvalitet i organisation och utförande av referensuppdrag. För varje kriterium poängsätts anbuderna från 1-X. X= antal inlämnade anbud. Anbuderna erhåller på så vis ett poängtal per kriterium. Dessa poängtal multipliceras med de angivna procentsatserna. Summan av de tre erhållna poängtalen blir anbudets totalsumma. Beställaren avser att teckna kontrakt med de anbudsgivare som erhållit de lägsta totalsumorna.

Beskrivning av kriterierna

1.Totalpris

Totalpris räknas ut var för sig för de tre områdena (Hallonbergen/ÖR, Rissne, Centrala Sundbyberg). Totalpriset utgör summan av i anbudet avgivna fast pris + summan av avgivna å-priser för tillkommande arbetskostnader x 200. Se även punkt 3.1 i Svarsformulär 06.81. Lägst totalpris erhåller 1 poäng, näst lägst 2 o.s.v.

2. Organisation för uppdraget

Beställaren gör en utvärdering utifrån de uppgifter som lämnats i Svarsformulär 06:83 avseende nedan angivna punkter.

- organisation för uppdraget, struktur och antal personer
- ledningspersonal namngiven med referenser och CV
- driftpersonal: utbildning, kvalifikationer och erfarenhet
- policy för utbildning och utveckling av personal

Beställaren poängsätter varje punkt från 0-5, där 5 är högsta betyg/punkt. Den högsta summan erhåller 1 poäng, näst högsta 2 o.s.v.

3. Kvalitet i utförda referensuppdrag

Angivna referenspersoner, som i anbudet ska lämna omdöme om anbudsgivaren och kvalitet i utförda uppdrag ska vara från olika företag. Uppgifter som beställaren inhämtar från angivna referenspersoner, kommer att ligga till grund för bedömningen av kvalitet i utförda uppdrag. Varje referensuppdrag ges en poäng från 0 till 5, där 5 är högsta betyg.

I de fall anbudsgivaren har utfört uppdrag åt Fastighets AB Förvaltaren de senaste fem åren kommer beställaren att fungera som en av de tre referenspersonerna, vars bedömning kommer att ingå i utvärderingen.

Om inte angiven referensperson kan nås eller inkommer med svar via mail efter begäran så tillgodoräknas inte anbudsgivaren denna referens. (0 poäng)

Den högsta summan erhåller 1 poäng, nästa högsta 2 o.s.v.

Förvaltningsrättens bedömning

Ansökan om överprövning avser även avtal ingånget av Förvaltaren HBC AB. Förvaltaren har meddelat att det ingångna avtalet är uppsagt. Målet ska därför avskrivas i denna del.

Förvaltningsrätten har att först ta ställning till vilken lydelse av LOU som ska tillämpas.

Tillämplig lag

Bolaget har i första hand gjort gällande att upphandlingen inte har annonserats på ett korrekt sätt – genom att det saknas uppgift om vem som är upphandlande myndighet – och att det således är fråga om en direktupphandling eftersom upphandlande myndighet har ingått avtal.

I 7 kap. 1 § LOU är inte föreskrivet hur en annons ska utformas utan endast att annonsering ska ske, vilket också har skett i förevarande upphandling. I 9 a § i förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster föreskrivs vissa formkrav för utformningen av en annons men dessa aktualiseras endast vid förhandsinsyn, vilket inte är aktuellt i ifrågavarande upphandling. Visserligen anges i annonsen Sundbybergs Stad, Sundbyberg som upphandlande enhet men samtidigt anges att upphandlingen avser markentreprenad för Förvaltaren. Vidare hänvisas i annonsen till förfrågningsunderlaget och av detta kan tydligt utläsas att det är Förvaltaren som är den upphandlande myndigheten. Förvaltningsrätten kan inte finna att Förvaltaren har brutit i sin annonsering av aktuell upphandling varför det således inte är fråga om någon otillåten direktupphandling.

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s 310) anges bl.a. att en upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

Det finns inte några formkrav kring hur upphandlande myndigheter eller enheter beslutar om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas. Det krävs således inte ett formellt överklagbart beslut för att kunna fastställa när en upphandling ska anses vara påbörjad.

Förvaltaren har den 20 september 2010 bjudit in leverantörer att lämna anbud. På förfrågan från bolagets ombud har Förvaltaren i e-postmeddelande till bolaget den 16 februari 2011 upplyst om att upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010. Förvaltaren har därefter till förvaltningsrätten uppgett att upphandlingen påbörjades före den 15 juli 2010 och bl.a. till förvaltningsrätten ingivit utdrag ur Förvaltarens handlingsplan för 2010 samt uppgifter om när handlingsplanen skapades. I handlingsplanen anges i nu aktuellt hänseende att upphandling av utemiljö-entreprenad 2011-2014 påbörjas under jan-dec. Det framgår dock inte vid vilken tidpunkt under år 2010 som upphandlingen ska påbörjas. Handlingsplanen är daterad den 25 mars 2011 och i bilaga till handlingsplanen anges att handlingsplanen skapades den 8 november 2010. En tjänstemans kalenderanteckningar om möten angående utemiljö mellan februari – april 2010 kan inte anses visa när beslut om upphandlingsförfarande har fattats. Förvaltaren har vidare åberopat en handskriven anteckning från den 10 februari 2010 där det bland annat anges att revidering av underlaget och ritningar till upphandling markskötsel 2011 pågår, att remiss ska ske till distrikten snart, selektiv upphandling, fyraårigt avtal samt att info om detta ska tas upp på arbetsplatsträff i april 2010. I overhead-bilder från arbetsplatsträff den 15 april 2010 anges under övriga frågor: ”Upphandling Utemiljö”. I protokoll från ett ledningsmöte den 9 mars 2010 anges på sidan 3-4 att upphandlingsverktyget Tendsign Opic nu kommer att provas när det gäller städ och trädgård då nya upphandlingar är aktuella i detta under våren. Fastighetschefen Urban Holm har i intyg daterad den 11 april 2011 uppgett att Förvaltaren beslutade på en arbetsplatsträff den 15 april 2010 att påbörja en ny upphandling avseende utemiljö och att framtagning av förfrågningsunderlaget pågick under tiden januari – maj 2010.

Den bevisning som ingivits i målet kan inte med tillräcklig styrka anses visa att upphandlingen påbörjades innan den 15 juli 2010. Särskilt sett i ljuset av att Förvaltaren i februari 2011 först angett att upphandlingen på-

börjades efter den 15 juli 2010. Därmed får den aktuella upphandlingen anses vara påbörjad efter den 15 juli 2010 och LOU ska därför tillämpas i dess lydelse efter det datumet (se övergångsbestämmelserna till LOU, SFS 2010:571).

Avtalets giltighet

Eftersom LOU ska tillämpas i sin lydelse efter den 15 juli 2010 kan reglerna i 16 kap. LOU om avtalsspärr tillämpas.

Förvaltaren har uppgett till förvaltningsrätten att underrättelse om tilldelningsbeslut sändes via e-post till samtliga anbudsgivare den 9 februari 2011. Enligt 16 kap. 6 § LOU löper från denna dag en avtalsspärr om tio dagar och med stöd av 16 kap. 19 § LOU gäller avtalsspärren, med stöd av lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid, till och med måndag den 21 februari 2011. Förvaltaren har tecknat avtal den 21 februari 2011, d.v.s. i strid med gällande avtalsspärr.

Förvaltningsrätten har ovan funnit att Förvaltaren inte har brutit i sin annonsering av aktuell upphandling. Skäl att ogiltigförklara ingångna avtal med stöd av 16 kap 15 § första stycket föreligger således inte.

Förvaltningsrätten har härefter att, enligt 16 kap. 15 § andra stycket LOU, ta ställning till om Förvaltaren har överträtt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag.

Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget strider mot principerna om likabehandling och transparens eftersom anbudsutvärderingen inte finns konkret beskriven, eftersom utvärderingsmodellen är bristfällig och eftersom referenstagningen har varit subjektiv.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna om krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten) har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. följande. 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. 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

I det aktuella förfrågningsunderlaget anges under punkten UF3.5 att anbudsutvärdering kommer att ske utifrån UF3.51 och tre bilagor. Under punkten UF3.51 anges vilka tre värderingsgrunder som kommer att beaktas samt deras procentuella viktning i förhållande till varandra. Vidare anges flertalet underkriterier som kommer att beaktas vid utvärderingen. I en av bilagorna, Svarsformulär nr 06.82 återfinns en närmare beskrivning av de olika kriterierna och underkriterierna och hur de kommer att utvärderas. Den aktuella utvärderingsmodellen får anses vara tillräckligt tydligt utformad att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Den modell som använts vid utvärderingen är vidare godtagbar. Vad gäller referenstagningen anges det att referenspersonerna ska lämna omdöme om anbudsgivaren och kvaliteten i utförda uppdrag. Dock framgår det inte vilka frågor eller mer detaljerat vad referenstagningen kommer att omfatta. Denna brist är dock inte tillräcklig för att transparensprincipen ska anses ha trätts för när. Då denna oklarhet förelegat för samtliga anbudsgivare kan inte heller likabehandlingsprincipen ha överträtts till följd härav. Av utredningen i målet har inte framkommit annat än att anbudsgivarna har behandlats och bedömts

på samma sätt och i överensstämmelse med den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen. De gemenskapsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling har därmed tillgodosetts.

Bolaget har vidare gjort gällande att Förvaltaren har sammanblandat kriterier hänförliga till kvalificeringsfasen med kriterier hänförliga till utvärderingsfasen samt utvärderat referenser och CV två gånger – både vid kvalificeringen och vid utvärderingen. Det finns inte några hinder mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. I 12 kap. 1 § LOU anges att den upphandlande myndigheten, vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, bl.a. kvalitet och genomförandetid. I den aktuella upphandlingen synes referenserna ha inhämtats i syfte att bedöma leverantörernas kvalitet i tidigare utförda uppdrag. Referenser från tidigare likvärdiga uppdrag kan enligt förvaltningsrättens mening ge Förvaltaren relevant information för bedömning av vilket anbud som med hänsyn till kvalitén är det ekonomiskt mest fördelaktiga, särskilt då det i detta mål är fråga om en tjänsteupphandling. Förvaltarens utvärdering av referenser i aktuell upphandling strider därmed inte mot LOU eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

Enligt 8 kap. 12 § LOU ska den upphandlande myndigheten vid selektivt förfarande lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid. Det är i målet ostridigt att Förvaltaren lämnat svar på frågor i ett sent skede av upphandlingen. Dock är det bolaget själv som valt att framföra frågeställningar i ett sent

skede av upphandlingen, vilket inte kan läggas Förvaltaren till last. Vidare kan bolaget härigenom inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada.

Det är i målet ostridigt att Förvaltaren i förfrågningsunderlaget har föreskrivit att samma anbudsgivare kan erhålla max ett område. Förvaltningsrätten finner att detta förfarande inte strider mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna då det måste anses falla inom den upphandlande myndighetens affärsmässiga bedömning att föreskriva sådana villkor.

Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att Förvaltaren i aktuell upphandling har brutit mot LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 15 § LOU saknas därmed. Bolagets ansökan om överprövning av avtalens giltighet ska således avslås.

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


Ann-Jeanette Eriksson
rådman

Föredragande har varit Åsa Backholm.



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 vartill 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