



KLAGANDE

Arlanda Måleri AB, 556453-1928

Ombud: Advokat Daniel Svensson
Advokatfirman Wijk & Nordström AB
Box 1022
751 40 Uppsala

MOTPART

AB Enköpings Hyresbostäder, 556054-7050
Box 3051
745 03 Enköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

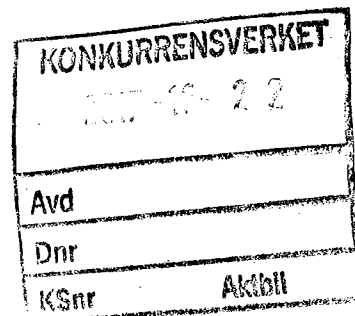
Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 7 juli 2017
i mål nr 1487-17, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att AB Enköpings
Hyresbostäders upphandling Ramavtal Måleritjänster inom AB Enköpings
Hyresbostäders bestånd, med administrativa föreskrifter daterade
2016-09-12, ska göras om.



YRKANDEN M.M.

Arlanda Måleri AB (bolaget) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget hänvisar till tidigare åberopade omständigheter och grunder och lägger till bl.a. följande. Förvaltningsrätten har ställt höga krav på bolaget när det gäller att bevisa skada med hänvisning till att bolaget har lämnat det dyraste anbudet och placerats sist. Bolagets placering är dock helt beroende av huruvida utvärderingen och tilldelningen av avdrag har varit korrekt. På grund av bristande transparens i utvärderingen kan inga slutsatser dras om hur bolagets anbud skulle ha placerats. Denna osäkerhet är en del i frågan om bolaget har lidit skada. Det kan inte vara bolagets uppgift att utifrån en hypotetiskt mer transparent utvärderingsmodell beskriva hur det i en sådan situation skulle ha utformat sitt anbud.

AB Enköpings Hyresbostäder (EHB) bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Det har inte gjorts någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskrav. Vid utvärderingen av bolagets anbud framgår att bolaget inte har anpassat sin projektorganisation till de faktiska behoven. Skaderekvisitet är inte uppfyllt. Skillnaden mellan priset för bolagets anbud och övriga anbud innebär att bolaget inte heller med maximalt avdrag skulle ha tilldelats kontrakt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I upphandlingen, där ett öppet förfarande har använts, framgår av förfrågningsunderlagets avsnitt AFB. 53 att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Utvärderingsmodellen innebär att anbuden rangordnas utifrån en utvärderingssumma som utgörs av anbudssumma enligt prislista med tillägg (som mest femtio procent av anbudspriset, för lägsta betyg) eller avdrag (som mest tjugo respektive tio procent, för högsta betyg) för betyg i två kvalitetskriterier (1: Organisation

och planerat genomförande och 2: Kundnöjdhet och värdestyrt företagande). De tre anbuderna med lägst utvärderingssumma har antagits. Vid utvärderingen har bolagets anbud placerats på sjätte och sista plats. Bolagets anbudssumma och utvärderingssumma har överstigit motsvarande summor för det tredjeplacerade anbudet med drygt trettiofem respektive sjuttio procent. Bolaget har fått tillägg om tio respektive fem procent för betyg i kvalitetskriterierna.

Till grund för sin ansökan om överprövning har bolaget anfört dels att det har gjorts en otillåten sammanblandning av kvalificerings- och tilldelningskriterier, dels att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen brustit i transparens. Förvaltningsrätten har bedömt att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen brustit i transparens genom utformningen av kvalitetskriterierna men att bolaget inte visat på vilket sätt det har lidit eller riskerat att lida skada av denna brist.

Kammarrätten finner i likhet med förvaltningsrätten att kvalitetskriterierna är så otydliga i fråga om vad som kommer att tillmätas betydelse och lämnar ett sådant utrymme för godtycke i utvärderingen att upphandlingen strider mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår att vid bedömningen av kvalitetskriterium 1 hänsyn kommer att tas till bl.a. hur bemanningen för att hantera perioder med högre orderingång än normalt ser ut, områdeskännedom samt att de fordon som ska användas inom avtalet är anpassade till uppdraget. Kriteriet syftar således inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan avser huvudsakligen bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget. Kriteriet kan därför inte anses utgöra ett kriterium för tilldelning (EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis). Genom att EHB använt detta kriterium har utvärderingen påverkats av ovidkommande hänsyn och upphandlingen

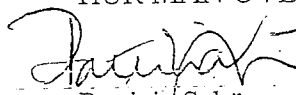
genomförts på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

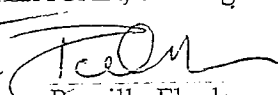
Frågan är då om bolaget har visat att det lidit eller kan komma att lida skada med anledning av dessa brister. Bolaget har bl.a. anfört att sammanblandningen av kvalificerings- och tilldelningskriterier och otydligheten i fråga om vilka uppgifter som har haft betydelse för utvärderingen har påverkat hur bolaget utformat sitt anbud. Vidare har bolaget anfört att det inte ankommer på bolaget att omformulera kvalitetskriterierna och beskriva hur anbudet hade sett ut utifrån en hypotetiskt mer transparent utvärderingsmodell.


Kammarrätten konstaterar att samtliga tilldelningskriterier förutom anbudspris är behäftade med allvarliga brister. Dessa är av sådan omfattning och karaktär att de kan antas ha haft en avgörande inverkan på de anbud som har lämnats. Det kan antas att bolagets anbud hade kunnat utformas på ett annat sätt och varit konkurrenskraftigt om bristerna inte förelegat. Bolaget får därför anses ha visat på ett tillräckligt konkret sätt att det har eller kan komma att lida skada.

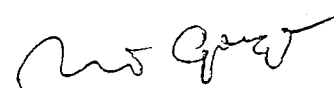
Eftersom bristerna har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte tillräckligt med rättelse utan upphandlingen måste göras om. Överklagandet ska därmed bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Patricia Schömer
kammarrättsråd
ordförande


Pernilla Flank
kammarrättsråd
referent


Annika Brickman
f.d. justitieråd


Arvid Gerge
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2017-07-07
Meddelad i Uppsala

Mål nr
1320-17 E
1487-17 E

SÖKANDE

1. MPA Alviks Måleri AB, 556275-8267
Friledningsgatan 7
721 37 Västerås

2. Arlanda Måleri AB, 556453-1928

Ombud: Advokat Daniel Svensson
Advokatfirman Wijk & Nordström AB
Box 1022
751 40 Uppsala

MOTPART

AB Enköpings Hyresbostäder, 556054-7050
Box 3051
745 03 Enköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning.

BAKGRUND

AB Enköpings Hyresbostäder (EHB) genomför en upphandling av ramavtal för avrop av målningsarbeten gällande planerat underhåll och hyresgästval (datum 2016-09-12). Ramavtalet gäller fastigheter tillhörande EHB vars bestånd består av 2 800 lägenheter. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande och 15 kap. LOU är tillämpligt på upphandlingen. I tilldelningsbeslut den 13 mars 2017 föreslogs att anbud från andra än MPA Alviks Måleri AB (MPA) och Arlanda Måleri AB (Arlanda) antas.

YRKANDEN OCH GRUNDER M.M.

MPA ansöker om överprövning av upphandlingen (mål nr 1320-17) och yrkar att upphandlingen ska rättas på sätt att anbud från MPA utvärderas i likhet med övriga anbud i upphandlingen. Till stöd för sin inställning anför MPA i huvudsak följande. Bedömningen av kvalitetskriterium ett och två är godtycklig och det är oklart i förfrågningsunderlaget hur dessa skulle utvärderas. MPA har haft samma ekonomiska kreditpoäng som ett annat företag och MPA har fått lägsta poäng medan det andra företaget fick höga poäng. Detta är ett av många fel som har begåtts.

Arlanda ansöker om överprövning av upphandlingen (mål nr 1487-17) och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin inställning anför Arlanda bl.a. följande.

I AFB.52 anges mot vilka kriterier anbudsgivarens ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kvalifikationer ska bedömas ("kvalificeringsfasen"). Därvid beaktas ekonomisk ställning, teknisk förmåga och erfarenhet, kvalitetsledningssystem, miljöledningssystem, arbetsmiljöpolicy och ID 06. Kriterierna i kvalificeringsfasen syftar till att fastställa anbudsgivarens förmåga att utföra den tjänst som är föremål för upphandlingen. I AFB.53 anges att tilldelning av kontrakt ska ske enligt utvärderingskriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt en mervärdesmodell ("utvärderingsfasen"). Kva-

lificerings- och utvärderingsfasen är två separata faser som tjänar olika syften och regleras i olika kapitel i LOU. Det är inte tillåtet att sammanblanda kriterier vid respektive fas. Av EU-domstolens dom i mål C-532/06 framgår att kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Dessa kan därför inte utgöra kriterier för tilldelning. Kriterierna i AFB.52 för bedömning av anbudsgivarens lämplighet att utföra föremålet för upphandlingen är knapphändiga. Det står EHB fritt att ange vilka kriterier för kvalificering som ska användas men det får inte som i aktuellt fall innebära att dessa kriterier istället används vid utvärdering av anbudet. EHB:s precisering av kvalitetskriterium ett i AFB.53 avser typiskt sett kvalificeringskriterier vilka syftar till att försäkra sig om anbudsgivarens förmåga att utföra projektet, inte att säkerställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriterierna syftar till att säkerställa att anbudsgivaren har en grundläggande organisation för att klara av att utföra upphandlingsföremålet och skulle ha ställts upp i kvalificeringsfasen.

Ytterligare underkriterier vilka bedöms i utvärderingen av anbudet är hur bemanningen ser ut inför säsongsskifte och säsongstoppar, områdeskunskap och fordon. Dessa kriterier hör hemma i bedömningen av vilken utrustning anbudsgivaren förfogar över för att fullgöra kontraktet. Även frågan om bemanningen är grundläggande och borde ha varit med i kvalificeringsfasen.

Genom att ange kriterier i utvärderingsfasen vilka egentligen hör hemma i kvalificeringsfasen, har EHB brutit mot de grundläggande principerna i LOU och gemenskapsrätten.

Kvalitetskriterium ett och två i AFB.53 betygsätts av tre jurymedlemmar vartefter ett genomsnittligt betyg räknas fram vilket resulterar i ett avdrag eller tillägg på anbudssumman. Det går inte att utifrån AFB.53 dra någon slutsats om på vilket sätt underkriterierna angivna i kvalitetskriterium ett

och två påverkar betygsättningen. Detta beror på att underkriterierna i sig är så otydligt formulerade att en rimligt omsorgsfull anbudsgivare inte kan förstå vad som kommer att bedömas. Det är t.ex. otydligt dels hur ett svar på frågan om hur anbudsgivaren ska lägga upp och genomföra entreprenaden så att EHB:s målsättning om 90 % kundnöjdhet uppnås eller överträffas överhuvudtaget ska utformas och dels hur ett sådant svar ska kunna kontrolleras, jämföras och kvantifieras för att resultera i ett betyg.

Vidare är bedömningsgrunderna i betygsskalan så otydliga att det skapar ett omotiverat stort utrymme för subjektiva bedömningar och ett åsidosättande av principen om öppenhet och transparens. Bedömningskriteriet ”mycket väl godkänt” lämnar stort utrymme för subjektiva bedömningar där inte ens EHB på förhand kan konkretisera vad som förväntas av anbudsgivaren. Därutöver bedöms om anbudsgivaren använt ”verktyg” utan närmare utveckling av vad som menas med detta och på vilket sätt dessa verktyg i sig påverkar bedömningen.

EHB har angett underkriterier för bedömningen av kundnöjdhet och värdestyrt företagande. Ingen kvantifierbar eller objektivt kontrollerbar omständighet efterfrågas. Kriterierna är istället rena värderingsfrågor. Kriterierna och den efterföljande värderingen är inte förutsebar för anbudsgivaren. Kriteriet gällande redovisning av anbudsgivarens arbete med att följa för branschen tillämpliga etiska och moraliska krav saknar hänvisning till en sådan policy som skulle kunna användas som grund för bedömningen. Det är även oklart vilken ekonomisk betydelse och vilket mervärde kriteriet har för EHB.

Av utvärderingsrapporten går inte att utläsa hur EHB har värderat respektive anbud. Av utvärderingsrapporten för Sandå Syerige AB som tilldelats högsta betyg avseende kvalitetskriterium ett kan utläsas att det vägts in att man har ett stort antal bilar. Detta är ett kvalificeringskriterium och borde inte ha beaktats. Utvärderingsrapportens knapphändiga och subjektiva be-

dömningar bekräftar bristerna i utformningen av utvärderings- och betygskriterierna. Då kvalitets- och betygskriterierna är så otydligt utformade med stort utrymme för godtycke kan de inte tillämpas enhetligt på samtliga anbudsgivare och det går inte att göra en objektiv, kontrollerbar samt rättvis utvärdering. Kriterierna är således i strid med LOU och dess grundläggande principer.

Eftersom förfrågningsunderlaget är bristfälligt, både genom sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfas samt genom bristerna i utvärderingskriterierna, har detta påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande fas. Rättelse är således inte en tillräcklig åtgärd utan upphandlingen måste göras om. Arlanda har i vart fall kunnat komma att lida skada.

EHB bestrider bifall till MPA:s och Arlandas ansökningar och yrkar i första hand att genomförd utvärdering står fast samt i andra hand, för det fall att utvärderingen inte har genomförts korrekt, att en ny utvärdering ska genomföras. Till stöd för sin inställning anför EHB bl.a. följande.

Av AFB.51 och AFB.52 framgår hur prövning av anbudsgivaren genomförs. Samtliga krav som anges är kvalificeringskrav hänförliga till anbudsgivaren och påvisar anbudsgivarens kapacitet. Kvalificeringskraven säger inget om hur anbudsgivaren har tänkt sig angripa föremålet för upphandlingen, dvs. vad som är det för EHB ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid utvärderingen har EHB tagit fasta på att utvärdera hur anbudsgivaren tänker sig organisationen för just det här uppdraget, då anbudsgivaren måste tillmötesgå och genomföra inställelse- och utförandetiderna som är angivna i AFD.43.

Av tilldelningsbeslutet framgår att EHB först provat anbudsgivaren avseende punkt 1-7 i AFB.51 och AFB.52 för att därefter utvärdera respektive anbud. Finansiell och ekonomisk ställning har inte legat till grund för utvärderingen av anbudet. MPA har inte kunnat visa att man lever upp till de efterfrågade uppgifterna i utvärderingskriterierna och har därför tilldelats

låga betyg i utvärderingen. Enligt AFB.53 prövas anbuderna enligt mervärdesmodellen. Det framgår att modellen belönar anbudsgivaren med ett procentuellt avdrag för varje betyg som erhålls i utvärderingsfasen, vilken består av två kriterier.

Under det första kriteriet ska anbudsgivaren beskriva den för uppdraget tilltänkta organisationen. Då det förekommer en relativt stor ordergång är laguppställningen med möjlighet att snabbt hantera toppar centrala parametrar i utvärderingen, vilket beskrivs med all önskvärd tydlighet i kriteriekraven för utvärderingsmodellen. EHB är ointresserad av vilken aktivitet anbudsgivaren har på andra orter då den aktiviteten inte påverkar inställelser och utföranden på EHB:s fastigheter. Utvärderingen genomfördes av en grupp på tre personer. Vid utvärderingen bedömdes att MPA räknat på ett för lågt antal målare för att kunna utföra tjänsten till fullo. MPA kunde därför inte övertyga EHB om de eventuella mervärden EHB kunde räkna med vid utförande av tjänsten. Anbudspriset har därför tillförts ett påslag med 10 %. Utvärderingen av Arlandas anbud visar tydligt att Arlanda inte har anpassat sin projektorganisation till det faktiska behovet som EHB beskriver. Arlanda har räknat för lågt på antal målare med tillhörande bilar för just detta projekt. Arlanda har utelämnat beskrivning av styrningen av dessa målare i form av ledarskap, värderingar och genomförandeplan. Arlanda har därför inte övertygat EHB om att man har de eventuella mervärden som EHB kan räkna med vid utförandet av tjänsten och har betygsatts därefter. Under det andra kriteriet ska anbudsgivaren redovisa hur man tänker lägga upp och genomföra entreprenaden så att målsättningen på 90 % kundnöjdhet kan uppnås eller överträffas. Anbudsgivaren ska även redovisa sitt arbete med att följa för branschen tillämpliga etiska och moraliska regler samt sitt arbete med att hjälpa människor som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Vid utvärderingen konstaterades att MPA svarat trovärdigt och utförligt angående värdebaserat ledarskap men inte hur man bidrar till att motverka svartarbete och korruption. Svaret är således inte komplett. Anbudet har därför tillförts ett påslag på anbudspriset med 5 %.

Vid utvärderingen gjordes bedömningen att Arlandas anbud har den högsta anbudssumman av samtliga anbudsgivare. Ett avdrag på maximalt uppnått avdrag hade inte ändrat utgången i tilldelningsbeslutet. Arlanda uppfyller således inte skaderekvisitetet.

EHB har behandlat samtliga anbudsgivare på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Upphandlingen har genomförts på ett öppet sätt och kraven är välavvägda mot föremålet för upphandlingen.

Arlanda tillägger i genmäle bl.a. följande. Otydligheten och sammanblandningen i förfrågningsunderlaget avseende kvalitetskriterium ett och två samt vilka uppgifter som senare har betydelse för vilket betyg anbudsgivaren får har påverkat Arlandas sätt att utforma sitt anbud. Redan av det skälet har utformningen av förfrågningsunderlaget medfört att Arlanda har riskerat att lida skada. Påståendet att Arlanda inte riskerat att lida skada till följd av att anbudet, även med maximalt avdrag efter bedömningen av kvalitetskriterium ett och två, inte skulle ha tillhört något av de tre lägsta anbuden bygger på en relativ jämförelse där EHB har utgått ifrån att poängsättningen av övriga anbud kvarstår oförändrad. Detta är inte ett riktigt betraktelsesätt vid bedömningen av om Arlanda lidit skada. Med en korrekt utformning av förfrågningsunderlaget utan sammanblandning av kriterier i de olika faserna samt med angivande av kontrollerbara, objektiva och jämförbara utvärderingskriterier finns en beaktansvärd risk för att anbudsgivare vilka vid den aktuella utvärderingen tilldelats ett högt betyg och därmed större avdrag skulle ha tilldelats ett lägre betyg och mindre avdrag, eller till och med tillägg. Med anledning av detta går det inte att utesluta att Arlanda skulle ha tilldelats kontrakt om förfrågningsunderlaget varit utformat i enlighet med de grundläggande reglerna i LOU och Arlanda har därför lidit skada även av denna anledning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Den 1 januari 2017 trädde en ny lag (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår att den tidigare lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska tillämpas på sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Upphandlingen har påbörjats innan den 1 januari 2017 och det är således LOU i dess äldre lydelse som är tillämplig på upphandlingen.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Ett förfrågningsunderlag måste vara så klart och tydligt utformat att en leverantör kan avgöra vad som har betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara utformad så att den leder till ett rättvisande resultat. Alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer ska kunna tolka informationen på samma sätt. De skiftande förhållandena som förekommer i det ekonomiska livet gör dock 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 (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 p. 42 och RÅ 2002 ref. 50).

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip 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 (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Har EHB sammanblandat kvalificerings- och utvärderingskriterier?

Utgångspunkter för bedömningen

I 11 kap. LOU finns detaljerade bestämmelser om den upphandlande myndighets möjlighet att ställa allmänna krav på leverantörernas ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Av 15 kap. 2 § LOU framgår dock att för upphandlingar enligt 15 kap. LOU gäller, såvitt nu är aktuellt, enbart 11 kap. 6 § LOU. Högsta förvaltningsdomstolen har emellertid i avgörandet HFD 2012 ref. 48 (I) uttalat att detta inte utgör något hinder för upphandlande myndigheter att i enlighet med 11 kap. LOU ställa krav på leverantörernas ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet, även om upphandlingen faller in under 15 kap. LOU. Enligt förvaltningsrättens mening är således 11 kap. LOU alltså av intresse för den aktuella upphandlingen.

Av 11 kap. 2 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Enligt 15 kap. 16 § LOU ska en upphandlande myndighet anta aningen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Av bestämmelsens andra stycke framgår att bedömningen ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU av vilket framgår att 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.

Av praxis från EU-domstolen framgår att upphandlingsförfarandet består av två steg, fastställande av urvalskriterier och utarbetande av tilldelningskriterier. Dessa två steg utgör skilda moment i upphandlingsprocessen och har olika syften samt omfattas av olika bestämmelser. Vid kontroll av anbudsgivarens lämplighet ska den upphandlande myndigheten utgå från kriterier avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. Tilldelningen av kontraktet ska däremot genomföras mot bakgrund av lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. För det fall tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har valts saknas en uttömmande uppräknning av de kriterier den upphandlande myndigheten får välja mellan. Det står således den upphandlande myndigheten fritt att välja de kriterier den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet, såvida dessa kriterier inte ger den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet vid tilldelningen av kontraktet samt så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet ifråga kan följaktligen inte anses utgöra tilldelningskriterier. (jfr EU-domstolens avgöranden i mål C-31/87 p.15–19, mål C-448/01 p. 37 samt mål C-532/06 p. 26–30).

Förvaltningsrättens bedömning

Arlanda anför i huvudsak att tilldelningskriterierna som anges i AFB.53 inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och således inte är att betrakta som tilldelningskriterier utan snarare kvalificeringskriterier. Kriterium ett angående planerat genomförande är ett kvalificeringskriterium som typiskt sett syftar till att försäkra sig om anbudsgivarens förmåga att utföra projektet. Kriteriet angående hur bemanningen ser ut inför

säsongsskifte och säsongstoppar samt områdeskännedom och fordon är ett typiskt sådant kriterium som hör hemma i bedömningen av vilken utrustning anbudsgivaren förfogar över för att fullgöra kontraktet. Även detta kriterium hör således hemma i kvalificeringsfasen.

EHB anför bl.a. att samtliga kvalificeringskrav i AFB.51-52 påvisar företags kapacitet, är hänförliga till anbudsgivaren och anger inget om hur anbudsgivaren tänk sig angripa föremålet för upphandlingen, dvs. tilldelningskriterier. I kriterierna för tilldelning har EHB tagit fasta på att utvärdera hur anbudsgivaren tänker sig organisationen för just detta uppdrag då anbudsgivaren måste tillmötesgå angivna inställelse- och utförandetider.

Av AFB.52 framgår att anbudsgivarens kreditvärdighet, kompetens och erfarenhet, kvalitetsledningssystem, miljöledningssystem, arbetsmiljöpolicy och ID 06 prövas för att avgöra om anbudsgivaren är lämplig eller inte. Enligt förvaltningsrättens mening är samtliga dessa kriterier hänförliga till anbudsgivarens allmänna ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Kriterierna har således rätteligen klassificerats som kvalificeringskriterier och EHB har förfarit korrekt när anbudsgivaren enligt AFB.5 och AFB.53 först prövats mot bakgrund av kvalificeringskriterierna i AFB.52 och därefter prövats för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

För att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har EHB ställt upp tilldelningskriterier i AFB.53. Av punkten framgår att anbudsgivaren prövas enligt en mervärdesmodell som ger ett procentuellt avdrag för varje betyg som erhålls i utvärderingsfasen. I utvärderingsfasen bedöms anbudsgivarens organisation och planerat genomförande (kriterium ett) och kundnöjdhet och värdestyrt företagande (kriterium två). Vid bedömningen av kriterium ett ska underkriterierna bemanning inför säsongsskifte och säsongstoppar, områdeskännedom samt uppdragsanpassade fordon beaktas. Enligt förvaltningsrättens mening har dessa underkriterier en tydlig koppling till kontraktet i den aktuella upphandlingen. Kriterierna avser inte an-

budsgivarens kapacitet i allmänhet utan snarare den kvalitet EHB kan förvänta sig, samt anbudsgivarens möjlighet att utföra det specifika kontraktet, vilket mot bakgrund av vad EHB anfört om kraven på inställelse- och leveranstider, får anses motiverat samt bringa ett mervärde för EHB. Med hänsyn till kraven på inställelse- och leveranstider får även underkriteriet om fordon anses motiverat och hänförligt till kontraktet ifråga. Förvaltningsrätten finner därför att EHB inte har sammanblandat kvalificerings- och tilldelningskriterier på så sätt Arlanda gör gällande. Det saknas därför anledning för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Brister förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen i transparens?

MPA anför att bedömningen av kvalitetskriterium ett och två är godtycklig och att det är oklart i förfrågningsunderlaget hur dessa ska utvärderas. MPA anför vidare att man har haft samma kreditpoäng som ett annat företag och att MPA har fått lägsta poäng medan det andra företaget fick höga poäng. Arlanda anför i huvudsak att det inte går att utifrån AFB.53 dra någon slutsats om på vilket sätt underkriterierna till kvalitetskriterierna kommer att bedömas. Det är otydligt hur svaren ska skrivas och hur de kommer att kontrolleras, jämföras och kvantifieras. Bedömningsgrunderna i betygsskalan är otydliga och ger EHB stort utrymme för subjektiva bedömningar. Inga underkriterier för bedömningen av kundnöjdhet och värdestyrt företagande framgår och ingen kvantifierbar eller objektivt kontrollerbar omständighet efterfrågas. Det framgår inte heller av utvärderingsrapporten hur EHB har värderat respektive anbud.

EHB anför bl.a. att det framgår med all önskvärd tydlighet i kriterierna för utvärderingsmodellen vad som kommer att beaktas. Inom det första kriteriet ska anbudsgivaren beskriva den för uppdraget tilltänkta organisationen. MPA har räknat på ett för lågt antal målare för att kunna utföra tjänsten. Arlanda har inte anpassat sin projektorganisation till det faktiska behovet

som EHB beskriver, räknat på ett för lågt antal målare med tillhörande bilar och utelämnat beskrivning av hur målarna styrs. Vid utvärderingen av kriterium två konstaterades att MPA svarat trovärdigt angående värdebaserat ledarskap men inte hur man bidrar till att motverka svartarbete och korrup-tion. Anbudet från MPA och Arlanda har därför påförts påslag i enlighet med anbudsvärderingen.

Gällande utvärderingen av MPA:s anbud konstaterar förvaltningsrätten inledningsvis att MPA inte preciserat på vilket sätt utvärderingsmodellen är otydlig annat än att MPA tilldelats låga poäng medan en annan anbudsgivare med samma kreditvärdighet tilldelats höga poäng. MPA har dock inte visat på vilket sätt kreditvärdigheten har påverkat poängsättningen, eller att MPA haft samma kreditvärdighet som en anbudsgivare vilken tilldelats högre poäng. EHB å andra sidan har förtydligat varför MPA tilldelades påslag i utvärderingen och pekat på vilka brister som förelåg i MPA:s svar. Den omständigheten att en anbudsgivare genom att endast ta del av förfrågningsunderlaget inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen medför inte att utvärderingsmodellen som sådan brister i transparens (jfr Kammar-rätten i Stockholms avgörande den 16 februari 2016 i mål nr 8289-15 m.fl.) Enligt förvaltningsrättens mening föranleder således inte enbart det faktum att MPA inte har kunnat förutse utfallet av utvärderingen att utvärderingsmodellen brister i transparens. MPA har inte heller i övrigt visat på vilket sätt förfrågningsunderlaget eller utvärderingsmodellen är otydlig, eller hur anbudsgivarna har olikbehandlats vid utvärderingen. Det MPA anfört föranleder därför ingen åtgärd från förvaltningsrätten.

Av AFB.53 framgår inte hur underkriterierna till varken kriterium ett eller två kommer att viktas inför det sammanlagda betyget. Som Arlanda anfört är det även oklart hur anbudsgivaren ska utforma sitt svar på frågan om hur anbudsgivaren ska lägga upp och genomföra entreprenaden så att EHB:s målsättning om 90 % kundnöjdhet uppnås eller överträffas. Det framgår inte heller hur kundnöjdhet och värdestyrt företagande kommer att bedömas.

Enligt förvaltningsrättens mening har dessa brister i utvärderingsmodellen inneburit att EHB har lämnats ett stort utrymme för godtycke och ett stort mått av fri prövningsrätt vilket försvårat för anbudsgivaren att förutse vad EHB kommer att lägga vikt vid under poängsättningen. Förvaltningsrätten finner att de sammantagna bristerna i utvärderingsmodellen som Arlanda har pekat på har förhindrat en normalt omsorgsfull och rimligt informerad leverantör från att förstå hur EHB kommer att tolka och bedöma tilldelningskriterierna och således även hur utvärderingen kommer att genomföras. Utvärderingsmodellen är därför i strid med LOU och dess grundläggande krav på transparens.

Har Arlanda lidit sådan skada som krävs för åtgärd enligt LOU?

I upphandlingen inkom sex stycken anbud. Tilldelningsgrunden var det ekonomiskt mest förmånliga anbudet. Anbudet uppgick innan prispåslag och prisavdrag till 13 513 060 kr, 13 998 683 kr, 14 234 332 kr, 15 828 395 kr, 20 939 557,50 kr och 21 394 895 kr. Det högsta anbudet lades av Arlanda. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte krävas att sökande bolaget har lämnat det allra mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet för att sökande bolaget ska kunna ha lidit eller riskerat att lida skada. I förevarande fall kommer upphandlingen att leda till att kontrakt tecknas med tre anbudsgivare. Arlanda har, för det fall att man skulle ha placerats på tredje plats, även riskerat att lida skada och gå miste om ett eventuellt kontrakt. Vid bedömningen av om Arlanda har lidit eller riskerat att lida skada ska därför, enligt förvaltningsrättens mening, en jämförelse göras med det högsta anbudet som alltjämt tilldelades ett kontrakt, dvs. anbudet från Zober Måleri AB (Zober). Prisskillnaden mellan Arlandas anbud och Zobers anbud är 5 566 500 kr alltså cirka 35 %.

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2013 ref. 53 uttalat att det för ingripande av domstolen krävs att sökande bolaget konkretiserar på vilket sätt

påstådda brister har medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada.

Som framgår av ordalydelsen av 16 kap. 6 § LOU krävs det, även om felet som åberopas är hänförligt till förfrågningsunderlagets utformning, att sökande bolaget konkretiserar den skada man lider eller riskerar att lida av felet (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 13 februari 2013 i mål nr 3005-12). I avgöranden från kammarrätterna framgår att bedömningen av hur pass noggrann och konkret ett sökande bolag måste vara vid beskrivningen av den skada man anser sig kunna lida måste göras mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 28 maj 2015 i mål nr 2805-14).

I förevarande upphandling har Arlanda, som utvecklats ovan, lämnat det dyraste anbudet och placerats sist. Detta talar enligt förvaltningsrätten för att det ställs högre krav på Arlandas beskrivning av den skada Arlanda anser sig kunna komma att lida.

Arlanda har inte konkretiserat hur deras anbud hade kunnat se annorlunda ut eller vara mer konkurrenskraftigt med en mer transparent utvärderingsmodell. Arlanda anger inget konkret exempel på hur man hade kunnat utforma sitt anbud annorlunda eller hur en annorlunda anbudsutvärdering hade kunnat utfalla (jfr Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 17 mars 2017 i mål nr 3037-16). Arlanda har enbart i allmänna ordalag anfört att det hade varit möjligt att lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud med en tydligare utvärderingsmodell. Mot bakgrund av att prisskillnaden mellan Arlandas anbud och Zober's anbud är så pass stor anser förvaltningsrätten att den allmänna beskrivning av skadan som Arlanda lämnat inte räcker för att uppfylla kravet på konkretisering av skada. Arlanda har därför inte visat på vilket sätt man lidit eller riskerat att lida skada till följd av den otydliga utvärderingsmodellen. Det saknas därmed, även på av Arlanda anförda grunder,

skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Ansökningarna om överprövning ska därför avslås.

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



Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Wille Steinert.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad hän/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

