



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2018-01-31

Meddelad i Stockholm

Mål nr

14494-17

SÖKANDE

Gotlandsbyggen AB, 556094-1774

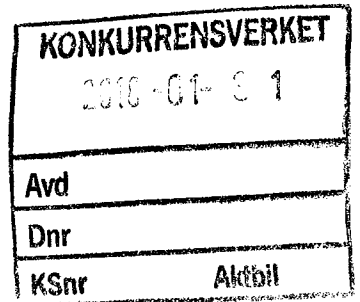
Ombud: Advokat Henric Levin
Advokatfirman Allians Stockholm AB
Box 7325
103 90 Stockholm

MOTPART

Region Gotland
Tekniska nämnden
621 81 Visby

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Gotlandsbyggen AB:s ansökan om överprövning och beslutar att Region Gotlands upphandling ”Årsavtal 2017 Bygg”, dnr TN 2017/581, ska göras om.

Dok.Id 901246

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Region Gotland (Regionen) genomför en upphandling ”Årsavtal 2017 Bygg”, dnr TN 2017/581). Upphandlingen sker genom förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån pris och förmåga. I tilldelningsbeslut den 14 juni 2017 meddelades att fem leverantörer antogs som ramavtalsentreprenörer och rangordnades. Gotlandsbyggen AB (bolaget) rangordnades på tredje plats.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om alternativt att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Bolaget anför i huvudsak följande. Av utvärderingen kan utläsas att bolaget har lämnat det lägsta anbudspriset. Vid utvärderingen av bolagets förmåga har bolaget placerats i Nivå 2, vilket medfört en minskning av anbudspriset med 10 procent. De leverantörer som har rangordnats före bolaget har placerats i Nivå 4 vilket medför en minskning av anbudspriset med 20 procent. Om bolaget hade placerats i Nivå 3 eller 4 skulle bolagets utvärderingssumma ha blivit lägre än de två leverantörer som rangordnats före bolaget och bolaget skulle ha rangordnats som nummer 1.

Utvärderingsmodellen under avsnitt AFB.53 i förfrågningsunderlaget, torde objektivt sett förstås som att det är antalet anställda som är styrande för placeringen i respektive nivå. I annat fall är utvärderingsmodellen omöjlig att förstå. Det är därför antalet anställda som ska ligga till grund för bedömningen av leverantörens förmåga att tillgodose Regionens önskemål. Om så inte skulle vara fallet torde utvärderingsmodellen ha utformats på ett annat sätt, t.ex. ett krav under respektive nivå om minst antalet anställda. Med undantag för Nivå 4 är dock så inte fallet i förfrågningsunderlaget, eftersom antalet anställda i Nivå 3 respektive Nivå 2 är angivna med ett lägsta respektive högsta antal anställda. Bolaget har mer än 20 anställda och skulle

därför inte ha placerats i Nivå 2, eftersom det förutsätter 5-10 anställda. De två leverantörer som har rangordnats före bolaget har också mer än 20 anställda och har placerats i Nivå 4. Det finns inget utrymme i utvärderingskriterierna för att placera bolaget i Nivå 2. Regionen har således inte behandlat bolaget likvärdigt med de leverantörer som rangordnats högre än bolaget. Om det vore så att nivåerna endast är vägledning var man hamnar om man har topp i bedömningen och uppnår antalet anställda, skulle kravet på antal anställda ha angetts på ett annat sätt.

I anbudsunderlaget har Regionen på ett allmänt hålllet sätt angett att hänsyn kommer att tas till beskriven organisation för aktuell typ av servicejobb, kompetenser och erfarenhet vid utvärdering av den offererade entreprenörens förmåga att svara upp till Regionens önskemål. Regionen har dock inte angett vilka önskemål som regionen har och det är därför inte möjligt för leverantören att förutse de kriterier som Regionen tillmäter betydelse. Det anges också att entreprenörens beskrivningar lämnade i anbudet under punkten "Beskrivning och kompetens" bedöms av Regionens utvärderingsgrupp. Det går i utvärderingsmodellen inte att utläsa några som helst parametrar som har betydelse för betygssättningen eller på vilket sätt ett visst anbud kommer att finnas mer ekonomiskt fördelaktigt jämfört med andra anbud. Det saknas även vägledning om de kriterier Regionen tillmäter betydelse, utöver att leverantören ska ha tillräcklig förmåga och kapacitet för att klara upphandlingens syfte, art och krav.

Det är mot bakgrund av komplexiteten i totalentreprenader och de föreliggande kontaktshandlingarna inte möjligt att utvärdera anbuden baserat på "Beställarens önskemål" utan att närmare uppställa objektiva kriterier för de önskemål som föreligger. Inga specifika krav föreligger i förfrågningsunderlaget. Regionens utvärderingsgrupp har baserat sin utvärdering på en felaktig bedömning av bolagets organisation och personalomsättning. Bolaget har på ett tydligt sätt lämnat en beskrivning av sin organisation,

kompetens och erfarenhet. Bolaget har inte mindre än tre arbetsledare inom verksamhetsområdet byggservice, vilket är det område som omfattas av den aktuella upphandlingen. Bolaget har lämnat en beskrivning över de efterfrågade delarna. Bolaget tillbakavisar påståendena att bolaget skulle ha haft organisatoriska problem och stor omsättning på arbetsledare. Regionen har inte tidigare framfört kritik vad gäller bolagets sätt att bedriva de entreprenader som bolaget utfört åt Regionen med avseende på bristande organisation. CV har inte efterfrågats i de uppsatta villkoren för upphandlingen. Utvärderingsgruppen har gjort en subjektiv bedömning, vilket hade undvikits med tydliga kriterier i utvärderingsmodellen. Det är uppenbart att Regionen baserat på någons subjektiva uppfattning om historiska händelser i samarbetet placerat bolaget i Nivå 2. Upphandlingen och utvärderingsmodellen brister i förutsebarhet och transparens. Bolaget har inte kunnat förutse eller förstå vilka kriterier regionen baserar anbudsutvärderingen på och vilka parametrar som varit bestämmande för vilket anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt. Vidare är regionens utvärderingsmodell inte ägnad att ge ett objektivet och tydligt rättvisande resultat och det bästa anbudet kan i realiteten inte identifieras. Förfrågningsunderlaget har öppnat upp för en godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av leverantörerna.

Regionen har därmed överträtt de allmänna principerna i 4 kap. 1 § LOU. Genom att rangordnas som nummer 3 kommer bolaget att ges möjlighet att leverera tjänster först efter det att de leverantörer som är rangordnade före bolaget har av sagt sig möjligheten att leverera efterfrågad tjänst. Genom rangordningen kan bolaget komma att lida ekonomisk skada.

Regionen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. I avsnitt AFB. 53 framgår att utvärderingskriterium är pris och förmåga. Förmåga är beskrivet som ”Förmåga avser att utvärdera den offererade entreprenörens förmåga att svara upp till beställarens önskemål”. De olika nivåerna ska endast ses som en vägledning var man hamnar om man har

topp i bedömningen och uppnår antalet anställda. Därför står det ”bedöms”, ”att hänsyn kommer att tas” och ”cirka antal anställda”. Att förstå vad ”Beställarens önskemål” betyder kan inte vara svårt eftersom det handlar om byggarbeten som specificeras vid varje beställning. Förmåga är i det här fallet att genomföra beställningen så att beställaren blir nöjd. I utvärderingsmodellen framgår att utvärderingsgruppen vid sin bedömning kommer att ta hänsyn till beskriven organisation för denna typ av servicejobb, kompetenser och erfarenhet. Bolaget har i sitt anbud inte lämnat någon detaljerad beskrivning av sin organisation, kompetens och erfarenhet som går att utvärdera. Personalens CV eller liknande hade visat mer av vad Regionen efterfrågat. Eftersom Regionen har mångårig erfarenhet av anbudsgivaren har verkligheten fått vara avgörande vid bedömningen. En bedömning är alltid subjektiv men att använda en utvärderingsgrupp borgar för att personliga tyckanden undviks. Utvärderingsgruppen kom fram till att Bolaget skulle ha betyg 2 eftersom bolaget haft organisatoriska problem. Bolaget har haft stor omsättning på arbetsledare vilket är en stor brist och som givit Regionen som beställare merarbete. I underlaget framgår det att bl.a. erfarenhet ska utvärderas. Arbetsledaren är en nyckelperson för ett projekt ska fungera smärtfritt. Bedömningen påverkas mycket av detta.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Kravet på att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt ger uttryck för principen om transparens och öppenhet, som bl.a. innebär av att upphandlingen ska kännetecknas av förutsebarhet.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 4 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs

också att sökanden kan visa att man lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU (jfr HFD 2013 ref. 53). Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndigheter har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har, oavsett hur bolaget har utformat sitt yrkande, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller om den ska rättas. Vidare framgår att det med denna befogenhet får anses följa en skyldighet för den överprövande domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. Om ett fel är hänförligt till det inledande skede under en upphandling när den upphandlande myndigheten öppnar upphandlingen för konkurrens har det ansetts att valet mellan de två åtgärderna i normalfallet bör bli att upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not. 26).

Bolaget har framfört invändningar mot upphandlingen vad gäller förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen. Förvaltningsrätten prövar dessa invändningar först.

Varken LOU eller EU-rätten innehåller några formkrav på hur ett förfrågningsunderlag eller en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Detta medför att en upphandlande myndighet har stor frihet att välja hur utvärderingsmodellen ska utformas, så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet innebär även att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som uppstår LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (se C-448/01 Wienstrom och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50). För att konkurrensen ska vara på lika villkor i

en upphandling krävs att förfrågningsunderlaget är så klart och tydligt utformat att en leverantör utifrån det kan avgöra vad som tillmäts betydelse i upphandlingen. Relativt höga krav har därför ansetts kunna uppställas på hur ett kriterium ska vara utformat för att det ska vara tydligt (se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 6 februari 2013 i mål nr 7362-12).

Av förfrågningsunderlaget AFB.52 framgår att beställaren kommer att göra en bedömning av huruvida entreprenören har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet att fullgöra avtalet samt att entreprenören kortfattat ska beskriva sin organisation, kompetens, kapacitet samt rutiner och former för samarbete med beställaren.

Av förfrågningsunderlaget AFB.53 framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas utifrån kriterierna pris och förmåga. Beträffande utvärderingsmodellen anges att utvärdering kommer att ske med hjälp av en utvärderingsgrupp samt att hänsyn kommer att tas till beskriven organisation för denna typ av servicejobb, kompetenser och erfarenhet.

Förmåga bedöms enligt en poängskala i 4 nivåer (betyg) enligt följande:

- 4 - Nivå som bedöms tillgodose önskemål i mycket hög grad och har mer än ca 20 anställda byggservicearbetare= Anbudspriset minskas med 20 %.
- 3 - Nivå som bedöms tillgodose önskemål väl och har ca 11 till 20 anställda byggservicearbetare= Anbudspriset minskas med 15 %.
- 2 - Nivå som bedöms tillgodose önskemål i någon mån och har ca 5 till 10 anställda byggservicearbetare=Anbudspriset minskas med 10 %.
- 1- Nivå som inte tillgodoser önskemål eller beskrivning/redogörelse saknas= Anbudspriset minskas med 0 %.

Förmåga avser utvärdering av den offererade entreprenörens förmåga att svara upp till beställarens önskemål. Entreprenörens beskrivningar lämnade under punkten ”Beskrivning av organisation och kompetens” bedöms av Beställarens utvärderingsgrupp. Kriteriet kommer att betygsättas på en skala 1 – 4, där 4 är bäst och 1 är sämst.

Bolaget har bl.a. anfört att det i utvärderingsmodellen inte går att utläsa några parametrar som har betydelse för betygssättningen eller på vilket sätt ett visst anbud kommer att befinnas mer ekonomiskt fördelaktigt jämfört med andra anbud samt att upphandlingen och utvärderingsmodellen brister i förutsebarhet och transparens. Förvaltningsrätten anser att det i förfrågningsunderlaget saknas närmare ledning om vad beställarens önskemål utgör och att det inte finns någon närmare redogörelse för vad anbudsgivaren har att uppfylla för att uppnå de olika nivåerna. Region Gotland har anfört att det inte kan vara svårt att förstå vad beställarens önskemål betyder eftersom det handlar om byggarbeten som specificeras vid varje beställning och att förmåga i det här fallet är att genomföra beställningen så att beställaren blir nöjd. Någon närmare ledning om vad anbudsgivare ska lägga vikt vid i sin beskrivning för att kunna lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt i detta avseende finns emellertid inte. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att utvärderingsmodellen inte är utformad på ett sådant sätt att anbudsgivare kan avgöra vad den upphandlande myndigheten kommer att tillmäta betydelse vid bedömningen. Förvaltningsrätten anser vidare att det inte heller går att i efterhand kontrollera att urvalet har gjorts på ett sätt som tillgodoser principerna i LOU. Utformningen av förfrågningsunderlaget i denna del har således, enligt förvaltningsrättens mening, öppnat upp för en alltför godtycklig bedömning, som inte kunnat förutses av anbudsgivarna, och inneburit en fri prövningsrätt varför det strider mot transparensprincipen. Det kan inte uteslutas att bolaget hade valt att utforma sitt anbud annorlunda om den konstaterade bristen inte hade funnits och bolaget får i vart fall anses ha riskerat att lida skada, varför det finns skäl för ingripande enligt LOU. Bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlagets utformning och det konkurrensuppsökande skedet. Upphandlingen ska därför göras om. Vid denna utgång saknas skäl att pröva bolagets övriga invändningar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).

Anneli Berglund Creutz

Rådman

Camilla Garfvé har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

