

KLAGANDE

PMI Clean AB, 556421-5290

Ombud: Advokat Erik Olsson och jurist Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokat Eva Granbohm
Stadsledningskontorets juridiska avdelning
105 35 Stockholm

2. ISKO AB, 556867-4963

Fryksdalsbacken 12
123 43 Farsta

3. Städ & Maskin Centralen i Stockholm AB, 556519-8677

Elektravägen 12
126 30 Hägersten

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 27 september 2016 i
mål nr 7659-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens
dom samt förordnar att upphandlingen ska rättas i enlighet med
domskälen.

YRKANDEN M.M.

PMI Clean AB (PMI) yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse gjorts på så vis att en ny utvärdering av anbuderna genomförs utan beaktande av anbuderna från Teknostäd AB, ISKO AB och Städ & Maskin Centralen i Stockholm AB (SMC). PMI yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om eftersom utvärderingsmodellen inte leder till ett upphandlingsrättsligt korrekt resultat.

Till stöd för sin talan hänvisar PMI till det som förs fram i förvaltningsrätten med bl.a. följande tillägg. Rättsfallet HFD 2016 ref. 3 som förvaltningsrätten hänvisar till handlar om att förkasta onormalt låga anbud. PMI har inte gjort gällande att någon av de vinnande leverantörerna har lämnat ett onormalt lågt anbud. PMI:s talan har uteslutande inriktats på hur utvärderingsmodellen är utformad och på att den inte är förenlig med det upphandlingsrättsliga regelverket. Vad som varit helt och ensamt avgörande i upphandlingen är respektive leverantörs förmåga att överlista utvärderingsmodellen, inte att lämna ett anbud som i praktiken ger det lägsta priset i varje enskilt fall.

Stockholms stad anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Av Teknostäds anbud framgår att företaget uppfyller samtliga krav som staden har ställt och att bolaget har egen kapacitet att utföra alla tjänster som upphandlingen omfattar. Staden har därför inte fäst något avseende vid det avtal med ett annat bolag som Teknostäd gett in.

När det gäller vilka resurser som planeras avsättas för just detta uppdrag framgår det inte av förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna måste ange exakta och preciserade uppgifter. Ordet resurs omfattar allt som krävs för att utföra lokalvård. Den beskrivning som ISKO har lämnat är tillräcklig för att avgöra den tekniska förmågan att utföra det uppdrag som upphandlingen avser. När det gäller SMC stämmer det att SMC i sitt anbud angett hur mycket personal bolaget avsätter för fem andra stadsdelar. SMC har dock

genom sitt anbud utförligt redogjort för sin organisation och denna beskrivning är tillräcklig för att avgöra den tekniska förmågan att utföra det uppdrag som upphandlingen avser.

Utvärderingsmodellen är ägnad att leda till ett rättvist resultat. Det anbud som innehåller lägsta pris antas. Flera förvaltningar i staden har de senaste åren tillämpat ett fast pris för daglig regelmässig lokalvård vid upphandling av städtjänster. Bakgrunden är att städbranschen är hårt konkurrensutsatt och att anbudspriserna över tid pressats allt lägre. Genom att tillämpa ett fast pris för daglig städning, medan pris på andra tjänster fått kvarstå som utvärderingskriterium, har staden försökt att komma till rätta med den kritik som kommit från både anbudsgivare och kunder. Det står anbudsgivarna fritt att bestämma sina anbudspriser på tillkommande tjänster. Det viktiga för staden är att försäkra sig om att avtalet kan fullgöras.

ISKO och SMC har förelagts att yttra sig i målet men har inte kommit in med något yttrande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för prövningen

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig.

PMI har i sin ansökan om överprövning åberopat dels brister mot anbuderna från Teknostäd, ISKO och SMC, dels brister i utvärderingsmodellen. De senare åberopade bristerna är hänförliga till det s.k. konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Vid ett ingripande mot en upphandling kan domstolen, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se bl.a. RÅ 2005 ref. 47 och HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att åtgärden rättelse ska bli aktuell är att de brister som förekommit inte påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se RÅ 2008 not. 26). Kammarrätten prövar därför först

åberopade brister hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet och därefter prövar kammarrätten huruvida anbudet från Teknostäd, ISKO och SMC uppfyller i målet aktuella ska-krav (jfr Kammarrättens i Stockholms beslut den 13 september 2013 i mål nr 4385-13).

Utvärderingsmodellen

Kammarrätten anser att det i denna del inte finns anledning att göra någon annan bedömning än den som förvaltningsrätten gjort. Grund för ingripande med stöd av LVU föreligger därför inte i denna del.

Uteslutning av anbud

Anbudet från Teknostäd

PMI har anfört att Teknostäds anbud inte ska beaktas eftersom det inlämnade avtalet inte uppfyller kravet i 7.7 i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget 7.7 "Åberopande av annans kapacitet" anges bl.a. att en anbudsgivare vid behov får åberopa andra företags kapacitet. Anbudsgivaren ska då bifoga en handling som bl.a. visar att leverantören förfogar över de åberopade resurserna.

Teknostäd har i sitt anbud angett att de har egna resurser för fönsterputs men att Teknostäd av rationella skäl anlitar en underleverantör. Vidare anges att om staden inte kan acceptera detta, vill Teknostäd att staden bortser från denna uppgift och att Teknostäd då åtar sig att i egen regi utföra även all fönsterputs. Teknostäd har gett in ett avtal med underleverantören.

Kravet i 7.7 i förfrågningsunderlaget ger anbudsgivare rätt att vid behov åberopa ett annat företags kapacitet. Enligt kammarrätten står det dock klart att Teknostäd har egna resurser för fönsterputs. Det saknar därför betydelse

om inlämnat avtal uppfyller villkoren i 7.7 i förfrågningsunderlaget. Grund för ingripande enligt LOU på denna grund finns således inte.

Anbuden från ISKO och SMC

PMI har anfört att anbuden från ISKO och SMC inte ska beaktas eftersom de inte uppfyller de obligatoriska kraven i 7.6 i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget 7.6 "Teknisk förmåga och kompetenskrav" anges i huvudsak att leverantören ska ha kompetens, resurser och erfarenhet av att organisera och utföra avtalat åtagande enligt förfrågningsunderlagets ställda krav. Anbudet ska bl.a. innehålla en beskrivning av företagets organisation, inriktning, år i branschen och de resurser som kommer att avsättas för den stadsdel och det avtalsområde som upphandlingen avser.

ISKO har i sitt anbud beskrivit sin organisation och personalstyrka. ISKO har under rubriken "avsättande av de resurser för de stadsförvaltningar som anbudet avser" i huvudsak uppgett att resurser i form av personal och maskinella tillgångar kommer att avsättas beroende på antal stadsdelsförvaltningar som bolaget får avtal med.

SMC har i sitt anbud angett hur bolaget är organiserat och vilka personalresurser som SMC förfogar över. SMC har därtill uppgett fem stadsdelar som inte ingår i upphandlingen och angett hur personal kommer att avsättas för dessa stadsdelar.

Stockholms stad har anfört att den tycker att den beskrivning som ISKO och SMC lämnat är tillräcklig för att de ska anses ha visat att de har den tekniska förmågan att utföra det uppdrag som upphandlingen avser.

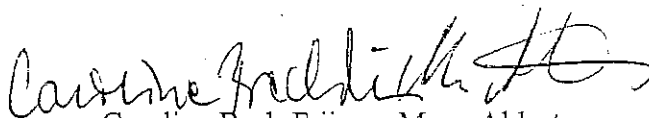
Kammarrätten konstaterar inledningsvis att förfrågningsunderlaget utgör en central del av förfarandet i en upphandling. En förutsättning för att

underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. Om den upphandlande myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav måste myndigheten bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling (jfr t.ex. HFD 2016 ref. 17).

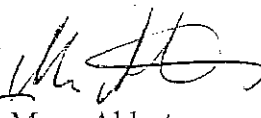
I nu aktuellt mål ställs det i 7.6 i förfrågningsunderlaget ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren ska ange de resurser som kommer att avsättas för den stadsdel och det avtalsområde som upphandlingen avser. Kammarrätten anser att vare sig ISKO eller SMC uppfyller det kravet. ISKO har endast beskrivit sin organisation och i allmänna ordalag uttalat att vissa investeringar kommer att ske samt att personella resurser kommer att avsättas medan SMC har lämnat uppgifter som rör andra stadsdelar än de som ingår i upphandlingen.

Genom att utvärdera anbuden trots att de inte uppfyller ett av de obligatoriska ska-kraven i förfrågningsunderlaget har Stockholms stad brutit mot likabehandlingsprincipen. PMI har lidit skada av stadens agerande. Grund för ingripande enligt LOU på dessa grunder föreligger således. Eftersom kammarrätten anser att överträdelsen inte hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt att anbudsutvärderingen rättas varvid anbuden från ISKO och SMC inte beaktas.

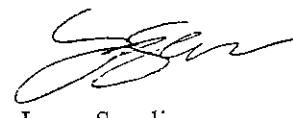
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Caroline Beck-Friis
kammarrättsråd
ordförande



Mona Aldestam
kammarrättsråd
referent



Jonas Sunding
tf. assessor

/Maria Wetterholm
föredragande



SÖKANDE

PMI Clean AB, 556421-5290

Ombud: Advokat Erik Olsson och jur.kand. Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART

Stockholms stad

Ombud: Eva Granbohm
Stadsledningskontorets juridiska avdelning
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Stockholms stad, Bromma stadsdelsnämnd (staden) upphandlar ett ramavtal avseende lokalvårdstjänster för två stadsdelsförvaltningar. Upphandlingen sker i form av ett öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

YRKANDEN M.M.

PMI Clean AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingens utvärdering ska rättas och anför till stöd för yrkandet bl.a. följande. Tre leverantörer har antagits som inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav. I förfrågningsunderlaget punkt 7.7 har staden ställt krav på att anbudet ska innehålla uppgift om att leverantören förfogar över andra företags resurser för det fall man återoppar sådana. Teknostad AB har återopat ett annat företags resurser men har inte visat att man förfogar över dessa resurser på sätt som anges i förfrågningsunderlaget. Vidare har varken ISKO AB eller Städ & Maskin Centralen i Stockholm AB i sina anbud svarat godtagbart på de obligatoriska krav som staden ställt i förfrågningsunderlaget under punkt 7.6. Enligt den punkten ska anbudet bl.a. innehålla en beskrivning av de resurser som kommer att avsättas för den stadsdel och det avtalsområde upphandlingen avser.

I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om och anför i denna del bl.a. följande. Utvärderingsmodellen leder inte till ett rättvisande resultat eftersom den inte är ägnad att identifiera anbudet med lägst pris och strider därmed mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU samt reglerna i 12 kap. 1 § LOU. I förfrågningsunderlaget anges att anbudgivarna ska prissätta 14 olika poster med mer eller mindre vanligen förekommande lokalvårdstjänster. Varje post räknas lika mycket oavsett verklig volym. Staden begärde in förklaringar av de låga priserna från sex

anbudsgivare. Förekommande låga priser var vanligen 1 kr per timme. Av de lämnade förklaringarna framgår inte att lämnade priser i sig är rationella och ger kostnadstäckning. I stället har anbudsgivarna medvetet satt låga priser på poster som staden i praktiken varken har eller planerar att avropa. Upphandlingen har därmed enbart visat leverantörernas förmåga att överlista upphandlingsmodellen. Till följd av stadens överträdelse av reglerna i LOU har bolaget gått miste om möjligheten att utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Därmed lider eller riskerar i vart fall bolaget att lida skada.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Teknostad AB uppfyller självt kravet och har inte åberopat något annat bolags resurser. Man har använt sig av en underleverantör, något som LOU tillåter. ISKO AB och Städ & Maskin Centralen i Stockholm AB anger i sina företagsbeskrivningar bl.a. sin totala personalstyrka, sina möjligheter att utöka denna vid nya uppdrag, utbildningsinsatser m.m. Staden har bedömt att det har varit tillräckligt för att uppfylla kraven. Vid den aktuella typen av upphandling är det svårt att svara närmare på frågan. Det skulle därför strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta ett anbud på grund av att det inte exakt angetts vilka resurser som kommer att avsättas. Anbudsgivarna har i detta avseende behandlats lika och inget anbud har förkastats på denna grund.

Priset på den vanligast förekommande städtjänsten är fastställd till 230 kr per timme. Beträffande övriga städtjänster skulle anbudsgivarna ange timpriser. De vinnande anbudsgivarna har genomgående lämnat mycket låga priser varför de ombads att komma in med en förklaring. De har alla lämnat förklaringar som staden godtagit. Anbudsgivarna har beskrivit sina strategier vid prissättningen och att de med erfarenhet av liknande kontrakt vet att dessa tjänster sällan avropas. Det finns inget hinder mot att anbudsgivare

konkurrerar med mycket låga priser på vissa tjänster och därigenom tar en risk att dessa tjänster avropas.

Bolaget som getts tillfälle att yttra sig över vad staden anfört har inkommit med ett intyg från näringslivsorganisationen Almega och anför att Almega är mycket kritisk till upphandlingsmodellen, främst eftersom den inte leder till en konkurrensutsättning av den verkliga kostnadsbilden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Det är enligt praxis den part som gör gällande att en upphandling är felaktig som på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter han grundar sin talan på (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har anfört invändningar mot att staden utvärderat anbuderna från Teknostäd AB, ISKO AB och Städ & Maskin Centralen i Stockholm AB. Förvaltningsrätten finner att vad bolaget i denna del anfört inte visar att staden frångått förfrågningsunderlaget och att grund för rättelse därmed inte visats föreligga.

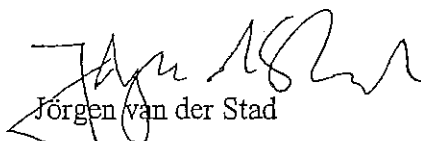
Angående frågan om upphandlingsmodellen gör förvaltningsrätten följande bedömning. Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2016 ref. 3 framgår att varken låga priser eller taktik, i sig, avgör om en upphandlingsmodell är godtagbar eller inte. I den ansökan förvaltningsrätten nu har att pröva har bolaget framfört kritik mot den aktuella upphandlingsmodellen men inte visat att de låga priser som de antagna leverantörer uppgett skulle

sakna affärsmässighet eller ge befogad anledning anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran eller på annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat.

Sammanfattningsvis har bolaget inte visat att staden brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Förvaltningsrätten har därmed inte grund för att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Jörgen van der Stad
Rådman

Peter Collert har föredragit målet.



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 han/hon vill styrka med varje särskilt bevis..