



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2019-07-10
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 11703-18

SÖKANDE

Björntjänst i Vittskövle AB, 810717-7472

Ombud: jur. kand. Anna Björck Nilsson
 Juristbyrån Anna Björck Nilsson AB
 Kungstorpsvägen 10 B
 236 32 Höllviken

MOTPART

Ystads kommun
 Nya Rådhuset
 271 80 Ystad



SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Björntjänst i Vittskövle AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Ystads kommuns upphandling av mindre markentreprenader inom gata-park, dnr 17/103 ska göras om.

Dok.Id 504700

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Ystads kommun genomför en upphandling av mindre markentreprenader inom gata-park, dnr 17/103. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har kommunen beslutat att anta anbud från BCA Entreprenad AB, YTAAB AB, NCC Sverige AB och VA Gruppen AB.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Björntjänst i Vittskövle AB

Björntjänst i Vittskövle AB, nedan Björntjänst, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Ystads kommun ska rätta upphandlingen på så sätt att tilldelningsbeslutet upphävs och att upphandlingen får avslutas först efter ny utvärdering där utvärdering av kapaciteten tas bort eller att upphandlingen måste göras om. Som grund för sin ansökan anför Björntjänst bl.a. följande.

Ystads kommun har brutit mot principerna i LOU beträffande likabehandling, transparens och konkurrensbegränsning. Björntjänst riskerar därför att lida skada eller kan komma att lida skada.

Ystads kommun har blandat ihop kvalificerings- och tilldelningskriterier och bryter därmed mot 16 kap 1 § i LOU. Kapaciteten att kunna utföra arbetet ska prövas i ett tidigare skede än vid tilldelningen. Kvalitet och kapacitet är inte samma sak. Kommunen har angett att som tilldelningsgrund har använts bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Sedan har man istället gjort en utvärdering av förhållande mellan pris och kapacitet, som kanske inte är riktigt samma sak.

Kriterierna för utvärderingsgruppens bedömning är mycket oklara. Principen om transparens innebär att en upphandling ska präglas av öppenhet avseende de krav som ställs och vilken bedömning som anbudsgivarnas anbud kommer att genomgå, både i kvalificeringshänseende och tilldelningshänseende. Kraven i anbudsfrågan ska vara tydliga och förståeliga för anbudsgivarna och samtliga anbudsgivare ska ha tillgång till relevant material avseende upphandlingen. I det här fallet kan en normal anbudsgivare inte utläsa vad som behöver anges i företagsbeskrivningen eller CV för att högre betyg ska ges. Det framgår inte hur tjänstemännen kommer att bedöma CV eller företagsbeskrivning. Viktningen som har gjorts mellan utvärdering av kapaciteten och avdrag på lämnat anbud är väldigt oklar och tar inte på ett objektiva och otvetydigt sätt upp hur man har kommit fram till de olika poängen. Det framgår av anbudsförfarandet att det är tre tjänstemän som gör prövningen, vilket öppnar möjligheterna för subjektiva värderingar. Det framgår för övrigt ingenstans att man skulle ange referenser avseende både gata OCH park utan det står bara gata/park. Dessutom tillhör referenserna kvalificeringsfasen och denna har Björntjänst godkänts i. Björntjänst har uppfyllt alla krav angående personal, miljö, utbildning m.m. och det framgår av inlämnade CV:n; även erfarenhet framgår.

Vidare borde NCC:s anbud ha förkastats då anbudet snedvridit konkurrensen genom att lämna ett lägre pris än vad som är möjligt för vissa arbeten, vilket inte de andra har gjort utan de har angett faktisk kostnad. NCC har uppgett att flera maskintyper endast kostar 100 kr. Beslutet att låta de använda andra kriterier snedvrider konkurrensen och strider mot både kraven på transparens och likabehandling.

Ystads kommun

Ystads kommun bestrider bifall till Björntjänsts ansökan om överprövning och anser att den ska avslås. Ystads kommun anför bl.a. följande.

Kommunen har inte brutit mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Ansökan om ingripande enligt LOU ska avslås, då det saknas grund för ingripande. Vald grund för tilldelning av kontrakt är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med vilket avses bästa förhållande mellan kvalitet och pris. I denna upphandling har man valt att mäta kvaliteten i företags kapacitet, och då valt att utvärdera CV samt företagspresentation.

I punkten 1.3.1.9 i upphandlingsdokumentet framgår det tydligt vilka uppgifter som efterfrågas och bedöms i företagsbeskrivning samt under punkt 1.42 vilken kompetens som efterfrågas i inskickade CV. Vad gäller referenser står det under punkt 1.3.1.11 att företaget ska utfört liknande uppdrag. Tre referensuppdrag inom gata/park efterfrågas. Vidare framgick det klart och tydligt av upphandlingsdokumentet hur utvärderingen genomfördes och hur anbuderna bedömdes; "En utvärderingsgrupp bestående av tre (3) tjänstemän från verksamheten från Ystads kommun kommer att utvärdera bifogade CV:n samt bifogad företagsbeskrivning. Respektive anbud kommer att erhålla ett genomsnittligt mervärde, där 4 poäng är bäst och 0 poäng sämst. Detta ger sedan ett mervärde som subtraheras från anbudssumman för att erhålla det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Björntjänst har inte under upphandlingens annonseringsperiod inkommit med några invändningar eller synpunkter mot Ystads kommuns valda utvärderingsmodell, utan får därför anses ha accepterat densamma. I upphandlingen viktades pris till 75 % och kapacitet till 25 %. Björntjänst lämnade näst lägst pris, men bedömdes av utvärderingsgruppen ha sämre kvalitet i

kapacitet. Björntjänst är i sin företagsbeskrivning otydligt när det gäller sin driftsorganisation, framgår ej hur många anställda eller deras kompetens, endast att de har erforderlig kompetens. I Björntjänst CV går det ej att utläsa de presenterade personernas utbildning eller tidigare utförda arbeten. Upphandlande myndighet har fullt förtroende för att tjänstemännen som ingått i utvärderingsgruppen har gjort korrekta, väl avvägda och insiktsfulla bedömningar, baserade på deras respektive erfarenhetsbakgrunder. Björntjänsts anbud bedömdes endast knappt uppfylla gata-parks behov en godtagbar nivå/enligt förväntan, jämfört med övriga anbud som bedömdes uppnå en högre nivå. Björntjänsts kapacitet anses vara smal och uppfyller inte både gata samt parks behov. Detta är även något som speglas i Björntjänsts referenser som lämnar varierande betyg, även om dessa inte ger något avdrag i utvärderingen.

När det gäller att snedvrیدا konkurrensen pga. lämnat låga priser på enskilda positioner är det inget skäl för förkastande enligt 16 kap. 7 § LOU. I detta fall har NCC gett en förklaring till att man i anbudet lämnat en kostnad på en krona per timme på specifika positioner. En leverantör kan således inte med stöd av denna bestämmelse kräva att den upphandlande myndigheten ska förkasta en konkurrents anbud för att dess anbudspris bedöms vara onormalt lågt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Björntjänst har i målet anfört att Ystads kommun har blandat ihop kvalificerings- och tilldelningskriterier och därmed brutit mot bestämmelserna i LOU. Vidare har Björntjänst anfört att kriterierna för utvärderingsgruppens bedömning är mycket oklara och att det inte framgår hur tjänstemännen kommer att bedöma CV eller företagsbeskrivning.

Av 14 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa kvalificeringskrav på en lägsta nivå för anbudssökandens och anbudsgivarens ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Enligt 16 kap. 1 § ska en upphandlande myndighet tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska utvärderas på någon av grunderna bästa förhållande mellan pris och kvalitet, kostnad, eller pris.

Enligt 16 kap. 2 § ska en upphandlande myndighet när den utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som anskaffas.

Av praxis från EU-domstolen framgår att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet utgör två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. En sammanblandning av urvalskriterier och

tilldelningskriterier får således inte ske. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan inte utgöra kriterier för tilldelning. 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 utgör inte kriterier för tilldelning (se EU-domstolens avgörande i mål C31/87 Beentjes, mål C-532/06 Lianakis och mål C-199/07 Kommissionen mot Republiken Grekland).

I upphandlingsdokumentet i nu aktuell upphandling anges, under punkten 1.3.1.9 Teknisk och yrkesmässig kapacitet, att entreprenören ska inneha dokumenterade resurser och kompetens att utföra uppdrag av den karaktären som beskrivs i upphandlingsdokumentet. Detta ska framgå av en kortfattad beskrivning av det anbudsgivande företaget, driftorganisationen, leveransförmåga och personal. Vidare anges, under punkten 1.4 Krav på tjänsten, personalkrav och arbetsledning, bl.a. att personal ska ha erforderlig kompetens och erfarenhet för anläggningsarbete inom gata-park, samt att CV:n avseende berörd personal ska bifogas anbudet.

Under punkten 1.5.1 Prövning, anges att utvärderingen görs genom att de maximalt fyra entreprenörer som kvalificerat sig för utvärdering, accepterat och uppfyllt samtliga krav och lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden kommer att tilldelas kontrakt. Vald utvärderingsmodell är absoluta mervärdesmodellen. Metoden bygger på principen att de utvärderingskriterier utöver pris som bedöms i utvärderingen, ges ett mervärde i kronor. Utvärderingskriterier är Pris, viktat 75 procent, och Kapacitet, viktat 25 procent. När det gäller kriteriet kapacitet anges att en utvärderingsgrupp bestående av tre tjänstemän från Ystads kommun kommer att utvärdera

bifogade CV:n samt bifogad företagsbeskrivning. Respektive anbud kommer att erhålla ett genomsnittligt mervärde enligt en angiven betygsskala, där 4 poäng är bäst och 0 poäng sämst.

Förvaltningsrätten kan konstatera att vald grund för tilldelning av kontrakt i upphandlingen är bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Kommunen har därvid valt att mäta kvaliteten i företags kapacitet, genom att utvärdera till anbudena bifogade CV:n samt företagsbeskrivning. Enligt förvaltningsrättens mening syftar emellertid kriteriet kapacitet inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan avser huvudsakligen bedömning av anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget. Kriteriet kan därför inte anses utgöra ett kriterium för tilldelning. Genom att kommunen använt detta kriterium vid utvärderingen har denna påverkats av ovidkommande hänsyn. Kommunen får härigenom således anses ha gjort en sammanblandning av urvalskriterier och tilldelningskriterier vilket strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att ett upphandlingsdokument ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta ska kunna avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att leverantören utifrån vad som anges i dokumentet ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

När det gäller utvärderingskriteriet kapacitet har kommunen i punkten 1.3.1.9 Teknisk och yrkesmässig kapacitet, i viss mån angett vad som ska framgå av den av anbudsgivarna ingivna kortfattade företagsbeskrivningen. Vidare har kommunen i punkten 1.5.1 Prövning, angett vilka mervärdespoäng som ingår och beaktas i betygsskalan. I upphandlingsdokumentet finns emellertid utöver detta ingen tydlig ledning för vad som kommer att vägas in för att en anbudsgivares beskrivning ska få en viss poäng. Enligt

förvaltningsrättens mening lämnar den otydliga utformningen av upphandlingsdokumentet avseende det aktuella kriteriet och poängsättningen av detta ett stort utrymme för godtycklighet. Enligt förvaltningsrätten får således den vaga utformningen av det aktuella kriteriet och utvärderingsmodellen anses strida mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Ystads kommun genom aktuella förfaringssätt i upphandlingen får anses ha brutit mot bestämmelserna i LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Vidare finner förvaltningsrätten att Björntjänst i målet på ett tillräckligt konkret sätt får anses ha visat att bolaget därigenom har eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således. Då de aktuella bristerna är hänförliga till upphandlingsdokumentet och således det konkurrensuppsökande skedet är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om. Vid sådana förhållanden finns inte skäl för förvaltningsrätten att pröva vad som i övrigt anförts i målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Louise af Klint

Sune Wennerberg har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

