



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2016-03-08
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
12594-15

KONKURRENSVERKET	
2016 -03- 0 8 ➔	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

ISS Facility Services AB, 556410-3280
Box 47635
117 94 Stockholm

Ombud:

Advokaten Maria Pedersen och jur.kand. Stephanie Konac
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

Alingsås kommun
441 81 Alingsås

Ombud:

Julianna Olofsson
E-avrop AB
Box 2004
103 11 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Alingsås kommuns upphandling av måltidsentreprenad, dnr UH-2014-892, ska göras om.

Dok.Id 390775

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag – fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00-16:00
		www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se		

BAKGRUND

Alingsås kommun genomför en upphandling av måltidsentreprenad, dnr UH-2014-892. Av tilldelningsbeslutet framgår att Sodexo AB (nedan Sodexo) vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

ISS Facility Services AB (nedan ISS) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Sodexo förkastas. ISS yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande.

Det finns brister i Sodexos anbud och det uppfyller inte ska-kraven. Sodexo har inte visat att menyerna uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget, inklusive avtalsbilagor, och har följaktligen inte visat att anbudet utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunens bedömning har därför i praktiken endast avsett Sodexos lämnade priser. Förhållandet att Sodexo ligger lägre i pris jämfört med andra anbudsgivare har samband med att bolaget inte har behövt uppfylla ställda krav avseende näringsinnehåll. Kommunen har tillåtit Sodexo att genom en muntlig presentation i strid med LOU komma in med nya uppgifter till anbudet. Kommunens agerande har lett till att ISS inte har haft en chans att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud och därför har hamnat på en andraplats. ISS har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Upphandlingen ska därmed rättas på så sätt att anbudet från Sodexo ska förkastas.

Förfrågningsunderlaget innehåller motstridiga krav. Kommunen har uppställt ska-krav i upphandlingen, men samtidigt förbehållit sig rätten att göra avsteg från ska-kraven. Det finns därmed en avsevärd motstridighet

som rör de viktigaste kraven i upphandlingen, nämligen kraven på måltidernas sammansättning och innehåll. Det innebär i praktiken att kommunen har fått fri prövningsrätt att bestämma om ett ska-krav ska gälla eller inte. Kommunens agerande strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU och LOU i övrigt. Otydligheterna och felaktigheterna har lett till att ISS inte har beretts möjlighet att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud avseende bl. a. priser. Om ISS hade känt till att det var tillåtet att kalkylera på menyer som inte uppfyller kraven, skulle ISS anbudspris givetvis ha varit lägre.

Utvärderingsmodellen brister i transparens. Det framgår av praxis från EU-domstolen att upphandlingskriterier ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Vidare framgår att kraven på transparens och förutsebarhet medför att poängskalor för varje enskilt kriterium måste preciseras så att anbudsgivarna kan utläsa hur poängsättningen kommer att ske. Kraven måste vara objektiva, kontrollerbara och jämförbara (jfr mål C-448/01 Wienstrom). Det måste klart och tydligt framgå i förfrågningsunderlaget vad den upphandlande myndigheten kommer att tillmäta vikt vid utvärderingen (jfr mål C-513/99 Concordia och mål C-532/06 Lianakis). Kommunen är skyldig att utforma en utvärderingsmodell som är så pass transparent att det inte finns något utrymme för godtycke och jämförelse mellan de inkomna anbuden. Den aktuella utvärderingsmodellen är dock så otydlig att det inte ens går att säkerställa att den förmår skilja på lägst pris och ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. Kommunen har på ett mycket otydligt sätt beskrivit hur anbud ska utvärderas och använt icke definierbara variabler för detta. Det har exempelvis inte angetts hur den muntliga presentationen ska bedömas eller vad som krävs för att anbudsgivaren ska godkännas. För att subjektiva kriterier ska vara godtagbara krävs att det tydligt specificeras vad som avses med de subjektiva kriterierna och vad det

är som ska bedömas för varje subjektivt kriterium. De angivna kriterierna är så pass generellt utformade att förfrågningsunderlaget inte ger någon ledning för vad anbudsgivarna har att uppfylla för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Utformningen av kriterierna innebär att kommunen i efterhand kan konstruera vilka aspekter som faller in under godkänt. Förfrågningsunderlagets utformning och tillämpning har medfört att kommunen fritt har kunnat bestämma om och hur ska-krav ska uppfyllas samt vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kommunens utvärderingsmodell ger följaktligen ett stort utrymme för godtycke, vilket i princip medför en fri prövningsrätt för kommunen. Anbudsgivare vet därför inte vad kommunen kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen. Genom att den anbudsgivare som får lägst jämförelsetal bjuds in till anbudspresentation för att avgöra om anbudsgivarens erbjudna tjänster är tillräckligt bra för att kommunen ska kunna utföra sitt verksamhetsuppdrag, ges priset större vikt än kvaliteten, vilket står strid med att utvärderingskriterierna angetts i fallande prioritetsordning med kvalitet överst. Kommunen har i praktiken endast tillämpat principen om lägsta pris och har inte genomfört upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LOU. Utvärderingsmodellen strider sammanfattningsvis mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Det kan vidare konstateras att anbud måste lämnas skriftligen enligt 9 kap. 1 § LOU och 15 kap. 8 § samma lag. Enligt upphandlingens utvärderingsmodell behöver dock kravuppfyllnaden inte visas förrän vid en anbuds-presentation som äger rum efter anbudstidens utgång. Detta förfarande, i kombination med de motstridiga uppgifterna i förfrågningsunderlaget som innebär att kommunen inte ens har haft för avsikt att kontrollera krav-uppfyllnaden förrän efter avtalstecknande, strider mot LOU. Det strider även mot LOU att först efter anbudstidens utgång tillåta att en anbudsgivare ger in information och uppgifter som ska visa på kravuppfyllnad och att

anbudet är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bestämmelserna om begränsad kontroll i 15 kap. 13 b § LOU avser därvid endast leverantörens lämplighet. Uppgifterna ska dessutom begäras in och kontrolleras innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslut. Uppgifterna ska även hållas isär från utvärderingen (se prop. 2009/10:180, Nya rättsmedel på upphandlingsområdet s. 341 ff.).

Förfrågningsunderlagets utformning har medfört att det har varit oklart för ISS vilka förutsättningar som skulle ligga till grund för utformningen av anbudet och vilken prissättning ISS skulle tillämpa i anbudet. Förfarandet innebär att anbudsgivare inte kan konkurrera med varandra på lika villkor. På grund av bristerna i förfrågningsunderlagets utformning har ISS inte haft en chans att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud. ISS anbud har placerats på en andraplats i upphandlingen och bolaget har således lidit eller riskerat att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om.

Alingsås kommun anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Alla obligatoriska krav i upphandlingen anges i det dokument i förfrågningsunderlaget som är benämnt Ska-krav. Av punkt 2.1. följer att samtliga krav i enlighet med förfrågningsunderlagets bilagor Avtal-Allmänna villkor, Avtal BoU och UTB, Avtal VoÄ och Avtal Soc ska accepteras och efterlevnaden upprätthållas under avtalstiden. Det framgår tydligt av det aktuella kravets ordalydelse och placering att kravet utgör avtalsvillkor som ska vara uppfyllda vid avtalsstart och gälla under avtals-tiden. Sodexo har tydligt angett att bolaget accepterar kraven och uppfyller därför ska-kravet i detta avseende. Eftersom uppfyllelsen av kraven har framgått av själva anbudet, är det inte fråga om nya uppgifter på det sätt ISS påstår.

Förutsättningarna för den aktuella upphandlingen har framgått klart och tydligt av förfrågningsunderlaget. De anbudsgivare som har deltagit i upphandlingen måste därvid antas kunna ta till sig informationen i förfrågningsunderlaget och det är inte rimligt att anta att ISS i en så stor upphandling har lämnat in ett anbud som kunnat medföra omfattande förpliktelser för bolaget utan att anse sig ha förstått i upphandlingen betydelsefulla frågor, särskilt eftersom förhandling inte har varit given i upphandlingen.

Alla förutsättningar för utvärdering av anbuden har tydligt framgått av förfrågningsunderlaget och inga förutsättningar har ändrats eller tillkommit efter anbudstidens utgång. Kommunen har kontrollerat att samtliga obligatoriska krav har varit uppfyllda, dvs. de krav som framgår av förfrågningsunderlagets bilaga Ska-krav. I övrigt finns det ingen skyldighet enligt LOU att kontrollera anbuden. Kommunen har därefter, på sätt som angivits i förfrågningsunderlaget, bedömt kriterierna för tilldelning av kontrakt. Först har kommunen bedömt om anbudsgivarens erbjudna tjänster är tillräckligt bra för att kommunen ska kunna utföra sitt verksamhetsuppdrag, dvs. bedömt kvalitet, och därefter vilket anbud som lämnat lägst jämförelsetal, dvs. bedömt priset. Vad gäller framräknandet av jämförelsetal framgår av förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna avger ett löfte avseende procentuellt påslag på förrädsvaror och livsmedel. Metoden är en klassisk mervärdesmodell som bygger på en monetär utvärdering med prissatt kvalitet där stigande påslag ger ett successivt stigande monetärt påslag på offererat pris. Storleken på uppräknningen, som svarar mot ett visst utfäst påslag, är känd på förhand och framgår av förfrågningsunderlaget. Efter uppräknningen har alla anbudsgivare fått ett jämförelsetal (pris + påslag) som har legat till grund för anbudens inbördes rang och utvisat vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

I enlighet med förfrågningsunderlaget har kommunen bjudit in den anbudsgivare som offererat det lägsta jämförelsetalet till anbudspresentation, vilket ligger i linje med 15 kap. 13 b § LOU. Om kommunen vid en sådan kontroll finner att anbudet är fullgott skulle det vara onödigt att bjuda in fler företag, eftersom kontraktstilldelning inte är möjlig till annan än anbudsgivaren med ett fullgott anbud och lägst jämförelsepris. Av förfrågningsunderlaget har tydligt framgått hur anbudspresentationen kommer att gå till och vad den syftar till. I förfrågningsunderlagets bilaga Administrativa föreskrifter framgår att kommunen förbehållit sig rätten att kontrollera och inhämta bevis för att anbudsgivarens utfästelser är korrekta och att ställda krav i förfrågningsunderlaget kommer att uppfyllas under avtalstiden. Det personliga mötet med den potentiella vinnaren har således syftat till att säkerställa att anbudsgivaren har kapacitet och förmåga att upprätthålla efterlevnaden av kraven i avtalen under en eventuell avtalstid och inte till att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid anbudspresentationen har inget som besvarats i anbudet ändrats. Vinnande leverantör har däremot tillåtits besvara hur man exempelvis ser på den strikta avtalsuppföljningen och innebörden av innehållen betalning. Anbudsgivaren har även fått redovisa hur anbudsgivaren arbetar med sin kompetens och på vilket sätt anbudsgivaren är driftig, självgående, noggrann, serviceinriktad, innovativ, lösningsorienterad och kvalitetsfokuserad. Anbudspresentationen utgör parternas gemensamma baslinje för den framtida avtalsuppföljningen och samarbetets startpunkt. Om kommunen skulle ha avstått från anbudspresentationen och i stället valt att ha dessa ska-krav som traditionella ska-krav, skulle upphandlingen ha fått karaktären av en uppsatstävling. Kommunen skulle inte heller ha kunnat säkerställa kvalitetsparametrarna med följdfrågor och kraven skulle kunna bli föremål för tolkning efter att avtalet undertecknats. Kommunen har genom detta förfarande inte getts någon fri prövningsrätt utan syftet med anbudspresentationen har varit att uppnå en samsyn mellan parterna

gällande de i viss utsträckning subjektiva egenskaperna och uppfyllandet av dessa under avtalstiden. Detta förfarande är förenligt med LOU och dess allmänna principer.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. I mål om överprövning 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 denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69).

ISS har bl.a. gjort gällande att utvärderingsmodellen är otydlig och att priset ges större vikt än kvalitet.

I beskrivningen av utvärderingsmodellen anges att kriterierna för tilldelning av kontrakt i fallande prioritetsordning är 1. Kvalitet (Bedömning av om anbudsgivarens erbjudna tjänster är tillräckligt bra för att Alingsås kommun ska kunna utföra sitt verksamhetsuppdrag), 2. Pris (lägst jämförelsetal). Vidare framgår att jämförelsetalet är hänförligt till priset.

Slutsatsen som kan dras är att kvalitet är den egenskap som enligt utvärderingsmodellen ska ges störst betydelse. Det framgår emellertid över huvud taget inte hur kvaliteten ska mätas eller vad som är tillräckligt bra kvalitet, trots att det i utvärderingsmodellen talas om "kvalitetskriterier". Dessa kvalitetskriterier är inte specificerade i utvärderingsmodellen. För anbudsgivarna har det därför inte stått klart vad det egentligen är som värderas i upphandlingen vad gäller kvalitet. Detta öppnar för en mycket hög grad av skönsmässig bedömning från den upphandlande myndighetens sida. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen står i strid med principen om transparens.

ISS har angett att förfrågningsunderlagets utformning har medfört att det har varit oklart vilka förutsättningar som skulle ligga till grund för utformningen av anbudet och vilken prissättning som bolaget skulle tillämpa, vilket har medfört att bolaget inte har haft möjlighet att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten konstaterar att kvalitetsaspekter kan vara kostnadsdrivande och att den bristande transparensen beträffande betydelsen av sådana aspekter kan ha påverkat möjligheten att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. ISS har därför lidit eller i vart fall kunnat komma att lida skada. Eftersom bristerna är hänförliga till det

konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen göras om. Det saknas vid denna bedömning skäl att närmare pröva övriga anförda grunder.

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



Karin Hartmann

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angerts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lärnar 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 högsta rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.