



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

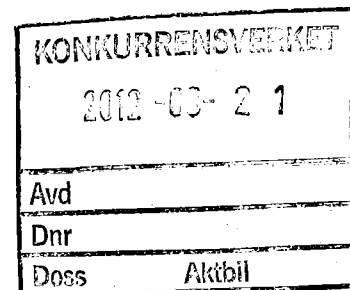
DOM
 2012-09-20
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 5003-12

SÖKANDE

SITA Sverige AB, 556108-8393
 Transportgatan 9
 262 71 Ängelholm

Ombud: Advokaten Tomas Kjellgren,
 Jur.kand. Anna Lapinska samt Jur.kand. Martin Hallström
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm



MOTPART

1. Söderköpings kommun
 614 80 Söderköping

2. Åtvidabergs kommun
 Box 206
 597 25 Åtvidaberg

3. Valdemarsviks kommun
 615 80 Valdemarsvik

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Söderköpings, Åtvidabergs samt Valdemarsviks kommuner (nedan SÅV) genomför en upphandling avseende insamling, transport och behandling av hushållsavfall i dessa kommuner. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. De anbud som uppfyller kvalificeringskraven utvärderas i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det eller de anbud som är mest ekonomiskt fördelaktiga för SÅV med avseende på pris, genomförandesbeskrivning och referenser antas.

Av tilldelningsbeslut den 18 juli 2012 framgår att SITA Sverige AB (nedan SITA) tilldelats kontrakt avseende visst anbudsområde. Avseende övriga anbudsområden har kontrakt i olika delar tilldelats andra anbudsgivare.

YRKANDEN M.M.

SITA ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att den ska göras om.

SÅV motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

SITA

SÅV har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot de EU-rättsliga principerna och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Till följd av att SÅV brutit i sina förpliktelser enligt LOU har SITA lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada, genom att inte tilldelas ovan nämnda kontrakt i upphandlingen. Skälen till detta är:

1. att förfrågningsunderlaget brustit i transparens då anbudsgivarna själva ålagts att utforma förutsättningarna för efterfrågade tjänsters innehåll,
2. att kvalificeringskriterier används vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt
3. att tillämpad utvärderingsmodell rörande kvalitet inte heller i övrigt kan användas för utvärdering av anbudena.

1 Anbudsgivare har ålagts att utforma innehållet i efterfrågad tjänst

Av förfrågningsunderlaget framgår att samtliga de krav som specificeras i avsnitt 5 i Kravspecifikationen ska ingå i upphandlingen och utföras inom ramen för ersättningar enligt prisbilagan. En av de huvuduppgifter som efterfrågas i upphandlingen och som är avgörande för anbudsgivarnas pris-sättning av offererade tjänster är förslag till insamlingssystem för utsorterat matavfall och brännbart avfall. Enligt förfrågningsunderlaget ska sådant förslag beskrivas av anbudsgivare i ett genomförandeformulär. Utöver krävd beskrivning av insamlingssystem presenteras inte i förfrågningsunderlaget någon tydlig beskrivning rörande innehållet i den efterfrågade tjänsten. Det är alltså anbudsgivarna som ska föreslå insamlingssystem som dessa tror kan attrahera SÅV och därtill utforma innehållet i sådan av SÅV ej närmare definierad tjänst. Detta har medfört att SITA och sannolikt även övriga anbudsgivare vid utarbetandet av sina respektive anbud har fått "gissa" vad SÅV ska fästa vikt vid i förhållande till sådant insamlingssystem. Utformningen av förfrågningsunderlaget har till följd härav inneburit att det inte varit möjligt att vid framtagandet av genomförandebeskrivningen erbjuda ett konkurrenskraftigt anbud med en optimal avvägning mellan pris och kvalitet i förhållande till en av beställaren redovisad kravnivå. I upphandlingen har SÅV därmed överlätit till anbudsgivarna att ange viktiga ramar för upphandlingen samt att prissätta dessa, vilket resulterat i att en likvärdig konkurrens mellan deltagande leverantörer naturligen inte

kunnat upprätthållas i en situation då deras antaganden, och därmed även ekonomiska överväganden, skiljer sig åt.

2 Kvalificeringskriterier har nyttjats i utvärderingsfasen

Det följer av 12 kap. 1 § LOU att om den upphandlande myndigheten väljer att tillämpa tilldelningsgrunden "det ekonomiskt mest fördelaktiga" måste den utvärdera anbuden utifrån ytterligare kriterier som angivits i upphandlingen. Utvärderingskriterier som den upphandlande myndigheten kan ta hänsyn till vid tilldelning av kontrakt är endast de som är kopplade till föremålet för tjänsten.

Enligt förfrågningsunderlaget skulle utvärderingen av referenserna ske genom att SÅV ställer frågor till minst två av de i anbudet angivna referenserna. Vidare förbehöll sig SÅV rätten att själv lämna referenser om SÅV haft egen erfarenhet av anbudsgivaren. De frågor som ställs samt den bedömning som görs som ett led i denna utvärdering av referenser framgår av Bilaga 5 till förfrågningsunderlaget. Maximal poäng vid utvärderingen av referenser medför ett prisavdrag på två procent.

Av praxis följer att referenstagning i utvärderingsfasen av en upphandling inte får röra frågor som är kopplade till leverantörens allmänna förmåga att utföra uppdraget i fråga. Detta eftersom prövningen huruvida leverantörer har en sådan allmän förmåga att utföra efterfrågat uppdrag ska vara avklarad genom kvalificeringsfasen, det vill säga innan utvärderingen av anbudet sker. Av underlaget framgår tydligt att den referenstagning som SÅV genomfört utgör en sådan otillåten upprepad kontroll av leverantörernas allmänna förmåga att genomföra uppdraget. Exempel på detta är att referensobjekten ombeds att besvara frågor kring resurser och kompetens i entreprenörens ledning och hur entreprenören hanterar kundbemötande samt dennes allmänna arbetsmiljö och "ordning och reda". Det kan således

konstateras att en tydlig sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfaserna har skett, vilket är absolut förbjudet enligt de upphandlingsrättsliga principerna och EU-domstolens praxis. Eftersom detta utgör ett grundfel som inte kan åtgärdas genom rättelse måste upphandlingen till följd härav göras om.

3 Utvärderingsmodellen rörande kvalitet är obrukbar

Av bilaga 3 till förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen av genomförandebeskrivningen sker genom att anbud bedöms utifrån besvarade frågor. Någon tydlig poängskala står inte att finna. Däremot anges värdeord som möjligen är kopplade till någon form av poäng, men det är oklart på vilket sätt och hur utvärdering av sådana "poäng" i så fall är tänkt att ske. Angiven modell för utvärdering visar inte vad som utgör ett mervärde eller hur ett sådant uppnått mervärde ska poängsättas.

Vidare anges i denna bilaga att maxpoäng beror på anbudets omfattning samt att avdrag med två eller en procent görs om totalsumman uppgår till 75 respektive 50 procent eller mer av maxpoängen och om anbudsgivaren på samtliga frågor bedöms klara uppställda krav. Vad som utgör maxpoäng är emellertid oklart. Härtill kommer att SÅV under upphandlingsprocessen klargjort att det är anbudsgivarna själva som avgör vilka frågor i genomförandeformuläret som är relevanta för respektive kontraktssområde vilket medför att SÅV de facto överlämnat till anbudsgivarna att bestämma vilka frågor som ska medtas vid beräkningen av maxpoängen. Återigen har således SÅV på ett felaktigt sätt valt att överlämna till anbudsgivarna själva att bestämma ramarna för kritiska delar i upphandlingen. Detta medför att anbuderna inte kan ställas mot varandra i utvärderingen på ett likabehandlande sätt. Tillämpad utvärderingsmodell är oförenlig med såväl EU-rättspraxis som 1 kap. 9 § LOU, varför upphandlingen måste göras om.

Genom ovan beskrivet förfarande har SÅV i upphandlingen förfarit i strid med LOU och de allmänna principer som följer av denna lag. Det otillåtna förfarandet har inneburit att SITA lidit eller i vart fall riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § första stycket LOU.

SÅV

1 Angående innehållet av tjänsterna

Anbudsgivarna har inte ålagts att utforma innehållet i de efterfrågade tjänsterna. Innehållet i de olika tjänsterna är mycket väl definierat i kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget. Där beskrivs i detalj vilka tjänster som ska utföras av anbudsgivarna i de olika uppdragen. De delar i anbudet som utöver prisbilagorna är föremål för utvärdering är den genomförandebeskrivning som anbudsgivarna har redovisat i anbudet, samt de referensbetyg som uppgivna referenspersoner lämnar. I den del i upphandlingen som avser insamling av hushållsavfall har SÅV lämnat möjlighet för anbudsgivarna att själva välja mellan två olika insamlingssystem. Kravet var dock att matavfall och brännbart avfall skulle sorteras var för sig. Alternativen som fanns i prisbilagorna var att samla in avfallet i skilda kärl eller i olikfärgade påsar. Det var fritt att lämna anbud på det ena eller på båda alternativen. Innehållet i själva tjänsten, det vill säga vad som ska samlas in, på vilka tider insamlingen ska ske, hur stora kärl som ska tillhandahållas, hur många insamlingsplatser det finns m.m. har däremot angivits mycket tydligt i förfrågningsunderlaget.

2 Angående kvalificerings- och utvärderingskriterier

SÅV har i upphandlingen valt att tillämpa tilldelningsgrunden "det ekonomisk mest fördelaktiga" anbudet, med avseende på pris, redovisning av genomförandebeskrivning och referensbetyg. I förfrågningsunderlaget har

klart redovisats hur priset ska beräknas (bilaga 6), vad genomförandebeskrivningen ska innehålla och hur den kommer att bedömas (bilagor 2 och 3), samt vilka referensfrågor som kommer att bedömas (bilaga 5). Kvalificeringskriterierna har inte nyttjats i utvärderingsfasen såsom SITA påstår. För att bli kvalificerade ska anbudsgivare visa att de har kompetens, kapacitet och tidigare erfarenhet av liknande uppdrag och det gör de genom att lämna referenser på minst två (ett för anbud 7 och 8) tidigare utförda uppdrag.

I utvärderingsfasen kontaktas de referenspersoner som anbudsgivaren lämnat uppgift på och de svar som de lämnar på frågorna, som avser hur tjänsten tidigare utförts av anbudsgivaren poängsätts. Maxpoäng är 10. Beroende på den poäng som anbudsgivaren uppnår kan denne få ett bonusavdrag på sitt anbudspris med max två procent. De upphandlande myndigheterna anser inte att det strider mot EU-rättsliga principer eller EU-domstolens praxis att använda referenser som ett utvärderingskriterium på det sätt som skett i upphandlingen.

3 Angående utvärderingsmodellen avseende genomförandebeskrivningen

Det framgår tydligt i bilaga 2 vad genomförandebeskrivningen ska innehålla och vad anbudsgivarna ska redovisa. I bilaga 3 är också klart och tydligt redovisat hur denna genomförandebeskrivning ska utvärderas. Poängsättningen framgår också klart i bilagan. Man får således 1 poäng för varje av punkterna A1, A4, B1-E1 och G1-I1, samt 2 poäng för varje av punkterna A2, A3, F1 och F2, om anbudsgivaren redovisar att de mycket väl kommer att klara uppställda krav. Maxpoäng är 22 om man lämnar anbud på samtliga delar i upphandlingen. Om anbudsgivaren uppnår 75 procent eller mer av maxpoängen erhåller denne ett bonusavdrag på 2 procent av anbudssumman.

SÅV har utfört utvärderingen av anbuderna såsom angivits i förfrågningsunderlaget. Prisskillnaderna mellan de olika anbuderna visade sig dock vara så stora att de bonuspoäng och därmed avdrag på anbudssummorna (max 4 procent avdrag vid fullpoäng) som anbudsgivarna kunde få, inte kunde ändras på resultatet av utvärderingen.

SITA:s genmäle

Det förhållandet att SÅV vid utvärderingen av genomförandebeskrivningen konstaterat att prisavdragen som utvärderingsmodellen medger inte har haft någon inverkan på utvärderingsresultatet, visar att förfrågningsunderlagets utformning har omöjliggjort en rättvis och upphandlingsrättsligt godtagbar utvärdering av anbuderna. SITA har, med beaktande av given information i förfrågningsunderlaget, inte på förhand kunnat veta vad SITA skulle offerera för typ av insamlingssystem för att erhålla poäng för merverden. Härvid bör särskilt framhållas att de faktiska skäl som slutligen ligger till grund för val av ett sådant system bygger på en mängd olika faktorer såsom exempelvis geografi, kommuninvånarnas synpunkter samt för- och nackdelar med respektive insamlingssystem. Valet av insamlingssystem är vidare subjektivt i så måtto att beställare, beroende på sina egna preferenser och ambitionsnivå avseende avfallshantering, kan värdera olika påverkande faktorer på vitt skilda sätt. Detta innebär t.ex. att ifrågavarande kommuner mycket möjligt föredrar olika typer av insamlingssystem.

Eftersom efterfrågade genomförandebeskrivningar inte har kunnat utformas mot en tydligt ställd kravbild i förfrågningsunderlaget har anbudsgivarna varit tvungna att istället försöka gissa vad var och en av kommunerna anser vara en föredragen insamlingslösning. Med hänsyn till att förslaget insamlingssystem fått en direkt effekt även på pris har denna otydlighet i förfrågningsunderlaget påverkat värderingen av såväl pris som kvalitet på ett olikbehandlande sätt. Med hänsyn till vad som anförts måste det ha va-

rit helt omöjligt för SÅV att på ett likabehandlande sätt värdera och poängsätta ingivna beskrivningar. Eftersom SÅV endast kunnat låta anbudspriset vara utslagsgivande, innebär detta att kommunerna i praktiken avstått från att tillämpa tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och istället valt att anta anbudet med lägst pris. Detta frångående av annonserad tilldelningsgrund strider mot transparensprincipen, varför upphandlingen måste göras om.

Inom renhållningsbranschen är det dessutom allmänt känt att den insamlingsmetod som nyttjar olikfärgade påsar är väsentligt billigare jämfört med insamling via separata kärl om man endast beaktar kostnaden för insamling och helt bortser från den nödvändiga behandlingarkostnaden. Detta har medfört att endast anbudsgivare som offererat insamlingsmetoden med olikfärgade påsar har haft en realistisk chans att bli tilldelade kontraktet när SÅV oannonserat bytte utvärderingsmodell efter att anbuderna lämnats och endast beaktade lägst pris.

Även om SÅV skulle få utvärdera anbuderna enbart med beaktande av priset, så har SÅV ändå genomfört en felaktig utvärdering, eftersom SÅV inte beaktat kostnaden för behandlingen av avfallet. Behandlingskostnaden är betydligt högre vid insamlingsmetoden olikfärgade påsar än om insamlingsmetoden separata kärl väljs. Enligt uppgifter från Tekniska Verken i Linköping AB:s anbud är behandlingskostnaden för område tre 9 121 350 kr vid olika påsar och 7 098 850 kr vid separata kärl.

SÅV har beskrivit hur poängen enligt bilaga 3 skulle beräknas och att maxpoäng var 22 om man lämnade anbud på samtliga delar av upphandlingen. Denna beskrivning saknas dock i bilaga 3 till förfrågningsunderlaget där SITA hade behövt den för att förstå hur många poäng de olika punkterna ger. Även med ovan beskrivning saknas dock all information om hur poängsättningen kommer att genomföras vid utvärderingen av genom-

förändebeskrivningen. Det saknas helt beskrivning av poängstegen och det finns inte heller någon information om vad SÅV avser att betrakta som mervärde i anbudsutvärderingen, vilket utgör en sådan överträdelse av transparensprincipen som medför att upphandlingen måste göras om.

SÅV:s genmäle

Om det är allmänt känt inom renhållningsbranschen att insamlingsmetoden med olikfärgade påsar är väsentligt billigare än att använda separata kärl, är det mycket märkligt att SITA inte lämnat anbud på den metod som de tydligen visste var billigast. SÅV har inte på något sätt bytt utvärderingsmodell utan fullföljt vad som angivits i förfrågningsunderlaget. SÅV har vid utvärderingen av anbuderna naturligtvis tagit hänsyn till kostnaderna för alla de delar av avfallshanteringen som upphandlingen omfattar. I den kostnadsbilden ingår insamling, transport och behandling av alla de avfallslag som lämnats anbud på. SITA:s påpekande att behandling av olikfärgade påsar är dyrare än att behandla avfall som samlats i olika kärl är helt rätt, eftersom det tillkommer en kostnad för sortering av påsarna. Vid jämförelse av anbuderna för insamlingen inklusive behandlingskostnaderna för de olika systemen var kostnaden för SITA:s anbud 17 448 866 kr per år och för de anbud som föreslås antas 11 791 873 kr per år. Skillnaden uppgår således till cirka sex miljoner medan merkostnaden för behandlingen är ca 2 miljoner kr. Således är SITA:s anbudsalternativ mer än 4 miljoner kr dyrare per år och kan därför inte antas.

SITA:s genmäle

I anledning av att SÅV annonserat att SÅV skulle beakta kvalitetsfaktorer såsom genomförandebeskrivning har SITA valt att lämna anbud baserat på insamlingsmetoden med separata kärl, eftersom SITA anser denna metod vara den mest lämpliga för upphandlingen. SITA har vidare i anledning av

aktuell information lagt tid och andra resurser på att utforma en genomförandebeskrivning, som SITA, baserat på den information som lämnats i förfrågningsunderlaget, varit övertygat om skulle leda till att SITA erhöll maximal poäng vid utvärderingen av genomförandebeskrivningen.

Efter genomförd anbudsutvärdering kan SITA konstatera att SÅV valt att endast beakta lämnade priser vid utvärderingen. Detta innebär att SÅV frångått den annonserade grunden för tilldelning av kontrakt (det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet) och istället tilldelat kontrakt på grundval av tilldelningsgrunden lägst pris. Det säger sig självt att SITA hade valt att erbjuda ett annat lösningsförslag om det av förfrågningsunderlaget hade framgått att tilldelningsgrunden i upphandlingen i själva verket var lägsta pris.

SÅV anger dessutom att de tagit hänsyn till kostnader för alla delar av avfallshanteringen vid anbudsutvärderingen. Även om SITA i och för sig har förståelse för att SÅV vid genomgång av anbudet insett att det fanns skäl att tillföra sådan tillkommande kostnad vid prisutvärderingen, i syfte att söka nollställa kostnaden för olika lösningsförslag för sopsortering, så utgör detta ytterligare en omständighet som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Bristen på transparens i detta hänseende har medfört att det varit helt okänt för SITA och andra leverantörer vilket kostnadsbelopp för avfallshantering som skulle läggas till utvärdering av offererade priser.

Inom ramen för denna process har dock nu uppdagats att SÅV vid jämförelse av anbud med lösningsförslaget olikfärgade avfallspåsar har utgått i från att merkostnaden för behandlingen av insamlat avfall är ca två miljoner kr per år. Den faktiska kostnaden för behandlingen är dock inte känd för SÅV, eftersom upphandlingen avseende denna del har avbrutits. Hur marknaden avseende optisk behandling av olikfärgade påsar kommer att se ut när denna del konkurrensutsätts ånyo är ovisst och det kan därför inte uteslutas att denna behandlingskostnad då är dyrare. Vilket påslag som

tillförts anbud med lösningsförslaget separata kärl är alltjämt inte redovisat.

SÅV har dels genom att felaktigt ange att genomförandebeskrivning och referenser kommer att beaktas vid tilldelning av kontraktet, dels genom att underlåta att i förfrågningsunderlaget ange att prisutvärderingen kommer att ske med hänsyn till kostnader för alla delar av avfallshanteringen brutit mot 1 kap. 9 LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. 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. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur sådana kriterier som avses i 1 § kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Förfrågningsunderlaget

Enligt punkten 3.2.1 ska entreprenören som kvalificeringskrav ha teknisk och yrkesmässig kapacitet samt kompetens och erfarenhet att utföra uppdraget och följande gäller. Entreprenören ska ha minst fem års erfarenhet från två uppdrag (ett uppdrag för anbud 7 och 8) av den typ av uppdrag som anbudet avser och som utförts med kommunal förvaltning eller bolag som beställare.

Enligt punkten 4.1 och 4.3 görs prövning av anbudet i två steg, dels genom kvalificering av entreprenören och dels genom utvärdering av anbudet. Beställaren kommer att utvärdera anbuderna med avseende på genomförandebeskrivning, referens och pris enligt punkterna 4.3.1 – 4.3.4.

Av punkten 4.3.1 framgår i huvudsak följande angående utvärdering av genomförandebeskrivningen. För anbud där genomförandebeskrivningen inger ett stort förtroende för anbudsgivarens arbete och som med tydlighet visar att uppdraget kommer att kunna utföras helt i enlighet med de krav som ställs i förfrågningsunderlaget görs ett avdrag på anbudssumman med maximalt två procent. Bedömningen av genomförandebeskrivningen görs enligt bilaga 3 till förfrågningsunderlaget.

Av bilaga 3 framgår bl.a. att SÅV formulerat 18 utvärderingskriterier, varav kriterierna A2, A3, F1 och F2 kan ge maximalt två poäng och övriga ett poäng om de bedöms stämma väl överens med uppställda krav, tydligt klara beställarens behov samt inge stort förtroende. Maxpoängen beror på anbudets omfattning. Om totalsumman uppgår till 75 procent eller mer av maxpoängen och om anbudsgivaren på samtliga frågor bedöms klara uppställda krav dras två procent av från anbudssumman. Om totalsumman

uppgår till 50 procent eller mer av maxpoängen och om anbudsgivaren på samtliga frågor bedöms klara uppställda krav dras en procent av från anbudssumman.

Av punkten 4.3.2 framgår följande angående utvärdering av referenser. Utvärdering av referenser kommer att ske på så sätt att beställaren kommer att ställa frågor till minst två av de referenspersoner som entreprenören angivit. Frågor och bedömning framgår av bilaga 5 till förfrågningsunderlaget. Högsta bedömning belönas med ett avdrag från anbudssumman med två procent.

Av bilaga 5 framgår att SÅV formulerat tio påståenden som referenterna ombeds bedöma och som poängsätts med ett poäng för det fall anbudsgivaren överträffat ställda förväntningar. Dessa tio påståenden gäller

- resurser och kompetens i entreprenörens ledning för att utföra uppdraget på ett bra sätt
- resurser och kompetens i entreprenörens driftledning för att utföra uppdraget på ett bra sätt
- välfungerande samarbete mellan referenten och entreprenörens driftsledning
- tillräckliga resurser för att uppdraget ska fungera bra
- entreprenörens förmåga att sköta förberedelser och start av uppdraget
- entreprenörens bemötande av kunder och eventuella klagomål och synpunkter på uppdragets genomförande
- entreprenörens förmåga att lösa specifika hämtnings- eller andra problem i uppdraget och att vara snabbt på plats om detta behövs
- entreprenörens sätt att arbeta med förbättring av arbetsmiljön
- entreprenörens förmåga att lämna nödvändig information
- entreprenörens förmåga att hålla ordning och reda i uppdraget

Utvärderingen av referenser sker genom att beställaren ställer frågor till minst två referenter. Maxpoäng är 10. Om totalsumman uppgår till 80 procent eller mer av maxpoängen och om anbudsgivaren på samtliga frågor bedöms klara uppställda krav dras två procent av från anbudssumman. Om totalsumman uppgår till 50 procent eller mer av maxpoängen och om anbudsgivaren på samtliga frågor bedöms klara uppställda krav dras en procent av från anbudssumman.

Enligt punkten 4.3.3 utvärderas priset efter det att genomförandebeskrivningar och referenser gjorts. Den slutliga anbudssumman beräknas för samtliga anbud avseende enskilda delar samt för anbud som avser kommunövergripande kombinationer enligt punkten 2.7.

Av punkten 5.3.3.1 framgår att uppdraget omfattar

- förslag till system för källsortering och insamling av brännbart avfall och utsorterat matavfall samt motiv till varför kommunen bör välja föreslaget system
- insamling av brännbart avfall och utsorterat matavfall i de behållare, med de intervall och under de förutsättningar som i övrigt anges i förfrågningsunderlaget

Enligt punkten 5.3.3.2 bedömer SÅV att samtliga på marknaden etablerade metoder för insamling av brännbart avfall och matavfall har vissa för- och nackdelar men att inget av systemen är det andra överlägset. Användarvänlighet för abonnent samt total kostnad för hela hanteringskedjan från insamling till behandling är viktiga kvaliteter i utvärderingen.

Anbudsutvärdering

Av bilagor till tilldelningsbeslutet avseende utvärdering av anbud för de olika kommunerna framgår bl.a. följande. Utvärderingen av anbuden har

skett så att det anbud som erhållit det sammanlagt lägsta jämförelsepriset för varje anbudsdel eller för de kombinerade anbudsdelarna kommer att antas. Vid utvärderingen konstaterades att de prisavdrag för genomförandebeskrivning och referenser som anges i punkten 4.3.4 i förfrågningsunderlaget inte har haft någon påverkan på utvärderingsresultatet. Det innebär således att det anbudspris som angetts i prisbilagorna också blivit avgörande för utvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

SITA har gjort gällande att förfrågningsunderlaget brustit i transparens då anbudsgivarna själva ålagts att utforma förutsättningarna för efterfrågade tjänsters innehåll, att kvalificeringskriterier används vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, att tillämpad utvärderingsmodell rörande kvalitet inte kan användas för utvärdering av anbuderna samt att annonserad grund för tilldelning av kontraktet frångåtts.

Huruvida förfrågningsunderlaget brustit i transparens

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Högsta förvaltningsdomstolens prövning i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50. I rättsfallet uttalar domstolen följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen uttalar vidare att de skiftande förhållanden som förekommer inom det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten finner att det av punkten 5.3.3.1 i förfrågningsunderlaget klart framgår vad som är föremål för den aktuella upphandlingen samt att det anbudsgivarna ska komma med förslag på är systemet för källsortering och insamling av brännbart avfall och utsorterat matavfall i enlighet med de förutsättningar som i övrigt framgår av kravspecifikationen.

Förvaltningsrätten delar SÅV:s bedömning att det endast var insamlingsättet – genom separata kärl eller genom olikfärgade påsar – som anbudsgivarna hade att välja emellan när de lämnade sina anbud. Förvaltningsrätten finner med hänsyn till detta att SITA:s påstående, att SÅV genom detta val skulle ha överlåtit till anbudsgivarna att ange ramarna för upphandlingen och därmed brustit i transparens, saknar fog. Att valet av insamlingssystem i praktiken innebar att de anbudsgivare som valde systemet med separata kärl hade högre anbudspris än de som valde det andra systemet är enligt förvaltningsrättens mening ingen omständighet som tyder på att förfrågningsunderlaget skulle ha varit otydligt eller oförutsägbart. För detta talar även att SITA anfört att det i renhållningsbranschen är allmänt känt att insamlingsmetoden med olikfärgade påsar är billigare än att använda separata kärl. SITA har således från början haft förutsättningarna för det aktuella uppdraget klara för sig och kunnat förutse att bolagets val av insamlingssystem skulle kunna komma att påverka resultatet av upphandlingen.

Huruvida kvalificeringskriterier nyttjats i utvärderingsfasen

SITA har gjort gällande att referenstagningen enligt bilaga 5 till förfrågningsunderlaget rör frågor om anbudsgivarnas allmänna förmåga att utföra uppdraget och att SÅV genom denna har sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfaserna och på det sättet brutit mot de grundläggande principerna och EU-domstolens praxis.

Frågan om referenstagning kan användas vid utvärdering av anbud har varit föremål för analys i både praxis och doktrin. EU-domstolen har i mål C-532/06 *Lianakis AE m.fl.* konstaterat att det inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt men att det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser samt att någon sammablandning av kvalifikations- och utvärderingsfasen inte får ske. Kammarätten i Stockholm har i mål nr 5512-08 uttalat att det inte finns något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 5910-08 uttalat att referenser från likvärdiga uppdrag kan ge relevant information för bedömning av vilket anbud som med hänsyn till kvalitén är det ekonomiskt mest fördelaktiga samt att det inte av EU-domstolens avgörande i Lianakis-målet går att utläsa ett generellt förbud mot att låta referenser utgöra utvärderingskriterium. Samma slutsats gör Jan-Erik Falk som även anser att domen i Lianakis-målet måste bedömas efter sitt sammanhang och att det inte finns några hinder att tillämpa vissa kriterier, som tillhör kvalificeringsfasen, även vid anbudsutvärderingen. Varje kriterium måste bedömas utifrån sin funktion och det sammanhang i vilket det används, men också utifrån hur kriteriet är formulerat. Det väsentliga är att se till funktionen hos de krav och kriterier, som tillämpas i det enskilda fallet, och inte hur de normalt tillämpas (*LOU- en kommentar 2:a uppl., s. 396 ff.*).

Av utredningen i målet framgår att SÅV som kvalificeringskrav ställt upp att anbudsgivarna ska ha minst fem års erfarenhet från två uppdrag av den typ som anbudet avser. Vad sedan beträffar referensupptagningen som utvärderingskriterium enligt punkten 4.3.2 och bilaga 5 till förfrågningsunderlaget avser den mer detaljerade frågor rörande anbudsgivarens utförande av tjänster i tidigare sammanhang.

Förvaltningsrätten finner att referenstagningen enligt punkten 4.3.2 sett i sitt sammanhang syftar till att klargöra anbudsgivarnas förmåga att genomföra just det aktuella uppdraget och därmed fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i enlighet med bestämmelsen i 12 kap. 1 § LOU. SÅV:s förfarande strider således inte mot de grundläggande principerna eller EU-domstolens praxis.

Huruvida utvärderingsmodellen rörande kvalitet är obrukbar

SITA har gjort gällande att utvärderingsmodellen angående genomförandebeskrivning är obrukbar då det av denna inte framgår vad som utgör mervärde eller hur ett sådant ska poängsättas.

Av förfrågningsunderlaget och dess bilaga 3 framgår följande. Av de 18 utvärderingskriterier som formulerats kan kriterierna A2, A3, F1 och F2 ge maximalt två poäng medan övriga kan ge ett poäng om de bedöms stämma väl överens med uppställda krav, tydligt klara beställarens behov samt inge stort förtroende. Således saknar SITA:s påstående, att det av utvärderingsmodellen inte framgår vad som utgör mervärde eller hur ett sådant ska poängsättas, fog.

Huruvida annonserad grund för tilldelning av kontraktet frångåtts

SITA har gjort gällande att SÅV genom att endast beakta lämnade priser vid utvärderingen har frångått den utannonserade grunden för tilldelning av kontrakt (det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet) och istället tilldelat kontrakt på grundval av tilldelningsgrunden lägsta pris.

En upphandlande myndighet är fri att välja utvärderingskriterier för tilldelning av kontrakt så länge kriterierna viktas och de gemenskapsrättsliga principerna iakttas.

SÅV har i förfrågningsunderlaget redovisat hur utvärderingen av anbuden kommer att ske och att poängsättningen av genomförandebeskrivningen och referenserna kunde resultera i sammanlagt fyra procent avdrag på anbudssumman. SÅV:s val av tilldelningsgrund och viktningen av anbudskriterierna har således gjorts i överensstämmelse med gällande rätt. Att den valda modellen i praktiken kom att innebära att anbudet med lägsta pris tilldelades kontraktet innebär enligt förvaltningsrätten inte att SÅV frångick den annonserade tilldelningsgrunden. SÅV kunde inte förutse vilka priser som anbudsgivarna skulle välja att lämna. Om priserna legat nära varandra skulle utvärderingen av genomförandebeskrivningen och referenserna med påföljande avdrag kunnat vara avgörande för utgången av upphandlingen.

Vad sedan beträffar SITA:s påstående om att SÅV underlåtit att ange att prisutvärderingen kommer att ske med hänsyn till kostnader för alla delar av avfallshanteringen, stämmer detta inte överens med punkten 5.3.3.2 i förfrågningsunderlaget där SÅV tydligt ställt krav på att anbudsgivarna skulle ange en total kostnad för hela hanteringskedjan från insamling till behandling.

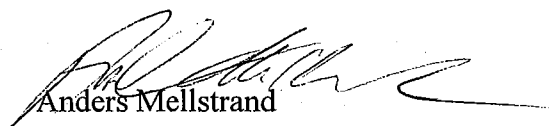
Även om de anbud från anbudsgivare som valt systemet med olikfärgade påsar inte hade inkluderat alla tänkta kostnader för hanteringskedjan, som SITA påstår, och SÅV därmed riskerat att drabbas av ytterligare kostnader, medför inte denna omständighet att utvärderingsmodellen som sådan strider mot 1 kap. 9 § eller 12 kap. 1 § LOU.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad SITA anfört och åberopat inte visar att SÅV genomfört upphandlingen i strid med LOU eller

gemenskapsrätten. Grund för att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Anders Mellstrand

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU