



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 31

DOM
 2017-01-11
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 18512-16

SÖKANDE
 Sodexo AB, 556232-7873
 Box 3072
 169 03 Solna

Ombud: Bolagsjurist Olle Westerlund
 Adress som ovan

MOTPART
 Statens Fastighetsverk
 Box 2263
 103 16 Stockholm

SAKEN
 Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2017 -01- 1 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller överklagandet och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 780274

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

YRKANDEN M.M.

Statens Fastighetsverk (SFV) genomför, som förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), en upphandling av fastighetsdrift vid Linköpings slott (dnr 222-1571/16). I tilldelningsbeslut daterat den 16 augusti 2016 meddelade SFV att man avser att tilldela uppdraget till Fastighetssnabben AB.

Sodexo AB (Sodexo) yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund anför Sodexo att det inte har varit möjligt att utifrån förfrågningsunderlaget utläsa vad SFV avsett att tillmäta betydelse vid utvärderingen, varför utvärderingsmodellen är i strid med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen, samt att bristerna medfört att Sodexo lidit skada eller i vart fall riskerat lida skada.

Till stöd för sin talan anför Sodexo bl.a. följande. Kriterierna ”kvalitetssäkring”, ”projektorganisation och kompetens” samt ”miljöhänsyn”, dvs. alla utvärderingskriterier utom priset, har innehållit sådana transparensbrister att det inte varit möjligt att förutse vad SFV avsett tillmäta betydelse vid utvärderingen. I upphandlingsföreskrifterna saknas det information om detta och om vad som krävs för att uppfylla respektive kriterium på ett bra eller dåligt sätt. Först i samband med SFV:s tilldelningsbeslut offentliggjordes detaljerad information för poängtilldelning kopplade till dessa kriterier.

Dessutom har varje kriterium ytterligare underkriterier, som preciserar vad en anbudsgivare ska uppfylla för krav för att uppnå olika nivåer av kravuppfyllnad. Det har inte utifrån utvärderingsmodellen i upphandlingsföreskrifterna (UF), punkten 3.52, varit möjligt för anbudsgivaren att förstå hur dessa skulle tillmätas betydelse och poängsättas. Upphandlingsföreskrifterna saknar information om hur utvärderingspoängen ska beräknas, vilket utgör ytterligare brist i transparens.

Utvärderingskriteriet ”miljöhänsyn” når inte upp till erforderlig transparens för anbudsgivarna. Det innehåller underkriterierna miljöledningssystem, objektsanpassad plan, övriga rutiner, driftoptimering samt referenser. Driftoptimering har primärt att göra med verksamhetseffektivisering och kan enligt Sodexos mening svårligen inrymmas i kriteriet ”miljöhänsyn”. Kravet på detta i punkten 2.3 i förfrågningsunderlagets bilaga ”Generella miljö-kriterier för driftentreprenader ” (generella miljökraven) saknar, liksom krav 1.5 (miljöutredning ska beläggas anbudet) och 2.1 (miljöplan ska redovisas efter anfordran) i de generella miljökraven, förutsebarhet kring att det skulle generera en utvärderingspoäng i enlighet med utvärderingsmallens underkriterier som bilagerades till tilldelningsbeslutet. Utvärderingsmallen innehåller text kring driftoptimeringens olika nivåer av kravuppfyllelse vilka inte kommuniceras i generella miljökravens punkt 2.3.

Den av SFV citerade punkten om företagets miljöpolicy och miljöarbete omnämns inte i UF 3.52, utan istället i anbudsformuläret. Allt som har en påverkan på anbudsutvärderingen ska rätteligen omnämnas i beskrivningen av utvärderingsmodellen.

”PM för anbudsgivare” (PM:et) är ett sex sidor långt dokument där mycket av det som står inte påverkar utvärderingspoängen. Den förklaring av utvärderingsmodellen som framgår av UF 3.52 innehåller inte heller någon koppling till PM för anbudsgivare, vilket medför att det inte tydliggjorts för anbudsgivarna att PM:ett ska användas som bedömningsgrund vid anbudsprovningen. Det framgår dock retroaktivt i samband med tilldelningen att vissa omständigheter som omnämns i PM:et har använts i utvärderingssyfte. I vilken utsträckning nivån av kravuppfyllnad av vissa omständigheter som omnämns i PM:et påverkar utvärderingspoängen framgår dock överhuvudtaget inte av PM:et utan även detta redovisas först i utvärderingsmallen.

De generella miljökraven innehåller sex sidor med frågor kring olika miljöaspekter där varje fråga formuleras, varpå anbudsgivaren kan välja att svara ja eller nej. Det är ett flertal av kraven 1.1 – 3.1 som inte har någon koppling till utvärderingspoängen. Vidare framgår inte hur olika redovisningar av de generella miljökraven kan generera olika nivåer av poäng. Det finns ingen gradering av i vilken utsträckning kravet är uppfyllt. En gradering framgår dock i utvärderingsmallen, vilken presenterades först vid tilldelningen. Enligt utvärderingsmallen kan också en miljöplan ge olika poäng beroende på hur väl utformad den är, medan det enligt krav 2.1 endast ska redovisas en miljöplan vid anfordran. Eftersom utvärderingsmallen inte ingick i förfrågningsunderlaget påvisar detta förhållande ytterligare brist i transparens.

Utvärderingsmallen har vidare, ovanför tabellen ”Miljöhänsyn”, rubriken ”5. Miljöhänsyn. Maxpoäng 15 (Kontraktet punkt 2.2)” vilket får uppfattas som att SFV anser att utvärderingskriteriet ”miljöhänsyn” och dess poängsättning i alla fall delvis framgår av kontraktet punkt 2.2. Detta är inte förenligt med transparensprincipen, för det fanns ingen förklaring i UF 3.52 att begreppet miljöhänsyn kommer att utvärderas mot bakgrund av punkten. 2. i kontraktet.

En upphandlande myndighet får inte tillämpa underkriterier till utvärderingskriterier utan att i förväg informera om dessa, (se EU-domstolens avgörande C 532/06, *Lianakis*). Svenska domstolar har underkänt utvärderingsmodeller där upphandlande myndigheter beaktat omständigheter som inte redovisats i förfrågningsunderlaget.

Sodexo hade lägst pris och kom på andra plats i anbudsutvärderingen. Att Sodexo inte tilldelats kontrakt beror uteslutande på att Sodexo erhållit marginellt lägre poäng än Fastighetssnabben på kriterierna ”kvalitetssäkring”, ”projektorganisation och kompetens” samt ”miljöhänsyn”. Om Sodexo hade känt till de underkriterier SFV avsett att tillämpa, och vad som kommer att tillmätas betydelse, skulle Sodexo ha kunnat anpassa sitt anbud därefter.

Med kännedom om underkriterierna hade Sodexo sannolikt lämnat ett mer konkurrenskraftigt anbud och tilldelats kontraktet.

SFV bestrider ansökan och anför bl.a. följande. SFV anser att det i förfrågningsunderlaget tydligt framgår vad som ska komma att beaktas under begreppet ”miljöhänsyn” vid prövning av inkomna anbud. I förfrågningsunderlagets tillhörande anbudsformulär är det under rubriken ”miljöhänsyn” beskrivet vad anbudsgivaren förväntas bilägga till anbudet. Det framgår i de generella miljökraven att dokumenterade rutiner för driftoptimering bör finnas. Om ja-alternativet är ikryssat under frågan ”Är kravet uppfyllt” i krav 2.3 så ska dokumenterade rutiner för driftoptimering redovisas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2017 trädde den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Frånsett några här icke aktuella undantag gäller, enligt övergångsbestämmelserna punkt 4, den upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

SFV har genomfört upphandlingen som ett förenklat förfarande. Tillämplig lagstiftning är därför i första hand 15 kap. LOU och de paragrafer som anges i 15 kap. 2 § LOU. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Den upphandlande myndigheten är skyldig att beakta dessa principer, bl.a. transparensprincipen, också vid upphandlingar som faller utanför EU-direktivets tillämpningsområde, (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 augusti 2008, mål nr 2016-08, med hänvisning till EU-domstolens avgörande C-59/00, *Hvidbjerg Vinduet*).

Av 16 kap. 6 § LOU följer att om 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.

Utvärderingsmodell med poängskala och underkriterier

Som Sodexo anfört finns i denna upphandling fyra utvärderingskriterier inklusive priset. Dessa beskrivs i UF 3.52 enligt följande:

Prövning av anbud

Av inkomna anbud antas det som beställaren anser sammantaget mest ekonomiskt fördelaktigt med hänsyn till nedanstående omständigheter och rangordning. I prövningen kommer följande värderingsgrunder att tas hänsyn till:

- Den offererade fasta ersättningen i kr per år samt lämnade a´priser, separata priser och %-påslag 40%
- Kvalitetssäkring 15%
- Projektorganisation och kompetens 30%
- Miljöhänsyn 15%

Referenser kommer att beaktas inom samtliga värderingsgrunder.

Det framgår således vilka utvärderingskriterierna är och vilken vikt de har i utvärderingen, relaterade till varandra och till priset. Däremot framgår inte underkriterierna, poängskalan eller vad som ska krävas för att uppfylla olika steg. I utvärderingsprotokollet framgår poängskalan och underkriterierna.

I *Lianakis*-fallet som Sodexo åberopar fastslår EU-domstolen (punkt 45) att upphandlande myndighet i anbudsförandet måste ange både viktningskoefficienter och underkriterier; andra hälften av detta transparenskrav har SFV alltså inte uppfyllt. I kammarrättspraxis har principerna som uttrycks i *Lianakis*-fallet ansetts tillämpliga även på förenklade förfaranden enligt LOU, (se dom av Kammarrätten i Sundsvall den 13 februari 2009, mål nr

3474-08, och dom av Kammarrätten i Göteborg den 7 juni 2011, mål nr 4851-10). Förvaltningsrätten bedömer att *Lianakis*-principerna är tillämpliga i målet.

Avseende poängskalan har länsrätten i Stockholms län i dom den 16 april 2009, mål nr 1790-09, godtagit att det i förfrågningsunderlag inte beskrivs med ord vad varje steg motsvarar. Länsrätten ansåg att det faktum ”att vart och ett av stegen i poängskalan inte har beskrivits i ord i förfrågningsunderlaget påverkar inte förståelsen av poängsättningsprinciperna” och kammarrätten ändrade inte länsrättens dom. I SFV:s Upphandlingsföreskrifter redovisas däremot inte antalet steg i poängskalan. Detta framgår först i utvärderingsprotokollet och där framgår dessutom att olika kriterier har olika poängskala; det är max 30 på kriteriet ”projektorganisation och kompetens” och 15 på de andra.

Att varken underkriterier eller poängskala redovisats för kriterierna i upphandlingsföreskrifterna anser förvaltningsrätten medför att SFV överträtt transparensprincipen. Det finns därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen.

Särskilt om kriteriet ”miljöhänsyn”

Sodexo har anfört att kriteriet ”miljöhänsyn” särskilt brister i transparens. Förvaltningsrätten konstaterar att anbudsformuläret och de generella miljö-kriterierna, samt PM:et för anbudsgivarna, ostridigt bifogats till upphandlingsföreskrifterna. Dessa dokument ska därför ses som en del av förfrågningsunderlaget. I anbudsformuläret anges att anbudsgivaren ska bifoga ”miljöpolicy och miljöarbete samt hur detta kommer att tillämpas på denna entreprenad med objektsanpassad miljöplan, rutiner mm”. I de generella miljö-kriterierna utvecklas vidare vad som ska bifogas.

Att det i dessa dokument tillförs viss, om än kanske otillräcklig, information om vad som kommer att beaktas vid utvärderingen, fastän dessa inte hänvisas särskilt till i själva upphandlingsföreskrifterna, utgör enligt förvaltningsrättens mening inget ytterligare skäl att ingripa mot upphandlingen. Inte heller finner förvaltningsrätten stöd för att frågan om driftoptimering skulle sakna relevans för miljöhänsyn såsom Sodexo anfört, utan detta framstår tvärtom som relevant för miljön.

Skada och ingripande

Eftersom SFV i förfrågningsunderlaget varken angett utvärderingsmodellens underkriterier eller dess poängskala för kriterierna, har SFV överträtt transparensprincipen. Utöver denna brist har inte framkommit att kriteriet miljöhänsyn skulle brista särskilt i transparens eller på något annat.

I utvärderingen fanns två anbud, nämligen från vinnande Fastighetssnabben samt från Sodexo som kom på andra plats trots något bättre pris. Sodexo har anfört att om man känt till de underkriterier SFV avsett att tillämpa, och vad som kommer att tillmätas betydelse, skulle Sodexo ha anpassat sitt anbud därefter, gjort det mer konkurrenskraftigt och fått kontraktet. Förvaltningsrätten, anser att Sodexo gjort sannolikt att bolaget kan komma att lida skada av förfrågningsunderlagets bristande transparens. Överträdelsen av LOU har skett i det konkurrensuppsökande skedet. Därför ska ansökan om överprövning bifallas genom att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Charlotte Hedberg
Rådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 angetts 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 lämnar prövningstillstånd om

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

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.