

**SÖKANDE**

We Group AB, 556955-9841

Ombud: Bolagsjuristen Robin Andersson

MOTPART

Gislaveds kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska rättas i enlighet med domskälen.

BAKGRUND

Gislaveds kommun (kommunen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande benämnt "Nybyggnad Gisle simhall" (projektnr. P22 2003A). Upphandlingen avser en badhuskonsult för nybyggnation av simhall i Gislaved. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än We Group AB (Bolaget) antagits. Bolaget har ansökt om överprövning.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas genom att bolaget tilldelas ytterligare två poäng och att ett nytt tilldelningsbeslut fattas.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR**Bolaget**

Kommunen har under kod AUB.52 ställt upp ett antal tilldelningskriterier fördelade på föreslagen organisation, genomförandebeskrivning, intervju, ekonomi och referensprojekt. Inom ramen för varje tilldelningskriterium har kommunen ställt upp delkriterium, däribland delkriteriet 1 b) bedömning av CV:n och här angett att det för samtliga namngivna personer ska bifogas ett CV. Ur CV ska bl.a. framgå referensprojekt genomförda 2018 -2023. Vidare framgår att referensprojekten i CV bör beskrivas så att det kan bedömas utifrån parametrarna storlek på projektbenämning, entreprenadform och beskrivning av mängd om- respektive nybyggnad. Av bilaga 1 till administrativa föreskrifter framgår hur poängbedömningen av tilldelningskriterierna ska ske. Här anges att bedömningen av tilldelningskriteriet referensprojekten i CV kan ge max fyra poäng. Respektive delkriterium bedöms utifrån en värderingsskala där fyra poäng erhålls för mycket väl passande erfarenhet, lärdomar, styrkor och mervärden för projektet. Två poäng erhålls för väl lämplig erfarenhet, lärdomar, styrkor och mervärden för projektet. Ett poäng erhålls för bristfällig lämplighet och erfarenhet för projektet.

Det saknas någon information om hur bedömningen av delmomenten ska gå till. Exempelvis finns ingen information om vad anbudsgivaren ska uppnå avseende referensprojekt 2019-2023 för att erhålla respektive poäng, vad som utgör passande erfarenhet, lärdomar, styrkor och mervärden avseende referensprojekt.

Bolaget erhöll två poäng för delmomentet ”Referensprojekt under åren 2019-2023”. Den vinnande leverantören erhöll fyra poäng för samma delmoment. Det går utifrån tilldelningsbeslutet, utvärderingsprotokollet och andra handlingar inte att utläsa varför den vinnande leverantören erhöll högre poäng än bolaget. Bolaget har begärt ut den vinnande leverantörens anbud i

upphandlingen. Kommunen har beslutat att, i sin helhet, belägga samtliga handlingar med sekretess.

Av upphandlingsdokumenten framgår inte hur kommunen kommit fram till de poäng den tilldelat för delmoment ”Referensprojekt under åren 2019 -2023”. Genom att inte ange hur utvärderingen skulle genomföras, hur utvärderingen faktiskt genomförts, vilka parametrar som varit avgörande för poängsättningen eller på annat sätt gett information som kan användas för att bedöma på vilka grunder beslutet fattats, har kommunen agerat i strid med öppenhetsprincipen. Att beslutet inte är motiverat strider även mot förvaltningslagens regler.

Kommunen har därutöver angett delvis olika krav i administrativa föreskrifter för delmoment ”Referensprojekt under åren 2019-2023”. Under kod AUB.52 efterfrågas redovisning i CV av referensprojekt utförda under åren 2018-2023 men i bilaga 1 till administrativa föreskrifter efterfrågas istället referensprojekt för åren 2019-2023. Av utvärderingen framgår vidare att enbart referensprojekt för åren 2019-2023 har utvärderats. Att ange motstridiga uppgifter skapar förvirring hos anbudsgivarna som inte vet vilket krav som är gällande. Ett sådant förfarande strider därmed mot öppenhetsprincipen.

Kommunen har, vad gäller delkriterierna genomförandebeskrivning och intervju, gett mycket knapphändiga beskrivningar av vilka värden som kommer att ligga till grund för bedömningen. Eftersom tilldelningskriterierna därmed inte är klart och tydligt formulerade strider det mot öppenhetsprincipen.

Gällande kommunens tilldelningsbeslut går det inte utifrån beslutet eller kommunens förtydligande att bedöma hur kommunen har kommit fram till sin poängsättning. Oavsett vilka kriterier som har legat till grund för utvärderingen har kommunen varit skyldig att redovisa hur den kommit fram till sin bedömning. Kommunen har inte redogjort för skälen för sitt tilldelningsbeslut. Med andra ord saknas motivering som gör det möjligt att avgöra om det finns

anledning att ifrågasätta kommunens bedömning. Det är varken utifrån tilldelningsbeslutet eller kommunens förtydligande möjligt att följa varför kommunen har satt den poäng den gjort, utan enbart vilken poäng kommunen satt. Upphandlande myndighets rätt att tillämpa ett visst mått av subjektivitet vid bedömningen fritar alltså inte myndigheten från sin skyldighet att motivera beslutet på ett sätt som gör det möjligt att bedöma beslutets riktighet. Därmed får det ses som anmärkningsvärt att kommunen varken i tilldelningsbeslut eller i sitt yttrande kunnat motivera beslutet.

Bolaget har endast tilldelats två poäng för delmoment ”Referensprojekt under åren 2019-2023. Bolaget delar inte kommunens poängsättning. De referensprojekt som bolaget gjort gällande i CV för respektive person, uppfyller kraven för att erhålla fyra poäng i aktuellt delmoment. Bolaget har en bred kompetensbas inom efterfrågade området och i CV:n anges erfarenhet från fler än 30 uppdrag på området mellan 2019 och 2023. Bolaget är det bolag i Sverige som har mest omfattande erfarenhet från arbete som sakkunnig inom bad och simhall. Samtliga referensprojekt som bolaget redogjort för i respektive CV avser arbeten utförda på simhallar/badanläggningar som är likvärdiga med aktuellt uppdrag. Gemensamt för alla uppdrag är att de utförts som sakkunnig inom något av de efterfrågade teknikområdena. Därutöver uppvisar uppdragen en bredd mellan exempelvis projektledare, uppdragsansvarig, projekteringsansvarig, projektering, specialist och samordnare.

Bolaget känner väl till den vinnande leverantörens kompetens på området, delvis för att en av dennes främsta konsulter på teknikområdet tidigare arbetade hos bolaget. Det totala antalet projekt utförda längre tillbaka och i närtid, antalet konsulter och bredden på den vinnande leverantörens erbjudande är mer begränsat än bolagets. Den vinnande leverantören har trots sin mer begränsade erfarenhet erhållit fyra poäng för aktuellt delmoment. Till detta ska tilläggas att kommunen även ställt upp ytterligare tilldelningskriterium kopplat till

referensprojekt och här krävt att anbudsgivarna ska inkomma med en mer omfattande redovisning avseende 1-2 referensprojekt. Den vinnande leverantören har enbart inkommit med ett referensprojekt. Det måste ses som anmärkningsvärt att den vinnande leverantören inte kunnat prestera två referensprojekt och samtidigt erhållit full poäng för de referensprojekt som redovisats i CV. Det bör inte ha varit problematiskt för en erfaren konsult att presentera två referensprojekt som uppfyllde kriterierna.

Eftersom bolaget presenterat mer än 30 likvärdiga projekt, har mer erfarenhet och ett bredare erbjudande inom simhallar och badhus än vad den vinnande leverantören har så ska erfarenheten hos bolagets konsulter i vart fall värderas som likvärdig med den vinnande leverantören och ges fyra poäng. Bolaget och den vinnande leverantörens poäng är därefter lika. I administrativa föreskrifter anges att vid lika poäng ska anbudsgivaren med lägst rörligt arvode tilldelas kontraktet. Eftersom bolaget erbjudit lägst rörliga arvode ska bolaget tilldelas kontraktet. Kommunens åsidosättande av upphandlingsprinciperna och felaktiga utvärdering har lett till att bolaget inte tilldelats kontraktet. Bolaget har därmed lidit skada av kommunens agerande.

Kommunen

Kommunen medger att det finns ett skrivfel i underlaget där två olika årtal angetts. Då ingen anbudsgivare påtalat detta skrivfel ska detta enligt HFD 2022 ref. 4 I och II inte beaktas då en anbudsgivare har skyldighet att påtala fel och otydligheter i upphandlingsdokumenten under anbudstiden.

Kommunen har i upphandlingsunderlaget tydligt beskrivit hur utvärderingen kommer att gå till samt vilka poäng som respektive bedömning ger.

Kommunen har haft en grupp som tillsammans utvärderat samtliga anbud.

Utvärderingsgruppen har utifrån sin granskning bedömt och poängsatt samtliga anbud. Tilldelningsbeslutet tillsammans med efterfrågade förtydligande redogör för alla delpoäng. I administrativa föreskrifter, bilaga 1, framgår att

referensprojekt kommer att bedömas utifrån skalan, 4, 2, 1 eller 0. Den vinnande leverantören har fått 4 poäng, mycket väl passande och bolaget 2 poäng, väl lämpliga.

De referensuppdrag som bolaget presenterat är inte dåliga, de fick betyget väl lämpliga men kommunen har bedömt att de referensuppdrag som den vinnande leverantören presenterat är mycket väl passande för det projektet som kommunen ska genomföra. Även att bolaget får 2 poäng mindre än den vinnande leverantören är det bara 1 steg på skalan. Att i minsta detalj precisera vad som kommer ge ett visst mervärde och exakt beskriva vad som ska uppfyllas för att få en viss poäng i en utvärdering är mycket svårt. Då det är gruppen som ska arbeta med konsulten som värderar inkomna anbud måste det få finnas visst utrymme för att de ska göra sin bedömning och värdering.

Kammarrätterna anser att det får vara ett visst mått av subjektivitet i utvärderingen. Detsamma gör EU-domstolen som säger att en upphandlande myndighet själv ska kunna ”bedöma och analysera inkomna anbud”. I dom 2967-13 från Kammarrätten i Göteborg som också avser konsulttjänster och där Turistrådet är upphandlande myndighet anges även följande: ”De kriterier som uppställts får anses på ett tillräckligt tydligt sätt ge anbudsgivaren ledning om vad Turistrådet avser att lägga vikt vid i utvärderingen.” Kammarrätten fortsätter: ”Det framgår inte av utvärderingsprotokollet hur Turistrådet kommit fram till respektive bolags poäng för kriteriet kompetens. Frågan är om det kan krävas att Turistrådet skulle ha dokumenterat hur poängsättningen skett. Kammarrätten anser att krav av denna art svårligen låter sig poängsättas och att ett visst mått av subjektiv bedömning är ofrånkomlig. Turistrådet har i förfrågningsunderlaget enligt ovan angett vilka krav som skapar mervärde.”

Allt detta har utvärderingsgruppen gjort vilket bolaget anser är fel då de inte fick högsta poäng. Kommunen har genomfört bedömningen i enlighet med

angiven utvärderingsmodell. Att bolaget anser att de har bäst erfarenhet är deras uppfattning, men den delas inte i det här fallet av utvärderingsgruppen.

Avseende att den vinnande leverantören endast inkommit med ett referensuppdrag innebär inte att de endast har ett referensuppdrag. Enligt dem själva har de gjort ett misstag då de tolkat att 1-2 referenser skulle skickas in med anbudet. Utifrån inskickat CV framgår det tydligt att de har en gedigen erfarenhet, men då endast ett referensuppdrag skickats in har bara ett referensuppdrag utvärderats helt i enlighet med angiven utvärderingsmodell.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas, där domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Upphandlingsdokumentens utformning

Bolaget har gjort invändningar mot upphandlingsdokumentens utformning gällande AUB punkt 1 b). CV – bedömning av referensprojekt under åren 2019 – 2023, punkt 2. Genomförandebeskrivning samt punkt 3. Intervju. Bolaget har i denna del fört fram att det saknas information om hur bedömningen av delmomenten ska gå till. Vidare har bolaget anfört att kommunen angett delvis olika krav i administrativa föreskrifter för angivna referensprojekt under åren 2019 - 2023 då det framgår motstridiga uppgifter i handlingarna. Bolaget menar således att utformningen av upphandlingsdokumentet är i strid med öppenhetsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande myndigheten har stor frihet att utforma sin utvärderingsmodell på det sätt som passar myndighetens behov. Upphandlingsdokumentet ska dock vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad till att leda till ett rättvisande resultat, dvs att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt kan antas (se RÅ 2002. ref. 50). En upphandlande myndighet är heller inte skyldig att i upphandlingsdokumentet upplysa potentiella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den tillämpar för att konkret värdera och klassificera anbuden i förhållande till omständigheterna i det enskilda fallet. Att anbudsgivarna i en upphandling inte i förväg får veta exakt vad som krävs för att uppnå ett visst betyg innebär således inte att kriteriet är så otydligt att det

kan anses strida mot transparensprincipen (se EU-domstolens avgörande den 14 juli 2016, mål C-6/15 TNS Dimarso).

Kommunen har i upphandlingsdokumenten bl.a. beskrivit att referensprojekten i CV bör beskrivas så att de kan bedömas utifrån vissa angivna parametrar. Liknande beskrivningar finns även avseende bedömning för genomförandebeskrivning och intervju. Förvaltningsrätten anser att den information som lämnats är tillräcklig för att en anbudsgivare ska förstå hur utvärderingen av dessa delmoment ska gå till och vad kommunen kommer att lägga vikt vid. Utformningen av utvärderingskriterierna bedöms heller inte medför att kommunen haft ett så stort utrymme för skönsmässiga bedömningar att det strider mot de upphandlingsrättsliga principerna. Att upphandlingsdokumenten inte innehåller någon uttrycklig specifikation av vad som krävs för respektive betyg på angiven poängskala för de olika bedömningsgrunderna ändrar inte den bedömningen. Utformningen av utvärderingsmodellen i angivna delar strider därmed inte mot principerna om likabehandling och transparens.

Utöver detta kan konstateras att bolaget inte har ställt några frågor eller begärt några kompletteringar eller förtydliganden avseende samtliga de ifrågasatta delarna i upphandlingsdokumenten innan ansökningstiden löpte ut. Bolaget har därmed heller inte visat att bolaget gjort vad som kan krävas för att undvika att eventuell skada uppkommer till följd av de påstådda bristerna i upphandlingsdokumenten (se HFD 2022 ref 4 I och II). Sammanfattningsvis föreligger därmed inte skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund.

Utvärdering och tilldelningsbeslut

Bolaget menar i huvudsak att utvärderingen av det egna anbudet är felaktigt avseende AUB 1 b). CV – bedömning av referensprojekt under åren 2019 – 2023 och att bolaget borde ha fått fyra poäng. Bolaget har vidare anfört att det inte framgått av tilldelningsbeslut, kommunens förtydligande eller yttrande hur

kommunen kommit fram till sin bedömning, utan enbart vilken poäng som anbudsgivarna tilldelats.

För att det i efterhand ska gå att kontrollera att en anbudsutvärdering har genomförts i enlighet med upphandlingsdokumenten och de grundläggande principerna i LOU är det nödvändigt att utvärderingen dokumenteras på något sätt.

Kommunen har i sitt tilldelningsbeslut samt bifogad sammanställning angett anbudsgivarnas poängsättning. Någon motivering till hur man kommit fram till respektive poängsättning har dock inte lämnats. Kommunen har heller inte gett in någon annan form av dokumentation från utvärderingen. Förvaltningsrätten anser att det varken av den utredning som finns i målet eller av det som kommunen har fört fram går att utläsa om utvärderingen har skett i enlighet med vad som angetts i upphandlingsdokumenten. Det har därmed inte framgått vilka omständigheter som utgjort grunden för utvärderingsgruppens bedömning och poängsättning. Mot den bakgrunden anser förvaltningsrätten att anbudsutvärderingen inte har dokumenterats eller redovisats på ett tillräckligt transparent sätt. Enligt förvaltningsrättens mening innebär detta att utvärderingen har skett i strid med 12 kap. 14 § LOU och principen om transparens.

Förvaltningsrätten anser att den konstaterade bristen vid utvärderingen kan ha medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada i enlighet med vad som anges i 20 kap. 6 § LOU och att det därför finns grund för ingripande i form av rättelse. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom att kommunen genomför en ny utvärdering av anbuderna, där respektive poängsättning motiveras.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga 1 (FR-05).

Sylvia Rosén

Rådmannen Sylvia Rosén har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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.