



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2012-05-22
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
568-12 E
Domare 2:2

SÖKANDE

Peab Byggservice Väst AB, 556066-3675
Anders Personsgatan 2
401 80 Göteborg

Ombud: Bolagsjuristen Helena Colliander
Peab Sverige AB
401 80 Göteborg

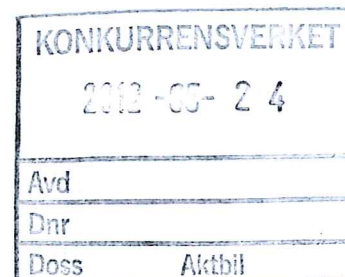
MOTPART

Lidköpings kommun
Intern Service/fastighet
531 88 Lidköping

Ombud: Advokaten Hampus Ek
Foyen Advokatfirma
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Lidköpings kommun genomför en upphandling, förenklat förfarande, benämnd Ombyggnad och smärre tillbyggnad av Vänerköket, kv. Gulkrem-lan nr 4, Lidköpings kommun (INK 2011/310). Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Peab Byggservice Väst AB (Peab) antagits och Peab har därefter ansökt om överprövning.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Befintligt tillagningskök ska i sin helhet byggas om, förses med nytt yttertak samt tillbyggas med ett

Dok.Id 66969

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsratten@jonkoping.dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

nytt soprum. Allt enligt upprättade rambeskrivningar. Entreprenaden är en s.k. styrd totalentreprenad och omfattar alla erforderliga arbeten i samband med ombyggnaden. För att projektet ska upphandlas förutsätts att erforderliga beslut och tillstånd erhålls från beslutande instanser inom Lidköpings kommun samt att den totala ombyggnadskostnaden ryms inom budgeterade medel. Vid anbudsprövning kommer det anbud att antas som med hänsyn till samtliga omständigheter är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till följande kriterier: Pris (50 procent) och procentpåslag ändrings- och tilläggsarbeten med underkriterierna material och varor (10 procent), underentreprenader (10 procent), Timkostnader (20 procent), Kvalitets- och miljösystem (5 procent), samt bedömning övriga bilagor (5 procent). Respektive kriterium kan tilldelas mellan 1 – 10 poäng. Poängberäkningen är relativ, d.v.s. anbud poängsätts i relation till övriga anbud. Värderingen utgår från det anbud som har lägst talvärde för respektive omständighet. Den sammanlagda poängsumman efter viktning utgör grund för den slutliga anbudsprövningen. Till anbud bifogas redovisning över den metod för hur det egna kvalitets- och miljösäkringsarbetet, inklusive modell för objektsanpassad kvalitets- och miljöplan, avses användas. Till anbud ska även bifogas en förteckning över referensobjekt från utförda arbeten de tre senaste åren med likartade betingelser inklusive platsorganisation (totalentreprenad) samt namnuppgift på respektive beställares projekt-/byggledare. Kommunen äger rätt att förhandla med en eller flera anbudsgivare enligt senare upprättad förhandlingsagenda. Anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

YRKANDEN M.M.

Peab yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny utvärdering alternativt att upphandlingen ska göras om. Peab anför bl.a. följande. I första hand bör rättelse ske genom att anbudsutvärderingen sker enligt förfrågningsunderlaget och ge-

nom utvärdering av de av anbudsgivarna inom anbudstiden lämnade anbuden med däri angivna anbudssummor. Om förvaltningsrätten finner att de brister i förfrågningsunderlaget som Peab redogör för nedan innebär att rättelse inte är tillräckligt bör upphandlingen göras om.

Anbudsutvärderingen

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att den anbudssumma som skulle utvärderas endast var det alternativ avseende takbeläggning (duk) och massagolv som angavs vid utvärderingen. Tvärtom angavs att samtliga i förfrågningsunderlaget angivna alternativ avseende takbeläggning och golv accepteras, samt att utvärderingen ska ske efter det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Trots detta har kommunen endast utvärderat de alternativ som avser takbeläggning av duk respektive massagolv. Vidare har kommunen vid anbudsutvärderingen felaktigt gjort ett påslag på Peabs anbudssumma. Peab skulle rätteligen ansetts ha den lägsta anbudssumman.

Förfrågningsunderlaget.

Grunderna för poängsättningen av utvärderingskriterierna ”kvalitets- och miljösystem” och ”bedömning av inkomna bilagor” anges inte i förfrågningsunderlaget. I samband med tilldelningsbeslutet klargjordes att kommunen tillämpat en ”objektiv bedömning”. Någon närmare redogörelse för grunderna för poängsättningen angavs dock inte. Eftersom det inte framgår av förfrågningsunderlaget vad kommunen skulle komma att väga in och beakta har kommunen getts möjlighet att efter fritt skön utvärdera och poängsätta de båda kriterierna ”kvalitets- och miljösystem” och ”bedömning av inkomna bilagor”.

Angående ”kvalitets- och miljösystem” anges följande. Till anbud bifogas redovisning över den metod för hur det egna kvalitets- och miljösäkringsarbetet, inklusive modell för objektsanpassad kvalitets- och miljöplan, avses användas. Uppgifterna synes främst ta sikte på anbudsgivarens förmåga

att utföra projektet. Det framgår inte hur nämnda kriterier är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I fråga om det felaktiga påslaget är det ostridigt att Peab rätteligen borde ha fått 5 poäng och Backagården 4,90 poäng. Enbart detta förhållande hade inte lett till att Peabs anbud hade vunnit. Med anledning av de brister som förelegat såvitt avser kriterierna "Kvalitets- och miljösystem" samt "Bedömning av inkomna handlingar" i fråga om transparens och öppenhet, är det emellertid inte möjligt för Peab (eller annan) att kontrollera om Backagården fått den poäng bolaget borde ha fått. Det kan således mycket väl vara så att det kunnat konstateras att Backagården – om utvärderingskriterierna hade varit tydliga - rätteligen skulle ha fått t.ex. 4 poäng avseende kriteriet "Kvalitets- och miljösystem" och 5 poäng avseende kriteriet "Bedömning av inkomna handlingar". Detta skulle inneburi att Backagården fått 8,49 poäng och Peab 8,53 poäng med följd att Peabs anbud skulle ha vunnit. Redan härav följer att Peab får anses i vart fall ha riskerat att lida skada på grund av bristerna i upphandlingsförfarandet. Att Peab fått högsta poäng avseende kriteriet "Kvalitet- och miljösystem" eller att samtliga anbudsgivare fått samma poäng avseende kriteriet "Bedömning av inkomna handlingar" saknar således betydelse i detta sammanhang eftersom det avgörande är att bedömningen av vilket anbud som varit det ekonomiskt mest fördelaktiga kunnat påverkas om de andra anbudsgivarna (Backagården) rätteligen borde ha fått en lägre poäng än vad de fått.

Förhandling m.m.

Anbudssumman i det antagna anbudet är högre än den som Peab:s ursprungliga anbud innehöll. Det kan därför ifrågasättas om förhandlingen var affärsmässigt motiverad. Vidare kan det inte uteslutas att kommunens syfte med förfarandet varit att erhålla ett konkurrenskraftigt anbud från just den entreprenör man antagit. Det kan även konstateras att antagen entreprenör inte justerat sitt anbud på något väsentligt sätt förutom avseende priset. Denna justering uppgår till nästa två miljoner kronor och har fått till

följd att anbudssumman hamnade strax efter den nivå som Peab fått genom det felaktiga påslaget. Särbehandling och snedvridning av konkurrensen kan därför misstänkas starkt. Den nya anbudssumman synes inte heller ha erbjudits som ett resultat av någon egentlig förhandling i form av anpassning av anbudet efter kommunens krav. Det kan därför ifrågasättas hurvida erbjudandet av den nya anbudssumman bör anses utgöra ett nytt anbud. Vidare har den korta tidsfristen för kompletteringar och förtydliganden påverkat anbudsgivarnas möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud.

Lidköpings kommun anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har inte agerat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen.

Anbudsutvärderingen

Föremålet för anbudsutvärdering har definierats i förfrågningsunderlaget. Vidare framgår det av punkterna AFB.221 och AFD.11 att beskrivningar har företräde framför ritningar. Duk och massa har angivits i förfrågningsunderlagets beskrivningar. Det är riktigt att påslag på Peabs anbud gjorts felaktigt. Detta har dock inte påverkat resultatet av anbudsutvärderingen.

Förfrågningsunderlaget

I punkterna AFB.31 och AFB.52 i förfrågningsunderlaget anges att kvalitets- och miljösystem ska vara objektpassade, vilket innebär att det objektsspecifika kriteriet tar sikte på själva prestationen. Det framgår vad som varit av betydelse för kommunen, d.v.s. i vilken mån systemen varit objektpassade. Eftersom Peab erhållit såväl högsta poäng som högst poäng av samtliga anbudsgivare har Peab i vart fall inte lidit skada i denna del.

Vad gäller kriteriet Inkomna bilagor har samtliga anbudsgivare erhållit

10 poäng. Eftersom samma poäng erhållits har kriteriet inte fått någon betydelse, vilket kan likställas med att det inte alls ställts upp. Peab har därmed inte heller i denna del lidit skada.

Förhandling m.m.

Kommunen har inte frångått förfrågningsunderlaget genom att uppta förhandlingar på sätt som skett. Det har framgått av förhandlingsagendan att pris varit ett delmoment i förhandlingen. Anbudsgivarna har inte spelats ut mot varandra och den absoluta anbudssekretessen har iakttagits till fullo.

I enlighet med förfrågningsunderlaget har även andra kriterier än pris legat till grund för bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Vinnande anbudsgivares anbudssumma har rymts väl inom den budget som funnits för projektet. Vad som anförs om misstänkt särbehandling bestrids. Peab har inte presenterat någon form av stöd för påståendet härom. Den tid som anbudsgivarna fått på sig för att eventuellt sänka prisuppgifter har varit skälig för det som efterfrågats. Samtliga anbudsgivare inklusive Peab har också klarat av att leverera på angiven tid.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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 iakttas.

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

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår följande. 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.

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att den upphandlande myndigheten kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet ("kriterier för kvalitativt urval"). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekono-

miskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

Av EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC, framgår bl.a. följande. Principen om likabehandling innefattar en skyldighet att möjliggöra insyn, så att man kan kontrollera att den iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten ska tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Slutligen ska tilldelningskriterierna, vid prövning av anbudet, tillämpas enhetligt och objektivt på samtliga anbudsgivare.

Förvaltningsrätten gör följande 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 han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förfrågningsunderlaget

Peab har i denna del gjort gällande dels att tilldelningskriterierna Kvalitets- och miljösystem och bedömning övriga bilagor inte uppfyller det tydlighetskrav som framgår av likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU, dels att kriteriet Kvalitets- och miljösystem utgör ett kriterium för kvalitativt urval som inte är tillåtet att använda som tilldelningskriterium.

Vad gäller Kvalitets- och miljösystem är bedömning av sådana typiskt sett hänförlig till bedömningen av en anbudsgivares tekniska kapacitet (jfr 11 kap. 11, 14-15 §§ LOU). I detta ingår även uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs (jfr 11 kap. 11 § p. 7 LOU). I förevarande fall saknas uppgifter i förfrågningsunderlaget som ger vid handen att kriteriet trots det anförda syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att Lidköpings kommun brutit mot LOU genom att ställa upp ett otillåtet tilldelningskriterium benämnt Kvalitets- och miljösystem.

Vad gäller tilldelningskriteriet *bedömning övriga bilagor* finner förvaltningsrätten följande. I det till förfrågningsunderlaget hörande anbudsformuläret anges, under rubriken anbudsprövning att följande underlag ska bifogas i form av bilaga för prövning enligt AFB.51 och AFB.52:

- Kortfattad beskrivning över ombyggnadsarbetenas bedrivande, se AFB.31
- Redovisning av; referenser
- Redovisning av; Resurser och kompetens etc.
- Redovisning av; Teknisk förmåga och kapacitet etc.
- Redovisning av; Kvalitetssäkringssystem inklusive kvalitetsplan
- Redovisning av; Miljösäkringssystem inklusive miljöplan

I övrigt saknas helt uppgifter i förfrågningsunderlaget om på vilka grunder det aktuella tilldelningskriteriet ska bedömas. Även tilldelningskriteriet bedömning av övriga bilagor strider därför mot det tydlighetskrav som följer av likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Det kan sammantaget konstateras att Lidköpings kommun brutit mot LOU genom att ställa upp två tilldelningskriterier som inte uppfyller lagens krav.

Med hänsyn till att bristerna i upphandlingsförfarandet hänför sig till brister i förfrågningsunderlaget finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Eftersom upphandlingen ska göras om redan på ovan redovisad grund föreligger inget skäl för förvaltningsrätten att pröva Peab:s övriga invändningar.

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



Jan R. Jansson