



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Sune Wennerberg

DOM
2011 -07- 14
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2119-11E

KONKURRENSVERKET	
2011 -07- 15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Mark o VA i Malmö AB, 556624-3803
 Santessons väg 9
 232 91 Arlöv

Ombud: Advokat Magnus Nedström och jur. kand. Markus Mårline
 Advokatbyrån Sigeman & Co AB
 Anna Lindhs plats 4
 211 19 Malmö

MOTPART

Malmö stad
 205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Mark o VA i Malmö AB:s ansökan om överprövning enligt LOU och förordnar att Malmö stads upphandling av nybyggnad av byggator inklusive VA-arbeten för kommande byggnation av kvarteren söder och norr om Hyllie allé i Malmö ska göras om.

Dok.Id 67882

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför en upphandling av nybyggnad av byggator inklusive VA-arbeten för kommande byggnation av kvarteren söder och norr om Hyllie allé i Malmö. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har kommunen beslutat att anta anbudet från Skanska Sverige AB.

Mark o VA i Malmö AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom ny utvärdering i vilken bolagets anbud ska ges 5 poäng vid bedömningen av kriteriet genomförandebeskrivning. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. I de administrativa föreskrifterna, AFB.52, finns en beskrivning av vad den genomförandebeskrivning som ska bifogas anbudet bör innehålla. Malmö stad har i fem olika punkter beskrivit vilka olika moment som bör ingå i beskrivningen och har även angett hur många poäng anbudsgivaren kan få för respektive delmoment vid utvärderingen. Malmö stad har dock inte uttryckligen angett utifrån vilka kriterier bedömningen av genomförandebeskrivningen ska göras. I avsaknad av bedömningsgrunder är den enda rimliga tolkningen av kriteriet att anbudsgivarna ska få poäng för det fall beskrivningen innefattar de moment som anges. Om beskrivningen inte innefattar ett av delmomenten ska anbudet således inte erhålla några poäng för detta delmoment. Att staden använt ordet bör i stället för skall saknar relevans för tolkningen av kriteriet. Anbudsgivarna har i vart fall inte kunnat förutse att kriteriet skulle tillämpas på annat sätt. Att ordet max använts medför ingen annan slutsats, eftersom förfrågningsunderlaget är helt innehållslöst på vilka önskemål staden eventuellt skulle ha eller vilka mervärden staden eventuellt eftersträvar i respektive avseende. Eftersom den genomförandebeskrivning som bolaget lämnade in innefattade all efterfrågad information hade bolaget rimligen bort erhålla 5 po-

äng för detta kriterium. Vid sådant utfall hade bolaget erhållit den högsta utvärderingspoängen och hade därför tilldelats kontraktet. Det bestrides att den av bolaget ingivna beskrivningen innefattar generella uppgifter och att den innehåller moment och material som inte är relevanta för den ifrågavarande entreprenaden. Även om så skulle vara fallet har detta förhållande inte någon betydelse vid poängsättningen eftersom beskrivningen innefattar samtliga de delmoment som bör finnas med enligt AFB.52. Vidare bestrides att bolaget i sin genomförandebeskrivning inte skulle ha beskrivit hur arbetet kommer att indelas i byggetapper eller hur byggplaneringen kommer att ske. Även påståendet att genomförandebeskrivningen inte nämner något om styrning eller innehåller information om hur samordning ska ske är felaktigt och bestrids. Malmö stad har vidare påpekat att bolaget i sin beskrivning inte har identifierat tillräckligt många kritiska moment och därför fått en lägre poäng för detta delmoment. Någon sådan grund för bedömning av kriteriet finns inte beskrivet i AFB.52 och kan inte ens med stor välvilja utläsas ur bestämmelsen. Att vid utvärderingen lägga till bedömningsgrunder som inte framgår av förfrågningsunderlaget är ett brott mot likabehandlings- och transparensprinciperna och därmed även mot LOU. Det är korrekt att lackerade stolpar inte ingår i entreprenaden. Huruvida stolpar som ska sättas upp är lackerade eller inte har dock ingen betydelse för bolagets genomförande av entreprenaden. Sten- och plattsättning samt återställande av kantsten ingår i entreprenaden och bolaget har således haft fog för att nämna dessa delar i sin genomförandebeskrivning. Genom att inte tillämpa utvärderingsmodellen i enlighet med vad som beskrivits i underlaget har Malmö stad brutit mot de EU-rättsliga principerna och har därför brutit mot LOU. Bolaget har till följd härav lidit skada. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att kriteriet inte ska tolkas på sätt som bolaget anfört ovan, utan att i stället någon form av kvalitativ bedömning av respektive delmoment ska göras, är det bolagets uppfattning att kriteriet måste anses så otydligt utformat att det inte ens tillnärmelsevis når upp till LOU:s krav på förutsägbarhet och transparens. Av förfrågningsunderlaget

framgår inte på något sätt utifrån vilka kriterier en sådan kvalitativ bedömning och poängsättning av genomförandebeskrivningen ska göras. Utformningen lämnar utrymme för helt igenom subjektiva och oförutsebara bedömningar. Genom att inte ange kriterierna för bedömningen av utvärderingskriteriet ifråga har Malmö stad i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt, vilket strider mot kravet på förutsebarhet och transparens. Malmö stad anger vidare att inlämnad genomförandebeskrivning ska användas för att bedöma hur väl insatt anbudsgivaren är i entreprenaden. Ett sådant syfte med ett utvärderingskriterium torde inte vara i överensstämmelse med LOU. Utvärderingskriterier ska inte huvudsakligen avse bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet ifråga. Det av Malmö stad angivna syftet torde helt och hållet ha att göra med anbudsgivarens kunskaper om föremålet för upphandlingen och inte på något sätt syfta till att bedöma kvaliteten i utförandet av själva entreprenaden. Kriteriet är därför inte tillåtet då det inte är ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bedömningen har blivit direkt avgörande för utfallet av utvärderingen och bolaget har till följd av bristerna således lidit eller riskerat att lida skada.

Malmö stad bestrider bolagets yrkanden och anför i huvudsak följande. Bestämmelserna i LOU har iakttagits och det finns inte skäl för ingripande enligt lagens 16 kap. För att göra inkomna anbud jämförbara använder beställaren en modell där det specificeras hur anbud kommer att värderas utifrån en sammanvägning av hur väl anbuden uppfyller respektive utvärderingskriterium. Utvärderingskriterierna har angetts i förfrågningsunderlaget. Både kriteriet organisation och kriteriet genomförandebeskrivning bedöms från 0 – 5 poäng. Att enbart inneha en organisation ger naturligtvis inte 5 poäng. Det ligger i sakens natur att den redovisade organisationen värderas. Annars vore dessa kriterier kvalificeringskrav. Dåliga referenser ger inte samma poäng som bra referenser. En väl genomarbetad genomförandebeskrivning ger mer poäng än en inte genomarbetad sådan. Utvärde-

ring av genomförandeplan har till syfte att bedöma kvaliteten på lämnat anbud. I de administrativa föreskrifterna anges under punkten AFB.52 vad genomförandeplanen bör innehålla och vilka poäng som kan erhållas. Inlämnad genomförandebeskrivning används för att bedöma hur väl insatt i entreprenaden anbudsgivaren är. Detta framgår bl.a. genom att beställaren angivit en gradering med maxpoäng. Detta ger beställaren möjlighet att bedöma skillnaden i kvalitet på ett anbud som identifierar två icke relevanta kritiska moment från ett anbud som identifierar tio relevanta kritiska moment. Även det faktum att ordet bör och inte skall används tillkännager att lämnade uppgifter kommer att kvalitetsbedömas. Att värdering ska ske av kriterier ligger i sakens natur. I genomförandeplanen ska leverantören redogöra för hur han säkerställer att han levererar arbetet med hög kvalitet. Både beställare och entreprenörer är införstådda med att entreprenader kan utföras med olika metoder och att metoden väljs av entreprenören i enlighet med sedvanliga branschvillkor. Detta innebär att det inte är möjligt för en beställare att detaljerat specificera vad som de facto ska ingå i utvärderingskriteriet genomförandebeskrivning. Beställaren har vid kriteriet angivit exempel på information som bör ingå i beskrivningen. Beställaren beskriver i de administrativa föreskrifterna de villkor som begränsar entreprenaden. För en entreprenör finns det därför som regel inga tveksamheter om vilka uppgifter som avses t.ex. med entreprenadens kritiska moment. Malmö stad har aldrig hävdats att antalet kritiska moment ska bedömas. Det är självklart det kritiska momentets relevans som bedöms. Beställaren måste kunna förutsätta att entreprenören förstår att de kritiska momenten som ska identifieras ska vara i förhållande till de specifika förutsättningar som gäller för den aktuella entreprenaden. Bolaget har för utvärderingsändamål lämnat en genomförandebeskrivning innefattande generella uppgifter och den innehåller inte samtliga efterfrågade moment. Beskrivningen innehåller moment och material som inte är relevanta för den ifrågasatt entreprenaden, bl.a. stensättning och lackerade/målade stolpar. Bolaget har varken beskrivit hur arbetet indelas i byggetapper eller hur byggplanering

kommer att utföras. Genomförandeplanen innehåller ingenting om styrning och inte heller information om hur samordning med sidoentreprenörer ska gå till. Under kritiska moment har bolaget angett sådana moment vars enda kritiska del är att den måste utföras fackmannamässigt. Detta kan inte beställaren se som kritiska moment. Genomförandebeskrivningen visar att anbudsgivaren inte besitter den grad av orientering om det aktuella objektet som förutsätts för full poäng.

DOMSKÄL

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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

När det gäller det i målet aktuella kriteriet genomförandebeskrivning kan förvaltningsrätten först konstatera att detta är ett utvärderingskriterium och att den upphandlande myndigheten därför utifrån vad som anges i förfrågningsunderlaget har att göra, vilket också gjorts, en kvalitativ utvärdering

av de beskrivningar av genomförandeplaner som anbudsgivarna redovisat i sina anbud. Frågan i målet gäller därför, såsom bolaget anför, om utformningen i förfrågningsunderlaget av det aktuella kriteriet strider mot kravet i LOU på förutsebarhet och transparens.

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 och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av EU-rättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

I nu aktuellt förfrågningsunderlags administrativa föreskrifter anges under punkten AFB.52 ”Värderingsgrunder vid prövning av anbud” att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn till värderingskriterierna anbudssumma, viktat till 70 %, organisation för entreprenaden med referenser relevanta för entreprenaden, viktat till 20 %, samt genomförandebeskrivning, viktat till 10 %. Vidare anges att värderingskriterierna bedöms från 0 – 5 poäng. Avseende kriteriet genomförandebeskrivning anges att en genomförandeplan bör innehålla:

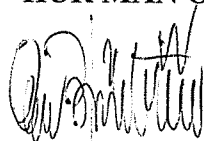
- Förslag på lämplig etableringsplats (kontor, upplagsplatser, lagerhållning, m.m.) och på vilket sätt transporter till och från arbetsområdet planeras utföras. Detta kan ge max 0,5 poäng.
- Förslag på hur entreprenaden är tänkt att genomföras, beskriv byggplanering, byggetapper och trafikordningar. Detta kan ge max 2 poäng.
- Förslag på hur byggsamordningen med sidoentreprenörer, beställaren, andra byggherrar (och dess entreprenörer) och olika pågående verksamheter i området kan planeras och styras. Detta kan ge max 1,5 poäng.

- En identifiering av de kritiska momenten i genomförandet av entreprenaden. Detta kan ge max 0,5 poäng.
- En analys (vad gör jag för att undvika...) av de angivna kritiska momenten. Detta kan ge max 0,5 poäng.

Malmö stad har i målet anfört att en entreprenad av nu föreliggande slag kan utföras med olika metoder och att det kan föreligga svårigheter för en upphandlande myndighet att i förfrågningsunderlaget specificera vad som ska ingå i, vilket nu är aktuellt, en genomförandebeskrivning. När det gäller det i målet aktuella kriteriet genomförandebeskrivning har Malmö stad emellertid i förfrågningsunderlaget i viss mån angett vad en sådan bör innehålla samt angett vilka maxpoäng som kan erhållas för de olika delarna i kriteriet. I förfrågningsunderlaget finns emellertid utöver detta ingen tydlig ledning för vad som kommer att vägas in för att en anbudsgivarens beskrivning ska få en viss poäng. Det framgår inte heller av utvärderingsgrunderna vilka omständigheter som har betydelse för att stärka eller försvaga den upphandlande myndighetens bedömning. Enligt förvaltningsrättens mening lämnar den otydliga utformningen av förfrågningsunderlaget när det gäller det aktuella utvärderingskriteriet och poängsättningen av detta ett stort utrymme för godtycklighet. Detta förhållande kan också ha medfört att anbud lämnats utan tillräcklig insikt om vad som kommer att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuderna. Enligt förvaltningsrätten strider den vaga utformningen av det aktuella kriteriet i förfrågningsunderlaget mot kravet i 1 kap. 9 § LOU på ett öppet förfaringssätt (transparensprincipen).

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att det finns en sådan risk för skada för bolaget att det utgör skäl för ingripande enligt LOU. Då bris-terna är hänförliga till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om.

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



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 vartill 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 nå 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 uppge 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 3109/1B LOU