



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet 1
 Ann Bladh

DOM
 2013-04-29
 Meddelad i
 Jönköping

Mål nr
 6403-12
 Fiskal 1:5

SÖKANDE

SWECO Systems AB, 556030-9733
 Box 34044
 100 26 Stockholm

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Ingrid Sandstedt
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

MOTPART

Jönköpings kommun
 551 89 Jönköping

KONKURRENSVERKET	
2013-05-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller SWECO Systems AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen ”Tekniska konsulter 2012” (ref.nr 12/27) avseende konsultkategorin VVS-projektering inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att ny utvärdering genomförs i enlighet med vad som anges under skälen för förvaltningsrättens avgörande.

BAKGRUND

Jönköpings kommun genomför en upphandling av ramavtal avseende konsulttjänster till tekniska nämnden och tekniska kontoret i Jönköpings kommun (”Tekniska konsulter 2012”, ref.nr 12/27). Upphandlingen handläggs enligt reglerna om öppet förfarande enligt LOU. Elva olika konsultkategorier upphandlas och anbud har kunnat lämnas för en eller flera kategorier. Kommunen kommer att teckna separata ramavtal för varje konsultkategori och avser att teckna avtal med tre leverantörer per kategori. Ramavtalen

Dok.Id 96816

Postadress
 Box 2201
 550 02 Jönköping

Besöksadress
 Hamngatan 15

Telefon
 036-15 66 00

E-post:
 forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
 www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
 036-15 66 55

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

rangordnas varvid avrop kommer att ske i fallande ordning, dvs. den leverantör som har placerats som nummer ett kommer att erhålla samtliga avrop och först när denna leverantör tackar nej kommer den leverantör som har placerats som nummer två att erhålla avrop osv.

I administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

AUB.51 PRÖVNING AV ANBUDSGIVARE

Anbudsgivare skall ha en sådan teknisk och yrkesmässig kapacitet att anbudsgivaren kan genomföra uppdraget samt uppfylla minimikrav. För att klara bedömd projektvolym skall leverantören minst ange följande organisation inom alla efterfrågade konsultkategorier:

- 1 uppdragsansvarig + 1 handläggare

Verifiering av detta liksom redovisning av anbudsgivarens totala personella styrka, samt hur uppdragets behov av resurser säkerställs ska ske i anbud.

För att bli antagen skall anbudsgivaren acceptera samtliga villkor i Förfrågningsunderlaget. Om ställda kvalificeringskrav inte uppfylls kommer anbudet inte att prövas vidare.

Önskar anbudsgivare ange ytterligare handläggare, utöver efterfrågade, kommer dessa att värderas på samma sätt.

Eventuella underkonsulter skall anges samt uppfylla samma krav.

AUB.52 VÄRDERINGSGRUNDER VID UTVÄRDERING AV ANBUD

Beställaren kommer att anta de anbud som uppfyller ställda krav och som bedöms vara de ekonomiskt mest fördelaktiga. Anbudet kommer att rangordnas och kontrakt tecknas med de tre (3) fördelaktigaste anbudet.

Utvärdering kommer att ske enligt linjärskaletmodellen på följande huvudkriterier:

- Kompetens A med 50 %
- Referenser B med 25 %
- Ekonomi C med 25 %

A – Kompetens 50 %

Huvudkriteriet A är uppdelat i två undergrupper, A1 och A2 enligt nedan. Dessa två undergrupper viktas sedan med olika poängtal sinsemellan så att maximala poäng för huvudkriteriet A är 50 poäng.

A1 Uppdragsorganisations utbildning 25 %

Bedömning sker av uppdragsorganisationens tekniska utbildning genom den till anbudet fogade CV:n för uppdragsansvarig och handläggare. Vid angivande av fler resurser än efterfrågade kommer ett medelvärde räknas fram per roll. Poäng kommer att tilldelas för uppdragsansvarig respektive handläggare enligt följande (examina).

- Civilingenjör, 12,5 poäng
- Högskoleingenjör, 8,75 poäng
- Gymnasieingenjör, 6,25 poäng

Såväl handläggare som uppdragsledare måste ha minst examen som gymnasieingenjör.

A2 Uppdragsorganisations erfarenhet 25 %

Bedömning sker av uppdragsorganisationens erfarenhet av arbete inom konsultkategorin genom den till anbudet fogade CV:n för uppdragsansvarig respektive handläggare enligt följande. Vid angivande av flera resurser än efterfrågade kommer ett medelvärde räknas fram per roll.

Poäng kommer att tilldelas för uppdragsansvarig respektive handläggare enligt följande.

- Mer än tio års erfarenhet – 12,5 poäng
- Fem till tio års erfarenhet – 8,37 poäng
- Tre till fyra års erfarenhet – 4,12 poäng
- Minst två års erfarenhet – 0 poäng

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

3.1.3. Prövning av underleverantörer

Har konsulten för avsikt att samarbete skall ske med andra konsulter under avtalstiden för att kunna utföra efterfrågat uppdrag skall detta redovisas i anbudet.

3.1.4. Prövning av anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet

Anbudsgivaren skall i sitt anbud redovisa sin organisation och bemanning. Granskningen omfattar följande:

- Bevis som styrker tillgång till andra företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet skall bifogas.

I tilldelningsbeslut den 3 december 2012 har kommunen, såvitt nu är ifråga, beslutat att teckna ramavtal avseende kategorin VVS-projektering samt rangordna leverantörerna enligt följande:

Valda leverantörer kategorin VVS-projektering inkl. styr och övervakning

1. VVS-teknik i Jönköping Aktiebolag
2. SWECO Systems AB

3. WSP Sverige AB

YRKANDEN M.M.

SWECO Systems AB (SWECO) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen avseende kategorin VVS-projektering inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att Jönköpings kommun genomför en ny utvärdering, varvid de förändrade förutsättningar för anbudet från VVS-teknik i Jönköping Aktiebolag (VVS-teknik), som har inträffat efter att anbudet getts in, ska beaktas och SWECO därför placeras på första plats i rangordningen i ramavtalet.

Jönköpings kommun motsätter sig bifall till SWECO:s ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

SWECO

Jönköpings kommun har brutit mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU genom att vid utvärderingen avseende VVS-projektering utvärdera och som förstahandsleverantör anta VVS-tekniks anbud trots att det, till följd av omständigheter som har inträffat under upphandlingens gång, inte är det mest ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunens överträdelse av LOU har medfört att SWECO, som har placerats på andra plats i anbudsutvärderingen, har lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att ha rangordnats lägre i ramavtalet än vad som annars skulle ha blivit fallet (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut i mål nr 3628-09).

Av upphandlingens förfrågningsunderlag framgår att en stor – och i praktiken avgörande – del av utvärderingen baseras på kompetens och erfarenhet hos offererad personal. Den totala viktningen för kriteriet uppgår till

50 procent, varav 25 procent för offererad uppdragsledare. Av VVS-tek-
niks anbud framgår att bolaget som uppdragsansvarig har offererat konsul-
ten Mats Stark. En väsentlig del av utvärderingen av VVS-tekniiks anbud
har således baserats på att Mats Stark har offererats, sammanlagt 25 poäng.
När tilldelningsbeslut meddelades i upphandlingen hade emellertid Mats
Stark avslutat sin anställning vid VVS-teknik. VVS-teknik kan således inte
längre tillhandahålla Mats Stark till kommunen och, såvitt SWECO erfar,
inte heller någon annan konsult med motsvarande kompetens och erfaren-
het. Kommunens utvärdering av VVS-tekniiks anbud har således baserats
på felaktig information, som inte överensstämmer med de verkliga för-
hållandena.

Att inte beakta förändrade förhållanden som inträffar mellan tidpunkten för
anbudstidens utgång och den tidpunkt då tilldelningsbeslutet meddelas
strider enligt rättspraxis mot LOU. Enligt praxis ska den upphandlande
myndigheten beakta förändringar hos anbudsgivaren som inträffar under
upphandlingens gång (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr
4847-11 och 1414-07).

Kommunen har således varit skyldig att beakta de väsentliga förändringar
som inträffat hos VVS-teknik, i och med att Mats Stark har lämnat bolaget,
och lägga dessa förhållanden till grund för utvärderingen av anbudet. I
sammanhanget bör framhållas att det i förfrågningsunderlaget anges att det
vid avrop ska användas de konsulter som har nämnts i anbudet samt att le-
verantören inte utan godkännande från kommunen får sätta annan i denna
roll än den som tidigare har utnämnts för uppdraget. Vidare anges att om
det sker en förändring i leverantörens organisation ska ny konsult godkän-
nas av kommunen samt att kommunen har rätt att byta leverantör enligt
rangordning i avtalet om leverantören inte kan vidmakthålla offererad
kompetens. Det framgår därmed tydligt att kommunen har tillmätt de en-
skilda konsulterna hos anbudsgivarna avgörande betydelse och att kom-

munen har ansett att den offererade uppdragsledaren är en så viktig person att denne inte får bytas ut under avtalstiden utan ett föregående godkännande från kommunen. Ett byte av uppdragsledare under avtalstiden skulle därför, såsom ramavtalet är formulerat, utgöra en väsentlig förändring i förhållande till anbudet. Detsamma måste därför rimligtvis gälla under upphandlingen, dvs. den omständigheten att den offererade konsulten lämnar sin anställning innan tilldelningsbeslutet måste anses utgöra en sådan väsentlig förändring av anbudet att kommunen inte kan avstå från att beakta den vid anbudsutvärderingen. Att Mats Stark har lämnat sin anställning är en påtaglig förändring – försämring – av VVS-tekniks anbud, vilket inte är möjligt att bortse från. VVS-teknik förfogar inte längre över, och kommer inte under någon del av avtalstiden att förfoga över, resursen Mats Stark. En anbudsgivare kan inte rimligtvis få tillgodoräkna sig poäng i anbudsutvärderingen för en person som inte någon gång under avtalstiden kommer att finnas tillgänglig.

Eftersom Mats Stark inte var anställd hos VVS-teknik vid tiden för tilldelningsbeslutet, skulle bolaget, för att kunna tillgodoräkna sig honom i upphandlingen, i enlighet med 11 kap. 12 § LOU till anbudet ha bifogat ett åtagande från dennes nya arbetsgivare. Utan att ett sådant åtagande har bifogats anbudet ska VVS-teknik rätteligen inte få poäng för Mats Stark i samband med anbudsutvärderingen. Den överenskommelse som VVS-teknik har med Mats Stark om att denne ska vara tillgänglig för bolaget för de uppdrag som det kan komma att erhålla från kommunen är inte undertecknad av Mats Starks nya arbetsgivare och dessutom daterad den 5 oktober 2012, vilket innebär att den inte är ingiven till kommunen tillsammans med anbudet och därmed information som tillkommit i efterhand. Överenskommelsen är således inte något som kan beaktas vid bedömningen av VVS-tekniks anbud i upphandlingen. Detta eftersom anbudet måste baseras på den information som har getts in till kommunen innan tilldelningsbeslutet fattades. Dessutom kan ifrågasättas i vilken utsträckning som Mats Stark,

vid sidan av sitt nya heltidsarbete, överhuvudtaget kommer att ha tid och möjlighet att utföra uppdrag för VVS-tekniks räkning i rollen som uppdragsledare. Detta mot bakgrund av att kommunen i utvärderingsmatrisen har bedömt den uppdragsansvariges andel till 33 procent av tiden, vilket bör motsvara ca 900 – 1 150 timmar per år (baserat på historisk uppdragsvolym).

Jönköpings kommun

Det har sagnats skäl att inte ge VVS-teknik full poäng avseende tillgängliga resurser. Den av VVS-teknik åberopade resurspersonen Mats Stark var vid tidpunkten när anbudet senast kunde lämnas in inte en extern resurs utan en intern resurs. Han var vid det tillfället alljämt anställd av VVS-teknik. En anbudsgivare kan omöjligen i samband med att tiden för att ge in anbud löper ut lämna in intyg att en viss person även fortsättningsvis kommer att stå till anbudsgivarens förfogande om anbudsgivaren vid denna tidpunkt inte är medveten om att personen ifråga kommer att säga upp sig. Det kan till och med förhålla sig så att inte ens Mats Stark själv var medveten om detta, utan att han blev erbjuden en tjänst hos sin nya arbetsgivare först efter det att tiden för att ge in anbud hade löpt ut.

Sista datum för att ge in anbud i upphandlingen var den 9 juli 2012. Anbudsutvärderingen gjordes i omedelbar anslutning till anbudsöppningen, vilken skedde någon eller några dagar efter detta datum. Det är riktigt att något intyg avseende Mats Stark inte hade ingetts av VVS-teknik vid denna tidpunkt. Det beror dock på att Mats Stark inte var en extern, utan en intern, resurs (dvs. anställd hos VVS-teknik).

VVS-teknik och Mats Stark har härefter träffat en överenskommelse om att denne kommer att vara tillgänglig för de uppdrag som VVS-teknik kan komma att erhålla från kommunen. Detta avtal har getts in till kommunen.

Kommunen anser, trots det förhållandet att Mats Stark har slutat sin anställning hos VVS-teknik, att bolaget genom ingivet avtal har visat att man alltjämt har kompetens och personal för att utföra uppdrag åt kommunen.

För det fall anbudsgivare redan vid ingivande av anbud har för avsikt att anlita underkonsult ska dessa anges i anbudet och ska uppfylla samma krav som anbudsgivarens konsulter ska uppfylla. Eftersom Mats Stark och VVS-teknik först efter att tiden för ingivande av anbud hade löpt ut träffat en överenskommelse om att Mats Stark skulle sluta sin anställning men även fortsättningsvis stå till VVS-tekniks förfogande, föreligger enligt kommunens uppfattning inte en sådan situation att VVS-tekniks anbud skulle ha tilldelats en lägre poäng i samband med utvärderingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

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.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

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

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

Av 16 kap. 6 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll – utifrån de omständigheter som sökanden har anfört – av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU samt att den upphandlande myndigheten har följt övriga bestämmelser i LOU.

SWECO gör i målet gällande att kommunens utvärdering av VVS-tekniks anbud avseende offererade konsulten Mats Stark inte har skett på ett korrekt sätt. I målet har framkommit att Mats Stark varit anställd hos VVS-teknik vid anbudstidens utgång och att han påbörjat en anställning hos en annan arbetsgivare innan det att kommunen meddelat tilldelningsbeslut. Det har vidare framkommit att VVS-teknik efter anbudstidens utgång har lämnat in ett avtal till kommunen, av vilket det framgår att en överenskommelse har träffats mellan VVS-teknik och Mats Stark om att denne kommer att stå till bolagets förfogande för de uppdrag som bolaget kommer att få från kommunen. VVS-teknik har således efter anbudstidens utgång justerat sitt anbud. SWECO gör gällande att denna information, som tillkommit i efterhand, inte kan beaktas vid bedömningen av VVS-tekniks anbud. Frågan är således om VVS-teknik har kunnat tillgodoräkna sig Mats Starks kompetens m.m. på så sätt som har skett i samband med kommunens utvärdering av bolagets anbud.

Eftersom Mats Stark inte längre var anställd hos VVS-teknik har kommunen varit skyldig att beakta denna förändring av VVS-tekniks anbud vid anbudsutvärderingen. Kommunen har därvid valt att utvärdera och tilldela VVS-teknik poäng som om Mats Stark fortsatt var tillgänglig för VVS-teknik med hänvisning till det avtal som upprättats mellan Mats Stark och VVS-teknik. Kompletteringar och förtydliganden av ett anbud efter anbudstidens utgång kan vara tillåtna i vissa fall. Några bestämmelser som närmare reglerar när kompletteringar och förtydliganden får användas eller hur den upphandlande myndigheten då ska förfara finns emellertid inte. Det krävs dock att den upphandlande myndigheten genom sitt agerande inte bryter mot de för all upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU.

I de administrativa föreskrifterna och förfrågningsunderlaget anges att underkonsulter ska anges och att dessa ska uppfylla samma krav som leverantören. Enligt förvaltningsrättens mening har VVS-teknik genom det aktuella förfarandet efter anbudstidens utgång tillfört helt nya, och därmed ersatt tidigare lämnade, uppgifter till det tidigare lämnade anbudet. Uppgifterna om att Mats Stark inte längre arbetade hos VVS-teknik men ändå skulle finnas tillgänglig som en extern resurs enligt ingivet och åberopat avtal kan således inte ses som en tillåten komplettering eller tillåtet förtydligande. Mot bakgrund härav och vad som i övrigt framkommit i detta avseende finner förvaltningsrätten att kommunens utvärdering av VVS-tekniks anbud avseende offererade konsulten Mats Stark inte har skett på ett korrekt sätt. VVS-teknik har således på ett felaktigt sätt tilldelats poäng i detta avseende.

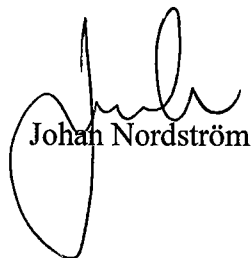
Förvaltningsrätten finner således att kommunen, genom att utvärdera VVS-tekniks anbud på det sätt som har skett, har gått utöver vad som är tillåtet enligt LOU och därmed brutit mot likabehandlingsprincipen. Nämnda för-

faringssätt har haft betydelse för utvärderingen av de anbud som har lämnats i upphandlingen. SWECO, som har rangordnats lägre än VVS-teknik i ramavtalet, har därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Eftersom bristen i upphandlingsförfarandet inte är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt att besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom ny utvärdering, varvid VVS-tekniks anbud ska utvärderas med beaktande av att Mats Stark inte längre är anställd av VVS-teknik samt utan beaktande av det avtal som VVS-teknik har lämnat in till kommunen efter anbudstidens utgång. SWECOs ansökan ska därför bifallas i enlighet härmed.

Förvaltningsrätten antecknar slutligen följande.

Förutom SWECO har även WSP Sverige AB begärt överprövning av den aktuella upphandlingen (mål nr 6274-12). Som en av grunderna för sin ansökan har WSP angett avseende kategorin VVS-projektering, i likhet med SWECO, att kommunens utvärdering av VVS-tekniks anbud avseende offererade konsulten Mats Stark inte har skett på ett korrekt sätt. Förvaltningsrätten har i dom denna dag såvitt avser konsultkategorin VVS-projektering beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på samma sätt som har förordnats i detta mål avseende VVS-tekniks offererade konsult Mats Stark.

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


Johan Nordström

