



KONKURRENSVERKET	
2017-03-31	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Luleå kommun

Ombud: Advokat Carl Fläring
Foyen Advokatfirma
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Infraservice Nord AB, 556812-3615

Ombud: Advokaterna Alicia Ahlberg, Liselott Fröstad och
Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Luleås dom den 9 september 2016 i mål nr 1005-16,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår Infraservice Nord
AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Luleå kommun yrkar att ansökan om överprövning ska avslås.

Infraservice Nord AB (Infraservice) anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Luleå kommun anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Anbudsutvärderingen har skett enligt en relativ modell för den kommersiella delen och för de "mjuka parametrarna" har mervärdespoäng tilldelats för det fall anbudet varit över förväntad nivå. Utvärderingskriterierna har varit "pris/kommersiell del" (50 procent), "organisation, kompetens och erfarenhet" (20 procent), "genomförandebeskrivningar" (7 procent), "etablering och utrustning" (15 procent) och "anbudspresentation samt intervjuer med nyckelpersoner" (8 procent). För "etablering och utrustning" har maximalt tre mervärdespoäng kunnat utdelas. För det fall anbudsgivaren fått tre poäng för detta kriterium har denne också fått 15 procent. Ett poäng har tilldelats om anbudet varit "något utöver förväntad nivå", två poäng om anbudet varit "klart utöver förväntad nivå" och tre poäng om anbudet varit "mycket utöver förväntad nivå".

Infraservice anbud var sämre än anbudet från Vattenfall Services Nordic AB (Vattenfall) avseende bl.a. "utelager och maskinuppställningar", ett underkriterium till "etablering och utrustning", genom att endast 3 000 m² offererades och ingen traktor ingick. För en entreprenör är det uppenbart att en tillgänglig traktor utan extra kostnad är ett klart mervärde för en beställare, även om det kanske inte väger lika tungt som en stor förrådsyta. Även om traktorn helt hade lämnats utanför ekvationen hade det dock inte lett till att Infraservice hade tilldelats två poäng för "etablering och utrustning" istället för en eller att Vattenfall hade tilldelats två poäng istället

för tre. Förvaltningsrättens dom grundar sig alltså på en detalj utan betydelse för kommunens sammanvägda bedömning.

Av rättspraxis följer att upphandlande myndighet vid utvärderingen har rätt att själv avgöra vilka aspekter i ett anbud som har särskilt värde för den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndigheten har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. EU-domstolen har dessutom i dom den 14 juli 2016 i mål C-6/15 (TNS Dimarso, EU:C:2016:555) konstaterat att det inte måste framgå av förfrågningsunderlaget vad som ska krävas för att erhålla mervärdespoäng. Samtliga anbudsgivare har getts samma möjlighet att med omsorg offerera mervärden. Infraservice och Vattenfall har behandlats lika på så vis att olika anbud har behandlats olika, dvs. Vattenfalls bättre anbud har getts fler mervärdespoäng än Infraservice anbud. Utvärderingsmodellen är transparent, likabehandlande och främjar en effektiv konkurrensutsättning. Förvaltningsrättens dom kommer inte att leda till något ändrat utfall i fråga om tilldelning, eftersom frågan om traktor inte har den betydelsen att den ändrar poängsättningen.

Infraservice anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning.

Utformningen av förfrågningsunderlaget, i synnerhet mervärdesmodellen, strider mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Otydligheterna i förfrågningsunderlaget har försämrat Infraservice möjligheter att utforma ett optimalt och konkurrenskraftigt anbud och öppnat för en godtycklig bedömning av anbudet, vilket har inneburit att Infraservice inte har tilldelats kontrakt i upphandlingen och lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet bör upphandlingen göras om. Även kommunens utvärdering av anbudet strider mot transparensprincipen, vilket har fått till följd att poängfördelningen kan ha blivit felaktig.

Eftersom det inte tydligt framgår av förfrågningsunderlaget vad kommunen förväntar sig går det inte att utläsa vad som kan utgöra ett mervärde utöver den förväntade nivån. Även om de förväntade nivåerna vore tydligt angivna saknas det ledning för vad som utgör ett mervärde. Infraservice har följaktligen inte erbjudit en traktor för lastning och lossning, trots att det varit möjligt. Trots sin goda kunskap om beställarens behov har Infraservice fått en låg mervärdespoäng. Möjligheterna att förutse vad som skulle kunna utgöra ett mervärde har försvårats av att entreprenaden ska ske i utökad samverkan. Det är oförutsebart hur poängsättningen har gått till och det är inget som har hindrat att kommunens sammanvägda bedömning har blivit rent skönsmässig.

Som förvaltningsrätten konstaterat har kommunen brutit mot transparensprincipen genom att beakta en traktor vid poängsättningen. På samma sätt har kommunen poängsatt andra mervärden i Vattenfalls anbud, trots att det inte gått att utläsa av den förväntade nivån att de kunde komma att premieras. Flera av de mervärden som Infraservice har offererat har av kommunen bedömts ingå i miniminivån, trots att det inte kunnat utläsas av förfrågningsunderlaget att kommunen förväntade sig dessa. Det är inte möjligt att läka transparensbrister genom att uppfylla likabehandlingsprincipen. De grundläggande principerna måste vara och en vara uppfyllda för att en upphandling ska vara i linje med upphandlingsrätten.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Luleå kommun har överklagat förvaltningsrättens dom i fråga om "utelager och maskinuppställningar", som är ett underkriterium till "etablering och utrustning". Det är endast i denna del som förvaltningsrättens dom har gått kommunen emot. Förvaltningsrätten har funnit att kommunen har brutit mot principen om transparens när den beaktat ett mervärde i form av en traktor samt att Infraservice lidit skada genom att bolaget inte haft möjlighet att

offerera en traktor och därmed gått miste om en delpoäng för mervärde. Kammarrättens prövning är således begränsad till dessa frågeställningar.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling. Ett förfrågningsunderlag 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 att leda till ett rättvisande resultat.

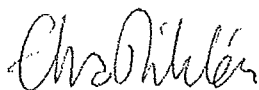
Det ankommer inte på domstolar att vid överprövning av offentlig upphandling göra en egen utvärdering av anbuden. En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma utvärderingsmodeller och att utvärdera anbuden (se rättsfallet RÅ 2010 ref. 78). Först när det klart kan konstateras att en upphandlande myndighets bedömningar gjorts i strid med förfrågningsunderlaget eller i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU finns skäl att ingripa.

Förvaltningsrätten har inte haft några invändningar mot mervärdesmodellen som sådan. Förvaltningsrätten har däremot bedömt att det måste ha varit svårt även för en leverantör som noga studerar förfrågningsunderlaget att förutse att en traktor skulle anses utgöra ett mervärde, då den förväntade nivån enbart har angett viss yta.


Av förfrågningsunderlaget framgår att kriteriet ”etablering och utrustning” omfattar ett flertal underkriterier, såsom t.ex. ”utelager och maskinuppställningar”, ”innelager”, ”kontorslokal”, ”servicebil” och ”korgbil”. Utredningen ger stöd för att Vattenfalls anbud varit överlägset anbudet från Infraservice i flera av dessa delar. Oavsett om det kunnat förutses av anbudsgivarna att en traktor skulle anses utgöra ett mervärde eller inte har

det därmed inte visats att traktorn har haft någon påverkan på poängsättningen avseende "etablering och utrustning" och att Infraservice lidit eller kunnat komma att lida skada. Förvaltningsrättens dom ska därför ändras och ansökan om överprövning avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Elsa Nihlén
kammarrättsråd
ordförande



Petra Ebbing
kammarrättsråd
referent



Lina Nilsson Levin
tf. kammarrättsassessor

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

Ab/18
DOM
2016-09-09
Meddelad i Luleå

Mål nr
1005-16

Sida 1 (18)

Bilaga A

SÖKANDE

Infraservice Nord AB, 556812-3615

Ombud: Advokaterna Alicia Ahlberg, Liselott Fröstad och Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Luleå kommun

Ombud: Advokaten Carl Fläring
Foyen Advokatfirma
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas genom en ny utvärdering av anbud.

Dok.Id 79127

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 43

Telefon
0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax
0920-22 04 59

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Luleå kommun (kommunen) genomförde en upphandling (förenklat förfarande) av *Generalentreprenad med utökad samverkan avseende Drift och underhåll av Luleå kommuns gatu- och parkbelysningsanläggning*. Enligt tilldelningsmeddelande antog kommunen Vattenfall AB:s (Vattenfalls) anbud. Infraservice Nord AB (Infraservice) ansökte om överprövning av upphandlingen. Efter att kammarrätten förordnat om en ny utvärdering beslutade kommunen på nytt att tilldela Vattenfall kontraktet med motiveringen att Vattenfall erhållit den högsta sammanlagda viktade poängen. Av kommunens sammanställning av anbudsprövningen och anbudsutvärderingen framgick bl.a. att Vattenfall fått 20 procent i poäng under kriteriet *organisation, kompetens och erfarenhet* samt 15 procent i poäng under kriteriet *etablering och utrustning*. Infraservice hade under dessa kriterier fått 12,5 procent respektive 5 procent. Totalt hade Vattenfall fått 87,3 procent medan Infraservice fått 82,5 procent.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Infraservice

Infraservice ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har genomförts varvid Infraservices anbud har utvärderats med 17,5 procent i poäng under kriteriet *organisation, kompetens och erfarenhet* samt 10 procent i poäng under kriteriet *etablering och utrustning*.

Till stöd för sin talan anför Infraservice i huvudsak följande. Kommunen har inte utvärderat anbuderna på ett likabehandlande sätt samt i strid med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Kommunen har därigenom brutit mot principerna om likabehandling och transparens samt 1 kap 9 § LOU.

Infraservice har, på grund av kommunens felaktiga utvärdering, erhållit en för låg utvärderingspoäng och därmed förlorat det upphandlade kontraktet. Bristerna i upphandlingen har således medfört att Infraservice har lidit skada. Eftersom bristerna rör utvärderingen och prövningen av anbudet och inte upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska rättas. Redan ett ytterligare poäng för mervärde skulle medföra att Infraservice ska tilldelas kontraktet varför Infraservice lider skada av den felaktiga utvärderingen av varje enskilt kriterium. Det ankommer dock på förvaltningsrätten att ta ställning till om upphandlingen ska göras om eller rättas.

I den nya utvärderingen har kommunen sänkt de poäng som Infraservice tidigare erhållit för *etablering och utrustning*. Infraservice har inte tilldelats poäng för vissa mervärden trots att Vattenfall har tilldelats poäng för exakt motsvarande mervärden. Kommunen har i förvaltningsrätten, för första gången sedan utvärderingen av mervärdena i anbudet gjorts, närmare redogjort för vilka delar av Vattenfalls anbud som kommunen har tilldelat mervärden.

Organisation, kompetens och erfarenhet

Infraservice har erhållit en poäng av två möjliga för nyckelpersoner som arbetat i utförandeentreprenad med utökad samverkan. Det referensprojekt som Infraservice har hänvisat till, men som inte har blivit godkänt, är utfört för kommunen och benämns *Östra länken*. Av kommunens noteringar från anbudsgenomgången avseende Vattenfalls anbud framgår att även Vattenfall har åberopat arbete i projektet *Östra länken*. Vattenfall har tilldelats maximalt antal poäng i den delen vilket innebär att Vattenfalls deltagande i projektet *Östra länken* måste ha godtagits. Infraservice var underentreprenör till NCC i projektet och utförde samma arbeten som Vattenfall. Fakturorna skickades till kommunen, vilket dock saknar relevans för frågan huruvida nyckelpersonerna hos Infraservice arbetade i entrepre-

naden. Att det varit fråga om arbete i samverkan framgår av intyg från NCC. Vid tidpunkten för anbudens inlämnande i nu aktuell upphandling hade Vattenfall över huvud taget inte arbetat med samverkan i den aktuella entreprenaden. Avtalet mellan Vattenfall och NCC undertecknades först därefter. Det kan vidare ifrågasättas varför montörerna ska ha erfarenhet av att delta i alla samverkansmoment

Referensprojektet som utförts för Swarco har godkänts av kommunen. Infraservices montörer [REDACTED] och [REDACTED] har arbetat i entreprenaden vilket kan styrkas genom bl.a. bifogade intyg. Av kommunens referenstagning framgår dock endast att referenspersonen haft att göra med två andra medarbetare. Det sägs inte något om att [REDACTED] och [REDACTED] inte varit *kända* av referenspersonen. I en samverkansentreprenad är det skillnad på att ha haft att göra med och varit känd. Det kan vidare konstateras att kommunens referenstagning inte har följt förfrågningsunderlaget. Enligt förfrågningsunderlaget skulle inte referenspersoner lämnas. Kommunen begärde i stället in kontaktuppgifter i efterhand. Mervärderna utvärderades efter en kontakt med en person, vilken inte var den kontaktperson som Infraservice angett för montörerna. För det fall kommunen ansåg att den kontaktperson som Infraservice angett inte var tillfyllest ålåg det kommunen att efterfråga en annan kontaktperson. I följebrevet till referenslistan anförde Infraservice att kommunen gärna fick återkoppla om någon av referenserna inte kunde ge en bra bild av det kommunen frågade efter.

Etablering och utrustning

Den etablering och utrustning som anbudsgivarna offererat har bedömts i 10 olika underkriterier. Av förfrågningsunderlaget framgick inte hur bedömningen skulle göras och inte heller vilka omständigheter som skulle tillmätas störst betydelse. Det kan dock utläsas att Vattenfall erhållit

mervärdespoäng under vissa punkter medan Infraservice inte gjort det, trots att anbuden i dessa delar motsvarar varandra.

Utelager

Infraservice har offererat 3 000 kvadratmeter utelager samt möjlighet till ytterligare yta genom underentreprenörer och samarbetspartners. Att endast bedöma den yta som Infraservice kan tillhandahålla genom egna resurser är felaktigt. Infraservice har offererat en yta som är 300 procent större än det som efterfrågats varför det kan ifrågasättas att endast en delpoäng tilldelats som mervärde i denna del. Det finns inte något som säger att Vattenfalls yta, som är 2 100 procent större, motiverar tre delpoäng. Även den yta som erbjuds via underentreprenör eller annan leverantör ska beaktas. Kommunen har tilldelat Vattenfall mervärde för traktor för lastning och lossning. Att just en traktor, eller tidsvinster vid lagerhämtning, är den omständigheten som ger mervärde i utvärderingskriteriet kan omöjligen utläsas av förfrågningsunderlaget. Infraservice har för närvarande tre stycken traktorer inom det aktuella lagerområdet. För det fall Infraservice känt till att traktor skulle ingå i utvärderingen och tillmätas betydelse hade naturligtvis Infraservice redovisat att det fanns tillgång till detta. Som mervärden har Infraservice i stället angett kameraövervakning, inhägnat område, grenställ för stolpar samt stolpbädd för stora och tunga stolpar. Infraservice har dock inte erhållit mervärdespoäng, trots att både grenställ och stolpbädd minskar risken för skador på materialet. Att området är kameraövervakat innebär även att materialet är bättre skyddat mot stöld.

Innelager

Infraservice har offererat 400 kvadratmeter innelager, varav 200 kvadratmeter utgör uppvärmd arbetsyta för reparation och montering. Det är inte fråga om att åberopa annat bolags kapacitet, utan Infraservice har i den delen angett lagerytans storlek per anbudsdatum samt möjlighet till utökning för det fall behov skulle finnas vid entreprenadstart. I anbudet har

Infraservice, utöver en större yta, redovisat mervärden i form av larm och tillgång till en stor mängd utrustning såsom tryckluft, pelarborr, kapmaskin m.m. Vattenfall har offererat en mindre yta (400 kvadratmeter respektive 100 kvadratmeter). Trots det har Vattenfall tilldelats två delpoäng medan Infraservice endast tilldelats en delpoäng.

Kontorslokal

Infraservice har erhållit en delpoäng för Internetuppkoppling mot kommunens infrastruktur, men inga delpoäng för de övriga mervärden som angetts (bl.a. larm, ISO-certifierade lokaler, tillgång till eget rum för beställaren, brandskåp, säker datalagring och 50-tums skärm). Det kunde dock inte utläsas av förfrågningsunderlaget att kommunen skulle komma att tilldela delpoäng för endast Internetuppkopplingen.

Servicebil

Infraservice har offererat en servicebil med förare motsvarande den nivå och kvalitet som Vattenfall har offererat. I Infraservices anbud anges att det finns stötton och Internetuppkoppling samt en rad övriga mervärden. Infraservice har dock inte erhållit några mervärdespoäng medan Vattenfall har erhållit tre mervärdespoäng. Kabeldiagnostik är inbyggt i det som Infraservice kallat för stötton. Med den aktuella utformningen av förfrågningsunderlaget har Infraservice dock inte insett betydelsen av just kabeldiagnostik och därför bara angett stötton. Det ska framhållas att endast utrustningen och inte de personella resurserna ska bedömas. Således ska förarens utrustning och inte förarens utbildning omfattas av utvärderingen. Personella resursers kompetens och erfarenhet utvärderas i stället under *organisation, kompetens och erfarenhet*. Detta framgår av AFB.53 i förfrågningsunderlaget.

Korgbil

Infraservices anbud motsvarar Vattenfalls anbud. Infraservices korgbil har s.k. chassidrive (i anbudet förklarat som att lastbilen kan köras mellan stolpar från korgen) vilket kommunen inte har beaktat vid utvärderingen. Vidare har InfrSERVICE anggett att korgbilar finns i storlekarna 9, 10, 12, 14, 17, 20 och 22 meter, men inte heller detta har kommunen noterat i utvärderingen. Priset för alla storlekar är detsamma som priset i anbudet. Eftersom det i anbudsformuläret endast efterfrågades prisuppgift för storleken 12 meter har InfrSERVICE naturligtvis endast prissatt den storleken. Prisuppgifter utöver det som efterfrågats i anbudsformuläret ska inte beaktas vid utvärderingen. Vid anbudsgenomgången diskuterades inte huruvida chassidrive ingick i andra korgbilar än den i storleken 12 meter eller om detta skulle innebära en tillkommande kostnad. Kommunens anteckningar från genomgången ger därmed inte en korrekt och fullständig bild av Infraservices anbud i denna del. Anbudet är inte orent och innehåller inga reservationer. Förarens kompetens och erfarenhet ska inte beaktas, utan endast utrustningen.

Kommunen

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget uppfyller med råge kravet på förutsägbarhet. Olika anbud har behandlats olika.

Organisation, kompetens och erfarenhet

När det gäller Swarcos projekt var endast två nyckelpersoner kända av referenspersonen och dessa två har därmed fått en halv poäng vardera. Referenten har förstås fått fråga gällande [REDACTED] och [REDACTED] deltagande i entreprenaderna men lämnat ett nekande svar. Infraservices nu ingivna intyg fanns inte med i anbudet och kunde därför inte utvärderas. Det

var Infraservice som uppgav den person som kommunen kontaktade angående Swarcos projekt.

När det gäller *Östra länken* agerade Vattenfall som NCC:s underentreprenör och deltog i samverkansmoment. De arbeten som utfördes av Infraservice inom projektet *Östra länken* utfördes via entreprenaden *Drift och underhåll av Luleå kommuns gatu- och parkbelysningsanläggning*. Infraservice hade inte något avtal med NCC. Som brukligt måste en utomstående entreprenör delta i möte med huvudentreprenören gällande arbetsmiljö och säkerhet innan denne får vistas på ett arbetsområde. Detta är på intet sätt ett samverkansförfarande. Under våren 2015 träffade dock kommunens produktionsledare en muntlig överenskommelse med NCC som gick ut på att NCC tilläts avropa arbeten direkt från kommunens ramavtalsentreprenör. Kommunen har dessutom efter kontakt med angiven referent inte kunnat få det styrkt att någon av nyckelpersonerna har deltagit i utökad samverkan i projektet *Östra länken*. Infraservice har alltså inte visat att bolaget har någon erfarenhet från utökad samverkan i projektet *Östra länken*, vare sig som bolag eller genom sina nyckelpersoner. Att ge ytterligare en poäng till Infraservice i denna del skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen. NCC och Vattenfall ingick avtal före anbudens inlämnande i nu aktuell upphandling.

Etablering och utrustning

En upphandlande myndighet kan inte förutse vad anbud kommer att innehålla. Därvidlag finns det ett utrymme för den upphandlande myndigheten att själv bedöma vad som är mest ekonomiskt fördelaktigt. Avseende etablering och utrustning har Vattenfall offererat ett långt mer konkurrenskraftigt anbud än Infraservice. Det har vidare av förfrågningsunderlaget stått klart att det legat i anbudsgivarnas intresse att erbjuda en så hög kvalitet som möjligt utöver den nivå som varit förväntad. Nivån på förväntat innehåll i anbudet framgår av upphandlingsföreskrifterna. Denna typ av poängsättning

är i enlighet med upphandlingsrätten. Den slutgiltiga bedömningen om anbudsgivaren ska erhålla en, två eller tre poäng för etablering och utrustning har gjorts genom en sammanvägd bedömning som har tagit sikte på det totala effektiviserande och ekonomiska värdet för projektet, inte summan av delpoängen.

Utelager

Kommunen har inte kunnat bedöma eller beakta möjlighet till ytterligare yta eftersom ingen uppgift om avtal, kostnader för kommunen, lokalisering eller liknande finns i Infraservices anbud. Att beakta detta skulle innebära att anbudsgivare opreciserat kunde hänvisa till samarbetspartners förmågor. Vattenfalls offererade yta uppgick till 21 000 kvadratmeter. Traktor för lastning och lossning ingick. Infraservice å sin sida skulle behöva ta in en traktor med tidsförlust och tillkommande kostnader som resultat. Vattenfalls större offererade yta ger möjlighet till bättre uppställning av stolpar vilket i sin tur gör det lättare att särskilja material och kraftigt minskar risken för skador. Det går också lättare att komma åt allt material vid lastning och lossning. De övriga mervärden som Infraservice angett har inget värde för kommunen.

Innelager

Infraservice har inte offererat 400 kvadratmeter innelager och 200 kvadratmeter uppvärmd arbetsyta, utan 300 kvadratmeter innelager och 100 kvadratmeter uppvärmd yta. En upphandlande myndighet kan vid bedömning av anbud inte godta eventualiteter om anbudsgivares framtida kapacitet. Den utrustning som Infraservice hänvisar till utgör bara sådana verktyg som kan förväntas i en vanlig verkstad. Att även Vattenfalls innelager är uppvärmt ger stora fördelar, särskilt vintertid.

Kontorslokal

Larm och ISO-certifierade lokaler når endast en förväntad nivå. Ett eget rum är utan värde för kommunen, vars kontor ligger ca en och en halv kilometer från Infraservices kontorslokal. Kommunen har inget behov av att använda Infraservices lokaler. Brandskåp och säker datalagring har inte heller något värde för kommunen. Datalagring sköter kommunen på egen hand och belysningskarta ska inte förvaras hos Infraservice.

Servicebil

Av upphandlingsföreskrifterna framgår att förväntad nivå är bil inklusive förare utrustad för att klara elarbeten. Infraservices servicebil motsvarar inte den nivå som Vattenfall har offererat. Det anges inte i Infraservices anbud att servicebilen är utrustad med kabeldiagnostik. Påståendet att kabeldiagnostik skulle vara inbyggt i stötton är felaktigt. Bl.a. möjliggör Vattenfalls kabeldiagnostik bedömning av ålder och skick på kabel. Vattenfall har vidare utrustning för mätning av ljus och ljusspektra från LED-armaturer. Detta utgör en mycket viktig kvalitetssäkring eftersom armaturinköp i större partier innebär stora kostnader. Mervärde har också tilldelats för att en elmontör framför Vattenfalls servicebil. I Infraservices anbud ingår endast förare.

Korgbil

Uppgifter i Infraservices anbud avseende korgbil har varit missvisande. Vid anbudspresentationen framkom att endast tolv meter ingick i offererat pris. Offererad korgbil med tolv meters kapacitet var inte heller utrustad med chassidrive. Att inte alla storlekar ingår i offererat pris kan liknas vid en dold reservation. Infraservices påstående i det här avseendet stämmer inte. Det har efterfrågats minst tolv meters kapacitet. Det kan med fog hävdas att Infraservices anbud egentligen borde ha förkastats på grund av att det vid anbudspresentationen visat sig vara orent. Vattenfall å sin sida offererade både mindre och större korgbilar samt chassidrive. Vad gäller förare fram-

går av AFB.5326 att den förväntade nivån var *korgbil inklusive förare*. Offererar en anbudsgivare en förare som mervärde är det sålunda förutsägbart, och därmed transparent, att extra delpoäng kan komma att tilldelas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Frågan i målet är först om kommunens tilldelning av mervärdespoäng för *organisation, kompetens och erfarenhet* samt *etablering och utrustning* skett i strid med 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. För det fall det kan visas att tilldelning av mervärdespoäng stridit mot bestämmelse i LOU har rätten även att ta ställning till om Infraservice visat att bolaget lidit skada.

Organisation, kompetens och erfarenhet

När det gäller projektet *Östra länken* framgår av utredningen i målet att Infraservice utfört arbeten som avropats av entreprenören NCC. Samtidigt saknas handlingar som visar att det förelegat ett avtalsförhållande mellan NCC och Infraservice. Mot bakgrund av vad kommunen anför i denna del får det däremot anses utrett att ett sådant avtalsförhållande funnits mellan

NCC och Vattenfall. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att det funnits saklig grund för att göra en åtskillnad mellan entreprenörer som har avtal med huvudentreprenör och andra entreprenörer. Vidare nämns huvudentreprenör och underentreprenör uttryckligen i det entreprenadkontrakt som bifogats förfrågningsunderlaget. Däremot saknas hänvisning till externa entreprenörer eller entreprenörer i andra kommunala projekt. Med hänsyn till detta får det även anses ha varit förutsägbart att Infraservices nyckelpersoners erfarenhet från projektet *Östra länken* inte skulle medföra mervärdespoäng. Sammantaget har kommunens utvärdering i detta avseende enligt förvaltningsrättens mening inte skett i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

Beträffande referensprojektet för Swarco konstaterar förvaltningsrätten att det av AFB.53 i upphandlingsföreskrifterna framgår att referenser skulle komma att ingå i anbudsprövningen. På Infraservices lista med referenser har en referens på Swarco angetts för aktuellt projekt. Vidare har Infraservice uppgett att ytterligare referenskontakter för vissa personer har lagts till. En sådan ytterligare kontakt har angetts för några av Infraservices nyckelpersoner. För montörerna [REDACTED] och [REDACTED] har emellertid endast en intern kontakt angetts. Enligt förvaltningsrätten måste det därför ha varit förutsägbart för Infraservice att kommunen skulle kontakta den externa referens som angetts för projektet som helhet. Oavsett om denne känt till montörerna eller inte konstaterar förvaltningsrätten att denne inte *haft att göra med* montörerna. Förvaltningsrätten anser att det framstår som naturligt att en referens ska kunna avge ett mer utförligt utlåtande än enbart kännedom om en viss person. Det kan därför sammantaget inte anses ha stridit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU att inte tilldela Infraservice mervärden för montörerna [REDACTED] och [REDACTED]. Vad Infraservice anfört i övrigt i denna del föranleder ingen annan bedömning.

Etablering och utrustning

Som mest har tre mervärdespoäng för *etablering och utrustning* kunnat erhållas enligt AFB.5330. Avgörande för mervärdespoängen har varit kommunens bedömning av hur mycket ett anbud gått utöver en förväntad nivå som presenterats i form av tio punkter i AFB.5326. Av kommunens utvärdering framgår att anbudsgivarna för varje punkt erhållit mellan 0 och 3 delpoäng. Infraservice har sammanlagt erhållit 5 delpoäng medan Vattenfall erhållit 13 delpoäng.

Utelager

Förväntad nivå är enligt AFB.5326 utelager och maskinuppställningar med en yta om 1 000 kvadratmeter.

Enligt 15 kap. 15 a § LOU får en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrätten konstaterar att några åtaganden från underleverantörer inte har tillhandahållits av Infraservice, varför kommunen haft fog för att inte beakta en större yta än 3 000 kvadratmeter. Med tanke på den storleksskillnad som finns mellan anbudsgivarnas ytor kan det inte heller anses ha visats att kommunen brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU genom att inte tilldela Infraservice mer delpoäng för ytan.

Angående Vattenfalls mervärden framgår att kommunen vid sidan av yta även har beaktat att en traktor ingått i anbudet.

Transparensprincipen innebär att det i varje enskilt fall måste bedömas om en upphandling har genomförts tillräckligt öppet och förutsägbart för rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 3 mars 2015 i mål nr 3051-14). Enligt förvaltningsrättens mening måste det ha varit svårt även för en leverantör som noggrant studerar förfrågningsunderlaget att förutse att en traktor skulle anses utgöra ett mervärde. Detta beror på att det endast finns en förväntad nivå angiven för yta. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen genom att beakta en traktor vid poängtilldelningen har brutit på mot principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Eftersom den angivna förväntade nivån endast avser yta anser förvaltningsrätten att det inte stridit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU att inte tilldela Infraservice några ytterligare delpoäng för de mervärden som bolaget anfört utöver lagerytan.

Innelager

Enligt AFB.5326 motsvaras förväntad nivå av 100 kvadratmeter varav minst 30 kvadratmeter utgör uppvärmd arbetsyta för reparation och montering inklusive anpassad inredning. Infraservice har i sitt anbud angett ca 300 kvadratmeter innelager med möjlighet till 400 kvadratmeter respektive ca 100 kvadratmeter uppvärmd arbetsyta med möjlighet till ca 200 kvadratmeter. Vattenfall har enligt utvärderingen erbjudit 400 kvadratmeter uppvärmt innelager samt 100 kvadratmeter uppvärmd arbetsyta för reparation och montering. Infraservices anbud innehåller ingen förklaring till varför bolaget delat upp ytan på så sätt som skett. Enligt förvaltningsrättens mening kan det därför av Infraservices anbud inte anses framgå att de större ytorna ingår i anbudet eller att mer än 100 kvadratmeter av ytan är uppvärmd. Med hänsyn till detta anser förvaltningsrätten sammantaget att det Infraservice anfört inte är tillräckligt för att visa att

kommunens utvärdering under punkten innelager skett i strid med 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

Kontorslokal

Enligt AFB.5326 utgör förväntad nivå kontorslokal med Internetuppkoppling och gängse kontorsutrustning. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte av denna beskrivning anses framgå att det som Infraservice erbjudit utöver uppkoppling mot kommunen utgör mervärden. Förvaltningsrätten anser med hänsyn till detta att Infraservice inte kan anses ha visat att kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU genom att inte tilldela Infraservice en högre mervärdespoäng för kontorslokal.

Servicebil

Av AFB.5326 framgår att den förväntade nivån inkluderar förare samt att bilen ska vara utrustad att klara elarbeten. Det har inte framkommit annat än att den utrustning som Infraservice och Vattenfall erbjudit används för elarbeten och därför motsvarar minst förväntad nivå. Eftersom den kabeldiagnostik som Vattenfall erbjudit har funktioner som saknas i det stöttdon som Infraservice erbjudit anser förvaltningsrätten vidare att det får anses ha varit förutsägbart att Vattenfalls utrustning skulle tilldelas ett högre mervärde än Infraservices.

Eftersom en förare till servicebilen utgör förväntad nivå framstår det enligt förvaltningsrätten som naturligt att också föraren och dennes kompetens ingår i mervärdesbedömningen. Med hänsyn till att bilen ska användas för elarbeten får det även anses ha varit förutsägbart att kompetens inom elarbeten utgör ett mervärde. Att nyckelpersoners kompetens värderats under rubriken *organisation, kompetens och erfarenhet* förändrar inte förvaltningsrättens bedömning eftersom det i AFB.31 endast uppges att platschef, arbetsledare och tre stycken montörer utgör nyckelpersoner.

Mot denna bakgrund kan kommunens poängtilldelning enligt förvaltningsrättens mening inte anses träda de upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU för när.

Korgbil

Under punkten korgbil har Infraservice inte erhållit någon delpoäng medan Vattenfall tilldelats tre delpoäng. I kommunens anteckningar från anbudsgenomgången med Infraservice uppges att offererat pris lämnats för tolv meter. I AFB.5326 anges att korgbil ska finnas i minst storleken tolv meter. Med hänsyn till detta och då Vattenfall enligt utvärderingen erbjudit tillgång till mindre och större storlekar till samma pris anser förvaltningsrätten att det inte kan anses ha stridit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU att kommunen enbart tilldelat Vattenfall mervärdespoäng i denna del. Beträffande förarens kompetens gör förvaltningsrätten samma bedömning som avseende mervärdespoäng för servicebil.

När det gäller chassidrive framgår av Infraservices anbud att funktionen finns. I anteckningarna från anbudsgenomgången uppges dock att offererat pris inte lämnats för chassidrive. Oavsett om chassidrive till fler storlekar än tolv meter diskuterades under anbudsgenomgången anser förvaltningsrätten mot denna bakgrund att det inte framkommit anledning att ifrågasätta kommunens fördelning av mervärdespoäng för chassidrive.

Skada

Förvaltningsrätten har ovan funnit att kommunen brutit mot principen om transparens när den beaktat ett mervärde i form av traktor. För att ett ingripande ska ske räcker det dock inte med att den upphandlande

myndigheten har brutit mot en bestämmelse i LOU. Det krävs även att den sökande konkretiserar vilken skada denne har lidit.

Det har inte framkommit annat än att ytterligare en mervärdespoäng till Infraservice för etablering och utrustning hade lett till att Infraservices anbud erhållit högst sammanlagd viktad poäng. Med hänsyn till detta och då mervärdespoängen i denna del beräknats efter en samlad bedömning och inte en summering av delpoängen anser förvaltningsrätten att det inte kan uteslutas att en delpoäng mer eller mindre från kommunen till någon av anbudsgivarna kunnat påverka Infraservices möjligheter att tilldelas kontraktet.

Infraservice har inte uttryckligen anfört att Vattenfalls delpoäng borde sänkas på grund av att traktorn felaktigt beaktats. Däremot har Infraservice anfört att bolaget borde ha erhållit fler delpoäng för egen del. Eftersom förvaltningsrätten funnit att det inte stridit mot bestämmelserna i LOU att vägra Infraservice delpoäng för ytterligare mervärde, kan inte Infraservice genom att anföra denna omständighet anses ha visat att bolaget lidit skada till följd av den bristande transparensen.

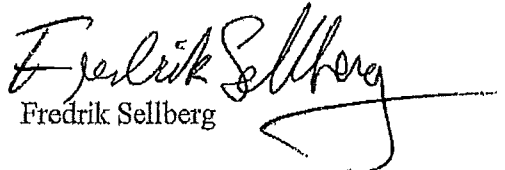
Infraservice har emellertid även anfört att bolaget inte haft möjlighet att offerera en traktor för egen del. Med hänsyn till att en sådan delpoäng kunnat leda till en högre viktad poäng för Infraservice anser förvaltningsrätten att Infraservice härigenom visat att bolaget lidit skada. Skäl för att ingripa i upphandlingen föreligger därmed.

Om det kan ske ska en domstol, inte minst av tungt vägande samhällsekonomiska skäl, begränsa ingripandeåtgärden till att rätta upphandlingen (Andersson m.fl, LOU, 2013, s. 602). I förevarande fall anser inte förvaltningsrätten att det visats att förfrågningsunderlaget i sig varit så otydligt att det förelegat en brist i det konkurrensuppsökande skedet.

Den bristande transparensen kan enligt förvaltningsrätten därtill lösas genom en ny utvärdering där endast sådana mervärden beaktas för vilka den förväntade nivån framgår av förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till detta är det tillräckligt att kommunen gör en ny utvärdering.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Fredrik Sellberg