



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2018-04-27

Meddelad i Göteborg

Mål nr

14253-17

SÖKANDE

MarCon Teknik AB, 556228-2441

Ombud:

Advokaten Per Jadelind

Amber Advokater Halmstad KB

Box 363

301 09 Halmstad

MOTPART

Göteborgs Hamn AB, 556008-2553

403 38 Göteborg

Ombud:

Advokaten Anna Hofling Johansson och Gabriella Fossum

Advokatfirman Vinge KB

Box 11025

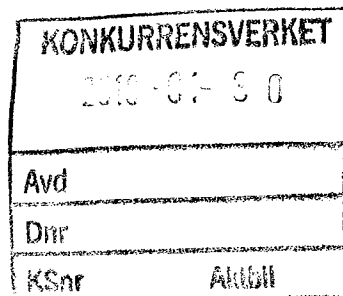
404 21 Göteborg

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, förkortad LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 535420

Postadress

Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

031 - 711 78 59

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

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

VAD MÅLET GÄLLER

Göteborgs Hamn AB (GHAB) genomför en upphandling av Ramavtal Dyktjänster, dnr 173-17016. Upphandlingen är uppdelad i tre teknikområden; a) dykarbeten, b) dykinspektion och c) dyksyn. Detta mål rör teknikområde b) dykinspektion.

Av tilldelningsbeslut den 8 december 2017 framgår att andra leverantörer än MarCon Teknik AB (MarCon) vunnit upphandlingen avseende teknikområde b) dykinspektion.

Det som förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder MarCon anför.

YRKANDEN M.M.*MarCon Teknik AB*

MarCon ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att MarCon tas med i prisutvärderingen och tilldelas ramavtal och i andra hand att upphandlingen ska göras om. MarCon anför i huvudsak följande. Upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. För att gå vidare till prisutvärdering krävdes minst 49 kvalitetspoäng. Av utvärderingsprotokollet framgår att MarCon fått totalt 39 poäng och därmed inte gått vidare till prisutvärdering.

Kvalitén skulle utvärderas genom en metodbeskrivning för inspektion av en påle med redovisning av fem olika arbetsmoment, en prissatt mängdförteckning och en organisationsplan med bl.a. CV för vissa befattningshavare. Det enda som angavs i förfrågningsunderlaget var att ”Ju

mer relevant vi bedömer att erfarenhet, beskrivning, CV osv. är, desto högre poäng” och dessutom angavs poängsteg om 0,5,10,15,20,25 eller 30 poäng där 30 poäng var max. Vid utvärderingen har sedan GHAB poängsatt vardera moment för sig. Poängsättning har inte framgått av förfrågningsunderlaget och det har därför inte varit möjligt att förutse hur poängsättning och utvärdering skulle ske och vad som krävts för full poäng i de olika delarna. Det har inte gått att utläsa vad GHAB har tillmätt betydelse i upphandlingen och utvärderingen har genomförts på ett subjektivt och godtyckligt sätt.

När det gäller metodbeskrivningen har MarCon redogjort för hur man går till väga i de olika momenten både skriftligen och muntligen under intervjutillfället. Trots detta menar GHAB att MarCon inte beskrivit metoderna vid de olika arbetsmomenten på ett riktigt sätt och därför gett poängavdrag.

I de obligatoriska kraven har GHAB angett att resultaten av inspektionerna ska registreras i systemet BaTMan. I detta system finns varken påle eller spont dock med varför MarCon hänvisat till en egen utarbetad metodik kallad MarCon Standard men samtidigt angett att de också kan rapportera i BaTMan. Att BaTMan inte ger någon korrekt beskrivning av hur pålar och spont ska inspekteras samt att spont enligt systemet i huvudsak är en temporär konstruktion – vilket inte är fallet hos GHAB – diskuterades under intervjun och då var parterna överens om detta. I BaTMan finns inga som helst instruktioner vad avser statusbedömningar av konstruktioner under vatten. Resultatet av en undervattensinspektion med MarCons eget system blir en rapport som läses in i BaTMan vilket också angavs vid intervjun. Utvärderingen har skett på ett subjektivt och godtyckligt sätt.

Även utvärderingen av personalen har skett på motsvarande godtyckliga sätt utan tydlig information om vad som efterfrågats och vad som poängsatts.

Om utvärderingskriterierna på ett korrekt sätt hade framgått i förfrågningsunderlaget hade bolaget självklart angett andra nyckelpersoner än de som nu angavs.

Sammantaget borde MarCon ha tilldelats ytterligare 15 kvalitetspoäng eller under alla omständigheter ytterligare 10 poäng och MarCon hade då kvalificerat sig för prisutvärdering. Eftersom MarCons anbudspris är lägre än övriga antagna leverantörers pris hade MarCon tilldelats högsta poäng för pris. Tillsammans med kvalitetspoängen torde MarCon då ha fått en sådan sammantagen poängsumma att bolaget tilldelats avtal. Genom GHAB:s agerande har MarCon därmed lidit skada. Enligt förfrågningsunderlaget siktade GHAB på att sluta avtal med 3-4 leverantörer inom teknikområde b). Det finns således inget som motiverar att man bara skulle ha antagit två leverantörer om det funnits ytterligare leverantörer som uppfyllde ställda krav.

Göteborgs Hamn AB

GHAB anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Tilldelningskriterierna har varit pris och kvalitet. Viktningen mellan kriterierna har tydligt angetts. Likaså framgår vilken lägsta kvalitetspoäng som krävs för att prisutvärdering ska aktualiseras samt vilken maxpoäng och totalpoäng som gäller. Det enda som inte har framgått av förfrågningsunderlaget är delpoängen per moment i metodbeskrivningen. Detta är dock helt i enlighet med gällande praxis. Den använda bedömningsmetoden har fastställts innan anbudet har öppnats och den har inte ändrats vare sig tilldelningskriterierna eller den relativa viktningen av dessa. Vad som skulle tillmätas betydelse har framgått med tillräcklig tydlighet av förfrågningsunderlaget. Utvärderingsmodellen har tillämpats lika på alla anbudsgivare.

Av förfrågningsunderlaget framgår att en detaljerad metodbeskrivning för en inspektion av en påle ska lämnas där även samverkan mellan dykledare och dykinspektör framgår. Det som skulle anges var vad som var viktigast för att uppnå ett bra resultat under varje moment. Det MarCon angett är således kanske inte felaktigt men det finns annat som är viktigare. Detta innebär att bolaget inte får lika många kvalitetspoäng. I flera avseenden saknas beskrivning av viktiga arbetsmoment i metodbeskrivningen vilket innebär att MarCons anbud inte kommer upp i tillräckligt hög kvalitet.

Att det inte går att rapportera inspektion av påle i BaTMan är felaktigt och både påle och spont finns inlagda i systemet. Parterna har inte heller varit överens om detta under intervjun då GHAB under intervjuerna har hållit sig helt neutrala i syfte att upprätthålla likabehandlingsprincipen. GHAB har använt sig av detta system i 15 år och det anges tydligt att leverantörerna ska beskriva hur de arbetar enligt detta system. Det genererar då inte höga kvalitetspoäng att som MarCon gjort i huvudsak lämna beskrivningar efter ett eget system eftersom det inte är det som har efterfrågats.

När det gäller organisationsplanen och personalen har den erfarenhet som MarCon offererat inte varit högre än att det har varit tveksamt om bolaget ens uppfyllt de obligatoriska kraven i denna del. MarCon har inte heller på något sätt motiverat vad som skulle berättiga bolaget till fler poäng.

För det fall MarCon tilldelats ytterligare tio kvalitetspoäng och därmed gått vidare till prisutvärderingen hade det dock ändå inte räckt för att bolaget skulle tilldelats avtal. Endast två anbudsgivare med betydligt högre kvalitetspoäng har antagits i detta teknikområde och MarCon hade trots 10 kvalitetspoäng endast kommit på tredje plats. Detsamma gäller om MarCon hade fått det mycket höga tillägget om 15 kvalitetspoäng. MarCon har således inte visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i den lagen 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 (20 kap. 6 § första stycket LUF).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LUF. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LUF och unionsrätten inte träds för när.

MarCon har i huvudsak anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt och att alla leverantörer inte har behandlats lika och att det därför finns skäl att ingripa mot den aktuella upphandlingens teknikområde b).

Det är den upphandlande enheten som bestämmer vad den önskar upphandla utifrån de behov som föremålet för upphandlingen ska tillgodose. Det innebär också att den upphandlande enheten har stor frihet att bestämma den utvärderingsmodell som på ett godtagbart sätt kan leda till att den upphandlade tjänsten eller varan motsvarar det behov som upphandlingen ska tillgodose. Vid upphandling av mer komplexa tjänster kan det vara omöjligt att på förhand fastställa enkla, mätbara variabler som anbudsgivare ska ange och som sedan entydigt kan utvärderas med resultatet att den tjänst eller vara som bäst uppfyller den upphandlande enhetens behov också rangordnas högst när det gäller kvalitet. En mer komplex utvärderingsmodell med vissa subjektiva inslag kan i sådana sammanhang behövas och har också accepterats i praxis. Det väsentliga är dock att förfrågningsunderlaget i detta avseende är så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse. Vidare ska utvärderingsmodellen vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas (jfr rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Av förfrågningsunderlaget och den av GHAB valda utvärderingsmodellen framgår att upphandlande enheten lagt stor vikt vid kvaliteten på de tjänster som ska upphandlas. Vardera utvärderingskriterium har värderats var för sig och därvid åsatts kvalitetspoäng mellan 0-30. Vid utvärderingen har GHAB sedan delat upp metodbeskrivningen i mindre delar och poängsatt varje del för sig enligt bestämt formulär. Förutom inkomna uppgifter i anbudshandlingarna har intervjuer med anbudsgivarna också legat till grund för utvärderingen.

Den utvärderingsmodell som presenteras i förfrågningsunderlaget är visserligen tämligen komplicerad och ger visst utrymme för subjektiva bedömningar hos upphandlande enheten. Modellen är dock överblickbar och

tydligt presenterad. Det framgår klart vad som ska utvärderas och relationen mellan kvalitet och pris samt vilka poängintervall som är aktuella för vart och ett av utvärderingskriterierna. Enligt förvaltningsrättens mening borde en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare förstå vad som är betydelsefullt för GHAB. Att det är ett mervärde som den upphandlande enheten velat ha är också tydligt då så stor vikt har lagts vid kvalitetsaspekter. Förfrågningsunderlaget får därmed anses vara tillräckligt tydligt för att bolag – som är potentiella anbudsgivaren i upphandlingen – ska kunna lämna ett anbud som såväl till innehåll som till utformning är konkurrenskraftigt. En annan sak är att en anbudsgivare inte mer exakt kan förutse utfallet av utvärderingen på förhand. Detta är emellertid inte heller något som behöver uppfyllas för att ett förfrågningsunderlag och en utvärderingsmodell ska följa principen om öppenhet eller transparens.

I förfrågningsunderlaget anges att en detaljerad metodbeskrivning ska lämnas för en inspektion av en påle där även samverkan mellan dykledare och dykinspektör framgår. Leverantörerna ska ange vad som är viktigast under varje arbetsmoment för att uppnå ett bra resultat. De moment som ska beskrivas är rengöring av påle, inspektion av påle, tillståndsbedömning, provtagning borrhärdar och rapportskrivning vari ingår inläggning i BaTMan. Av utvärderingsprotokollet framgår att det i MarCons redovisning fattas väsentliga delar av det arbete som ska utföras. Härtill kommer att man i huvudsak hänvisar till annat system än det som GHAB efterfrågat. Oavsett eventuella brister i BaTMan är det detta system upphandlande enhet har valt att använda och även angett att leverantörerna ska förhålla sig till. Sammantaget anser förvaltningsrätten att MarCon i denna del inte har visat att bolaget borde ha tilldelats fler poäng utifrån de uppgifter bolaget lämnat i anbudet och under intervjutillfället. Mot bakgrund härav kan den poängsättning GHAB tillämpat inte anses vara felaktig. MarCon har inte heller visat att GHAB har agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

När det gäller utvärderingen av personalen framgår det tydligt att det bl.a. är erfarenheten hos dessa som GHAB tillmäter betydelse. Det framgår också att den personal som MarCon har angett i sitt anbud har en väldigt begränsad erfarenhet och att det till och med är tveksamt om bolaget ens uppfyller de obligatoriska minimikraven i denna del. Den av GHAB åsatta poängen avseende organisationsplan och personal får därmed anses vara rimlig. Att MarCon nu hävdar att de hade kunnat offerera annan personal om de tydligt förstått utvärderingsmodellen påverkar inte bedömningen då det får anses vara varje enskild leverantörs ansvar att utifrån givna förutsättningar lämna bästa tänkbara anbud och då det har stått klart utifrån förfrågningsunderlaget att det är personernas erfarenhet som är av största betydelse.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att vad MarCon har anfört inte visar att utvärderingen är behäftad med sådana felaktigheter att det finns skäl för ett ingripande. Inte heller kan förfrågningsunderlaget anses vara så otydligt att det finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder MarCon har anfört varför ansökan om överprövning ska avslås.

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

Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

