



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2011-10-20
Meddelad i
Umeå

Mål nr
1383-11 E
Kansli 2

SÖKANDE

Svevia AB, 556768-9848
Region Nord
Box 1008
901 20 Umeå

MOTPARTER

1. Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå
2. Skanska Sverige AB, 556033-9086
Box 93
901 03 Umeå

KONKURRENSVERKET	
2011-10-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 15734

Postadress Box 193 901 05 Umeå	Besöksadress Nygatan 45 (Tingshuset)	Telefon 090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	Telefax 090-13 75 88	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00
---	---	---	--------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå kommun (Kommunen) har infordrat anbud avseende entreprenad för muddring och tätning av damm (dnr UH-11-60) och beslutat att anta det anbud som lämnats av Skanska Sverige AB (Skanska). Vid upphandlingen används förenklat förfarande.

Svevia AB (Svevia) yrkar i ansökan i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till Sveys ansökan.

Skanska får anses bestrida bifall till Sveys ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Svevia har till stöd för sin ansökan anfört bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget är otydligt på ett sätt som strider mot LOU. Under punkten AFB.51 i förfrågningsunderlaget anges att utvärderingskriteriet "Pris" viktas till 60 procent, "Plan för genomförande" till 30 procent och "Organisation" till 10 procent. I förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell anges dock viktningen för utvärderingskriteriet "Pris" till 70 procent och "Organisation, plan" till 30 procent. Av utvärderingsmodellen följer även att ett utvärderingskriterium kan delas upp i flera underkriterier som poängsätts var för sig. Det anges emellertid inte under vilka förutsättningar kriteriet kommer att delas upp i flera underkriterier eller ens vilka underkriterier det kan röra sig om.

I förfrågningsunderlagets Upphandlingsföreskrifter anges att anbudsgivarna "ska kunna besvara alla frågor med ett ja, förutom de alternativ som innehåller både ett ja och nej, annars måste vi diskvalificera ert anbud". Skanska har avstått från att svara i två fall. I det ena fallet rör det sig om ett avtalsvillkor – Skanska har ej accepterat angivna tider enligt AF-delen AFC. 42/43/44. I det andra fallet rör det sig om bilageförteckningen, där fastighetskarta ej bifogats. Vidare har Skanska inte lämnat referenser i enlighet med Upphandlingsföreskrifterna. Detta bekräftas av Kommunen varför det är ostridigt att Skanska inte uppfyller skall-kravet om att anbudsgivarna i sina anbud ska lämna två referenser på motsvarande uppdrag. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav ska förkastas. Genom att inte förkasta Skanskas anbud har Kommunen agerat felaktigt.

Utvärdering och poängsättning av ett anbud kan endast ske på basis av uppgifter som lämnats i anbudet i fråga. På samma sätt går det inte att tillåta en anbudsgivare att förtydliga eller komplettera med avseende på uppgifter som inte alls finns i anbudet (Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5226-07). Eftersom Kommunen trots detta låtit Skanska inkomma med nya uppgifter och poängsatt dessa har Kommunen även på denna grund agerat i strid mot LOU och principen om likabehandling.

Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav ska alltid förkastas. Vad Kommunen anför om att upphandlingen genomförts som en förenklad upphandling med förhandlingar och "anbudsgenomgång" har inte någon betydelse i detta fall. I en dom från Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 328-05) uttalas att förhandlingar endast får ske inom den ram som skall-kraven utgör.

Skanska har fått höga poäng och valts som leverantör tack vare att man redovisat "större erfarenhet av liknande projekt och arbeten genom att ha utfört (...) fler och mer komplexa anläggningar". Någon sådan redovisning

har dock inte skett i Skanskas anbud. Huruvida sådan redovisning skett först därefter i "anbudsgenomgången" – ett påstående vars riktighet inte kan verifieras då Kommunen inte visat någon dokumentation på detta – har inte någon betydelse.

Sammanfattningsvis anser Svevia att Kommunen brutit mot LOU och principerna om likabehandling och transparens genom att 1) utvärdera och anta Skanskas anbud trots att det inte uppfyllt samtliga skall-krav 2) tilldelat Skanska poäng för uppgifter som inte funnits i anbudet per anbudsdagen 3) tillåta Skanska att förtydliga/komplettera uppgifter som inte funnits i anbudet per anbudsdagen samt 4) formulera ett otydligt förfrågningsunderlag där inte samtliga utvärderings- och underkriterier – liksom deras respektive inbördes betydelse – framgått på ett sådant sätt att Svevia kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Svevia har lidit skada då man lämnat det lägsta priset i upphandlingen och skulle ha tilldelats kontrakt om inte ovan nämnda felaktigheter hade begåtts.

Kommunen har till stöd för sin talan anfört bl.a. följande.

Svevia påstår att Skanska inte lämnat ett rent anbud då inte svarsrutorna i upphandlingsföreskrifterna är korrekt ifyllda; dels att Skanska inte godkänt avtalsvillkor enligt AFC.42/43/44, dels inte angivit att de skickat med en fastighetskarta. Skanska har i sitt anbud godkänt nämnda avtalsvillkor. Skanska har mycket riktigt glömt att kryssa i minnesrutan att de ska komma ihåg att bifoga fastighetskarta men likväl är den bifogad. Skall-kravet kan inte anses vara att kryssa i minnesrutan att en viss bilaga ska vara med utan att bilagan finns med i anbudet.

Utförandeentreprenaden av muddring på Nordanå har många osäkra faktorer som måste tas hänsyn till i själva utförandet. Två anbud inkom, från Skanska och Svevia. Anbuderna ansågs inte tillräckliga, ej lämpliga, så Kommunen beslöt att det var nödvändigt med en anbudsgenomgång för att få klarhet i de frågor som fanns samtidigt som anbudsgivarna hade möjlighet att förklara och förtydliga sina anbud. Samma inbjudan skickades ut och samma agenda och frågeställningar användes. Det som var mest intressant var på vilket sätt de skulle utföra uppdraget. I samband med anbudsgenomgången fick anbudsgivarna samma förutsättningar att presentera sina referensobjekt, organisation och plan för genomförande. Då Kommunen inte kunnat utföra en utvärdering av anbuderna på dessa punkter har utvärderingsunderlaget i första hand varit själva anbudsgenomgången och i andra hand inkomna anbud. Det är viktigt att påpeka att detta är en förenklad upphandling som tillåter anbudsgenomgångar och förhandlingar.

Svevia menar att Skanska inte lämnat referenser i sitt anbud och ifrågasätter hur de kunnat få ett bättre betyg än Svevia som lämnat två referenser samt att Skanska genom att inte lämna referenser inte belagt sin kompetens. Som angetts tidigare har Kommunen kallat till anbudsgenomgång vid vilken anbudsgivarna fått förtydliga sina anbud. Skanska har beskrivit sina referenser vid anbudsgenomgången.

Skanska har anfört bl.a. följande. Tider finns angivna i administrativa föreskrifter under AFC42.43.44. Föreskrifterna har godkänts under punkten 4.0 i upphandlingsföreskrifterna. I upphandlingsföreskrifterna angående referenser så har inte något skall-krav angetts.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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).

Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. (2 kap. 24 § LOU)

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. (15 kap. 12 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap. 5 § LOU).

DOMSKÄL

När det gäller frågan om otydligheter i förfrågningsunderlaget kan inledningsvis konstateras att det föreligger motstridiga uppgifter beträffande hur utvärderingskriterierna Pris, Plan för genomförande och Organisation avses viktas vid utvärderingen. Det är dock fråga om så små skillnader mellan de olika uppgifterna att osäkerheten härvidlag enligt förvaltningsrättens mening måste anses vara av marginell betydelse och inte i sig kan ha påverkat anbudsgivarnas möjligheter att utforma konkurrenskraftiga anbud. Den omständigheten att det i en allmänt hållen redovisning av principerna för poängberäkning i förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell anges att ett

kriterium kan dela upp i flera underkriterier medför inte heller att förfrågningsunderlaget kan anses stå i strid med principen om transparens.

Svevia gör gällande att Skanska i Upphandlingsföreskrifternas svarsformulär inte accepterat angivna tider och inte heller bifogat fastighetskarta. Förvaltningsrätten noterar att Kommunen obestritt anfört att Skanska bifogat fastighetskarta till anbudet. Eftersom det viktiga är att kartan faktiskt bifogats och inte huruvida anbudsgivaren i en ruta kryssat i att den bifogats bedömer förvaltningsrätten att skall-kravet är uppfyllt. Förvaltningsrätten noterar vidare att vad som föreskrivs; ”Ange leveranstid. Plats finns nedan. Se angivna tider enligt AF-delen AFC.42/43/44 accepteras” i formuläret angetts i *en* ruta med *en* förtryckt Ja-ruta samt att Skanska kryssat i denna ruta. Svevias påstående att Skanska inte uppfyllt kravet om tider i AF-delen 42/43/44 kan därför inte godtas. Skanska får alltså anses ha uppfyllt aktuellt skall-krav.

Vidare menar Svevia att Skanska genom att inte ange två referenser i Upphandlingsföreskrifternas svarsformulär inte heller uppfyllt det skall-kravet. Förvaltningsrätten konstaterar att Skanska i sitt svarsformulär inte angett referenser. Formulärets utformning talar enligt förvaltningsrättens mening för att avsikten varit att två referenser som beskriver leveranser/uppdrag av motsvarande omfattning skulle anges. Med hänsyn till att ett sådant skall-krav kan ha diskriminerande verkan gentemot nystartade företag bör kravet inte upprätthållas.

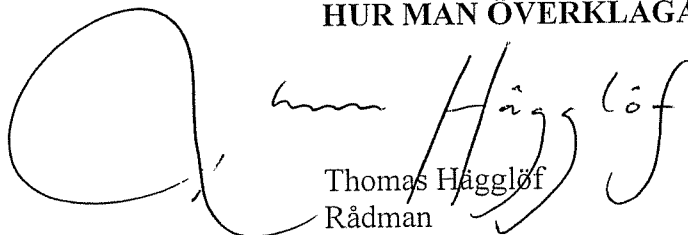
Trots att Skanska inte angett någon referens i sitt anbud har Kommunen motiverat företagets höga kvalitetspoäng med att Skanska redovisat större erfarenhet av liknande projekt och arbeten genom att ha utfört fler och mer komplexa anläggningar (projekt). Kommunen menar att de två inkomna anbuden inte ansågs lämpliga varför man ville få klarhet i de frågor som fanns samtidigt som anbudsgivarna fick möjlighet att förklara och förtydli-

ga sina anbud. Eftersom det för Skanskas del varit fråga om att tillföra nya uppgifter, och inte enbart konkretisera tidigare lämnade uppgifter, har det inte funnits förutsättningar för att begära förtydligande eller komplettering. Att i anbudet helt utelämna uppgifter om referenser kan inte heller anses som en uppenbar felskrivning eller något annat uppenbart fel som får rättas. Kommunen har därför genom sitt handlande gått utöver vad som är tillåtet enligt 15 kap. 12 § LOU. Kommunen har påpekat att det är fråga om förenklat förfarande vid vilket det är tillåtet att förhandla med anbudsgivarna. Förvaltningsrätten noterar att sådana förhandlingar får avse alla avtalsvillkor inklusive pris och mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget. Det är enligt förvaltningsrättens mening emellertid inte acceptabelt att anbudsgivare får läka brister i anbudet och tillföra helt nya sakuppgifter som har betydelse vid anbudsutvärderingen. Kommunens agerande ryms därför inte inom ramen för en upphandlande myndighets rätt att förhandla enligt 2 kap. 24 § LOU. På grund av det anförda har Kommunen handlat i strid mot den gemenskapsrättsliga principen om lika-behandling vilken kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunens agerande har medfört att Svevia lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därför grund för att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 5 § LOU. Förvaltningsrätten kan härvid besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. När den aktuella bristen hänför sig till anbudsprövningen är det normalt tillräckligt att prövningen av anbudet görs om. I förevarande fall innehåller dock förfrågningsunderlaget ett diskriminerande skall-krav angående referenser. Dessutom finns i förfrågningsunderlaget vissa motstridigheter beträffande hur utvärderingskriterierna avses viktas. Som förvaltningsrätten tidigare konstaterat torde detta inte i sig ha påverkat anbudsgivarnas möjligheter att utforma konkurrenskraftiga anbud. Däremot torde de motstridiga uppgifterna medföra viss osäkerhet beträffande hur en korrekt viktning av utvärderingskriterierna ska göras. Detta sammantaget gör att förvaltningsrätten

bedömer det otillräckligt att endast göra om anbudsprövningen. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1C LOU)

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'Thomas Hägglöf'. The signature is written over the printed name and title.

Thomas Hägglöf
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 var till 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 nås 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 uppgive 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 3109/1C LOU