



SÖKANDE

OF Bygg KB, 994000-0608
Box 3133
903 04 Umeå

Ombud: Advokat Erik von Ahn
Advokaterna von Ahn AB
Pilgatan 6 G
903 31 Umeå

MOTPART

AB Bostaden i Umeå, 556500-2408
Box 244
901 06 Umeå

Ombud: Advokat Eva Olofsson
Ahlgrens Advokatbyrå HB
Box 137
901 04 Umeå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU

KONKURRENSVERKET	
2019 08 23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

AB Bostaden i Umeå (Bostaden) har infortrat anbud avseende Renovering av bostadshus Umeå Mården 12 och 13 (dnr 10518) och beslutat att anta det anbud som lämnats av VNB Byggproduktion AB (VNB). Anbudet från OF Bygg KB har rangordnats som nummer två. Vid upphandlingen används förenklat förfarande.

OF Bygg KB (OF Bygg) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts.

Bostaden motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

OF Bygg anför bl.a. följande.

Uppfyllande av obligatoriska krav

I förfrågningsunderlaget bilaga Ska-krav anges under p. 1.2 Krav följande:

Accepterar ni bilaga ”6.1 Administrativa föreskrifter” samt övriga bilagor i förfrågningsunderlaget?

Bland de krav som skall vara uppfyllda i upphandlingen anges under

AFD.13 Förutsättningar följande.

Framför huset på Östra Norrlandsgatan 70 finns det en gång- och cykelbana som inte får stängas av, kommer även vara in- och utfartstrafik för parkeringsplatser under skärmtak. Och skall även vara tillgänglig för snöröjning.

VNB har i sitt anbud angett fastighetsgränsen som arbetsområde och markerat att avgränsningen i form av stängsel kommer att ske längs fastighetsgränsen mot öster. Genom att avgränsa arbetsområdet på sätt som VNB redovisat i sitt anbud stängs delar av gång- och cykelbanan av samt kommer in- och utfartstrafik för parkeringsplatser under skärmtak och snöröjning, vilka båda utgör förutsättningar i upphandlingen, att omöjliggöras. Avståndet mellan parkeringsplatserna och arbetsområdets gräns är 2,3 meter. Detta

är otillräckligt för att parkeringsplatserna skall kunna användas. OF Bygg har avgränsat arbetsområdet i öster genom att lämna ett tydligt avstånd till fastighetsgränsen för att därigenom inte stänga av gång- och cykelbanan samt för att möjliggöra för in- och utfartstrafik för parkeringsplatserna under skärmtak samt möjliggöra för snöröjning inom det angivna området. Dessa förhållanden visas med bifogad skiss.

Mot bakgrund härav avviker VNB:s anbud från vad som uppställts som ett krav i upphandlingen. Till följd av att det anbud som VNB lämnat inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda krav har Bostaden haft skyldighet att förkasta anbudet. Då Bostaden trots detta prövat och antagit VNB:s anbud har Bostaden åsidosatt principen om likabehandling och därmed bestämmelsen i 4 kap. 1 § LOU.

Av AFD.133 st 3 framgår följande.

Observera särskilt den infart till privatbostad som går över arbetsområdet och som måste vara tillgänglig under hela bygget.

Arbetsområdet beskrivs i AFD.121 som hänvisar till ritning Ytbehandling höjd och måttplan. Av ritningen framgår att arbetsområdet är lika med fastighetsgränsen. VNB har placerat byggstängslet längs fastighetens östra gräns, parallellt med fasaden Ö Norrlandsgatan 70 a och 70 b utan hänsyn tagen till kravet i AFD.133 st 3, vilket innebär att anbudet avviker från ett krav som uppställts i upphandlingsförutsättningarna. Den privatbostad som hänvisas till är fastigheten Mården 2, med adressen Nygatan 71, Umeå. Infartsvägen till denna fastighet går över arbetsområdet, men måste vara tillgänglig under hela bygget. Av VNB:s anbud framgår att den infart som avses under p. AFD.133 st 3 kommer att stängas av under bygget.

Det är korrekt att arbetsområdet är den yta som står till entreprenörens förfogande och att hela fastigheten kan nyttjas av entreprenören. Nyttjandet får

emellertid inte ske med förbigående av de krav som uppställs under punkterna AFD.13 och AFD.133 st 3, nämligen att den gång- och cykelbana som finns framför Norrlandsgatan 70 inte får stängas av, att in- och utfartstrafik för parkeringsplatser under skärmtak skall säkerställas, att området skall vara tillgängligt för snöröjning samt att den infart till privatbostad (Mården 2) som går över arbetsområdet måste vara tillgänglig under hela bygget.

Anbudsutvärderingen

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudet skall prövas mot kriterierna Projektorganisation (1.0.4), Genomförande (1.0.5), Miljö- och kvalitetskrav (1.0.6) samt Pris (2.1).

För det fall rätten finner att förutsättningar för att förkasta VNB:s anbud inte föreligger, gör OF Bygg gällande att prövningen av det kriterium för tilldelning som anges under p. 1.0.5 Genomförande har skett i strid med principen om likabehandling och därmed med bestämmelsen i 4 kap. 1 § LOU.

Under p. 1.0.5 Genomförande anges följande:

Tänkta metoder för genomförande kommer att prövas utifrån följande delkriterier:

- Anbudslämnarens beskrivning hur man på bästa sätt löser trafiksituationen till och från arbetsplatsen för att minimera störningar för intilliggande fastigheter och grannar.
- Förmåga avseende tidsstyrning gällande exempelvis tidsvinster, effektivisering under projektet. Beskriv i en tidplan för entreprenaden som minst påvisar tider för:
 - Startdatum
 - Markarbeten
 - Rivningsarbeten
 - Slutbesiktning
 - Slutdatum
 - Återställande av mark
- Beskriv hur kritiska moment i projektet löses, tex torrt bygge vid takarbeten, fönsterbyte samt uttorkning av badrum m.m.
- Hur tidigare gjorda erfarenheter av till- och ombyggnadsprojekt kommer att tas till vara i detta projekt

Poäng ges enligt följande:

- Mycket tydligt beskrivna, kostnadsbesparande och väl genomtänkta arbetsmetoder som ger B förståelse och är väl anpassade för projektet.
3 poäng

- Bra beskrivna och genomtänkta arbetsmetoder som ger B förståelse och är anpassade för projektet.
2 poäng
- Arbetsmetoder som är anpassade både vad gäller Bs möjlighet till förståelse och anpassning till projektet.
1 poäng
- Beskrivningen har brister, saknas eller är så otydlig att bedömning inte kan göras
0 poäng

OF Bygg och VNB har i sina respektive anbud besvarat uppställda frågor på ett likvärdigt sätt. Någon avgörande skillnad mellan de båda anbuden kan, med avseende på detta tilldelningskriterium, inte utläsas.

För att jämföra de båda anbuden med avseende på kriteriet ifråga bör de läsas parallellt punkt för punkt. I de båda anbuden redovisas i allt väsentligt samma omständigheter och med sinsemellan motsvarande grad av tillgänglighet enligt följande:

Vid punkt A redovisas respektive anbudsgivares företagspresentation;

Vid punkt B redovisas respektive anbudsgivares APD-plan (arbetsplatsdispositionsplan);

Vid punkt C redovisas respektive anbudsgivares tidsstyrning;

Vid punkt D redovisas respektive anbudsgivares kritiska moment;

Vid punkt E redovisas respektive anbudsgivares erfarenhetsåterföring.

För de båda anbuden finns också en detaljerad preliminär tidplan. Observera att VNB i sin tidplan inte beaktat tid för sanering. Detta finns i OF Byggs tidplan. Vidare har OF Bygg i sin tidplan öppnat för trapphusvis inflyttning, vilket ger ett mervärde. I anbudet anges "...inflyttning i etapper för att tidigare lägga hyresintäkter" och av tidplanen framgår när trapphusen beräknas bli klara.

Mot denna bakgrund möter OF Bygg alla de delkriterier under p. 1.0.5 som motiverar en poängsättning om i vart fall 2 poäng. Med VNB:s anbud som referens för tolkningen av det aktuella kriteriet för tilldelning, saknas skäl att värdera OF Byggs anbud på en nivå under 2 poäng.

Härutöver finns det anledning att beakta att det anbud OF Bygg lämnat innehåller ett tydligt mervärde och effektivisering under projektet, därigenom att OF Bygg, som ovan nämnts, i sin tidplan öppnat för trapphusvis inflyttning. Som anges i upphandlingsförutsättningarna skall mervärde och effektivisering under projektet beaktas vid poängsättningen. Av underlaget för tilldelning kan inte utläsas att OF Bygg erhållit poäng för detta.

Bostaden har, genom att i detta hänseende vikta OF Byggs anbud lägre än det anbud som VNB lämnat, åsidosatt principen om likabehandling. Anbuderna är med avseende på det aktuella kriteriet i paritet med varandra och skall således inte särskiljas på denna punkt.

En omprövning av OF Byggs anbud på den nu aktuella punkten medför att det sammanlagda viktade värdet på anbudet skall sänkas med 750 000 kronor, varvid anbudet också är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Bostaden anför bl.a. följande.

Uppfyllande av obligatoriska krav

Det finns i upphandlingsdokumenten administrativa föreskrifter som anbudsgivarna måste acceptera. Vad gäller punkten AFD.13 i de föreskrifterna stänger varken anbudet från VNB eller det från OF Bygg av den aktuella cykelbanan, då cykelbanan ligger i vart fall två-tre meter ut från husfasaden och är cirka fyra-fem meter bred. Den linje som finns längst ned både på VNB:s och OF Byggs APD-planer utgör tomtgränsen och markerar således inte cykelbanans bredd ut från husfasaden.

I dokumentet Frågor och Svar angående AFD.121 Arbetsområdets gränser har dessutom angetts att arbetsområdet är lika med tomtgränsen. Med arbetsområde avses den yta som står till entreprenörens förfogande för utförande av arbetet. Det innebär alltså att leverantörerna har haft att räkna med

att kunna nyttja hela tomten, utifrån den i upphandlingsunderlaget bifogade ritningen, som arbetsområde.

Den aktuella gång- och cykelbanan finns endast beskriven i löptext i AFD.13 och är inte inritad på någon ritning i förfrågningsunderlaget. Några frågor kring gång- och cykelbanans exakta placering har inte heller ställts av någon leverantör. Utifrån vad som angetts om arbetsområdet har leverantörerna haft att i sina anbud utgå ifrån att gång- och cykelbanan är placerad utanför tomtgränsen.

VNB har i sitt anbud placerat byggstängslet längs med tomtgränsen, vilket således är i enlighet med de givna förutsättningarna. Det bestrids därför att placeringen av stängslet skulle hindra nyttigheter som ska hållas öppna.

Beträffande infarten som omnämns i AFD.133 är det fråga om en beskrivning av den in- och utfartstrafik som redan omnämnts i AFD.13. In- och utfartstrafiken till privatbostaden sker alltså på den gång- och cykelbana som ligger parallellt med Östra Norrlandsgatan 70. Att in- och utfart skulle komma att ske längs gång- och cykelvägen berodde på att byggnationer på grannfastigheten gjort att den ordinarie infarten till den aktuella privatbostaden var avstängd. Vid tidpunkten för förfrågningsunderlagets upprättande var det oklart om den ordinarie vägen skulle komma att hinna öppnas innan byggstart i nu aktuellt projekt, varför utrymme för infartstrafik togs med som en förutsättning i upphandlingen.

Anbudsutvärderingen

Såsom framgår av utvärderingen av VNB:s anbud är det Bostadens uppfattning att genomförandeplanen är bra beskriven, att ansvarsbiten på tredje man i APD-planen ger ett mervärde (dvs. beskrivningen av att byggstängsel kommer att monteras runt hela arbetsplatsen för att minimera riskerna för

tredje man) och att beskrivningen av kritiska moment är bra. Härigenom har VNB:s anbud getts 2 poäng.

Det måste noteras att det som av OF Bygg i förevarande mål omnämns som A (tydlig företagspresentation) värderats under punkt 1.0.4 Projektorganisation, för vilken OF Bygg erhöll 2 poäng. Samma text kan således inte påverka bedömningen av punkten 1.0.5 Genomförande.

OF Byggs anbud har av Bostaden ansetts innehålla ”Arbetsmetoder som är anpassade både vad gäller Bs möjlighet till förståelse och anpassning till projektet” och därigenom fått 1 poäng. Arbetsmetoderna som beskrivs i anbudet är anpassade mot projektet, men Bostadens bedömning är att beskrivningarna inte är sådana att de betingar omdömet ”Bra beskrivna och genomtänkta arbetsmetoder”, vilket hade krävts för 2 poäng.

Bostaden har bedömt att alla efterfrågade moment finns med i OF Byggs anbud, men att APD-planen kunde ha beskrivits på ett mer utförligt sätt för att ge förståelse för hur det var tänkt i projektet, exempelvis beträffande hur ytor ska disponeras, hur riskerna för tredje man ska minimeras eller hur personalutrymmen eller platskontor planerats. På ADP-planen finns exempelvis ett rött streck inritat, som fått förmodas vara ett byggstängsel, men det saknas förklaring både i löptext och på själva ritningen.

Beträffande att OF Bygg i tidplanen angett tid för sanering är det något som inte har påverkat utvärderingen av anbudet, varken i positiv eller negativ riktning. Skälet till detta är att det är mycket oklart i vilken omfattning sanering kommer behöva ske. Av dokumentet Frågor och Svar, svar på fråga 166199, framgår följande.

”Huset är byggt år 1958. Vi har påträffat asbest i huset, oklart hur mycket det finns kvar. På grund av det finns hyresgäster i fastigheterna idag har vi inte gjort en mer utförligt inventering. När hyresgästerna evakueras kan en

mer utförlig undersökning utföras, kostnaden för sanering och undersökning får Bostaden ta som en tillkommande.”

Det skulle således kunna vara fråga om allt från enstaka dagar till flera månaders sanering. I och med denna osäkerhet kan det inte förväntas att anbudsgivarna ska kunna ge en korrekt uppskattning av tidsåtgången, varför eventuella uppskattningar – såsom den OF Bygg har gjort – inte tillför något mervärde. Kostnaden för sanering är av samma osäkerhetsskäl inte något som anbudsgivarna skulle räkna med i priset för anbudet.

Bostaden delar inte OF Byggs uppfattning att dess anbud innehåller ett ”tydligt mervärde och effektivisering under projektet”. Den av OF Bygg givna öppningen för trapphusvis inflyttning har inte beskrivits i anbudet annat än att det i en enda mening beskrivs att företaget vid intresse kan ”jobba på en tidplan där inflyttning sker trapphusvis”. Huruvida en sådan lösning skulle ge några vinster och i så fall vilka, framgår inte. Någon tidplan för den lösningen finns inte heller bifogad, varför det ”erbjudandet” inte kan bedömas innebära ett mervärde. Punkten 1.0.5. avser att utvärdera metoderna för hur projektet kommer att utföras och utvärderingen måste således utgå ifrån den plan som faktiskt finns med i anbudet. I den tidplan som OF Bygg bifogat görs en samlad slutbesiktning efter att alla trapphus renoverats, vilket medför att någon successiv inflyttning inte är möjlig utifrån den tidplan som lämnats. Den kompletterande uträkning som finns i yttrandet är inte något som Bostaden kan ta hänsyn till i sin utvärdering.

Sammantaget vidhåller Bostaden sin bedömning att OF Byggs anbud endast ska tilldelas 1 poäng i utvärderingen av punkten 1.0.5.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter 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 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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. (20 kap. 6 § LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

OF Bygg menar att anbudet från VNB brister i uppfyllande av obligatoriska krav och därför rätteligen borde ha diskvalificerats samt att det egna anbudet, avseende ett visst utvärderingskriterium, rätteligen borde ha värderats högre.

Förvaltningsrätten noterar att det av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställts i upphandlingsdokumenten.

OF Bygg menar att anbudet från VNB inte uppfyller vad som föreskrivs under punkterna AFD.13 och AFD.133 st 3 i upphandlingsdokumentens Administrativa föreskrifter. Vad som föreskrivs i de aktuella punkterna återges under OF Byggs anförande. Med beaktande av de aktuella kravens utformning är de enligt förvaltningsrättens mening att se som s.k. genomförandevillkor. I Krav 1.2 i upphandlingsdokumentens bilaga Ska-krav återfinns som obligatoriskt krav att anbudsgivarna ska acceptera vad som föreskrivs i upphandlingens Administrativa föreskrifter. Detta krav uppfylls genom att anbudsgivaren åtar sig att leverera/genomföra uppdraget enligt vad som anges i de administrativa föreskrifterna.

VNB har genom att svara Kravet uppfylls på Krav 1.2 i bilaga Ska-krav åtagit sig att genomföra uppdraget i enlighet med vad som föreskrivs i de administrativa föreskrifterna. Med hänsyn till vad som anförts av OF Bygg uppkommer dock fråga om VNB kan anses ha reserverat sig mot vad som föreskrivits i de administrativa föreskrifterna.

Det synes, utifrån hur OF Byggs talan slutligen utformats, vara ostridigt i målet att VNB i sitt anbud placerat byggstängslet längs med tomtgränsen. Det har för övrigt inte heller framkommit i målet att arbetsområdet till någon del avsetts att vara utanför tomten eller att byggstängslet avsetts att placeras utanför tomtgränsen. Med hänsyn bl.a. till vad som angetts i Frågor och Svar, som utgör en del av upphandlingsdokumenten, att arbetsområde = innanför tomtgräns måste VNB enligt förvaltningsrättens mening haft fog för att utgå ifrån att hela tomten kunnat nyttjas som arbetsområde, oaktat om detta eventuellt skulle kunna inskränka nyttigheter som ska hållas öppna. VNB kan därför inte anses ha reserverat sig mot vad som föreskrivits om dessa nyttigheter i de administrativa föreskrifterna.

Vad gäller Bostadens utvärdering av kriteriet Genomförande (p. 1.0.5) bör noteras att det inte ankommer på förvaltningsrätten att göra en detaljerad utvärdering i upphandlingen utan att domstolens prövning inskränker sig till frågan om principerna i 4 kap. 1 § LOU, samt övriga regler i LOU, har överträtts. Vidare har en upphandlande myndighet visst tolkningsföreträde avseende egna krav och kriterier och ett relativt betydande bedömningsutrymme vid värdering av kriterier. Vad som framkommit i målet visar inte att Bostaden skulle ha överskridit detta bedömningsutrymme vid utvärdering av kriteriet ifråga.

På grund av det ovan anförda och då inte heller vad som i övrigt anförts av OF Bygg medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Lena Bergsdorf
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.