



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2012-07-23
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
2516-12 E

SÖKANDE

NA Bygg AB, 556692-5557
Kajsabacksvägen 7
694 34 Hallsberg

Ombud:

Advokat Madeleine Sifvert
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Örebrobostäder AB, 556334-8449
Box 8033
700 08 Örebro

Ombud:

Advokaterna Per-Ola Bergqvist och Richard Sahlberg
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 15
211 34 Malmö

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012 -07- 2 4	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår NA Bygg AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 66151

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Örebrobostäder AB (Örebrobostäder) genomför en offentlig upphandling av en totalentreprenad (partnering) avseende ombyggnads- och nybyggnadsarbeten i stadsdelen Vivalla inom projektet "Mitt Gröna Kvarter". Upphandlingen sker i form av öppet förfarande och utvärderingen av respektive anbudsgivare görs utifrån anbudet samt ett intervjutillfälle där anbudsgivaren får presentera sig och sitt anbudsinnehåll. Örebrobostäder har i tilldelningsbeslut den 8 juni 2012 meddelat att Skanska Sverige AB (Skanska) kommer att antas som leverantör.

I förfrågningsunderlaget 5.3 anføres att utvärderingen görs utifrån anbudet och ett intervjutillfälle där anbudsgivaren kommer att kunna presentera sig och sitt anbudsinnehåll samt att Örebrobostäder därefter kommer att genomföra en utvärdering.

Av förfrågningsunderlaget 7.2 framgår att utvärderingen ska ske utifrån följande utvärderingskriterier och viktning:

- | | |
|---------------------------------------|------------|
| 1. Projektorganisation | 25 procent |
| 2. Arbetsmodell partnering | 25 procent |
| 3. Ekonomi | 15 procent |
| 4. Kvalitets- och miljöledningssystem | 10 procent |
| 5. Arbetsmarknadssatsning | 15 procent |
| 6. "Företaget" | 10 procent |

Varje utvärderingskriterium (delområde) är sedan indelat i mellan två och sju punkter med olika inbördes viktningstal i procent.

Vidare anges följande:

Anbudsgivaren ombeds lämna uppgifter och beskrivningar så att B kan utvärdera i enlighet med följande: Varje punkt kommer att poängsättas från 0-7, där 0 är inget svar och 7 poäng är extra god nivå. Inom parenteser står hur mycket respektive punkt viktas inom sitt delområde.

I förfrågningsunderlaget viktas ekonomi med 15 procent och övriga delområden med 85 procent vilket är relevant för denna typ av samarbetsprojekt. Vid upphandlingen har de så kallade mjuka parametrarna mycket stor ge-

nomslagskraft vid utvärderingen. Beställaren måste här kunna fånga helheten i anbudet för denna typ av projekt. Det görs utifrån inlämnat anbud och intervjutillfällena enligt anbudsfrågan.

YRKANDEN

NA Bygg AB (NA Bygg) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett genom ny anbudsutvärdering samt i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Örebrostäder bestrider bifall till NA Byggs yrkanden.

PARTERNAS TALAN

NA Bygg anför bland annat följande

Närmare om upphandlingen

Efter genomgång av underlaget för anbudsutvärderingen har NA Bygg (med viss svårighet) kunnat räkna ut att bolaget erhållit goda poäng vid utvärderingen av själva anbudet. Poängen stämmer emellertid inte med de poäng som Örebrostäder redovisat i underlaget för anbudsutvärderingen.

Anbudsutvärdering vid intervjutillfället m.m.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att intervjutillfället ska poängsättas separat eller att intervjutillfället kommer att viktas till 35 procent vid anbudsutvärderingen och uppgifterna i anbudet till 65 procent.

Utvärderingar med utgångspunkt från intervjuer är i sig tveksamt i offentliga upphandlingar, eftersom det lämnar stort utrymme för subjektiva bedömningar. Det innebär också att det ställs särskilt höga krav på upphandlande myndigheter om intervjuer ska tillämpas och utgöra del av utvärderingen. Det är ett absolut krav att anbudsgivarna inte lämnar nya uppgifter vid intervjutillfället utan att det enbart är fråga om att tydliggöra de uppgifter som vid tidpunkten redan lämnats i det skriftliga anbudet.

NA Bygg har fått lägre poäng vid intervjun än vid utvärderingen av själva anbudet. För Skanska förhåller det sig tvärtom. Skanska har vid intervjutillfället erhållit mycket högre poäng, så höga poäng att Skanska vid den sammanställda anbudsutvärderingen placerar sig som nummer 1 i upphandlingen strax före NA Bygg och har tilldelats kontraktet i stället för NA Bygg. Detta trots att Skanska har lämnat ett kostnadspåslag om 9,95 pro-

cent som är betydligt högre (mer än 50 procent högre) än NA Byggs kostnadspåslag.

Örebrostäder anför att samtliga anbudsgivare har fått samma frågor vid intervjun och fått lika lång tid på sig. Påståendet kan vare sig vitsordas eller förnekas. NA Bygg har av naturliga skäl inte någon aning om hur intervjuerna med övriga anbudsgivare har gått till eller vilka frågor som har ställts. Det har inte framgått av förfrågningsunderlaget vilka frågor som kommer att ställas. Något underlag för intervjuerna och frågorna har Örebrostäder inte heller presenterat (ens i efterhand). Det strider mot LOU. Som exempel kan nämnas att bristen på underlag i denna del gör att det inte går att bedöma om en anbudsgivare exempelvis lämnat nya uppgifter vid intervjutillfället, vilket inte är tillåtet enligt LOU.

Utvärderingskriteriet Ekonomi

Det är ostridigt att Örebrostäder vid anbudsutvärderingen har frångått sin utvärderingsmodell såvitt avser utvärderingskriteriet "Ekonomi". I stället för att poängsätta "Kostnadspåslag" med 0-7 poäng har Örebrostäder i efterhand övergått till en relativ utvärdering varvid anbudsgivarnas kostnadspåslag har ställts i relation till varandra. Detta har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Tvärtom har det framgått att "Kostnadspåslag" ska poängsättas med 0-7 poäng och viktas till 60 procent av kriteriet "Ekonomi". Det är inte förenligt med LOU och de principer som gäller för offentlig upphandling om transparens och likabehandling att i efterhand frånga förfrågningsunderlag och ändra i utvärderingsmodellen.

Örebrostäder anför bland annat följande

Utvecklande av grunder för inställningen

NA Bygg har i huvudsak ifrågasatt två delar av förfarandet, dels intervju-förfarandet, dels utvärderingen avseende kriteriet "Ekonomi". Vidare har NA Bygg ifrågasatt poängsättningens utförande och redovisning.

Anbudsutvärdering vid intervjutillfället m.m.

Av punkt 5.3 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsutvärderingen kommer att göras utifrån dels anbudet, dels ett intervjutillfälle. Det anges vidare att utvärderingen kommer att ske efter att intervjun har genomförts. Det har med andra ord varit tydligt för anbudsgivarna att poängsättningen kommer att påverkas av intervjun. Det kan tilläggas att detta även tydliggjorts under punkt 7.2 i förfrågningsunderlaget.

Det stämmer i och för sig att den närmare viktningen mellan intervjutillfället och uppgifterna i anbudet inte preciserats. Detta har dock inte haft någon betydelse för anbudsgivarnas möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud, eftersom det vid intervjutillfället endast ställts frågor om de uppgifter som lämnats i anbudet. Dessa frågor har endast syftat till att verifiera och tydliggöra de uppgifter (om s.k. mjuka parametrar) som redan

lämnats och anbudsgivarnas möjlighet att bedöma möjligheten att avge konkurrenskraftigt anbud har alltså inte påverkats av intervjuförfarandet. Förfarandet uppfyller därmed upphandlingsrättsliga krav på öppenhet.

Att en viktning tillämpats är om något ett tecken på att utvärderingen skett utan diskriminering och i enlighet med upphandlingsrättsliga principer. Genom viktningen har intervjuförfarandets påverkan på slutpoängen begränsats till en tredjedel av den möjliga poängen, för samtliga anbudslämnare.

Utförandet av poängsättningen

Det kan kort noteras att kriteriet "Kostnadspåslag" i och för sig inte poängsatts med skala 0-7. Detta har hur som helst inte haft någon betydelse. Även om en sådan poängsättning hade skett, hade det varit fråga om grov poängsättning utifrån skillnaderna i storlek mellan kostnadspåslagen i de olika anbuden.

NA Byggs sammanfattning av påstådda brott mot LOU

NA Bygg synes utgå från att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att redogöra "exakt" för hur poängsättning kommer att ske. Detta är en direkt felaktighet.

Av bland annat rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 framgår att det är tillfyllest att Örebrobostäder redovisat viktningen av kriterier och vilka parametrar som kommer att tillmätas betydelse vid poängsättningen - det finns inget upphandlingsrättsligt krav på att i detalj förklara tillvägagångssättet för utvärderingen.

Vidare vill Örebrobostäder understryka att det enligt praxis (jfr RÅ 2009 ref. 69) åligger den anbudsgivare som gör gällande att en upphandlande myndighet brustit i utformningen av underlaget eller vid upphandlingsförfarandet att klart och tydligt ange vilka omständigheter talan grundas på.

Det är möjligt att NA Bygg inte kunnat sluta sig till hur den slutligt totala poängen framräknats i detalj men detta beror bland annat på den komplexitet som måste följa av en poängsättning baserad på viktning av kriterier och underkriterier och inte på brister i transparens. I den mån det finns en pedagogisk brist i redovisningen är det hur som helst fråga om ett betydelselöst tillkortakommande och inte någon sådan brist på transparens som kan medföra upphandlingsrättslig påföljd. Det relevanta är att det av bifogat underlag går att följa hur poängsättningen skett. Detta är möjligt och av underlaget kan konstateras att poängsättningen skett i enlighet med angivna poängsättningsprinciper.

Särskilt om utvärderingen av anbudens skriftliga del

NA Bygg har i sin ansökan anfört att Skanska genomgående erhållit högre poäng vid intervjutillfället och verkar även vilja påskina att Skanska av denna orsak placerat sig framför NA Bygg i utvärderingen. Påståendet är direkt ogrundat.

Även om något intervjumoment inte hade genomförts, hade Skanska placerat sig framför NA Bygg vid anbudsutvärderingen. Av en jämförelse mellan bilaga 4 och bilaga 7 till ansökan framgår att NA Bygg endast fått en högre poängsättning än Skanska avseende ett kriterium (nr 5) vid utvärderingen av anbudens skriftliga del.

Det kan därmed konstateras att NA Bygg inte lidit och inte heller riskerar att lida skada till följd av de påstådda brister som NA Bygg åberopat. Något ingripande enligt LOU kan därför inte aktualiseras, även om Örebrobestäder hade begått brott mot LOU vid utvärderingen (vilket bestrids).

DOMSKÄL

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 9 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

I 12 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper,

driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 12 kap. 2 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Förvaltningsrättens bedömning

NA Bygg har invändningar mot i huvudsak tre delar av den aktuella upphandlingen, dels intervjuförfarandet och att detta inte angetts tydligt i förfrågningsunderlaget, dels att anbudsgivarnas kostnadspåslag poängsatts i relation till varandra och inte efter den i förfrågningsunderlaget angivna poängmallen, dels redovisningen av poängberäkningen.

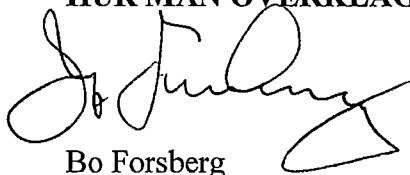
Beträffande poängberäkningen är sammanställningen och den slutliga poängtabellen enligt förvaltningsrättens mening otydlig och det framgår inte tydligt hur den har beräknats. Däremot är de olika utvärderingspunkterna tydligt angivna i utvärderingen av respektive anbud, vilket framgår av bilagorna 4 och 7 till NA Byggs ansökan. Förvaltningsrätten finner därmed att Örebrostäder uppfyllt kraven i 9 § 9 LOU.

Vad gäller intervjuförfarandet är det som NA Bygg anfört förenat med en del svårigheter att genomföra ett sådant och uppfylla alla krav på öppenhet och likabehandling. Vidare är det ytterst tveksamt om det är förenligt med kravet på öppenhet, såsom detta exempelvis kommit till uttryck i 12 kap. 1 och 2 §§ LOU, att inte ange att intervjudelen har viktats till 35 procent av den sammanlagda utvärderingen. Som Örebrostäder anfört har emellertid Skanska fått högre poäng än NA Bygg i utvärderingen av det skriftliga anbudet och NA Bygg har därför inte lidit eller kan komma att lida skada

till följd av bristerna i transparens avseende intervjuförfarandet. Det saknas således skäl för ingripande enligt LOU utifrån dessa brister.

Beträffande utvärderingskriteriet "Kostnadspåslag" har detta brutits ur kriteriet "Ekonomi" och utvärderats för sig. Kriteriet "Kostnadspåslag" har emellertid viktats till 9 procent (60 procent av 15 procent för "Ekonomi" enligt förfrågningsunderlaget) och således haft samma betydelse som om det varit ett underkriterium till kriteriet "Ekonomi" såsom det angetts i förfrågningsunderlaget. NA Bygg har vidare invänt mot att "Kostnadspåslag" utvärderats genom ett relativt beräkningssätt i stället för att direkt poängsätta respektive anbuds påslag med 0-7 poäng såsom anges i förfrågningsunderlaget. Den använda relativa beräkningen har emellertid inneburit att NA Bygg fått ca 50 procent mer poäng än Skanska genom att Skanskas anbud varit motsvarande högre vad gäller "Kostnadspåslag" (9,95 procent mot 6,30 procent). Det finns inte skäl att anta att NA Bygg skulle ha fått så mycket mer poäng i förhållande till Skanska vid en poängsättning enligt förfrågningsunderlaget att bolaget totalt sett skulle ha fått högre poäng i den skriftliga anbudsdelen än Skanska, som enligt vad som anförts ovan, fått högre poäng än NA Bygg i utvärderingen av det skriftliga anbudet. Vid dessa förhållanden har NA Bygg inte visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av den genomförda utvärderingen av "Kostnadspåslag". Mot bakgrund härav och då NA Bygg inte heller i övrigt har visat att Örebrobostäder brutit mot LOU på sätt som medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada ska dess ansökan om överprövning avslås.

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



Bo Forsberg

Målet har handlagts av förvaltningsrättsjuristen Göran Wirdéus



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 vartill 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 3109/1B LOU