



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredraganden
Katarina Lindqvist

DOM
2020-03-03
Meddelad i Falun

Mål nr
6455 – 6457-19

SÖKANDE

Hedemora Mark AB, 556247-2976

Ombud: Advokat Johanna Näslund och Sanela Begovic
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

MOTPARTER

1. Avesta kommun
774 81 Avesta
2. Gamla Byn AB
3. Avesta Industristad AB
Corneliusgatan 15
774 31 Avesta

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Avesta kommun, Avesta Industristad AB och Gamla Byn AB (Kommunen) upphandlar genom förenklat förfarande i enlighet med bestämmelserna i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) ”Ramavtal för schakt- och markarbeten”. Kommunen beslutade den 17 december 2019 att tilldela Grytnäs Gräv AB kontraktet. Av tilldelningsbeslutet framgår att ett anbud från Hedemora Mark AB har placerat sig på tredje plats i upphandlingen.

Hedemora Mark ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om och anför sammanfattningsvis följande. Kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen vid utvärderingen. Upphandlingsunderlaget brister även i transparens och proportionalitet. Kommunen har sammanblandat kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier. Bolaget har lämnat det anbud med lägst pris och utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid en korrekt utvärdering enligt de krav och utvärderingskriterier som angivits borde bolaget tilldelats kontraktet. Bolaget har lidit skada.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Av 20 kap. 4 § LOU följer att förvaltningsrätten ska överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad Hedemora Mark anfört är visat att Kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Hedemora Mark har lidit eller kan komma att lida skada (jfr 20 kap. 6 § LOU).

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada,

utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalas (jfr HFD 2013 ref. 53).

Upphandlingsdokumentens utformning

I punkt AFB.53 i upphandlingsdokumenten anges bl.a. följande.

AFB.53 Prövning av anbud

Beställaren kommer att utvärdera anbuden genom att tillämpa en mervärdesmodell. Utvärderingskriteriet utvärderas och ges ett mervärde i kronor. Mervärdet subtraheras därefter från Leverantörens angivna pris i fältet "summa till utvärdering" i bifogat prisformulär. Summa till utvärdering utgörs av leverantörens anbudsumma gånger fyra (4) för att spegla en avtalstid om fyra (4) år. Det utgör ingen garanti av volymer. Resultatet betecknas som anbudets jämförelsesumma. Anbudet med den lägsta jämförelsesumman är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och kommer tilldelas plats ett (1) i rangordningen, näst mest ekonomiskt fördelaktiga anbud tilldelas plats två (2) osv.

Förutom priset kommer nedanstående kriterium att utvärderas:

- Referenser avseende följande nyckelpersoner (totalt mervärde 4 000 000 sek)
 - Arbetsledare (specifikt mervärde 2 000 000)
 - Kalkylator (specifikt mervärde 1 000 000)
 - Planerare (specifikt mervärde 1 000 000)

Arbetsledare 2 000 000

Fråga 1: Hur sannolikt är det att tidsplanen i uppdragen hålls?

Fråga 2: Hur sannolikt är det att störningar i projektet meddelas i tid?

Fråga 3: Hur sannolikt är det att säkerheten följs upp och att avvikelser hanteras?

Mervärdesavdrag medelpoäng, avrundning sker nedåt till närmaste heltal oavsett vad decimalen visar:

12 poäng avdrag om 2 000 000

10-11 poäng avdrag om 500 000

6-9 poäng påslag om 1 000 000

Kalkylator 1 000 000

Fråga 1: Hur sannolikt är det att kalkyl överensstämmer med utfallet?

Mervärdesavdrag medelpoäng, avrundning sker nedåt till närmaste heltal oavsett vad decimalen visar:

4 poäng avdrag om 1 000 000

3 poäng avdrag om 250 000

2 poäng påslag om 1 000 000

Planerare 1 000 000

Fråga 1: Hur sannolikt är det att rätt resurser är på plats?

Fråga 2: Hur sannolikt är det att rätt material är på plats i rätt tid?

Fråga 3: Hur sannolikt är det att arbetet utförs effektivt?

Mervärdesavdrag medelpoäng, avrundning sker nedåt till närmaste heltal oavsett vad decimalen visar:

12 poäng avdrag om 1 000 000

10-11 poäng avdrag om 250 000

6-9 poäng påslag om 500 000

De åberopade referensuppdragen ska avse aktuell roll för samtliga tre ovanstående kompetenser. Dvs kalkylatorns åberopade uppdrag ska avse arbeten som kalkylator, o.s.v.

Vad parterna anför

Hedemora Mark gör gällande att utvärderingsmodellen inte klart anger hur referensinhämtningen ska ske och hur poängen ska fördelas och att upphandlingsdokumenten därför brister i transparens. Bolaget anför bl.a. följande. Utifrån referenspersonernas svar tilldelas varje anbudsgivare poäng och ett medeltal räknas fram och omvandlas till vissa på förhand angivna avdrag/påslag som läggs till anbudspriset. Det framgår dock inte hur medelpoängen räknats fram. Den beräkningsmodell som kommunen menar har använts innebär att ett lägre medeltal än det lägsta angivna kan erhållas. Utvärderingsmodellen är så bristfällig att det inte varit möjligt att förutse hur utvärderingen skulle gå till. Det har inte varit möjligt för en normalt omsorgsfull anbudsgivare att avgöra vad den upphandlande myndigheten skulle tillmäta betydelse vid upphandlingen och därmed kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det har varken dokumenterats hur poängsättning eller referensinhämtning har gått till. Utvärderingsmodellen som tillämpats kan avgöra hela upphandlingen på ett sätt som inte är proportionerligt. Mervärdesmodellen är en möjlig utvärderingsmodell för att upphandla kvalitet till bästa pris. Bolaget har varit förvissad om att priset utgjort en större del av utvärderingen av anbuderna och har inte haft skäl att räkna med att obefintliga nyansskillnader i poängsättning avseende referensuppdragen har spelat en avgörande roll. Vidare har kommunen när den beaktat referenser utvärderat egenskaper som är hänförliga till kvalificeringsfasen avseende anbudsgivarnas förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. Kriterierna och delfrågorna beträffande nyckelpersonerna

avser leverantörens förmåga att utföra arbetet. Förfarandet strider mot de upphandlingsrättsliga principerna.

Kommunen anför i huvudsak följande. Vad gäller poängsättningen har samtliga referenspersoner för samtliga anbudsgivare kontaktats genom e-post och ställts samma frågor och har också getts samma information om poängen på frågorna samt vad de representerar. Poängen har sedan hanterats i enlighet med de i upphandlingsdokumenten angivna förutsättningarna vilket resulterat i ett monetärt påslag eller ett monetärt avdrag. Då ett medelvärde ska framräknas och läggas till grund för mervärdesavdraget/påslaget adderas de båda referenternas svar. Summan divideras sedan med två. Allt enligt matematiskt etablerade regler för framräknande av medelvärde. Avrundning har skett enligt vad som angivits i upphandlingsdokumenten. De brister som dock funnits i upphandlingsdokumenten avseende medelvärde och det faktum att ett anbud kan erhålla en lägre slutpoäng än vad som angetts i utvärderingstabellen har inte inneburit någon skada för Hedemora Mark då samtliga anbud erhållit slutpoäng inom ramen för vad som angivits i tabellen. Att en skillnad i referensomdömen leder till olika poäng kan inte anses vara oproportionerligt. En modells syfte är att ge ett utslag genom att premiera visst förhållande, i det här fallet mycket höga referensomdömen.

Förvaltningsrättens bedömning

LOU ger inte närmare besked om hur upphandlingsdokumenten ska vara utformade eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna om krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bland annat uttalat att upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlade myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt

utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte överträds.

I punkten AFB.53 i upphandlingsdokumenten anges att en mervärdesmodell tillämpas vid utvärdering av anbud. Poängsättningen och vad som kommer att generera ett avdrag eller påslag redogörs för i punkten. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är denna metod förutsägbar och garanterar att samtliga anbudsgivare behandlas lika och samtidigt får möjlighet till nödvändig grad av insyn. Att det inte framgår hur ett medeltal av två referenser räknas ut innebär inte att det är visat att kommunen i upphandlingen frångått kravet på transparens. Att en anbudsgivare på förhand genom att ta del av upphandlingsdokumenten ska kunna förutse utfallet av värderingen av sitt anbud är inte möjligt.

Nästa fråga blir då om utvärderingsmodellen är förenlig med proportionalitetsprincipen. Poängsättningen av referensuppdragen är begränsad till tre nyckelpersoner och avser liknande uppdrag. Referensfrågorna är direkt kopplade till nyckelpersonerna och hur väl de har utfört liknande uppdrag med avseende på effektivitet och tidsplan. Förvaltningsrätten anser därför att det finns ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och poängsättningen av referensuppdragen. Utvärderingsmodellen får därmed anses uppnå avsett syfte. Det är inte visat att de men i form av påslag som drabbar den anbudsgivare som får lägre referenspoäng är oproportionerliga i förhållande till nyttan för den upphandlande myndigheten. Utvärderingsmodellen går därmed inte utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen.

Av EU-domstolens avgörande C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Referenser kan beaktas vid anbudsutvärderingen, så länge referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt med fördelaktiga anbudet (se Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2129-11). Förvaltningsrätten har ovan konstaterat

att referensfrågorna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga.

Eftersom referenserna ger relevant information för bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga rör det sig inte om en otillåten sammanblandning av kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier. Sammantaget saknas det därför skäl att med anledning av vad Hedemora Mark anför om upphandlingsdokumentens utformning besluta om ingripande enligt LOU.

Utvärderingen

Vad parterna anför

Hedemora Mark anför i huvudsak följande angående utvärderingen av anbudet. I den upphandling som föregick den nu aktuella tilldelades samma bolag kontrakt (se Förvaltningsrätten i Faluns dom i mål nr 3274-3276-19). I det fallet beslutades att upphandlingen skulle göras om. Vinnande bolag har historiskt sett gynnats på ett godtyckligt sätt. Det är inte möjligt att i nu aktuell upphandling utifrån tilldelningsbeslutet kontrollera om jäv föreligger. Mälby Gård AB och bolaget har angett samma nyckelpersoner, referenspersoner och referensuppdrag i sina anbud. Det är dock felaktigt av kommunen att enbart tillfråga referenspersonerna för Mälby Gård AB:s räkning. Bolagen har olika organisationer där bl.a. antalet anställda skiljer sig åt liksom resurserna i övrigt. Offererade nyckelpersoner kan ha utfört uppdrag olika beroende på inom vilken organisation uppdraget utförts. Eftersom bolagets referenser endast tillfrågats för Mälby Gård AB:s räkning har bolaget behandlats annorlunda än övriga anbudsgivare. Bolaget har lämnat det lägsta priset och borde vid en korrekt utvärdering ha tilldelats kontrakt.

Kommunen anför i huvudsak följande. Referenspersonernas svar kan inte skilja sig åt då det rör sig om samma uppdrag, referensperson och nyckelperson. Vad gäller det vinnande bolagets anbud har referenserna tagits på samma sätt som för övriga.

Förvaltningsrättens bedömning

Referenstagningen är i det här fallet inriktad på de tre angivna nyckelpersonerna. Två anbudsgivare har offererat samma nyckelpersoner, referenser och uppdrag. Förvaltningsrätten finner inte att kommunens underlåtenhet att inhämta referenspersonens svar två gånger inneburit att Hedemora Marks anbud behandlats i strid med likabehandlingsprincipen. Det är således inte visat i målet att bolaget på grund av de brister man anfört har lidit skada i förhållande till de två anbud som placerat sig högre än bolagets anbud. Inte heller vad bolaget i övrigt anför visar att kommunen vid utvärderingen förfarit i strid med någon av de grundläggande principerna vid utvärderingen av anbudet.

Sammanfattning

Hedemora Mark har inte anfört omständigheter som visar att kommunen utformat upphandlingsdokumenten i strid med de grundläggande principerna eller övriga bestämmelser i LOU. Hedemora Mark har inte heller visat att kommunen agerat i strid med upphandlingsdokumenten, de grundläggande principerna eller övriga bestämmelser i LOU vid tilldelningen av kontraktet. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU och Hedemora Marks ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Hanna Berglund
rådman



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

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

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.