



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Ann Liljedal

DOM
 2016-02-05
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 4757-15

SÖKANDE

BJ Markbyggnads AB, 556227-3903

Ombud: Advokat Nicklas Rydberg
 Box 171
 186 23 Vallentuna

MOTPARTER

Sandvikenhus AB, 556476-9866
 Box 3045
 811 25 Sandviken

NCC Roads AB, 556302-3307
 Strömmavägen 2
 803 09 Gävle

SAKEN

Offentlig upphandling

| | |
|-------------------------|---------------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2016-02-05 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår BJ Markbyggnads AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 154560

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
 www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sandvikenhus AB upphandlar ramavtal avseende anläggnings- och markarbeten genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 13 november 2015 varvid tre bolag antogs som ramavtalsleverantörer och NCC Roads Aktiebolag rangordnas som nummer ett.

BJ Markbyggnads AB (BJ Markbyggnads), som rangordnades som nummer två, ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att vinnande leverantör förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och/eller göras om. BJ Markbyggnads har lidit skada då bolaget i utvärderingen rangordnats som nummer två och det är den leverantör som får den högsta rankingen kommer i första hand att erbjudas uppdragen.

Sandvikenhus AB (Sandvikenhus) bestrider bifall till ansökan.

NCC Roads AB (NCC) bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad BJ Markbyggnads anfört är visat att Sandvikenhus har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att BJ Markbyggnads lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Vad parterna anfört

BJ Markbyggnads har anfört i huvudsak följande. Rätt utvärderat skulle det egna anbudet erhållit flera poäng än NCC:s. Svaren i det egna anbudet är avsevärt mycket mer uttömmande än motsvarande svar från NCC. Av anbudet framgår att bolagets kompetens, erfarenhet, personal och kompetens är mer omfattande och ändamålsenligt än vad NCC:s är. Bitvis är även NCC:s svar så knapphändiga att svaren redan av det skälet borde ha åsatts en lägre poäng. Själva poängsättningen är dessutom oproportionerlig. Kravet att anbudslämnare ska inneha kvalitetssystemen ISO 9001 och ISO 14001 för att kunna erhålla poäng eller inte få någon poäng för den händelse att anbudslämnarna har ett likvärdigt, eller annat, kvalitetssystem kan inte anses proportionerligt. Bolaget har ett likvärdigt system och hade det givits poäng hade bolaget erhållit en högre sammanlagd poäng än NCC. Kravet på namngivna kvalitetssystem är därmed inte proportionerligt och har fått oproportionerlig betydelse vid utvärderingen. Därutöver har NCC i sitt anbud felaktigt uppgivit att bolaget inte kommer att anlita några underleverantörer. Det framgår av kravspecifikationen att NCC anlitar ett flertal maskinentreprenörer som NCC samarbetat med under ett antal år. Med anledning av att det är ett skall-krav att ange underleverantörer så ska NCC:s anbud rätteligen uteslutas från upphandlingen. I förfrågningsunderlaget har Sandvikenhus angivit att viss viktning av vissa angivna moment ska ske. Hur detta ska ske förklaras endast till viss del. Det är dock först i samband med utvärderingen som Sandvikenhus åsatt respektive krav dess poäng. Eftersom denna poängsättning varit dold har anbudslämnarna inte kunnat bedöma dess betydelse. Förfarandet har inneburit en uppenbar risk för att utvärderingen har kunnat bli mer eller mindre skönsmässig. Upphandlingen brister därmed i transparens, likabehandling och förutsebarhet.

Sandvikenhus har anfört i huvudsak följande. NCC har givit fullgoda svar på samtliga punkter undantaget en punkt där bolaget erhållit ett poängav-

drag. I anbudet framkommer att NCC har den kompetens, erfarenhet och personal som bolaget efterfrågar. I anbudsformuläret skulle leverantörerna ange, i fall det förekommer, vilka underleverantörer man avser att använda. NCC har där svarat att "inga underleverantörer avses användas". På ett annat ställe, punkten 1.1.8, anger emellertid NCC att de anlitar flertalet maskinentreprenörer. Enligt AB 04 Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, är en underentreprenör "den som inom arbetsområdet utför entreprenad åt entreprenören". Definitionen av underleverantör finns inte med i AB 04 men bör vara den som till exempel levererar en maskin, det vill säga en ren försäljning av denna. NCC har således svarat på den ställda frågan att inga underleverantörer kommer användas i uppdraget, men av anbudet framgår att underentreprenörer kommer att användas som utförare av maskintjänster. Såsom förfrågningsunderlaget är utformat, genom att använda benämningen "underleverantör" har NCC svarat korrekt och har därmed inte lämnat några felaktiga uppgifter. Då termen underleverantör inte är vanligt förekommande i branschen har NCC svarat korrekt på den ställda frågan. Hur utvärderingen av anbud kommer genomföras förklaras tydligt i förfrågningsunderlaget. Bedömningen av respektive krav har skett i en referensgrupp där den kompetens finns som behövs för att bedöma anbudssvaren med hjälp av den i förhand angivna poängskalan. Genom att ha bör-krav på certifierade ledningssystem visas en önskan om viss nivå på kvalitet, därav de namngivna systemen.

NCC har anfört i huvudsak följande. Inga felaktiga uppgifter har lämnats i anbudet. I enlighet med vad som anges i anbudet avses inga underleverantörer att användas. Bolaget har egen kapacitet att utföra uppdraget och har därmed inte varit skyldig att bifoga kopia av samarbetsavtal, skriftligt åtagande eller liknande handling. Skall-kravet i förfrågningsunderlaget är följaktligen uppfyllt och bolagets anbud ska utvärderas på så vis som skett. Under rubriken "redogörelse och övriga kommentarer" i bilaga 3, punkten 1.1.8 har bolaget i sitt anbud skrivit en text som inte är svar på ett skall-

krav, utan i enlighet med rubriken är det en redogörelse och övrig kommentar. Den aktuella rutan är markerad med ett R vilket innebär att svaret är ett redogör-krav. Bolaget anlitar maskinentreprenörer som vi sedan tidigare samarbetar med men endast för inhyrning av maskiner och arbetare vid eventuellt tillfälligt behov, dvs. inte för fullgörande av uppdraget. Vid inhyrning av maskin eller personal så utövas all arbetsledning av NCC och ersättning till maskinentreprenören utgör ersättning för arbetarens timkostnad och /eller maskinhyra. Någon självständig entreprenad med utökat ansvar i entreprenaden utövas inte av bolaget som maskinen och/eller arbetaren hyrs in från.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis prövar förvaltningsrätten frågan om förfrågningsunderlaget brister i transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har slagit fast att 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Förvaltningsrätten finner att den nu aktuella utvärderingsmodellen måste anses tillräckligt tydlig för att en normalt omsorgsfull leverantör ska kunna förstå vad som efterfrågas. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte på den grunden.

BJ Markbyggnads anför att NCC:s kortfattade svar borde ha gett NCC lägre poäng än BJ Markbyggnads. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att svaren måste vara omfattande för att tilldelas höga poäng. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Sandvikenhus bedömning i den delen. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger inte heller på denna grund.

Vad gäller frågan om de så kallade bör-kraven avseende ISO 9001 och 14001 är oproportionerliga konstaterar förvaltningsrätten att den upphandlande myndigheten valt att skapa en utvärderingsmodell där anbudsgivare som har de namngivna kvalitetssystemen tilldelas poäng. Av utvärderingsprotokollet framgår att dessa två poster kan ge maximalt 8 poäng. Av protokollet framgår även att NCC tilldelats totalt 74 poäng och BJ Markbyggnads 64 poäng. Då skillnaden mellan de båda är mer än 8 poäng konstaterar förvaltningsrätten att BJ Markbyggnads inte liden skada även om det nu aktuella bör-kravet skulle kunna anses oproportionerligt. I vart fall inte isolerat från de övriga kraven i utvärderingen. Då BJ Markbyggnads inte liden skada med anledning av dessa finns inte skäl att förordna om ingripande enligt LOU på denna grund.

BJ Markbyggnads anför vidare att NCC inte lämnat uppgifter om andra bolag som kan komma att utföra arbete åt NCC på rätt plats i anbudet och Sandvikenhus invänder att det är förståeligt. NCC har anført att inga felaktiga uppgifter har lämnats i anbudet då bolaget inte har för avsikt att använda sig av några underleverantörer, den information som lämnats i för redogörelse avsedd ruta har endast varit en redogörelse och övrig kommentar. Förvaltningsrätten finner därmed att BJ Markbyggnads inte har visat att bestämmelserna i LOU eller gemenskapsrätten överträtts när NCC antagits såsom leverantör.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte skäl att förordna om ingripande enligt LOU. Ansökan ska således avslås.

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

Karin Forslund Johansson
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 avtalet 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.