



SÖKANDEN

1. HBM Dykentrepnad AB, 556795-8789
Assarebo Hörlycke Mosse
461 98 Trollhättan

Ombud: Advokat Nicklas Gränsmarker
Rosengrens Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 2523
403 17 Göteborg

2. ÖPD Subsea AB, 556648-4985
Skeppet Ärans väg 25
426 71 Västra Frölunda

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind och bitr. jurist Elin Elvgren
MAQS Advokatbyrå Göteborg AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

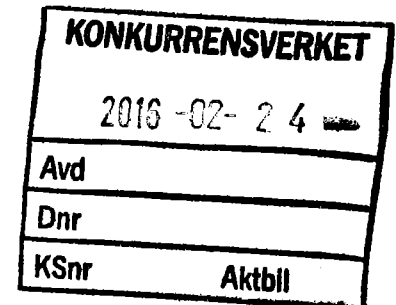
Öckerö kommun
475 80 Öckerö

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller HBM Dykentrepnad AB och ÖPD Subsea AB:s ansökningar om överprövning och beslutar att Öckerö kommuns upphandling av undervattensarbete i form av underhålls- och reparationsarbeten samt besiktningar av sjöförlagda VA-ledningar m.m., dnr 0223/15, ska göras om.



Dok.Id 380425

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

Telefax
031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Öckerö kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal avseende undervattensarbete inklusive ledningsbesiktningar, dnr 0223/15. Av tilldelningsbeslut framgår att kommunen antagit annat bolag än HBM Dykentrepenad AB och ÖPD Subsea AB för utförande av undervattensarbete under en avtalstid om tre år.

YRKANDEN M.M.

Mål 11751-15

HBM Dykentrepenad AB (HBM) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att de tilldelas avtal och i andra hand att upphandlingen ska göras om. HBM anför i huvudsak följande.

Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i LOU genom att vid utvärdering felaktigt inte tilldela dem avtal. Kommunen har även brutit mot LOU genom att förfrågningsunderlaget har sådana brister att det strider mot principerna om transparens och likabehandling. Kommunen bjöd genom anbudsintjudan daterad den 7 september 2015 in anbudsgivare avseende ramavtal för undervattensarbete inklusive ledningsbesiktningar. Anbudet öppnades enligt protokoll fört vid anbudsöppning den 22 september 2015, det vill säga innan anbudstiden gått ut. Av anbudsintjudan framgår att vid utvärdering av denna ska hänsyn tas till fem angivna kriterier i en fallande prioritetsordning. De kriterier som enligt anbudsintjudan ska tas hänsyn till är inte förenliga med LOU. De är inte viktade och det går således inte att utläsa vilken betydelse som vid utvärdering ska läggas vid varje kriterie. Om en upphandlande enhet kan visa påvisbart skäl till att det inte går att ange viktning behöver sådan inte anges. I sådant fall ska viktning anses

ske i fallande skala, vilket angivits i anbudsförfrågan. Detta är dock inte tillämpligt i aktuellt fall då det är fullt möjligt att ange viktning. I vart fall har inget skäl angivits till varför det inte skulle vara möjligt att ange viktning. Till detta kommer att vid utvärderingen har inte viktning efter fallande skala tillämpats. Det förefaller snarare som att samtliga kriterier vid utvärderingen har hanterats lika.

HBM lämnade ojämförligt lägst timpris i anbudet. HBM har även sedan fyra år varit leverantör åt kommunen som därför har en omfattande och god kännedom om HBM. I beaktande av att pris ska vara det kriterie som ska ha högst viktning, kommunens kännedom om HBM, samt att övriga kriterier är mycket svårbedömda skulle HBM ha tilldelats avtal. Till följd av detta ska tilldelningsbeslutet rättas på detta sätt.

Vad gäller brister i förfrågningsunderlaget bedöms kriterierna två, fyra och fem strida mot LOU. Kriterie två är inte förenligt med principen om likabehandling då den anbudsgivare som tidigare inte varit leverantör åt upphandlande enhet är helt utesluten från möjligheten att erhålla någon "poäng" i denna del. Det framgår inte heller på vilket sätt denna prövning av beställarens erfarenhet sker. Det är därför ett brott mot såväl likabehandlings- som transparensprincipen. I kriterie fyra anges inte på något sätt vilka uppgifter om organisation, omfattning eller struktur som efterfrågas. Det anges inte heller vilka resurser, eller vilken omfattning av resurserna som avses. Det anges inte heller vilket arbetssätt som efterfrågas. Kriteriets utformning medför därför att en objektiv bedömning av anbudet inte är möjlig. Tvärtom ger utformningen i princip kommunen en fri prövningsrätt. Vad gäller kriterie fem, anges inte heller hur en utvärdering ska gå till. Enligt faktisk utvärdering har ISO-certifiering värderats högre än ett icke ISO-certifierat system. Att sådan bedömning skulle läggas till grund för utvärdering framgår inte av förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget brister därför i såväl tydlighet som förutsebarhet, vilket strider mot principerna om transpa-

rens och likabehandling. I samma kriterie förklaras inte heller syftet med referenslistan eller hur den ska utvärderas och om vissa referenser är mer värda än andra. Var och en av de tre ovan angivna värderingsgrunderna, alternativt sammantaget, har sådana brister att upphandlingen strider mot de grundläggande principerna i LOU. Till följd av detta ska upphandlingen göras om.

Kommunen yrkar i första hand att HBM:s begäran om överprövning ska avvisas och att tilldelningsbeslutet fastställs. I andra hand yrkar kommunen att upphandlingen ska göras om. Kommunen kommer i sådant fall att ta fram ett kraftigt reviderat förfrågningsunderlag. Kommunen anför i huvudsak följande.

Kommunen har tillämpat exakt samma upphandlingsmodell och samma utvärderingskriterier vid upphandling av undervattensarbete under åren 2002, 2006, 2011 och 2015. HBM har lämnat anbud åren 2011 och 2015 utan några invändningar av det slag som nu framförs. HBM får därför anses ha lämnat en tyst accept av förfrågningsunderlagets utformning och beställarens sätt att utvärdera de inkomna anbuden. Om HBM anser att förfrågningsunderlaget har så stora brister som nu antyds hade det varit på sin plats att påtala detta under anbudsskedet och inte när tilldelningsbeslut är skickat. Problemet med aktuell typ av upphandling av ramavtal är att beställaren inte på förhand vet vilka arbeten som kan bli aktuella. Kommunen har därför inte funnit det lämpligt att utforma förfrågningsunderlaget på det sätt som tillämpats vid de tidigare upphandlingarna. Beställaren gör en samlad bedömning av anbuden enligt värderingskriterier ett till fem, upptagna i fallande prioriteringsordning. I denna upphandling har HBM bedömts ha försteg avseende värderingsgrund nummer ett. Beträffande övriga värderingsgrunder bedömdes de andra anbudsgivarna ha försteg framför HBM. Beträffande värderingsgrund nummer tre, inställetid vid akuta arbeten, har HBM angivit 24 timmar. Detta kan jämföras med övriga anbudsgivare som

angett två timmar respektive tre till fyra timmar. Det är självfallet så att ett akut arbete måste påbörjas tidigare än efter 24 timmar. I den samlade bedömningen av de inkomna anbuden bedömdes det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ha lämnats av FROG Marine Service AB. Protokollet från anbudsöppningen har av misstag blivit feldaterat vilket torde vara uppenbart då anbuden inte hade kommit in den 22 september 2015.

Mål 11944-15

ÖPD Subsea AB (ÖPD) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. ÖPD anför i huvudsak följande.

Upphandlingen är inte rättsenlig då den har genomförts utan att hänsyn tagits till de grundläggande principer som ska tillämpas vid offentligt upphandling. Kommunens förfrågningsunderlag uppfyller inte kravet på likabehandling och brister i tydlighet och transparens. Kommunen har även sammanblandat kvalificerings- och tilldelningskriterier. Förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell saknar även vägledning för vad kommunen tillmäter betydelse och kommunen har därigenom skapat sig en fri prövningsrätt.

Kommunen tillämpar som tilldelningsgrund det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med fem utvärderingskriterier. Ingen information anges i förfrågningsunderlaget angående hur dessa kriterier närmare ska bedömas eller hur de ska viktas mot varandra. Inte heller framgår relationen mellan pris och kvalitet. Någon poängskala existerar inte, utan det enda som framgår i denna del är alltså att kriterierna utvärderas i fallande prioriteringsordning. Enligt det första kriteriet utvärderas anbudsgivarna utifrån "angivna timpriser m.m. i timprislistan". Av tilldelningsbeslutet framgår dock att endast "timpriser för personal" har beaktats, trots att timprisbilagan till förfrågningsunderlaget efterfrågar fler priser än så. Således har endast en del av timprislistorna beaktats, i strid med vad som anges i förfrågningsunderlaget.

Om samtliga timpriser rätteligen hade utvärderats skulle ÖPD:s anbud vara mer fördelaktigt än övriga anbudsgivares. I tilldelningsbeslutet anges vidare att anbudsgivare två "bedöms ha ett försteg avseende värderingsgrund ett, följd av anbudsgivare tre och ett". Hur stort detta försteg är och vilken betydelse det har för den totala utvärderingen anges inte och det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget. Utvärderingskriteriet och utvärderingen av detsamma är därför otydligt.

Kriterie två är diskriminerande och strider mot likabehandlingsprincipen. Kriteriet missgynnar de leverantörer som inte har utfört något uppdrag för kommunen. Innan annan leverantör än den som utfört ett uppdrag åt kommunen har möjlighet att "vinna" kriteriet. Kravet kan inte motiveras på något sätt eftersom det inte premierar den leverantör med bäst referensuppdrag. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget hur omfattande erfarenhet kommunen ska ha haft av anbudsgivaren för att detta ska beaktas och ge ett försteg. Utvärderingskriteriet och utvärderingen av detsamma är därför otydligt. Vidare ifrågasätts kommunens uppgift om att kommunen har tidigare erfarenhet av anbudsgivare tre. Kommunens tidigare erfarenhet härrör från arbete utfört av bolaget år 2010. Bolaget bildades dock först den 1 juli 2011. Det ifrågasätts även vilken juridisk person som har lämnat anbud för anbudsgivare tre.

Av kriterie tre framgår att ÖPD har ett "försteg", det framgår dock inte hur stort detta skulle vara eller vilken betydelse ett sådant har för den totala utvärderingen. Utvärderingskriteriet och utvärderingen av detsamma är därför otydligt. Gällande kriterierna fyra och fem framgår inte hur kriterierna ska tolkas eller hur de kommer att utvärderas. Det framgår att ÖPD, och beträffande kriterie fyra även anbudsgivare 3, har ett "försteg" avseende dessa kriterier. Det framgår dock inte hur stort detta är eller vilken betydelse det har för den totala utvärderingen. Utvärderingskriterierna och utvärderingen är därför otydlig.

ÖPD har till följd av förfrågningsunderlagets utformning inte haft möjlighet att bilda sig en uppfattning om vad kommunen tillmäter betydelse. Vidare har kommunen genom poängskalans utformning skapat sig en fri prövningsrätt. ÖPD skulle genom ett tydligt förfrågningsunderlag med poängskala som innehåller mätbara kriterier kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt. Avsaknaden av detta har medfört att ÖPD förtagit möjligheten att ge in sitt bästa anbud. ÖPD har därför lidit eller riskerar att lida skada av förfrågningsunderlagets brister.

Kommunen yrkar att ÖPD:s begäran om överprövning avvisas eftersom begäran om överprövning kommit in för sent och anför i huvudsak följande. Kommunens tilldelningsbeslut daterat den 27 oktober 2015 meddelades samtliga anbudsgivare per e-post den 2 november 2015. Tidsfristen för begäran om överprövning löpte således ut den 12 november 2015. Begäran från ÖPD om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 17 november 2015, vilket är fem dagar efter det att tidsfristen för begäran om överprövning löpt ut.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 § (16 kap. 11 § LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodellen 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 (jfr RÅ 2002 ref. 50).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

Utredningen i målet

I kommunens anbudsinbjudan anges bl.a. följande.

Det mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till nedan i prioriteringsordning angivna värderingsgrunder kommer att antas.

1. Angivna timpriser m.m. i timprislistan.
2. Beställarens tidigare erfarenhet av entreprenören.
3. Inställelsetid vid akuta arbeten.
4. Företagets organisation, resurser och arbetssätt.
5. Referenslista, kvalitets- och miljöledningssystem.

Förvaltningsrättens bedömning

Mål 11944-15

Kommunen gör gällande att ÖPD:s ansökan om överprövning ska avvisas på den grunden att den har kommit in för sent. Enligt 16 kap. 11 § LOU ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av avtalsspärren. Av utredningen i målet framgår att det varken i tilldelningsbeslutet eller i underrättelsen till ÖPD om tilldelningsbeslutet har angetts den period under vilken avtal inte får ingås. Någon avtalsspärr har därmed inte börjat löpa och ÖPD:s ansökan som kom in till förvaltningsrätten den 17 november 2015 har således kommit in i rätt tid. Skäl att avvisa ÖPD:s ansökan saknas därför.

Mål nr 117751-15 och mål nr 11944-15

Prövningen i målen avser kommunens upphandling av undervattensarbete i form av underhålls- och reparationsarbeten samt besiktningar av sjöförlagda VA-ledningar m.m., dnr 0223/15.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. En förutsättning för att sådant ingripande enligt LOU är att överträdelsen har medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada.

HBM gör i huvudsak gällande att de kriterier som anges i punkterna två, fyra och fem i förfrågningsunderlaget strider mot likabehandlings- och transparensprincipen och menar att utvärderingskriterierna är så otydligt utformade att det inte varit möjligt att förutse hur utvärderingen av anbuden skulle ske, vilket i praktiken inneburit en fri prövningsrätt för kommunen.

ÖPD gör i huvudsak gällande att de kriterier som anges i förfrågningsunderlaget strider mot likabehandlings- och transparensprincipen och menar att utvärderingskriterierna är så otydligt utformade att det inte varit möjligt att förutse hur utvärderingen av anbuden skulle ske, vilket i praktiken inneburit en fri prövningsrätt för kommunen.

Frågan är således om de delar av förfrågningsunderlaget som HBM och ÖPD har anmärkt på är så bristfälliga att kommunen måste anses ha brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU samt om de båda bolagen i så fall har visat att denna överträdelse har medfört att de lidit eller riskerat att lida skada.

Kriteriet i punkt 2 avser beställarens tidigare erfarenhet av entreprenören. Såsom HBM och ÖPD har anfört innebär detta kriterium att upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar därutöver att när en upphandlande myndighet, såsom i förevarande fall, fastställer andra utvärderingskriterier än enbart

pris är det i stort sett ofrånkomligt att kriterierna i viss mån utgörs av subjektiva bedömningsgrunder. Det kan enligt förvaltningsrätten inte ställas krav på en upphandlande myndighet att utforma ett förfrågningsunderlag som ger exakta anvisningar för vad som kommer att poängsättas i fråga om en verksamhet av aktuellt slag. Däremot får inte utvärderingskriterierna innehålla sådana brister att de kan hindra anbudsgivare från att lämna konkurrenskraftiga anbud eller medföra att upphandlande myndighet ges en fri prövningsrätt.

Av kommunens förfrågningsunderlag framgår att det mest fördelaktiga budet ska antas med hänsyn till fem kriterier i fallande prioritetsordning. I övrigt ges i förfrågningsunderlaget ingen ledning för anbudsgivarna hur värderingen av dessa ska gå till. Hur kriterierna betygsätts anges i stället i den promemoria som kommunen bifogat tilldelningsbeslutet. Denna promemoria har, såvitt framkommit i målet, inte varit tillgänglig för presumtiva anbudsgivare vid tiden för anbudens avlämnande. Anbudsgivarna har därmed saknat möjlighet att förutse hur kriterierna kommer att betygsättas vid utvärderingen och vad som krävs för att nå ett visst försteg.

Förvaltningsrätten anser att de värderingsgrunder som återfinns i kommunens tilldelningsbeslut är alltför allmänt hållna och att de ger kommunen utrymme för fri prövningsrätt. Kriterierna ger mycket lite vägledning i vad som specifikt efterfrågas inom respektive kriterier. I den promemoria som kommunen bifogat tilldelningsbeslutet har kommunen också beaktat förhållanden som varken kan utläsas ur förfrågningsunderlaget eller förutses på annat sätt. Det är alltså svårt att förutse hur ett anbud ska vara utformat för att motsvara det som efterfrågas och för att vara konkurrenskraftigt. Förfrågningsunderlaget strider därför mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens, och bryter därmed mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att HBM kan ha lidit skada genom kommunens utformning

av förfrågningsunderlaget och att det därför finns skäl för ingripande enligt LOU. Förvaltningsrätten anser också att ÖPD, som uppgett att det förhindrats att ge sitt bästa anbud genom det otydliga förfrågningsunderlaget, kan ha lidit skada genom utformningen av förfrågningsunderlaget. Vad kommunen har anfört om att den tidigare har tillämpat samma upphandlingsmodell och att HBM då lämnat anbud utan att ha framfört invändningar föranleder ingen annan bedömning. Eftersom det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget är rättelse inte tillräckligt. Ansökningarna om överprövning ska därför bifallas och upphandling av undervattensarbete i form av underhålls- och reparationsarbeten samt besiktningar av sjöförlagda VA-ledningar m.m., dnr 0223/15 ska göras om.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Henrik Björkstrand.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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. 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 kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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 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.