



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Förvaltningsrättsnotarien
 Anna Borgs

DOM
 2013-08-29
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 1815-13

SÖKANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086
 169 83 Solna

Ombud: Tomas Jonasson
 Skanska Sverige AB, Stab Juridik
 169 83 Solna

MOTPART

Falu kommun
 791 83 Falun

Ombud: Advokat John Hane
 Foyen Advokatfirma AB
 Box 7229
 103 89 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013 -08- 3 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 91371

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

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

Telefax
 023-383 00 80

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Falu kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende "Projekt Södra centrum/Resecentrum Falun" med diarienummer T&F0177/12 enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande och grunden för antagande av anbud är det mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till de i förfrågningsunderlaget (FFU) angivna kriterierna.

Skanska Sverige AB (Skanska) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att den ska rättas.

Kommunen bestrider i första hand bifall till ansökan. I andra hand medger kommunen att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

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 anger vilka omständigheter talan grundar sig på (RÅ 2009 ref. 69).

För att förvaltningsrätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först efter att rättelse har gjorts, måste således Skanska visa att kommunen brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU och att detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna i LOU innebär att upphandlande myndigheter ska behandla alla 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 § samma lag).

När en anbudsgivare som i förevarande fall gjort gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör förvaltningsrättens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Vad parterna har anfört

Skanska för fram att grund för ingripande enligt LOU föreligger på grund av att kommunen brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna samt mot principen om icke-diskriminering. Det kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget (FFU) vilka förutsättningar som gäller för upphandlingen, med följderna att upphandlingen inte har konkurrensutsatts på ett riktigt sätt. Vidare har kommunen vid utvärderingen i kriterier lagt vikt vid uppgifter som strider mot principen om icke-diskriminering. Till stöd för detta anför Skanska följande.

Kommunen har utvärderat utvärderingskriterier som inte är namngivna i FFU. Ursprungligen framgick det att det var ett skall-krav att prissatt tidsplan skulle ingå i anbudet. Av kompletteringar och justeringar till FFU som kommunen skickade ut under anbudstidens gång framgår att kravet om prissatt tidsplan enligt punkterna 8.1 och 11 i FFU utgick som skall-krav. Trots kommunens instruktion har den utvärderat inkomna anbud genom utvärderingsbilagan som heter "Riktkostnad – utvärderingskriterium enligt 8.1". Otydligheten har skapats genom den upphandlande myndighetens agerande under anbudstiden och den har inneburit att Skanska fråntagits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Vidare har kommunen tillämpat ett påslag om 30 procent av anbudssumman på anbud till vilka den prissatta tidsplanen inte ingår. Ett så stort påslag är oproportionerligt i förhållande till den betydelse en prissatt tidsplan har för kommunen. Det finns inga direkta krav på utformningen av en

tidsplan i FFU och priset som sätts på tidsplanen har helt saknat betydelse i upphandlingen.

Skanska för vidare fram att i FFU anges att anbudsgivarna ska ange ett antal "kontaktpersoner". Kommunen har kontaktat dessa personer och ställt ett antal frågor till dem och svaren har sedermera utvärderats. Detta har fått avgörande betydelse i upphandlingen. Det anges inte i FFU att dessa personer ska agera som referenspersoner och inte heller hur sådan referenstagning ska gå till eller hur den ska poängsättas/prissättas eller på annat sätt utvärderas. Termen "kontaktperson" ger inte heller någon vägledning till att personerna kommer att intervjuas som referenspersoner för referensobjekten. Anbudsgivarna har därmed inte haft någon möjlighet att vid anbudsarbetet ha kännedom om att det varit fråga om referenspersoner. Kommunen har därmed tillämpat ett utvärderingskriterium, referenspersoner, som inte var angivet i FFU. Även genom denna brist har Skanska fråntagits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Slutligen för Skanska fram att det varit otydligt vad som avses med utvärderingskriteriet i punkt 12.4 i FFU, erfarenhet av partneringsentreprenader, och hur det ska utvärderas. Kommunen har efter tilldelningen meddelats angett att "Erfarenheter från relevanta projekt inom partnering kan gynna detta projekt. Positivt är om projekten har genomförts i närområdet samt att påvisade erfarenheter bedöms positiva för detta projekt" tillmätts betydelse. Det framgår inte av FFU att kommunen avsett projekt i partnering som genomförts i närområdet. Vidare anges tydligt i motiveringen att erfarenheter från närområdet är nödvändigt för full poäng. Skanska har inte sådan erfarenhet från närområdet och har därmed diskriminerats. Att endast utdela full poäng avseende erfarenhet av partneringsentreprenader om anbudsgivaren har sådan erfarenhet i närområdet strider mot principen om icke-diskriminering.

Kommunen för mot detta fram följande.

Det är riktigt att kommunen under anbudstiden gjort tre smärre kompletteringar och justeringar av sitt förfrågningsunderlag, däribland Kompletterande förfrågningsunderlag (KF 3) den 28 mars 2013. Kommunen angav däri kortfattat att ”8.1 Prissatt tidsplan utgår som skallkrav”. Kommunen medger att den texten kunde ha varit mer utförlig vad gäller avsikten. Vad som avsågs var att kravet inte skulle ses som ett skall-krav, med innebörden att anbudet skulle förkastas om inte kravet uppfyllts, utan som ett börkrav med den alltså gällande sanktionen med uppräknad av anbudssumman för den som inte uppfyller kravet. Kommunen har i bilaga tre till FFU alltså angivit att anbud som inte innehåller prissatt tidsplan kommer få sin fiktiva anbudssumma uppräknad med 30 procent. Den instruktionen förändrades inte med KF 3. Kommunen gör i första hand gällande att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör förstår detta. Att de två andra anbudsgivarna givit in prissatta tidsplaner stödjer detta. Det har också funnits möjlighet för Skanska att ställa frågor till kommunen om KF 3 om bolaget bedömt någon osäkerhet eller motstridighet föreligga om vad som rätteligen gällt. I andra hand medger kommunen att texten kunnat missförstås på det sätt Skanska gjort gällande. Även om Skanskas fiktiva anbudssumma reduceras med det påslag som gjorts, medför det inte att Skanska kommer att tilldelas kontraktet. En rättelse på detta sätt skulle därför bli verkningslös, varför förvaltningsrätten inte ska förordna om en sådan.

Angående frågan om påslagets storlek står i proportion till kriteriets betydelse för kommunen fram följande. Kommunen har haft en stor frihet att utforma sin utvärdering. Kriteriet har bedömts som så viktigt att det till och med ursprungligen varit ett skallkrav och det har stor betydelse för det partneringsprojekt som ska upphandlas. Proportionalitetsprincipen har därför inte trätts för när genom storleken på påslaget.

Vidare anför kommunen angående referenspersoner/nyckelpersoner följande. Referenspersoner har inte använts som ett självständigt tilldelningskriterium. Av det tillämpade tilldelningskriteriets ordalydelse framgår att "namngiven personal värderas utifrån utbildning, erfarenhet, erfarenhet av liknande objekt och intervju". Av den specifika ordalydelsen för respektive nyckelperson som skulle komma att utvärderas kan utläsas att detta skulle redovisas av anbudsgivare förutom genom personliga CV:n också genom ett antal olika referensobjekt. Det framgår således uttryckligen att man kommer att utvärdera och poängbedöma dessa nyckelpersoners specifika kompetens för projektet genom olika referensobjekt som dessa nyckelpersoner medverkat i och efterfrågat en kontaktperson därför. Det framgår klart av sammanhanget att avsikten också varit att intervjua de kontaktpersoner som anbudsgivarna åberopat. Det finns inget krav på att en upphandlande myndighet i förväg ska redovisa exakt vilka frågor som ska ställas.

Slutligen anför kommunen angående poängbedömningen av erfarenhet av partneringsentreprenader följande. Grunden till att projekt i närområdet anses positivt är följande. De tre anbudsgivarna är rikstäckande mycket stora byggföretag med erfarenhet av partnering. Detta är dock inte liktydigt med att erfarenheten också erbjuds kommunen i förevarande upphandling. Vid utvärderingen av förevarande kriterium har det tillmätts vikt att synliggöra att det finns erfarenhet av partnering på det lokala planet och att den erfarenheten kommer komma kommunen till del i upphandlingen. Det är detta som avsetts med formuleringen och inte några referenser av platsorganisationer i Dalarna generellt.

Förvaltningsrättens bedömning

Vad först avser frågan om ändringen av skall-kravet angående prissatt tidsplan beaktar förvaltningsrätten följande. Av Upphandlingsföreskrifterna (UF) "8.1 Riktkostnad" framgår, så som kravet ursprungligen utformades,

att till rikt kostnadens summa skall det bifogas en tillhörande prissatt tidsplan med sluttider enligt 5.1". Vidare framgår under UF "11. Kvalificering av anbudsgivare", såvitt nu är aktuellt, följande. "För att anbud ska tas upp till prövning ska en prissatt tidsplan medfölja anbudet.". I kompletteringar och justeringar till UF (KF 3) har kommunen sedan angivit att "8.1 Prissatt tidsplan utgår som skallkrav." samt att "11. Texten 'För att anbudet ska tas upp till prövning ska en prissatt tidsplan medfölja anbudet.' Utgår.". Bilaga 3 "Rikt kostnad – Utvärderingskriterium enligt 8.1 Utvärderingsmall" ska fyllas i om prissatt tidsplan finns och den totala summan är rikt kostnaden om den finns med och rikt kostnaden x 1,3 om den inte finns med.

Skrivningen om att det görs ett påslag till rikt kostnaden om den prissatta tidsplanen inte finns med i anbudet finns visserligen fortfarande kvar efter ändringen, men KF 3 ger vid handen att planen inte längre efterfrågas. Därför uppstår det enligt förvaltningsrättens mening oklarheter kring om en prissatt tidsplan efterfrågas eller inte. Den oförutsebarhet som förändringen av förfrågningsunderlaget innebär har medfört att anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle ske. Att Skanska inte ställt fråga om detta medför inte en annan bedömning.

Vad sedan gäller frågan om det påslag om 30 procent på rikt kostnaden strider mot proportionalitetsprincipen anser förvaltningsrätten inte att det mot bakgrund av vad Skanska har fört fram, eller vad som i övrigt framkommer av utredningen i målet, är visat att åtgärden går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå dess syfte.

Avseende frågan om poängbedömningen av erfarenhet av partneringsentreprenader anser förvaltningsrätten att såsom utvärderingskriteriet utformats i förfrågningsunderlaget, indikerar det att ett brett spektrum av uppgifter kan ge poäng om de erfarenheter och förmågor som åberopas gagnar projektet. Att kommunen gör bedömningen att det är positivt om projekten

genomförts inom närområdet framgår emellertid inte med tillräcklig tydlighet av kriteriets utformning och är dessutom inte förenligt med principen om icke-diskriminering. Grund för ingripande finns därför även på denna grund.

Angående frågan om de efterfrågade kontaktpersonerna noterar förvaltningsrätten följande. Av UF "12.2 Organisation och förmåga" framgår att redovisad namngiven personal värderas utifrån utbildning, erfarenhet, erfarenhet av liknande objekt och intervju. Se bilaga 2." Vidare framgår av UF 12.2.1 – 12.2.5 att för fem angivna befattningar ska detta redovisas med CV innehållande förutom utbildning och erfarenhet, med referensobjekt av olika typer till vilka kontaktperson ska anges. Utöver detta värderas redovisade utbildningar och erfarenheter som kan vara till gagn för projektet. Av bilaga 2 "Organisation och förmåga – Utvärderingskriterium enligt 12.2" framgår vidare att respektive befattning poängsätts efter vad som efterfrågats i UF samt vilken poäng respektive punkt kan ge. Av utvärderingen av ifrågavarande kriterium framgår att ett medelvärde har tilldelats från övriga angivna projekt om referens saknats och att noll poäng tilldelats om referenspersonen inte känt igen arbetstagaren. Av bilaga 4 "Intervjumall" i jämförelse med KF 3 framgår slutligen att platschef, arbetsledare mark samt arbetsledare park kommer kallas till intervju och vilka frågeställningar som kommer bedömas och betygsättas och betygsskalan.

Förvaltningsrätten anser inledningsvis att det av begreppet "kontaktperson" samt av det sammanhang det återfinns i får anses följa att det till dessa personer kan komma att ställas frågor om hur referensuppdragen genomförts. Däremot framgår det inte av förfrågningsunderlaget hur utvärderingen av den informationen kommer att genomföras. Förfrågningsunderlaget kan därför inte heller i denna del anses uppfylla de krav som ställs i LOU om transparens och grund för ingripande föreligger därför även på denna grund.

Förvaltningsrätten finner att de brister i förfrågningsunderlaget som därmed har konstaterats har medfört att anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle ske. Bristerna medför en sådan risk för skada för Skanska att ingripande enligt LOU bör ske. Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om. Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de övriga invändningar som Skanska framställt i sin ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1C LOU).



Anna Önell

rådman