



SÖKANDE

Assemblin El AB, 556013-4628

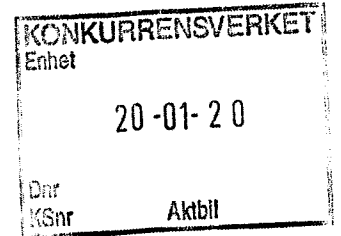
Ombud: Pernilla Rasiwalla
Advokatfirman Elici AB

MOTPART

Region Västerbotten

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, såvitt avser teknikområde
Elarbeten och geografiskt område Umeå, ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Västerbotten (Regionen) genomför med öppet förfarande en upphandling av ramavtal för byggtreprenad (dnr RS 2442-2018). Upphandlingen är indelad i tio olika teknikområden och tre olika geografiska områden.

Beträffande teknikområde Elarbeten och geografiskt område Umeå har anbudet från Caverion Sverige AB rangordnats som nummer ett och anbudet från Assemblin El AB som nummer två.

Assemblin El AB (Assemblin) yrkar i förvaltningsrätten i första hand att upphandlingen, såvitt avser teknikområde Elarbeten och geografiskt område Umeå, inte får avslutas förrän rättelse har gjorts och i andra hand att upphandlingen i aktuell del ska göras om.

Regionen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Assemblin

Regionen har inte utvärderat anbuden på det sätt som angavs i upphandlingsdokumenten.

Anbudet från Assemblin har placerats som nummer två i rangordningen för teknikområdet Elarbeten i det geografiska området Umeå. Om regionen hade utvärderat anbuden på det sätt som framgår av AFB.53 i upphandlingsdokumenten och de publicerade svaren på frågorna om hur utvärderingen skulle göras skulle Assemblins anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga. Anbudet skulle sålunda ha rangordnats som nummer ett i det aktuella anbudsområdet. Assemblin riskerar därmed att lida skada av regionens felaktiga utvärdering av anbuden.

Assemblin yrkar mot denna bakgrund i första hand att utvärderingen av anbuden ska rättas och i andra hand att upphandlingen i aktuell del måste göras om eftersom regionens metod för utvärdering av anbuden har varit så otydlig.

Enligt AFB.53 skulle inkomna anbud utvärderas av regionen på följande sätt.

”Kriterier som beaktas vid anbudsvärderingen är Pris, enligt följande:
För att räkna ut ett utvärderingspris per teknikområde kommer i anbuden angivna priser och %-påslag att multipliceras med fiktiva mängder. De fiktiva mängderna används endast i utvärderingssyfte. Mängderna framgår av respektive anbudsformulär i kolumnen utvärderingsmängd.”

Priserna skulle offereras i anbudsbilaga som var kopplad till respektive teknikområde. Av den aktuella anbudsbilagan framgår att anbudsgivarna skulle offerera sina priser på de prispositioner som var redigerbara (dvs. möjliga att fylla i för anbudsgivarna). De angivna priserna och procentpåslagen skulle därefter enligt AFB.53 multipliceras med fiktiva mängder och läggas samman till en utvärderingssumma.

Det framstår av skrivningen i AFB.53 som att samtliga positioner i anbudsbilagan skulle utvärderas av regionen.

I svar på två olika frågor som ställdes i upphandlingen angav emellertid regionen uttryckligen att position 1-3, men inte position 4-5, skulle ingå i utvärderingen av anbuden:

Fråga ID: 170863 , 2019-06-19 14:48:30

Hur har ni tänkt kring entreprenörsarvodet? Får vi slå på det på våra egna timmar enligt p1-3 i anbudsformuläret, eller är det bara för att få fram en summa i anbudet? Hur tänker ni utvärdera entreprenörsarvodet i anbudet, läggs det enbart på timpengen eller på totalen av timpengen?

Svar 2019-06-19 14:48:30

Entreprenörarvodet för pos 1-3 multipliceras med anbudssummorna för respektive pos i utvärderingen för att få en sammanlagd utvärderingssumma. Arvodet får sedan också lägga på priset för respektive pos vid fakturering.

Fråga ID: 170867 , 2019-06-19 14:39:48

I samtliga anbudsformulär efterfrågas "Arbetskostnad för tid utöver ordinarie arbetstid" med fasta påslag om 50% och 100%. [*undertecknads anmärkning: dessa förekommer i position 4 och 5*] Kommer dessa påslag att läggas till på anbudssumman?

Svar 2019-06-19 14:39:48 Nej, de kommer inte att läggas på anbudssumman i utvärderingen.

Regionen förtydligade sålunda, som Assemblin uppfattade det, att utvärderingen av priset skulle baseras på de priser som förekom i position 1-3 medan position 4 och 5 inte skulle utvärderas. Hur regionen skulle förhålla sig till siffrorna i position 6, 6b och 7 framgår emellertid inte tydligt av upphandlingsdokumenten.

Efter att tilldelningsbeslut meddelats och Assemblin och regionens upphandlare haft viss e-postkorrespondens översände upphandlaren en tabell till Assemblin. Av tabellen framgår hur regionen har utvärderat de olika positionerna i anbudsbilagan och bl.a. att position 3 i anbudsbilagan, dvs. arbetsledning nivå 2, *inte* har utgjort en del av regionens utvärdering av anbuderna tvärtemot vad som har angetts i AFB.53 och tvärtemot vad regionen tydligt angav i sina ovan återgivna svar i upphandlingen.

Däremot kan noteras att det av tabellen framgår att position 6a har utvärderats av regionen. För Assemblin framstår det dock inte, efter regionens svar i upphandlingen, som självklart att denna uppgift skulle ingå i utvärderingen av anbuderna.

Regionen har i förvaltningsrätten vitsordat att man i publicerade svar har angett att offererade priser i position 1-3 i anbudsformuläret skulle utvärderas. Däremot tycks regionen mena att den uppgiften inte var allvarligt menad, vilket man anser följer av det nya anbudsformulär som publicerades samma dag som svaren publicerades. Det ska noteras att detta, enligt regionen, felaktiga besked dock inte har tillrättalagts av regionen senare i upphandlingen.

Assemblin bestrider regionens påstående om att priset i position 3 inte ska utvärderas. I första hand eftersom det följer av AFB.53 samt att det nya anbudsformuläret varken inskränker eller förändrar regionens publicerade svar om att positionerna 1-3 skulle utvärderas.

Regionens påstående om att position 3 inte kan utvärderas på det sätt som anges i AFB.53, eftersom positionen inte innehåller några ”fiktiva timmar”, är inte riktigt. I AFB.53 angavs uttryckligen att regionen skulle utvärdera ett utvärderingspris genom att använda de uppgifter som förekom i anbudsformulären i kolumnen benämnd ”utvärderingsmängd”.

I tabellen i anbudsformuläret har regionen – precis som anges i AFB.53 – benämnt den uppgift som ska utvärderas som ”utvärderingsmängd”. I tabellen i det nya anbudsformuläret kan man utläsa att position 3 innehåller en sådan utvärderingsmängd, nämligen ett fast ”%-påslag” på det pris som anbudsgivaren har offererat i position 2, vilket pris för övrigt har multiplicerats med en i position 2 angiven fiktiv mängd timmar. Det sistnämnda innebär att om domstolen skulle anse att det krävdes att en position innehöll en ”fiktiv mängd” för att den skulle utvärderas, så gör faktiskt position 3 det (genom att det priset baseras på uppgiften i position 2).

Vidare rimmar regionens påstående om att endast positioner med ”fiktiva timmar” ska utvärderas illa med det faktum att position 6 a har utvärderats. Som framgår av anbudsformuläret innehåller inte heller den positionen uttryckligt angivna ”fiktiva timmar” som priset kan multipliceras med.

Assemblin anser, oavsett om position 6a skulle ingå i utvärderingen eller ej, att regionen har avvikit från den i AFB.53 föreskrivna utvärderingsmetoden och de svar i vilka regionen har angett hur utvärderingen ska gå till i vilka det tydligt har klargjorts att position 1-3 skulle ingå i utvärderingen.

Följden av att regionen har avvikit från förutskickad utvärderingsmetod är att Assemblin har placerat sig som nummer två i rangordningen för teknikområdet elarbeten i Umeå, istället för som nummer ett. Även om position 6a inkluderas skulle Assemblin ha haft bäst utvärderingspris.

Skulle förvaltningsrätten anse att det inte tydligt har framgått vad regionen avsåg att utvärdera, t.ex. för att det bedöms råda motstridigheter mellan regionens svar om vilka positioner som skulle utvärderas och det nya anbudsformuläret, så har regionens utvärderingsmetod varit allt för otydlig för att anbudsgivarna ska ha kunnat lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud. Vid en sådan bedömning kan följaktligen utvärderingsmetoden inte anses vara förenlig med kravet på förutsebarhet i LOU vilket betyder att upphandlingen måste göras om.

Regionen

Regionen vitsordar att det i svar på en inkommen fråga angetts att entreprenörarvode ska baseras på position 1-3 även i utvärderingen. Svaret var upprättat utifrån det ursprungliga anbudsformuläret i vilket fiktiva mängder fanns angivna för positionerna 1-3. Svaret kom olyckligt att publiceras samma dag som de reviderade anbudsformulären annonserades.

När anbudsformuläret reviderades togs de fiktiva timmarna för arbetsledning bort och ersattes med ett fast påslag. Då någon fiktiv mängd inte längre är angiven för position 3 är det regionens uppfattning att denna inte ska ingå i utvärderingen. Anbudsgivarna lämnar ju inte heller några egna timpriser för denna position.

Ett fast procentpåslag utgör inte en fiktiv utvärderingsmängd. Av detta följer att position 3 inte ska räknas med vid utvärderingen.

Utvärderingen har således utförts på det sätt som anges i AFB.53. Något skäl för ingripande enligt LOU finns inte.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (4 kap. 1 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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. (20 kap. 6 § första stycket LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Assemblin menar att regionen vid prisutvärderingen av anbudet avvikit från vad som angetts i upphandlingsdokumentet samt att upphandlingsdokumentet varit ottydliga i aktuellt hänseende.

I punkt *AFB.53 Prövning av anbud* i upphandlingsdokumentets Administrativa föreskrifter regleras hur utvärderingen ska göras. Vad som där föreskrivs återges i relevanta delar under Assemblins anförande.

Förvaltningsrätten noterar att det av AFB.53 framstår som att samtliga positioner i anbudsbilagan, och då således även position 1-3, skulle utvärderas. Att position 1-3 skulle utvärderas bekräftades också av regionen i svar på inkommen fråga till regionen under anbudstiden. Samma dag som svaret publicerades utgavs emellertid även reviderade anbudsformulär utan fiktiv mängd för position 3. Även om man möjligen skulle kunna förstå det revi-

derade anbudsformuläret på det sätt som Assemblin framfört anser förvaltningsrätten att övervägande skäl talar för regionens tolkning. Med hänsyn till det svar regionen gett samma dag som det reviderade anbudsformuläret publicerades har det enligt förvaltningsrättens mening därmed förelegat motstridiga uppgifter om hur utvärderingen skulle göras. Detta har påverkat möjligheterna för anbudsgivare att utforma konkurrenskraftiga anbud. Upphandlingen strider därmed mot den gemenskapsrättsliga principen om transparens.

Det har i målet inte framkommit annat än att Assemblins anbud skulle ha rangordnats som nummer ett om utvärderingen hade gjorts på det sätt som bolaget tolkat underlaget – och också hade visst fog för - varför Assemblin lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av aktuell brist vid förfarandet i upphandlingen.

Grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU finns därmed avseende teknikområde Elarbeten, geografiskt område Umeå. Eftersom den i målet aktuella felaktigheten hänför sig till upphandlingsdokumenten, och därmed till det konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen göras om i aktuell del.

Upplysningsvis kan nämnas att förvaltningsrätten denna dag avslagit två ansökningar avseende samma upphandling men andra teknikområden; mål nr 1969-19 avseende teknikområde Bygg och geografiskt område Umeå och mål nr 1984-19 avseende teknikområde Sprinklerarbeten och geografiskt område Skellefteå.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Karin Granholm
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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.

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.