



SÖKANDE

Grontmij AB, 556563-7237

Ombud:

Advokat Anna Ulfsson Forssell
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

AB Enköpings Hyresbostäder, 556054-7050

Ombud:

Advokat Johan Tollgerdt
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014 -09- 0 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen görs om.

BAKGRUND

AB Enköpings Hyresbostäder (EHB) har gjort en upphandling av ramavtal för byggprojektledare. EHB fattade den 18 mars 2014 tilldelningsbeslut och antog anbudet från HydraCon Sverige AB. Upphandlingen har genomförts efter öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

YRKANDEN M.M.

Grontmij AB (Grontmij) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att den görs om. Till stöd för sin talan anför Grontmij i huvudsak följande.

EHB har brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen genom att i upphandlingen tillämpa ett förfrågningsunderlag som varit så otydligt att det inte har kunnat utläsas hur anbudsutvärderingen skulle ske. Vidare har EHB utvärderat kriterier, som är hänförliga till kvalificeringsfasen. EHB har även brutit mot upphandlingslagstiftningens krav på skriftligt anbud. Dessutom har EHB underlåtit att lämna ut kompletterande upplysningar om de relativa fördelarna med det vinnande anbudet. Grontmij har till följd av dessa överträdelser fått väsentligt försämrade möjligheter att tilldelas kontrakt och har därmed lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom överträdelserna rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska vid val av påföljd upphandlingen göras om.

Enligt AUB.52 i de administrativa föreskrifterna ska utvärderingen av anbud ske genom avdrag eller påslag på anbudspris där det lägsta timarvodet efter reduktion kommer att tilldelas kontraktet. Avdrag eller påslag görs efter en intervju med kontaktpersonen/ansvarige konsulten. Det framgår inte om sammansättningen av de personer som kommer att utföra intervjun kommer vara samma för samtliga anbudsgivare. Det saknas även närmare information om hur intervjun ska gå till. Vidare är det tydligt att själva

intervjun kan pågå mellan 30-60 minuter, vilket ger olika anbudsgivare olika lång tid och därmed olika förutsättningar i utvärderingen. Det är också högst oklart vad som kommer att tillmätas betydelse när poäng delas ut. I AUB.52 anges följande:

Presentationen ska ge insikt i konsultens kunskaper och metoder att kvalitetssäkra uppdraget och slutföra detsamma inom utsatt tid. Vidare ska den påvisa konsultens kunskaper inom etablerade entreprenadformer, kalkylering samt erfarenhet av LOU. Under intervjun kommer även konsultens förmåga vad gäller presentation och pedagogik att betygsättas.

Det ges ingen ledning vad EHB kommer att tillmäta betydelse då högre betyg tilldelas, vad som kommer att anses vara bättre eller sämre kunskaper eller metoder, på vilket sätt EHB kommer anse att konsulten har goda kunskaper inom etablerade entreprenadformer etc. Det är även otydligt vilken information och vilka meriter som innebär viss poäng, t.ex. vid jämförelse mellan en konsult som arbetat i två år och en som arbetat i femton år. Poängskalan är otydlig och öppnar upp för subjektiva bedömningar. Subjektiva värdeord förekommer på ett stort antal ställen i värdeskalen, såsom "mycket trovärdig", "tydlig", "lätt att tillämpa", "presenteras mycket väl", "presenteras översiktligt" o. dyl. Det är därmed mycket otydligt vad som kommer att ge vilka poäng och det framstår därför som tydligt att utvärderingen inte baseras på objektiva mätbara kriterier utan enkom på subjektiva bedömningar. Det anges inte heller vad som kommer att generera halva poäng.

Utvärderingskriteriet "genomförande av uppdrag" baseras på godtyckliga, otydliga och oförutsebara parametrar. Enligt AUB.52 KFU sker en bedömning som bl.a. baseras på om projektmetoden bidrar till slutförande med god kvalitet, på ett tydligt sätt leder till att projektet slutförs i tid samt att projektmetoden är enkel att tillämpa på olika projekt. Det framgår dock inte vad slutförande med god kvalitet är, vilka faktorer som anses vara tydliga avseende att projektet slutförs i tid, vad som anses med en enkel pro-

jektmetod och vilka andra typer av projekt metoden ska kunna tillämpas på.

Osäkerhetsmomenten innebär att det har varit helt oförutsebart för anbudsgivarna hur utvärderingen av offererad kontaktperson/ansvarig konsult ska gå till. Utvärderingsmodellen är därmed uppenbart icke-transparent och oförutsebar samt lämnar stort utrymme för godtyckliga bedömningar. EHB har i realiteten genom metoden förbehållit sig fri prövningsrätt.

Underlaget är också oklart i det avseende att EHB i AUB.5 anger att begränsad kontroll ska tillämpas enligt upphandlingslagstiftningen samtidigt som det också anges att anbud ska prövas i två faser, uteslutningsfasen och kvalificeringsfasen.

Enligt gällande rätt får kriterier hänförliga till leverantörskvalificering och anbudsvärdering inte sammanblandas. Intervjun avser att utvärdera leverantörens kvalifikationer och utgör inte någon egentlig utvärdering av själva anbudet. Vad som tillmäts betydelse i intervjun synes framför allt vara konsultens erfarenhet, kunskaper och förmågor, dvs. egenskaper som hör till kvalificeringen av anbudsgivare. Eftersom utvärderingsmodellen tillmäter poäng till faktorer som inte ska ingå i utvärderingsfasen har Grotmij lidit eller riskerat att lida skada då ovidkommande hänsyn tagits vid utvärderingen.

I upphandlingen har öppet förfarande tillämpats. Detta förfarande tillåter inte förhandlingar utan anbuden ska lämnas in skriftligen i sin helhet senast vid anbudstidens utgång. Möjligheterna till kompletteringar efter anbudstidens utgång är begränsade. Intervjuerna, som skett i upphandlingen, har utgjort en övervägande och avgörande del av utvärderingen. Intervjuerna har skett muntligen och under oklara former och har skett efter anbudstidens utgång. Detta betyder att anbuden till stor del lämnats in efter anbuds-

tidens utgång och i vissa delar varit muntliga. EHB har brutit mot regeln att anbud ska vara skriftliga. Intervjuförfarandet innebär även att EHB har tillmätt information, som lämnats av anbudsgivarna efter anbudstidens utgång, mycket stor betydelse. Grontmij har vid flera tillfällen begärt ut kompletterande upplysningar om de relativa fördelarna med det vinnande anbudet, vilket ska ske inom 15 dagar från det begäran kommit in, men som ändå inte hörsammats. Genom EHB:s agerande har Grontmij lidit, eller åtminstone riskerat att lida, skada.

Om utvärderingsmodellen hade varit utformad i enlighet med principerna om likabehandling och transparens hade Grontmij kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt och därmed öka sina möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Grontmij har därmed lidit, eller åtminstone riskerat att lida, skada.

EHB bestrider bifall till Grontmijns ansökan om överprövning och yrkar att ansökan ska avslås. Till stöd för sin talan anför EHB i huvudsak följande.

De administrativa föreskrifterna har delvis reviderats genom ett kompletterande förfrågningsunderlag (KFU). Genom detta har otydligheter undanröjts. Det framgår att den gällande utvärderingsmodellen bygger på att anbudsgivare i anbud lämnar ett anbudspris. Genom utvärdering av respektive anbudsgivares metod för genomförande av uppdraget (dvs. ett krav kopplat till kvalitet på upphandlingsföremålet), som anbudsgivare ska beskriva dels genom det skriftliga anbudet, dels genom intervju med ansvarig konsult/uppdragsledare, kan anbudsgivarens lämnade anbudspris fiktivt komma att reduceras eller ökas. Förutsättningarna för reduktion/påslag samt vad som förväntas av anbudsgivarens konsult/uppdragsledare i samband med intervju/presentation framgår klart och tydligt av utvärderingsmodellen. Av utvärderingsmodellen framgår vidare att det är två personer som kommer att delta vid intervjuerna, nämligen beställarens representant

och beställarens upphandlingskonsult. Grontmij förefaller inte ha tagit hänsyn till det kompletterade förfrågningsunderlaget vid utformningen av sin ansökan om överprövning. Eftersom den del av utvärderingsmodellen, som Grontmij anför är otydlig, i princip har ersatts borde Grontmij's invändningar mot utvärderingsmodellen vara utagerade. Hur utvärdering sker framgår således klart av förfrågningsunderlaget. Den nya modellen strider inte mot upphandlingslagstiftningen. Det har angetts klart vad som avses med uppdrags genomförande, bl.a. att projektmetoden på ett tydligt sätt ska leda till att projektet slutförs i tid och att det ska vara fråga om en flexibel metod som kan tillämpas på olika projekt. Hur en sådan metod ska vara utformad skulle anbudsgivarna visa vid presentationerna. Att referenstagning kan ske vid utvärdering har bekräftats i domstolspraxis.

Av AUB.23 KFU framgår dessutom bl.a. att om anbudsgivare upplever förfrågningsunderlaget som oklart eller otydligt ska beställaren kontaktas så att missförstånd kan undvikas.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 konstaterat 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.”

När det gäller fråga om sammanblandning av tilldelningskriterier och kvalifikationskrav har sådan inte skett i den nya modellen. Angivna kriterier är kopplade till pris, tid och kvalitet. Utvärderingen har avsett upphandlingsföremålet. Eftersom upphandlingen avser en konsulttjänst är det av högsta vikt att projektmetoden håller hög kvalitet. Frågor som ställts till referenser har avsett att säkerställa yrkeskunnande och har inte haft något med utvärderingen att göra.

Referenstagning har skett genom begränsad kontroll endast avseende den anbudsgivare som senare tilldelats kontraktet i enlighet med vad som klart och tydligt angetts i förfrågningsunderlaget.

EHB har inte agerat i strid med lagstiftningens krav på bestämmelser om skriftliga anbud. Det ligger i sakens natur, vilket får anses vedertaget vid genomförande av upphandlingar, att vissa moment i anbudsprövningen på ett eller annat sätt genomförs muntligen. Detta gäller exempelvis referenstagning som sker per telefon, anbudspresentation och olika former av intervjuer. Att muntliga inslag är tillåtna framgår av Kammarkollegiets vägledningar och av rättspraxis.

EHB har till Grontmij genom tilldelningsbeslutet lämnat tillräckliga upplysningar. Det har angetts att minnesanteckningar inte kan lämnas ut, eftersom de inte utgör allmänna handlingar.

EHB:s förfarande i upphandlingen har inte medfört att Grontmij lidit, eller kunnat komma att lida, skada.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska ta ställning till om det finns skäl att ingripa enligt LOU mot EHB:s upphandling med anledning av de grunder som bolaget har anfört. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Av 16 kap. 6 § LOU första stycket framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Grontmij har i målet gjort gällande att upphandlingen inte varit transparent, att tilldelningskriterier och kvalifikationskrav sammanblandats och att kravet på anbuds skriftlighet inte upprätthållits.

Fråga om upphandlingen varit transparent

EU-domstolen har gjort bedömningar av tilldelningskriteriers förenlighet med de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens och i bl.a. mål C-19/00 SIAC Construction Ltd prövat frågan om en upphandlande myndighets möjlighet att fritt välja tilldelningskriterier. EU-domstolen uttalade i målet (jfr punkterna 37, 42 och 43) att den upphandlande myndigheten inte får välja tilldelningskriterier så att myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt och att tilldelningskriterierna ska vara formulerade så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt under hela upphandlingsprocessen. I RÅ 2002 ref. 50 konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen i likhet därmed att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

I AUB.52 har EHB angett att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Två utvärderingskriterier används, pris och genomförande av uppdrag, varvid bedömningen av det andra kriteriet resulterar i reduktion eller påslag på priset. Bedömningen görs av det skriftliga anbudet och presentation av kontaktperson/ansvarig konsult. Betyg sätts individuellt av beställarens representant och av upphandlingskonsult. Det ges ett betyg per fråga och betygssättare, dvs. totalt två betyg per anbudsgivare. Snittbetyg av dessa utgör reduktion eller påslag.

Vid utvärderingen har följande värdeskala angetts:

Mycket trovärdig och tydlig projektmetod som är mycket lätt att tillämpa till beställarens kommande projekt, samt som presenteras mycket väl och pedagogiskt av ansvarig konsult/uppdragsledaren – betyg 5

Trovärdig och tydlig projektmetod som är lätt att tillämpa, samt som presenteras pedagogiskt av ansvarig konsult/uppdragsledaren – betyg 4

Projektmetod som kan till viss mån tillämpas till kommande projekt, samt som presenteras översiktligt av ansvarig konsult/uppdragsledaren – betyg 3

Förvaltningsrätten gör bedömningen att det inte av förfrågningsunderlaget står klart vilka egenskaper hos anbudena som kommer att premieras. Rätten anser i likhet med det sökande bolaget att värdeskalorna, som de formulerats, alltför mycket öppnar upp för subjektiva bedömningar. Det är också svårövertalbart för anbudsgivarna vad som kommer att resultera i en positiv bedömning. Förvaltningsrätten finner därmed visat att EHB i upphandlingen brustit i transparens. Det är dessutom inte klarlagt i tilldelningsbeslutet vad EHB fäst avseende vid under intervjun och vid utvärderingen. När det gäller frågan om referenstagning och begränsad kontroll finner dock inte rätten att upphandlingen brustit i transparens.

Skillnaden mellan kvalificeringskrav och tilldelningskriterier

Grontmij har vidare anfört att tilldelningskriterier som bedömts i intervjun varit otillåtna då de istället skulle ha utgjort kvalificeringskrav i enlighet vad som uttalats i EU-domstolens avgörande C-532/06, Lianakis. I mål C-532/06 uttalade EU-domstolen att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet ifråga inte kan anses utgöra ”kriterier för tilldelning” (punkt 30).

När upphandlingen ifråga avser en tjänst istället för en vara kan särskilda gränsdragningsproblem uppkomma mellan kriterier, som avser att utvärdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och krav på anbudsgivaren för kvalificering. En utgångspunkt måste vara att det inte finns något absolut hinder mot att poängsätta personalens kunskaps-/utbildningsnivå inom ramen för tilldelningsfasen så länge detta är ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 6411-08 och mål nr 6420-09).

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingens föremål avser konsulttjänster. Det är därför relevant för bedömningen av anbudet att även ta hänsyn till anbudsgivarens förmåga att presentera projektmetoden på ett pedagogiskt sätt. Rätten finner därför att det inte nödvändigtvis skett någon sammanblandning mellan kvalificeringskrav och tilldelningskriterier. Med hänsyn till de påvisade bristerna i transparens och oklarheten om vad som premierats kan dock heller inte uteslutas att sådan sammanblandning skett.

Krav på anbudets skriftlighet

Grontmij har i målet gjort gällande att EHB genom intervjuförfarandet i upphandlingen i realiteten tagit upp anbudet muntligen. Förvaltningsrätten gör dock bedömningen att det inte framkommit i målet att det därmed skulle ha tillkommit nya uppgifter i upphandlingen utan att det istället varit fråga om en kvalitetsbedömning av anbudet. Rätten lämnar därför denna anmärkning utan beaktande.

Sammanfattning

Det har av handlingarna i målet framgått att den aktuella upphandlingen brustit i transparens. Grontmij har till följd av bristen i upphandlingen haft svårare att lägga ett konkurrenskraftigt anbud och har därmed i vart fall riskerat att lida skada. Det upphandlingsrättsliga felet är hänförligt till upp-

handlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska mot denna bakgrund göras om.

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



Peter Lif
rådman

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.

