



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Mikael Wiktorsson

DOM
2013-03-20
Meddelad i
Jönköping

FÖR KÄNNEDOM

Sida 1 (7)

Mål nr
6606-12
Domare 1:2

SÖKANDE

PESAM Mark & Asfalt AB, 556656-1139
Hyrsmadsvägen 7
511 72 Fritsla

MOTPART

Mark Kraftvärme AB, 556275-9018
511 80 Kinna

SAKEN

Överprövning enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

KONKURRENSVERKET	
2013-03-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller PESAM Mark & Asfalt AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Mark Kraftvärme AB (Mark Kraftvärme), ett av Mark kommun helägt aktiebolag, genomför en upphandling enligt LUF avseende ramavtal för entreprenader för utövande av fjärrvärmearbeten, förtätningar, mindre utbyggnader av fjärrvärmenät m.m. i befintligt fjärrvärmenät inom Marks kommun. Upphandlingen genomförs som en delad entreprenad med tillämpning av förenklat förfarande.

Genom tilldelningsbeslut den 17 december 2012 har Mark Kraftvärme beslutat tilldela Markteknik Sverige AB (Markteknik) kontraktet i den del upphandlingen avser "Mark- och byggnadsarbeten" (ME).

Dok.Id 94478

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

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

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Ansökan om överprövning

PESAM Mark & Asfalt AB (PESAM) ansöker om överprövning och yrkar att Mark Kraftvärme ska lämna ut anbuden från samtliga anbudsgivare samt anföra i huvudsak följande till stöd för sin ansökan. Mark Kraftvärme har inte lämnat information om hur upphandlingen kommer att genomföras när de skriver att utvärderingen sker genom att 10 relevanta priser appliceras på en fiktiv mängd arbeten motsvarande 100 000 - 150 000 kr. Det framgår inte vad de kommer att utvärdera. Beställaren kan styra vilka priser och vilka mängder de ska värdera för att det ska passa den entreprenör de vill anlita. När PESAM har efterfrågat uppgifter om lägsta entreprenörens priser för att kontrollera att det har gått rätt till har Mark Kraftvärme inte lämnat ut dessa. Det enda som har kunnat utläsas av de handlingar Mark Kraftvärme lämnat ut är att det är Markteknik som är lägst, men har det högsta entreprenörsarvodet på 13 procent. Det lägst lämnade entreprenörsarvodet uppgår till 8 procent, vilket innebär att den som är dyrast vinner upphandlingen. I utvärderingen som Mark Kraftvärme har gjort är entreprenörsarvodet inte ens med och frågan kan då ställas om det var för att Markteknik var dyrast. Enligt LUF ska ett förfrågningsunderlag åtminstone innehålla utvärderingsgrund dvs. lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inklusive utvärderingskriterier, vilket innebär de omständigheter som används för att urskilja det mest fördelaktiga anbudet. Det har Mark Kraftvärme inte angett, eftersom man inte specificerat vad man kommer att utvärdera avseende ÄTA-arbeten. Det går inte att förstå att Mark Kraftvärme inte kan göra ett förfrågningsunderlag där man talar om vilka å-priser och mängder som kommer att utvärderas när andra kommuner och kommunala bolag klarar av detta. Det har även uppmärksamats att Mark Kraftvärme ändrat Marktekniks å-priser avseende entreprenörsarvode från 13 till 18 procent. Eftersom Mark Kraftvärme inte lämnar ut anbuden så går det inte att se vad som har skett. Det enda som framgår är entreprenörsarvodet från samtliga anbudslämnare och det har Mark Kraftvärme ändrat i.

Det kan även ifrågasättas om det anbud Markteknik har lämnat inte ska anses som onormalt lågt. Det skiljer nämligen 43 procent till bolaget som kom på andra plats och över 70 procent till bolaget som kom på tredje plats, som dessutom har haft arbetena innan och som därför vet vad det kostar.

Motpartens inställning

Mark Kraftvärme anför bl.a. följande med anledning av PESAM:s ansökan om överprövning. Förfrågningsunderlaget bygger på en hel del à-priser utifrån de vanligaste förekommande anslutningarna och timkostnaderna för maskiner och personal. Mark Kraftvärme har valt att utvärdera 10 relevanta ÄTA-priser och anbuden har utvärderats utifrån viss dimension på anslutningen med huvudledning och serviser och där har använts 3 ledningspriser. Från anbuden har sedan dessa utvärderingspriser valts utifrån hur en tänkt delentreprenad skulle kunna se ut. Om Mark Kraftvärme i stället på förhand skulle informera om vilka à-priser och ledningsdimensioner som ingår i utvärderingen kan oseriösa anbudsgivare hålla ned enbart dessa priser för att skriva upp de andra. Därför har utvärderingen skett på detta sätt. Mark Kraftvärme har jämfört nuvarande lägsta anbud som upphandlades för tre år sedan och där stora delar av à-priserna och grävningpriserna har ökat mellan 20 och 30 procent, vilket stödjer att anbudspriserna från lägsta anbudsgivare är realistiska. Poängbedömning och anbudsgranskning har skickats ut till anbudsgivarna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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.

Av 16 kap. 4 § LUF framgår följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

I 16 kap. 6 § första stycket LUF anges följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

I 12 kap. 1 § LUF anges bl.a. att en upphandlande enhet ska anta antingen

- 1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller
- 2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska enheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet. En upphandlande enhet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 12 kap. 2 § LUF framgår att den upphandlande enheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget "AFB.53 Prövning av anbud" (ME/markentreprenad) anges bl.a. följande.

Anbudsprövning kommer att ske på affärsmässig grund varvid inte enbart pris är avgörande.

Följande faktorer kommer att tillmätas betydelse vid anbudsprövningen.	Andel i anbudsutvärdering
— Å-priser och prislista ÄTA-arbeten	80%
— Referenser och tidigare samarbete	10%
— Kvalitetsledningssystem och Miljöledningssystem	10%

Ovanstående faktorer kommer att vägas in i anbudsutvärdering med angiven procentsats.

Varje faktor kommer att poängsättas på en skala 1-5 och därefter viktas med angiven procentsats.

(...)

Utvärdering av prislista för ÄTA-arbeten sker genom utvärdering av för entreprenaden 10 relevanta priser som appliceras på en fiktiv mängd arbeten motsvarande 100 000-150 000 kr. Beställaren förbehåller sig rätten till detta urval av å-priser och fiktiv mängd.

Anbud med lägst summa av å-priser + prislista för ÄTA-arbeten tilldelas 5 poäng. Övriga anbud tilldelas poäng till följd av den procentuella skillnaden mot lägst summa av å-priser + prislista för ÄTA-arbeten.

(...)

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga i målet är om Mark Kraftvärmes anbudsfrågan har utformats i enlighet med transparensprincipen och 1 kap. 24 § LUF, vilket i huvudsak omfattar frågan om det av Mark Kraftvärme utformade förfrågningsunderlaget är tillräckligt klart och tydligt eller om Mark Kraftvärme har gett sig själv i det närmaste fri prövningsrätt vid tilldelning av avtal i fråga om Mark- och byggnadsarbeten.

Transparensprincipen innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Förfrågningsunderlaget får inte heller innehålla motsägelsefulla krav eller förutsättningar. Tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan

tolka kriterierna på samma sätt (jfr EU-domstolens dom i mål C- 19/00, "SIAC"). Däremot är det inte ett krav – och sällan möjligt – att en anbudsgivare på förhand genom att ta del av förfrågningsunderlaget ska kunna förutse utfallet av värderingen av sitt anbud för att upphandlingen ska anses korrekt genomförd. Av SIAC domen följer vidare att det inte är förenligt med upphandlingsdirektiven att ett tilldelningskriterium i själva verket har den verkan att den upphandlande enheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar anbudsgivare ett kontrakt.

PESAM har oemotsagt anfört att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget innehåller oklarheter och att Mark Kraftvärme därmed har gett sig själv i princip fri prövningsrätt.

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 (se RÅ 2002 ref. 50). Ett förfrågningsunderlag måste emellertid ha en konstruktion som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att jämföra inkomna anbud. Detta innebär långtgående krav på tydlighet i förfrågningsunderlaget och särskilt beträffande de utvärderingsprinciper man avser att tillämpa. Förvaltningsrätten anser att det aktuella förfrågningsunderlaget innefattar brister i förutsebarhet då Mark Kraftvärme bl.a. har förbehållit sig rätten att själv välja vilka av uppgifterna i ÄTA-prislistan samt i förekommande fall fiktiv mängd som ska ligga till grund för värderingen i fråga Mark- och byggnadsarbeten.

Förfrågningsunderlaget får vid en sammantagen bedömning sägas vara så pass oklart formulerat att det inte har varit möjligt för anbudsgivare att med någorlunda grad av säkerhet avgöra hur värderingen av anbuderna skulle ske. Det framstår därvid inte som osannolikt att anbuderna kunde ha sett annorlunda ut om bristen inte hade funnits. Denna brist i utformningen av förfrågningsunderlaget medför att transparensen i upphandlingen inte kan

anses motsvara de krav som kan ställas i en offentlig upphandling. Bristerna har inneburit sådan risk för skada för bolaget att ingripande enligt LUF bör ske. Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska således göras om.

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

Lena Schön-Barkestam
Lena Schön-Barkestam