



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredragande
 Matilda Ståhl

DOM
 2019-08-27
 Meddelad i Falun

Mål nr
 3274 – 3276-19

SÖKANDE

Hedemora Mark AB, 556247-2976

Ombud: Advokat Johanna Näslund och jur.kand. Johanna Jansson
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 143
 701 42 Örebro

MOTPARTER

1. Avesta kommun
 774 81 Avesta

2. Gamla Byn AB
 Corneliusgatan 15
 774 31 Avesta

3. Avesta Industristad AB
 Corneliusgatan 15
 774 31 Avesta



SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Hedemora Mark AB:s begäran om att de upphandlande myndigheterna ska föreläggas att inkomma med AB Grytnäs Grävs samtliga anbudshandlingar.

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 258808

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

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

Telefax
 023-383 00 80

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

YRKANDEN M.M.

Avesta kommun, Gamla Byn AB och Avesta industristad AB (kommunen) gör en upphandling av ramavtal för schakt- och markarbeten (dnr 2018-000136). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen 2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslutet framgår att ett anbud från Hedemora Mark AB (Hedemora Mark) antagits på andra plats i ramavtalet.

Hedemora Mark ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs där bolagets anbud tilldelas högre mervärde och anbudet från AB Grytnäs Gräv (Grytnäs) tilldelas lägre mervärde. Hedemora Mark yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. De omständigheter som anförs till stöd för yrkandet om rättelse är sammanfattningsvis följande. Utvärderingen har inte skett enligt modellen i upphandlingsdokumenten. Hedemora Mark har tilldelats för lågt mervärde avseende beskrivning av fiktivt uppdrag. Anbudet från Grytnäs, som antogs på första plats, har felaktigt tilldelats fullt mervärde avseende utvärderingskriteriet referenser. Vid en korrekt utvärdering hade Hedemora Mark placerat sig på första plats. De omständigheter som anförs till stöd för yrkandet om att upphandlingen ska göras är i huvudsak följande. Upphandlingsdokumenten är inte transparenta och har hindrar Hedemora Mark från att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Vidare har sammanblandning skett mellan kvalificeringsfas och utvärderingsfas såvitt gäller referenser.

Hedemora Mark begär även att förvaltningsrätten ska förelägga kommunen att komma in med Grytnäs samtliga anbudshandlingar.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad Hedemora Mark anfört är visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

När en anbudsgivare åberopar flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten tar därför först ställning till om Hedemora Mark anfört omständigheter som visar att det finns sådana brister i upphandlingsdokumenten att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Om förvaltningsrätten kommer fram till att det finns skäl för ingripande enligt LOU hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om.

Upphandlingsdokumentens utformning

Vad parterna anför

Hedemora Mark anför i huvudsak följande. Av upphandlingsdokumenten framgår att mervärde kommer att tilldelas utifrån utvärdering av vissa angivna utvärderingskriterier. Det är för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare helt omöjligt att förstå vad som kan uppfattas som betydelsefullt som ett mervärde och därmed förstå hur anbudet ska utformas för att uppnå högsta mervärde. Eftersom anbudsgivarna i detta fall inte haft någon möjlighet att på förhand veta hur respektive upphandlingskriterium ska utvärderas ger det möjlighet till en otillåten, totalt fri prövningsrätt av kommunen. Utvärderingen har skett godtyckligt, vilket haft en direkt

påverkan på tilldelningen. Som exempel kan nämnas att Grytnäs Gräv erhållit ett mervärde om 5 000 000 kr avseende fiktivt arbete för helt godtyckliga omständigheter.

Kommunen anför i huvudsak följande. EU-domstolen har i avgörande den 14 juli 2016 i mål C-6/15 konstaterat att det inte följer av direktivet eller domstolens praxis att en upphandlande myndighet är skyldig att i meddelande om offentlig upphandling eller i förfrågningsunderlag upplysa eventuella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den upphandlande myndigheten har tillämpat när den värderade och konkret klassificerade anbuden enligt de tilldelningskriterier och den relativa viktning av dessa kriterier som tidigare fastställs i berörda upphandlingshandlingar. Kommunen har redogjort för vilka nivåer, specifikt mervärde för respektive nivå samt bedömningsmetod som kommer att användas. Kommunen har således gått utöver vad som åligger denna enligt praxis från EU-domstolen. Bedömningsmetoden har angetts och beskrivits utifrån vilka kriterier som kommer att utvärderas samt vilka mervärden som bedömningen av respektive kriterium kan resultera i. En beskrivning med precision utgör givetvis en positiv indikation, för kommunen, på att anbudsgivaren i förhållande till det fiktiva uppdraget, med högre sannolikhet kommer att ge ett mervärde. Att en mer specifikt beskrivning av ett fiktivt uppdrag premieras när utvärderingsmodellen bygger på i vilken omfattning en anbudsgivare gör sannolikt att denna kommer att ge ett mervärde till kommunen faller sig tämligen naturligt. En beskrivning som beskriver något med en hög grad av tydlighet och precision har gjort det mer sannolikt att denne kommer leverera ett mervärde till kommunen. Motsatsvis är det också naturligt att generella beskrivningar inte kan uppnå samma grad av sannolikhet.

Upphandlingsdokumenten

I punkt AFB.53 i upphandlingsdokumenten anges bl.a. följande.

AFB.53 Prövning av anbud

Beställaren kommer att utvärdera anbuderna genom att tillämpa en mervärdesmodell. Utvärderingskriteriet utvärderas och ges ett mervärde i kronor. Mervärdet subtraheras därefter från Leverantörens angivna pris i fältet "summa till utvärdering" i bifogat prisformulär. Summa till utvärdering utgörs av leverantörens anbudssumma gånger fyra (4) för att spegla en avtalstid om fyra (4) år. Det utgör ingen garanti av volymer. Resultatet betecknas som anbudets jämförelsesumma. Anbudet med den lägsta jämförelsesumman är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och kommer tilldelas plats ett (1) i rangordningen, näst mest ekonomiskt fördelaktiga anbud tilldelas plats två (2) osv.

I punkten AFB.52 anges följande utvärderingskriterier för punkten fiktivt projekt.

4. Beskrivningen gör mycket sannolikt att leverantören kommer ge ett mervärde till beställaren (mervärde om 5 000 000)
3. Beskrivningen gör sannolikt att leverantörens kommer ge ett mervärde till beställaren (mervärde 2 000 000)
2. Beskrivningen gör till viss del sannolikt att leverantörens arbete kommer ge ett mervärde till beställaren (avdrag om 1 000 000)
1. Beskrivningen saknar innehåll alternativt har märkbara brister (leverantören utsluts)

Förvaltningsrättens bedömning

LOU ger inte närmare besked om hur upphandlingsdokumenten ska vara utformade eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna om krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bland annat uttalat att upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlade myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte överträds.

Av upphandlingsdokumenten framgår att anbudsgivare ska beskriva ett fiktivt projekt. Beskrivningarna kommer att poängsättas och tilldelas ett mervärde i kronor utifrån hur sannolikt det är att beskrivningen kommer ge

ett mervärde till beställaren. Utvärderingen av kriterierna beskrivning av säkerhet och miljöarbete samt beskrivning kvalitetsarbete är utformade på samma sätt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framgår av upphandlingsdokumenten vad som kommer att anses vara ett mervärde för kommunen. Kommunen har gjort gällande att det är naturligt att en anbudsgivare som beskriver uppdraget med en hög grad av tydlighet och precision har gjort det mer sannolikt att denne kommer att leverera ett mervärde till kommunen. Enligt förvaltningsrättens mening framgår detta inte av upphandlingsdokumenten. Så som upphandlingsdokumenten är utformade kan anbudsgivare inte förutse vad kommunen kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen och kommunen får därmed stort utrymme för godtycke. Detta innebär att upphandlingsdokumenten är utformade i strid med transparensprincipen.

Hedemora Mark har inte tilldelats fullt mervärde för något av de aktuella kriterierna. Bolaget har anfört att man hade utformat sitt anbud annorlunda om upphandlingsdokumenten hade varit tydligare. Bolaget får därmed anses ha lidit skada på grund av kommunens agerande. Det finns därmed grund för ingripande enligt LOU. Eftersom överträdelsen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva de övriga grunderna för ingripande enligt LOU som Hedemora Mark har gjort gällande. Vid denna utgång saknas även anledning att förelägga kommunen att inkomma med Grytnäs samtliga anbudshandlingar

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Lenart Andersson
rådman



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 nyårsafton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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.