



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Christian Härdgård

DOM
2010 -05- 2 8
Meddelad i
Malmö

Mål nr
7770-10 E

Sida 1 (12)

SÖKANDE

Mark o VA i Malmö AB, 556624-3803
Santesson Väg 9
232 91 Arlööv

Ombud:

Jur.kand. Markus Mårline
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Linds plats 4
211 19 Malmö

MOTPART

Svedala kommun
Kommunhuset
233 80 Svedala

Ombud:

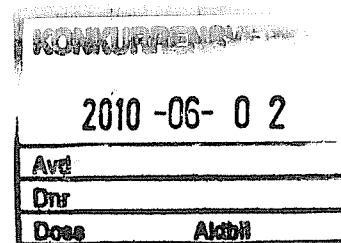
Advokat Ola Jönsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 74
201 20 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Mark o VA i Malmö AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Svedala kommuns upphandling ”FSI-Området, Etapp 0, Svedala 306:34 m.fl” ska göras om.



Dok.Id 13969

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Svedala kommun (nedan kommunen) genomför upphandlingen "FSI-Området, Etapp 0, Svedala 306:34 m.fl.". Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för förenklat förfarande. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 29 april 2010 tilldelat Skanska AB (nedan Skanska) kontraktet.

Yrkanden

Mark o VA i Malmö AB (nedan Mark o VA) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar i *första hand* att upphandlingen ska göras om, i *andra hand* att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på det sättet att utvärderingen av inkomna anbud gjorts om utan beaktande av utvärderingskriterierna "Kvalitet och Miljö" och "Referens och Organisation", i *tredje hand* att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på det sättet att utvärderingen av inkomna anbud gjorts om i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen, dock utan beaktande av utvärderingskriteriet "Kvalitet och Miljö", i *ffjärde hand* att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på det sättet att utvärderingen av inkomna anbud gjorts om utan beaktande av utvärderingskriteriet "Referens och Organisation" och i *femte hand* att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på det sättet att utvärderingen av inkomna anbud gjorts om i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen.

Kommunen motsätter sig Mark o VA:s yrkande.

Förvaltningsrättens tidigare beslut i målet

Förvaltningsrätten har den 7 maj 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Relevanta bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU skall en upphandlande myndighet anta antingen

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

Vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Relevanta uppgifter i förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget återfinns under punkten AFB.52 "Värderingsgrunder vid prövning av anbud" följande.

"Det mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn till nedanstående värderingsgrunder:

1. Anbudspris 60 %
2. Referens och organisation för projektet, samt erbjuden kompetens för aktuella projekt 30 %
3. Kvalitet och miljö 10 %

Referens och organisation, samt erbjuden kompetens: Bedömning görs i en skala från 0 till 5 poäng enligt följande:

Relevant erfarenhet från minst 5 motsvarande entreprenader med kompetens och genomförande helt inom den egna organisationen. Ger 5 poäng.

Relevant erfarenhet från minst 5 motsvarande entreprenader med kompetens och genomförande delvis inom den egna organisationen. Ger 4 poäng.

Relevant erfarenhet från minst 3 motsvarande entreprenader med kompetens och genomförande helt inom den egna organisationen. Ger 3 poäng.

Relevant erfarenhet från minst 3 motsvarande entreprenader med kompetens och genomförande delvis inom den egna organisationen. Ger 2 poäng.

Relevant erfarenhet från mindre än 3 motsvarande entreprenader med kompetens och genomförande helt inom den egna organisationen. Ger 1 poäng.

Relevant erfarenhet från mindre än 3 motsvarande entreprenader med kompetens och genomförande delvis inom den egna organisationen. Ger 0 poäng.

Referensobjekten får inte sträcka sig mer än 10 år tillbaka i tiden.

Kvalitet och miljö: Anbudsgivaren skall ha ett Kvalitets- och Miljösystem. Bedömning görs i en skala från 1 till 5 poäng enligt följande.

Kvalitetscertifierad och Miljöcertifierad enligt ISO 9000/14000. Ger 5 poäng.

2010 -05- 2 8

Kvalitetscertifierad enligt ISO 9000 och Miljösystem motsvarande ISO 14000 **alternativt** Miljöcertifierad enligt ISO 14000 och Kvalitetssystem motsvarande ISO 9000. Ger 4 poäng.

Kvalitetssystem och Miljösystem motsvarande ISO 9000/14000. Ger 3 poäng.

Kvalitetssystem motsvarande ISO 9000 och eget Miljösystem **alternativt** Miljösystem motsvarande ISO 14000 och eget Kvalitetssystem. Ger 2 poäng.

Eget Kvalitetssystem och Miljösystem. Ger 1 poäng.

Uppfyller förfrågningsunderlagets beskrivning av utvärderingsmodellen LOU:s krav på transparens?

Mark o VA: Om en upphandlande myndighet använder sig av såväl pris som andra kriterier vid utvärderingen krävs att det i förfrågningsunderlaget redogörs för hur de olika utvärderingskriterierna skall göras jämförbara. Av tilldelningsbeslutet kan utläsas att kommunen har jämfört de angivna anbudspriserna med det lägsta priset och därefter viktat talet så att viktningen blir 60 procent. På så sätt har alltså samtliga givits en poäng i förhållande till det anbud med det lägsta priset. De två övriga kriterierna har givits poäng i förhållande till maxpoängen inom respektive kriterium och därefter har de viktats så att viktningen blivit 30 respektive 10 procent. Det sätt att göra de olika kriterierna jämförbar som kommunen använt sig av kan inte utläsas ur förfrågningsunderlaget. Det finns även andra modeller som hade kunnat användas för att vikta kriterierna och som hade kunnat leda till helt andra resultat än vad som blev fallet i kommunens utvärdering. Ett sätt som istället hade kunnat användas hade kunnat vara så kallad absolut modell, istället för den relativa modell som använts av kommunen.

Kommunen: Den utvärderingsmodell som kommunen presenterat i förfrågningsunderlaget är föranledd av att utvärderingen skall vara så tydlig och förutsebar som möjligt. För att möjliggöra en objektiv bedömning av

inkomna anbud har kommunen därför ställt upp tydliga poängnivåer för utvärderingen samt specificerat vad varje anbudsgivare skall uppnå för respektive poäng. Ett förfrågningsunderlag måste givetvis vara så pass tydligt utformat att en leverantör på grundval av underlaget kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. I förfrågningsunderlaget är klart definierat vad kommunen avser att utvärdera, nämligen anbudspris, referenser och organisation samt kvalitet och miljö. Utvärderingskriterierna har varit klara och tydliga och till och med gått utöver vad som föreskrivs i LOU. I vart fall har förfrågningsunderlaget varit så pass tydligt att någon av de grundläggande principerna inte överträts.

Vad gäller utvärderingskriteriet "anbudspris" har kommunen angett att detta kriterium viktas till 60 procent. Kommunen har vid utvärderingen tillämpat en så kallad relativ prismodell, där anbudet med lägst pris erhåller högsta poäng medan resterande anbud erhåller relativa poäng i förhållande till det lägsta priset. Prismodeller av denna typ får anses vara den vanligaste utvärderingsmodellen vid utvärdering av pris. I vart fall måste Mark o VA förstått att en sådan modell skulle komma att användas. Att anbudsgivarnas priser skulle relateras till varandra måste bolaget således ha kunnat räkna med, med risk att pris annars inte skulle fylla sin funktion som utvärderingskriterium. Alternativet till den relativa prismodellen är en så kallad mervärdesmodell där övriga utvärderingskriterier åsätts ett monetärt värde som sedan adderas med anbudspriset. De administrativa föreskrifterna ger inga antydningar att kommunen skulle ha för avsikt att tillämpa en mervärdesmodell. Även mot bakgrund av att kommunen uttryckligen angett att övriga utvärderingskriterier åsätts ett poäng mellan 1-5 måste det således stått klart för anbudsgivarna att kommunen använt en prismodell där anbudsgivarnas priser relateras till varandra. Då inget annat har angetts har detta varit en självklarhet. Här skall också noteras att Mark o VA erhål-

lit högsta poäng avseende kriteriet ”anbudspris”, varför bolaget inte lidit eller riskerat lida någon skada.

Förvaltningsrättens bedömning: Av förfrågningsunderlaget framgår att vid utvärderingen kommer anbudspriset att viktas till 60 procent. Referens och organisation samt erbjuden kompetens viktas till 30 procent samt att kvalitet och miljö viktas till 10 procent. Vidare framgår det att de två sistnämnda utvärderingskriterierna kommer att poängsättas utifrån angivna förutsättningar enligt en 0-5 gradig respektive 1-5 gradig skala. Enligt rättsens mening går det inte att ur förfrågningsunderlaget utläsa hur viktningen av anbudspriset kommer att gå till. Så som beskrivningen av utvärderingsmodellen är utformad lämnas utrymme för användning av inte enbart en relativ prismodell utan även andra modeller. Då valet av utvärderingsmodell kan ge helt olika resultat vid en utvärdering ska det enligt förvaltningsrättens mening tydligt framgå hur viktningen/värderingen kommer att gå till. Rätten anser därför att kommunens utformning av förfrågningsunderlaget, avseende utvärderingsmodellen, strider mot den grundläggande principen om transparens.

Uppfyller utvärderingskriteriet ”Referens och organisation” LOU:s krav?

Mark o VA: Av praxis framgår att valda utvärderingskriterier skall syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte huvudsakligen avse bedömningen av anbudsgivares förmåga att utföra projektet i fråga. I den nu aktuella upphandlingen har kriteriet ”Referens och organisation” bedömts genom att leverantörerna givits poäng efter antalet genomförda projekt som motsvarar det aktuella. Detta kriterium syftar till synes helt till att säkerställa leverantörernas förmåga att utföra projektet i fråga och är således inte ett godtagbart utvärderingskriterium. Användandet av

kriteriet vid utvärderingen strider således mot LOU, då det inte är ägnat att säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Det valda utvärderingskriteriet gynnar även större leverantörer, eftersom det görs en skillnad mellan om man har kompetens inom organisationen eller om underleverantörer skall användas för viss del av arbetet. Detta innebär således ett brott mot likabehandlingsprincipen. Ett sådant gynnan leder även till att konkurrensen begränsas i onödan och kriteriet är således inte proportionerligt.

Kommunen: Kommunen ha använt utvärderingskriteriet "Referens och organisation" uteslutande för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt praxis går det inte att utläsa något generellt förbud mot att låta referenser utgöra ett utvärderingskriterium. Referenser från med upphandlingen likvärdiga uppdrag kan ge relevant information för bedömning av vilket anbud som med hänsyn till kvaliteten är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Mot bakgrund av att det varit av stor betydelse för kommunen att totalentreprenaden utförs av en kompetent entreprenör med stor erfarenhet av upphandlingens samtliga delar har kommunen valt att utvärdera anbudsgivarnas erfarenhet. Att använda "Referenser och organisation" som utvärderingskriterium har således varit föranlett av kommunens intresse av att tilldela kontraktet till den entreprenör som visat sig kunna leverera den bästa totalentreprenaden.

Kommunen har tydligt angett utvärderingskriteriet samt vad anbudsgivarna haft att prestera för att erhålla en viss poäng. Utvärderingskriteriet har således varit tydligt för samtliga anbudsgivare och utformningen har inneburit att kommunen har varit förhindrad att begagna sig av ovidkommande hänsyn av något slag. Upphandlingen uppfyller således kraven på såväl förutsebarhet, öppenhet, transparens, proportionalitet som likabehandling och är genomförd i enlighet med LOU.

Förvaltningsrättens bedömning: Av förfrågningsunderlaget framgår att vid utvärderingen av utvärderingskriteriet "Referens och organisation" kommer relevant erfarenhet poängsättas enligt en 0-5 gradig skala. Poängsättningen sker utifrån antalet motsvarande entreprenader som anbudsgivaren utfört. Ju fler motsvarande entreprenader, desto högre poäng. Vidare framgår att motsvarande entreprenader som genomförts helt inom den egna organisationen renderar högre poäng än motsvarande entreprenader som genomförts delvis inom den egna organisationen.

Utvärdering av referenser från med upphandlingen likvärdiga uppdrag kan enligt svensk praxis vara tillåtet under förutsättning att utvärderingen syftar till att fastställa anbudsgivarens förmåga att utföra ett specifikt uppdrag, dvs. ge relevant information för bedömning av vilket anbud som med hänsyn till kvalitén är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Enligt förvaltningsrättens mening ska en sådan utvärdering vara utformad så att den syftar till att fastställa just kvalitén på likvärdiga uppdrag som en anbudsgivare tidigare har utfört. Så som aktuell utvärdering är utformad ges poäng endast utifrån hur många motsvarande entreprenader som anbudsgivaren tidigare utfört. Kvalitén på det utförda arbetet bedöms inte alls. En sådan utvärdering kan, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses syfta till att försöka fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan är mer av karaktären kvalificeringskrav.

Vidare anser rätten att kommunens modell, att tilldela anbudsgivare som genomfört motsvarande entreprenader helt inom den egna organisationen högre poäng än anbudsgivare som genomfört motsvarande entreprenader delvis inom den egna organisationen, strider mot likabehandlingsprincipen. Enligt förvaltningsrätten finns det ingen anledning att anta att bara för att ett bolag utfört fler motsvarande entreprenader helt inom den egna organisationen så skulle detta innebära bättre kvalité och därmed ett mervärde. En offererad underentreprenör kan mycket väl ha genomfört ett större antal

motsvarande entreprenader och dessutom med bättre kvalitet än en anbudsgivare som genomfört ett visst antal motsvarande entreprenader helt inom den egna organisationen. Sammantaget finner rätten att utvärderingskriteriet "Referens och organisation" inte kan anses vara ägnat att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och strider således mot LOU:s krav och principen om likabehandling.

Uppfyller utvärderingskriteriet "Kvalitet och miljö" LOU:s krav?

Mark o VA: Kriteriet "Kvalitet och miljö" är inte ägnat att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Kriteriet, där poäng ges efter vilket miljö- och kvalitetssystem som leverantörerna använder sig av och arbetar med, saknar helt samband med föremålet för kontraktet. Istället torde kriteriet syfta till att säkerställa en viss standard avseende miljö- och kvalitetsarbete och är således inte ett godtagbart utvärderingskriterium. Ett sådant kriterium kan inte anses vara ägnat att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas och användandet av kriteriet som grund för tilldelning strider således mot LOU. Vidare gynnar utvärderingsmodellen leverantörer som är certifierade enligt ISO 9000 och ISO 14000, medans de leverantörer som kan uppvisa att de har ett motsvarande miljö- eller kvalitetssystem ges en lägre poäng. Ett sådant kriterium brister i förhållande till kraven på att en upphandling skall genomföras affärsmässigt och kriteriet är således inte proportionerligt i förhållande till syftet.

Kommunen: Kommunen har använt utvärderingskriteriet "Kvalitet och miljö" uteslutande för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är fullt möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av icke ekonomiska kriterier för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ett kvalitets- eller miljökrav behöver inte heller ha en direkt positiv ekonomisk effekt för den upphandlande myndigheten. Kommunen har avseende utvärderingskriteriet "Kvalitet och miljö" uttryckligen i de

administrativa föreskrifterna redogjort för vad som krävs för att anbudsgivarna skall erhålla en viss poäng. Förfrågningsunderlaget har således varit tydligt och förutsebart och samtliga anbudsgivare har på förhand varit införstådda med vad som skulle komma att krävas för att erhålla en viss poäng. Då kommunen på ett tydligt sätt presenterat aktuellt utvärderingskriterium har detta varit objektivt mätbart. Detta utesluter också att kommunen haft någon form av obegränsad valfrihet eller begagnat sig av någon fri prövningsrätt vid utvärderingen av kriteriet.

Förvaltningsrättens bedömning: Enligt praxis utgör inte krav som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet grunder för tilldelning av kontraktet. Kriterier som hänför sig till leverantörens organisation eller kapacitet, såsom krav på miljöledningssystem, räknas till kvalificeringsfasen. Det är således inte tillåtet att vid utvärderingsfasen utvärdera ett befintligt miljöledningssystem eftersom det inte har en koppling till själva föremålet för kontraktet. Utvärderingskriteriet "Kvalitet och miljö" strider således, enligt rättens mening, mot LOU och principen om likabehandling.


Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlagets beskrivning av utvärderingsmodellen inte uppfyller LOU:s krav på transparens. Rätten anser vidare att syftet med utvärderingskriterierna "Referens och organisation" samt "Kvalitet och miljö" inte kan anses vara att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Dessa krav strider således mot LOU samt den grundläggande principen om likabehandling. Det kan inte uteslutas att Mark o VA har lidit eller riskerar att lida skada på grund av dessa ovan redovisade brister. Sammanfattningsvis finns därför förutsättningar för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till att bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Särskild upplysning

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 7 maj 2010 upphör i och med denna dom att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Hans Emanuelsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

