



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 1

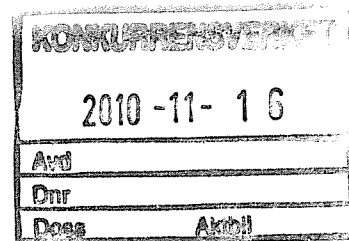
DOM
 2010-11-16
 Meddelad i
 Göteborg

Mål nr
 16921-10
 Enhet 1:1

SÖKANDE

Peab Sverige AB, 556099-9202
 Anders Personsgatan 2
 401 80 Göteborg

Ombud:
 Bolagsjurist Helena Colliander
 samma adress

**MOTPART**

Eksta Bostads AB, 556497-8293
 Box 10400
 434 24 Kungsbacka

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 17 september 2010 upphör
 därmed att gälla.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM****BAKGRUND**

Kungsbacka kommun har genom Eksta Bostads AB (Eksta) genomfört en upphandling av partneringavtal avseende genomförande av byggnadsprojektet Vallda-Heberg 3:20 i Kungsbacka kommun. Projektet omfattar egnahem, hyresrätter och seniorbostäder med upplåtelseformen bostadsrätt, samt byggnader för äldreomsorg och skola. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Tilldelningsbeslut fattades den 7 september och av beslutet framgår att NCC vann upphandlingen.

YRKANDEN M.M*Peab Sverige AB (Peab)*

Peab ansöker om överprövning och yrkar att rättelse ska vidtas, i första hand så att en ny anbudsutvärdering ska göras utan att NCC:s anbud tas med och i andra hand att anbudsutvärderingen ska göras om på ett sätt som har stöd i förfrågningsunderlaget och innebär likabehandling. I tredje hand yrkar Peab att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Peab i huvudsak följande.

NCC:s anbud borde ha diskvalificerats, eftersom det är ostridigt att NCC inte har redovisat ekonomi för de angivna referensobjekten, vilket krävts enligt anbudsformuläret. Det anges i förfrågningsunderlaget att anbudet ska innehålla anbudsformulär enligt Bilaga A och NCC:s anbud har inte avgetts i enlighet med anbudsformuläret. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska beskriva organisation, genomförande och ekonomi för angivna referensobjekt och det är således inte öppet för anbudsgivaren att välja om uppgifterna ska lämnas eller inte. NCC:s anbud kan med utelämnande av uppgiften om ekonomi inte anses ha varit komplett. Eksta har brutit mot principerna om likabehandling och transparens när NCC:s

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning I**DOM**

anbud tagits upp till prövning trots att det var fråga om ett "orent" anbud som inte lämnats i enlighet med förfrågningsunderlaget. Anbudet borde i stället ha förkastats. Om Eksta hade förkastat NCC:s anbud eller gjort en korrekt utvärdering skulle Peab ha tilldelats entreprenaden. Peab har därför lidit eller riskerar att lida skada på grund av felaktigheterna i upphandlingen. Om uppgiften om ekonomi inte skulle anses vara ett krav, så ska utelämnandet av uppgiften i vart fall påverka utvärderingen av referenskriteriet så att NCC får en lägre poäng än Peab. Med en sådan poängsättning hade Peab tilldelats entreprenaden.

Peabs anbud var komplett, vilket också bekräftas av den externa konsultens utvärdering där det anges att Peab lämnat "Svar på alla frågor". I fråga om referensperson för ett av de angivna referensobjekten hänvisas det tydligt till referensperson eller beställare Fabs i Alingsås. Beställaren är ett relativt litet företag och information om projektet kan fås genom att ringa växeln hos företaget och hänvisa till projektet. Därutöver anges i CV:n för en av Peabs anställda att han är referensperson för projektet. Det finns därmed uppgift om referensperson på det sätt som efterfrågas i förfrågningsunderlaget.

Det föreligger felaktigheter vid anbudsprövningen. Vid utvärderingen har Eksta kraftigt styrt utvärderingen på ett sådant sätt att NCC kunnat tilldelas entreprenaden. Eksta har dels gjort oförutsebara bedömningar utan stöd i förfrågningsunderlaget och dels gjort felaktiga bedömningar som har lett till att NCC fått högre poäng och Peab har fått lägre poäng än vad som borde varit möjligt enligt förutsättningarna för utvärderingen. Peab skulle ha tilldelats entreprenaden om utvärderingen hade gjorts på riktigt sätt. Utvärderingsmodellen lämnar så stort utrymme för godtycklighet att anbudsgivarna inte har kunnat förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövningen av de olika kriterierna. Utvärderingsmodellen strider därför mot 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande principerna om

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

likabehandling och transparens. Även om det, som Eksta påstår, skulle anses finnas utrymme för vissa brister i förfrågningsunderlaget kan inte bristerna vara så stora att de medger ett fritt skön för den upphandlande enheten.

Det har inte framgått av handlingarna att Eksta gjort utvärderingen tillsammans med en extern konsult och att det var den interna utvärderingen som slutligen skulle ligga till grund för tilldelningsbeslutet. Det är inte heller möjligt att kontrollera att utvärderingen gått till så. Det är oklart vilken betydelse de olika underkriterierna till de sex angivna kriterierna ska tillmätas vid bedömningen och utvärderingsmodellen lämnar därför öppet för ett stort mått av godtycke. Den externa konsulten tycks ha kommit fram till samma rangordning av anbudsgivarna som vid den interna utvärderingen. Den externa konsulten har inte gett poäng för kriteriet ekonomi, medan Peab fått högre poäng än NCC för ekonomi vid den interna utvärderingen.

Om den externa konsulten däremot hade satt poäng för kriteriet ekonomi hade Peab fått högre poäng än NCC som en följd av att Peab lämnat ett anbud med lägre pris än NCC. Följden av att poängen utelämnats är att det felaktigt framstår som att NCC fått en högre ranking än Peab vid den externa utvärderingen. Det är anmärkningsvärt att den externa och den interna utvärderingen lett till olika slutresultat och att de olika kriterierna och underkriterierna bedömts på olika sätt om Eksta gjort sin värdering tillsammans med den externa konsulten.

Peab har redovisat två referenser i sitt anbud, i enlighet med förfrågningsunderlaget som anger att minst två referenser ska lämnas. NCC har fått högre poäng för att ha lämnat "omfattande referenser". En bedömning av antalet relevanta och aktuella referensobjekt kan inte anses ha varit ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1**DOM**

avse föremålet för upphandlingen och är således i strid med EU-domstolens avgörande i målet Lianakis (C-532/06). I fråga om referenser var maxpoängen 20. NCC har fått högre poäng än Peab för referenser efter att hänsyn tagits till faktorer som inte angetts i förfrågningsunderlaget, t.ex. "god beskrivning av utvecklande teknik" och "god beskrivning av bolagets arbete på energisidan". Förfrågningsunderlaget ger inte utrymme för denna typ av bedömningar. Vidare kan inte NCC:s allmänna beskrivning av företagens arbete med utvecklande teknik och arbete på energisidan anses ha något med referenser att göra. Den externa konsulten och Eksta har tolkat och bedömt referenskriteriet på olika sätt. I Siac-målet (C-19/00) framhöll EU-domstolen i punkt 42 att kriterierna ska vara formulerade "på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt".

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur kriteriet "Organisation och erfarenheter" ska bedömas. Peab och NCC har fått samma poäng, trots att det av den externa konsultens utvärdering framgår att det finns oklarheter i NCC:s organisation som bör redas ut. Det kan inte ha varit korrekt att ge NCC full poäng, samma poäng som Peab, när det har förekommit en oklarhet. Det är uppenbart att NCC gynnats i denna del. Om Peab hade fått högre poäng än NCC avseende organisation skulle Peab, grundat på den externa konsultens utvärdering, ha tilldelats entreprenaden. Vid Ekstas interna utvärdering skulle en korrekt poängsättning för organisation tillsammans med vad som anförts ovan i fråga om referenser ha lett till att Peab tilldelats entreprenaden. Ekstas beslut att sekretessbelägga hela NCC:s anbud i fråga om organisation kan starkt ifrågasättas.

I fråga om kriteriet forskning och utveckling har Eksta i sin utvärdering angett att NCC bedömts vara "något mer framstående än Peab" och den externa konsulten har angett att NCC är "Extra bra på forskning och utveckling". Det är oklart vilka förhållanden som dessa omdömen avser,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 6
16921-10

eftersom denna del av NCC:s anbud är belagt med sekretess och förfrågningsunderlaget helt saknar vägledning av hur utvärderingen av detta kriterium ska gå till.

Eksta Bostads AB (Eksta)

Eksta anser att Peabs ansökan ska avslås och anför huvudsakligen följande. Peab uppfyller, efter en ny granskning av inlämnade anbud, inte samtliga ställda krav i upphandlingen. Peab har lämnat två referensuppdrag i anbudet, men endast för det ena har en referensperson angetts, trots att det var ett klart krav i anbudsformuläret att lämna uppgift om referensperson. Peabs anbud skulle därför ha förkastats. Denna omständighet måste beaktas trots att den blev känd först efter att tilldelningsbeslut meddelats, i enlighet med Kammarrättens i Göteborg dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09.

Det var inte ett krav att redovisa ekonomin för projekten. De enda föreskrivna kraven för referensprojekt var att ange minst två referensprojekt och referenspersoner. NCC:s anbud är därför kvalificerat.

Utvärderingen har genomförts tillsammans med en extern konsult. Det är den interna utvärderingen som slutligen legat till grund för tilldelningsbeslutet. Den externa konsulten hade inte fått i uppdrag att utvärdera kriteriet ekonomi, eftersom det inte krävdes extern hjälp för att rangordna de två procentsatser som anbudsgivarna skulle lämna. Det är svårt att förstå varför Peab har synpunkter på utvärderingen av kriteriet ekonomi, eftersom Peab fått högre poäng än NCC. Det är också svårt att förstå varför Peab anser att utvärderingen skett i strid med förfrågningsunderlaget på grund av att den externa konsulten inte hade uppdraget att utvärdera kriteriet ekonomi.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1**DOM**

I fråga om kriteriet "Organisation och erfarenhet" har såväl Eksta som den externa konsulten gett NCC och Peab samma poäng och placering. NCC har begärt sekretess för "Organisation och erfarenhet" och Eksta har bedömt att begäran är befogad, vilket är anledningen till att Peab inte fått se denna del av NCC:s anbud. Även om Eksta hade bedömt Peabs anbud som bättre än NCC:s anbud i kategorin "Organisation och erfarenhet" hade placeringsordningen varit oförändrad. Peab har därför varken lidit eller riskerat att lida skada.

Minst två referensprojekt skulle enligt förfrågningsunderlaget anges och Peab har uppfyllt kravet genom att redovisa två projekt. NCC har angett nio projekt och det är därför uppenbart att NCC i förhållande till Peab lämnat "omfattande referenser".

I fråga om "forskning och utveckling" har både Eksta och den externa konsulten bedömt att NCC hade ett bättre anbud som skulle gagna projektet på ett mer ändamålsenligt sätt. NCC har begärt sekretess även i denna del vilket Eksta har bedömt som befogat.

Det framgår tydligt i förfrågningsunderlaget och anbudsformuläret vilka kriterier som skulle bedömas, hur dessa skulle viktas och vad Eksta tillmäter särskild betydelse. Det följer av praxis, t.ex. RÅ 2002 ref 50, att vissa ofullständigheter i förfrågningsunderlaget måste godtas så länge inte de grundläggande principerna träds för när. Även om förvaltningsrätten skulle finna att det finns vissa brister i förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen är dessa brister inte så allvarliga att kraven på likabehandling och transparens kan anses åsidosatta och upphandlingen därför måste göras om.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

Kriterierna för utvärdering är tillräckligt preciserade och anbudsgivarna har fått tillräcklig vägledning för hur anbuden kommer att bedömas. Anbuden har utvärderats enligt den modell som angetts i förfrågningsunderlaget. Villkoren för poängsättning är tillräckligt beskrivna i förfrågningsunderlaget. De brister Peab gör gällande kan inte anses vara sådana att ett ingripande enligt LOU kan vara motiverat. Alla anbud har behandlats lika, utvärderingen följer villkoren i förfrågningsunderlaget och det faktiska behovet och poängsättningen är rättvis. Det var rätt att tilldela NCC upphandlingen. Även om förvaltningsrätten skulle finna att NCC fått en för lågt viktad platssiffra vid utvärderingen hade det inte gjort någon skillnad i placeringsordningen. Peab hade ändå hamnat på andra plats och har därför inte riskerat att lida skada även om rätten skulle finna att utvärderingen skulle ha utförts i strid med förfrågningsunderlaget.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket samma lag ska rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att

upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga om något av anbuden borde ha förkastats

I anbudsförslaget begärs uppgifter om referensprojekt på följande sätt.

"F) Genomförda referensprojekt med energieffektivt byggande.

Anbudsgivaren skall ange minst två projekt med inriktning på energieffektivt byggande. Projekten får inte vara äldre än tre år.

Referenspersoner ska anges för projekten. Beskriv organisation, genomförande och ekonomi samt energiprestanda för projekten."

Peab har anfört att NCC:s anbud borde ha förkastats, eftersom det inte innehåller uppgift om ekonomi för de angivna referensprojekten. Förvaltningsrätten menar att det inte kan utläsas av anbudsförslagens lydelse att uppgift om ekonomi är ett villkor för att anbudet ska kunna tas upp till prövning. Det var därför riktigt att ta upp NCC:s anbud till prövning.

Eksta har å sin sida invänt att Peabs anbud borde ha förkastats, eftersom Eksta under den pågående processen upptäckt att Peabs anbud inte varit komplett. Sökande i målet är emellertid Peab. Prövningsramen i förvaltningsrätten innefattar inte sökandens eget anbud. Detta framgår av Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009, mål nr 4904-09, som alltså inte kan uppfattas på det sätt som Eksta hävdar.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Fråga om utvärderingen gjorts på felaktigt sätt

Förvaltningsrätten har tagit del av två protokoll från utvärderingen, dels ett som undertecknats av Eksta och dels ett som undertecknats av en extern konsult. Peab menar att bolaget hamnat i ett sämre läge på grund av att den externa konsultens utvärdering inte omfattat kriteriet ekonomi, eftersom Peab har lämnat ett lägre pris än NCC.

Förvaltningsrätten uppfattar att externa konsultens utvärdering inte direkt har legat till grund för tilldelningsbeslutet, bl.a. eftersom det inte ingått i konsultens uppdrag att utvärdera kriteriet ekonomi. Vid den utvärdering som förvaltningsrätten uppfattar som avgörande, Ekstas egen utvärdering som omfattar samtliga kriterier, har Peab fått bättre placering än NCC för kriteriet pris, men sämre placering för både kriterierna B) och F).

Förvaltningsrätten kan inte se att det faktum att en extern konsult deltagit i utvärderingen har påverkat utfallet på något sätt som skulle strida mot kraven i LOU på en saklig och opartisk utvärdering.

Utvärderingen har skett utifrån sex olika kriterier, varav Peab har invändningar mot utvärderingen i fråga om B) Organisation och erfarenheter, F) Genomförda referensobjekt med energieffektivt byggande och G) Anbudsgivarens eget FoU-arbete.

I fråga om kriteriet B) Organisation och erfarenheter var det enligt Peabs mening inte rätt att NCC fått full poäng när det enligt den externa konsultens kompletterande synpunkter fanns "några mindre oklarheter i organisation som bör redas ut."

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 11
16921-10

Förvaltningsrätten har, som angetts ovan, bedömt att den fullständiga och avgörande utvärderingen är den som gjorts av Eksta. Enligt Ekstas egen utvärdering har både NCC och Peab en organisation som bedömts uppnå en "nivå enligt vad som förväntas av ett stort företag" och båda företagen har fått rankingen 1 (bäst). Denna utvärdering kan enligt förvaltningsrättens mening inte angripas endast på grund av konsultens angivna synpunkt. Det har inte heller i övrigt framkommit något som visar att utvärderingen i fråga om kriteriet organisation har gjorts på ett felaktigt sätt.

I fråga om utvärderingskriteriet F) Genomförda referensobjekt med energieffektivt byggande, har Peab fått en andraplacering, efter NCC, i Ekstas utvärdering. Peab har anfört att NCC:s bristande redovisning av ekonomi för referensobjekten, enligt anbudsformuläret, ska påverka utvärderingen så att NCC får lägre poäng. Vidare anför Peab att det inte kan ha varit relevant för föremålet för upphandlingen eller för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att bedöma antalet referensobjekt.

Av Ekstas utvärdering framgår att NCC rankats högre än Peab med hänsyn till att NCC lämnat omfattande referenser, lämnat en god beskrivning av utvecklande teknik, angett både "Igh och lok i passivhusteknik" samt lämnat en god beskrivning av bolagets arbete på energisidan. Detta ska jämföras med vad som efterfrågats under F) i förfrågningsunderlaget som angetts ovan.

Förvaltningsrätten bedömer att Eksta inte gått utöver förfrågningsunderlaget och lagt andra omständigheter till grund för utvärderingen än vad som ligger inom ramen för det tillåtna. Det har inte heller i övrigt framkommit att utvärderingen gjorts på ett otillåtet sätt.

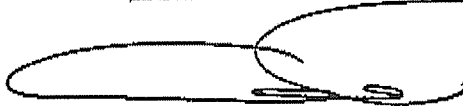
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1**DOM**

I fråga om kriteriet G) Anbudsgivarens eget FoU-arbete har NCC fått högre poäng än Peab och eftersom NCC:s anbud i denna del är belagt med sekretess är det enligt Peab oklart vilka förhållanden som utgör grund för den högre poängen.

Förvaltningsrätten kan inte bedöma beslutet om att sekretessbelägga NCC:s anbud i denna del. För övrigt kan det konstateras att det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur utvärderingen av varje kriterium ska gå till, men att det får anses tillräckligt väl beskrivet vad som ska bedömas och efterfrågas i varje del. Det har inte framkommit att utvärderingen gjorts på felaktigt sätt i fråga om detta kriterium.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Peab inte har visat att upphandlingen har innehållit sådana fel eller brister som motiverar ett ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning bör därför avslås.

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



Olle Holmstedt
Chefsrådman

Föredragande i målet har varit Eva Zetterqvist.



SVERIGES DOMSTOLAR

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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU