



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden: Jesper
Jacobsson

DOM
2012-03-08
Meddelad i
Växjö

Mål nr
4438-11

SÖKANDE

Siemens AB
Deltavägen 7
352 45 Växjö

Ombud:
Advokat Magnus Forssman
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

Jur.kand. Johan Linder
Wistrand Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

MOTPART

Olofströms kommun
Box 302
293 24 Olofström

ÖVERKLAGAT BESLUT

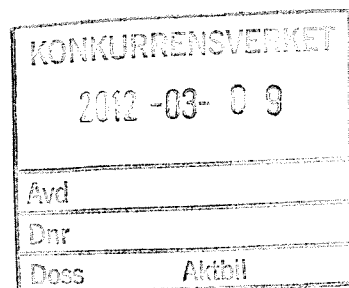
Olofströms kommuns tilldelningsbeslut den 5 december 2011

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Olofströms kommuns upphandling avseende fastighetsutvecklingsentreprenad ska göras om.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Olofströms kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av fastighetsutvecklingsentreprenad. Upphandlingen sker enligt bestämmelserna om förenklat förfarande i 15 kap. LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 5 december 2011 har kommunen beslutat att anta anbud från Gunnar Karlsson Sverige AB. Som skäl för sitt beslut har kommunen angett att Gunnar Karlsson Sverige AB befunnits ha det för Olofströms kommun förmånligaste anbudet.

Siemens AB (bolaget) har begärt överprövning av upphandlingen och yrkat att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider yrkandet om att upphandlingen ska göras om.

Grunder och utveckling av talan

Bolaget anför i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen ska ske i två steg och att de anbudsgivare som kvarstår efter steg 1, kvalificeringsmomentet, erbjuds att muntligen presentera sina anbud. Kommunen har varken i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt angett hur bedömningen av de uppgifter som presenteras muntligen ska ske. Det framgår inte heller av utvärderingsprotokoll eller på annat sätt vad som framkommit under de muntliga presentationerna eller hur kommunen bedömt dessa. Det har inte framkommit någon omständighet som ger underlag för att det funnits ett behov av en muntlig presentation utöver de skriftliga anbuden. Genom det muntliga inslaget brister upphandlingen i transparens.

De sju utvärderingskriterierna ska enligt förfrågningsunderlaget bedömas enligt en femgradig skala. Det framgår dock inte av vare sig de administra-

tiva föreskrifterna eller anbudsformuläret vad som krävs för att uppnå de olika poängnivåerna. För utvärderingskriteriet "Organisationens projektfarenhet" anges inte vilka mervärden kommunen efterfrågar. För övriga utvärderingskriterier anges vissa allmänt hållna uppgifter om mervärden som kommunen efterfrågar, men det går inte att på grundval av dessa uppgifter bilda sig en uppfattning om hur angivna mervärden kommer att utvärderas enligt den femgradiga skalan. Det är således inte möjligt för leverantörerna att förutse hur anbuden kommer att bedömas eller vilka poäng de kommer att få för respektive utvärderingskriterium. Vid granskning av det vinnande anbudet är det inte möjligt att med ledning av kommunens utvärderingskriterier bedöma hur poängtilldelningen skett. Riktlinjerna för hur utvärderingskriterierna används är så allmänt hållna att kommunen efter eget skön kan bestämma hur poängtilldelning ska ske. Utvärderingsmodellen brister därför i transparens och förutsebarhet.

Kvalificering och anbudsprövning utgör två skilda delar i en upphandling. Krav på leverantören, som regel organisationsorienterade kriterier, tillhör typiskt kvalificeringsfasen till skillnad mot kriterier för tilldelning av kontrakt som typiskt sett är produktorienterade. De utvärderingskriterier som kommunen angett i förfrågningsunderlaget avser i allt väsentligt anbudsgivarnas organisation samt utrednings-, genomförande- och uppföljningsmetodik, d.v.s. kriterier gällande anbudsgivares förmåga att utföra projektet. Sådana kriterier kan inte användas som tilldelningskriterier. Detta förstärks av att föreskrifterna om poängtilldelning är så allmänt hållna att anbudsgivarna är utlämnade till kommunens godtycke. Kommunens utvärderingskriterier strider mot LOU.

Då alla tre anbudsgivare som uppfyllt kvalifikationskraven fått fem poäng på alla utvärderingskriterier, bortsett från kriteriet "riskhantering, har utvärderingskriterierna helt saknat betydelse. Någon värdering av anbuden mot varandra har inte skett med utgångspunkt i utvärderingskriterierna.

Utvärderingen av kriterierna innebär att samtliga anbudsgivare bedöms kunna utföra projektet. Anbudspriset har istället ensamt bestämt utgången i anbudsutvärderingen. Utvärderingsmodellen brister därför i transparens eftersom det i förfrågningsunderlaget angetts att anbudsutvärdering ska ske efter principen "ekonomiskt mest fördelaktigt".

Utvärderingen av kriteriet "pris" har skett felaktigt då anbudsgivarna fått fem, tre respektive två poäng. Då endast tre anbudsgivare värderats borde poängtilldelningen enligt de administrativa föreskrifterna skett med fem, fyra respektive tre poäng. Kommunen har även vidgått att Siemens bud rätteligen var näst lägst och således borde erhållit fyra poäng för detta utvärderingskriterium.

Kommunen anför i huvudsak följande. Erbjudandet om den muntliga presentationen har tillkommit eftersom anbudskunden förväntas vara både omfattande och komplexa. I presentationerna begärdes inga rättelser av fel och det gjordes inga förtydliganden eller kompletteringar. Den muntliga presentationen poängsattes inte i något avseende och hade ingen inverkan på kommunens utvärdering. Det har således inte skett någon särbehandling.

Vad gäller anbudsvärderingen så anser kommunen inte det lämpligt att utforma exakta kravnivåer för denna typ av upphandling, där entreprenören ges frihet att lämna egna förslag på besparingsfinansierade effektivitets- och underhållsåtgärder. Det finns inte heller något sådant krav enligt 15 kap. LOU eftersom bestämmelserna inte innehåller något obligatoriskt krav på viktning av utvärderingskriterierna.

Vid upphandling enligt 15 kap. LOU saknas bestämmelser för kvalificeringsfasen men kommunen har ändå valt att genomföra upphandlingen efter de regler som gäller på det direktivstyrda området. Kommunen har

därför valt att i ett första steg kvalificera anbudsgivarna enligt de kriterier som redovisas i AFB.51, där anbudsgivarnas lämplighet baserat på tekniska och ekonomiska meriter bedöms. I steg 2 utvärderar kommunen inkomna anbud från kvalificerade anbudsgivare. Steg 2 beskrivs i AFB.52 och syftar till att identifiera det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är således kriterierna i steg 2 som avgör utfallet i anbudsvärderingen.

De tre anbudsgivare som kvarstod efter kvalificeringen har i utvärderingen tilldelats full poäng för punkterna 5-9. Underlag för kommunens bedömning framgår av förfrågningsunderlaget och prövningen har gjorts utifrån finansiell och ekonomisk styrka samt teknisk förmåga och kompetens. Angivna utvärderingskriterier har varit vägledande för kommunens bedömning. Anbudet har inte värderats mot varandra då detta strider mot LOU, utan har strikt värderats mot förfrågningsunderlaget. Enligt likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen är det inte tillåtet att göra åtskillnad mellan olika anbud om det inte med säkerhet går att fastställa skillnader, vilket även gäller kriterienivå. Den tillämpade utvärderingsmodellen har varit objektiv men det har varit omöjligt att skilja de olika anbudet åt när det gäller merparten av de i förfrågningsunderlaget angivna kvalitetskriterierna. Priset på utvärderingskriterierna ”10 Riskhantering” och ”11 Pris Fas 1” har därför blivit utslagsgivande, vilket inte är samma sak som att lägstaprimodellen har tillämpats.

Då ingen av anbudsgivarna har kompletterat sina anbud eller förklarat att de inte förstår förfrågningsunderlaget anser kommunen sig ha grundad anledning att utgå från att principen om transparens har upprätthållits under hela upphandlingen. Kommunens utvärdering överensstämmer med de i förfrågningsunderlaget väl preciserade utvärderingskriterierna och poängbedömningen. Med hänsyn till dessa kriterier har det ekonomiskt mest fördelaktiga budet antagits.

Vad gäller utvärdering av kriteriet pris har kommunen i den distribuerade utvärderingen tyvärr förväxlat anbudsgivare SI och SH, vilka ska byta plats i kolumnerna i utvärderingen. Pris Fas 1 för anbudsgivare SH ska rätteligen vara 3 istället för 2 och för anbudsgivare SI 4 istället för 3. Summan blir då 5 för GK, 4,8 för SI och 4,65 för SH. Skillnaden mot tidigare blir att SI och SH byter plats, medan GK fortfarande är vinnare.

Bolaget har yttrat sig och anför i huvudsak följande. Kommunen har inte styrkt sina påståenden om att det inte gjordes några förtydliganden eller kompletteringar vid de muntliga presentationerna och att de dessa inte hade någon inverkan på utvärderingen. Kommunen har inte heller angett hur detta säkerställts i upphandlingen. Det får anses ankomma på kommunen att sörja för underlag som visar vad som förekom vid de muntliga presentationerna. Genom inslaget av muntlig presentation har upphandlingen brutit i transparens.

Då kommunen vitsordat att det varit omöjligt att skilja anbudet åt gällande merparten av utvärderingskriterierna måste det anses uppenbart att den valda utvärderingsmodellen är olämplig. Kriteriet "Riskhantering" är viktat till 5 procent vilket medför att priskriteriet ensamt varit avgörande. Eftersom det inte går att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga budet är den valda utvärderingsmodellen inte transparent. Det enda sättet att skilja anbudet åt med den valda utvärderingsmodellen är genom pris. Utvärderingsmodellen strider därför mot den valda utvärderingsprincipen, att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas, som anges i förfrågningsunderlaget.

Då kommunen inte ansett det lämpligt att utforma exakta krav- och poängnivåer för utvärderingskriterierna är dessa inte förutsebara och transparenta, vilket är ett krav enligt LOU. Utvärderingskriterierna har gett kom-

munen möjlighet att godtyckligt poängsätta anbuden och kommunen har inte lämnat någon förklaring till hur poängsättningen konkret gått till. Förslag på besparingsfinansierade effektivitets- och underhållsåtgärder utgör själva upphandlingsföremålet, men utifrån de angivna utvärderingskriterierna går det inte att få en uppfattning om vilka besparingsfinansierade effektivitets- och underhållsåtgärder kommunen önskar upphandla eller hur dessa ska värderas för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska kunna identifieras. Utvärderingskriterierna saknar således koppling till föremålet för upphandlingen, d.v.s. anbudsgivarnas förslag på besparingsfinansierade effektivitets- och underhållsåtgärder, och brister därmed i transparens. Utvärderingskriterierna avser istället enbart anbudsgivarnas allmänna organisatoriska och metodiska förutsättningar att genomföra uppdraget. Kriterierna kan därför inte användas som tilldelningskriterier.

Kommunen har vitsordat att utvärderingen blivit felaktig genom att två anbud förväxlets och att felaktiga poäng använts, vilket förstärker intrycket av att anbudutvärderingen skett godtyckligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

LOU ändrades den 1 november 2011 men äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada ansöka om överprövning enligt 5 § hos allmän förvaltningsdomstol.

Av 16 kap. 5 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 har lidit eller kan komma att lida skada.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Frågan i målet är om upphandlingen har brutit i transparens. Transparensen har ifrågasatts avseende den muntliga presentationen och utvärderingskriterierna samt gällande tillämpad tilldelningsgrund.

Den muntliga presentationen

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare som kvarstår efter steg 1, kvalificeringsfasen, erbjuds att hos beställaren muntligen presentera sina anbud. De tre kvalificerade anbudsgivarna har genomfört en sådan presentation.

Det finns inget hinder i LOU för att under en upphandling hålla en muntlig presentation. En sådan presentation ska dock följa de grundläggande principerna för upphandling, t.ex. gällande transparens.

Det finns i förfrågningsunderlaget inga uppgifter om vilken betydelse den muntliga presentationen har för utvärderingen. Kommunen har anfört att det under presentationerna inte begärts några rättelser eller gjorts några förtydliganden eller kompletteringar samt att den muntliga presentationen inte poängsatts eller haft någon inverkan på kommunens utvärdering. Bolaget menar att det varken i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt anges hur bedömningen av de uppgifter som presenteras muntligen ska ske samt att det inte av utvärderingsprotokoll eller på annat sätt framgår vad som framkommit under de muntliga presentationerna eller hur kommunen bedömt dessa. Kommunen har inte kunnat vissa att det inte gjordes några förtydliganden eller kompletteringar vid de muntliga presentationerna eller att dessa inte hade någon inverkan på utvärderingen.

Det har i utredningen inte framkommit någon dokumentation från de muntliga presentationerna. Förvaltningsrätten finner därför att inslaget av muntlig presentation har inneburit en brist i transparens då det varken av förfrågningsunderlag, utvärderingsprotokoll eller mötesdokumentation framgår om den muntliga presentationen haft inverkan på utvärderingen eller hur en eventuell värdering av presentationerna gjorts.

Utvärderingskriterierna

De i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna är Organisationens projekterfarenhet, Utredningsmetodik, Genomförandemetodik, Uppföljningsmetodik, Kompetensöverföring, Riskhantering samt Pris Fas 1. Utvärderingskriterierna är viktade och av förfrågningsunderlaget framgår det att poängsättning kommer att göras med upp till fem poäng som sedan viktas.

En upphandlande myndighet har stor valfrihet att välja vilka utvärderingskriterier som ska användas. Vid en bedömning av det ekonomiskt mest

fördelaktiga anbudet ska kriterier som är kopplad till föremålet för kontraktet beaktas, som t.ex. pris, leverans- eller utförandetid, kvalitet, miljöegenskaper, estetiska och funktionella tjänster eller tekniskt bistånd och kundservice. Kriterier som huvudsakligen bedömer anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga, som t.ex. anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikation-er och resurser, kan inte utgöra kriterier för tilldelning (se bl.a. EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C532/06 Lianakis AEF m.fl.). Kriterierna får inte heller ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och ska vara förenligt med de grundläggande principerna för upphandling (se EG-domstolens dom den 17 september 2002 i mål C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab m.fl.).

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den leder till ett rättvisande resultat genom att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas (se RÅ 2002 ref. 50).

Bolaget har anfört att det inte framgår vad som krävs för att uppnå de olika poängnivåerna för utvärderingskriterierna samt att de mervärden kommunen efterfrågar inte angetts eller är allmänt hållna. Detta medför att det inte är möjligt att förutse hur anbuden kommer att bedömas eller vilka poäng de kommer att få för respektive utvärderingskriterium. Bolaget har även anfört att de angivna utvärderingskriterierna avser anbudsgivarnas organisation samt utrednings-, genomförande- och uppföljningsmetodik, d.v.s. kriterier gällande anbudsgivares förmåga att utföra projektet.

Kommunen menar att utvärderingen har gjorts för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att prövningen har gjorts utifrån finansiell och ekonomisk styrka samt teknisk förmåga och kompetens.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att de av kommunen uppställda utvärderingskriterierna inte uppfyller kraven enligt LOU, då det inte anges vilka mervärden kommunen efterfrågar. Utvärderingskriterierna har därmed inte varit mätbara eller förutsebara och ger kommunen en alltför stor valfrihet i hur anbudena poängsätts. Utvärderingskriterierna står således i strid med transparensprincipen. Förvaltningsrätten finner vidare att det i förfrågningsunderlaget uppställda utvärderingskriteriet "Organisationens projekterfarenhet" avser bedömning av anbudsgivarnas förmåga att utföra det aktuella projektet och saknar koppling till det upphandlade objektet. Förvaltningsrätten bedömer därför att detta kriterium inte kan användas för tilldelning. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna står i strid mot 1 kap. 9 § LOU.

Tilldelningsgrund

I förfrågningsunderlaget framgår att anbudena kommer att bedömas efter vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till angivna kriterier.

Bolaget har anfört att priset ensamt har bestämt utgången i anbudsutvärderingen. Utvärderingsmodellen brister därför i transparens eftersom det i förfrågningsunderlaget angetts att anbudsutvärdering ska ske efter principen "ekonomiskt mest fördelaktigt".

Kommunen har anfört att anbudena har värderats mot förfrågningsunderlaget och att det varit omöjligt att skilja de olika anbudena när det gäller merparten av kvalitetskriterierna. Utvärderingskriterierna "Riskhantering" och "Pris Fas 1" har därför blivit utslagsgivande, vilket inte är samma sak som att lägsta prismodellen har tillämpats.

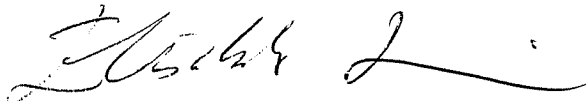
Av handlingarna i målet framgår att kommunen ansett att det inte med säkerhet gått att säkerställa någon skillnad mellan anbudena. Detta har resulterat

rat i att priset blivit det utslagsgivande kriteriet. Förvaltningsrätten menar därför att upphandlingen inte skett enligt den tilldelningsgrund som anges i förfrågningsunderlaget, d.v.s. det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det får anses åligga kommunen att ange tillräckligt tydliga kriterier för att möjliggöra en differentierad bedömning av de inkomna anbuden. Förfrågningsunderlaget har således brutit i transparens då anbudsgivarna inte unnat förutse att priset skulle bli avgörande för tilldelningen.

Sammanfattning

Genom bristerna i det muntliga förfarandet, i utvärderingskriterierna och i den tillämpade tilldelningsgrunden, har Olofströms kommun vid upphandlingen brutit mot 1 kap. 9 § LOU, genom brister i transparensen. Detta har medfört att Siemens AB har lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan ska därför bifallas och upphandlingen ska göras om.

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



Elisabeth Lewin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 vartill 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 uppge 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 3109/1D LOU