



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2011-09-20
Meddelad i
Umeå

Mål nr
1288-11 E
Kansli 2

SÖKANDE

Svevia AB, 556768-9848
Region Nord
Box 1008
901 20 Umeå

MOTPART

Nordmalingskommun
Samhällsbyggnadsförvaltningen
914 81 Nordmaling

KONKURRENSVERKET	
2011-09-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom ny utvärdering av anbudet.

GENOMFÖRD UPPHANDLING

Nordmalings kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av Ramavtal Anläggningsarbete (diariernr 11031). Av kommunens tilldelningsbeslut den 13 juni 2011 med bilagd utvärdering framgår att det inkommit fyra anbud, bl.a. från Svevia AB (Svevia) och NCC Construction AB (NCC). Vidare framgår att Svevia tilldelats 99 poäng, att NCC tilldelats 99,14 poäng, varmed NCC antas som leverantör. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande.

Kommunen meddelar via e-post den 14 juni 2011 att det tilldelningsbeslut som skickats ut via e-post den 13 juni 2011 återtas och att ett nytt tilldelningsbeslut kommer att skickas ut när ny utvärdering genomförts.

I nytt tilldelningsbeslut den 17 juni 2011 med bilagd utvärdering anges att Svevia erhållit 98 poäng, att NCC 98,55 poäng samt att NCC antagits som entreprenör. Vidare anges bl.a. att den aktuella förfrågingen med löpande räkning i kommunens anläggningsverksamhet innebär att särskilt tillgänglighet bedöms viktigt så att beställningar av allehanda slag inom verksamhetsområdet snabbt kan utföras samt att det vinnande anbudet har bedömts till maxpoäng då platschef, arbetsledare och ett stort antal yrkesarbetare alla är stationerade på orten.

PARTERNAS TALAN

Svevia

Svevia ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att NCC:s anbud inte tas upp till prövning. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att ut-

värderingen av anbudet sker utan att personalens bostads-/stationeringsort beaktas vid utvärderingen. Som grund för ansökan anförs bl.a. följande.

Uppfyllande av skullkrav

NCC:s anbud är orent. Enligt vad som anges i de administrativa föreskrifterna för entreprenaden (AFC.631) ska entreprenören ställa säkerhet till ett belopp om 100 000 kr. Säkerheten ska utgöras av bankgaranti, kreditförsäkring eller annan realsäkerhet. Med begreppet ”realsäkerhet” avses säkerhet i form av egendom, t.ex. pantbrev i fastighet, företagsinteckning, aktier eller liknande. NCC har i sitt anbud (sid. 1) angivit att som säkerhet för arbetets fullgörande erbjuds en moderbolagsborgen från NCC. Ett borgensåtagande är inte detsamma som en bankgaranti, kreditförsäkring eller realsäkerhet. NCC:s anbud är därför orent och ska förkastas.

NCC har i sitt anbud angivit att arbete utförs inom fem arbetsdagar från avrop. Detta är helt i enlighet med vad som anges i de Administrativa föreskrifterna, AFC.42, vad avser underhållsarbete. I AFC.42 anges avseende akuta fel och brister, att dessa ska åtgärdas inom 24 timmar från beställning. Vad NCC anfört i sitt anbud, om att arbeten kan påbörjas inom en femdagarsperiod, torde kunna tolkas som en reservation mot det sistnämnda kravet. Anbudet ska då förkastas även på denna grund.

Utvärderingskriteriet Organisation

Utvärderingen står i strid med de grundläggande principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet. Beräkningen för prispoäng har ej utförts enligt i förfrågningsunderlaget ingående Värderingsgrunder. I tilldelningsbeslutet har NCC tilldelats 59,14 prispoäng, enligt Svevias uppfattning ska det vara 58,57 prispoäng. NCC har ett pris som är 41 600 kr högre än Svevias, vilket motsvarar 1,43 procent. Detta ger enligt beräk-

ningsmodellen ett poängavdrag med 1,43 poäng; $60 - 1,43 = 58,57$ prispoäng. Detta gav Svevia högst poängsumma. Efter att felet påtalats till upphandlingsbyrån, Umeå kommun och Nordmalings kommun, kom ett återtagande av tilldelningsbeslutet den 13 juni 2011. Ett nytt tilldelningsbeslut kom den 19 juni 2011 där man rättar till beräkningen av prispoäng enligt Sveglias påpekande, men även kryptiskt hänvisar till en felskrivning och sänker Sveglias poäng för organisation från 19 till 18 poäng.

Kommunen har i sitt yttrande använt uttrycket ”stadigvarande placerade på orten”. I motiveringen till tilldelningsbeslutet används uttrycket ”stationerade på orten”. Vad kommunen i praktiken synes ha beaktat är dock inte den yrkesmässiga placeringen av personalen, utan den faktiska boendeor-ten. Svevia har, liksom NCC, ett fast driftställe i Nordmaling, vilket tydligt har redovisats i anbudet. NCC har i sitt anbud redovisat var personalen (inklusive yrkesarbetarna) bor, vilket i flera fall är just Nordmaling. Svevia har (i huvudsak) inte lämnat några sådana uppgifter eftersom detta inte efterfrågades i förfrågningsunderlaget och det inte framgick att detta skulle beaktas. Det kan dock noteras att den av Svevia angivna platschefen bor i Nordmaling och att denne under 35 års tid arbetat med drift och underhåll framför allt i Nordmaling med omnejd. Mot denna bakgrund står motiveringen till kommunens värdering av underkriteriet ”tillgänglighet” i uppenbar strid mot principen om icke-diskriminering. Att särskilt beakta att en anbudsgivare har personal som bor i den aktuella kommunen strider givetvis mot hela grundtanken med EU som en gemensam marknad med fri rörlighet för varor och tjänster och icke-diskriminering av anbudsgivare. De två andra anbudsgivarna, Skanska och PEAB, har inte någon fast etablering på orten. Redan av den anledningen får kommunens poängsättning, där Svevia har erhållit samma poäng som Skanska och PEAB, anses anmärkningsvärd, i vart fall med den vikt kommunen synbarligen fäst vid tillgängligheten.

Svevia har, till skillnad från NCC, i anbudet redovisat att bemanningen har jour och beredskap året runt. Det ska påpekas att det i AFC.1 anges att jourberedskap eventuellt kan krävas i entreprenaden. Sveglias tillgänglighet är minst lika bra som NCC:s och bättre om jourberedskapen beaktas. Genom att sänka Sveglias poäng avseende "Organisation" med hänvisning till tillgängligheten har kommunen bedömt Svevia med en annan måttstock än NCC, varför upphandlingen står i strid mot principen om likabehandling. Kommunen har under alla omständigheter fäst en oförutsägbar vikt vid personalens "stationering". Av förfrågningsunderlaget har det inte framgått att underkriteriet "Tillgänglighet" varit särskilt viktigt, vilket anges i kommunens motivering den 15 juni 2011, eller att personalens bostadsort därvid särskilt skulle beaktas. I bilagan "Värderingsgrunder" anges tillgänglighet först efter "Kompetens" och "Erfarenhet", varför de två sistnämnda kriterierna får antas äga större vikt. I AFC.31 anges inte att några närmare uppgifter om stationeringsort efterfrågas, överhuvudtaget framgår inte att uppgifter om yrkesarbetare efterfrågas.

Kommunen

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Efter att Svevia påpekat en felaktighet i bedömningen av offererade priser i den ursprungliga utvärderingen återkallade kommunen det meddelade tilldelningsbeslutet. För att säkerställa ett korrekt resultat granskades hela upphandlingen på nytt. Vid granskningen kunde kommunen konstatera att Svevia felaktigt hade erhållit en poäng mer än vad som var avsett och korrekt för utvärderingskriteriet Organisation. Följaktligen justerades Sveglias poäng i den delen från 19 till 18 poäng. Kommunen kan i och för sig vitsorda att Svevia disponerar lokaler, m.m. i Nordmaling och kompetens att utföra uppdraget. Däremot saknar Svevia, till skillnad mot NCC, platschef, arbetsledare och kollektivanställda stadigvarande placerade på orten. Detta innebär sämre tillgänglighet för snabbt utförande av olika uppdrag

enligt det upphandlande avropsavtalet. Tillgänglighet är ett av de moment som enligt förfrågningsunderlaget bedöms vid utvärderingen av kriteriet Organisation. Mot denna bakgrund har kommunen bedömt att Svevias anbud, vad avser Organisation, är likvärdigt med Skanskas och PEAB:s, som båda också erhållit 18 poäng i utvärderingen.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

DOMSKÄL

Frågorna i detta mål är om upphandlingen, såsom anförts av Svevia, strider mot de grundläggande principerna eller övriga bestämmelser i LOU till följd av bristande följsamhet av skallkrav och/eller om kommunen vid sin utvärdering använt sig av diskriminerande bedömningsgrunder.

Skallkrav

I upphandlingen föreligger ett skallkrav innebärande att entreprenören ska ställa säkerhet till ett belopp av 100 000 kr samt att denna ska utgöras av bankgaranti, kreditförsäkring eller annan realsäkerhet som inte får vara

tidsbunden. Förvaltningsrätten finner att en sådan moderbolagsborgen, såsom den som lämnats av moderbolaget NCC AB i förevarande fall, är att jämställa med en sådan säkerhet som åsyftas i det aktuella skallkravet. NCC:s anbud i denna del bedöms således uppfylla skallkravet avseende Säkerhet till Beställaren.

Av förfrågningsunderlaget framgår att underhållsarbete ska påbörjas senast fem dagar efter avrop, men att akuta fel och brister som orsakar trafikolägenheter eller trafikfara ska åtgärdas inom 24 timmar från beställning. NCC har i sitt anbud under rubriken "Övrigt" angett bl.a. att bolagets åtagande innebär kontinuitet med arbetsutförande inom fem arbetsdagar från avrop under hela året, att inga extra etableringskostnader tillkommer oavsett avropets storlek. Svevia hävdar att den tidsangivelse om fem dagar som lämnats i NCC:s anbud torde kunna tolkas som en reservation, eftersom "akuta fel och brister" ska åtgärdas inom 24 timmar från beställning. Utifrån bl.a. det sammanhang i vilket NCC lämnat denna uppgift, och då Svevia inte närmare har redogjort för grunderna till sitt påstående, finner förvaltningsrätten att Svevia inte har visat att NCC inte har för avsikt att även uppfylla det aktuella skallkravet.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser förvaltningsrätten således att Svevia inte visat att kommunen handlat i strid med bestämmelserna i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna genom att utvärdera anbudet från NCC.

Utvärdering

I kommunens dokument "Värderingsgrunder" anges bl.a. följande:

2.1 Organisation, max 20 p

Värdering av samtlig redovisad personals:

- kompetens
- erfarenhet

- tillgänglighet
- resurser
- semesteruppehåll/flexibilitet.

Kommunen har inte angett någon inbördes viktning av dessa underkriterier. Inte heller anges någon precisering av vad som ingår och avses utvärderas i begreppet ”tillgänglighet”.

Av kommunens motivering till tilldelningsbeslutet samt av det yttrande som kommunen ingett under förvaltningsrättens handläggning av målet framgår att det som synes ha haft en avgörande betydelse vid kommunens utvärdering av underkriteriet tillgänglighet varit huruvida de anställda varit ”stationerade” på eller ”stadigvarande placerade” på orten. Förvaltningsrätten anser att det ger en diskriminerande effekt att, såsom kommunen gjort i upphandlingen, lägga in en sådan innebörd i det aktuella utvärderingskriteriet. Kommunen har därför brutit mot principen om icke-diskriminering. Mot bakgrund av den marginella skillnaden i det antal poäng som NCC och Svevia tilldelats vid utvärderingen har detta medfört att Svevia lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därför grund att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. Förvaltningsrätten kan härvid besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att den i målet aktuella bristen hänför sig till utvärderingen av anbudet finner förvaltningsrätten det tillräckligt att utvärderingen görs om.

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



Marika Pernu
Förvaltningsrättsfiskal

Målet har föredragits av Kristin Persson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 3109/1C LOU

