



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2018-04-27

Meddelad i Göteborg

Mål nr

14223-17

KONKURRENSVERKET	
2018-04-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Arkiv

SÖKANDE

Svensk Sjöentreprenad i Malmö AB, 556223-2172

Ombud:

Advokaten Per Jadelind

Amber Advokater Halmstad KB

Box 363

301 09 Halmstad

MOTPART

Göteborgs Hamn AB, 556008-2553

Ombud:

Advokaten Anna Hofling Johansson och Gabriella Fossum

Advokatfirman Vinge KB

Box 11025

404 21 Göteborg

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, förkortad LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 534787

Postadress

Box 53197

400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax

031 - 711 78 59

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

VAD MÅLET GÄLLER

Göteborgs Hamn AB (GHAB) genomför en upphandling av Ramavtal Dyktjänster, dnr 173-17016. Upphandlingen är uppdelad i tre teknikområden; a) dykarbeten, b) dykinspektion och c) dyksyn. Detta mål rör teknikområde a) dykarbeten.

Av tilldelningsbeslut den 8 december 2017 framgår att andra leverantörer än Svensk Sjöentreprenad i Malmö AB (SSE) vunnit upphandlingen avseende teknikområde a) dykarbeten.

Det som förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder SSE anför.

YRKANDEN M.M.

Svensk Sjöentreprenad i Malmö AB

SSE ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att SSE tas med i prisutvärderingen och tilldelas ramavtal och i andra hand att upphandlingen ska göras om. SSE anför i huvudsak följande. Upphandlingen strider mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. För att gå vidare till prisutvärdering krävdes minst 42 kvalitetspoäng. Av utvärderingsprotokollet framgår att SSE fått totalt 40 poäng och därmed inte gått vidare till prisutvärdering.

Kvalitén skulle utvärderas genom en metodbeskrivning av tre olika arbetsmoment, en prissatt mängdförteckning och en organisationsplan med bl.a. CV för vissa befattningshavare. Det enda som angavs i förfrågningsunderlaget var att ”Ju mer relevant vi bedömer att erfarenhet, beskrivning, CV osv. är, desto högre poäng” och dessutom angavs poängsteg om

0,5,10,15,20,25 eller 30 poäng där 30 poäng var max. Vid utvärderingen har sedan GHAB delat upp de olika momenten i delmoment som poängsatts var för sig. Denna uppdelning och poängsättning har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Det har därför inte varit möjligt att förutse hur poängsättning och utvärdering skulle ske och vad som krävts för full poäng i de olika delarna. Det har inte gått att utläsa vad GHAB har tillmätt betydelse i upphandlingen och utvärderingen har genomförts på ett subjektivt och godtyckligt sätt. GHAB anger nu också att det krävs ett betydande mervärde för att få hög kvalitetspoäng. Detta har inte angetts i förfrågningsunderlaget och det har inte heller angetts vad som anses kunna utgöra ett mervärde.

När det gäller metodbeskrivningarna för de tre arbetsmomenten har SSE detaljerat redogjort för arbetsmetoderna och hänvisat till att man följer anvisningarna i TBUdyk och däri refererade dokument som GHAB refererat till i förfrågningsunderlaget. Detta har sedan ytterligare utvecklats under intervjutillfället. Trots detta menar GHAB att SSE inte beskrivit metoderna vid de olika arbetsmomenten på ett riktigt sätt och därför gett poängavdrag. Det framgår vare sig av förfrågningsunderlaget eller vid intervjun att GHAB efterfrågat en mer detaljerad beskrivning än vad bolaget lämnat. Utvärderingen har skett på ett subjektivt och godtyckligt sätt.

Vidare är det fråga om upphandling av en utförandeentreprenad där beställaren ska utföra projekteringen. Det är inte proportionerligt eller rimligt att då bedöma anbudsgivarens projektering och sätta lägre poäng enbart för att denne hänvisar till det som beställaren föreskrivit.

Även utvärderingen av personalen har skett på motsvarande godtyckliga sätt utan tydlig information om vad som efterfrågats och vad som poängsatts. Vidare framgår att två av de leverantörer som tilldelats avtal saknar arbetsledare och en saknar personal med klass 1-utbildning vilket var

obligatoriska krav. SSE borde därmed ha tilldelats ytterligare poäng jämfört med övriga anbudssökande.

Sammantaget borde SSE ha tilldelats ytterligare 12 kvalitetspoäng eller under alla omständigheter ytterligare fem poäng och SSE hade då kvalificerat sig för prisutvärdering. Eftersom SSE:s anbudspris är lägre än övriga antagna leverantörers pris hade SSE tilldelats högsta poäng för pris. Tillsammans med kvalitetspoängen torde SSE då ha fått den högsta sammantagna poängsumman och därmed tilldelats avtal. Genom GHAB:s agerande har SSE därmed lidit skada.

Göteborgs Hamn AB

GHAB anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Tilldelningskriterierna har varit pris och kvalitet. Viktningen mellan kriterierna har tydligt angetts. Likaså framgår vilken lägsta kvalitetspoäng som krävs för att prisutvärdering ska aktualiseras samt vilken maxpoäng och totalpoäng som gäller. Det enda som inte har framgått av förfrågningsunderlaget är delpoängen per moment i metodbeskrivningen. Detta är dock helt i enlighet med gällande praxis. Den använda bedömningsmetoden har fastställts innan anbuderna har öppnats och den har inte ändrat vare sig tilldelningskriterierna eller den relativa viktningen av dessa. Vad som skulle tillmätas betydelse har framgått med tillräcklig tydlighet av förfrågningsunderlaget. Utvärderingsmodellen har tillämpats lika på alla anbudsgivare.

När det gäller metodbeskrivningarna av de specificerade arbetsuppgifterna angavs i förfrågningsunderlaget att en detaljerad beskrivning skulle lämnas och att denna skulle vara i enlighet med närmare angiven aktivitet i TBUdyk. SSE har i sitt anbud endast i allmänna ordalag hänvisat till att bolaget förhåller sig till TBUdyk och andra dokument. Detta är inte en detaljerad beskrivning av de efterfrågade momenten och att hänvisa till

TBUdyk som anges som förutsättning i förfrågningsunderlaget ger inget mervärde. SSE har vidare snarast angett syftet och de principiella metoderna istället för att detaljerat beskriva arbetsmetoden på det sätt som har efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår att GHAB tillmäter kvaliteten stor betydelse i upphandlingen och att då lämna svar som inte ger något mervärde genererar inte några höga kvalitetspoäng vilket borde stått klart för SSE.

Den information som har lämnats i förfrågningsunderlaget har varit tillräcklig för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare har kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Utvärderingsmodellen strider inte mot någon grundläggande bestämmelse i LUF eller de grundläggande principerna. Att SSE inte kunnat utläsa exakt vad som krävts för att uppnå en viss poäng utgör ingen brist enligt praxis.

Det är inte korrekt att de vinnande anbudsgivarnas personal inte uppfyller ställda krav. Av de nyckelpersoner som SSE har angett i sitt anbud har flera av dem mindre än fem års arbetslivserfarenhet. Därav har SSE korrekt tillerkänts 20 poäng i denna del. Det ska även noteras att ingen anbudsgivare har lyckats få full poäng (30 poäng) i denna del.

För det fall SSE tilldelats ytterligare fem kvalitetspoäng hade bolaget kunnat tilldelas avtal.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i den lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LUF).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LUF. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LUF och unionsrätten inte träds förnär.

SSE har i huvudsak anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt och att alla leverantörer inte har behandlats lika och att det därför finns skäl att ingripa mot den aktuella upphandlingens teknikområde a).

Det är den upphandlande enheten som bestämmer vad den önskar upphandla utifrån de behov som föremålet för upphandlingen ska tillgodose. Det innebär också att den upphandlande enheten har stor frihet att bestämma den utvärderingsmodell som på ett godtagbart sätt kan leda till att den upphandlade tjänsten eller varan motsvarar det behov som upphandlingen

ska tillgodose. Vid upphandling av mer komplexa tjänster kan det vara omöjligt att på förhand fastställa enkla, mätbara variabler som anbudsgivare ska ange och som sedan entydigt kan utvärderas med resultatet att den tjänst eller vara som bäst uppfyller den upphandlande enhetens behov också rangordnas högst när det gäller kvalitet. En mer komplex utvärderingsmodell med vissa subjektiva inslag kan i sådana sammanhang behövas och har också accepterats i praxis. Det väsentliga är dock att förfrågningsunderlaget i detta avseende är så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse. Vidare ska utvärderingsmodellen vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas (jfr rättsfallet RÅ 2002 ref. 50).

Av förfrågningsunderlaget och den av GHAB valda utvärderingsmodellen framgår att upphandlande enheten lagt stor vikt vid kvaliteten på de tjänster som ska upphandlas. Vardera utvärderingskriterium har värderats var för sig och därvid åsatts kvalitetspoäng mellan 0-30. Vid utvärderingen har GHAB delat upp varje delmoment i mindre delar och poängsatt varje del för sig enligt bestämt formulär. Förutom anbudshandlingarna har intervjuer genomförts med anbudsgivarna och det framkommer bl.a. att SSE:s kvalitetspoäng avseende metodbeskrivningarna för de tre arbetsuppgifterna har justerats något efter den genomförda intervjun.

Den utvärderingsmodell som presenteras i förfrågningsunderlaget är visserligen tämligen komplicerad och ger visst utrymme för subjektiva bedömningar hos den upphandlande enheten. Modellen är dock överblickbar och tydligt presenterad. Det framgår klart vad som ska utvärderas och relationen mellan kvalitet och pris samt vilka poängintervall som är aktuella för vart och ett av utvärderingskriterierna. Enligt förvaltningsrättens mening borde en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare förstå vad som är betydelsefullt för GHAB. Att det är ett mervärde som den

upphandlande enheten velat ha är också tydligt då så stor vikt har lagts vid kvalitetsaspekter. Förfrågningsunderlaget får därmed anses vara tillräckligt tydligt för att bolag – som är potentiella anbudsgivaren i upphandlingen – ska kunna lämna ett anbud som såväl till innehåll som till utformning är konkurrenskraftigt. En annan sak är att en anbudsgivare inte mer exakt kan förutse utfallet av utvärderingen på förhand. Detta är emellertid inte heller något som behöver uppfyllas för att ett förfrågningsunderlag och en utvärderingsmodell ska följa principen om öppenhet eller transparens.

Då det i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivarna ska lämna en detaljerad metodbeskrivning av de efterfrågade arbetsmomenten som ska genomföras i enlighet med TBUdyk framstår det som relativt uppenbart för förvaltningsrätten att det den upphandlande enheten efterfrågar är något mer än en hänvisning till TBUdyk och däri angivna handlingar. SSE:s beskrivningar är i flera delar kortfattade och saknar även efter komplettering vid intervjun mer ingående beskrivningar av hur arbetsmomentet ska genomföras. Mot bakgrund härav kan den poängsättning GHAB tillämpat inte anses vara felaktig. SSE har inte heller klargjort på vilket sätt de olika leverantörerna har behandlats olika vid utvärderingen.

När det gäller utvärderingen av personalen framgår det tydligt att det bl.a. är erfarenheten hos dessa som GHAB tillmäter betydelse. Det framgår också att den personal som SSE har angett i sitt anbud har en relativt begränsad erfarenhet. Den av GHAB åsatta poängen avseende organisationsplan och personal får därmed också anses vara rimlig. SSE har inte heller närmare angett på vilken grund bolaget skulle tillerkännas ytterligare poäng i denna del.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att vad SSE har anfört inte visar att utvärderingen är behäftad med sådana felaktigheter att det finns skäl för ett ingripande. Inte heller kan förfrågningsunderlaget anses vara så otydligt att

det finns skäl att förordna att upphandlingen ska göras om. Det saknas därmed skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder SSE har anfört varför ansökan om överprövning ska avslås.

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

Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

