



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-05-27
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2424-11
Enhet 2

SÖKANDE

NCC Roads AB, 556302-3307
170 80 Solna

Ombud: Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. Flens kommun
642 81 Flen

2. Katrineholms Fastighetsaktiebolag, 556011-0917
Box 7
641 21 Katrineholm

3. Katrineholms Industrihus Aktiebolag, 556069-1510
Box 7
641 21 Katrineholm

4. Katrineholms kommun
641 80 Katrineholm

5. Sörmland Vatten och Avfall AB, 556742-9302
Vingåkersvägen 18
641 51 Katrineholm

6. Vingåkers kommun
643 80 Vingåker

Ombud för 1-6:
Upphandlingschef Ketty Lindquist
Ekonomi- och upphandlingskontoret
Katrineholms kommun
641 80 Katrineholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-05-30	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 47470

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rätten bifaller ansökan och förordnar att Katrineholms, Flens och Vingåkers kommuner, Sörmland Vatten och Avfall AB, Katrineholms Fastighetsaktiebolag och Katrineholms Industrihus AB:s upphandling av asfaltentreprenad inom Katrineholms, Flens och Vingåkers kommuner får avslutas först sedan rättelse skett i enlighet med domskälen.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Katrineholms, Flens och Vingåkers kommuner, Sörmland Vatten och Avfall AB, Katrineholms Fastighetsaktiebolag och Katrineholms Industrihus AB (myndigheten) har genomfört en förenklad upphandling gällande asfaltentreprenad inom Katrineholms, Flens och Vingåkers kommuner.

Fyra företag inkom med anbud i upphandlingen. Anbud lämnades för bl.a. ett alternativ A (2-årsavtal) och ett alternativ B (3-årsavtal). Genom tilldelningsbeslut den 6 april 2011 antogs anbudet från Skanska Asfalt & Betong AB vilket var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. NCC Road AB (bolaget) placerades som det andra ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att utvärderingen av offererade priser görs om. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Myndigheten yrkar att ansökan om överprövning av upphandlingen ska avslås.

SKÄLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Parternas argumentering

Bolaget har anfört bl.a. följande.

Utvärderingen av pris har genomförts på ett sätt som står i strid med vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Om förvaltningsrätten finner att beskrivningen i förfrågningsunderlaget av hur priset ska utvärderas medger den modell som kommunerna har tillämpat menar bolaget att förfrågningsunderlaget inte är tillräckligt tydligt i detta avseende. Det har givit kom-

munerna utrymme att välja mellan alternativa sätt att genomföra prisutvärderingen. Dessa förhållanden står i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling. Vidare gör bolaget gällande att det sätt på vilket kommunerna utfört utvärderingen av offererade priser står i strid med proportionalitetsprincipen. På grund av detta har de lidit skada eller riskerar att lida skada.

Bolaget har vid formuleringen av sitt anbud utgått från att det är det mest förmånliga totalpriset som är avgörande för utvärderingen av kriteriet Ekonomi. De har därför utgått ifrån att utvärderingen skall ske på följande vis. Offererade summan för asfaltsbeläggningar x 40 % + à-prislista på förarbeten x 15 % + pris på Kod 17.72 (brunnar) x 15 % = Totalpriset som skall utvärderas.

Vid tillämpningen av denna modell skulle det mest förmånliga totalpriset erhållas, vilket enligt förfrågningsunderlaget ska erhålla 10 poäng. Övriga anbudsgivare erhåller poäng procentuellt i förhållande till lägsta pris. Med denna modell hade de erhållit det lägsta priset i upphandlingen och skulle då ha tilldelats kontraktet. Myndigheten har istället valt att genomföra utvärderingen enligt en helt annan modell. De har inte utvärderat det mest förmånliga totalpriset, utan har istället utvärderat de tre delarna i utvärderingskriteriet Ekonomi separat. Med den modell som myndigheten tillämpat erhåller inte den anbudsgivare som har lämnat det mest förmånliga totalpriset kontraktet, utan istället den anbudsgivare som erhållit högst sammanlagd poäng på de tre olika moment (underkriterier) som Ekonomi delats upp i. Modellen innebär att en relativt stor skillnad i offererade priser vad gäller offererad summa för asfaltsbeläggningen (med störst vikt) får en oerhört liten betydelse för den totala poängen i utvärderingen av kriteriet Ekonomi, medan utvärderingen av offererat pris på Kod 17.72 (med betydligt mindre vikt) får ett oerhört mycket större och helt avgörande utfall i upphandlingen.

Kod 17.72 avser brunnar och har av bolaget offererats till 4 200 kr, medan Skanska valt att offerera 0 kr. Med myndighetens modell har Skanska erhållit 1,5 poäng och bolaget 0 poäng. Detta har inneburit 1,5 poängs skillnad i utvärderingen. Detta ska jämföras med offererade priser för själva asfaltsbeläggningen, där en prisskillnad om nästan 100 000 kr till bolagets fördel, endast gett 0,1 poängs skillnad i utvärderingen. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget exakt vilka siffror som har lett fram till den poängsättning som redovisas under rubriken Utvärdering av anbud i utvärderingsdokumentet. Det kan dock konstateras att den av kommunerna tillämpade modellen torde leda fram till att Skanska vinner framgång oavsett om utvärderingen bryts ner på de tre inblandade kommunerna. Bolaget har offererat det sammanlagt mest förmånliga priset såväl oviktat som viktat enligt den modell de utgått från, se nedanstående beräkningar.

Katrineholms kommun

Skanska

Oviktat $1\,955\,455\text{ kr} + 22\,875\text{ kr} + 0\text{ kr} = 1\,978\,330\text{ kr}$

Viktat $1\,955\,455\text{ kr} \times 40\% + 22\,875\text{ kr} \times 15\% + 0\text{ kr} \times 15\% =$
 $785\,813\text{ kr}$

NCC

Oviktat $1\,855\,533\text{ kr} + 26\,740\text{ kr} + 4\,200\text{ kr} = 1\,886\,473\text{ kr}$

Viktat $1\,855\,533\text{ kr} \times 40\% + 26\,740\text{ kr} \times 15\% + 4\,200\text{ kr} \times 15\% =$
 $746\,854\text{ kr}$

Alla kommuner (inklusive kommunala bolag)

Skanska

Oviktat $2\,474\,919\text{ kr} + 68\,625\text{ kr} + 0\text{ kr} = 2\,543\,544\text{ kr}$

Viktat $2\,474\,919 \text{ kr} \times 40\% + 68\,625 \text{ kr} \times 15\% + 0 \text{ kr} \times 15\% =$
 $1\,000\,261 \text{ kr}$

NCC

Oviktat $2\,414\,328 \text{ kr} + 80\,220 \text{ kr} + 12\,600 \text{ kr} = 2\,507\,148 \text{ kr}$
Viktat $2\,414\,328 \text{ kr} \times 40\% + 80\,220 \text{ kr} \times 15\% + 12\,660 \text{ kr} \times 15\% =$
 $979\,654 \text{ kr}$

Enligt bolaget är det uppenbart att skrivningen i förfrågningsunderlaget om att "Ekonomi avser det för beställaren mest förmånliga totalpriset" verkligen också måste avse totalpriset. Kommunernas sätt att utvärdera leder till att de får betala ett betydligt högre totalpris än om man hade valt det mest förmånliga totalpriset. Det avgörande felet är att de utvärderat delpriser i stället för totalpriset.

Rättelse av upphandlingen genom att utvärderingen av priser görs om på det vis de anser att den ska genomföras är en relevant åtgärd. Om domstolen anser att förfrågningsunderlaget är så oklart i aktuellt hänseende att anbudsgivarna inte kunnat bilda sig en korrekt uppfattning om hur utvärderingen skulle komma att genomföras, bör upphandlingen i stället göras om. Om bedömningen görs att det är möjligt att tolka förfrågningsunderlaget på det vis kommunerna gjort menar bolaget att förfrågningsunderlaget i denna del är alltför otydligt. Bolaget har vid formuleringen av sitt anbud överhuvudtaget inte övervägt möjligheten att utvärderingen skulle kunna genomföras som kommunerna gjort. Om bolaget hade känt till detta hade de formulerat sitt anbud på ett mer ändamålsenligt vis. De menar vidare att om det bedöms att förfrågningsunderlaget skulle kunna tolkas på det vis kommunerna gjort, så står det sätt utvärderingen genomförts på i strid med proportionalitetsprincipen. Detta beror på att den oerhört lilla prisskillnaden när det gäller delmomentet Kod 17.72 i utvärdering av pris har fått en helt avgörande betydelse för utgången av utvärderingen, trots att beloppet är

marginellt i förhållande till anbudspriserna i övrigt. Att tillämpa en sådan modell är vare sig nödvändigt eller lämpligt och leder till ett felaktigt resultat i upphandlingen.

Myndigheten har anfört bl.a. följande.

Myndigheten anser att utvärderingen har följt förfrågningsunderlaget vid utvärdering och att underlaget inte varit otydligt. Om förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger en otydlighet anser de att den inte varit av sådan art att upphandlingen ska rättas eller göras om. Myndigheten anser inte att transparens- eller likabehandlingsprincipen har trätts förnär, utan att alla anbudsgivare har haft samma möjlighet att ta del av underlaget, ställa relevanta frågor och vid utvärderingen har alla anbudsgivare utvärderats på samma sätt.

En rättelse har genomförts av utvärderingskriterierna (då originalviktningen av misstag omfattade 110 %) samt en uppdelning av stycket ekonomi har genomförts. Vid uppdelningen har myndigheten innefattat att samliga delar kommer att utvärderas enligt den tidigare angivna modellen. Ingen anbudsgivare har ställt några frågor rörande utvärdering och övriga anbudsgivare har, vad myndigheten kan tolka av anbuderna, förstått utvärderingsmodellen. I och med att Kod 17.72 endast innehåller ett styckpris för brunnar så måste det varit självklart för bolaget att denna post inte kan summeras med asfaltbeläggningar. Kod 17.72 utgör ca 90 % av de efterarbeten som beställs och dessa motsvarar ca 15 % av det totala beloppet som utges till leverantör. Av denna anledning anser kommunerna att det är självklart att utvärdering ska ske på det sätt som de utvärderat.

Bolaget anser att utvärderingen av kod 17.72 inte är proportionerlig. Om man nyttjar deras förslag till utvärdering blir den inte korrekt. Utvärderingen är därför, enligt myndighetens åsikt, proportionerlig. Att utvärdera den

som bolaget anfört skulle däremot strida mot underlaget då varken efterarbeten med 15 % eller kod 17.72 med 15 % skulle erhålla den viktning som angivits i underlaget.

Totalpriset måste avse det beräknade sammanlagda priset som kommunen utger till en leverantör under ett år. Då är självklart att utvärderingen görs på ett sätt som ger den bästa totala ekonomin för myndigheten. Eftersom myndighetens ersättningar utgörs av lite mer än hälften av asfaltsbeläggningar, och resterade till största del av efterarbeten och brunnar, så är det enligt detta de måste utvärdera. Att en anbudsgivare missförstått underlaget innebär automatiskt inte att underlaget är undermåligt. De anser att underlaget är klart och uppfyller EU:s grundläggande upphandlingsprinciper. Om förvaltningsrätten finner att underlaget är oklart eller felaktigt vill kommunen i första hand göra om upphandlingen, eftersom en rättelse inte skulle uppfylla procentsatserna i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har genmält bl.a. följande.

I motsats till vad myndigheten anfört har bolaget ifrågasatt utvärderingen. Detta skedde efter att beslutet om resultatet i utvärderingen hade fattats. Även under själva upphandlingen ställdes frågor om hur utvärderingen skulle genomföras.

Myndigheten anför att Kod 17.72 utgör ca 90 % av de efterarbeten som beställs och att dessa motsvarar ca 15 % (vilket blir ca 13,5 %) av det totala belopp som utges till leverantör samt drar slutsatsen att det därför är självklart att den genomförda utvärderingen är korrekt. Bolaget, som varit leverantör åt myndigheten i motsvarande kontrakt under ett antal år, konstaterar att den ersättningen som utbetalades för Kod 17.72 under 2010 uppgick till 1,7 % av den sammanlagda ersättningen. Myndighetens uppgift är således felaktig.

Om myndighetens avsikt varit att lägsta totalpriset gett det vinnande anbudet skulle de ha talat om hur stort antal brunnar under Kod 17.72 som skulle prissättas (och även i detalj angivit relevanta antal på à-prislistan för förarbeten i övrigt).

Myndigheten har anfört bl.a. följande.

De vidhåller att upphandlingen har utvärderats på ett korrekt sätt. Av denna anledning vill de förklara grunderna i upphandlingen.

Förfrågningsunderlagets ekonomikriterium, som motsvarar 70 % vid utvärdering, har delats i två bitar, dels beläggningsarbeten om 40 %, dels förarbeten, varav hälften av detta kriteriums utvärderingspoäng har varit tre ofta beställda brunnsmodeller - Kod 17.72. Förarbetena respektive Kod 17.72 har erhållit en utvärderingspoäng om 15 % vardera. Under 2010 har myndigheten genomfört affärer med tidigare leverantör, NCC Roads AB, till ett sammanlagt värde om ca 4 358 000 kr. Bolagets anbud, för kriteriet för beläggningsarbeten uppgår till 2 393 700 kr. Vilka volymer myndigheten kommer att köpa för under 2011 och framåt kan endast vara en prognos, men det är av ovanstående anledning som de har fördelat endast 40 % på anläggningsarbetena. Som visas av anbudet utgör den endast en delprocent av den totala summan som kan beräknas utgå till leverantör. Resten av ersättningen utgörs till stor del av tillägg och förarbeten, varav en stor del av dessa utgörs av Kod 17.72. Myndigheten anser därför att fördelningsgrunderna i upphandlingen varit proportionella. Om de efterfrågat pris på en eller 100 brunnar är inte relevant då det är poängsättningen som avgör hur stort inflytande kriteriet får. Styckpriset blir intressant först vid beställning.

Utredning

Av dokumentet ABF Upphandlingsföreskrifter framgår bl.a. följande.

Under rubriken ABF.52, Värderingsgrunder vid anbudsprovning, anges bl.a. följande. Vid bedömning av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kommer följande kriterier att tillmätas betydelse; Ekonomi 70 %, Resurser och kompetens 30 %, Kvalitet och miljö 10 %.

Ekonomi avser det för beställaren mest förmånliga totalpriset. Lägst pris erhåller 10 poäng, övriga erhåller poäng procentuellt i förhållande till lägsta pris.

Resurser och kompetens avser anbudsgivarens organisation för uppdraget, erfarenhet av liknande uppdrag samt referenser. Högst genomsnittliga poäng från lämnade referenser erhåller 10 poäng, övriga ges en lägre poäng, proportionellt i förhållande till den högsta poängen.

I ett förtydligande från Katrineholms kommun angående punkt AFB.52 framgår följande. Utvärderingen av kriteriet "Ekonomi" kommer att ske på alternativ B – 3-årsavtal enligt nedan: 40 % på offererad summa för asfaltsbeläggningar, 30 % på à-prislista på förarbeten varav hälften (15 %) på Kod 17.72.

Av dokumentet poängsammanställning, bifogat till tilldelningsbeslutet den 6 april 2011, framgår bl.a. följande.

Under rubriken Utvärdering av anbud framgår att viktningen skett enligt följande.

	Vikt i %	Anbud 1	Anbud 2	Anbud 3- Skanska	Anbud 4- NCC
Ekonomi	70 %				
Summa asfaltsbe- läggningar	(40 %)	9,2=3,7p	5,4=2,2p	9,7=3,9p	10=4,0p
A-prislista	(15 %)	1,0=0,1p	1,0=0,1p	10=1,5p	1,0=0,1p
ÅS-prislista, Kod 17.72	(15 %)	4,6=0,7p	9,6=1,4p	10=1,5p	8,3=1,2p
<i>Poäng</i>		4,5	3,7	6,9	5,4
Resurser och kom- petens	30 %	9,7	9,2	9,2	10

Lagtext

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Katrineholms, Flens och Vingåkers kommuner, Sörmland Vatten och Avfall AB, Katrineholms Fastighetsaktiebolag och Katrineholms Industrihus

AB har genomfört en förenklad upphandling av asfaltentreprenad inom Katrineholms, Flens och Vingåkers kommuner.

De av bolaget åberopade grunderna för ansökan om överprövning av upphandlingen hänför sig enbart till felaktigheter i poängberäkningen av kriteriet Ekonomi.

Myndigheten har efter prövning funnit att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kom från Skanska Asfalt & Betong AB. Bolaget placerades närmast därefter. Bolaget har bl.a. anfört att utvärderingen av pris inte har genomförts så som angivits i förfrågningsunderlaget. Myndigheten har utvärderat delpriser istället för totalpriset under utvärderingskriteriet Ekonomi. Myndigheten anför att utvärderingen har följt förfrågningsunderlaget och att underlaget inte varit otydligt. Om bolagets utvärderingsmodell hade använts hade utvärderingen inte blivit korrekt. Totalpriset måste enligt myndigheten avse det beräknade sammanlagda priset som myndigheten utger till en leverantör under ett år.

Det förtydligande som myndigheten gjorde av värderingsgrunderna vid anbudsprövningen innebar dels en ändring av antalet utvärderingskriterier där Kvalitet och miljö helt togs bort. Dels förtydligades kriteriet för Ekonomi och delades upp i tre delkriterier.

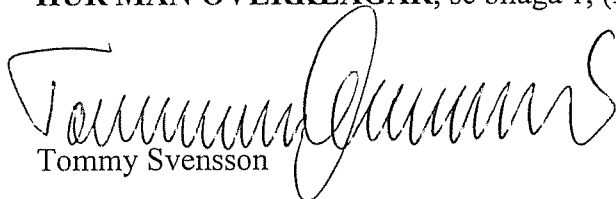
Av beskrivningen i förfrågningsunderlaget av utvärderingskriteriet Ekonomi framgår att detta avser det för beställaren mest förmånliga totalpriset. Vidare anges att det lägsta priset kommer att tilldelas 10 poäng och att övriga erhåller poäng procentuellt i förhållande till lägsta pris. Rätten finner att den i förfrågningsunderlaget angivna poängfördelningen, oavsett förtydligandet, hänvisar till totalpriset för kriteriet Ekonomi. Myndigheten har inte någonstans i förfrågningsunderlaget klargjort att poängfördelningen kommer att ske för varje delmoment.

Kravet på transparens som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU får anses innebära att en anbudsgivare som tar del av ett förfrågningsunderlag ska få klart för sig vad som krävs samt hur anbuden kommer att utvärderas. I rättens mening har utvärderingen av anbuden inte skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Detta förhållande innebär att kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU. För att åtgärd enligt 16 kap. 5 § LUF ska komma i fråga fordras emellertid dessutom att felaktigheten medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Bolaget rankades som det näst mest fördelaktiga anbudet och det får mot bakgrund av detta, och vad som övrigt framkommit i målet, anses klarlagt att de lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt ovan föreligger förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 5 § LOU. Rätten har enligt detta lagrum att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Med hänsyn till att konstaterade brister inte kan anses hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, får rättelse anses vara lämplig och tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om och utvärderingskriteriet Ekonomi utvärderas i sin helhet där poängfördelningen görs mot totalpriset av delkriterierna.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1, (DV3109/1D-LOU).


Tommy Svensson

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Lisa Willman.



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 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 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