



KLAGANDE

Maintpartner AB, 556351-4818
Kontorsvägen 12
691 80 Karlskoga

Ombud: Advokat Jimmy Cernelind
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2011-04-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Gnesta kommun
646 80 Gnesta

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 4 november 2010 i mål nr 6429-10, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar, med ändring av förvaltningsrättens dom, att upphandlingen ska göras om.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet
- Konkurrens-
verket*
- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

YRKANDEN M.M.

Maintpartner AB (Maintpartner) yrkar att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och förordnar att Gnesta kommuns (kommunen) upphandling avseende drift och underhåll av VA-anläggningar ska rättas alternativt göras om. Till stöd för sin talan anför Maintpartner bl.a. följande. Förvaltningsrättens domslut baseras på en felaktig bedömning i sakfrågan avseende om vinnande anbud lämnat en otillåten reservation och en felaktig uppfattning om gällande rätt avseende innebörden av RÅ 2002 ref. 50 samt transparensprincipen. – *Otillåten reservation.* Å-prislistan avser utbytesarbeten som såväl beträffande arbetsmoment som beträffande materialval beskrivs tydligt och detaljerat i standardverket AMA 07. Trotabs å-prislista gäller för reparationsarbeten för anläggningsdelar som mist sin funktion. Det är stor skillnad mellan sådana reparationsarbeten och de utbytesarbeten som beskrivs i AMA 07. Reparationsarbeten för anläggningsdelar som mist sin funktion innebär att Trotab reparerar eller på sin höjd byter ut delar av det material som i sin helhet ska bytas ut enligt kraven i AMA 07. Förfarandet möjliggör Trotabs prissättning i å-prislistan. Förvaltningsrätten har bedömt frågan om Trotab lämnat en otillåten reservation eller ej utifrån hur Trotab har tolkat förfrågningsunderlaget. Trotabs uppfattning är emellertid irrelevant och utgör inte någon av sakfrågorna i målet. Det gör inte heller tolkning av förfrågningsunderlaget avseende å-prislistan. För att säkerställa att den grundläggande likabehandlingsprincipen upprätthålls är det viktigt att reservationer, avvikelser m.m. bedöms stringent. Långtgående tolkningar av innebörden av en reservation riskerar att missgynna andra leverantörer. Likabehandlingsprincipen i förevarande mål innebär att det ska säkerställas att anbudsgivarna lämnar priser avseende samma arbeten. Likabehandlingsprincipen upprätthålls inte om Trotabs anbud utvärderas. – *Otydligt förfrågningsunderlag.* Utvärderingen har genomförts medelst en i förfrågningsunderlaget omnämnd alternativ metod benämnd mervärdesmetoden. Metodens innebörd finns inte förklarad. Ingenstans i förfrågningsunderlaget indikeras att det var en metod som publicerats i Svenskt Vattens publikation

P102 som avsågs. Kommunen har således utvärderat leverantörernas anbud enligt en metod som varken direkt eller indirekt framgått av förfrågningsunderlaget. Kommunens förfrågningsunderlag strider därmed mot transparensprincipen, vilket innebär att grundläggande EU-rättsliga principer träds förnär. Rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bekräftar att principerna om likabehandling, förutsägbarhet, ömsesidigt erkännande och transparens aldrig får överträdas. Den princip som framlades i rättsfallet, att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds förnär, har ingen bäring på ett mål där vald utvärderingsmetod inte framgår av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrättens bedömning bygger således på ett felaktigt antagande om vilka brister som kan föranleda ingripanden från domstolens sida.

Kommunen motsätter sig bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget är upprättat enligt AMA Anläggning 07 där hänvisade koder beskriver hur olika arbetsmoment inklusive materialval ska utföras. Kommunens bedömning är att det tydligt framgår att à-prislista avser utbytesarbete inklusive material. Endast delar i VA-anläggningen som mist sin funktion ska bytas ut. Funktionsdugliga anläggningsdelar ska inte bytas ut då det i regel inte är ekonomiskt försvarbart. Trotabs tolkning vad gäller à-prislista i förfrågningsunderlaget har i utvärderingen likställts med vad som enligt vedertagen praxis ingår för respektive kod enligt Anläggnings AMA 07. Tolkningen har av kommunen uppfattats som ett förtydligande av Trotabs anbud. Kommunen gör bedömningen att likabehandlingsprincipen följts genom att samtliga anbudsgivare inlämnat efterfrågad à-prislista under samma förutsättningar där respektive anbudsgivare ansvarar för lämnade uppgifter. – I förfrågningsunderlagets punkt AFB.52 framgår att alternativt kan mervärdesmetoden tillämpas vid prövning av anbud. Mervärdesmetoden är en vedertagen metod för att få mjuka parametrar via poängsystem värderade i fiktiva pengar för justering av anbudssumma. Det slutliga beslutskriteriet är ett måttetal som bygger på pris minus mervärden. På så sätt kan

anbuden rättvist vägas mot varandra och den upphandlande enheten väljer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Svenskt Vattens upplägg till utvärdering enligt mervärdesmetoden bör lämpligen vara utmärkt att använda sig av i denna upphandling då den arbetats fram av branschorganisationen. Åtskilliga av Svenskt Vattens publikationer är styrande dokument för branschen och likställs inom branschen som gällande VA-standard. I aktuell upphandling är utvärderingskriterier enligt förfrågningsunderlag 50 procent för pris och övriga parametrar till likaledes 50 procent. För att erhålla ett värde för övriga kriterier har ett medelvärde på inkomna bud använts. Värde för respektive parametrar har omräknats med aktuell viktning till ett fiktivt penningvärde. De fem olika parametrarna har poängbedömts i en femgradig skala för samtliga anbud som uppfyllt samtliga skall-krav i förfrågningsunderlag. Erhållen poäng har därefter omräknats till ett mervärde vilket de olika anbudssummorna justerats med. Justerad anbudssumma, en jämförelsesumma för respektive anbud, har legat till grund för slutlig utvärdering av anbud.

Maintpartner tillägger bl.a. följande. Kommunen uppger numera att endast delar i VA-anläggningen som mist sin funktion ska bytas ut. Uppgiften berör inte frågan avseende skillnaden mellan utbytesarbeten och reparationsarbeten, men strider mot hur förfrågningsunderlaget ska tolkas. Om kommunen efter avslutad upphandling justerar sin beställning till att endast gälla delar i VA-anläggningen som mist sin funktion, är det en kontrakträttslig fråga som inte är relevant i förevarande mål. Frågeställningen är relevant utifrån ett anbudsperspektiv, dvs. utifrån vilka arbeten som anbudsgivarna ska lämna prisuppgifter på. Det antecknas därför att kommunens uppgift inte stämmer överens med vad kommunen efterfrågat. De förtydliganden som kommunen hänvisar till klargör, beträffande de poster som avses, vilka delar som ska bytas ut. Trotabs anbud omfattar reparation av de delar som mist sin funktion. Maintpartner menar att utbytesarbeten och reparationsarbeten, såväl språkligt som till sitt innehåll, handlar om två funktionellt olika begrepp. En anläggningsdel kan repareras utan att utbyte av anläggningsde-

len äger rum, vilket kan ske till ett lägre pris. I yttrandet förtydligar kommunen att efterfrågade arbeten inte avser renodlade reparationsarbeten. Även kommunen anser således att det föreligger en distinktion mellan utbytesarbeten och reparationsarbeten. Mot denna bakgrund är kommunens inställning till Trotabs anbud svårförståelig. Kommunen fortsätter att hänvisa till Trotabs tolkning av à-prislistan. Det görs gällande att kommunen omöjligtvis känner till något om hur Trotab tolkat à-prislistan. Några frågor har inte ställts till kommunen och kommunen har inte begärt något förtydligande av vad Trotab avsett. – Det tillbakavisas att den utvärderingsmodell som kommunen i generella ordalag benämner för mervärdesmetoden skulle vara en upphandlingsrättsligt vedertagen modell. Det bestrids, särskilt inom ramen för offentlig upphandling, att Svenskt Vattens publikationer är att jämställa med gällande VA-standard. Svenskt Vattens utvärderingsmodell hade kunnat vara en lämplig utvärderingsmodell i upphandlingen, om den bifogats eller refererats till i förfrågningsunderlaget. Sammanfattningsvis innebär det ett brott mot transparensprincipen att inte i förfrågningsunderlaget direkt hänvisa till vald utvärderingsmetod. Kommunen beskriver kortfattat hur utvärderingen gått till. Även denna information har saknats i förfrågningsunderlaget. Den information som kommunen lämnat medför inte ens i efterhand att utvärderingsmodellen erforderligt förklarats. Maintpartner, som tilldelats näst högsta poäng av kommunen i utvärderingen, har till följd av de beskrivna överträdelserna i LUF, lidit eller riskerar att lida skada genom att inte tilldelas upphandlingen.

Kommunen tillägger bl.a. följande. Samtliga anbudsgivare har lämnat anbud under samma förutsättningar då varje anbudsgivare ifyllt bifogade anbudsformulär. Trotab har på vissa poster lämnat mycket låga à-priser, exempelvis under PBB.421 rörledning PEM 32 mm, 2 000 kr. Under samma kod PBB.421 finns även PE 110 mm, 14 000 kr. Maintpartner har under dessa poster angivit 19 000 kr respektive 20 000 kr. De som verkar inom VA-branschen och därmed skaffat sig materialkännedom vet mycket väl att rörbrott på plastledningar av PEM dimension 32 mm sällan inträffar, däremot

sker fler driftstörningar på en ledning av PE dimension 110 mm. Givetvis speglar inte Trotabs å-pris för dimension 32 mm det verkliga priset men de har förmodligen kalkylerat att endast ett fåtal läckage på vattenledningar med dimension 32 mm blir aktuella under entreprenadtiden. Denna kalkylerade risk är det varje anbudsgivares sak att bedöma och ta ansvar för. – Utvärdering enligt mervärdesmetoden har använts av exempelvis Banverket, numera Trafikverket. Anbudsgivare har haft möjlighet att begära ut saknade dokument i förfrågningsunderlaget som exempelvis utvärderingsmall och Svenskt Vattens utvärderingsmodell. Om anbudsgivare funnit utvärdering oklar har möjlighet funnits att ställa frågor för förtydligande. Utvärdering har genomförts enligt mervärdesmetoden då den på ett övergripande sätt justerar olika anbud och en jämförelsesumma, ej att förväxla med anbuds-summa, mellan olika anbud erhålls. På detta vis fås en transparens och rangordning mellan olika anbud vilket utgör underlag för beslut. Kommunen vidhåller sin inställning att det inte finns grund för ingripande enligt LUF och att förvaltningsrättens dom bör fastställas.

Kammarrätten har den 10 november 2010 förordnat att den i målet aktuella upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlingen i målet avser Gnesta kommuns upphandling av drift- och underhållsentreprenad av kommunens VA-anläggningar. I förfrågningsunderlagets punkt AFB. 52 anges att det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn tagen till angivna värderingskriterier. Efter verkställd anbudsutvärdering beslutade kommunen, i tilldelningsbeslut den 30 juni 2010, att skriva kontrakt med Trosabygdens Teknik AB (Trotab). Maintpartner placerades enligt obestridd egen uppgift på andra plats vid utvärderingen.

Frågeställningarna i kammarrätten gäller dels om Trotab till sitt anbud fogat en sådan otillåten reservation som bör medföra att anbudet ska uteslutas, och dels om förfrågningsunderlaget brustit i utformning vad beträffar tillämpad utvärderingsmodell.

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom.

Otillåten reservation

Trotab har i sitt anbudsformulär i sex punkter antecknat att anbudet bygger på tolkningar av förfrågningsunderlaget i olika hänseenden. Parternas argumentation i kammarrätten hänför sig främst till punkten tre där Trotab angett följande. ”3. Å-priser i mängdförteckningen gäller reparationsarbeten för anläggningsdelar som mist sin funktion.”

Av mängdförteckningens à-prislista i förfrågningsunderlaget framgår emellertid att à-priserna i inte oväsentlig omfattning efterfrågas för utbytesarbeten. Kammarrätten anser, till skillnad från förvaltningsrätten, att Trotabs anteckning i det avlämnade anbudet måste uppfattas som en begränsning till att avse reparationsarbeten. Vad Trotab antecknat får därmed betraktas som en sådan inskränkning eller reservation som medfört att kraven i förfrågningsunderlaget frångåtts och att kommunen därigenom saknat möjlighet att göra relevanta jämförelser mellan de avgivna anbuden. Trotabs anbud borde därför inte ha medtagits i utvärderingen.

Brister i förfrågningsunderlaget

Som framgår av förvaltningsrättens dom anges i förfrågningsunderlaget att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn tagen till vissa närmare angivna värderingskriterier. I anslutning därtill anges att ”Alternativt kan Mervärdesmetoden tillämpas vid prövning av anbud”. Sistnämnda metod, som enligt kommunen avser en metod som har

utarbetats av branschorganisationen Svenskt Vatten, har också tillämpats vid anbudsutvärderingen. Mervärdesmetoden finns emellertid inte närmare redovisad i förfrågningsunderlaget.

Maintpartner har gjort gällande i korthet att kommunen i upphandlingen åsidosatt de grundläggande principerna om likabehandling och transparens, genom att utvärdera anbudet enligt en metod som inte tydligt har framgått av förfrågningsunderlaget. Kommunen har å sin sida hävdat i huvudsak att tillämpad utvärderingsmodell är vedertagen inom branschen och väl lämpad för att i upphandlingen välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Högsta förvaltningsdomstolens prövning i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50. I rättsfallet uttalar domstolen följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Vidare uttalar Högsta förvaltningsdomstolen att de skiftande förhållanden som förekommer inom det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds förnärligt.

EU-domstolen har i flera avgöranden understrukit att potentiella anbudsgivare ska underrättas om samtliga tilldelningskriterier som den upphandlande enheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och, om möjligt, kriteriernas vikt i förhållande till varandra. Detta mot bakgrund av principen om likabehandling och den härav följande skyldigheten att möjliggöra insyn (transparens), se t.ex. mål C-87/94, Kommis-


sionen mot Belgien, punkt 88, C-19/00, SIAC Construction, punkt 41–44 och C-532/06, Lianakis, punkt 34–38.

När utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används följer enligt kammarrättens bedömning av nyssnämnd praxis att en upphandlande enhet, för att säkerställa att principerna om likabehandling och transparens iakttas, har skyldighet att i förfrågningsunderlaget ange vilka kriterier som tillämpas vid utvärderingen och kriteriernas inbördes vikt i förhållande till varandra.

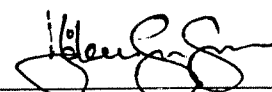
De kriterier som kommunen använt sig av har inte varit möjliga att utläsa av förfrågningsunderlaget vilket innebär att anbudsgivarna saknat möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuderna. Enligt kammarrättens bedömning kan kommunens uppgifter om att den tillämpade utvärderingsmodellen, som utarbetats av branschorganisationen Svenskt Vatten, är vedertagen inom branschen – något som för övrigt bestritts av Maintpartner – inte medföra att kraven på tydlighet i förfrågningsunderlaget i berört hänseende kan anses uppfyllda.

Sammantaget finner kammarrätten att förfrågningsunderlagets utformning i denna del strider mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Maintpartner har med anledning av detta riskerat att lida skada vilket gör att det finns grund för ingripande enligt LUF. Med hänsyn till bristerna i förfrågningsunderlaget finner kammarrätten inte skäl att förordna om en mindre ingripande åtgärd än att upphandlingen ska göras om. Överklagandet ska därför bifallas på sådant sätt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Gert Svenson


Göran Mattsson


Håkan Lundgren
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Kansli Nyköping

DOM
2010-11-04
Meddelad i
Nyköping

Mål nr
6429-10
Enhet 3

Handläggare:
Andreas Lindholm

AMF 2010-11-04

15

SÖKANDE

Maintpartner AB, 556351-4818
Maintpartner AB
Kontorsvägen 12
691 80 Karlskoga

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Gnesta kommun
646 80 Gnesta

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Maintpartner AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut den 16 juli 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 23108

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194 611 25 Nyköping	Folkungavägen 4	0155-200450 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	0155-200490	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND, ANSÖKAN M.M.

Gnesta kommun (kommunen) upphandlade drift- och underhållsentreprise VA-verksamhet för kommunen. Formen för upphandlingen var förenklat förfarande. Vid anbudstidens utgång hade fyra anbud inkommit. Genom tilldelningsbeslut den 30 juni 2010 tilldelades Trosabygdens Teknik AB (TROTAB) uppdraget.

Mainpartner AB (bolaget) ansökte om överprövning av upphandlingen och yrkade att den ska rättas eller göras om. Vidare yrkade bolaget att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Förvaltningsrätten beslutade den 16 juli 2010 att upphandlingen inte får avslutas. Beslutet gällde omedelbart och till dess förvaltningsrätten förordnar annat.

Bolaget anför bl.a. följande:

TROTAB har lämnat en reservation som strider mot förfrågningsunderlagets krav och därmed ska anbudet uteslutas. Förfrågningsunderlaget strider i flera väsentliga delar mot kraven på öppenhet och förutsägbarhet. Med anledning av de otydligheter som funnits i förfrågningsunderlaget har det varit omöjligt för leverantörerna att förstå vad kommunen tillmätt betydelse samt hur utvärderingen skulle gå till. Kommunen har vidare felaktigt utvärderat kvalifikationskrav i utvärderingsfasen, varvid ovidkommande hänsyn har påverkat tilldelning av kontrakt. – TROTAB har fyllt i anbudsformuläret samt lagt till att anbudet bygger på en viss tolkning av förfrågningsunderlaget. Vidare anges att "Å-priser i mängdförteckningen gäller reparationsarbeten för anläggningsdelar som mist sin funktion". Tolkningen strider mot såväl branschpraxis och standardverk som mot ordalydelsen i förfrågningsunderlaget. Å-prislistans delposter följer av mängdförteckningen. De koder som anges är direkta hänvisningar till standardverket

AMA 83 (som sedermera ersatts av AMA Anläggning 07). AMA-bestämmelserna avser inga reparationsarbeten utan uppställer krav och specifikationer för bl.a. ersättnings/utbytesarbeten. Å-prislistan avser inte reparationsarbeten, vilket även bekräftas vid en granskning av å-prislistans delposter. Endast två delposter avser reparationer. TROTAB:s reservation innebär att man lämnat ett orent anbud. TROTAB har genom sin reservation försökt kringgå förfrågningsunderlaget. Genom reservationen har man skapat sig ett utrymme för att dels offerera ett orimligt lågt pris beträffande utvärderingsposten å-pris, dels kompenseras för utförande av entreprenad-arbeten som inte stämmer överens med förfrågningsunderlagets syfte. TROTAB:s anbud riskerar att bli väsentligt mer kostsamt för kommunen än andra anbud. Reservationen innebär att de arbeten som omfattas av å-prislistan kommer att adderas och ersättas dels genom de timpriser som listats i TROTAB:s anbud, dels genom påslag enligt ADF 611 samt genom TROTAB:s anbuds höga entreprenörsarvode. – Den ursprungliga utvärderingsmodellen är otydlig. Det saknas möjlighet att bilda sig en uppfattning om vad kommun avser med att lägsta pris + 50 procent ger 2,5 poäng. Vad som avses med alternativa mervärdesmetoden framgår över huvudtaget inte. Utvärderingen har genomförts medelst mervärdesmetoden. Som nedan beskrivs går det inte ens i efterhand, i vart fall inte utan en betydande arbetsinsats, att bilda sig en uppfattning vad mervärdesmetoden innebär, samt hur poängtilldelning gått till. – Av AFB 31 följer att förslag till timpriser för personal enligt AFC 611 (bör rätteligen avse AFD 611) utgör ett skall-krav. Beräkning av ÄTA-arbeten ska omfattas vid beräkning av det totala kontraktvärdet. Förfrågningsunderlaget saknar information om huruvida anbudssummorna ska läggas samman helt eller delvis eller utvärderas var för sig. Posterna entreprenörsarvode ska anges i procenttal och det framgår inte om eller på vilket sätt dessa ska poängsättas eller räknas om i monetära termer. Det framgår inte om timpriser ska utvärderas eller hur ÄTA-arbeten ska beaktas. Förfrågningsunderlaget innehåller således ett flertal parametrar beträffande de priser som leverantörerna ska lämna men

ingen vägledning för hur utvärderingen ska gå till. Det förhållandet att man inte av förfrågningsunderlaget kan bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättning av ett visst kriterium ska ske utgör en sådan överträdelse av transparensprincipen att upphandlingen ska göras om (Kr i Göteborg mål nr 3331-08). Ett vagt formulerat förfrågningsunderlag som saknar definition och vägledning för utvärdering utgör en sådan överträdelse av transparensprincipen som medför att upphandlingen måste göras om (Kr i Stockholm mål nr 1419-05). Vid jämförelse med praxis ter sig förevarande förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell som synnerligen bristfälliga. – Ett av tilldelningskriterierna avser inställetid. Under processens gång har viktning avseende inställningstid ökat från 5 procent till 10 procent, vilket beror på att kriteriet lokalkännedom utgått. Av förfrågningsunderlaget framgår att en jourtjänst ska upprätthållas och att beredskap ska finnas. Under flera avsnitt i denna del av förfrågningsunderlaget framgår att en inställetid om en timme utgör ett skall-krav. Förfrågningsunderlaget saknar information om hur kriteriet inställetid ska utvärderas. Kommunen har därvid skapat sig utrymme för en fri prövningsrätt. – Den referenstagning som har ägt rum beträffande upphandlingen har avsett frågor som typiskt sett är att hänföra till anbudsgivarnas kvalifikationer. Genom att tillmäta referenskriteriet betydelse vid tilldelningsfasen har anbudsutvärderingen påverkats av ovidkommande hänsyn. – En utvärdering av anbuderna har genomförts av ett konsultbolag den 10 maj 2010. Utvärderingen avviker från förfrågningsunderlaget och det är oklart om kommunen utan avvikelse använt nyssnämnd utvärdering. Av förfrågningsunderlaget framgår att avtalstiden ska vara tre år med en optionstid om två år. I 3 kap. 2 § LUF stadgas att vid beräkning av kontraktsvärdet ska optionsklausuler beaktas som om de utnyttjats. TROTAB har angett att avlämnade prisuppgifter ska räknas upp med åtta procent under det första optionsåret och med tolv procent under det andra optionsåret. Såvitt kan förstås har denna kostnadsökning inte beaktats. Av konsultbolagets utvärdering framgår att pristillägg enligt komplettering den 4 maj 2010 ägt rum.

Kompletteringen har begärts av kommunen då anbudet inte visat sig vara jämförbara eftersom anbudsgivare värderat vissa arbeten olika. Av utvärderingen framgår att TROTAB har ökat sin anbudssumma med 660 000 kr gentemot bolagets 208 000 kr. Det går inte i efterhand att bilda sig en uppfattning om hur poängsättningen enligt Mervärdesmetoden har gått till. Därutöver gäller att samtliga prisposter inte har utvärderats. Det strider mot principen om transparens och förutsägbarhet att i utvärderingen avvika från kriterierna i förfrågningsunderlaget. Enligt förfrågningsunderlaget avser 50 procent av utvärderingen anbudssumman. Den ifrågavarande utvärderingen erbjuder ingen kontroll av att viktningen avseende pris och övriga mjuka parametrar upprätthållits. För det fall att viktningen blivit annan strider detta mot de upphandlingsmässiga principerna om transparens och förutsägbarhet. – Bolaget har till följd av överträdelserna av LUF, lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas upphandlingen.

Gnesta kommun anför i yttrande den 29 juli 2010 bl.a. följande:
Reparationsarbete har i utvärderingen tolkats som ersättnings/utbytesarbeten. I samband med kontroll av referenser undersöktes även omfattningen extrakostnader i Trosa kommun. Det framkom att nivån av extrakostnader inte var orimlig och av normal omfattning. I utvärderingsfasen har det inte skett någon justering av inlämnade å-prislistor utan det bedömdes att varje entreprenör skulle stå för lämnade uppgifter i respektive anbud. – Av förfrågningsunderlaget framgår att mervärdesmetoden kan komma att tillämpas vid prövning av anbud. I Svenskt Vattens publikation P102 "Vägledning i offentlig upphandling inom VA-branschen" beskrivs metoden bl.a. under punkten 6.5.2. – Utvärdering har genomförts enligt mervärdesmetoden eftersom den på ett övergripande sätt justerar olika anbud och en jämförelsesumma, inte att förväxla med anbudssumma, mellan olika anbud erhålls. På detta vis får man en transparens och rangordning mellan olika anbud, vilket utgör underlag för beslut.

Kriteriet inställetid har inte haft någon avgörande roll vid utvärderingen då det endast motsvarar tio procent av anbudet. Bolaget har fått betyget 3 eftersom skall-kravet har uppfyllts. TROTAB har redovisat ett mervärde på denna punkt och fått betyget 5 för motsvarande kriterium, i linje med mervärdesmetoden. – Referenser har poängbedömts enligt inskickade anbud. Dessutom har de angivna referenserna kontaktats via telefon och e-post och använts enbart som kontrollfunktion. Det har inte skett någon poängsättning på denna punkt. – Optionsår är inte aktuellt i dagsläget med den av vinnande anbud redovisade kostnadsökningen. Pristillägg framgår av utvärderingen punkt 3.1 och bygger på samma modell som bolaget har kompletterat sitt anbud med. Av förfrågningsunderlaget handling 9.2 Anbudsformulär framgår vilka poster som ska ingå i anbudssumman. Denna summa ligger till grund för vidare utvärdering. Samtliga anbudsgivare har således lämnat anbud under samma förutsättningar då varje anbudsgivare fyllt i bifogade anbudsformulär. Viktningen av de mjuka parametrarna överensstämmer med förfrågningsunderlaget handling 6.1.

Bolaget anför i yttrande den 23 augusti 2010 bl.a. följande:

Det är ostridigt mellan parterna att kommunen genom á-prislistan inte har efterfrågat reparationsarbeten, utan hänvisningarna till Mark AMA 83 medför att kommunen efterfrågat prisuppgifter avseende ersättnings/utbytesarbeten. Förfrågningsunderlagets utformning utesluter kommunens tolkning. Kommunens referens till omfattningen av extrakostnader i Trosa kommun är av intresse. I Trosa kommuns upphandling av VA-tjänster offererade det bolag som vunnit den nu aktuella upphandlingen en á-prislista med ett förtydligande att priserna gällde endast för i á-prislistan angivet material och dimension. Det bolag som vunnit den nu aktuella upphandlingen vann även Trosa kommuns upphandling av VA-tjänster och det hade i jämförelse med övriga anbudsgivare lämnat de i särklass lägsta priserna beträffande á-prislistan. En jämförelse mellan aktuell á-prislista och Trosa kommuns visar att de är i det närmaste identiska med samma hän-

visningar till Mark AMA 83. Vid en granskning av vinnande anbuds åprislister framgår att vinnande anbud i den nu aktuella upphandlingen lämnat prisuppgifter som är 80 – 90 lägre än de priser som vinnande anbud lämnat beträffande Trosa kommuns upphandling av VA-tjänster. Orsaken är att vinnande anbud i den nu aktuella upphandlingen, till skillnad från Trosa kommuns upphandling av VA-tjänster, endast avser reparationsarbeten. Det vinnande anbudet omfattar således inte de arbeten som kommunen efterfrågat. Anbudet innehåller således en otillåten reservation och ska därför uteslutas. Eftersom de priser som vinnande anbud lämnade i Trosa kommuns upphandling av VA-tjänster avsåg ersättning/utbytesarbeten har det dessutom saknats risk för att sådana extrakostnader som bolaget beskrivit kunnat uppkomma i Trosa kommun. – Inte någonstans i förfrågningsunderlaget anges att den mervärdesmetod som man avsåg att tillämpa gick att finna i Svenskt Vattens publikation P102. Modellen är inte heller standard i VA-upphandlingar. Det har inte varit möjligt för anbudsgivarna att uppfatta att den i förfrågningsunderlaget ospecificerade mervärdesmetoden avsåg Svenskt Vattens publikation P102. Förfrågningsunderlaget har således varit otydligt i denna del och strider därför mot principen om öppenhet i 1 kap. 24 § LUF. Därutöver strider förfrågningsunderlaget mot principen om öppenhet genom att inte ange under vilka förutsättningar som kommunen hade möjlighet att gå över till mervärdesmetoden. Det har således varit upp till kommunens fria val att bestämma vilken utvärderingsmetod som skulle tillämpas. Detta öppnar för kommunen att skönmässigt välja vilken utvärderingsmodell som gynnar en särskild leverantör, vilket inte är acceptabelt. – Med hänvisning till vad som ovan anförts är det inte relevant hur mervärdesmetoden tillämpats. Av förfrågningsunderlaget framgår att avtalstiden är fastställd till maximalt fem år och att kommunen har en ensidig rätt att påkalla optionen om två år. I 3 kap. 2 § LUF föreskrivs en allmän princip mot missbruk av optioner eller förlängningsklausuler. Även i andra fall än vid beräkning av tröskelvärden ska således optionsklausuler beaktas som om de utnyttjas. I annat fall finns det en risk för

att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte antas genom att en anbudsgivare överkompenseras i form av prishöjningar under optionsåren. Kommunens uppgift att optionsår i dagsläget inte är aktuellt är således irrelevant. Vinnande anbuds prisjustering beträffande optionsåren har inte beaktats, vilket är lagstridigt. – Kommunen har anfört att de uppgifter som lämnats via telefon och e-post inte använts vid utvärderingen. Det är inte heller detta som bolaget har anfört. Det strider mot upphandlingsreglerna att använda sig av den typ av uppgifter som kommunen efterfrågat skriftligen vid referenstagningen vid utvärderingen. – Vad som anförts i fråga om den mjuka parametern inställetid äger tillämplighet även beträffande övriga s.k. mjuka parametrar med undantag av referenser som behandlats särskilt ovan. Förfrågningsunderlaget innehåller ingen information beträffande vad som ger mervärde eller vad som ska uppfyllas för de olika betygsstegen i mervärdesbedömningen.

Kommunen anför i yttrande den 8 september 2010 bl.a. följande:
Förfrågningsunderlaget hänvisar till AMA Anläggning 07, inte till Mark-AMA 83. Å-prislistan avser utbytesarbeten, inte renodlade reparationsarbeten. TROTAB:s tolkning att å-priser i mängdförteckning gäller reparationsarbeten för anläggningsdelar som mist sin funktion har i utvärderingen tolkats som att materialkostnad ingår i å-pris. I AMA 07 beskrivs tydligt hur de olika arbetsmomenten inklusive materialval ska utföras. –
TROTAB:s tolkning vad gäller å-prislista i förfrågningsunderlaget har i utvärderingen likställts med vad som enligt vedertagen praxis ingår för respektive kod enligt Anläggnings AMA 07. Merparten av poster i å-prislistan avser utbyte av diverse VA-anläggningar där nödvändigt material ska ingå enligt hänvisad AMA-kod. En jämförelse av inlämnade å-prislistor i aktuell upphandling påvisar en bitvis mycket stor spridning av å-priser, vilket innebär en försvårad utvärdering eftersom det kan ha varit lockande att analysera och justera inlämnade å-prislistor. Detta har dock

inte varit aktuellt av det enkla skälet att den bedömningen gjorts att varje anbudsgivare var för sig ansvarar för lämnade uppgifter i respektive anbud. Svenskt Vatten är de kommunala vattentjänstföretagens ledande branschorganisation och i princip samtliga kommuner (288 av 290) och flertalet VA-företag är medlemmar. Åtskilliga av Svenskt Vattens publikationer är styrande dokument för branschen och likställs inom branschen som gällande VA-standard. Den aktuella publikationen P102 har tagits fram genom ett samprojekt av många tunga aktörer på marknaden. – Mervärdesmetoden är en vedertagen metod för att få mjuka parametrar via poängvärderingssystem värderade i fiktiva pengar för justering av anbudssumma. Svenskt Vattens upplägg till utvärdering enligt mervärdesmetoden bör lämpligen vara utmärkt att använda sig av i detta slags upphandling då den arbetats fram av branschorganisationen och inte av någon enskild aktör. Detta är en komplex upphandling och det har funnits möjlighet för anbudsgivare att ställa frågor för förtydligande. Det har kommit in frågor under anbudstiden och samtliga anbudsgivare har fått skriftliga svar utan dröjsmål. Anbudstiden förlängdes även med en månad på begäran av anbudsgivare. För tydlighetens skull har poängbedömning enligt mervärdesmetoden upprättats för samtliga anbud. Denna dokumentation visar tydligt hur olika parametrar bedömts och hur anbudssumma justerats med hänsyn tagen till kriterier utöver anbudssumman. Även om vinnande anbud prisjusteras beträffande optionsåren är detta anbud det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det har inte skett någon ”referenstagning” – såsom anförts av bolaget – i upphandlingen. De kontakter med angivna referenspersoner som skett genom inhämtade uppgifter via telefon och e-post har inte utgjort underlag i poängtilldelningen i utvärderingen. Den poängtilldelning som skett beträffande utvärderingskriteriet ”Företagets referenser gällande relevanta uppdrag” baseras på av anbudsgivarna lämnade uppgifter om referensuppdrag i sina anbud. Kommunen anser för det första att användningen av detta kriterium inte står i strid med LOU:s/LUF:s bestämmelser, dvs. att kriteriet är kopplat till föremålet för kontraktet och syftar till att fastställa det eko-

nomiskt mest fördelaktiga anbudet. För det andra vill kommunen framföra, att även om vinnande anbud tilldelats 0 poäng på detta kriterium medan bolaget tilldelats full poäng på detsamma så skulle det vinnande anbudet fortfarande framstå som det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet. Av förfrågningsunderlaget framgår att kravet på inställelsetid är 1 timme, vilket bolaget angett i sitt anbud. Vinnande anbud har angett 20 minuter, vilket är ett mervärde och detta avspeglas i utvärderingen i mervärdesmetoden genom poängsättning, i detta fall har bolaget fått 3 poäng och vinnande anbud 5 poäng.

Bolaget har därefter i yttrande den 27 oktober 2010 vidhållit sina ställningstaganden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt övergångsbestämmelserna till lagen (2010:572) om ändring i LUF, punkten 2 gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före den 15 juli 2010.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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 3 kap. 2 § LUF ska värdet av kontrakt som avses i 3 kap. 1 § uppskattas till det totala belopp, som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande enheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LUF, i dess lydelse före den 15 juli 2010, får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 §, till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket LUF, i dess lydelse före den 15 juli 2010, framgår bl.a. att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Av förfrågningsunderlaget för drift och underhållsreparerad i Gnesta kommun framgår bl.a. följande.

Det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn tagen till nedanstående värderingskriterier.

Utöver anbudssumman (50 %) bedöms de mjuka parametrarna (50 %) enligt nedan. Anbudssumman bedöms i en 5-gradig skala där lägsta pris ger 5 poäng och lägsta pris + 50 % ger 2,5 poäng.

Lokalkännedom (5 %) Inställelsetiden (5 %)

Kvalitet och miljöledningssystemet (10 %)

Genomförandebeskrivningen (10 %)

Företagets referenser gällande relevanta uppdrag (10 %)

Organisation för objektet med referenser (10 %)

Alternativt kan Mervärdesmetoden tillämpas vid prövning av anbud

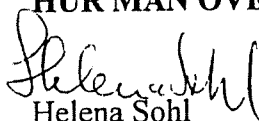
Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

TROTAB har i anbudsformuläret angett att deras anbud bygger på vissa tolkningar av förfrågningsunderlaget bl.a. anges att "Å-priser i mängdförteckningen gäller reparationsarbeten för anläggningsdelar som mist sin

funktion". Kommunen har anfört att A-prislistan avser utbytesarbeten, inte renodlade reparationsarbeten. Bolaget har gjort gällande att TROTAB:s anbud i denna del endast avser reparationsarbeten och att det därför innehåller en otillåten reservation som innebär att anbudet ska uteslutas. Vid utvärderingen har den tolkningen gjorts att materialkostnad ingår i TROTAB:s å-pris. I AMA 07 beskrivs hur de olika arbetsmomenten inklusive materialval ska utföras. Förvaltningsrätten anser inte att TROTAB:s tolkning av förfrågningsunderlaget avseende a-priser i mängdförteckningen utgör en sådan otillåten reservation som bör medföra att anbudet förkastas.

Bolaget har vidare gjort gällande att bl.a. kommunens användande av mervärdesmetoden, närmare bestämt Svenskt Vattens publikation P102 "Vägledning i offentlig upphandling inom VA-branschen", inneburit att förfrågningsunderlaget varit otydligt i denna del och att det därför strider mot principen om öppenhet i 1 kap. 24 § LUF. Vid all upphandling i enlighet med bestämmelserna i LUF gäller att upphandlande enhet vid utvärderingen endast har att ta hänsyn till olika i förfrågningsunderlaget direkt eller indirekt åberopade faktorer. Av Regeringsrättens avgörande år 2002 ref. 50 följer att endast påtagliga och allvarliga felbedömningar kan föranleda ett ingripande. Vad bolaget anfört kan enligt förvaltningsrättens bedömning inte anses visa att kommunen tagit ovidkommande hänsyn eller brutit mot någon annan bestämmelse i LUF vid utvärderingen på sätt som inneburit eller kan komma att innebära skada för bolaget. Skäl för att besluta om åtgärder i enlighet med 16 kap. 2 § första stycket LUF, i dess lydelse före den 15 juli 2010, föreligger således inte och bolagets ansökan ska därför avslås.

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


Helena Söhl

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.