



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Ann-Louise Jonsson

DOM
 2013-09-17
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 1884-13

SÖKANDE
 Bergsäker AB, 556811-9357
 Vädursgatan 6
 412 50 Göteborg

MOTPART
 Falu Energi & Vatten AB, 556509-6731
 Box 213
 791 25 Falun

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bergsäker AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2013 -09- 1 8	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 92625

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Falu Energi & Vatten AB (FEV) genomför en upphandling avseende ”Syneförrättningar; besiktningar, riskanalyser, vibrationsutredningar och skaderegleringar” (diarienummer FEV 12/0133). Upphandlingen genomförs i form av förenklat förfarande enligt 15 kap. 3 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Efter att förhandling skett med Bergsäker AB (Bergsäker) och Metron Miljökonsult AB (Metron), fattades beslut om tilldelning den 26 april 2013, varvid anbudet från Metron antogs.

Bergsäker ansöker om överprövning och yrkar att tilldelningsbeslutet ska ogiltigförklaras och Bergsäker istället tilldelas kontrakt alternativt att hela upphandlingen ska göras om. Bergsäker anför till stöd för sin talan i korthet följande. Bergsäker uppfyller samtliga skall-krav och hade vid den första anbudsutvärderingen den lägsta jämförelsesumman och borde ha tilldelats kontraktet. Trots detta och utan information om att upphandlingen övergått till förhandlat förfarande, valde FEV att kalla Bergsäker och Metron till förhandling, vilket strider mot principen om icke-diskriminering. Det är uppenbart att Metron känt till att upphandlingen övergått till förhandlat förfarande samt fått information om vilken prisjustering som krävdes för att vinna upphandlingen. Utvärderingen av kriterierna ”Kännedom” och ”Genomförandebeskrivning” har skett på ett skönsmässigt sätt och i strid med likabehandlingsprincipen. FEV har även fäst oproportionerligt stor vikt vid leverantörens inställetid för akuta uppdrag och dessutom tilldelat Bergsäker lägre poäng än Metron trots att de angivit samma inställetid. Bergsäker har lidit skada till följd av FEV:s förfarande.

FEV bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i korthet att upphandlingen har genomförts i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna och de övriga regler som gäller vid förenklad upphandling enligt 15 kap. LUF.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Bergsäker anfört är visat att FEV har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och att detta medfört att Bergsäker lidit eller riskerat att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Upphandlingsförfarandet och förhandlingen med Metron och Bergsäker

Bergsäker gör gällande att det inte framgått att mötet som FEV kallade till avsåg förhandling, utan att man tolkat inbjudan ("Kallelse till Anbudsgenomgång") som att FEV ville ha ett möte för att säkerställa att skall-kraven var uppfyllda. FEV borde enligt Bergsäkers mening ha förtydligat att förhandling skulle ske. Bergsäker uppger vidare att det inte funnits anledning för FEV att kalla till förhandling eftersom Bergsäker uppfyllt samtliga skall-krav och dessutom ursprungligen hade den överlägset lägsta prisbilden. Bergsäker menar att FEV direkt eller genom antydningar gett Metron information om att de behövde sänka sina priser för att kunna vinna upphandlingen. Det förefaller annars orimligt att Metron skulle ha sänkt sina tidigare angivna priser i den storleksordning som skett.

Av förfrågningsunderlaget framgår att förevarande upphandling har genomförts som en förenklad upphandling under tröskelvärdet enligt 15 kap. LUF (AUB.11). Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla le-

verantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare (2 kap. 27 § LUF). Den upphandlande enheten har ingen skyldighet att i förfrågningsunderlaget ange om förhandling kommer att ske eller inte (se prop. 2009/10:180 sid. 304).

Ett syfte med en förhandling är att den upphandlande enheten ska kunna uppnå mer förmånliga villkor. En förhandling kan avse alla avtalsvillkor inklusive anbudspris, samt mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget. I "Kallelse till anbudsgenomgång" som gick ut till Bergsäker angavs att Bergsäker skulle redovisa hur kommande uppdrag kommer att genomföras om ramavtalet erhålls med avseende på bl.a. inställelsetider, organisation, val av konsulter och övriga mervärden. Även punkten "Övriga frågor" fanns med på dagordningen. Då det av förfrågningsunderlaget framgick att upphandlingen skulle genomföras med ett sådant förfarande att förhandling skulle kunna bli aktuell, borde Bergsäker med ledning av förfrågningsunderlaget och kallelsen ha uppfattat att mötet avsåg en förhandling och att det då skulle ges möjlighet att bl.a. justera offererade priser. Annat har inte framkommit än att såväl Bergsäker som Metron erhållit en likalydande kallelse. Vad Bergsäker anfört visar enligt förvaltningsrättens mening inte heller att förutsättningarna för upphandlingen har ändrats till följd av förhandlingen eller att FEV i samband med förhandlingen har behandlat anbudsgivarna olika i något avseende, t.ex. vad gäller bolagens möjligheter att justera tidigare angivna priser. Förvaltningsrätten anser sammantaget inte att Bergsäker förmått visa att det finns skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

Riskanalytiker - Utvärderingen av kriteriet "Kännedom om"

Av de administrativa föreskrifterna (AUB.52) framgår bl.a. följande. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas och utvärderingen sker genom en mervärdesmodell som bygger på att alla kriterier förutom

pris ges ett mervärde i form av kronor som sedan dras av timpriset. Konsulterna kommer att utvärderas per yrkeskompetens, dvs. kännedom, referenser och uppdragsbeskrivningen. Vid utvärdering av yrkeskompetensen kommer endast det som finns att utvärdera utöver skall-kraven och som är till gagn för FEV:s verksamhet utifrån deras behov att utvärderas. Vid uppdragsbeskrivningen kommer vikt läggas vid hur väl processen för de olika uppdragstyperna riskanalyser, besiktningar och skadehantering/reglering finns beskrivet. 3 poäng motsvarar mycket bra och ger 60 kr avdrag. 2 poäng motsvarar bra och ger 40 kr avdrag. 1 poäng motsvarar mindre bra och ger 20 kr avdrag och 0 poäng motsvarar dåligt/uppgifter saknas och ger 0 kr. Det mervärde som varje enskild konsult erhåller dras därefter av på det angivna timpriset per yrkeskompetens. I bilaga 1 (Beskrivning av efterfrågad kompetens) anges - avseende Riskanalytiker - under utvärderingskriteriet "Kännedom om": Entreprenadjuridik, AB, ABT, ABK, skadeståndslagen, jorda- och miljöbalken samt övrigt som kan vara ett mervärde för beställaren.

Bergsäker gör gällande att FEV:s poängsättning av Metrons offererade riskanalytiker, Ann-Sofie Wessberg, är skönsmässig och anför bl.a. följande. Ann-Sofie Wessberg har vid bedömningen av kriteriet "Kännedom" erhållit 3 poäng. Av hennes CV framgår dock att hon har en magisterexamen inom matematik. Kunskaper inom matematik motsvarande magisterutbildning är irrelevant när det kommer till upprättandet av en riskanalys. FEV har, genom att hänvisa till att en magisterexamen i matematik ger mervärde motsvarande 1 poäng, visat exempel på skönsmässig betygstilldelning.

FEV uppger för egen del att poängsättningen av utvärderingskriterierna har gjorts genom en sammanvägning av vad som angivits i bilaga 1 och pekar på följande omständigheter. Av Ann-Sofie Wessbergs CV framgår att hon har mycket goda kunskaper i entreprenadjuridik, AB, ABT, ABK, skade-

ståndslagen, jordabalken och miljöbalken, dvs. kompetenser som enligt vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget ger beställaren mervärde. Ann-Sofie Wessbergs kompetens bekräftas även av att hon anlitas som sakkunnig vid tvister och är tekniskt sakkunnig inom Svensk Standard samt att hon har gått kurser som behandlat nämnda områden. FEV har utifrån detta gjort bedömningen att hennes kompetens ger ett mervärde för uppdragets utförande motsvarande 3 poäng.

Enligt förvaltningsrätten ger vad Bergsäker har anfört i denna del inte tillräckligt stöd för uppfattningen att FEV vid utvärderingen av det ifrågasatta kriteriet har tilldelat Metron för höga mervärdespoäng i förhållande till vad som redovisas i respektive bolags anbud. Förvaltningsrätten anser inte heller att Bergsäker har förmått visa att FEV på annat sätt har tillämpat en utvärderingsmetod som innebär att de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna inte efterlevs eller att FEV har utvärderat anbuden i strid med likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten anser även att utvärderingskriteriet och utvärderingsmodellen är så pass väl utformade och beskrivna i förfrågningsunderlaget, att det tillräckligt tydligt framgår vad som kommer att tillmätas betydelse vid poängsättningen för mervärde. Förvaltningsrätten anser sammantaget inte att det finns skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

Utvärderingen av genomförandebeskrivning

”Inställelse vid akuta uppdrag”

I bilaga 1 (Beskrivning av efterfrågad kompetens) anges för utvärderingskriteriet ”Genomförandebeskrivning” (Besiktningsman/Mättekniker): ”Bifoga en generell genomförandebeskrivning för uppdraget. Inställelse vid akuta uppdrag”. Som skall-krav för Besiktningsman/Mättekniker anges en inställelsetid på 8 dagar.

Bergsäker gör gällande att bedömningsgrunden ”inställelse vid akuta uppdrag” tillmäts oproportionerligt stor vikt vid utvärderingen och anför bl.a. följande. Den konsult som upphandlas ska genomföra riskanalyser, besiktningar och vibrationsmätningar. Vid utförandet av de aktuella tjänsterna finns inget behov av akuta inställelsetider. Uppdragets art är av sådan karaktär att besiktning bedrivs innan vibrationsalstrande arbeten utförs. Besiktning sker enligt svensk standard och praxis är att avisering inför besiktning sker 7 dagar innan platsbesök. Mätarna monteras vid besiktningstillfället och flyttas efter dialog med beställaren när byggnationen drar vidare. Bergsäkers mätare har vidare batteriindikationer som i god tid meddelar när batteribyte ska ske.

FEV uppger i denna del bl.a. följande. Det är viktigt för FEV med snabb inställelsetid vid akuta uppdrag och detta har därför angivits som bedömningsgrund för att erhålla mervärdespoäng vid utvärderingen av Besiktningssman/Mättekniker. De akuta uppdragen avser exempelvis akuta vattenläckor som måste åtgärdas omgående för att minimera skador och för att säkerställa vattenförsörjningen, och det är i dessa fall en stor fördel om mättekniker är på plats innan åtgärder såsom grävning påbörjas. För FEV innebär det ett stort mervärde om inställelsetiden vid akuta uppdrag är kort. Utvärderingskriteriet är tydligt beskrivet i förfrågningsunderlaget och helt proportionerligt i förhållande till kostnader och skador som kan uppstå om inställelsetiden är alltför lång.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). När en upphandlande enhet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Kraven måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen, dvs. de ska avse och påverka just den produkten som upphandlas. De krav som ställs upp får

inte heller strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78).

Förvaltningsrätten anser inledningsvis att anbudsgivare, utifrån hur förfrågningsunderlaget i nu aktuella delar är utformat, måste ha förstått att en kortare inställetid vid akuta uppdrag i förhållande till vad som anges i skall-kravet om inställetid, innebär ett mervärde för beställaren. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att bedömningsgrunden ”inställetid vid akuta uppdrag” endast tillämpas vid FEV:s utvärdering av Besiktningsman/Mättekniker. FEV har uppgett att det eftersträvade syftet med att ge mervärdespoäng för korta inställetider vid akuta uppdrag är att de problem och kostnader som kan uppstå i samband med t.ex. en vattenläcka kan minskas om en mättekniker snabbt kan inställa sig på platsen. Förvaltningsrätten anser därför att utvärderingskriteriet får anses lämpligt och effektivt. Det har i utredningen inte framkommit något som tyder på att utvärderingskriteriet syftar till att rikta sig till en eller ett fåtal specifika leverantörer och kriteriet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart oskäligt, utan får enligt förvaltningsrättens mening anses förenligt med proportionalitetsprincipen och de övriga unionsrättsliga principer som bär upp LUF. Det saknas sammanfattningsvis skäl för ingripande enligt LUF på denna grund.

Poängsättningen

Bergsäker pekar på att Metron, inom yrkeskategorin Besiktningsman/Mättekniker, erhållit 3 p, 2 p och 3 p för offererade resurser, medan Bergsäkers offererade personal tilldelats lägre poäng (1 p, 1 p, 1 p). Bergsäker gör gällande att poängen tilldelats på ett skönsmässigt sätt och i strid med likabehandlingsprincipen och anför bl.a. följande. Bergsäker bedriver, liksom Metron, uppdrag i hela Sverige och inställetiden är beroende på var konsulten befinner sig och har för annat åtagande. Bergsäker

uppgav, i likhet med Metron, en inställetid på två timmar vid akuta uppdrag. Den omständigheten att det var först i samband med förhandlingen som Bergsäker uppgav denna inställetid ska inte beaktas, utan Bergsäker borde ha tilldelats en högre poäng.

FEV anför bl.a. följande gällande poängsättningen av det aktuella kriteriet. Bergsäker angav i sitt skriftliga anbud överhuvudtaget ingen inställetid vid akuta uppdrag. FEV efterfrågade uppgiften, varvid Bergsäker skriftligen kompletterade med att ange en inställetid på 4-24 timmar. Denna uppgift ändrades vid förhandlingen till två timmar. Bergsäkers genomförandebeskrivning upplevs även som generell och bedöms inte ge FEV något mervärde. Inte heller vid förhandlingen framkom någonting som bedöms ge FEV mervärde, och den sammanvägda bedömningen av inställetid vid akuta uppdrag och genomförandebeskrivning är att den är "mindre bra" vilket motsvarar 1 mervärdespoäng. Metron finns etablerad på orten med ett flertal konsulter och uppgav redan i det skriftliga anbudet en inställetid på två timmar.

Kriteriet "genomförandebeskrivning" innehåller även en bedömning av angiven "inställetid vid akuta uppdrag". Förvaltningsrätten noterar att det i FEV:s anteckningar från anbudsgenomgången antecknats att poängen för en av Metrons offererade personer sänkts från 3 till 2 utifrån att det vid förhandlingen framkommit att denne är bosatt i Göteborg halva tiden. Enligt förvaltningsrätten ger vad Bergsäker har uppgett i denna del inte tillräckligt stöd för uppfattningen att FEV vid utvärderingen av kriteriet "genomförandebeskrivning" har tilldelat Metrons offererade Besiktningsman/Mättekniker för höga mervärdespoäng eller Bergsäker för låga poäng i förhållande till vad som redovisas i respektive bolags anbud. Förvaltningsrätten anser inte heller att Bergsäker har förmått visa att FEV på annat sätt har tillämpat en utvärderingsmetod som innebär att de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna inte efterlevs eller att FEV har

utvärderat anbuden i strid med likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten anser sammantaget inte att det finns skäl för ingripande enligt LUF på de av Bergsäker åberopade grunderna. Ansökan ska därför avslås.

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



Mona Aldestam

t.f. rådman