

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ****DOM**
2015-02-11
Meddelad i
VäxjöMål nr
3211-14**SÖKANDE**WSP Sverige AB, 556057-4880
121 88 Stockholm-GlobenOmbud: Anders Fryk
WSP Sverige AB
121 88 Stockholm-Globen**MOTPART**Boverket
Box 534
371 23 Karlskrona**SAKEN**

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

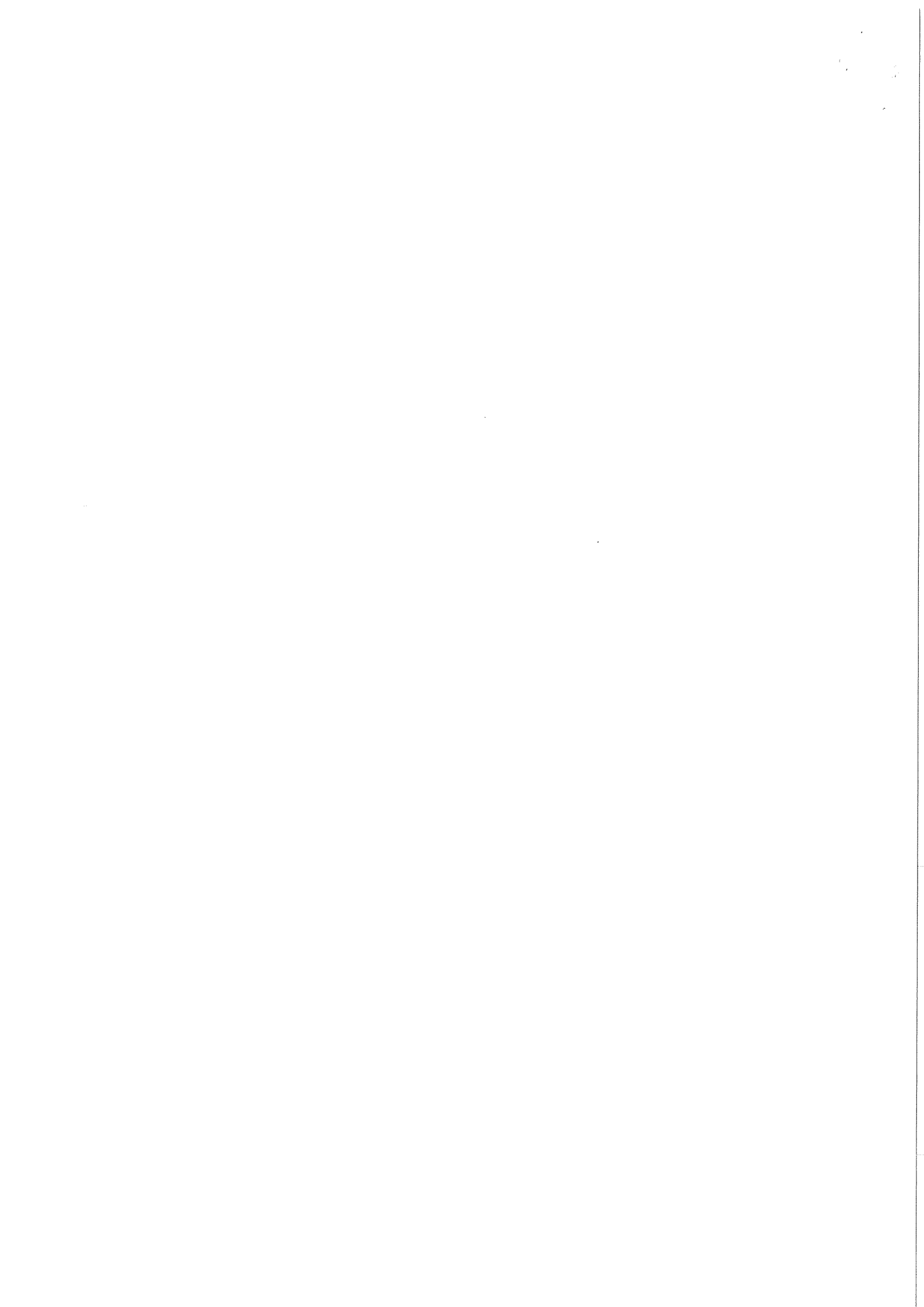
KONKURRENSVERKET	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 105452

Postadress Box 42 351 03 Växjö	Besöksadress Kungsgatan 8	Telefon 0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se	Telefax 0470-255 02	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	---	-------------------------------	---



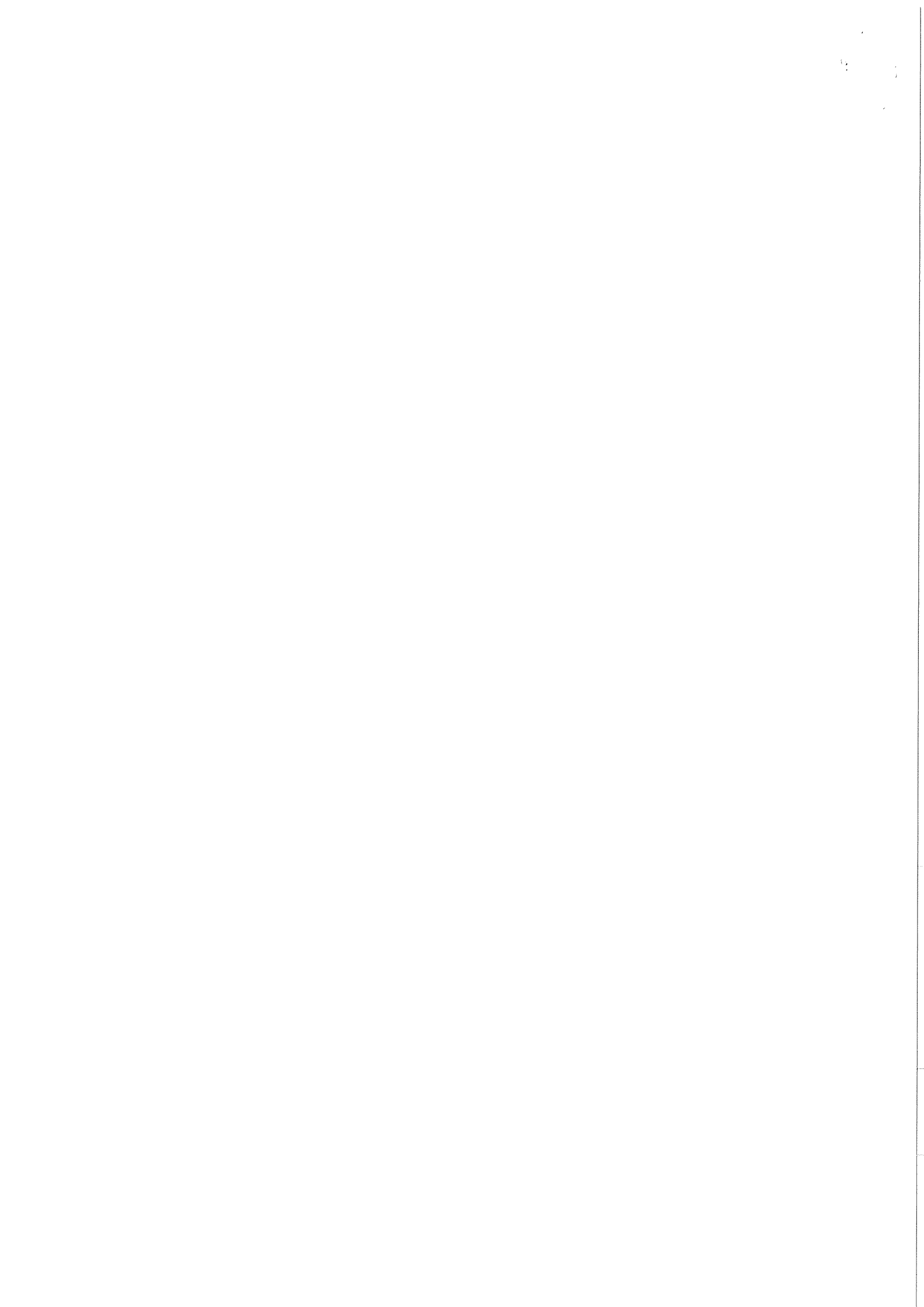
YRKANDEN M.M.

Boverket genomför en upphandling avseende tecknande av ramavtal angående konsultstöd till Boverkets sakverksamhet (konsulttjänster) genom öppet förfarande enligt LOU. Två leverantörer har lämnat anbud innan anbudstidens utgång, SWECO Architects AB och WSP Sverige AB. Såväl SWECO som WSP bedömdes som kvalificerade. Enligt tilldelningsbeslut den 12 september 2014 har Boverket beslutat att anta anbud från SWECO Architects AB.

WSP Sverige AB begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Boverket gör om utvärderingen och tilldelning av avtal. I andra hand yrkar WSP att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför WSP bl.a. följande.

Utvärderingen

Av Boverkets utvärdering framgår att verket på ett svepande och icke specificerat sätt anser att WSP inte uppfyllt ställda krav, varför bolaget erhållit låga poäng eller inte maximalt antal poäng. Boverket använder formuleringar som avsaknad av svar och konkretiseringar avseende punkter Boverket angivit att särskild hänsyn ska tas till vid bedömningen. Detta är inte tillfyllest eftersom Boverket inte på ett klart, tydligt och begripligt sätt anger vilka bristerna är. Utöver dessa invändningar anser WSP att bolaget uppfyllt samtliga utvärderingskriterier samt besvarat de frågor som Boverket ställt genom utsänt förfrågningsunderlag, vilket innebär att bolaget ska erhålla högre poäng.



Utvärderingsmodellen

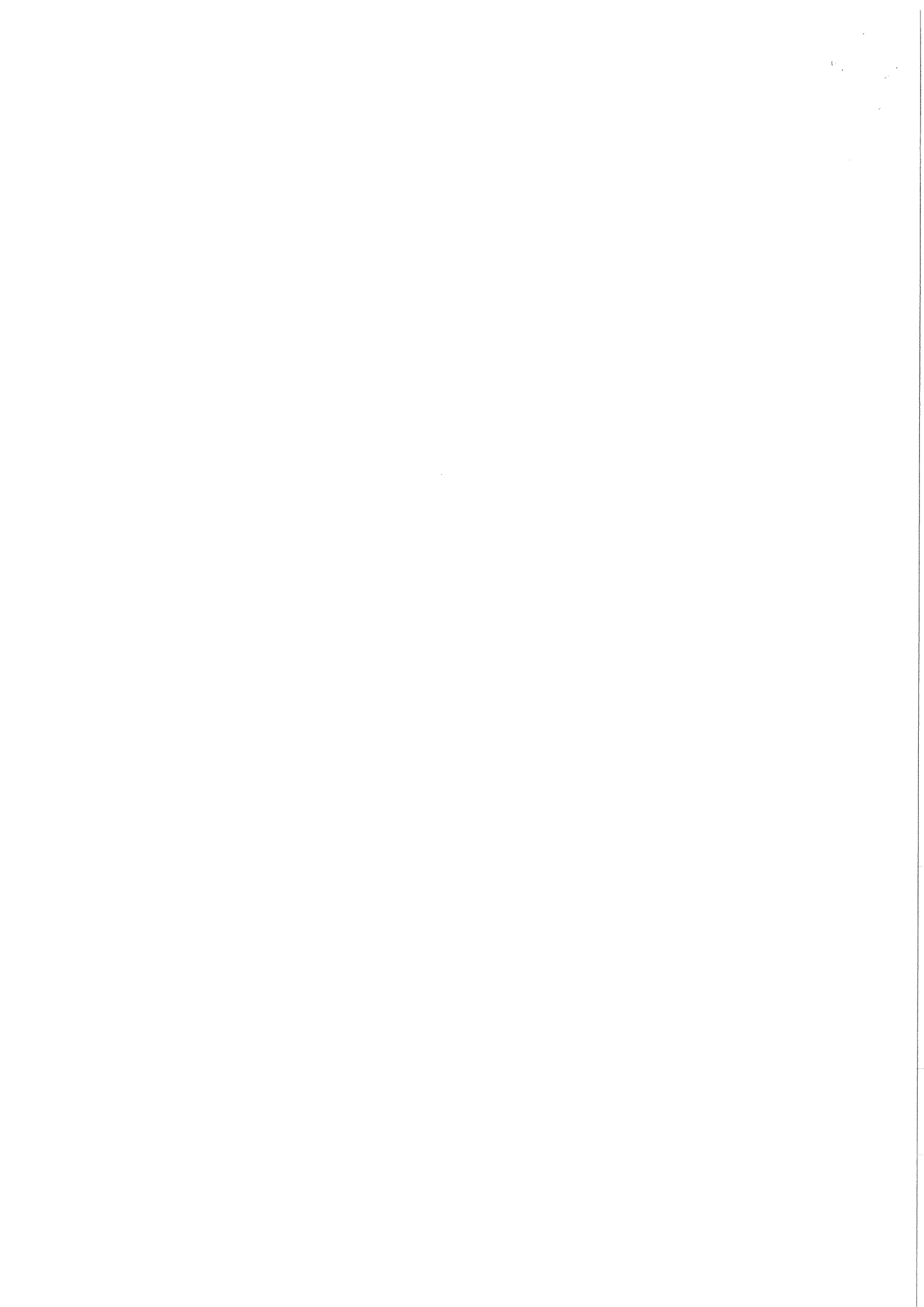
Det är inte möjligt för en anbudsgivare att förstå på vilka grunder denne erhållit en viss poäng. Utvärderingsmodellen ger utrymme för alltför stort godtycke vid Boverkets utvärdering och är i strid med LOU:s krav på tydlighet och transparens.

Anbudspresentationen

Vidare har Boverket lagt uppgifter till grund för utvärderingen som inte kommit WSP till del. Av förfrågningsunderlaget framgår att som en del av upphandlingen ska anbudsgivaren muntligen presentera sitt anbud. Vid inledningen av WSP:s anbudspresentation uppgav Boverket att det skulle upprättas ett protokoll över presentationsmötet och att bolaget skulle få tillfälle att lämna synpunkter på utkast till protokollet för att säkerställa riktigheten i vad som framkommit vid anbudspresentationen. WSP har inte fått ta del av något protokoll. Eftersom Boverket lägger anbudspresentationen till grund för utvärderingen av WSP:s anbud är verket skyldigt att visa vilka uppgifter som legat till grund för utvärderingen .

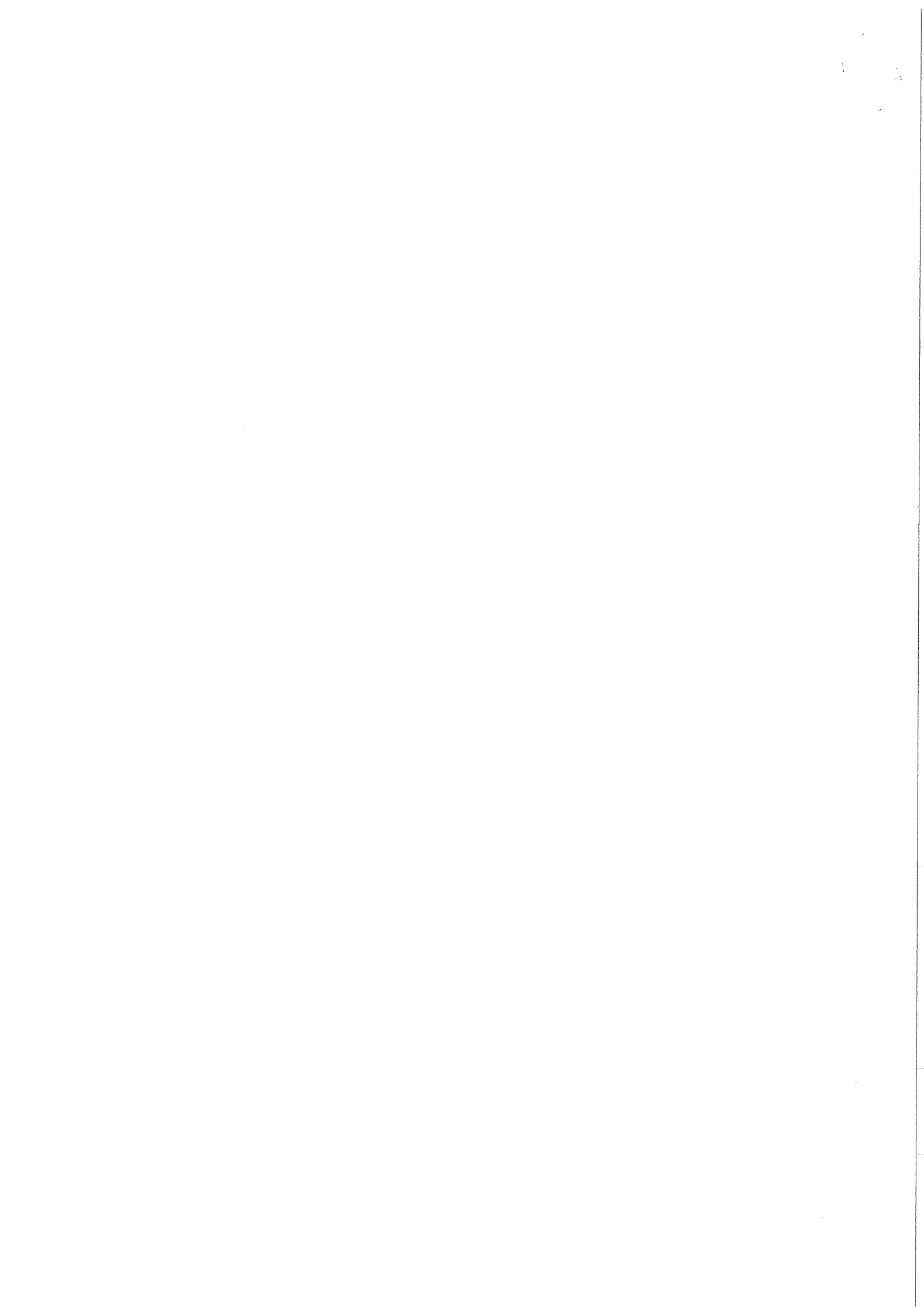
Otillåten komplettering

Slutligen framgår av tilldelningsbeslutet att SWECO kompletterat sin anbudsblaga 3.3.9 ”Referensuppdrag enligt Administrativa föreskriver, punkt 2.7”. SWECO lämnade sex referenser i anbudet. I sin anbudskomplettering lämnade SWECO tjugosex referenser. Tre av dessa avsåg samma projekt som lämnades i det ursprungliga anbudet. SWECO:s komplettering av anbudet är i strid med bestämmelserna i LOU eftersom den är alltför omfattande och har kommit in för sent då anbudstiden gått ut. Genom ovan angivna brister har Boverket handlat i strid med bestämmelserna i LOU. Ge-



nom Boverkets felaktiga agerande har WSP lidit, eller kommer i vart fall att lida skada.

Boverket bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Boverket har följt förfrågningsunderlagets angivna villkor och inte i något hänseende avvikit från dessa i anbudsutvärderingen. Boverket har inte heller i något annat hänseende brutit mot LOU. I upphandlingen kom två företag in med anbud, WSP och SWECO. Efter genomgång av anbudet bedömde Boverket att båda anbudsgivarna var kvalificerade. I utvärderingen bedömdes SWECO:s anbud vara det ekonomiskt mest fördelaktiga, varför det antogs. Boverkets upphandlingsbeslut med tillhörande bilagor innehåller samtliga utvärderingsunderlag. Det framgår där att Boverket i detalj har följt den utvärderingsmodell och det förfarande som angetts i förfrågningsunderlaget. Det bör rimligen ha stått klart för anbudsgivarna vilket värde utvärderingskriterierna har i valet av leverantör. WSP har – till skillnad mot den andre anbudsgivaren – inte gett svar på samtliga punkter som specificerats i förfrågningsunderlagets bilaga, som Boverket tydligt angett skulle komma att tas särskild hänsyn till i utvärderingen. Även där WSP har svarat har beskrivningen angetts i allmänna termer och ytterst övergripande. WSP har i Boverkets bedömning av utvärderingskriterierna nått upp till bedömningen ”uppfylls till stor del” i flertal utvärderingskriterier. Skälen till att WSP inte har nått upp till ”uppfylls på ett normalt sätt” är att bolaget inte besvarat ett flertal utvärderingskriterier på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget, vilket också tydligt framgår i upphandlingsbeslutet. Utvärderingsmodellen har under anbudstiden inte varit föremål för några frågor eller begäran om några förtydliganden från WSP eller någon annan anbudstintressent. Boverket har tydligt beskrivit sin utvärderingsmodell i förfrågningsunderlaget och har inte heller frångått modellen i utvärderingen.



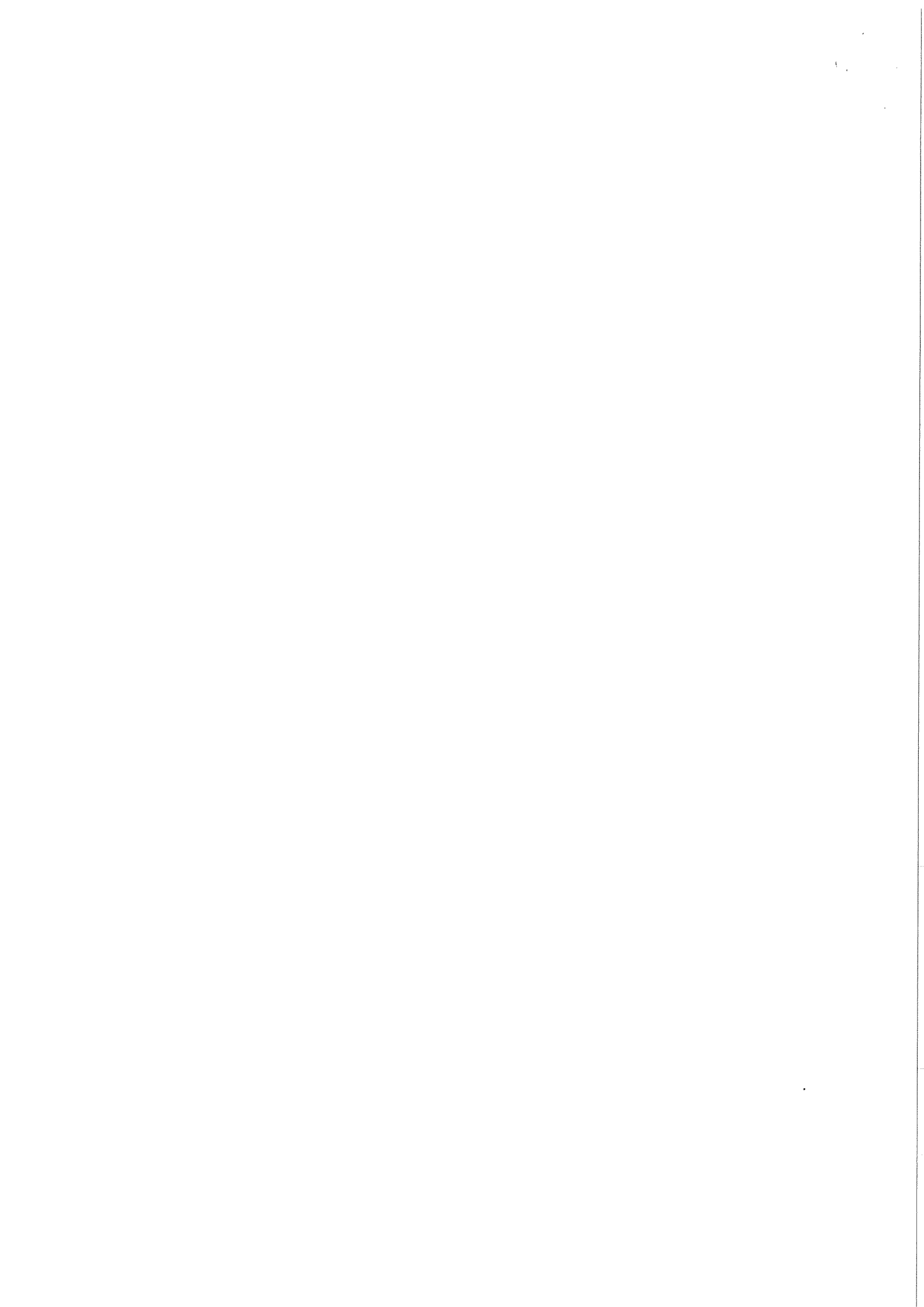
Vidare synes WSP ha uppfattat att ett protokoll skulle upprättas för anbuds presentationsmötet, att ett sådant skulle ligga till grund för utvärdering av anbudet samt att WSP skulle ha rätt att lämna synpunkter och säkerställa riktigheten på det påstådda protokollet. Boverket har utvärderat anbudsgivarnas anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget. Samtliga utvärderingskriterier som anges i bilagan har utvärderats utifrån anbudsgivarnas svar på respektive bedömningspunkt. Enda undantaget är punkt 3.5.2 (inom ramen för punkt 3.5 Kundansvarig), som till del även har bedömts under anbuds presentationen. Att bedömning av den kundansvarige skulle komma att ske under anbuds presentationen finns också angivet i bilagan. Den bedömningen ska därför inte anses vara en komplettering av anbud. Att något protokoll upprättas finns inte angivet som förutsättning i förfrågningsunderlaget. Boverket har heller inte upprättat något sådant under anbuds presentationen. Om så hade gjorts, skulle Boverket ha frångått förfrågningsunderlagets förutsättningar.

Inför anbuds presentationen skickade Boverket den 18 juli 2014 en inbjudan till anbudsgivarna med följande information vars syfte var att tydliggöra de förutsättningar som är angivna i förfrågningsunderlaget. I inbjudan angavs:

Boverket kan komma att ställa frågor under presentation där vi anser att ett förtydligande bör ske, om inte svar direkt kan anges ges möjlighet att svara på dessa skriftligt i efterhand. Boverket kommer inte att tillsända er frågor inför anbuds presentationen.

I samband med anbuds presentationen informerade också Boverket om följande:

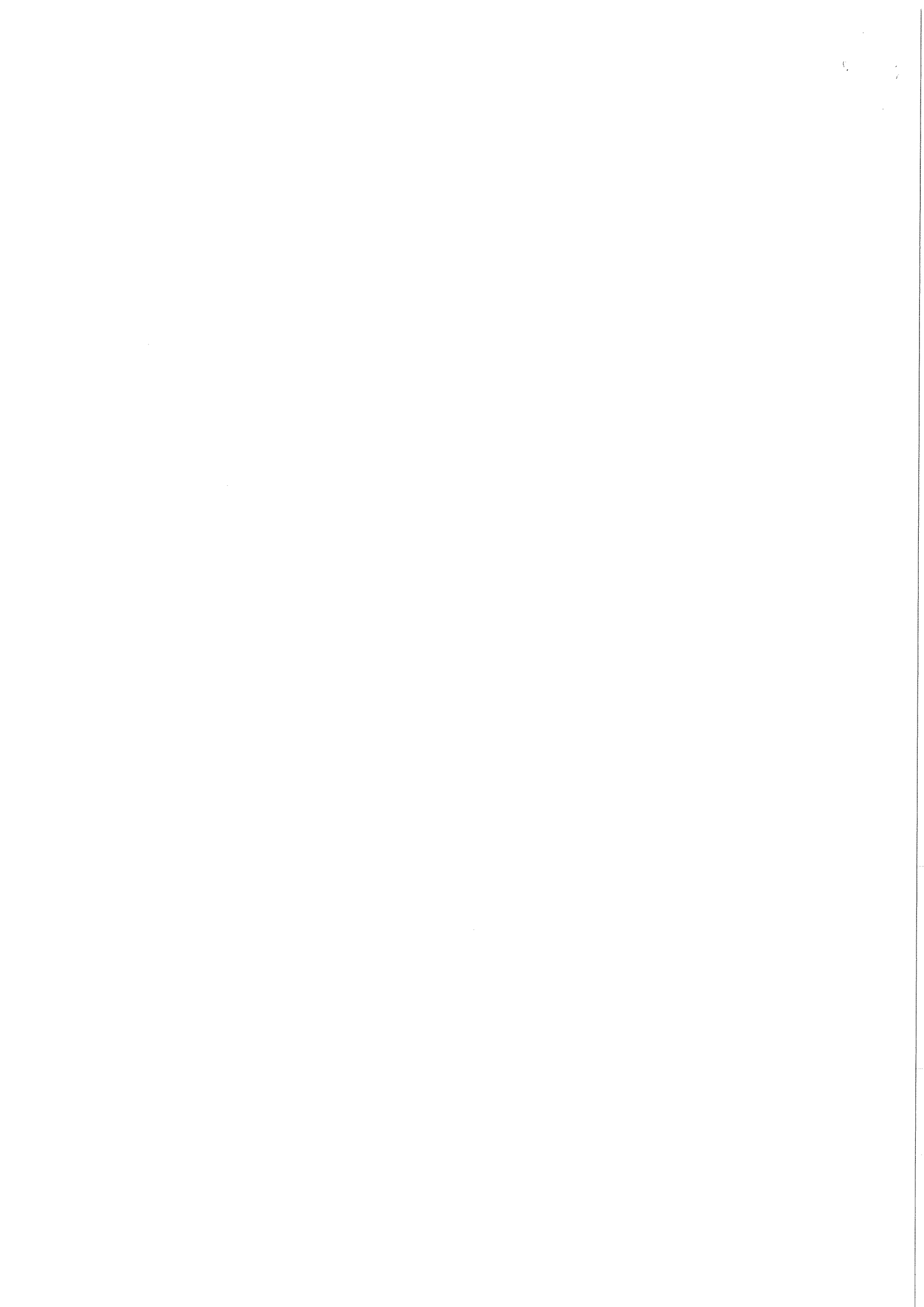
- Att Boverket i sin anbudsutvärdering bara får ta hänsyn till det som står i det skriftliga anbudet och att inga nya uppgifter får tillkomma



- Att ett protokoll kommer att upprättas om Boverket har frågor (förtydliganden) under anbudspresentationen. Ett sådant protokoll kommer i så fall att sändas anbudsgivaren för kontroll så att inte det muntliga svaret har missuppfattats och att anbudsgivaren därmed har möjlighet att korrigera anteckningen
- Att det under anbudspresentation kan ställas frågor som inte klassificeras som formella förtydliganden och som inte har med utvärderingen att göra

Boverket hade inga frågor (förtydliganden), och något protokoll i enlighet med det ovan beskrivna har därmed inte upprättats. Eftersom det enligt beskrivningen ovan inte finns något upprättat protokoll från det angivna mötet, har Boverket inte haft möjlighet att tillgodose WSP:s begäran. Boverket har följt de villkor som angetts i förfrågningsunderlaget och i enlighet med ett öppet förfarande på det sätt som anges i LOU. WSP saknar därför grund för sin talan i denna del enligt Boverkets uppfattning.

Slutligen har WSP anfört att det har skett en otillåten anbudskomplettering. Vare sig WSP eller SWECO hade uppfyllt kravet att anbudet och övrig korrespondens i upphandling ska vara avfattat på svenska. En upphandlande myndighet kan begära komplettering av anbud utan att strida mot LOU om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Information om detta finns angivet i förfrågningsunderlagets huvuddokument. Boverket menar att båda anbudsgivarna behandlats lika och att någon särbehandling inte har skett. Båda har samma brist inom en mycket begränsad del i respektive anbudsbilaga och SWECO och WSP gavs samma möjlighet att inkomma med komplettering, d.v.s. att inte respektive bilaga med kinesisk/engelsk text med svensk översättning. De skriftliga kompletteringarna innebar således inte att tidigare lämnade uppgifter ändrades. Inga nya uppgifter tillkom eller togs bort. Boverket bedömer att de kompletteringar som gjorts av både SWECO och WSP är av sådan art att



dessa kompletteringar kan göras utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. De kompletteringar som gjorts strider därför inte mot LOU. SWECO har ursprungligen lämnat två anbudsbilagor innefattande referenser, dels en bilaga inom ramen för kvalificeringen (26 referenser), och dels en bilaga inom ramen för kravspecifikationen (6 referenser). SWECO:s anbudsbilaga som var föremål för komplettering, innefattar samtliga efterfrågade kompetenser och är identisk med den ursprungliga anbudsbilagan.

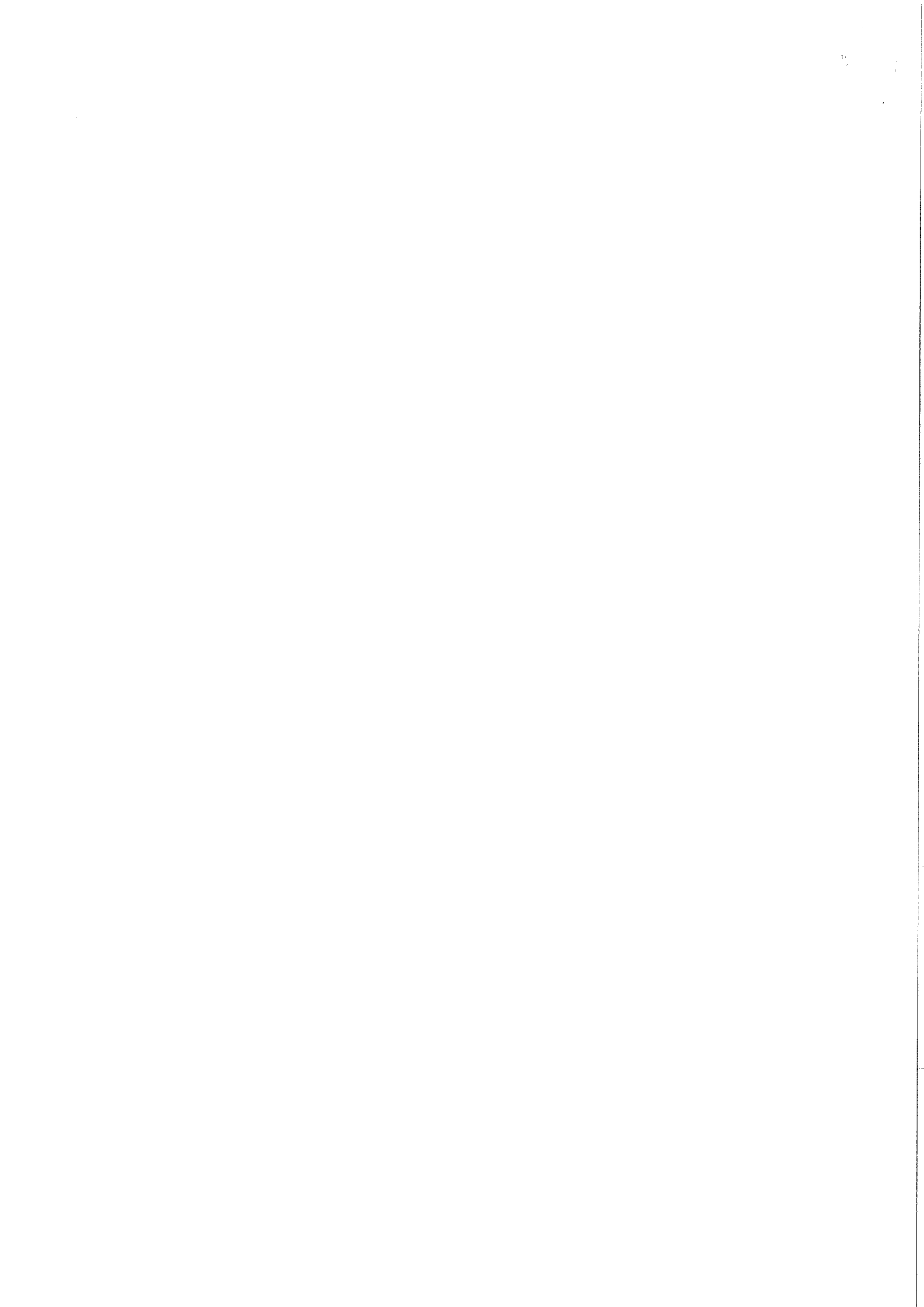
SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Efter en ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap. 4 § LOU överpröva en upphandling.

Enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas och att domstolens prövning begränsas till de grunder som parten åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).



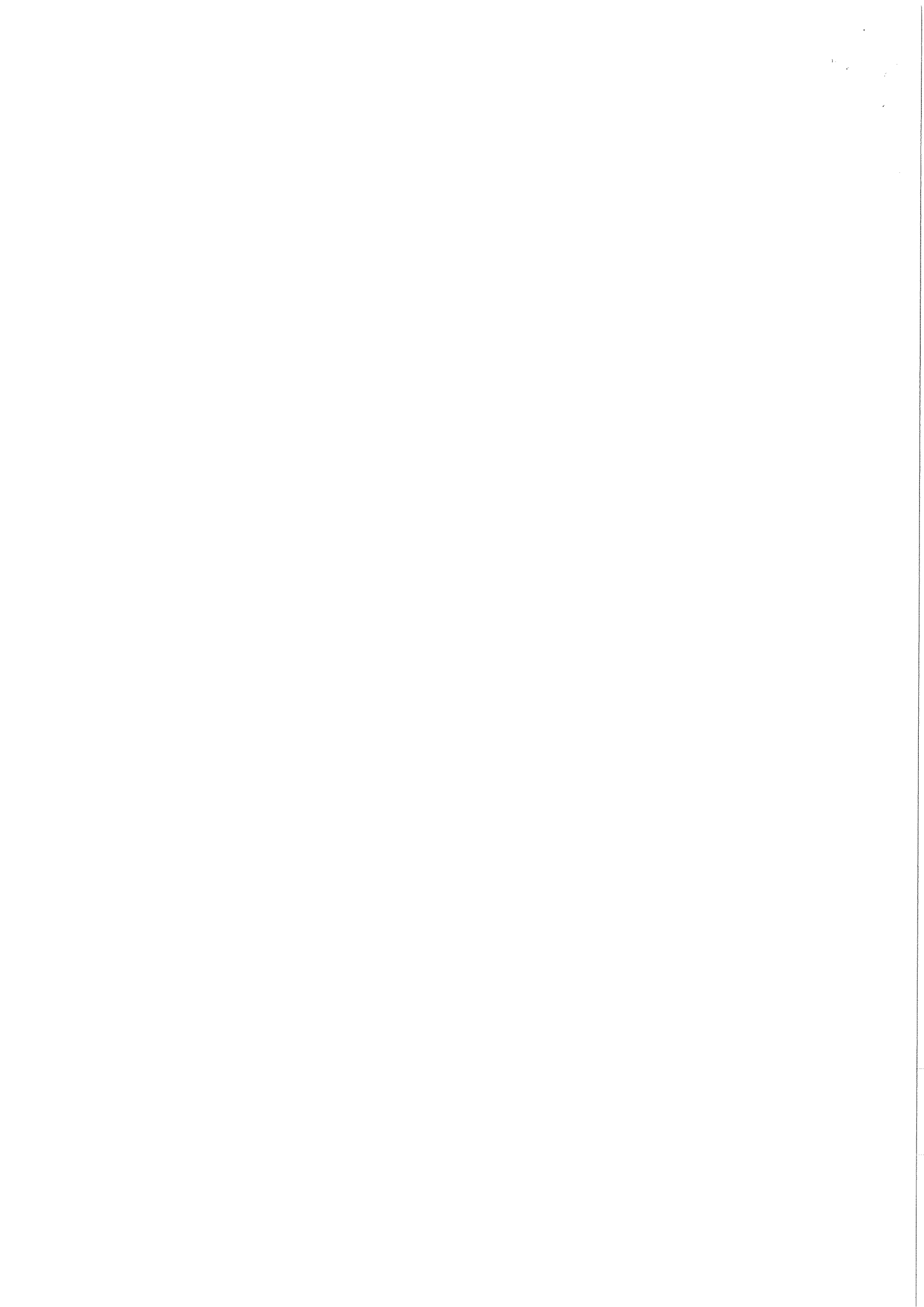
Förvaltningsrättens bedömning

Utvärderingsmodellen och utvärderingen

Av Högsta förvaltningsdomstolen avgöranden RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78 följer att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma föremålet för sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt.

Bolagsverket har valt att utforma upphandlingen på sådant sätt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas varvid pris och utvärderingskriterier enligt bifogad kravspecifikation sammanräknas. En påslagsmetod används genom att respektive utvärderingskriterier ges ett belopp som läggs på anbudet, utifrån det svar som anbudsgivaren lämnat. Den sammanräknade summan blir det beräknade totalanbudspriset. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte utvärderingsmetoden i sig anses strida mot LOU:s krav (se Kammarrätten i Stockholms dom den 3 juli 2009 i mål nr 3014-09). Frågan är om de uppställda utvärderingskriterierna i kravspecifikationen kan anses strida mot principerna om förutsebarhet, likabehandling eller transparens.

Av kravspecifikationen framgår att anbudsgivaren tilldelas poäng, genom prispålägg, utifrån ett antal utvärderingskriterier som benämns enligt följande; leverantörens självbild, leverantörens erfarenhet, kreativitet, krav på uppdraget, leveranser och leveranskapacitet kvalitetssäkringsarbete, samverkan och kundansvarig. Varje kategori har därefter ett antal bedöm-



ningspunkter som Boverket särskilt tar hänsyn till vid utvärderingen och tilldelningen av poäng och som har angetts i kravspecifikationen.

Föremålet för upphandlingen är i detta mål konsulttjänster. Vid dessa typer av upphandlingar kan det vara svårt för den upphandlande myndigheten att i förfrågningsunderlaget precisera den efterfrågade kompetensen. Det måste också förutsättas att en anbudsgivare i förevarande typ av upphandling ger sitt bästa anbud med utgångspunkt i de krav som anges i förfrågningsunderlaget (Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 november 2013 i mål nr 2967-13). Förvaltningsrätten anser att de i upphandlingen uppställda utvärderingskriterierna för utvärdering av anbuden inte strider mot LOU eller EU-rättsliga principer.

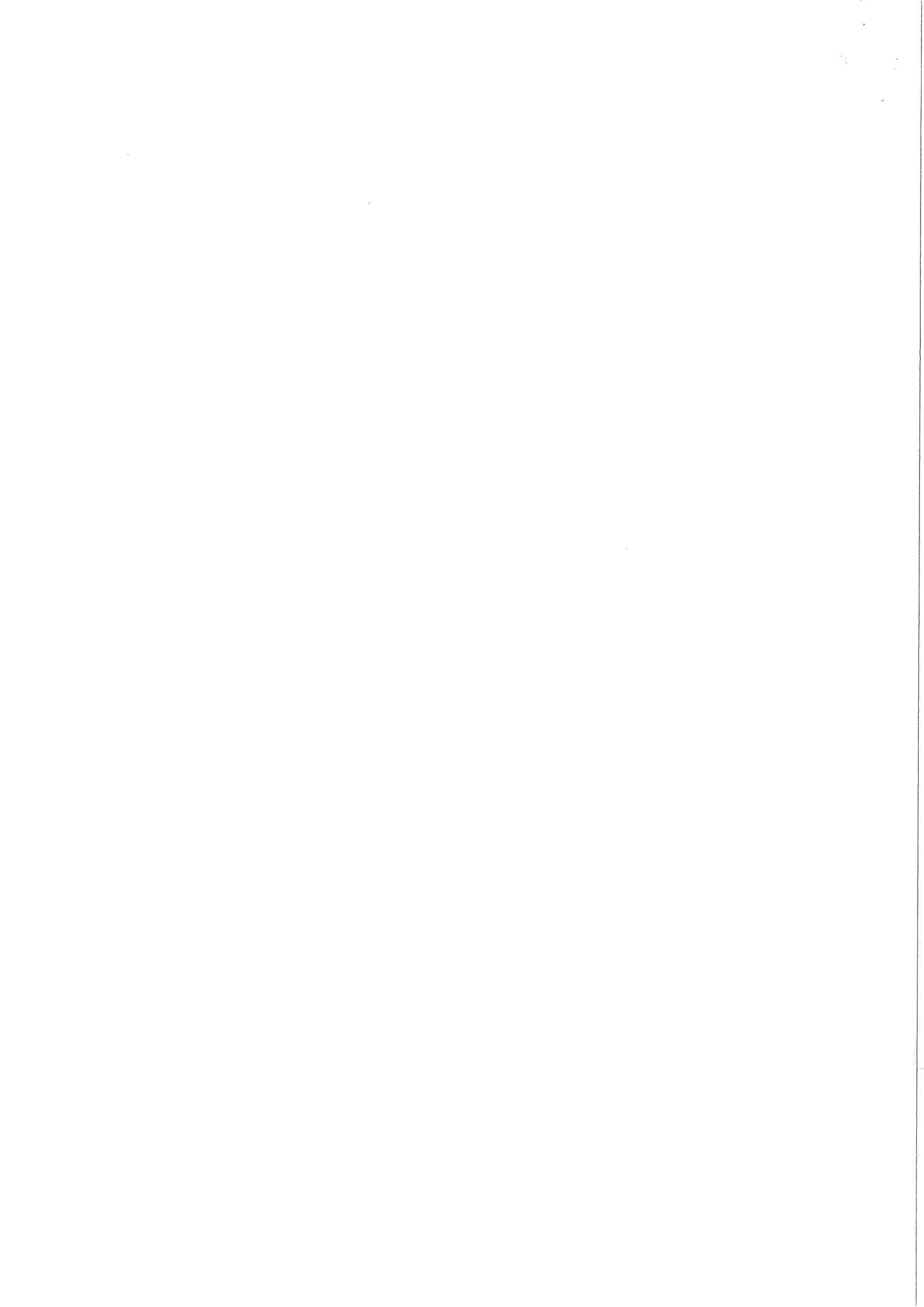
Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det av tilldelningsbeslutet inte framgår att utvärderingen har skett i strid med den i förfrågningsunderlaget redovisade metoden. Hur poängsättningen har skett, utifrån ovan nämnda bedömningspunkter, redovisas på ett tydligt och öppet sätt i bilagorna till upphandlingsbeslutet. Bolagsverket kan därför inte heller i detta hänseende anses ha handlat i strid med LOU. Något skäl för ingripande föreligger därför inte på dessa grunder.

Otillåten anbudskomplettering

Enligt förvaltningsrättens mening har inte WSP visat att SWECO gjort någon otillåten komplettering av anbudet på så sätt som påstås. Något skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte på denna grund.

Anbudspresentation

Av förfrågningsunderlaget punkt 4.1.1. framgår att utvärderingen av utvärderingskriterier-, ange- och beskrivarkraven görs utifrån anbudsgivarnas



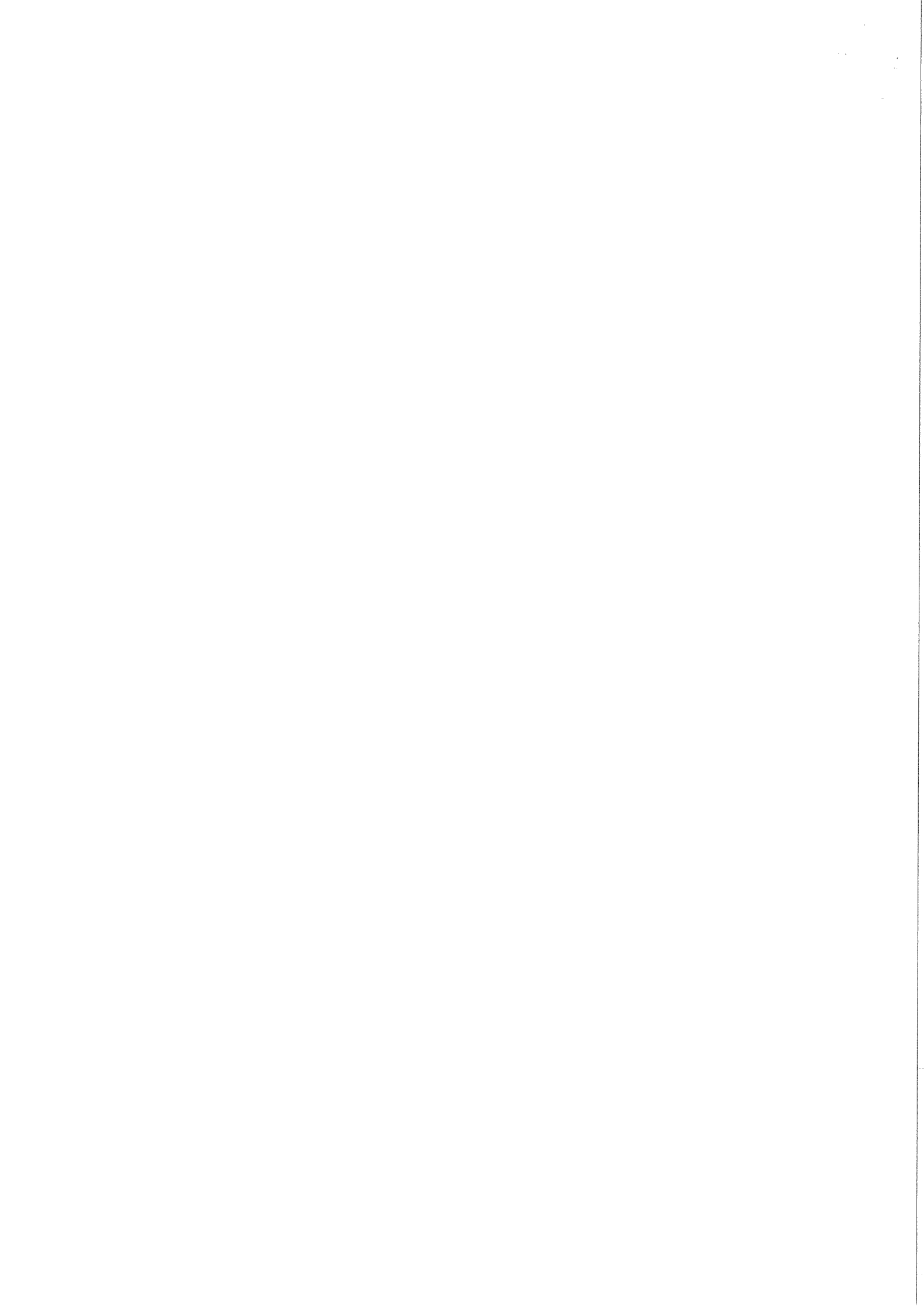
svar på respektive bedömningspunkt och utifrån muntlig presentation av anbud och/eller resultat från referenser. Anbudstidens utgång var den 16 juli 2014 och som skall-krav uppställs att anbudsgivaren ska vara beredd att muntligen presentera sitt anbud vecka 35, d.v.s. den 25 – 31 augusti 2014.

Även om anbudspresentationen ska ske efter anbudstidens utgång är det enligt förvaltningsrättens mening inte klart, till skillnad från vad Boverket anfört, att anbudspresentationen inte skulle komma att ligga till grund för utvärderingen av anbuden. WSP har anfört att Boverket har lagt uppgifter som kommit fram under anbudspresentationen till grund för utvärderingen utan att dessa har kommit WSP till del. Oaktat om så skett har WSP, mot bakgrund av hur förfrågningsunderlaget är utformat, haft skäl att utgå från att anbudspresentationen skulle komma att inverka på anbudsutvärderingen. Mot denna bakgrund har Boverket brustit mot de grundläggande principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU och framförallt principen om transparens. Eftersom endast två leverantörer kvalificerat sig och lämnat anbud i upphandlingen, har WSP lidit eller kunnat komma att lida skada av den visade bristen. Eftersom bristen påverkar det konkurrensuppsökande skedet kan den inte läkas på annat sätt än att upphandlingen görs om. WSP:s ansökan om överprövning ska således bifallas på så sätt att upphandlingen görs om.

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

Elisabeth Lewin

Föredragande: Marzia Kristensson





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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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.

