



LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN

Hanna Tangen

DOM
2008-09-12
Meddelad i
Falun

Mål nr
2139-08 E
Rotel 2

KONKURRENSVERKET	
2008-09-16	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

HMB Construction AB, 556483-0957
Norra Järnvägsgatan 1
791 35 Falun

MOTPART

LudvikaHem AB, 556048-2019
Box 13
771 21 Ludvika

SAKEN

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

LudvikaHem AB (LudvikaHem) genomför en upphandling rörande projektet Engelbrekts hörna etapp 2 som avser nyproduktion av byggnad för affärsverksamhet och bostäder på fastigheten Heimdal 4 i Ludvika. Tilldelningsbeslut har ännu inte fattats.

HMB Construction AB (HMB) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att länsrätten förordnar att LudvikaHems upphandling av projektet Engelbrekts hörna etapp 2 skall göras om, alternativt att länsrätten förordnar om annan lämplig rättelse.

Länsrätten har den 20 augusti 2008 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har förordnats.

Parterna har till grund för sin respektive inställning i huvudsak anfört följande.

Dok.Id 52253

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 791 21 Falun	Kullen 4	023-484 00 E-post: lansrattenidalarna@dom.se	023-484 80	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

HMB

Projekteringen

LudvikaHem har upphandlat Skanska som totalentreprenör för en nybyggnad på fastigheten Heimdal 5 i Ludvika (etapp 1). Utan att någon ny upphandling har gjorts har Skanska gemensamt med LudvikaHem projekterat för en nybyggnad avseende betydligt mycket större yta än vad från början förutsatts och som omfattar byggnation på två angränsande fastigheter i stället för en. Genom den projektering LudvikaHem och Skanska gjort har konkurrensen satts ur spel för den anbudsfrågan som LudvikaHem nu gått ut med. Det är i princip inte genomförbart att utse någon annan entreprenör än Skanska för den upphandling som rubricerats etapp 2. Någon annan än Skanska torde inte ha några realistiska möjligheter att kunna konkurrera om ett kontrakt med det upplägg frågan fått.

Jäv

Genom sin hittillsvarande medverkan i projekteringen av hela byggnaden inklusive etapp 2 torde Skanska utan tvekan vara jäviga. Genom att entreprenaden utformats som en i stället för två byggnader måste Skanska som antagits som entreprenör på etapp 1 vara diskvalificerade för att delta med anbud också på etapp 2. Det finns ett nära släktskap mellan Skanskas projektchef och den tekniska konsult som LudvikaHem kontrakterat som extern projektledare och som skall ingå i beställarens grupp för utvärdering av anbud och i beställarens projektgrupp. Även detta påvisar att Skanska måste anses vara jäviga för att delta med anbud för etapp 2.

Utvärderingskriterierna

System för ekonomistyrning/avstämning 10 p

LudvikaHem har beträffande system för ekonomistyrning angivit att ett väl redovisat och beskrivet upplägg av budget, redovisning av slutkostnadsprognoser renderar mellan fem och tio poäng. För resultatet mellan noll och fyra poäng innefattas samma kriterium men exklusive slutkostnadsprognoser.

ser. Det anges inte med ett ord hur skillnader inom intervallet fem och tio poäng bedöms och inte heller anges någonstans vilka krav LudvikaHem själv ställt på anbudsgivarens redovisning och beskrivning av budget, redovisning och slutkostnadsprognoser.

Ersättningsanspråk 6 p

Vad gäller ersättningsanspråk har LudvikaHem angivit att maximala sex poäng erhålles av den anbudsgivare som har lägsta procentpåslag vid avbrutet samarbetsavtal samt att tre poäng erhålls för den som har angivit sina anspråk tydligt. HMB ställer sig frågande till att en anbudsgivare som inte tydligt anger sina ekonomiska anspråk ens kan få sitt anbud prövat. HMB ställer sig också frågande till att med den ifrågavarande modellen någon bedömning av anbudsgivarens ekonomiska anspråk på kommande entreprenad överhuvudtaget inte utvärderas. Den ifrågavarande modellen öppnar för att anbudsgivare med mycket stora finansiella muskler torde kunna erbjuda ett procentpåslag på noll procent och sålunda riskera att projektera för ren självkostnad i händelse projekteringen inte leder fram till ett entreprenadkontrakt. Detta gäller inte minst Skanska som redan kontrakterats för etapp 1 vilket ytterligare understryker den konkurrenssnedvridning som anbudsfrågan ger upphov till.

Projektorganisation 40 p

Ett intervjuförfarande ger utrymme för en alltför skönsmässig bedömning. Det finns inte i anbudsfrågan angivet på vilket sätt LudvikaHem avser att åtskilja exempelvis föreslagna nyckelpersoners fackkunskaper och/eller tillgänglighet på sätt att någon anbudsgivare ges 25 poäng och någon annan 40 poäng. Ett flertal av de krav som LudvikaHem ställt och avser ta med i sin utvärdering av projektorganisationen hanteras normalt som kvalificeringskrav vid en upphandling och rätteligen borde ha hanterats på motsvarande sätt i denna upphandling. För att uppnå mellan 25 och 40 poäng uppställs som krav att organisationen skall ha en partneringledare med erfaren-

het av minst fyra sådana tidigare projekt. Med tanke på hur tungt projektor-organisationen värderas har givetvis en bedömning av en sådan sak stor vikt och HMB ifrågasätter om inte ett krav på så mycket som fyra tidigare genomförda partneringsprojekt i sig är ett oproportionerligt högt ställt krav som också medverkar till att snedvrída konkurrensen.

Arbetsmodell partnering 20 p

Någon vägledning för på vilka grunder någon åtskillnad kommer att göras inom angivna poängintervaller ges inte. LudvikaHem har inte själva tagit fram och beskrivit någon partneringsmodell för anbudsgivaren att förhålla sig till. Det framgår inte närmare vad LudvikaHem är ute efter och kommer att prioritera i sin bedömning. Risken är påfallande att anbudsgivande företag uppfattar frågan på olika sätt och beskriver partneringsmodeller som är så skilda från varandra att LudvikaHem inte kan göra annat än att jämföra äpplen och päron i kommande utvärdering.

Referenser 10 p

HMB uppfattar kravet att ange ett visst antal referenser som ett kvalificeringskrav. Först om beställaren ger sig in i att bedöma värdet av respektive referenser kan det vara fråga om utvärderingskriterier.

Riskinventering 4 p

Även här synes fråga att döma av anbudsutvärderingskriterierna enbart vara om ett kvalificeringskrav av innebörd att anbudsgivaren skall redovisa ett hos anbudsgivande företag befintligt system/modell för riskinventering. Det är inte fråga om någon bedömning av respektive anbudsgivande företags modells grad av förfining och/eller effektivitet, ej heller fråga om referenstagning från hur sådana modeller tidigare applicerats i praktiken. HMB ifrågasätter därför att riskinventering rätteligen kan användas som anbudsutvärderingskriterium.

Mätbara delmål 3 p

HMB har ingen annan synpunkt än att det är svårt att utläsa vad LudvikaHem frågar efter.

Sammanfattningsvis gör HMB gällande att den ifrågavarande anbudsfrågan i sig strider mot LOU:s högt ställda krav på öppenhet och transparens såvitt avser de lösligt angivna anbudsutvärderingskriterierna.

LudvikaHem

Projekteringen

HMB påstår att projekteringsarbetet inom ramen för etapp 1 även skulle innefatta den nu planerade delen etapp 2. Detta är en felaktig slutsats i synnerhet då man har en pågående upphandling för etapp 2. Gränslinjen mellan de två etapperna ligger i en fast vägg, varför det byggnadstekniskt inte finns några konfliktpunkter. HMB hävdar också att upplägget av etapp 2 skulle medföra att endast Skanska kan få uppdraget. Gestaltningmässigt kommer etapp 1 och 2 att uppfattas vara en sammanhållen byggnad även om byggnaden i sig består av två skilda byggkroppar som projektmässigt delvis löper parallellt över tiden. Kvarteret Heimdal är en väsentlig del av Ludvikas stadskärna och naturligen kommer LudvikaHem att eftersträva en samordning av projekten.

Jäv

LudvikaHem bestrider inte att det finns ett släktskap mellan Skanskas projektchef och den konsult som bolaget kontrakterat som projektledare. Det är dock uteslutet att detta skulle ge Skanska några påvisbara fördelar. En tveksam informationsöverföring i den påstådda jävssituationen skulle kraftigt påverka kommande intäkter/uppdrag för konsultbolaget, vilket motverkar risken för de beteenden HMB antyder kan förekomma.

Utvärderingskriterierna

System för ekonomistyrning/avstämning 10 p samt Ersättningsanspråk 6 p
HMB efterlyser en närmare precisering av vad som krävs för att få en viss poäng. LudvikaHem har gett vissa preciseringar och menar att det är tillfyllest med detta. Den utvärderingsmodell som LudvikaHem valt ligger klart inom ramen för vad som är möjligt för att ge rättvisande resultat. Beträffande påståendet att leverantörer med finansiella muskler skulle gynnas är en svepande formulering som inte hör hemma i en överprövning av ett LOU-mål.

Projektorganisation 40 p

Skälet till att samtalen kommer att ske i intervjuform är att samtalen ska få samma struktur i alla samtal och enklare kunna utvärderas. Lagstiftningen ger ingen närmare beskrivning om hur en utvärderingsmodell ska vara uppbyggd eller vilka krav som kan uppfattas vara kvalificeringskrav eller utvärderingskriterier. Beroende på slag av upphandling kan krav förekomma antingen som kvalificeringskrav eller utvärderingskriterium, avgörande är att kravet inte återkommer under processen. När det gäller kravet att anbudsgivaren ska uppvisa minst fyra tidigare genomförda partneringsprojekt och att detta skulle vara ett oproportionerligt krav vill LudvikaHem påpeka att partneringslösningar inte alls är främmande för byggföretag i Sverige eller inom EU. Kravet kan inte heller i ett svenskt perspektiv uppfattas vara för högt ställt och därmed snedvrída konkurrensen.

Arbetsmodell partnering 20 p

Förfrågningsunderlaget ger tillräcklig grund för att bolagets förhållningssätt ska framgå. Ingen fråga har kommit in under anbudstiden, vilket torde tyda på att det inte heller föreligger någon informationslucka på detta område.

Referenser 10 p

Referenser är i denna modell ett utvärderingskriterium och där skilda poäng uppnås beroende på antalet redovisade referenser. Någon värdering av värdet av givna referenser sker inte.

Riskinventering 4 p

LudvikaHems avsikt är att bedöma vilken modell för riskinventering entreprenören ställer till den gemensamma partneringorganisationens förfogande. Det är mindre relevant att bedöma den eller de modeller som entreprenören använder för eget bruk. Värderingen på detta kriterium avser att bedöma den modell som entreprenören ställer till förfogande eller avser utveckla för projektet.

Mätbara delmål 3 p

HMB säger sig inte förstå kriteriet mätbara delmål. Någon fråga från HMB har dock inte inkommit under anbudstiden.

HMB tar på ett antal punkter upp tveksamheter i LudvikaHems förfrågningsunderlag, men har under anbudstiden inte begärt något klarläggande eller någon komplettering på någon punkt. Man har inte heller ställt någon fråga med anledning av förfrågningsunderlaget.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket 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

lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Lagen om offentlig upphandling, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i LOU. Ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Länsrätten gör följande bedömning.

Leverantören bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur utvärderingen kommer att gå till. Detta kan vara en förutsättning för att leverantörerna skall förstå konsekvenserna av att välja den ena eller den andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt. Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att en leverantör redan vid anbudets utformning skall kunna förutse vad den upp-

handlande enheten begär, mot vilka kriterier hans anbud kommer att utvärderas och vilken relativ vikt kriterierna tillmäts. Även om regelverket inte kräver att den exakta utvärderingsmodellen framgår av förfrågningsunderlaget måste den upphandlande enheten ge tillräcklig vägledning om vad det är enheten vill och vilka kriterier som väger tyngst (se Nämnden för offentlig upphandlings yttrande i Regeringsrättens mål nr 300-2002 s 4).

HMB har på en rad punkter riktat anmärkningar mot utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget. Länsrätten kan med beaktande av vad som framkommit i målet inte finna att vad HMB anfört utvisar att förfrågningsunderlaget varit behäftat med brister av sådan art och omfattning att förfarandet strider mot LOU.

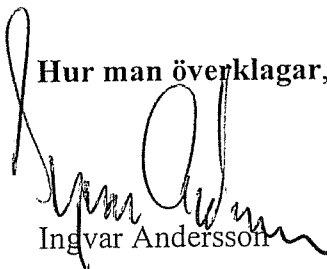
Vad HMB i övrigt anfört utgör inte heller skäl att underkänna LudvikaHems agerande i den nu aktuella upphandlingen. Länsrätten anser därför sammanfattningsvis att LudvikaHem inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. HMB:s ansökan om åtgärder enligt LOU skall därför avslås.

DOMSLUT

Länsrätten avslår HMB Construction AB:s ansökan om åtgärder enligt lagen om offentlig upphandling.

Länsrätten interimistiska beslut den 20 augusti 2008 upphör till följd härav att gälla.

Hur man överklagar, se aktbilaga (3109/1c).



Ingvar Andersson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.