

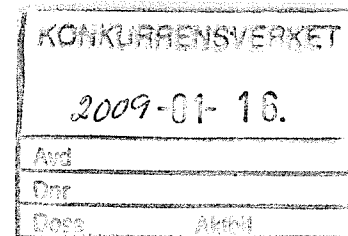


SÖKANDE

Kristofersson Exploaterings AB, 556671-3599

Ombud:

Advokat Madeleine Sifvert och jur. kand. Henrik Nobel
Advokatfirman Nova AB
Grev Turegatan 14
114 46 Stockholm



MOTPART

Tekniska nämnden i Gotlands kommun

Ombud:

Kommunjurist Patrik Pettersson
Ledningskontoret
621 81 VISBY

SAKEN

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

BAKGRUND

Tekniska nämnden i Gotlands kommun (nämnden) har genom förenklat förfarande infordrat anbud avseende utbyggnad av allmän VA-anläggning för området Hangvar Kyrkby – Ire. Anbud lämnades av bl.a. Kristofersson Exploaterings AB (Kristofersson) och Nybergs entreprenad AB (Nybergs). Efter utvärdering av anbuden fattade nämnden beslut om att anta anbudet från Nybergs.

YRKANDEN M.M.

I ansökan yrkar **Kristofersson**, såsom bolaget slutligen har bestämt sin talan, i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen (dvs. betyg- och poängsättningen) av kriterierna ”Teknisk kompe-

tens” och ”Referensobjekt/tidigare samarbete” görs om, varvid det klart ska framgå vilka omständigheter som ligger till grund för respektive betyg. I andra hand yrkas att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Som grunder för sin talan anför Kristofersson följande. Nämndens upphandling strider i flera avseenden mot LOU. Upphandlingen har genomförts i strid med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Nämnden förefaller ha tagit ovidkommande hänsyn samt underlåtit att följa huvudregeln om affärsmässighet. Sammanfattningsvis görs gällande att det föreligger brister och oklarheter i förfrågningsunderlaget såvitt avser anbudsprövningen samt att poängsättningen vid anbudsutvärderingen är felaktig. Kristofersson kan komma att lida skada på grund av att nämnden har antagit en annan anbudsgivare än bolaget. Rättelse är en tillräcklig åtgärd, eftersom brott mot LOU föreligger i anbudsprövningsfasen och således inte påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Till utveckling av sin talan anför Kristofersson sammanfattningsvis följande.

I de administrativa föreskrifterna punkten AFB.5 anges att nämnden förbehåller sig fri prövningsrätt vid valet av leverantör. Denna bestämmelse står i uppenbar strid med LOU och utgör, även om den inte faktiskt har tillämpats av nämnden, en brist i förfrågningsunderlaget. Vidare är vad som anges i punkten AFB.52 otydligt. För det första är det oklart vilken utvärderingsgrund, lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, nämnden avser att tillämpa. Angivande av att ”Summan av anbud enligt mängdförteckning (=offererade priser) kommer att utgöra grund för bedömning” talar för att utvärderingsgrunden är lägsta pris. Den omständigheten att nämnden därefter har redovisat kriterier talar däremot för att nämnden avser använda utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. För det andra är utvärderingsmodellen oklar. Det är mycket svårt att utläsa vilken

modell nämnden har valt, dess funktion samt på vilket sätt modellen ska tillämpas. Som exempel kan nämnas att det är svårt att utröna hur poängskalan, som ska tillämpas för varje kriterium, förhåller sig kriteriet "Pris". För det tredje är det svårt att få ihop viktningen. Det anges inte hur kriteriet "Pris" ska viktas och det är därmed oklart hur priset ska ställas i förhållande till övriga kriterier; även om det framgår att priset ska utgöra 70 procent av bedömningen.

Vidare är nämndens anbudsprövning och anbudsutvärdering behäftad med fel. Kristofersson har lämnat det lägsta anbudspriset, vilket är ca 1 200 000 kr lägre än antagen entreprenörs anbudspris. Trots detta har Kristoferssons anbud inte antagits. Anledningen härtill är att Kristofersson har erhållit mycket låga betyg avseende kriterierna "Teknisk kompetens" och "Referensobjekt/tidigare samarbete". Det är fråga om kriterier som – till skillnad från "Pris" – inte är objektivt mätbara utan grunder sig på nämndens egen betygsättning. Dylika kriterier – så kallade mjuka parametrar – öppnar upp för godtyckliga bedömningar som bör undvikas i en offentlig upphandling. Kristofersson har tilldelats betyget 3 för "Teknisk kompetens" och betyget 2 för "Referensobjekt/tidigare samarbete". Någon närmare motivering till betygsättningen redovisar nämnden inte. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget – eller andra handlingar – vilka omständigheter som ska ligga till grund för betygsättningen.

I fråga om teknisk kompetens framgår det endast av förfrågningsunderlaget (AFB.31) att anbudsgivare ska redovisa uppgift om arbetschef och platschef. Det ska understrykas att endast kompetens hänförlig till VA-anläggningar får beaktas. Det torde vara svårt att ha en kompetens på området som överstiger normal nivå. En VA-anläggning följer i normalfallet den standard som gäller enligt allmänna material- och arbetsbeskrivningar. Det har inte ställts några särskilt höga krav på kvalitet utöver vad som följer av AB 04, vilket innebär att arbetena ska utföras fackmässigt. Eftersom det är

fråga om en utförandeentreprenad (AB 04), har entreprenören att följa föreskrifterna i de handlingar (förfrågningsunderlag, mängdbeskrivning, ritningar etc.) som gäller för entreprenaden. Tre anbudsgivare har emellertid erhållit en kompetens avseende VA-anläggningar som är ”Mycket över normal nivå” och således föranleder betyget 5. Det ifrågasätts hur nämnden har kommit fram till det. Föremålet för den aktuella upphandlingen kräver inte en teknisk kompetens som är över eller mycket över normal nivå. Samtliga anbudsgivare borde ha erhållit högst 3 poäng för ”Teknisk kompetens”.

Vad gäller ”Referensobjekt/tidigare samarbete” är underlaget också som nämnts tidigare obefintligt. Inte heller i fråga om referenser kräver föremålet för upphandlingen sådana som är över eller mycket över normal nivå. Nämnden har dock även här tilldelat tre anbudsgivare betyget 5. Nämnden hänvisar till en egenhändigt upprättad utvärdering av ett tidigare samarbete. Det är en ensidig bedömning från nämndens sida som Kristofersson varken fått ta del av eller lämna synpunkter på. Oberoende referenser har gett Kristofersson 4 poäng avseende erfarenhet och 4 poäng avseende referenser, vilket motsvarar ”Över normal nivå”. Omdömen från oberoende referenser borde väga tyngre än nämndens subjektiva uppfattning. Kristofersson borde därmed ha erhållit 4 poäng eller i vart fall 3 poäng. Sammanfattningsvis är det mycket oklart hur nämnden har utvärderat kriterierna ”Teknisk kompetens” och ”Referensobjekt/tidigare samarbete”. Poängsättningen måste vara felaktig och är under alla förhållanden godtycklig. Poängsättningen strider också mot proportionalitetsprincipen.

Om samtliga anbudsgivare vid en rättad poängsättning enligt ovan erhåller 3 poäng avseende ”Teknisk kompetens” och Kristofersson erhåller i vart fall 3 poäng för ”Referensobjekt/tidigare samarbete” kommer Kristofersson att erhålla högst sammantagna bedömningstal i upphandlingen och ska därmed tilldelas aktuellt kontrakt avseende anläggning av allmän VA-

anläggning. Om Kristofersson får 4 poäng för ”Referensobjekt/tidigare samarbete” kommer Kristofersson att erhålla högst sammantagna poäng även om Nybergs erhåller 5 poäng för ”Teknisk kompetens”.

Nämnden bestrider bifall till Kristoferssons yrkanden och anför som grunder härför följande. Nämnden har inte överträtt någon för upphandlingen gällande princip eller bestämmelse. Om överträdelse ändå skulle anses begången, har den i allt fall inte medfört någon skada i LOU:s mening för Kristofersson.

Nämnden utvecklar sitt bestridande i huvudsak enligt följande. Nämnden har inte förbehållit sig fri prövningsrätt. Punkten AFB.5 i de administrativa föreskrifterna tar syfte på rätten att fullfölja eller avbryta upphandlingen. Av följande föreskrifter framgår dessutom att nämnden har underkastat sig begränsningar i anbudsprövningen. Av punkten AFB.52 framgår uppenbarligen att flera omständigheter än priset läggs till grund för tilldelning av kontrakt, varför det således är fråga om tilldelning efter grunden det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet. Detta måste Kristofersson ha insett. Om priskriteriet utgör 70 procent, utgör övriga kriterier alltså 30 procent. Även detta måste Kristofersson ha insett. Vid bedömning efter det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet får utöver pris kriterier som tekniska egenskaper och kvalitet samt referenser beaktas. Utgångspunkten i upphandlingar är att köparen får ställa de krav som denna finner relevanta. Genom krav på teknisk kompetens och referenser har nämnden velat få med kriterier som påverkar totalkostnaden för ledningssystemet. Förfrågningsunderlaget var tillräckligt tydligt för att anbudsgivare skulle kunna bilda sig en uppfattning om vad som skulle tillmätas betydelse vid tilldelning av kontrakt; nämligen pris, teknisk kompetens och referenser. Likaså att nämndens egna erfarenheter skulle beaktas. Det kan inte anses vara en omöjlig uppgift att göra bedömningar i femgradiga skalor – som också är frekvent förekommande i upphandlingar – rörande t.ex. fackmässigt utförande. Näm-

den, som har stor erfarenhet av entreprenörer som anlåtats genom åren, tillämpar sedan en tid ett systematiserat sätt att fånga upp erfarenheter av anlåtade entreprenörer. Erfarenheter av Kristoferssons senaste arbete åt kommunen med utbyggnad av VA-ledningar utvärderades hösten 2007. De är erfarenheterna från detta arbete – som är mera rättvisa och relevanta än äldre referenser från annan ort – som har lagts till grund för bedömning av teknisk kompetens och tidigare samarbete. Anbudsutvärderingen är korrekt och grundar sig på kända omständigheter. I fråga om skaderekvisitet föreligger det inte skada blott genom att leverantören inte tilldelats ett visst kontrakt. Någon utredning av annan till följd av konkret fel kausal skada har inte getts in. För det fall det skulle anses förekomma åtgärdsmissiga brister i förfrågningsunderlaget, är det hänförligt till den konkurrensuppsökande fasen.

Länsrätten har i interimistiskt beslut den 17 oktober 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 enligt samma lagrum principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 12 kap. 1 § andra stycket LOU stadgas följande. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Enligt 15 kap. 16 § LOU gäller följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket. Den upphandlande myndigheten ska antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

Utredningen i målet

I de administrativa föreskrifterna anges bl.a. följande.

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Anbud ska vara skriftligt, avfattat på svenska och uppställt enligt bifogat formulär till anbud. Följande ska ingå:

- * Prissatt mängdförteckning, samt A-prislista för maskiner och personal
- * Slutsumman i mängdförteckningen ska överensstämma med anbudssumman.
- * Anbud som sänds över telefax eller som telegram godtas inte.
- * OBS! Elektroniskt anbud godtas inte.
- * Reservationer, förutsättningar m.m. ska vara prissatta.
- * Förslag till kvalitetsplan.
- * Uppgift om arbetschef och platschef.
- * Anbudet ska innehålla uppgift om vilka underentreprenörer som generalentreprenören avser anlita för att genomföra arbetena.

AFB.5 Anbudsprövning

Beställaren förbehåller sig rätten att fritt välja entreprenör eller att förkasta samtliga anbud.

AFB. 52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud

Summan av anbud enligt mängdförteckning kommer att utgöra grund för bedömning. Anbudsprövning utifrån angivna kriterier. Kriterierna kommer att vägas samman genom en poängsummemetod. Bedömning kommer att ske genom att varje kriterium kommer att värderas och ges ett betyg i skalan 1-5. Betyget kommer därefter att multipliceras med kriteriets vikt och sedan summeras för respektive anbud. En vägning av anbudets kriterie-

summa mot angivet pris sker med syfte att finna det anbud som har bäst kriteriekvot i förhållande till prisets inverkan på utvärderingen.

Följande poängskala kommer att användas:

1. Mycket under normal nivå
2. Under normal nivå
3. Normal nivå
4. Över normal nivå
5. Mycket över normal nivå

Kriterier för anbudsvärdering är utan prioritetsordning:

- * Teknisk kompetens, viktas till 2
- * Referensobjekt/tidigare samarbete, viktas till 3
- * Pris, ställs i förhållande till övriga kriterier och utgör 70 procent av bedömningen.

Länsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsprövningen kommer att ske utifrån vissa angivna kriterier som kommer att vägas samman genom en poängsummemetod. De angivna kriterierna är teknisk kompetens som viktas till 2, referensobjekt/tidigare samarbete som viktas till 3 samt pris som ställs i förhållande till övriga kriterier och utgör 70 % av bedömningen.

Varje kriterium värderas och ges ett betyg i skalan 1-5

I förfrågningsunderlaget anges således att andra kriterier än pris kommer att ligga till grund för utvärderingen, vilka dessa utvärderingskriterier är och hur de ska viktas. Enligt länsrättens mening framgår det därmed av förfrågningsunderlaget att det rör sig om utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, även om detta inte uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget.

I LOU:s krav 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 enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer bl.a. av gemenskapsrättens principer om likabehandling,

förutsägbarhet och transparens. Det framgår emellertid av praxis att ett inte optimalt förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell kan godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Enligt länsrättens mening är förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt utformat för att det ska gå att bilda sig en uppfattning om vad som tillmäts betydelse vid upphandlingen. Länsrätten finner inte att förfrågningsunderlaget eller utvärderingsmodellen utformats på ett sätt som strider mot LOU.

Under förutsättning att de grundläggande principerna i LOU inte åsidosätts är det upp till den upphandlande enheten att avgöra hur en viss egenskap e.d. ska värderas i en upphandling. Kristofersson har vid utvärderingen avseende referensobjekt/tidigare samarbete fått 2 poäng. Poängsättningen baseras på ett tidigare samarbete mellan nämnden och Kristofersson. Av förfrågningsunderlaget framgår att tidigare samarbete kommer att beaktas vid utvärderingen. I målet har inte framkommit annat än att förfarandet vid anbudsutvärderingen har skett i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner att Kristofersson inte kan anses ha blivit otillbörligt poängsatt eller att det i övrigt framkommit något som skulle kunna medföra ett ingripande enligt LOU i denna del.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att det inte är visat att nämnden under upphandlingsförfarandet i någon i målet prövad del har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att Kristofersson lidit eller riskerat att lida skada. Kristoferssons ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

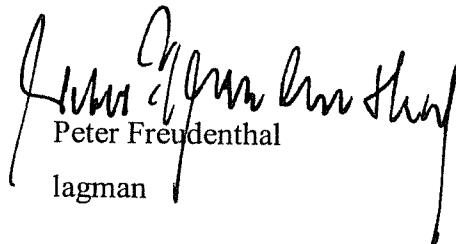
DOMSLUT

Länsrätten avslår Kristofersson Exploaterings AB:s ansökan om överprövning enligt LOU.

Det interimistiska beslutet av den 17 oktober 2008 upphör härmed att gälla.

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

Det erinras om den s.k. tiodagarsfrisen i 16 kap. 1 § tredje stycket punkt 2
LOU.



Peter Freudenthal
lagman