

**LÄNSRÄTTEN I
SÖDERMANLANDS LÄN**

DOM
2009-03-26
Meddelad i
Nyköping

Mål nr
454-09
Enhet 2

Handläggare:
Anna-Maj Wassberg

SÖKANDE

Frog Dyk AB, 556164-2488
Ringökajen
417 07 Göteborg

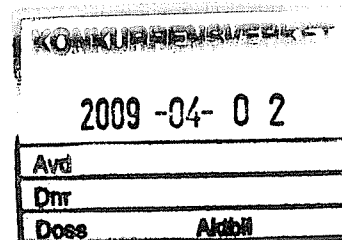
Ombud:
Advokat Helena Royson
Göteborgs Advokatbyrå AB
Kungsgatan 45
411 15 Göteborg

MOTPART

Strängnäs kommun
645 80 Strängnäs

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)



Strängnäs kommun beslutade genom tilldelningsbeslut den 20 januari 2009, gällande upphandling av "Ramavtal för utförande av dyktjänster", Dnr KS/2008:769-059, att välja Svenska Undervattensentreprenader AB (anbud 5), TMA Dyk AB (anbud 3) och Frog Dyk AB (anbud 4) som de mest ekonomiskt fördelaktiga med avseende till i förfrågningsunderlaget angivna kriterier för ramavtalet. Rangordningen är således att anbudsgivare 5 ska tillfrågas först därefter nr 3 och sist nr 4.

Frog Dyk AB (Frog Dyk) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Till stöd för ansökan om överprövning anförs bl.a. följande. Av anbudsutvärderingen framgår att Svenska Undervattensentreprenader AB (SUAB) och Frog Dyk tilldelats samma poäng i kategorin kvalitet och miljö med avseende på maskinutrustning som kommer att användas för uppdragen. Frog Dyk borde ha tilldelats en högre poäng än SUAB, då Frog Dyk är miljöcertifierade,

Dok.Id 65824

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194 611 25 Nyköping	Folkungavägen 4	0155-20 04 50 E-post: lansrattenisodermanland@dom.se	0155-20 04 90	måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

vilket SUAB inte är. Kommunen har därmed underlåtit att genomföra upphandlingen affärsmässigt och utan särbehandling. Vidare har kommunen genom komplettering den 18 december 2008 accepterat en veckas inställetid efter avrop. Frog Dyk har herefter i enlighet med uppgifter i kompletteringen angivit inställetid om en vecka efter avrop. Frog Dyk har dock vid utvärderingen fått en lägre poäng än SUAB och TMA Dyk AB (TMA Dyk). Frog Dyk har uppfyllt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och kompletteringen och borde ha tilldelats samma poäng som SUAB och TMA Dyk. Kommun har därmed inte utfört värderingen i enlighet med de förutsättningar som har angivits i förfrågningsunderlag och komplettering. Av SUAB:s anbud framgår även att de genomför utbildning i BaTMan under 2009. Av förfrågningsunderlaget framgår att det är ett skall-krav att personer som utför inspektioner ska ha utbildning i BaTMan för inspektion. Av TMA Dyks bud går det inte till någon del att utläsa om skallkraven är uppfyllda. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlingen utföras affärsmässigt. I begreppet affärsmässighet inbegrips att den upphandlande enheten ska genomföra upphandlingen utan konkurrensbegränsningar och särbehandling. Strängnäs kommun har dels genom att anta anbud som inte uppfyller skallkraven, dels genom att vid utvärderingen avvika från angivna förutsättningar i förfrågningsunderlag och komplettering genomfört upphandlingen på ett sätt som står i strid med krav om affärsmässighet enligt 1 kap. 9 § LOU.

Länsrätten beslutade den 20 februari 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Kommunen medger Frog Dyks yrkande om att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelsen bör bestå i att TMA Dyks anbudsunderlag inte ska anses uppfylla skallkravet under rubriken 2.2 kompetens, punkt 5 i förfrågningsunderlaget och därmed förkastas. Vidare anför kommunen bl.a. följande. Den brist som kommunen medgett kan vid en rättelse

inte anses skapa fel på andra delar av upphandlingen än anbudsutvärderingen och följaktligen tilldelningsbeslutet. En rättelse bör således vara en lämplig åtgärd. Rättelsen bör bestå i att kommunen får avsluta upphandlingen först sedan denna rättats på så sätt att TMA Dyks anbud förkastas.

Betygsutvärderingen av inställetid

Kommunen meddelade den 18 december 2008 en komplettering. Av kompletteringen framgår att kommunen menar att en vecka är acceptabelt i fråga om inställetid samt att kommunen för utvärdering och betygssättning hänvisar till den modell för utvärdering som beskrivs under punkt 5.3 i förfrågningsunderlaget. Kommunen tillämpar enligt beskrivningen ”Trade Extensions modell” för utvärdering. Av den framgår att betyg 3 svarar mot beställarens minimikrav. Genom kompletteringen har kommunen givit uttryck för att minimikravet är en vecka avseende inställetiden. Frog Dyk har i lämnat anbud angivit inställetiden till tre dagar, vilket kommunen bedömt svarar mot betyg fyra. Betyg fyra betyder att anbudets innehåll svarar väl mot de krav som beställaren efterfrågar. SUAB och TMA Dyk har givits betyget fem då de i sina anbud angivit inställetid på fyra timmar respektive en dag. Betyg fem betyder att anbudets innehåll motsvarar högt ställda krav på det som beställaren efterfrågar. Utvärderingen har i denna del enligt kommunens mening utförts enligt förutsättningarna som angivits i förfrågningsunderlaget och kompletteringen.

Betygsutvärderingen avseende kvalitet och miljö med avseende på maskinutrustning som kommer att användas för uppdragen

Av anbudsutvärderingen framgår att Frog Dyk samt SUAB fått betyget fyra vad gäller kriteriet ”kvalitet och miljö med avseende på maskinutrustningen som kommer att användas för uppdragen”. Kriteriet har utvärderats utifrån inlämnade uppgifter om hur maskinutrustningen är anpassad till miljökrav. SUAB har avseende kvalitets- och miljöarbete fyllt i efterfrågade uppgifter i den avsedda bilagan av vilket det framgår att deras kvalitets- och miljöledningssystem ansluter till gällande ISO-standarder, miljöbalken samt arbetsmiljölagen. Därutöver har anbudsgivaren redogjort för delta-

gande i två brobyggen på Botniabanan där deras utrustning blivit bedömd som "Sveriges miljöriktigaste arbetsplats". Miljöcertifiering i sig kan inte tillmätas högre betydelse än om en anbudsgivare uppger att denna arbetar efter ett dokumenterat system i enlighet med en ISO-standard. I förfrågningsunderlaget har kommunen inte heller angivit att certifiering skulle medföra högre betyg.

Uppfyllande av skall-krav avseende utbildning i BaTMan

Under rubriken 2.2 kompetens, punkt 5 i förfrågningsunderlaget har kommunen angivit att personer som utför inspektioner ska ha utbildning i BaTMan. Av SUAB:s anbud framgår att bolaget under 2009 har för avsikt att genomgå utbildning i BaTMan. Svarar en anbudsgivare ja på frågan om ett krav uppfylls får det tagas för gott och utgöra underlag för avtalsskrivning. Kraven ska uppfyllas först vid fullgörande av avtalet och för det fall så inte sker, blir det fråga om kontraktsbrott. Det förhållandet att en anbudsgivare vid anbudslämnandet inte har personal med viss kompetens anställd utgör inte grund för att hävda att anbudet inte uppfyller skallkraven. Kommunen anser därför att SUAB svarat upp mot skallkravet i inlämnat anbud. TMA Dyk har dock i inlämnat anbud inte uppgett att de på något sätt uppfyller de nu aktuella skallkraven och kommunen skulle således ha förkastat anbudet på denna grund.

Frog Dyk har därefter yttrat sig och anfört bl.a. följande. I första hand yrkas att länsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen görs om varvid TMA Dyks och SUAB:s anbud förkastas och därigenom undantas från värdering. I andra hand yrkar Frog Dyk att talan bifalles i enlighet med kommunens medgivande. Av kompletteringen framgår inte hur inställelsetiden utvärderas. Inte heller om tiden räknas i timmar eller dagar. Den enda uppgift som finns är en vecka. Det framgår inte av kompletteringen att en vecka är minimitid, det kan inte heller utläsas av förfrågningsunderlaget. Det är riktigt att SUAB har, avseende kvalitets- och miljöarbete, fyllt i efterfrågade uppgifter i den avsedda

bilagan och att det framgår att SUAB:s kvalitets- och miljöledningssystem ansluter till gällande ISO-standarder, miljöbalken samt arbetsmiljölagen. SUAB har dock inte på något sätt redovisat sitt kvalitets- och miljöledningssystem och det finns således inte annat än ett påstående att det oredovisade systemet ansluter till gällande ISO-standarder. Frog Dyk som redovisat ett godkänt system borde därför tilldelas en högre poäng än SUAB. Inställningen att det är tillräckligt att skall-kraven är uppfyllda vid tidpunkten för avtalsskrivningen är inte förenlig med de grundläggande principer som följer av 1 kap. 9 § LOU. Skall-kraven ska vara uppfyllda i samband med att anbud lämnas. Något annat synsätt strider mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Det är mycket möjligt att det har funnits leverantörer som inte har haft erforderlig utbildning vid tidpunkten för avgivande av anbud och som en följd härav avstått från att lämna anbud. Det framgår inte någonstans i förfrågningsunderlaget att det är tillräckligt att utbildningen är slutförd i samband med entreprenadavtalets undertecknande. Vidare framgår inte överhuvudtaget av SUAB:s anbud vid vilken tidpunkt skall-kravet kommer att uppfyllas.

DOMSKÄL

Länsrätten noterar inledningsvis att den aktuella upphandlingen genomförts genom förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Av 15 kap. 2 § framgår att vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 1 kap., 2 kap., 5 kap., 11 kap. 6 §, 13 kap. och 16 kap. LOU.

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.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår följande. 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.

Av 16 kap 2 § första stycket LOU framgår följande. 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.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i den allmänna bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU (jfr Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref. 50). I förhållande till den huvudregel om affärsmässighet som angavs i 1992 års LOU (1 kap. 4 §) innehåller den nu aktuella paragrafen inte begreppet affärsmässighet. Det framgår av förarbetena till lagen (prop. 2006/07:128 s. 155-156) att avsikten är att den nu aktuella lydelsen inte ska medföra någon ändring av rättsläget vad gäller de principer som ska iakttas vid upphandling trots att begreppet affärsmässighet är utmönstrat. Principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet. Vid bedömningen av anbudsgivarna och anbudena förutsätter kravet på jämlikhet att de uppställda kraven gäller samtliga anbudsgivare på samma sätt.

Det anses följa av den s.k. likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten normalt inte får frånga ett uppställt skall-krav samt att ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav inte får antas (jfr bl.a. Hentze/Sylvén: Lagbokskommentaren Offentlig upphandling s. 80).

Av Strängnäs kommuns förfrågningsunderlag avseende ”Ramavtal för utförande av dyktjänster” framgår bl.a. följande. Enligt punkt 2.2 ”Kompe-

tens” ska personer som utför inspektioner bl.a. ska ha kompetens enligt kraven i ”Handbok för broinspektioner” och BaTMan samt utbildning i BaTMan. Enligt punkt 2.6 ”Miljökrav” ska produkterna/tjänsterna vara uppbyggda så att de minimalt belastar den yttre miljön och med god marginal uppfyller gällande lagstiftning. Anbudsgivarens miljöarbete, med miljömål, ska beskrivas i anbudet. Eventuellt förekommande miljöpolicy bifogas i tillämpbara delar. Av punkt 5.3 ”Anbudsutvärdering” framgår bl.a. att kommunen tillämpar Trade Extensions utvärderingssystem. Enligt bilaga 2 innebär det bl.a. att ett jämförelsetal räknas fram enligt en i bilagan närmare i angiven modell där betyg 3 motsvarar att anbudets innehåll svarar mot beställarens minikrav, betyg 4 motsvara att anbudets innehåll svarar väl upp mot de krav som beställaren efterfrågar och betyg 5 att anbudets innehåll motsvarar högt ställda krav på det som beställaren efterfrågar.

Av komplettering den 18 december 2008 fråga 5 framgår följande. Bilaga 5 innehåller inget om inställelsetider. Det framgår inte heller hur detta värderas; räknar man i timmar eller dagar? Vilket krav på inställelsetid efter avrop har kommunen? 1 timme, 1 dag, 1 vecka? Hur betygssätts detta. Som svar på frågan anges följande. 1 vecka. Utvärderas enligt avsnitt 5.3 i FFU.

Länsrätten gör följande bedömning.

Kvalitet och miljö med avseende på maskinutrustning som kommer att användas för uppdragen samt inställelsetid

Frog Dyk har invänt att de borde ha tilldelats en högre poäng än SUAB i betygsutvärderingen av kvalitet och miljö eftersom Frog Dyk är miljöcertifierade vilket SUAB inte är. Länsrätten konstaterar att miljökraven i förfrågningsunderlaget är allmänt formulerade och att det inte uppställs några krav på certifiering.

Vad gäller inställetid anser Frog Dyk att de borde ha tilldelats samma poäng vid utvärderingen som SUAB och TMA Dyk, då alla uppfyllt kravet på inställetid efter avrop på en vecka. Kommunen har i kompletteringen den 18 december 2008 gett uttryck för att en tid på en vecka är acceptabel. Det får enligt länsrättens mening anses ge uttryck för längsta acceptabla inställetid, dvs. den tid som enligt den utvärderingsmodell som ska användas motsvarar betyg 3. Kommunen får därför anses ha utfört utvärderingen på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Länsrätten finner vid en samlad bedömning att Frog Dyk inte har visat att kommunens poängsättning av de två ifrågavarande kriterierna står i strid med LOU:s grundläggande principer för upphandlingsförfarandet.

Utbildning i BaTMan

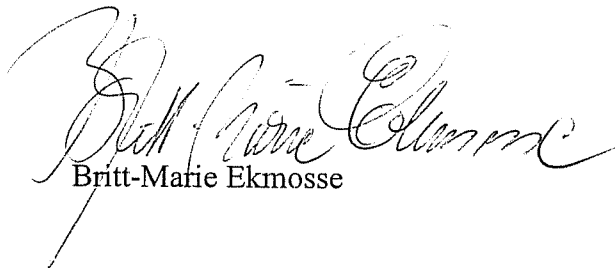
Det framgår av anbudsförfrågan att personer som utför inspektioner ska ha utbildning i BaTMan. Frågan i målet är om TMA Dyk och SUAB kan anses uppfylla det aktuella kravet. Länsrätten finner att det är visat i målet att det av TMA Dyks anbud inte framgår att de på något sätt uppfyller kravet. Det framgår även av handlingarna i målet att SUAB vid tidpunkten för avlämnandet av anbudet inte uppfyllde kravet på BaTMan-utbildning. Dessa anbud skulle därför ha diskvalificerats. Överklagandet ska därför bifallas på sådant sätt att länsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har vidtagits på så sätt att TMA Dyks och SUAB:s anbud förkastas.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan och förklarar att upphandlingen gällande ”Ramavtal för utförande av dyktjänster” inte får avslutas innan rättelse har gjorts på så sätt att anbud avgivna av TMA Dyk och SUAB har förkastats.

Länsrätten förordnar att länsrättens interimistiska beslut den 20 februari 2009 inte längre ska bestå.

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



Britt-Marie Ekmosse

Upplyningsvis meddelas att den så kallade tiodagarsfristen börjar löpa från dagen för meddelande av domen.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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.