

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2009-05-14
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
1654-09 E
Rotel 16

SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929
170 80 Solna

Ombud:

Advokaten Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Chalmersfastigheter AB, 556487-9764
412 96 Göteborg

Ombud:

Advokaterna Roland Adrell och Carin Gustavsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

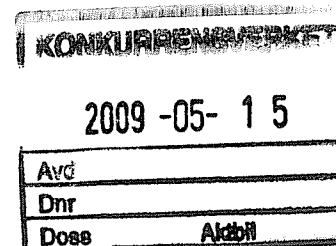
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens beslut om inhibition den 9 mars 2009 upphör därmed att gälla.



YRKANDEN M.M.

Chalmersfastigheter AB (Chalmersfastigheter) har genomfört en upphandling av totalentreprenad avseende nybyggnad på Campus Lindholmen "Kuggen", Lindholmen 6:5. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Av tilldelningsbeslut den 27 februari 2009 framgår att PEAB Sverige AB (Peab) vunnit upphandlingen.

NCC Construction Sverige AB (NCC) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att den ska rättas på så sätt att Peabs och Skanskas sidoanbud förkastas. NCC yrkar även att länsrätten ska förordna interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Därutöver yrkas att länsrätten förordnar att Chalmersfastigheter till NCC ska utge Peabs och Skanskas sido- och huvudanbud och till dessa hörande utvärderingsprotokoll. Som grund för yrkandena anförs i huvudsak att upphandlingen genomförts på ett sätt som står i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU samt att bristerna är av allvarlig art och har medfört skada, eller i vart fall risk för skada för NCC.

Chalmersfastigheter bestrider bifall till bolagets talan i dess helhet. Därutöver yrkar Chalmersfastigheter att muntlig förhandling ska hållas i målet.

NCC anför i huvudsak följande.

Justering och viktning av utvärderingskriterier

Chalmersfastigheter har vid utvärderingen använt sig av justerade underkriterier. I utvärderingen anges att en anbudsgivare som är delvis ISO-

certifierad erhåller 4 poäng, vilket inte kan återfinnas i förfrågningsunderlaget, utvärderingskriterium *B Kvalitet och miljö*. Vidare anges vid utvärderingen att poäng givits för underkriteriet ”processbildning”, vilket inte återfinns under utvärderingskriterium *C Anbudsgivarens samverkansidé*. Dessutom har en ytterligare viktning gjorts vid utvärderingen genom att underkriterierna givits ges olika värde, vilket inte framgår av förfrågningsunderlaget. Inte heller har Chalmersfastigheter informerat anbudsgivarna härom under pågående upphandling. Utvärderingen av anbuden i upphandlingen har således skett på ett annat sätt än vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Under alla förhållanden är utvärderingsmodellen alltför oklart beskriven i förfrågningsunderlaget. Med hänsyn till det bristande utvärderingsunderlaget är det svårt att avgöra i vilken omfattning och på vilket sätt dessa justeringar påverkat utvärderingsresultatet. Anbudsgivarna har därför inte på ett tillfredställande sätt kunnat utläsa och förstå hur ett konkurrenskraftigt och ändamålsenligt anbud ska formuleras. Nämnda brister har medfört ett oacceptabelt stort utrymme för skönsmässiga bedömningar vid utvärderingen.

Otydliga utvärderingskriterier

De utvärderingskriterier som anges i förfrågningsunderlaget är så otydligt utformade att anbudsgivarna inte har kunnat bilda sig en uppfattning om vad den upphandlande myndigheten kommer att premiera och har därmed inte kunnat förutse hur ett konkurrenskraftigt anbud ska utformas. Utöver kriteriet *E Sidoanbud*, gäller detta kriterierna *B Kvalitet och miljö*, *C Anbudsgivarens samverkansidé* och *D Anbudsgivarens projektledningsorganisation och projektuppföljningssystem*. Chalmersfastigheter förbehåller sig i praktiken en obegränsad möjlighet till skönsmässiga bedömningar i strid med LOU.

Vad gäller kriteriet *C Anbudsgivarens samverkansidé* ges inga som helst indikationer om hur Chalmersfastigheter vill att anbudsgivarna ska samverka med Chalmersfastigheter, dvs. anbudsgivarna kan inte utläsa hur ett konkurrenskraftigt anbud ska utformas. Det kan även ifrågasättas om kriteriet *samverkansidé* överhuvudtaget är mätbart i ekonomiska termer och kan användas som utvärderingskriterium på ett förutsebart sätt.

Inte heller utvärderingskriteriet *D Anbudsgivarens projektorganisation och projektuppföljningssystem* är utformat på ett sådant sätt att anbudsgivarna kan förutse vad som kommer att premieras, utan Chalmersfastigheter har vid utvärderingen en obegränsad möjlighet till skönsmässiga bedömningar.

Otillåtna utvärderingskriterier

Flera av de utvärderingskriterier som Chalmersfastigheter ställt upp avser frågor rörande anbudsgivarens kvalitet som leverantör och syftar till att säkerställa ett gott utförande av projektet och avser därför inte föremålet för kontraktet. Detta är fallet vad gäller utvärderingskriterierna *B Kvalitet och miljö*, *C Anbudsgivarens samverkansidé* och *D Anbudsgivarens projektledningsorganisation och projektuppföljningssystem*. Vad som ska utvärderas enligt B och D är samma parametrar som för varje upphandling som anbudsgivarna lämnar anbud i och kan således omöjligen avse föremålet för kontraktet. Avseende *C Anbudsgivarens samverkansidé*, kan i och för sig konstateras att en sådan kan utformas olika i skilda projekt. Mot bakgrund av att Chalmersfastigheter inte på något sätt preciserat vad som önskats har det medfört att anbudsgivaren offererat den typ av *samverkansidé* som respektive anbudsgivare normalt tillämpar i dylika projekt. Härigenom har även detta kriterium kommit att avse anbudsgivarens kvalitet, erfarenhet och resurser som leverantör snarare än föremålet för kontraktet.

Chalmersfastigheter har därför på ett otillåtet sätt blandat ihop utvärderingsfasen med kvalificeringsfasen.

Sidoanbud

Chalmersfastigheter har genomfört utvärderingen av anbudena på ett sätt som avviker från vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Av AFB.52 framgår att ett optimalt formulerat sidoanbud som bäst kan resultera i 10 poäng vid bedömning av utvärderingskriteriet *sidoanbud*, när huvudanbudet utvärderas. Sidoanbudet ska bedömas beträffande funktion, teknik, ekonomi och tidsmässigt mervärde samt i övrigt enligt övriga kriterier B–F. Chalmersfastigheter har utvärderat Peabs sidoanbud på samma sätt som huvudanbudet. Sidoanbud har alltså inte utvärderats som en del vid utvärderingen av huvudanbud på det vis förfrågningsunderlaget anger och som NCC utgått i från. Detta förhållande innebär en fundamental avvikelse från förfrågningsunderlaget som får avgörande konsekvenser för resultatet av utvärderingen. NCC har inte fokuserat på sitt sidoanbud, eftersom bolaget uppfattade att det endast utgjorde en liten del (högst 10 poäng av maximalt 100 poäng) i utvärderingen. Om det av förfrågningsunderlaget framgick att sidoanbudet skulle utvärderas självständigt på samma sätt som ett huvudanbud hade NCC vinnlagt sig om att prestera också ett konkurrenskraftigt sådant. Det sätt på vilket kriteriet kommit att tillämpas vid utvärderingen har inte varit förutsebart för anbudsgivarna.

Vidare avviker Peabs och Skanskas sidoanbud från de ovillkorliga krav som gäller för upphandlingen och borde rätteligen ha förkastats. NCC har tolkat förfrågningsunderlagets skrivning som att sidoanbud får avvika från förfrågningsunderlagets föreskrifter endast vad gäller *funktion*. Övriga krav som uppställs i förfrågningsunderlaget avseende exempelvis exteriör gestaltning etc. är definitiva förutsättningar/ovillkorliga krav för upphandlingen som inte får frångås. Att byggnadens exteriöra utformning, därmed

även höjden, fastställts i förfrågningsunderlaget framgår av de ritningar som utgör en del av förfrågningsunderlaget. Genom den stomkonstruktion Peab offererat i sitt sidoanbud minskas byggnadens höjd med cirka 1 meter. Peabs sidoanbud avviker således från förfrågningsunderlaget på ett icke tillåtet sätt och ska därför förkastas. Chalmersfastigheter har angivit att Skanska i sitt sidoanbud offererat samma konstruktion som Peab offererat i sitt sidoanbud. Även Skanskas sidoanbud innebär således ett frångående av de krav som uppställts avseende byggnadens exteriöra utformning och ska förkastas. Anbud som inte uppfyller ställda ovillkorliga krav är dessutom att jämställa med anbud innehållande reservationer och ska därför även på den grunden förkastas.

Chalmersfastigheter anför i huvudsak följande.

Den övergripande målsättningen med projektet framgår av förfrågningsunderlaget, i vilket anges följande. "Projektet ska skapa en byggnad som:

- Funktionellt ger stor nytta och flexibilitet
- Gestaltningmässigt sticker ut och skapar glädje och stolthet och därmed kan bli en symbolbyggnad för Lindholmen och staden
- Har hållbar utveckling starkt i fokus. Byggnaden ska främja den sociala miljön i området, vara fastighetsekonomiskt genomförbar samt ha tekniska lösningar, gärna synliga, som ger en energiförbrukning som radikalt understiger samhällets krav".

Målet med upphandlingen har varit att finna en entreprenör som ska vara en produktionsteknisk partner med förmåga att se det gemensamma målet framför sig. Entreprenadformen Totalentreprenad i samverkan, eller s.k. "partnering-entreprenad" har därför valts. Chalmersfastigheter har valt att i förfrågningsunderlaget "målstyra", dvs. endast uppställa de övergripande kraven och förväntningarna för att sedan få del av anbudsgivares svar, vilket är en vedertagen form vid Totalentreprenad i samverkan. Leverantören

betraktas som en produktionsteknisk partner som ska hjälpa till att utveckla processen. Samtliga faktorer är inte heller kända för beställaren i dagsläget och projektet kräver därför fortsatt samverkan. Företrädare för NCC var närvarande vid en muntlig information om projektet några veckor före det att förfrågningsunderlaget publicerades, då Chalmersfastigheter också beskrev projektets bakgrund och mål. Då påpekades särskilt att Chalmersfastigheter gärna såg alternativa konstruktioner kring den komplicerade byggnadskonstruktionen, för att på det sättet skapa möjligheter till att innehålla de fastställda kraven kring miljö/kvaliteter, tider och eventuellt även skapa ett bättre ekonomiskt slutresultat.

Justering och viktning av utvärderingskriterier

I förfrågningsunderlaget anges att "Företag som är ISO-certifierade avseende kvalitet och miljö erhåller 5 poäng. Övriga företag kan erhålla maximalt 4 poäng efter utvärdering som utgår från hur väl presenterade dokument ansluter till relevanta ISO-standarder." Det framgår således med tydlighet av förfrågningsunderlaget, att en anbudsgivare som är delvis ISO-certifierad kan erhålla maximalt 4 poäng. Vid genomgång av anbuden uppfyllde både den anbudsgivare som var delvis ISO-certifierad och övriga väl Chalmersfastigheters förväntningar.

I förfrågningsunderlaget, AFB.52, under *C Anbudsgivarens samverkansidé*, specificeras kriterierna för värderingen av anbudsgivares samverkansidé. Två faktorer beaktas, dels "hur företaget vill samverka med beställaren med förutsättningarna gemensamma mål, öppen redovisning, gemensamma mål och ömsesidigt förtroende så att beställarens miljöpolicy, projektpolicy, miljöprogram och kravspecifikation kan innehållas/stärkas", dels "hur företaget avser att innehålla gemensamt överenskomna tidsramar respektive ekonomiska mål/ramar." Vid värderingen av utvärderingskriteriet *samverkansidé* har Chalmersfastigheter därför analyserat anbuden med fokus

DOM

på hur hela samverkansprocesser grundas, fortlever och säkras, utifrån förfrågningsunderlagets målbild. Delpoäng har fördelats från 1 till 4 avseende ”processbildningen”. Hur anbudsgivaren avser att arbeta för att hålla ramar kan ge upp till 6 delpoäng. Samverkan utgör en fortlöpande process. En förutsättning är att entreprenörens organisation kan samverka med beställaren så att mål och ramar kan uppnås. Begreppet “processbildning” i utvärderingsunderlaget syftar uteslutande på de faktorer som redogjorts för ovan, exempelvis gemensamma mål m.m. Begreppet är följaktligen bara en definition och utgör därmed ingen förändring i sak i förhållande till vad som angivits i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget anges sammanlagt fem kriterier som kan utvärderas, B–F. För varje kriterium har den maximala poängen angivits och hur kriteriet viktats samt vilka faktorer inom kriteriet som kommer att bedömas. Eftersom ett poängintervall angivits för respektive kriterium, måste det tydligt ha framgått för anbudsgivarna att poängen skulle fördelas inom detta intervall. Vid fördelningen av poängen inom respektive kriterium har Chalmersfastigheter utgått från de faktorer som bolaget angivit i förfrågningsunderlaget. Det framgår tydligt att kriterierna har tillmätts olika vikt-faktorer vid anbudsvärderingen, genom att viktprocenten samt maximalt antal poäng har angivits för kriteriet, och vilka bedömningsfaktorer som kommer att beaktas vid värderingen av kriterierna. Värderingskriterierna har med andra ord hela tiden varit kända för anbudsgivarna. Chalmersfastigheter har endast fördelat redan kända poäng efter de bedömningsfaktorer som redovisats i förfrågningsunderlaget.

Otydliga utvärderingskriterier

I AFB.31, under *C Anbudsgivarens samverkansidé*, anges att anbudsgivaren ska beskriva, “utifrån förfrågningsunderlagets förutsättningar hur företaget vill samverka med beställaren” i angivna avseenden. Formuleringarna

uppmanar anbudsgivarna att utifrån egna erfarenheter komma med förslag för att på så sätt utveckla och stärka projektet. Samverkan karaktäriserar hela projektet. Chalmersfastigheter laborerar här med mjuka värden som inte är enkla att betygsätta. Hur utvärderingen av kriteriet går till specificeras närmare i AFB.52 under *C Anbudsgivarens samverkansidé*, där det anges att Chalmersfastigheter kommer att värdera "dels hur företaget vill samverka med beställaren med förutsättningarna gemensamma mål, öppen redovisning, gemensamma mål och ömsesidigt förtroende så att beställarens miljöpolicy, projektpolicy, miljöprogram och kravspecifikation kan innehållas/stärkas, dels hur företaget avser att innehålla gemensamt överenskomna tidsramar respektive ekonomiska mål/ramar." Öppen redovisning kan t.ex. ske genom en direktlänkad dator från Chalmersfastigheter till entreprenören. "Maximalt 10 poäng utdelades till den eller de som kan visa på att man kan samverka med beställaren i projekt Kuggen på ett utomordentligt väl sätt." Frågan är ställd utifrån att ingen färdig samverkansidé finns. Genom att anbudsgivaren själv utformar sitt anbudssvar utifrån frågningsunderlagets krav och målbeskrivning erhålles ett mått på hur väl anbudsgivaren uppfattar sin roll och uppgift att i samverkan med beställaren genomföra entreprenaden. Genom detta förfarande kan kriteriet samverkansidé utvärderas utifrån vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt för Chalmersfastigheter, vilket ligger väl i linje med de grundläggande intentionerna i LOU.

I AFB.31, punkten D, anges vad anbudsgivaren ska beskriva och redovisa avseende projektorganisation och projektuppföljningssystem. Leverantörerna fick i anbudsunderlaget detaljerad information avseende samtliga omständigheter myndigheten tillmätte betydelse vid utvärderingen av aktuella tjänster. Vad som hållits öppet var fördelningen av poängsättningen mellan de enskilda utvärderingskriterierna. Detta måste anses vara tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det

förhållandet att en upphandlande myndighet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Otillåtna utvärderingskriterier

Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Chalmersfastigheter har valt att under utvärderingskriteriet A sammanfatta de lika kvalificeringsförutsättningar som gäller för upphandlingen. Chalmersfastigheter bestrider att utvärderingskriterierna B–D är att betrakta som kvalificeringskriterier. Nämnda kriterier utgör grunden för samverksansformen och är nödvändiga för att bedöma i vilken mån en anbudsgivare kommer att kunna leverera den optimala tjänsten. Den upphandlande myndigheten, ska vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ta hänsyn till de 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. Uppräkningen är inte uttömmande. Följaktligen ska kriterier som är hänförliga till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder, användas som utvärderingskriterier så länge dessa används för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket bekräftas i Kammarrättens i Göteborg dom den 29 december 2008, mål nr 7332-08. Kriterierna B–D är därför av yttersta vikt vid bedömningen av vilket anbud som rent affärsmässigt innebär att den bästa tjänsten levereras.

Anbudsgivarnas system för kvalitetssäkring och miljöstyrning varierar. Exempelvis är NCC miljö- och kvalitetscertifierat enligt ISO standard, vilket innebär att det är relativt lätt att bedöma vilka förväntningar som kan ställas på hur bolaget kommer att behandla frågorna rörande kvalitet och miljö vid byggnationen av Kuggen. Merparten av anbudsgivarna har dock

inte denna certifiering. Därför är det inte heller rimligt att uppställa detta som ett kvalificeringskrav. Vid utvärderingen analyserade en expertgrupp anbudens miljö- och kvalitetsdelar, varvid beaktades i vad mån anbudsgivarnas system kan leda till ett gott resultat vid uppförande av Kuggen. Den aktuella byggnaden ingår i Chalmersfastigheters arbete för hållbar utveckling och bärkraftiga byggnader och ska därför genomsyras av hållbar utveckling i utformning och funktion. Med hänsyn till det omfattande miljöfokus som utförandet av byggnaden ska genomsyras av är anbudsgivarens system för kvalitetssäkring och miljöstyrning av betydelse vid bedömningen av om anbudet är ekonomiskt fördelaktigt eller inte.

Byggnaden ska uppföras som en Totalentreprenad i samverkan, vilket tydligt beskriver intentionen med upphandlingen, dvs. att samverkan ska ske mellan entreprenör och beställare för att skapa en så bra produkt som möjligt i en process som, med ersättningsformen löpande räkning, tillgodoser båda parter behov. Enligt Chalmersfastigheter är sådan förtroendefull samverkan mellan beställare och entreprenör av avgörande betydelse för byggnationen av Kuggen. Det är en självklarhet för Chalmersfastigheter att skillnaderna i de samverkansformer som anbudsgivarna erbjuder har betydelse för det affärsmässiga utfallet av entreprenaden. Samverkansidén är inte heller helt definierad, varför Chalmersfastigheter valde att ställa frågan till entreprenören genom förfrågningsunderlaget.

Vid utvärdering av kriteriet *D Anbudsgivarens projektorganisation och projektuppföljningssystem* beaktas bl.a. anbudsgivarens förslag till samverkansorganisation inkluderande egna roller i samverkan med beställaren, hur inköp av material, varor och underentreprenader ska genomföras och redovisas av entreprenören i nära samverkan med beställaren samt hur en fullständig öppen redovisning av projektets ekonomiska status sker via en för beställaren ständigt tillgänglig information på egen dator. Detta är särskilt av betydelse när entreprenaden utförs på löpande räkning. Syftet är

med andra ord inte att fastställa en anbudsgivares allmänna kompetens, utan det väsentliga är vad anbudsgivaren erbjuder för det specifika projektet.

Sidoanbud

I upphandlingen har medvetet valts att tillåta anbudsgivarna att inge sidoanbud för att dra nytta av de erfarenheter som anbudsgivarna besitter och på så sätt nå bästa möjliga resultat. Det har i förfrågningsunderlaget tydligt redogjorts för att sidoanbud ska bedömas oberoende av varandra och att sidoanbud kommer att värderas på samma sätt som huvudanbud, dvs. enligt kriterierna B–F. Att sidoanbud värderas separat får även anses gängse inom byggsektorn, vilket bekräftas av definitionen i Motiv AF AMA 98 där det bl.a. framgår att sidoanbud är en benämning som används för anbud på anbudsgivarens egna förutsättningar. I LOU används uttrycket alternativa utföranden för det man i byggsektorn av hävd kallar sidoanbud.

Av nämnda motiv kan utläsas att det normala förfarandet vid avgivande av sidoanbud är att de avviker från förfrågningsunderlaget och utgör ett eget anbud. Av detta följer att den upphandlande myndigheten även utvärderar huvud- respektive sidoanbud separat, eftersom anbuderna inte är jämförbara med varandra. Vidare bygger entreprenadformen ”samverkansentreprenad” på att ta tillvara entreprenörens egna erfarenheter och kreativitet, vilket var det huvudsakliga syftet med att uppmana till sidoanbud.

Chalmersfastigheter har i förfrågningsunderlaget tydligt angivit att sidoanbud ska presenteras så att jämförelse kan ske mot huvudanbud ur alla aspekter såsom exempelvis: pris, utförande, tidsåtgång, ekonomi och produktionsmetoder. De sidoanbud som Chalmersfastigheter erhållit, däribland NCCs, har också uppfyllt detta krav.

DOM

Vad gäller minimikraven har Chalmersfastigheter angivit i förfrågningsunderlaget att sidoanbud ska följa förfrågningsunderlagets krav avseende funktion. Där medges följaktligen inga avvikelser. För övriga krav gäller att avvikelser ska redovisas så att det framgår i vad mån kraven, exempelvis tekniska, ekonomiska och tidsmässiga frångås. Om en anbudsgivare följer de krav som ställs på sidoanbudet, dvs. minimikraven och presentationskravet, är det möjligt att jämföra ett sidoanbud såväl i förhållande till huvudanbud som i förhållande till övriga anbud. Detta är självfallet av yttersta vikt för Chalmersfastigheter, eftersom huvudanbudet och sidoanbudet utvärderas var för sig. Vad avser relationen mellan huvudanbud och sidoanbud framgår att dessa ska jämföras med varandra och utvärderas var för sig, dvs. som två olika anbud. Detta måste även allmänt sett framstå som ändamålsenligt eftersom avsikten i upphandlingen varit att få bästa möjliga anbud. Övriga anbudsgivare har inte i något avseende kritiserat förfrågningsunderlaget som otydligt i det principiella avseende som NCC framfört.

Peabs och Skanskas sidoanbud möjliggör visserligen en sänkning av byggnadens totalhöjd, men innebär inte att den exteriöra gestaltningen förändras, eftersom takfotshöjden bibehålls. Den i vinnande anbud föreslagna konstruktionen innebär att fasadhöjden bibehålls. Byggnadens funktion bibehålls helt i enlighet med förfrågningsunderlagets krav. Anbudena avviker därmed inte från ställda krav.

NCC har dragit en felaktig slutsats när bolaget anför att ett sidoanbud maximalt kan erhålla 10 poäng vid utvärderingen. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivares eventuella sidoanbud bedöms oberoende av varandra där maximalt 10 poäng utdelas till den eller de som kan erbjuda beställaren ett för projekt Kuggen – i förhållande till förfrågningsunderlagets krav och utförande – funktionellt, tekniskt, ekonomiskt och tidsmässigt

mervärde. I övrigt värderas ett sidoanbud efter övriga kriterier B–F. Det är Chalmersfastigheters uppfattning att förfrågningsunderlagets kriterier är transparenta med utvärderingen av sidoanbud.

På begäran av NCC har länsrätten den 9 mars 2009 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Länsrätten har den 23 april 2009 på Chalmersfastigheter begäran hållit muntlig förhandling, varvid vittnesförhör har hållits på NCCs begäran med Marcus Bramer och Lennart Ågren.

Marcus Bramer har uppgett bl.a. följande. NCC har utifrån förfrågningsunderlaget utgått från att sidoanbud endast utgjorde ett utvärderingskriterium, som kunde tilldelas högst 10 poäng, och inte var jämställt med huvudanbud. Ytterligare en anbudsgivare gav uttryck för denna uppfattning vid ett möte den 4 mars 2009. Mer kraft skulle ha lagts på sidoanbud om NCC uppfattat att detta skulle jämföras med huvudanbud. Byggnadens höjd och exteriör bedömdes som en definitiv förutsättning.

Lennart Ågren har i huvudsak uppgett att NCC bedömt att sidoanbud endast utgjorde ett utvärderingskriterium, som kunde tilldelas högst 10 poäng, och inte var att jämföras med huvudanbud.

Länsrätten har den 23 april 2009 i samband med den muntliga förhandlingen avslagit NCCs yrkande om editionsföreläggande.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 6 kap. 9 § LOU anges följande. Ska en upphandlande myndighet anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen ange om den godkänner anbud med alternativa utföranden. Om detta inte anges, är anbud med alternativa utföranden inte tillåtna.

En upphandlande myndighet som tillåter anbud med alternativa utföranden ska i förfrågningsunderlaget ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras.

Endast sådana anbud som uppfyller minimikraven får beaktas vid upphandlingen.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller

2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

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.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller i
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

Länsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

Länsrätten gör följande bedömning.

Justering och viktning av utvärderingskriterier

Att vid värderingen av kriterium *B Kvalitet och miljö* företag som är ISO-certifierade erhåller 5 poäng och att övriga företag kan erhålla maximalt 4 poäng, kan inte uppfattas på annat sätt än att företag som är delvis ISO-certifierat, likväl som företag som inte alls är ISO-certifierade, kan erhålla 4 poäng. NCCs invändning att utvärderingskriterierna har justerats därför att bedömningsgrunden ”delvis ISO-certifierad erhåller 4 poäng” inte framgår av förfrågningsunderlaget föranleder därför ingen åtgärd.

Enbart den omständigheten att begreppet “*processbildning*” använts i utvärderingsunderlaget innebär inte att utvärderingen har avvikit från vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Av handlingarna och inlämnad ut-

värderingsmall har inte annat framkommit än att det är den samverkansidé som anges under *C Anbudsgivarens samverkansidé* som har bedömts vid utvärderingen av respektive anbud.

NCC har även gjort gällande att *ytterligare viktning* gjorts, varvid underkriterierna viktats och givits olika värde vid utvärderingen, framför allt kriterierna B–E, och att detta förfarande inte framgår av förfrågningsunderlaget.

Avgörande i detta sammanhang är att den utvärderingsmodell som används ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Med viktning förstås att det inbördes förhållandet mellan utvärderingskriterierna anges. Inget hindrar dock att särskild vikt läggs vid olika underkriterier till ett angivet utvärderingskriterium, så länge detta inte medför en förändring av de utvärderingskriterier som fastställts i förfrågningsunderlaget (jfr EG-domstolens avgörande C-331/04 (ATI), punkt 32).

Chalmersfastigheter har i förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter under punkten AFB.52 angivit den totalpoäng samt viktning som tillmätts respektive utvärderingskriterium B–E. Vidare anges vid varje utvärderingskriterium de underkriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Det får därför anses känt för anbudsgivarna inom vilket intervall poängen skulle komma att fördelas. Att den upphandlande myndigheten fördelat redan känt antal poäng på de i förfrågningsunderlaget angivna bedömningsgrunderna/undergrupperna medför inte i sig en förändring av utvärderingskriterierna och att omständigheter som inte var kända vid anbudsgivningen tillkommit. Vad NCC anför utgör därför inte skäl för annan bedömning än att anbudsgivarna på ett tillfredsställande sätt kunnat utläsa och förstå hur ett konkurrenskraftigt och ändamålsenligt anbud ska

formuleras. Förfarandet kan därför inte anses stå i strid med kraven på förutsebarhet, transparens och likabehandling.

Otydliga utvärderingskriterier

Av förfrågningsunderlaget framgår att den upphandlande myndigheten via den valda entreprenadformen, Totalentreprenad, kommer att lägga ett helhetsåtagande på entreprenören samt att stora krav ställs på omfattande samverkan mellan beställare och entreprenör under hela avtalstiden. Vidare framgår att den samverkansidé som präglar hela upphandlingen inte är klart definierad, utan den upphandlande myndigheten uppmanar anbudsgivarna att utifrån egna erfarenheter komma med förslag för att stärka projektet. Det finns därmed inte en enskild lösning för hur uppdraget kan utföras utan olika lösningar kan i stället användas för att uppfylla de aktuella kraven. Det innebär att två helt olika lösningar kan bedömas vara lika bra och därför få samma betyg och även att det i förväg inte finns någon definitiv uppfattning om vilken lösning som är ekonomiskt mest fördelaktig eller som ska ges viss poäng. Av vad som framkommit i målet synes dock NCC, genom den information som i olika former lämnats, varit införstådd med syftet med den valda entreprenadformen och att detta ställt särskilda krav på anbudsgivarna i upphandlingsförfarandet.

NCC anför att utvärderingskriteriet ”samverkansidé” är svårt att mäta i ekonomiska termer. Med hänsyn till syftet med upphandlingen, som det beskrivits ovan, framstår det emellertid som ofrånkomligt att utvärderingskriterierna till någon del innefattar subjektiva bedömningar. Vidare synes samtliga de underkriterier som anges i förfrågningsunderlaget under utvärderingskriterium C respektive D vara kända för parterna. Annat framgår inte heller av den vid upphandlingen använda utvärderingsmallen än att det också är dessa kriterier som värderats i samband med utvärderingen av anbud. Informationen i förfrågningsunderlaget får därför anses vara till-

räcklig för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Chalmersfastigheter kan därför inte anses ha tillämpat en så godtycklig bedömning att den åsidosatt reglerna i LOU.

Otillåtna utvärderingskriterier

NCC anför att Chalmersfastigheter har tillämpat otillåtna utvärderingskriterier, eftersom bolaget har tillämpat sådana kriterier som huvudsakligen avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och som beaktar anbudsgivarnas erfarenheter (kvalificeringsfasen) och inte avser föremålet för kontraktet (utvärderingsfasen). NCC hänvisar till bl.a. EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 (Lianakis), Kammarrättens i Stockholm dom den 19 december 2008, mål nr 5512-08, och Kammarrättens i Sundsvall dom den 13 februari 2009, mål nr 3478-08.

Chalmersfastigheter, som å sin sida hänvisar till Kammarrättens i Göteborgs dom den 3 februari 2009, mål nr 7332-08, anför i huvudsak att anbudsvärderingen, som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har haft som mål att finna en entreprenör som ska vara en produktionsteknisk partner med förmåga att se det gemensamma målet.

EG-domstolen fastställde redan i mål C-31/87 (Beentjes) att urvalet av leverantörer (kvalificeringsfasen) och bedömningen av anbuden (utvärderingsfasen) utgör två olika delar av den offentliga upphandlingsprocessen. Kvalificeringsfasen syftar till att välja ut de leverantörer som kan utföra uppdraget, medan utvärderingsfasen syftar till att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av 12 kap. 1 § andra stycket följer att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska den upphandlande myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet. Av Beentjes följer också att den upphand-

lande myndigheten kan välja ut de kriterier som den vill lägga till grund för utvärderingen, under förutsättning att det är kriterier som är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Härvid kan även konstateras att Lianakisdomen inte innebär något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen, så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Som ovan konstaterats bygger ifrågavarande upphandling på en omfattande samverkan mellan beställare och entreprenör under hela avtalstiden och att den samverkansidé som präglar hela upphandlingen inte är klart definierad, utan att anbudsgivarna utifrån egna erfarenheter ska komma med förslag för att stärka projektet. Mot denna bakgrund anges i AFB.31, *C Anbudsgivarens samverkansidé* och *D Anbudsgivarens projektorganisation och projektuppföljningssystem*, att anbudsgivaren utifrån förfrågningsunderlaget ska beskriva/redovisa hur företaget vill samverka med beställaren mot i förfrågningsunderlaget särskilt angivna mål och roller. Under AFB.52 redogörs för bl.a. de utvärderingskriterier med tillhörande underkriterier, vilka utgjort grund för utvärderingen avseende kriterierna C och D.

Mot denna bakgrund är aktuella utvärderingskriterier med underkriterier enligt förfrågningsunderlaget, som avser bedömning av den samverkansform och de uppföljningssystem m.m. som en leverantör kan erbjuda, så knutna till det uppdrag som upphandlingen avser att de får anses ta sikte på funktioner avseende föremålet för kontraktet. Detta får också anses gälla utvärderingskriterium *B Kvalitet och miljö*, då det av förfrågningsunderlaget framgår att miljöhänsyn är en betydelsefull del av projekt Kuggen. Vad NCC anför utgör inte skäl för att anse att ifrågavarande kriterier till så stor del avser anbudsgivarnas allmänna förmåga och kapacitet att de inte är av relevans vid bedömningen och identifieringen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen.

Någon sammanblandning av kriterier för kvalificeringsfasen respektive utvärderingsfasen kan därför inte anses ha skett, varför anbudsutvärderingen inte kan sägas stå i strid med gällande bestämmelser eller grundläggande upphandlingsprinciper enligt LOU eller EG-rättsliga principer för offentlig upphandling.

Sidoanbud

Av 6 kap. 9 § LOU framgår att en upphandlande myndighet i annonsen om upphandlingen ska ange om den godkänner anbud med *alternativa utföranden*. I förfrågningsunderlaget ska anges vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras.

NCC har gjort gällande att det av förfrågningsunderlaget inte framgår att *sidoanbud kan utvärderas som ett självständigt anbud*, och därmed jämföras med huvudanbud, utan endast att det utgjort ett utvärderingskriterium vid värderingen av huvudanbud. NCC har därutöver anfört att *poängsättningen avseende sidoanbud* och dess förhållande till huvudanbud är oklart angiven i förfrågningsunderlaget, och att det inte framgår att sidoanbud kunde ges 100 poäng och huvudanbud 90 poäng.

I förfrågningsunderlaget anges att alternativa utföranden, dvs. sidoanbud, medges om de uppfyller följande krav. *Minikrav* är att sidoanbud ska följa förfrågningsunderlagets krav avseende funktion; vid avvikelser mot krav ska det framgå på vilket sätt. Sidoanbud ska *presenteras* så att jämförelse kan ske mot huvudanbud ur alla aspekter såsom exempelvis: pris, utförande, tidsåtgång, ekonomi och produktionsmetoder. I förfrågningsunderlaget anges vidare att anbudsgivares eventuella sidoanbud bedöms oberoende av varandra. Maximalt 10 poäng utdelas till den eller de som kan erbjuda

beställaren ett för projekt Kuggen – i förhållande till förfrågningsunderlagets krav och utförande – funktionellt, tekniskt, ekonomiskt och tidsmässigt mervärde. I övrigt värderas ett sidoanbud efter övriga kriterier B–F. Vidare anges att vid maximal utdelning kan anbudsgivare som mest erhålla 100 poäng för ett anbud.

Genom angivandet av att sidoanbud medges, förutsatt att de uppfyller angivna minimikrav och presentationskrav i förfrågningsunderlaget, får Chalmersfastigheter anses ha uppfyllt de krav som gör att vid anbudsutvärderingen hänsyn kan tas också till sidoanbud och att dessa kan jämföras med huvudanbud. Av AFB.52 framgår inte heller annat än att värderingsgrunderna vid anbudsprövningen avser samtliga anbud och inte enbart huvudanbud. Att sidoanbud värderas separat följer såvitt framgår även av etablerad branschpraxis.

Även om poängsättningen i förfrågningsunderlaget vad gäller sidoanbud kunde ha gjorts tydligare får ändå anses framgå av förfrågningsunderlaget att sidoanbud skulle komma att värderas utifrån samma grunder och på liknande sätt som huvudanbud vad gäller kriterierna B–F, undantaget kriterium E. Värderingen får därför anses hålla sig inom ramen för förfrågningsunderlaget. Detta måste anses vara tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt sidoanbud. Alla sidoanbud har, såvitt framkommit, också varit fullt ut jämförbara med huvudanbud.

Slutligen har NCC gjort gällande att Peabs och Skanskas *sidoanbud avviker från uppställda krav* avseende exteriör, eftersom byggnadens höjd har minskats med cirka 1 meter i sidoanbuden, och att avvikelser endast får ske från förfrågningsunderlagets krav på funktion. Chalmersfastigheter å sin sida anför att exteriören inte förändras enligt ifrågavarande sidoanbud,

eftersom den yttre takfotshöjden bibehålls, och att kraven på funktion därför bibehålls helt i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Enligt länsrättens mening kan i förfrågningsunderlaget uppställda minimi-krav inte tolkas på annat sätt än att sidoanbud ska uppfylla krav på funktion i alla avseenden, och att det för övriga uppräknade krav ska anges på vilket sätt sidoanbudet avviker från i förfrågningsunderlaget ställda krav. Även om en sänkning sker av takhöjden i byggnadens inre delar, framgår inte annat än att de krav som förfrågningsunderlaget uttrycker avseende funktion uppfylls och att sänkningen görs till följd av en föreslagen teknisk lösning. Med hänsyn härtill kan vinnande anbud inte anses strida mot förfrågningsunderlagets krav på funktion.

Sammanfattningsvis anser länsrätten att NCC inte har visat att upphandlingen har sådana brister som avses i LOU att bolaget härigenom lidit skada eller kan komma att lida. NCCs ansökan bör därför avslås.

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



Lars Dahlström

/hj



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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