

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-11-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19278-08
Rotel 224

SÖKANDE

Blidö Entreprenad AB, 556673-6376
Box 25
762 21 Rimbo

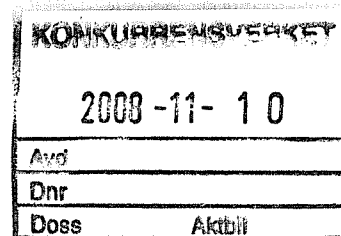
Ombud: Advokat Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

Norrtälje kommun
Box 800
761 28 Norrtälje

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens intermistiska beslut den 26 september 2008 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 369530

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Norrtälje kommun (kommunen) har inbjudit leverantörer att lämna anbud i anledning av upphandling avseende totalentreprenad för utbyggnaden av Salmunge avfallsanläggning (KS07-1202 455). Bland de leverantörer som har lämnat anbud finns Blidö Entreprenad AB (BEAB).

I tilldelningsbeslut den 16 september 2008 har meddelats att annan leverantör än BEAB har antagits som leverantör i ifrågavarande upphandling.

YRKANDEN M. M.

BEAB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske på det sätt att *BEAB*:s anbud inte belastas med kostnader för reservationer. I andra hand yrkas att *BEAB* bereds tillfälle att själv prissätta det som kommunen uppfattat som reservationer. Därutöver yrkas att rättelse ska ske på sådant sätt att "referenser" inte beaktas vid utvärderingen av anbud. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Reservationer

Grunden för att *BEAB*:s anbud inte ska belastas med kostnader för reservationer är att anbudet inte innehöll några egentliga reservationer gentemot förfrågningsunderlaget. Grunden för att *BEAB* ska beredas tillfälle att själv prissätta det som kommunen uppfattat som reservationer är att anbud ska prissättas av anbudsgivarna och inte av den upphandlande myndigheten.

Vid förenklat förfarande är det tillåtet med förhandlingar varför givetvis anbudsgivarna själva borde beretts tillfälle att prissätta eventuella reservationer. Endast anbudsgivaren kan själv prissätta sitt anbud. Beställarens "prissättning" blir inget annat än en gissning vad reservationerna kan kosta. En anbudsutvärdering kan givetvis inte heller avse "priser" som inte är bin-

dande för anbudsgivarna. Även av den anledningen borde anbudsgivarna själva fått prissätta sina reservationer.

Kommunen har uppskattat "priset" för de reservationer som kommunen uppfattat i BEAB:s anbud till hela 1 150 000 kr och det kan noteras att om den sammanlagda "prissättningen" endast vore 330 000 kr lägre skulle BEAB ha tilldelats entreprenaden. Kommunens värdering av bl. a. "reservationerna", pålning till 100 000 kr, sprängning till 185 000 kr och masstransport utanför området till 336 000 kr är inga reservationer från BEAB:s sida.

Referenser

Grunden för att referenser inte ska beaktas vid utvärderingen av anbuden är att de utgör ett kvalificeringskriterium och därav ska inte beaktas i utvärderingsfasen.

Vid utvärdering av anbuden har kommunen även vägt in referenser som lämnats av anbudsgivarna. Referenserna har tagit sikte på anbudsgivarna som företag och inte på anbudet, till exempel genom att avse den anbudspecifika organisationen. Istället har det gällt anbudsgivarens allmänna förmåga avseende upprätthållandet av tekniska krav och förmåga att uppnå önskad kvalitet på det färdiga arbetet. Eftersom det är fråga om en bedömning av anbudsgivaren och inte av anbudet är denna utvärdering rätteligen att hänföra till kvalificeringsfasen. Vid utvärderingen av anbuden i utvärderingsfasen ska bedömningen endast avse vilket som är det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. EG-domstolen har i ett flertal fall bl.a. i mål C-31/87 fastslagit att kvalificering av leverantörer och utvärdering av anbud inte får sammanblandas vilket även bekräftas genom EG-domstolen dom i mål C-532/06.

Kommunen bestrider BEAB:s yrkanden och anför i huvudsak följande.

Reservationer

Anbudsförfrågan har upprättats på ett för branschen normalt sätt, med målsättningen att genom upphandlingen kunna välja ut det för kommunen sammantaget "ekonomiskt mest fördelaktiga" anbudet (AFB. 52). För att inkomna anbud ska kunna likställas har i förfrågan klargjorts att beställaren efterfrågar anbud med: "Fast pris utan index som skall utgöra ersättning för anbudsgivarens samtliga prestationer, angiven i SEK exklusive mervärdesskatt." (AFB 31.2.a).

För den händelse entreprenören inte vill eller kan lämna ett helt fast pris har kommunen angett att icke prissatta reservationer kommer att prissättas av kommunen (AFB.5). För att undvika behov av reservationer har anbudsgivarna ålagts att vid oklarheter ställa frågor samt att besöka platsen (AFB.23). Några förfrågningar har inte inkommit från BEAB till beställaren. Trots denna tydlighet i kraven på anbudsgivaren från beställarens sida har BEAB istället valt att under rubriken "reservationer" ange åtta arbetsmoment som inte ingår i lämnat pris. Att BEAB:s anbud inte skulle belastas med kostnader framstår för kommunen som både ologiskt och orimligt då BEAB har placerat ett antal arbetsmoment under rubriken reservationer i anbudet kan detta av kommunen inte tolkas på annat sätt än just som reservationer. Att man i detta läge ska beredas tillfälle att själv prissätta sina reservationer är helt felaktigt. Det kan inte vara möjligt att entreprenören i efterhand, när anbudet inte visat sig vara attraktivt för beställaren och övriga anbudsgivares priser är kända, får tillfälle att ändra prisbilden.

Referenser

I förfrågningsunderlaget AFB. 52 framgår värderingsgrunderna för prövning av anbuderna (erbjudet fast pris och referenser/erfarenhet av liknande objekt). BEAB har angivet två referenser som utvärderats enligt presenterad mall i förfrågningsunderlaget.

Att kräva referenser för relevanta uppdrag kan närmast betraktas som praxis vid upphandling av totalentreprenader. Kommunen har i förfrågan tydligt klargjort hur referenserna kommer att värderas och poängsättas, för att undvika subjektiva omdömen från beställarens egen sida beträffande anbudsgivarna. Detta förfarande bör på ett acceptabelt sätt möjliggöra att likställa anbuden beträffande erfarenhet av liknande objekt. De frågor som ställs till de av anbudsgivaren angivna referenserna är högst väsentliga för kommunens bedömning av vilket anbud som är det ur kommunens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga.

Frågorna avser entreprenörens förmåga att kommunicera med beställaren, arbetsleda, hålla överenskommen tidplan, upprätthålla tekniska krav i entreprenaden, hålla avtalade priser, sköta rättelser och påpekande av fel och den totala kvaliteten på det färdiga arbetet.

BEAB tycks, trots att man själv inte lämnat ett rent anbud och trots att i förfrågan tydligt angetts att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas (AFB.52), hävda att beställaren i sin utvärdering enbart ska ta hänsyn till lägsta erbjudna pris. Bedömningen av vad som är mest fördelaktiga anbudet måste göras av beställaren, enligt i förfrågan uppställda kriterier.

BEAB har i genmäle vidhållit sin talan med bl.a. följande tillägg. Enligt AFB. 31 punkten 1b, skulle anbud innehålla metodbeskrivningar, typritningar m.m. Vinnande anbud synes dock inte innehålla vare sig metodbeskrivningar eller typritningar. Anbudet skulle därför rätteligen ha förkastats.

Kommunen har i genmäle vidhållit sin talan med bl.a. följande tillägg. BEAB har ifrågasatt om vinnande anbud innehåller erforderliga uppgifter enligt AFB. 31. Enligt punkt 1b) i anbudsförfrågan ska anbud bl.a. innehålla: "Tekniska data, metodbeskrivningar, typritningar, fabrikat för offererade

material etc. i *den utsträckning som efterfrågas i förfrågningsunderlaget* eller erfordras för en allsidig bedömning av anbudet.” Innebörden av detta är att om beställaren begär specifika tekniska data m.m. ska dessa i så fall ingå i anbudet. I detta fall har det inte varit aktuellt att begära sådan specificerad dokumentation. Beställaren har gjort bedömningen att anbudet från vinnande anbudsgivare innehåller de uppgifter som erfordrats för en allsidig bedömning av anbudet.

Fredrik Pettersson, BEAB, intygar utifrån förfrågningsunderlaget och besök på plats att det inte kommer att krävas någon ytterligare geoteknisk undersökning, pålning, sprängning (och därmed förknippade arbeten) eller sanering av förorenade massor i entreprenaden.

Länsrätten har den 26 september 2008 förordnat med stöd av 16 kap. 2 § andra stycket LOU att kommunen tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

DOMSKÄL

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 skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bl .a. följande. I punkt AFB.11 framgår att det är ett förenklat upphandlingsförfarande och att anbud kan komma att

antas utan föregående förhandling och enligt AFB. 12 är det en totalentreprenad enligt ABT 94.

Enligt punkt AFB.5 kommer icke prissatta reservationer att prissättas av beställaren vid anbudsprövningen. Av AFB.51 framgår kriterierna för prövning av anbudsgivare och av AFB.52 anges värderingsgrunderna vid prövning av anbud. I utvärderingsfasen kommer prövning att ske enligt principen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” samt enligt bilaga 1 (viktade kriterier och definierad poängsättning) till förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget (appendix 1) framgår de frågor som kommer att ställas till uppgivna referenser och poängsättning av dem.

Länsrätten gör följande bedömning.

Ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat, och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas, att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell skall i sin tur vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör dock att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade ändå får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Den upphandlande enheten bestämmer vidare själv vilka kriterier som skall vara avgörande i upphandlingen och enheten har stor frihet att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av förfrågningsunderlaget i målet framgår att kommunen kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med beaktande av följande rangordnade och viktade kri-

terier: 1. fast pris utan index 80 %, 2. referenser, erfarenhet av liknande objekt 20 %. De olika kriterierna ges poäng enligt beskrivning i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget.

Kommunen har i sitt förfrågningsunderlag angett att icke prissatta reservationer kommer att prissättas av beställaren vid anbudsprövningen. BEAB har i sitt anbud under rubriken reservationer angett åtta arbetsmoment. Länsrätten finner att vid tidpunkten för utformningen av anbudet kände BEAB till vad kommunen begärde och mot vilka kriterier deras anbud kommer att utvärderas och vilken viktning som skulle ske.

Krav på leverantörerna tillhör typiskt sett själva kvalificeringsfasen och kriterier för tilldelning av kontrakt som tillhör anbudsutvärderingen är typiskt sett produktorienterade. EG-domstolens dom i mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna leder dock inte slutsatsen att ett och samma kriterium inte kan tillämpas både vid kvalificeringen och anbudsutvärderingen. I mål C-532/06 har domstolen konstaterat att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning.

I det i förevarande mål aktuella förfrågningsunderlaget är emellertid fråga om ”referenser, erfarenhet av liknande projekt”. Länsrätten anser att sådana referenser kan ge relevant information för bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga och därför är det möjligt att låta referenser av detta slag utgöra ett tilldelningskriterium.

Länsrätten finner sammanfattningsvis att vad Blidö Entreprenad AB anfört och åberopat inte visar att Norrtälje kommun genomfört upphandlingen i strid mot principerna i LOU eller gemenskapsrätten som medfört att Blidö

Entreprenad AB lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om över-
prövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1a)



Leif Nilsson

Rådman

Föredragande har varit Josephine Boswell.



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.