



LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN

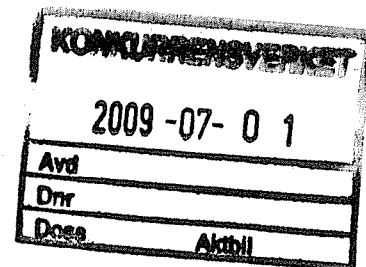
DOM
2009-06-26
Meddelad i
Falun

Mål nr
1227-09 E
Rotel 4

SÖKANDE

Sundsvalls Värme & Sanitet AB, 556196-4312
Box 777
851 22 Sundsvall

Ombud: Advokat Erik von Ahn
Advokaterna von Ahn AB
Herrgårdsvägen 6
915 32 Robertsfors



MOTPART

Banverket
781 85 Borlänge

Ombud: Jur.kand. Andreas Lindström
c/o Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 4
211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

YRKANDEN M.M.

Banverket genomför genom förenklat förfarande en upphandling avseende *utförandeentreprenad avseende om och tillbyggnad av Ånge driftledningscentral*. I meddelande om tilldelningsbeslut den 17 april 2009 har NVS tilldelats uppdraget till den del den avser *rörentreprenad (F09-641/IN70)*.

Sedan Sundsvalls Värme & Sanitet AB begärt överprövning av beslutet har länsrätten den 27 april 2009 beslutat att upphandlingen av *utförandeentreprenad avseende om och tillbyggnad av Ånge driftledningscentral, till den del den avser rörentreprenad (F09-641/IN70)* inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Sundsvalls Värme & Sanitet AB (nedan SVS) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän Banverket vidtagit rättelse och förkastat NVS anbud och därefter företagit förnyad

Dok.Id 64056

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

anbudsutvärdering. I andra hand yrkar SVS att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför SVS i huvudsak följande. Banverket ska enligt upphandlingsförutsättningarna tilldela kontraktet till den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, enligt vad som följer av bestämmelserna i 12 kap 1 § LUF. Tilldelningsprövningen ska ske enligt den s.k. mervärdesmetoden och under beaktande av

- a) Anbudssumman;
- b) Genomförandebeskrivning med maximalt mervärde om 200 000 kr samt
- c) Kompetens och erfarenhet enligt punkt 13 och 14 i UFB.31 med maximalt mervärde om 200 000 kr, se UBF.52, Rörentreprenad.

Av UFB.31 framgår närmare bestämmelser för anbudets form och innehåll samt att det därav ska framgå kommersiella uppgifter enligt pp 1 – 10 och att administrativa och tekniska uppgifter enligt pp 10 – 16. Vid den efterföljande anbudsutvärderingen/tilldelningsprövningen framgår att Banverket har beaktat redovisad ”Kompetens och erfarenhet enligt punkt 15 och 16 i UFB.31”. Banverket har vid tilldelningsprövningen beaktat andra omständigheter än de som angivits i förfrågningsunderlaget. De omständigheter under UFB.31 pp 15 och 16 som Banverket har utvärderat förklaras inte på något sätt i förfrågningsunderlaget. Det kan således inte utläsas hur dessa kriterier ska tillmätas betydelse och vad som ger högre, respektive lägre mervärde vid utvärderingen. Dessa kriterier är, om de i förfrågningsunderlaget hade angivits som tilldelningskriterier, av sådan beskaffenhet, att upphandlingen under sådana förhållanden skulle strida mot principen om transparens och därmed mot bestämmelsen i 1 kap. 24 § LUF. SVS hade lämnat lägst anbudspris. SVS har lidit eller kan komma att lida skada genom att Banverket har brutit mot LUF.

Banverket bestrider bifall till SVS ansökan om överprövning. Banverket anför till stöd för sin talan bl.a. följande. SVS, har som det får förstås, gjort gällande att Banverket vid den egentliga anbudsutvärderingen beaktat andra omständigheter än dem som angivits i förfrågningsunderlaget. Vad

SVS syftar på är att det i punkten UFB.52 som utvärderingskriterium angetts ”Kompetens och erfarenhet enligt UFB.31 punkt 13 och 14” medan det av tilldelningsbeslutet framgår att kompetens och erfarenhet utvärderats enligt UFB.31 punkt 15 och 16. Det är naturligtvis fråga om ett uppenbart skrivfel eftersom UFB.31 punkt 13 anger att anbudsgivarna ska inge Skatteverkets blankett 4820 som intyg att man betalt skatt och punkt 14 anger att anbudsgivarna ska lämna uppgifter om sin ekonomiska och finansiella ställning. Det måste även för SVS ha stått fullständigt klart att de uppgifter som skulle utvärderas var de uppgifter som skulle inges enligt UFB.31 punkt 15 och punkt 16. Dessa punkter var i en första version av förfrågningsunderlaget angivna som punkt 13 och 14, men blev slutligen punkt 15 och 16 efter det att ytterligare två punkter lagts till. Skrivfelet i UFB.52 har alltså kommit till efter redigering av UFB.31. SVS har inte drabbats av skrivfelet genom att efterfrågad information inte getts in. På grund av detta ska SVS talan lämnas utan bifall. I samband med anbudsutvärderingen fick den vinnande anbudsgivaren liksom SVS möjlighet att närmare presentera sina anbud och sin tekniska förmåga vid en anbuds- genomgång. Vid dessa förtydligades att den vinnande anbudsgivaren kunde utföra arbetet helt utan driftstopp, medan SVS förklarade sig endast kunna utföra uppdraget med ett icke oväsentligt driftstopp på flera timmar. Enligt Banverkets mening är det självklart att den som kan utföra uppdraget utan driftstopp måste anses mera kompetent än den som inte klarar av att utföra uppdraget utan sådant avbrott. Mot bakgrund av den skillnad i teknisk förmåga och kompetens som anbudsgivarna förklarat sig ha beträffande uppdragets utförande tilldelades den vinnande anbudsgivaren två poäng för aktuellt kriterium, medan SVS tilldelades en poäng. Såväl det vinnande anbudet som SVS har därmed tilldelats ett mervärde i form av avdrag på respektive anbudssumma. Utvärderingen och poängsättningen enligt kompetenskriteriet ”kompetens och erfarenhet” har skett på ett fullt transparent sätt, varvid alla anbudsgivare har behandlats lika.

SVS anför i genmäle den 13 maj 2009 bl.a. följande. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att pp 13 och 14, till vilka hänvisningen uttryckligen

sker, rätteligen ska vara pp 15 och 16. Upphandlingen strider härigenom mot den gemenskapsrättsliga principen om transparens och därmed mot bestämmelserna i 1 kap. 24 § LUF. Eftersom bristen är hänförlig till upphandlingsförutsättningarna ska upphandlingen göras om. Kvalificeringsprövningen enligt bestämmelserna i 15 kap. 13 och 15 § § LUF och anbudsvärderingen enligt 15 kap. 16 § LUF utgör skilda upphandlingsmoment som styrs av sinsemellan olika regelverk. Enligt vad som uttryckligen anges i UFB.5 ska anbudsvärderingen ske i två steg. I ett första steg prövas om anbudsgivare uppfyller de krav som ställs för att anbudet ska tas upp till prövning. I nästa steg prövas anbudet utifrån de värderingsgrunder som ställts upp. Kvalificeringsprövningen avser anbudssökandenas finansiella och ekonomiska styrka samt teknisk förmåga och kapacitet för att kunna fullgöra föremålet för upphandlingen. Först därefter, när det efter genomförd kvalificeringsprövning står klart vilka leverantörer som har bedömts uppfylla ställda krav, prövar den upphandlande enheten anbudet i förhållande till uppställda tilldelningskriterier. Någon ytterligare prövning avseende anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet för att utföra det aktuella uppdraget får enligt vad som framgår av fast praxis från bl.a. EG-domstolen inte ske i samband med utvärderingen av lämnade anbud. Av dessa skäl får tilldelningsprövningen inte ske med beaktande av krav eller kriterier som hör hemma i den tidigare kvalificeringsfasen. Frågan om otillåten sammanblandning av kvalificerings- och tilldelningskriterier har upprepade gånger varit föremål för bedömning av EG-domstolen bl.a. i målet C-532/06, *Lianakis m.fl.*. Sammanblandning av kvalificeringskriterier med tilldelningskriterier får således inte komma ifråga vid den avslutande förhandlings- och värderingsfasen i en upphandling. I denna fas ska anbudens pris jämföras enbart med sådana tilldelningskriterier som inte utgör kvalificeringskriterier. De kriterier som hänvisas till i UFB.52 är inte tillåtna som tilldelningskriterier, eftersom de är identiska med de kvalificeringskriterier som finns i UFB.51. Upphandlingen strider härigenom mot de grundläggande principer enligt vilka all offentlig anskaffning ska ske och som bär upp EG-direktiven om offentlig upphandling och LUF. I upphandlingen har förhandling ägt rum. Enligt vad som följer av bestämmelsen i 15

kap. 18 § LUF ska den upphandlande enheten anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Enligt Banverket har protokoll från anbudsgenomgång med SVS inte upprättats. I tilldelningsbeslutet anmärker Banverket att anbudsgivare nr 5, NVS som tilldelats uppdraget, utför omkopplingen helt utan avbrott för driften. SVS gör gällande att denna anmärkning inte är särskiljande mellan SVS anbud och det vinnande anbudet, eftersom SVS har lämnat samma utfästelse, dels framgår det av förfrågningsunderlaget att omkoppling ska ske utan avbrott för driften. Det är inte tillåtet att tillmäta ett ska-krav betydelse vid valet av bästa anbud. Det kan inte heller utläsas av förfrågningsunderlaget att i anmärkningen angivna ska-krav skulle komma att läggas till grund för valet av bästa anbud. Upphandlingen strider till följd härav mot transparensprincipen och mot likabehandlingsprincipen.

Banverket anför i genmäle den 19 maj 2009 bl.a. följande. Banverket vidhåller att den felaktiga hänvisningen i UFB.52 till UFB.31 punkterna 13 och 14 istället för UFB.31 punkterna 15 och 16 är uppenbara på sätt tidigare utvecklats. Felet har dessutom inte haft någon betydelse för anbudsgivarna vid deras upprättande av anbud. SVS påstår att förhandling har ägt rum under upphandlingen. SVS förefaller dock blanda ihop de anbudsgenomgångar som Banverket genomfört med SVS respektive den vinnande anbudsgivaren med exempelvis sådana förhandlingar som äger rum vid ett förenklat förfarande. En anbudsgenomgång är ingen förhandling utan ett tillfälle där anbudsgivarna bereds möjlighet att närmare presentera och förtydliga sitt anbud. Det är till skillnad från en förhandling inte möjligt att diskutera några tillägg eller ändringar av anbuden vid en anbudsgenomgång. Det föreligger ingen generell skyldighet för en upphandlande myndighet att upprätta protokoll vid en anbudsgenomgång. Däremot förs vanligtvis minnesanteckningar som i det närmaste har karaktären av internt arbetsmaterial. I förevarande fall har Banverket utifrån dessa färdigställt ett protokoll efter anbudsgenomgången med den vinnande anbudsgivaren. Banverket delar SVS uppfattning att kvalificeringsfasen och den egentliga utvärderingen inte får sammanblandas och att det är fråga om två olika

moment som omfattas av olika bestämmelser. Banverket bestrider dock att någon sådan sammanblandning ägt rum i förevarande fall. På sätt som framgår av det av SVS åberopade rättsfallet är det under utvärderingsfasen tillåtet att beakta alla slags tilldelningskriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Däremot får kriterier som huvudsakligen avser bedömning av anbudsgivarnas förmåga och kapacitet att genomföra kontraktet inte användas som tilldelningskriterier, utan endast som kvalifikationskriterier. Ett kvalifikationskriterium avser således frågan om anbudsgivaren överhuvudtaget kan utföra uppdraget, medan ett tilldelningskriterium avser frågan om hur väl anbudsgivaren kan utföra uppdraget. I förevarande fall har Banverket vid utvärderingen av kompetenskriteriet beaktat anbudsgivarnas erbjudna tillvägagångssätt för att genomföra omkopplingen av kylinstallation, d.v.s. hur väl anbudsgivarna kan utföra uppdraget. Skillnaden mellan anbudsgivarnas poäng för detta kriterium beror på den lösning som anbudsgivarna valt för att utföra flytten och om detta klaras av utan avbrott. I övriga delar har samtliga anbudsgivare bedömts lika. Banverket anser att den som klarar att utföra uppdraget utan avbrott är mer kompetent än den som förutsätter ett driftsavbrott. Det torde också stå klart att ett genomförande utan avbrott är ekonomiskt mer fördelaktigt än motsatsen. Den vinnande anbudsgivaren har förklarat sig kunna genomföra omkopplingen helt med befintlig utrustning. SVS har förklarat sig kunna utföra omkopplingen med hjälp av en extra kylcontainer och med ett inte obetydligt avbrott på 8 timmar. SVS påstår visserligen i sin senaste inlägga att SVS lämnat en utfästelse om att utföra uppdraget helt utan avbrott. Det obestyrkta påståendet tillbakavisas. Enligt SVS ska punkten BEB.5 anses utgöra ett ska-krav. Enligt Banverkets bedömning kan dock den aktuella skrivningen i punkten BEB.5 inte anses uppställa ett så tydligt krav på att omkopplingen ska ske helt utan driftsavbrott att den aktuella punkten utvärderas som ett ska-krav. Däremot är det Banverkets uppfattning att det utifrån uppdragsbeskrivningen är möjligt att utvärdera om en anbudsgivare kan utföra uppdraget bättre eller sämre, det vill säga med kortare eller längre avbrott. Det är då fråga om en sådan kvalitativ aspekt på uppdraget som kan utgöra ett tilldelningskriterium. Om länsrät-

ten inte skulle dela Banverkets uppfattning innebär det att formuleringen i BEB.5 ska anses utgöra ett ska-krav. Eftersom SVS förklarat sig inte kunna utföra uppdraget utan avbrott uppfyller SVS därmed inte detta ska-krav. Det medför i sin tur att SVS rätteligen borde ha diskvalificerats, varför SVS inte kan anses ha lidit någon relevant skada. Det är sällan görligt att utforma ett förfrågningsunderlag helt optimalt och det kommer alltid i efterhand att vara möjligt finna utrymme för förtydliganden i alla förfrågningsunderlag. Den relevanta frågan är dock om förfrågningsunderlaget varit tillräckligt förutsebart så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

SVS har i yttrande den 26 maj 2009 tillagt bl.a. följande. I en bilaga till förfrågningsunderlaget, **Entreprenadkontrakt, EK, § 5.1 Vite, ersättning och skadestånd** framgår förutsättningarna för vite bl.a. vid försening. I upphandlingsförutsättningarna anges inte någon övre gräns för utgående viten. NVS har i sitt anbud under AFC.511 Vite vid försening gjort följande förbehåll.

Vite vid försening utgår med 0,5 % av kontraktssumman för varje påbörjad vecka varmed kontraktstiden överskrids.

Maximerat vite till 5 % av kontraktssumman inkluderande eventuella delviten.

Innebörden i detta förbehåll är att NVS i sitt anbud avstår från att ikläda sig det fulla vitesansvaret som följer av upphandlingsförutsättningarna. Reservationen, som innebär ett tak för affärsrisken, är till sitt innehåll prispåverkande, eftersom NVS därigenom i förhållande till upphandlingsförutsättningarna och i förhållande till övriga anbudsgivare minskat sin ekonomiska risk och därmed berett sig konkurrensfördelar på ett sätt som verkar diskriminerande gentemot övriga anbudsgivare. NVS anbud strider till följd av förbehållet mot upphandlingsförutsättningarna och ska förkastas vid kvalificeringsprövningen. SVS gör gällande att det anbud som SVS lämnat är det i förhållande till upphandlingsförutsättningarna ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. SVS bestrider Banverkets påstående att skrivfelet inte har någon betydelse för anbudsgivarna. Under alla förhållanden kan det av förfrågningsunderlaget inte på något sätt utläsas hur värderingskrite-

rierna under pp 13 och 14 eller av kriterierna under pp 15 och 16 ska gå till. Oklarheten är sådan att upphandlingen inte har genomförts på ett transparent sätt. Av protokollet från anbudsgenomgången med NVS den 1 april 2009 framgår att NVS har gjort eftergifter i förhållande till det lämnade anbudet, vilket tveklöst är att bedöma som ett förhandlingsresultat. Det förhållandet att Banverket endast förhandlat med en leverantör är ett brott mot LUF. Det är sedan korrekt att anbudsgivarnas kvalifikationer kan prövas parallellt med utvärderingen av anbuden, men tilldelningskriterier och utvärderingskriterier får inte vara identiska. Ett ska-krav är till sin natur sådant att det endera kan vara uppfyllt eller inte uppfyllt. Om ett anbud inte uppfyller samtliga ställda ska-krav får det inte utvärderas. Enligt Banverket har kompetenskriteriet beaktats på så sätt att erbjudna tillvägagångssätt för genomförandet av omkopplingen av kylinstallationen har värderats mot varandra och poängsatts därefter. Detta påstående saknar helt stöd i förfrågningsunderlaget, se p UFB.51. Det kan inte på något sätt utläsas av förfrågningsunderlaget att ett genomförande utan driftsavbrott ska poängsättas och utvärderas. Påståendet saknar stöd i upphandlingsföreskrifterna och bestrids. Banverket påstår att SVS har lämnat ett orent anbud på så sätt att de inte kan genomföra arbetet utan avbrott i driften. Påståendet om att SVS inte skulle kunna genomföra uppdraget utan avbrott är oriktigt och bestrids.

Banverket har i yttrande den 1 juni 2009 bl.a. tillagt följande. SVS har till grund för sin numera i första hand framställda grund gjort gällande att det vinnande anbudet innehåller en otillåten reservation. På sätt framgår av protokollet från anbudsgenomgången med den vinnande anbudsgivaren har dock förtydligats att den skrivning som SVS anmärkt mot "*utgår och vite enligt förfrågningsunderlagets kontraktsvillkor gäller*". Förtydligandet har skett på Banverkets begäran och inte inneburit någon särbehandling av anbudsgivaren. Genom förtydligandet är således klarlagt att någon reservation inte är för handen. SVS har anmärkt att det i protokollet från anbudsgenomgången med den vinnande anbudsgivaren angetts att inkopplingar kan komma att utföras på icke ordinarie arbetstid. Påståendet saknar rele-

vans. Förfrågningsunderlaget uppställer inte något krav på att arbeten ska utföras under viss tid, bortsett från § 4.4 i Entreprenadkontraktet som anger att "sågning/borrning i btg" endast får utföras mellan 07.00 och 16.00 på vardagar. Noteringen att det eventuellt kan bli nödvändigt att genomföra omkopplingen utanför ordinarie arbetstid med hänsyn till ordinarie verksamhet utgör således inte något annat än en ren upplysning. Banverket vidhåller att SVS vid anbudsgenomgången förklarat att SVS inte kan genomföra uppdraget utan ett driftsuppehåll om minst åtta timmar. För det fall inte SVS fränfaller sitt påstående i denna del önskar Banverket åberopa muntlig bevisning i form av vittnesförhör med personal som deltog vid anbudsgenomgången.

SVS har i yttrande den 8 juni 2009 bl.a. tillagt följande. Av NVS anbud framgår att NVS gjort ett förbehåll som begränsar dess ansvar för försening på ett sätt som avviker från upphandlingsförutsättningarna och att bolaget därigenom minskar sin risk. Förbehållet ingår i anbudet sådant det förelåg vid anbudstidens utgång och kan inte i efterhand återtas utan att anbudets materiella innehåll förändras. Enligt bestämmelsen i 15 kap 12 § LUF får en upphandlande enhet tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Enheten får också begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bestämmelsen är en undantagsregel och ska som sådan tillämpas restriktivt. Någon undantagssituation som skulle medge rättelse föreligger i detta fall inte. Banverkets begäran om förtydligande ska rätteligen bedömas som att Banverket tillåtit NVS att ändra sitt anbud, vilket innebär att principen om likabehandling har åsidosatts. SVS hemställer att länsrätten avvisar erbjuden muntlig bevisning. Grunden för detta är att den omständighet som Banverket vill styrka är utan betydelse i målet. Det är oklart vad som varit syftet med anbudsgenomgångarna. Genomgångarna har, enligt Banverkets egna uppgifter, inte konsekvent protokollförts. SVS är – i likhet med övriga leverantörer – bundet av sitt anbud. För det fall Banverket fått indikationer på att de i anbudet lämnade uppgifterna inte är korrekta, har det åle-

gat verket att närmare undersöka saken och dokumenterat eventuella förändringar. Någon sådan åtgärd har emellertid inte vidtagits. Inte heller har Banverket gjort någon förnyad kvalificeringsprövning, vilket rimligen borde ha skett om det stått klart att en leverantör inte kommer att efterleva samtliga ska-krav i upphandlingen.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

Enligt 16 kap. 2 § LUF skall rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 12 kap 1 § LUF ska en upphandlande enhet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande enheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall enheten 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 enhet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 15 kap 12 § LUF får en upphandlande enhet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 prövat frågan om förfrågningsunderlag och tillämpad utvärderingsmodell i visst fall uppfyller de krav som uppställs i LOU i dess då gällande lydelse. Regeringsrätten uttalade därvid att LOU, som bygger på EG-direktiv, inte ger närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i LOU. Ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Regeringsrätten anför vidare följande. "De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling inte träds för när."

Av **UFB. 52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud** framgår bl.a. följande.

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Utvärderingen kommer att ske enligt den s.k. mervärdesmetoden. Följande omständigheter kommer att tillmätas betydelse vid anbudsprövningen.

Rörentreprenad

Utvärderingskriterier

Max mervärde

1. Anbudssumma

- | | |
|---|------------|
| 2. Genomförandebeskrivning | 200 000 kr |
| 3. Kompetens och erfarenhet enligt punkt 13 och 14 i UFB.31 | 200 000 kr |

Av **UFB.31 Anbudets form och innehåll** framgår bl.a. följande.

Av anbudet ska framgå:

13. Uppgifter för registrerings- och skattekontroll enligt LUF. Uppgifter lämnas på SKV blankett 4820 "Begäran om upplysning vid upphandling"...
14. Uppgifter om företagets finansiella och ekonomiska ställning enligt UFB.51.
15. Uppgifter om teknisk förmåga och kapacitet enligt UFB.51.
16. Uppgifter om relevanta referensobjekt och referenser med namn, telefonnummer och e-postadress enligt UFB.51.

Utvärdering sker enligt nedan:

1. Samtligas utvärderingskriterier förutom anbudssumman betygsätts med 0 till 5 poäng där 5 är högsta betyg.
2. Poängen divideras med 5, d.v.s. bestäms som en andel av högsta poäng. Andelen multipliceras med maximalt mervärde vilket ger mervärdet för kriteriet.
3. Mervärdena för utvärderingskriterierna subtraheras från anbudssumman. Resultatet betecknas anbudets jämförelsesumma.
4. *Anbudet med lägsta jämförelsesumman vinner upphandlingen. Negativa jämförelsetal kan förekomma.*

Av **UFB.51 Prövning av anbudsgivare** framgår bl.a. följande.

Ska-krav

Teknisk förmåga och kompetens

Anbudsgivaren ska ha tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för aktuellt uppdrag.

Anbudsgivaren ska därvid uppfylla följande krav:

- Anbudsgivaren ska ha genomfört minst tre likvärdiga projekt under de tre senaste åren.

Anbudsgivaren visar att kraven på teknisk förmåga och kapacitet uppfylls genom att inge följande upplysningar:

- Relevanta referensobjekt med angivande av referenspersoner med telefonnummer.

Kvalificeringskrav får uppfyllas genom att anbudsgivaren åberopar andra företags kapacitet. Anbudsgivaren ska i sådant fall tillhandahålla ett åtagande från företaget i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser.

I **NVS** anbud framgår under **AFC.511 Vite vid försening** bl.a. följande.

Vite vid försening utgår med 0,5 % av kontraktssumman för varje påbörjad vecka varmed kontraktstiden överskrids.

Maximerat vite till 5 % av kontraktssumman inkluderande eventuella delviten.

Av Banverkets **Entreprenadkontrakt, EK** under § 5.11 framgår bl.a. följande.

Vid försening av kontraktarbeten är beställaren berättigad att av entreprenören erhålla vite med ett belopp enligt nedan för varje påbörjad vecka varmed färdigställande av respektive huvuddel i dess helhet försenas av orsaker som inte berättigar till tidsförlängning.

Följande belopp gäller:

- för huvuddel 1: 0,5 % av kontraktssumman för huvuddel 1
- för huvuddel 2: 0,5 % av kontraktssumman för huvuddel 2

Vid försening av huvuddel beräknas vitet enbart på beloppet för aktuell huvuddel.

Av Banverkets **Protokoll från anbudsgenomgång med NVS** under punkt 6.8 framgår bl.a. följande.

I anbudet är vitet maximerat till 5 %. Detta utgår och vite enligt förfrågningsunderlagets kontraktsvillkor gäller.

Länsrätten gör följande bedömning.

Felaktig hänvisning

SVS har anfört att Banverkets upphandlingsföreskrift inte varit transparent genom att det i upphandlingsföreskriften i UFB.52 felaktigt hänvisats till UFB.31 punkt 13 och 14 istället för till UFB.31 punkt 15 och 16. Frågan i målet är därför om SVS på något sätt lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av denna felaktiga hänvisning i upphandlingsföreskrifterna.

Enligt länsrättens bedömning får det anses klarlagt att hänvisningen under utvärderingskriterier, i upphandlingsföreskrifterna, till punkt 13 och 14 i UFB.31 i stället för till punkt 15 och 16 i UFB.31 tillkommit genom en felskrivning och att denna felskrivning varit uppenbar för anbudslämnarna. Det måste därför för varje anbudsgivare ha stått klart att det var till punkt 15 och 16 i UFB.31 som det refererades. Felaktigheten är i vart fall inte av

sådan avgörande betydelse att den skulle anses strida mot bestämmelsen om transparens och att upphandlingen på den grunden skulle göras om.

Utvärderingskriterier

SVS har vidare anfört att det inte framgår hur Banverket utvärderat omständigheterna under UFB.31 punkt 15 och 16. Av Banverkets anbudsutvärdering framgår att SVS tilldelats 1 poäng avseende kompetens och erfarenhet medan NVS tilldelats 2 poäng.

Det är den upphandlande enheten som bestämmer utformningen av förfrågningsunderlaget och vilken kompetens och erfarenhet som ska tillgodoses samt bestämmer hur utvärderingen av anbudet kommer att gå till så länge det inte strider mot principerna i LUF.

Länsrätten ska således inte göra någon bedömning av hur den upphandlande enhetens poängsättning har gått till. Av UFB.51 under *Teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet* framgår vad Banverket kommer att tillmäta vikt i sin utvärdering av anbudet. I UFB.52 förklaras sedan hur utvärderingskriterierna kommer att betygssättas. Banverket har därigenom så långt det är möjligt försökt att i förfrågningsunderlaget precisera det som ska vara uppfyllt för kvalificering för uppdraget. Enligt länsrättens bedömning och med hänvisning till RÅ 2002 ref. 50 får Banverkets utvärdering anses vara i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget. Banverket har därför, enligt länsrättens bedömning, utifrån förfrågningsunderlaget gjort en likvärdig och icke diskriminerande bedömning av anbudet. Principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens är enligt länsrättens mening inte åsidosatta. Skäl för ingripande enligt denna grund föreligger därför inte.

Vitesförbehåll

SVS har anfört att NVS genom att i sitt anbud lämna ett förbehåll om att ett eventuellt vite skulle maximeras till 5 % berett sig en konkurrensfördel och att Banverket rätteligen borde ha förkastat NVS anbud.

Av protokollet från Banverkets anbudsgenomgång med NVS framgår under punkten 6.8 att det maximerade vitet till 5 % utgår och vite enligt förfrågningsunderlagets kontraktsvillkor gäller. Av detta framgår att NVS i samband med anbudsgenomgången accepterat att ändra sitt ursprungsanbud avseende begränsningen i vitesdelen. Av Banverkets yttrande från den 1 juni 2009 framgår att förtydligandet i p 6.8 i protokollet skett på Banverkets begäran och enligt Banverkets uppfattning har denna eftergift / förändring i NVS:s anbud inte inneburit någon särbehandling av en anbudsgivare.

LUF ger en upphandlande myndigheten en möjlighet att tillåta att en anbudsgivare rättar uppenbara fel m.m. Denna möjlighet bör utnyttjas restriktivt så att risken för särbehandling undviks. Det finns dessutom möjligheter för myndigheten att begära förtydliganden och kompletteringar. Länsrätten anser dock inte att det i detta fall skulle vara fråga om någon fel-skrivning. Enligt länsrättens bedömning har NVS istället, genom att i ursprungsanbudet genom ett förbehåll maximera sitt vite till maximalt 5 %, avstått från att ikläda sig det fulla vitesansvaret och därigenom försökt minska sin risk. NVS har genom detta förbehåll berett sig konkurrensfördelar på ett sätt som är diskriminerande och som strider mot förutsättningarna för upphandlingen.

Med beaktande av att NVS genom detta vitesförbehåll inlämnat ett orent anbud finner länsrätten att Banverket borde ha förkastat NVS anbud. Då SVS som sökande lider skada genom att NVS anbud felaktigt har utvärderats och senare antagits ska ansökan om överprövning bifallas och rättelse ske på så sätt att NVS anbud ska förkastas.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Banverkets upphandling av *utförandeentreprenad avseende om och tillbyggnad av Ånge driftledningscentral, till den del den avser rörentreprenad (F09-641/IN70)* får avslutas först sedan rättelse gjorts i enlighet med denna dom.

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



Peter Krantz

rådman

Föredragande har varit Fredrik Pettersson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

