

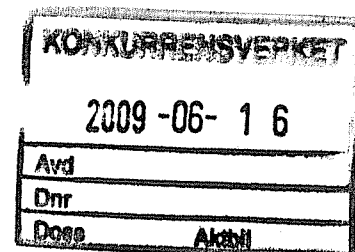


**LÄNSRÄTTEN
I DALARNAS LÄN**

Länsrättsnotarien
David Gripenhjärta

DOM
2009-06-12
Meddelad i
Falun

Mål nr
1084-09 E
Rotel 3



SÖKANDE

Svevia AB, 556768-9848
Box 4018
171 04 Solna

Ombud: Advokat Einar Wanhainen och jur. kand. Fredrik Elmér
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Banverket
781 85 Borlänge

Ombud: Jennie Pettersson
Banverket
781 85 Borlänge

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom område vat-
ten, energi, transporter och posttjänster, LUF

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten beslutar att Banverkets offentliga upphandling av markentre-
prenad avseende dubbelspårsutbyggnad för sträckan Hede - Älvängen (dnr.
F 08-6277/IN70), ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Banverket genomför offentlig upphandling med förhandlat förfarande av
markentreprenad avseende dubbelspårsutbyggnad för sträckan Hede - Älv-
ängen (dnr. F 08-6277/IN70). Banverket har den 31 mars 2009 beslutat att
Oden Anläggningsentreprenad AB (nedan Oden) ska tilldelas avtal enligt
upphandlingen, med hänvisning till att det bolaget har lämnat det ekono-
miskt mest fördelaktiga anbudet enligt Banverkets upphandlingsprotokoll.

Dok.Id 64068

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

Svevia AB (nedan Svevia) ansöker hos länsrätten om överprövning av nämnda upphandling. Svevia yrkar *i första hand* att länsrätten ska förordna om rättelse av upphandlingen på så sätt Odens anbud förkastas. Som *alternativt förstahandsyrkande* begär Svevia att länsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att Svevia ska tilldelas ytterligare poäng för kompetens avseende tunnelarbeten och övriga arbeten och fem poäng för genomförandebeskrivning eller på så sätt att Svevia tilldelas åtminstone lika många poäng som Oden vad gäller utvärderingen av genomförandebeskrivningen. Svevia yrkar *i andra hand* att länsrätten ska förordna att upphandlingen görs om.

Banverket bestrider Sveglias ansökan.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 9 april 2009 meddelat att Banverket tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

SKÅLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Relevanta lagrum

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

Av 16 kap. 2 § första stycket LUF framgår att om den upphandlande myndigheten 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 24 § LUF framgår att upphandlande myndigheter ska 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 2 kap. 9 § LUF framgår att med *förhandlat förfarande* avses ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Av 9 kap. 8 § framgår följande. En upphandlande enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Enheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Odens uppfyllande av krav som avser del- och sluttider

Svevia anför i huvudsak följande. Odens anbud ska förkastas. Genom komplettering den 16 mars 2009 har Oden senarelagt del- och sluttider för markentreprenaden med en månad. Detta innebär att Oden inte kunnat färdigställa markarbeten i enlighet med ska-krav i upphandlingsföreskrifterna och 4 § i entreprenadkontraktet. Odens anbud uppfyller inte ska-krav vad gäller del- och sluttider, varken före eller efter Banverkets kompletteringsbegäran.

Det framgår inte att Banverket skulle ha ändrat på ska-kravet. I brev daterat den 10 mars 2009 poängterade Banverket att föregående begäran om komplettering inte påverkade tidigare meddelade del- och sluttider. Det framgår av Odens komplettering att denna har skett den 16 mars 2009, d.v.s. efter det att Oden tagit del av Banverkets kompletteringsbegäran av den 10 mars 2009.

Banverket anför i huvudsak följande. Oden har uppfyllt samtliga krav. I kompletterande föreskrift av den 6 mars 2009 har Banverket framställt fråga om eventuell inverkan på del- och sluttider enligt ursprungligt förfrågningsunderlag. Banverket har dock den 10 mars 2009 anmält att del-

och sluttider enligt tidigare utsänt förfrågningsunderlag skulle innehållas. Någon möjlighet att justera anbudet utom såvitt avser pris eller att i något avseende avvika från förfrågningsunderlaget har således inte getts.

Oden har den 16 mars 2009 givit in komplettering i enlighet med Banverkets begäran om komplettering den 6 mars 2009. Oden hade i detta skede inte noterat Banverkets föreskrift av den 10 mars. Efter efterhörande från Banverket har dock Oden, i enlighet med Banverkets begäran den 10 mars 2009, angivit att ursprungligt anbud gällde både del- och sluttider. Banverket konstaterar att Odens anbud såväl före som efter begäran om komplettering innehåller ska-kraven om del- och sluttider. Skäl att förkasta Odens anbud har således inte förelegat.

Länsrätten gör följande bedömning.

I Banverkets förfrågningsunderlag ingår bl.a. upphandlingsföreskrifter, ett entreprenadkontrakt och en teknisk beskrivning. I punkt 3.1 i upphandlingsföreskrifterna anges bl.a. att av anbudet ska framgå bekräftelse att bifogade kontraktsvillkor kommer att uppfyllas vid ett tilldelande av kontrakt. Under rubriken § 4 i entreprenadkontraktet anges bl.a. ett flertal ”del-tider” vilka är tidpunkter då vissa moment som ingår i entreprenaden ska vara färdigställda. Vidare anges att kontraktarbetena i deras helhet ska vara färdigställda och tillgängliga för slutbesiktning senast den 30 november 2012.

Banverket har i två skrivelser benämnda ”Begäran om komplettering av anbud” (daterade den 6 respektive den 10 mars 2009) begärt att anbudsgivarna ska komplettera sina anbud enligt förutsättningar som framgår av där upprättade listor med fyra punkter. Respektive punkt avser ett visst tillstånd eller en viss åtgärd vid entreprenaden. De två skrivelserna är till stor del identiska. I den första skrivelsen anges dock, med avseende på punkterna 1-3, att anbudsgivare ska ange eventuell inverkan på del- och slutti-

der enligt ursprungligt förfrågningsunderlag. I den senare skrivelsen anges istället att del- och sluttider enligt tidigare utsänt förfrågningsunderlag ska innehållas.

Länsrätten tolkar Banverkets skrivelse den 10 mars 2009 som att de i entreprenadkontraktet angivna ska-kraven, avseende del- och sluttider enligt entreprenadkontraktet, har vidhållits av verket vid upphandlingen. Av dokumentet "Anbudsprövning" framgår att Banverket vid upphandlingen har gjort bedömningen att Oden uppfyller samtliga ska-krav.

Banverket och Oden har vid upphandlingen skickat ett flertal meddelanden till varandra med anledning av verkets begäran om komplettering av anbud. Oden har i ett första meddelande, avseende punkt 1 i Banverkets begäran om komplettering, angett att del- och sluttider kommer att senareläggas en månad. Banverket har därefter begärt att Oden ska förtydliga sitt svar under punkt 1 och Oden har då i ett andra meddelande vidhållit nämnda senareläggning. Efter att Banverket åter begärt förtydligande av Oden, har det bolaget i ett tredje meddelande istället angett att del- och sluttider enligt tidigare utsänt förfrågningsunderlag ska innehållas. Enligt länsrätten har Oden i de två första meddelandena tydligt för Banverket förklarat att senareläggning ska ske. Det kan inte anses ha varit tillåtet för Oden att därefter genom ett tredje meddelande ändra sitt anbud på ett sådant sätt att del- och sluttider enligt ursprungligt förfrågningsunderlag ska innehållas. Länsrätten anser följaktligen att det inte i Odens anbud kan anses finnas någon bekräftelse på att samtliga kontraktsvillkor enligt entreprenadkontraktet kommer att uppfyllas vid tilldelande av kontrakt. Därmed har Oden inte uppfyllt ska-kravet enligt punkt 3.1 i förfrågningsunderlagets upphandlingsföreskrifter. Då Banverket trots detta har kvalificerat Oden, kan verket inte anses ha behandlat anbudsgivarna på ett likvärdigt sätt. Banverket har således i denna del brutit mot en grundläggande princip i 1 kap. 24 § LUF.

Odens uppfyllande av krav som avser mängdförteckning m.m.

Svevia anför i huvudsak följande. Att anbudet ska vara baserat på i mängdförteckningen upptagna kvantiteter och även prissatt mängdförteckning och offererade priser enligt à-prislista ska framgå av anbudet. Av fråga 17 i dokumentet ”Frågor vid anbudsgenomgång med Oden” framgår att Oden inte har prissatt mängdförteckningen eller offererat timpriser enligt à-lista. Oden har följaktligen inte uppfyllt dessa ska-krav och bolagets anbud ska därmed förkastas.

Banverket anför i huvudsak följande. Samtliga anbudsgivare, d.v.s. även Svevia, har underlåtit att prissätta vissa ”nollmängder” i mängdförteckningen. Eftersom dessa utelämnade uppgifter inte påverkar anbudssummorna och således inte utvärderingen av anbudet har dessa kompletteringar inte någon betydelse för utgången av upphandlingen. Att anbudsgivare inte prissatt alla koder förekommer i de flesta komplexa upphandlingar och det skulle inte vara proportionellt att förkasta anbud där vissa koder utelämnats.

Länsrätten gör följande bedömning.

Ett ska-krav vid den aktuella upphandlingen är att av respektive anbud ska framgå olika slags ”kommersiella uppgifter”. Oden har i sitt ursprungliga anbud utelämnat sådana uppgifter, nämligen ett flertal efterfrågade à-priser. Oden har senare – vid påkallande av Banverket i samband med anbudsgenomgång – inlämnat en reviderad mängdförteckning till verket. Mot bakgrund av vad Banverket har anfört och med hänsyn till omständigheterna i övrigt gör länsrätten bedömningen att verket inte i denna del kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF.

Banverkets vägledning av Oden och sänkningen av Odens anbudspris Svevia anför i huvudsak följande. Banverket har i strid med likabehandlingsprincipen väglett Oden till att lämna ett anbud som uppfyllde ett tidigare bristande ska-krav. Oden har trots att bolaget mottagit kompletteringsbegäran av den 10 mars 2009, lämnat ett bristande anbud. Vare sig innehållet i Odens initiala komplettering den 16 mars 2009 eller e-postmeddelande samma datum har varit otydligt eller kunnat anses utgöra en felräkning.

Banverket har i sin begäran om komplettering den 6 respektive den 10 mars 2009 under punkt 1 angett att anbudsgivarna ska ange det belopp varmed anbudssumman höjs om starttidpunkten för entreprenaden flyttas fram till den 1 september 2009. Vid kompletteringen den 16 mars 2009 har Oden inte angett med vilket belopp anbudssumman höjs utan istället sänkt sitt anbudspris med 9 500 000 kr. Kompletteringen har skett efter att anbudet lämnats in och är inte tillåten. Det finns inte något i förfrågningsunderlaget som kan motivera en prissänkning. Banverket har genom att tillåta kompletteringen agerat i strid med LUF och inte uppfyllt kraven på likvärdighet, förutsägbarhet och transparens.

Banverket synes vidare påstå att det varit fråga om en förhandling om priset och att denna skett i enlighet med likabehandlingsprincipen. Mot detta invänder Svevia att det inte har varit fråga om någon förhandling. Banverket har uttryckligen angett att det har varit fråga om kompletteringar.

Vid beaktande av anbudsgivarnas ursprungliga anbud och justeringen på grund av begärt förskott var Sveglias anbud lägst. Mot bakgrund av att Banverket genomförde en förhandlad upphandling borde verket ha bjudit in Svevia till förhandlingar.

Banverket anför i huvudsak följande. Enligt Banverket har verket inte kunnat underlåta att uppmärksamma Oden på att det gått ut en rättelse av före-

skriften av den 6 mars 2009. Detta eftersom likabehandlingsprincipen bl.a. innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Oden har i förhållande till övriga anbudsgivare inte vunnit någon fördel av Banverkets förfarande. Samtliga anbudsgivare erhöll information om att färdigställandetidpunkten skulle innehållas.

Oden har i anbudskomplettering reducerat sitt anbud med 9 500 000 kr. Samtliga anbudsgivare har givits samma möjlighet att utifrån justerade förutsättningar komplettera sina anbud. Likabehandlingsprincipen har således iakttagits. Upphandlingen är en s.k. förhandlad upphandling. Det är tillåtet att förhandla om priset om det sker med iakttagande av likabehandlingsprincipen.

Att det skulle krävas av Banverket att förkasta en anbudsgivare som sänker sitt pris kan inte anses vara i enlighet med vare sig det förhandlade förfarandet eller i enlighet med bestämmelserna i LUF. Banverket har valt att förhandla med Oden som oavsett reduktion av anbudssumman erbjudit såväl lägst ”nollställd” anbudssumma som jämförelsesumma.

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten noterar inledningsvis att det inte har visats att Banverket genom att inte förhandla med Svevia har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF.

Som framgått ovan har Banverket och Oden vid upphandlingen skickat ett flertal meddelanden till varandra med anledning av verkets begäran om komplettering av anbud. Oden har två gånger för Banverket förklarat att senareläggning av vissa del- och sluttider ska ske. Genom att därefter ytterligare en gång begära förtydligande av Oden, har Banverket enligt länsrätten gått utanför ramarna för vad som kan anses vara tillåten vägledning av

anbudsgivare. Agerandet får anses ha medfört risk för särbehandling av Oden och konkurrensbegränsning i förhållande till övriga anbudsgivare.

Under punkt 1 i skrivelserna benämnda "Begäran om komplettering av anbud" (daterade den 6 respektive den 10 mars 2009) har Banverket angett bl.a. att anbudsgivare ska ange det belopp varmed anbudssumman höjs om byggstart gällande rubricerad verksamhet kan ske först den 1 september 2009. Oden har härvid i samband med anbudskompletteringen angett bl.a. att byggstart den 1 september 2009 innebär ett avdrag med 9 500 000 kr. Värt att notera är att Banverket i punkt 4 (Uppställning av mobilt krossverk) i ovan nämnda begäran om komplettering har angett att "anbudsgivaren ska ange om detta påverkar anbudet".

Länsrätten konstaterar att vad Banverket har begärt vid upphandlingen, med avseende på punkt 1, är bl.a. att anbudsgivarna ska ange det belopp varmed anbudssumman *höjs* om byggstart gällande viss verksamhet kan ske först den 1 september 2009. Oden har genom sina kompletteringar angett att byggstart den 1 september 2009 innebär ett *avdrag* med 9 500 000 kr. Som länsrätten uppfattar det har Banverket vid anbudsutvärderingen sänkt Odens anbudspris med motsvarande belopp. Prissänkningen kan inte anses ha föranletts av en förhandling om pris, utan har skett i samband med begäran om komplettering. En upphandlande enhet får visserligen begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras. Genom den aktuella prissänkningen har dock Banverket accepterat en oförutsägbar ändring av Odens anbud, eftersom verket innan dess endast har lämnat utrymme för prishöjning. Banverkets agerande får därigenom anses ha inneburit risk för särbehandling av Oden och konkurrensbegränsning i förhållande till övriga anbudsgivare. Banverket har i detta avseende brutit mot 9 kap. 8 § LUF och principerna om likvärdighet och öppenhet enligt 1 kap. 24 § LUF.

Banverkets ändringar av förfrågningsunderlaget avseende bergschakt och tider för byggstart

Svevia anför i huvudsak följande. Banverket har genom sin begäran om kompletteringar ändrat förfrågningsunderlaget efter att anbudstiden löpt ut. Ändringarna har varit av sådan väsentlig karaktär för upphandlingen att dessa kunnat påverka hur anbudsgivarna skulle ha utformat sina anbud eller om anbudsgivarna överhuvudtaget skulle lämnat anbud i upphandlingen.

Banverket har flyttat fram starttidpunkten för bl.a. tunnelarbetena från den 1 maj 2009 till den 1 september 2009, d.v.s. projekttiden har i princip minskat med fyra månader. Ändringen kan inte jämföras med en begäran om komplettering inom ramen för förutsättningarna inom förfrågningsunderlaget. Ändringen har skett efter det att anbuderna öppnats. Förfarandet är i strid med grunderna för 9 kap. 7 § LUF, 1 kap. 24 § LUF och principerna om förutsägbarhet och transparens.

I ett dokument benämnt "Frågor vid anbudsgenomgång med Oden" (daterat den 18 mars 2009) meddelas svar på frågor vid anbudsgenomgången med Oden. Av fråga 9 i dokumentet framgår att Banverket har ändrat förutsättningarna för bergschakt. Denna ändring har ekonomisk betydelse för prissättningen av anbudet. Sammanlagt medför ändringen en besparing om ca 5 miljoner kr. Oden har dock valt att inte reducera priset på grund av denna ändring. Banverket borde ha förhandlat frågan med bl.a. Svevia för att inte agera i strid med likabehandlingsprincipen. Banverket har ändrat förutsättningarna för bergschakt i strid med LUF. För det fall länsrätten skulle anse att den tekniska beskrivningen har varit motstridig på så sätt som Banverket påstår, gör Svevia gällande att det inte har varit möjligt att förstå eller förutse att uppgifterna har varit motstridiga.

Banverket anför i huvudsak följande. Banverket har i förhållande till ursprungligt förfrågningsunderlag ändrat tider för byggstart för vissa delarbe-

ten. Vid komplexa upphandlingar är det i princip oundvikligt att vissa förändringar krävs i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. De förändringar som gjorts i förevarande upphandling har varit mycket ringa. Ett avbrytande hade i förevarande fall helt saknat stöd i gällande rätt. Samtliga anbudsgivare har givits möjlighet att förändra sina priser i förhållande till ändringarna. Möjligheten till förändringar av förfrågningsunderlag är i viss mån större vid förhandlad upphandling än annars.

Enligt 9 kap. 7 § LUF ska anbud så snart som möjligt öppnas. Svevia har gjort gällande att Banverket i strid med denna bestämmelse inte skulle kunna begära in kompletteringar av anbud efter att anbud öppnats. Påståendet är svårt att förstå eftersom kompletteringar av anbud alltid måste ske efter att anbud öppnats.

Vid den anbudsgenomgång som hölls med Oden har konstaterats att det i förfrågningsunderlaget fanns motstridiga uppgifter i den tekniska beskrivningen. Vid motstridiga uppgifter i förfrågningsunderlag gäller enligt entreprenadkontraktet som ansluter till AB04 (vilka utgör en del av förfrågningsunderlaget) att den uppgift ska gälla som medför lägsta kostnad för entreprenören. Samtliga anbudsgivare har således haft samma möjlighet att räkna på det för entreprenören förmånligaste arbetssättet. Någon möjlighet att förhandla om denna förutsättning har inte givits och det har inte varit fråga om ändring av förfrågningsunderlaget. Av dessa skäl har inte heller klargörandet inneburit någon påverkan på priset.

Länsrätten gör följande bedömning.

Fråga i denna del är om Banverket vid upphandlingen har vidtagit en otillåten förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Av intresse är härvid Kammarrättens i Jönköping dom den 28 augusti 2008 (mål nr 2016-08), där dock fråga var om upphandling enligt den äldre la-

gen (1992:1528) om offentlig upphandling. Kammarrätten uttalade i domen bl.a. följande.

Parterna i målet är ense om att innehållet i det ovan återgivna svaret från landstingen innebär att landstingen vidtagit en förändring i förhållande till det i förfrågningsunderlaget under punkten 3.7.6. angivna villkoret avseende återköp av textilstocken och att denna förändring även ska betraktas som väsentlig. Kammarrätten instämmer i denna uppfattning. Förändringen av det aktuella avtalsvillkoret i förfrågningsunderlaget kan ha medfört att det funnits potentiella leverantörer som avhållit sig från att inge anbud med anledning av det aktuella avtalsvillkorets ursprungliga utformning, men som, om de hade haft kännedom om avtalsvillkorets slutliga utformning hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen. Den vidtagna förändringen i förfrågningsunderlaget får därför anses innebära att landstingen förfarit på ett sätt som strider mot såväl likabehandlings- som öppenhetsprincipen.

Under rubriken "CBC Bergschakt" i den tekniska beskrivningen anges bl.a. följande angående borring och sprängning intill nyutförda permanenta bergbultar. Permanenta bergbultar monterade närmare sprängplats än 30 meter ska ha varit ingjutna mer än 24 timmar innan sprängning får ske.

Under "Fråga 9" i dokumentet "Frågor vid anbudsgenomgång med Oden" (daterat den 18 mars 2009) anges bl.a. följande angående ändring under rubriken "CBC Bergschakt" i den tekniska beskrivningen.

"Permanenta bergbultar monterade närmare sprängplats än 30 meter skall ha varit ingjutna mer än 24 timmar innan sprängning får ske."
ändras till

"Bultar skall ha härdat minst 12 timmar innan sprängning får ske inom 25 m avstånd."

Anbudsgivarens svar:

ODEN Anläggningsentreprenad AB noterar ändringen.

Banverket har också, som framgått ovan, sedan tiden för att inkomma med anbud löpt ut, i skrivelser benämnda "Begäran om komplettering av anbud" (daterade den 6 respektive den 10 mars 2009), antytt att byggstart

gällande vissa åtgärder kan komma att ske först den 1 september respektive den 1 oktober 2009, d.v.s. flyttas fram i tiden i upp till fyra månader.

Enligt länsrätten har Banverket genom sitt ovan nämnda förfarande utfört väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlagets villkor. Förändringarna kan ha medfört att det funnits potentiella leverantörer som avhållit sig från att inge anbud med anledning av de aktuella villkorens ursprungliga utformning, men som, om de hade haft kännedom om den slutliga utformningen hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen. De vidtagna förändringarna i förfrågningsunderlaget får därför anses innebära att Banverket har förfarit på ett sätt som strider mot såväl likabehandlings- som öppenhetsprincipen.

Banverkets anbudsutvärdering

Svevia anför i huvudsak följande. Enligt Banverkets förfrågningsunderlag utvärderas anbudsgivarnas kompetens avseende tunnelarbeten, kompetens avseende övriga arbeten och genomförandebeskrivning. I förfrågningsunderlaget har Banverket dock inte angivit efter vilka kriterier kompetensen skulle bedömas. Det framgår inte heller om Banverket utvärderat anbudsgivarnas kompetens i absoluta eller relativa tal. Svevia gör gällande att eftersom några kriterier för utvärderingen inte bestämts och motiveringen är svepande och skönsmässig, uppfyller inte upphandlingen kraven på förutsägbarhet och transparens. Det är sålunda inte klart om andra anbudsgivare gynnats vid utvärderingen i detta avseende.

Vad gäller utvärderingen av anbudsgivarnas genomförandebeskrivningar är Banverkets kriterier och motiveringen än mer bristfällig. Svevia menar sig ha uppfyllt de krav som går att läsa sig till av förfrågningsunderlaget. Trots detta har genomförandebeskrivningen ansetts vara ”mindre väl genomarbetad” medan Odens ansetts vara ”väl genomarbetad”. Någon hänvisning till kriterier i förfrågningsunderlaget har Banverket inte gjort. Det har alltså inte varit möjligt för Svevia att på förhand förutse hur Banverket skulle

genomföra denna bedömning. Svevia gör gällande att det inte heller i efterhand är möjligt att bedöma Banverkets utvärdering i denna del och att upphandlingen och utvärderingen brister i förutsägbarhet och transparens.

Av förfrågningsunderlaget framgår vad genomförandebeskrivningen ska innehålla och att det är fråga om ett ska-krav. Det anges inte att innehållet ska utvärderas eller att anbudsgivarnas genomförandebeskrivningar ska utvärderas i relation till varandra. Av detta följer att det är fråga om en absolut betygssättning, d.v.s. innehåller genomförandebeskrivningen allt som efterfrågas i förfrågningsunderlaget ska den tilldelas fem poäng. Svevias genomförandebeskrivning innehöll all efterfrågad information och ska sålunda tilldelas fem poäng. Banverket har i strid med förfrågningsunderlaget genomfört en relativ utvärdering av genomförandebeskrivningarna. För att kraven på förutsebarhet och transparens ska vara uppfyllda krävs att också Banverket angett hur de sju uppgifter som ska framgå av genomförandebeskrivningen skulle poängsättas och viktas i förhållande till varandra.

Banverket anför i huvudsak följande. Utvärderingskriterierna måste alltid läsas ihop med uppdragsbeskrivningen och det underlag som enligt upphandlingsföreskrifterna ska ges in i anbudet. Som underlag för vilken kompetens som erbjuds i projektet har anbudsgivarna haft att enligt punkt 31 i förfrågningsunderlagets upphandlingsföreskrifter ge in ett flertal uppgifter. Kravet på transparens är därmed uppfyllt. Att detta är vad som bedöms vid utvärderingskriteriet kompetens framgår av förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av detta samt den beskrivning av uppdraget som görs i uppdragsbeskrivningen samt med hänsyn till den kunskap som en bransch-kunnig anbudsgivare förutsätts ha föreligger inte förutsättningar att underkänna förfrågningsunderlaget på grund av bristande transparens.

I upphandlingsföreskrifterna anges vad som ska framgå av en genomförandebeskrivning. Även detta utvärderingskriterium är väl känt för samtliga anbudsgivare samt potentiella anbudsgivare. Inte heller detta kriterium har

föranlett några frågor från anbudsgivarna. Svevia har lämnat anbud trots uppfattningen att kriteriet varit icke-transparent. Odens genomförandebeskrivning av hur arbetet ska bedrivas har gett ett mycket bra intryck. Sivevias genomförandebeskrivning är jämförelsevis mycket tunn och generell. Odens förslag till program för utökad samverkan bedömdes som bättre, då den är mer anpassad till uppdraget än övriga anbudsgivares.

Mervärdesmetoden är en metod för anbudsutvärdering. Att ska-kraven är uppfyllda innebär inte att man erhåller fem poäng. Att så inte är fallet framgår också av förfrågningsunderlaget. Varje anbud utvärderas för sig och betygssättningen är inte relativ.

Länsrätten gör följande bedömning.

Fråga är i denna del om förutsättningarna för och Banverkets genomförande av anbudsutvärderingen har inneburit något brott mot LUF.

Av punkt 52 i upphandlingsföreskrifterna framgår bl.a. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas och att följande utvärderingskriterier kommer att tillämpas vid anbudsprövningen: 1. Anbudssumma plus Timprislista med fiktiva mängder, 2.1. Kompetens avseende tunnelarbeten, 2.2. Kompetens avseende övriga arbeten och 3. Genomförandebeskrivning. Vidare framgår bl.a. att utvärderingskriterierna 2.1, 2.2 och 3 betygssätts med noll till fem poäng.

Av punkt 31 i upphandlingsföreskrifterna framgår bl.a. att i anbudet ska ingå en genomförandebeskrivning. Enligt en lista med sju punkter ska av genomförandebeskrivningen framgå ett flertal olika uppgifter. Enligt en av punkterna ska av genomförandebeskrivningen framgå personalresurser med CV och referenser på personal avgörande för uppdragets genomförande samt intyg på relevant miljökompetens för uppdraget hos arbetsledare och specialistpersonal.

Av dokumentet ”Anbudsprövning” framgår att Banverket vid sin anbudsutvärdering har tilldelat både Svevia och Oden 3,0 poäng för utvärderingskriterierna 2.1 respektive 2.2. För utvärderingskriterium 3 har Oden tilldelats 3,0 poäng och Svevia 2,5 poäng.

Såvitt avser *förutsättningarna för* anbudsutvärderingen med avseende på de aktuella utvärderingskriterierna konstaterar länsrätten att förfrågningsunderlaget inte kan anses vara optimalt utformat. Det framgår inte exakt vad anbudsgivarna ska prestera för att erhålla ett visst antal (noll till fem) poäng enligt dessa kriterier. Länsrätten anser emellertid, i likhet med Banverket, att vad som anges om kriterierna i punkt 52 i upphandlingsföreskrifterna ska läsas ihop med vad som i övrigt framgår av förfrågningsunderlaget. Den instruktion för genomförandebeskrivning som framgår av punkt 31 i upphandlingsföreskrifterna får anses ge tillräcklig vägledning för att respektive anbudsgivare med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Länsrätten noterar också att det i upphandlingsföreskrifterna saknas stöd för Sveys påstående att en genomförandebeskrivning som innehåller samtliga efterfrågade uppgifter ska medföra en tilldelning av fem poäng.

Såvitt avser Banverkets *genomförande av* anbudsutvärderingen framgår inte annat än att denna har skett i enlighet med vad som föreskrivs i LUF. I dokumentet ”Anbudsprövning” har Banverket motiverat poängsättningen avseende utvärderingskriterierna på ett sätt som får anses vara tillfyllest.

På grund av det ovan sagda och med hänsyn till omständigheterna i övrigt gör länsrätten bedömningen att Banverket i denna del inte kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF.

Sammanfattning m.m.

Av det ovan anförda framgår att Banverket vid upphandlingen har brutit mot 9 kap. 8 § och grundläggande principer i 1 kap. 24 § LUF. Svevia har i huvudsak anfört att bolaget har lidit skada p.g.a. Banverkets agerande, medan Banverket har anfört att Svevia inte har lidit sådan skada.

Banverket har vid upphandlingen rankat Sveglias anbud på andra plats. Enligt länsrätten krävs det dock inte att bristerna i Banverkets förfarande har medfört att eller kan komma att medföra att Svevia inte vinner den offentliga upphandlingen, för att åtgärder enligt LUF ska kunna tillgripas. Banverket har vid upphandlingen utfört väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlagets villkor. Förfrågningsunderlaget kan följaktligen inte anses vara så klart och tydligt utformat att anbudsgivarna har kunnat avgöra vad Banverket skulle komma att tillmäta betydelse vid upphandlingen. Svevia har på grund av detta i vart fall riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LUF.

Förändringarna i förfrågningsunderlaget kan ha avhållit potentiella leverantörer från att inge anbud. Det är också möjligt att samma leverantörer hade varit intresserade av att inge anbud, om de hade haft kännedom om den slutliga utformningen av förfrågningsunderlaget. Enligt länsrätten bör därför upphandlingen göras om. Sveglias överklagande ska således bifallas i enlighet med bolagets andrahandsyrkande.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c).


Eva Karlsson Helghe
rådman