



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-06-18
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
5216-12 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

MTA Bygg & Anläggning i Halmstad AB, 556794-4847
Montörgatan 7
302 62 Halmstad

MOTPART

Laholmsbuktens VA
Box 246
301 06 Halmstad

SAKEN

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

KONKURRENSVESENT	
2012-06-18	
Avd	
Dnr	
Ross	Akibin

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår MTA Bygg & Anläggning i Halmstad AB:s
ansökan om överprövning.

Dok.Id 145296

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****BAKGRUND M.M.**

Nämnden för Laholmsbuktens VA (Laholmsbukten) har genom förenklat förfarande upphandlat utförandet av överföringsledning för vatten mellan reservoar i Kistinge och reservoar i Veinge (dnr LBVA 2011/0127). Enligt tilldelningsbeslut den 5 april 2012 har två anbudsgivare, MTA Bygg och Anläggning i Halmstad AB (bolaget) samt PEAB Sverige AB (Peab), erhållit samma poäng vid utvärderingen och därmed bedömts likvärdiga utifrån upphandlingskriterierna. Peab tilldelades entreprenaden efter lottning.

YRKANDE M.M.

MTA Bygg och Anläggning i Halmstad AB har ansökt om överprövning av upphandlingen. Bolaget yrkar att ny utvärdering ska ske och att bolaget tilldelas en högre poäng än vad som skett.

Laholmsbukten bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför att upphandlingen har genomförts helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, LUF och övrig relevant lagstiftning.

Grunder för talan

Bolagets sidoanbud

Bolaget anför att det lämnade ett huvudanbud och ett sidoanbud. Kommunen förkastade sidoanbudet utan att bolaget känner till vilka skall-krav som inte uppfyllts eller varför sidoanbudet inte gav ett godtagbart resultat. – Sidoanbudet hade en lägre anbudssumma och borde ha varit det anbud som tilldelats kontraktet. Genom den föreslagna lösningen besparas mycket arbete med borttransport av schaktmassor och tillförande av kringfyllnads-material från sidointag. Det erbjudna röret har extra skyddande plastskikt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

med t.ex. vassa stenar. Laholmsbukten hade ingen grund att utesluta detta anbud och har inte heller motiverat uteslutningen förrän nu.

Laholmsbukten anför att utöver huvudanbudet lämnade bolaget ett sidobud som innebar att ett annat rörmaterial och mindre arbetskrävande grundläggning offererades och som innebar ett lägre pris beträffande förläggningen av vattenledningen. Sidobudet uppfyllde inte ställda krav och därför förkastades detta. Det alternativa rörmaterialet med den förenklade grundläggningen bedömdes inte ge ett godtagbart resultat. – Bolagets sidobud avser ett rörledningsmaterial med ett förstärkt ytskikt. Med detta rörmaterial slopas en särskilt anpassad ledningsbädd och kringfyllning med särskilda fyllnadsmassor. Detta innebär också en mindre schakt och innebär därmed lägre kostnader (ringa materialkostnader för ledningsbädd och kringfyllning). Detta förfarande har inte godtagits beroende på att genomförandet bygger på befintligt material under ledningen och på att det uppschaktade material som påförs ovan och runt ledning kan innehålla sten med vassa kanter eller större stenar som långsiktigt kan skada ledningen. Detta förfaringsätt har inte bedömts som godtagbart och därmed har sidobudet förkastats.

Lottning vid lika utvärderingspoäng

Bolaget anför att bolaget och Peab tilldelats vardera 4,53 poäng och att Peab vann upphandlingen efter lottning. Bolaget ifrågasätter om lottning är förenligt med LOU. – Lottning har accepterats som metod för att skilja ut identiska anbud. Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten) har angett att lottning kan accepteras under förutsättning att det sker på ett korrekt sätt (RÅ 2009 ref 60). I det fallet protokollfördes lottningen och det framgick att inte mindre än tre personer intygat att lottningen gått rätt till. I det nu aktuella fallet finns ingen sådan uppgift utan det saknas uppgift om hur lottningen gått till. I avsaknad av information om att lottning skett på ett korrekt, objektivet sätt anser bolaget att metoden inte är tillåten. – Av

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**DOM**

sammanträdesprotokoll kan utläsas att lottnings ägt rum och att lotten utföll till Peabs fördel. Däremot saknas upplysning om hur lottningen praktiskt gått till och intyg om att lottningen gått rätt till. Protokollet skulle givetvis ha innehållit uppgift om förfaringssätt samt intyg om att det gått rätt till.

Laholmsbukten anför att enligt utvecklad praxis och domar är lottnings ett korrekt sätt att avgöra en upphandling då två anbud efter utvärdering rankas helt lika. Priset har vägts in från första början och utgör en av faktorerna i den sammanvägda utvärderingen. Priset kan därför inte användas i ytterligare ett steg för att avgöra utvärderingen. – Lottningsförfarandet har genomförts på ett oklanderligt sätt. Vid lottningen var alla nämndens ledamöter inklusive ersättare närvarande. Av sammanträdesprotokollet den 3 april 2012 framgår de deltagande ledamöterna. Av protokoll från upphandlingen § 38 samt tilldelningsbeslut framgår hur lottningsförfarandet genomfördes. Med åberopande av dessa dokument har lottningsförfarandet genomförts på ett objektivt och rättssäkert sätt.

Utvärderingen av referensprojekt

Bolaget anför att *Laholmsbukten* har felaktigt utvärderat de referensprojekt som bolaget redovisat. *Laholmsbukten* valde att använda referens 3 och 4 eftersom 1 och 2 inte utförts av bolaget. Referenspersonerna som ska utvärderas har utfört dessa arbeten även om de inte var anställda av bolaget. Sammanfattningsvis görs det gällande att kommunen felaktigt valt att utvärdera projekt 4 (istället för 1 eller 2), felaktigt givit bolaget noll poäng avseende projekt 4 eftersom det inte framgår i de administrativa föreskrifterna att endast avslutade projekt är relevanta och felaktigt uteslutit projekt 1 och 2 från utvärderingen (särskilt då projekt 4 gavs noll poäng). Genom denna felaktighet har bolaget gått miste om kontraktet. Eftersom upphandlingen avgjordes genom lottnings hade det räckt att bolaget fått någon poäng för att vinna kontraktet. – Det framgår inte klart att referensobjekt för att vara relevanta skulle vara avslutade och godkända av kund. Det noteras

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

att bolaget fick mycket höga poäng av referens 4. – Begäran att ta in referenser har med projektorganisationen att göra inte utvärderingen av bolaget (se AFB.31) som talar om den tilltänkta organisationen). Bolaget är relativt nystartat men personalen är mycket erfaren. Laholmsbukten påstår att referenser som inte är utförda av bolaget skulle bara ogiltiga. Detta stämmer inte med etablerad praxis eftersom det missgynnar nystartade bolag (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 9 december 2011 mål nr 5797-11. Att inte utvärdera åberopade referenser från tidigare projekt där de anställda varit involverade är en allvarlig överträdelse av de upphandlingsrättsliga bestämmelserna och ett brott mot likabehandlingsprincipen. – Laholmsbukten har inte haft rätt att utesluta bolagets referenser på grund av att dessa skulle ha utförts av samma personer men som vid tidpunkten för utförandet arbetade för en annan arbetsgivare. Den viktiga frågan måste vara huruvida personen kan utföra arbetet ifråga, inte om han var anställd av bolaget eller någon annan. Detta missgynnar nystartade bolaget och strider mot principerna som anges i lagen.

Laholmsbukten anför att utvärderingen av anbudet har skett på ett korrekt sätt utifrån förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår att referensobjekt ska vara avslutade och godkända av kund. Så är inte fallet med det referensprojekt som bolaget hänvisar till avseende utbyggnad av fjärrkyla i Halmstad och det har därför värderats till noll poäng. Genomsnittsbetyget blir då 2,3 poäng. Laholmsbukten har bedömt att bolaget inte kan använda sig av referensprojekt som är utförda av annat företag. – Vid AFB.31 framgår att de uppdrag som entreprenören åberopar som referensprojekt ska vara utförda under de senaste fyra åren. Projektet ska beskrivas kortfattat och det ska framgå när uppdragen genomfördes (startdatum). Under kod AFB.52 framgår det att referensprojekt som inte anses relevanta ges noll poäng. Referens 4 har poängsatts till noll poäng eftersom projektet inte är färdigställt. Uppdrag som har utförts av annat företag har förkastats.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****DOMSKÄL***Tillämpliga bestämmelser*

Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 24 % LUF).

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 5 § LUF).

*Förfrågningsunderlaget***AFB.311 Huvudanbud**

Huvudanbud skall avges helt enligt förfrågningsunderlaget. Med undantag för SBEF:s reservation 2/71 får huvudanbudet inte innehålla reservationer.

AFB.312 Sidoanbud

Sidoanbud får avges om komplett huvudanbud har lämnats.

Sidoanbud skall avges som separat handling.

I sidoanbudet skall klart framgå avvikelser från förfrågningsunderlaget och konstruktionsprinciper samt dess effekt på priser, tidplan, kvalitet etc.

AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till samtliga omständigheter kommer att antas. De omständigheter som tillmäts betydelse är, med nedan angiven rangordning och viktning:

Anbudssumma	75 %
Referensprojekt	13 %
Genomförandebeskrivning	12 %

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 7
5216-12 E

Anbudssumma

Fem poäng ges till lägsta pris av kvalificerade anbud. Övriga anbud erhåller en lägre poäng som blir följden av den procentuella differensen gentemot det lägsta priset av kvalificerade anbud, (lågsta pris/aktuellt pris x 5). Poängen multipliceras därefter med viktningen för pris.

Referensprojekt

Om fler än två referensprojekt bifogas anbudet förbehåller sig Laholmsbuk- tens VA att efter eget gottfinnande välja ut två referenspersoner. Om La- holmsbuk- tens VA har tidigare erfarenhet av entreprenören i liknande projekt ersätter denna referens en av de övriga referenserna. Laholmsbuk- tens VA kommer ställa följande frågor till referenspersonerna.

- Hur väl höll entreprenören de tider som satts upp i projektet?
- Hur väl fungerade entreprenörens rapportering av ÅTA-arbeten?
- Hur väl informerades beställaren vid förseningar och förändringar?
- Hur väl fungerade entreprenörens egenkontroller?
- Hur bedömer du platschefens kompetens?

Referenspersonerna skall besvara frågorna på en skala 1-5 där 1 är dåligt och 5 är mycket bra. Anbudsgivare ansvarar för att referenspersonerna är tillfrågade och beredda att besvara frågorna. Referenser som inte anses vara relevanta ges 0 poäng.

Poängskala för referensprojekt 0-5. Bedömning görs genom att den sam- manlagda summan av referenspersonernas poäng delas med det maximal antalet poäng och detta svar multipliceras sedan med 5. Poängen multiplice- ras därefter med viktning för referensprojekt.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Förvaltnings- rätten har därför att pröva om det på grundval av vad bolaget anfört är visat att upphandlande enheten har brutit mot bestämmelserna i LUF och att detta med- fört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Förkastande av sidoanbudet

Bolaget anser att deras sidoanbud hade en lägre anbudssumma och därför borde ha varit det anbud som tilldelats kontraktet. Laholmsbuk- ten uppger att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

sidoanbudet inte uppfyllde ställda krav och därför förkastades detta anbud. Det alternativa rörmaterialet med den förenklade grundläggningen bedömdes inte ge ett godtagbart resultat. Bolaget har inte visat på vilket sätt de upphandlingsrättsliga bestämmelserna har kränkts då Laholmsbukten bedömt att det förfaringssätt som beskrivs i sidoanbudet inte uppfyller ställda krav. I denna del saknas därför anledning att ingripa mot upphandlingen.

Lottning vid lika utvärderingspoäng

Regeringsrätten uttalade i den ovan åberopade domen att det inte finns något principiellt hinder mot att vid lika anbud använda lottning och att lottning är ett allmänt vedertaget förfarande för att avgöra utgången i sådan situation. Detta trots att det i förfrågningsunderlaget inte angivits att lottning skulle kunna komma att användas. Frågan är därmed om det kommit fram någon omständighet som ger anledning att anta att lottningen utförts på ett sätt som inte kan godtas. Lottningsförfarandet har enligt protokollet från den 3 april 2012 föreslagits, beslutats och genomförts på sammanträdet. I tilldelningsbeslutet anges att lottningen genomfördes på så sätt att två omärkta kuvert innehöll de båda anbudsgivarnas namn i varsitt kuvert och att det kuvert som drogs innehöll Peabs namn. Av sammanträdesprotokollet framgår vidare namnet på de ledamöter som närvarande vid mötet. Med hänsyn till dessa omständigheter får det sätt lottningen utförts på anses godtagbart. Förvaltningsrätten finner därför att upphandlingen inte behöver göras om heller på denna grund.

Felaktig utvärdering av referensprojekt

Bolaget har slutligen invänt att de referenser som bolaget lämnade felaktigt har förkastats eller tilldelats noll poäng. Vad först gäller den referentens som Laholmsbukten åsatt noll poäng med motiveringen att det inte var ett avslutat projekt, framgår enligt förvaltningsrättens mening av hur frågorna till referenten formulerats, att det var avslutade projekt som avsågs. När det

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

härefter gäller de båda referenser som förkastats på grund av att det är andra företag som genomfört projekten. Visserligen uppges två numera anställda i bolaget ha varit anställda i dessa bolag men det har inte visats att dessa personers funktioner och övriga omständigheter i de åberopade företagen är så likartade att referenserna kan tillgodoräknas bolaget. Det av bolaget anförda är enligt förvaltningsrätten inte tillräckligt för att underkänna Laholmsbuk- tens beslut att inte beakta dessa referenser. Förfarande leder därmed inte till bedömningen att Laholmsbukten brutit mot upphandlingsbestämmelserna.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att Laholmsbukten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och det saknas därför skäl för ingripande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1b LOU)



Silja Klint

Rådman

Föredragande har varit M Georgsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 ska 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 var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU