



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2011-03-30
Meddelad i
Malmö

Mål nr
901-11 E

Sida 1 (10)

SÖKANDE

YIT Sverige AB, 556052-8753
Box 1810
171 22 Solna

Ombud:

Advokat Anna Ulfsson och Jur. kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Trelleborgs kommun
Rådhuset
231 83 Trelleborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU); i dess lydelse efter den 15 juli 2010

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2011-04-05	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 54687

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Trelleborgs kommun genomför upphandling av EPC-projekt inom Trelleborgs kommun. Upphandlingen genomförs som ett urvalsförfarande enligt 15 kap. LOU.

YIT Sverige AB (YIT) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat att den ska göras om och anfört följande:

Upphandlingsförfarandet

Trelleborgs kommun har använt sig av fel upphandlingsförfarande. Upphandlingar som understiger tröskelvärdena får upphandlas enligt 15 kap LOU. Upphandlingens värde överstiger gällande tröskelvärde för byggenreparnader (48 193 215 kr). Enligt en förstudie inför upphandlingens genomförande har energibesparingspotentialen samt kostnaderna för de föreslagna åtgärderna analyserats och bedömts avseende 20 % av fastighetsbeståndet. Fastigheterna i urvalet är enligt förstudien utvalda eftersom de väl representerar de olika typerna av fastigheter som kommunen äger. De totala beräknade investeringarna för att genomföra de åtgärder som identifieras i förstudien uppgår till 8 880 000 kr. För kommunens hela fastighetsbestånd innebär det en högst basal investering på 47 066 160 kr. Dessa åtgärder är endast de som bedömts som nödvändigast och mest angelägna att genomföra. Ett flertal ytterligare åtgärder föreslås och rekommenderas i förstudien. Dessa övriga åtgärder ingår som optioner i upphandlingen och värdet av dessa ska också beaktas i värdeberäkningen. 47 066 160 kr är således den absoluta minimisumma avseende energibesparande åtgärder som kan komma ifråga. Av ansökningsinbjudan framgår att det fastighetsbestånd som omfattas av upphandlingen uppgår till 170 000 kvm. Den genomsnittliga kostnaden per kvm är enligt branschvedertagna beräkningar 300 kr/kvm. Detta framgår av Sveriges Kommuners och Landstings rapport ” Energy performance contracting – En balansakt för besparingar och

garantier” där det står (s 66) att medelinvesteringen beräknas till 200-500 kr/kvm. En beräkning avseende det upphandlade kontraktets värde baserat på dessa siffror visar att kontraktets värde uppgår till 59 500 000 kr. Därtill kommer en fas 1-kostnad om ca 10 kr/kvm, alltså 1 700 000 kr. Slutligen ska Fas 3 räknas in i kontraktets värde. Denna fas innehåller såväl uppföljning som utvärdering av de tidigare faserna. Dessa delar innebär en investering på 2 kr/kvm under tio år, alltså 3 400 000 kr. Det totala värdet av upphandlingskontraktet blir därmed minst 62 300 000 kr.

Ett ekonomiskt positivt resultat nås om besparingen är något större än kapitalkostnaden. Detta uppnås vid exakt 11,11 års återbetalningstid om avskrivningstiden är 20 år och räntan 4 procent. Enligt den förstudie kommunen låtit genomföra är besparingspotentialen 3 000 000 – 5 500 000 kr per år. Detta innebär att det går att investera $5\,500\,000 \times 11,11 = 61\,105\,000$ kr med en positiv resultatpåverkan. Av avsnitt AFD. 1 i de administrativa föreskrifterna framgår även att innerklimatet ska förbättras, vilket kan innebära ännu större investeringar. Kommunens beräkningar är inte realistiska utan utgår från ett absolut minimum av energisparande åtgärder genomförs vilket, enligt vad som framgår av förstudien och förfrågningsunderlaget, inte är det primära fokuset med upphandlingen.

Förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget är otydligt avseende hur urvalet ska göras. Urvalskriterierna är högst godtyckliga. För det första anges att proportionalitetsprincipen kommer att tillämpas vid urvalet. Vad detta innebär konkret är mycket svårtolkat. Vad som avses med de ”fyra bästa” framgår inte av underlaget. Vidare tycks urvalet utgå från någon slags allmän bedömning av de ansökningar som leverantörerna ingett. Dessutom anges att urvalet *kan*, inte ska, ske utifrån ett antal högst oprecist formulerade kriterier. Därtill kommer att urvalet, om fler än fyra anbudssökande uppfyller kommunens krav, ska avse de leverantörer som har sammantaget störst tillgångar.

Vad kommunen anser vara störst tillgångar är högst oklart. Bland de tillgångar som kan komma att prioriteras anges bl.a. ”stabilare ekonomiskt ställning” och ”starkare projektorganisation”. Av kommunens egna ”Tilldelningsbeslut” framgår just vad gäller en av dessa omständigheter att YIT:s ekonomiska ställning är betydligt stabilare än, eller i vart fall lika stabil, som de fyra anbudsgivare som kommunen valt ut och bjudit in. YIT har den näst högsta omsättningen och den tredje bästa soliditeten. Vidare har bolaget det näst högsta försäkringsbeloppet. YIT är således tveklöst ett av de bolag som borde ha bjudits in eftersom det har en ekonomisk ställning som är näst eller tredje bäst. I tillägg till de bristfälliga urvalskriterierna har kommunen i yttrande angett en ny omständighet, nämligen ”Urvalet kommer att ske utifrån vilka som bedöms ha bäst möjlighet att genomföra det aktuella projektet”.

Ansökningsfristen

Ansökningsfristen har varit för kort. Fristen att komma med anbudsansökningar är 16 dagar kortare än vad som är minimifrist vid ett upphandlingsförfarande över tröskelvärdet. För upphandlingar under tröskelvärdet är minifristen tio dagar. Huvudregeln är att anbudssökandena ska ges skälig tid att inkomma med ansökningar. Av detta följer att fristen måste anpassas efter upphandlingens värde och omfattning. YIT hävdar att den av kommunen använda fristen, trots att den är längre än tio dagar, inte är tillräcklig. Annonsen publicerades den 20 december 2010 och ansökningstiden gick ut den 10 januari 2011. Anbudsansökningstiden löper under såväl jul, nyårs som trettonhelgerna och den verkliga ansökningstiden uppgår till endast tolv dagar, som är det antal arbetsdagar som förelåg under den aktuella perioden. Mot bakgrund av upphandlingens värde kan detta inte sägas vara skälig tid att komma in med ansökningar.

Trelleborgs kommun har bestritt bifall till yrkandet och anfört följande:

Upphandlingsförfarandet

Grunden för YIT:s påstående om att kommunen använt ett felaktigt upphandlingsförfarande är beräkningar/ uppskattningar hämtade från rapporten ”Energy performance contracting – En balansakt för besparingar och garantier” (2007). YIT har inte, på något sätt, visat att dessa beräkningar/ uppskattningar är korrekta eller verklighetsförankrade. Kommunen har vid valet av upphandlingsförfarande utgått från ”Energy performance contracting – En vinnande energieffektiviseringsaffär för alla inblandade parter” (2006). Av denna framgår bl.a. följande.

” 6. Fas 1 (Projektutvecklig) ca 2-10 kr/kvm vid ett större projekt. Resultatet av denna fas svarar även mot behovet av en energideklaration som måste göras enligt lagen om energideklaration som troligen träder i kraft i oktober 2006.

7. Fas 2 (Projektgenomförande) 150-250 kr/kvm i genomsnitt vid ett större projekt.”

8. Fas 3 (Projektuppföljning) 1-3 kr/kvm/år i genomsnitt vid ett större projekt.”

En beräkning utifrån de lägsta beloppen medför att totalsumman för 170 000 kvm uppgår till 26 010 000 kr. En beräkning utifrån de högsta beloppen medför att totalsumman uppgår till 44 710 000 kr. Det verkliga värdet kan således hamna var som helst mellan dessa olika totalbelopp. Korrekt upphandlingsförfarande har således tillämpats.

Förfrågningsunderlaget

Anbudsinvjudan har varit klar och tydlig. Utöver detta har inbjudan innehållit en blankett för anbudsansökan, som anbudssökande skulle fylla i och bifoga. Kommunen har utvärderat i enlighet med de i anbudsinvjudan angivna kriterierna. Proportionalitetsprincipen har även tillämpas i urvalsprocessen. YIT har anfört att kommunen angett en ny omständighet, nämligen att ”Urvalet kommer att ske utifrån vilka som bedöms ha bäst möjlighet att genomföra det aktuella projektet”. Exakt denna skrivning återfinns under rubriken Urval i annonsen till upphandlingen.

Ansökningsfristen

Kommunens anbudsinvitan består av 23 sidor, varav 3 ska fyllas i av anbudssökanden. Förutom att Blankett 1 ska fyllas i och återsändas har endast utdrag/bevis om anbudssökandens ekonomiska ställning krävts in. De frågor som ställs i blanketten bör varje kvalificerad anbudssökande kunna besvara tämligen enkelt och omgående. Värdet av upphandlingen är oväsentligt i detta sammanhang. Anbudssökanden har haft skälig tid att komma in med ansökningar.

DOMSKÄL

Relevanta bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsoptions- och förlängnings beaktas som om de utnyttjas. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Av tillkännagivande av tröskelvärden (2010:53) framgår att tröskelvärde för byggtreprenader för närvarande uppgår till 48 193 215 kr.

Av 15 kap. 1 § LOU framgår att kapitlet gäller kontrakt som understiger tröskelvärdena.

Enligt 15 kap. 3 § första stycket LOU ska en upphandling enligt kapitlet göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Av 15 kap. 3 a § första och andra styckena framgår att värdet av ett kontrakt kap. 3 a § 1 stycket uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och att options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjas vid beräkningen.

Av 15 kap. 9 § framgår att anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Upphandlingsförfarandet

YIT anför att värdet av upphandlingen överstiger gällande tröskelvärde och att ett felaktigt upphandlingsförfarande därmed tillämpats. Den största kostnaden för EPC-upphandlingar är den del av kontraktet som avser Fas 2. Trelleborgs kommun har när man uppskattat värdet av upphandlingen och valt upphandlingsförfarande utgått från skriften ” Energy performance contracting – En vinnande energieffektiviseringsaffär för alla inblandade parter” (2006), i vilken kostnaden för Fas 2 uppges uppgå till 150-250 kr/kvm i genomsnitt vid ett större projekt. YIT gör gällande att den genom-

snittliga kostnaden per kvm är enligt branschvedertagna beräkningar 300 kr/kvm och uppger att detta framgår av Sveriges Kommuner och Landstings rapport ”Energy performance contracting – En balansakt för besparingar och garantier” där det står (s 66) att medelinvesteringen beräknas till 200-500 kr/kvm. Förvaltningsrätten kan notera att det i den av sökande åberopade skriften anges (s 11) att Fas 2 (projektgenomförandet) kostar ca 150-250 kr/kvm i genomsnitt vid större projekt samt att projektkostnaden kan stiga till uppemot 400 – 500 kr kvm i fastighetsbestånd med mindre byggnader och då underhållet är kraftigt eftersatt. Mot bakgrund av båda nämnda skrifter har upphandlande myndighet haft visst fog för att utgå från att ifrågavarande upphandlings värde understiger gällande tröskelvärde. Den förstudie som har gjorts indikerar även den att upphandlingens totala värde understiger tröskelvärdet, om än med liten marginal. Förvaltningsrätten anser därför inte, oaktat de beräkningar sökanden har redovisat, att det kan anses visat att värdet av upphandlingen ifråga överstiger tröskelvärdet. För upphandlingar under tröskelvärdet kan upphandlande myndighet välja ett urvalsförfarande. Förvaltningsrätten anser således inte att det finns grund för ett ingripande enligt LOU med hänvisning till vad sökande anfört avseende valt upphandlingsförfarande.

Förfrågningsunderlaget

YIT har gjort gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt såvitt avser hur urvalet ska göras. I ansökningsinbjudan anges under rubriken ”Begränsning av antalet anbudssökande” följande:

”En begränsning av antalet anbudssökande kommer att ske. Urvalet sker genom att alla anbudssökande som uppfyller ovan angivna krav anses kvalificerade anbudssökanden. Om antalet kvalificerade anbudssökanden överstiger fyra stycken kommer de fyra bästa anbudssökanden att bjudas in till anbudsgivning. Härvid kommer proportionalitetsprincipen att iakttas. Bedömningen av och urvalet kommer att ske på basis av de uppgifter som anbudsgivaren lämnar in i samband med ansökan att få delta i anbudsgivningen. Vid detta urval kan anbudssökanden med stabilare ekonomisk ställning, starkare projektorganisation samt den redovisade totala storleken (m²) på anbudssökandens genomförda fastighetsprojekt enligt en EPC-modell komma att prioriteras. Om det framkommer att fler än fyra

leverantörer har en likvärdig, ekonomisk ställning, kompetensmässig genomförandestorlek samt storlek på referenser kommer de fyra leverantörer som bedöms ha de sammantaget största tillgångarna att väljas. De uppgifter som efterfrågas framgår av detta dokument och **Bilaga 1**. Blankett för Anbudsansökan.

I "Bilaga 1. Blankett för Anbudsansökan" anges under rubriken "Information" bl.a. följande:

"Denna blankett och deklARATION för anbudssökande skall fyllas i av samtliga anbudssökanden. Informationen i blanketten kommer att utgöra grund för urval av de entreprenörer som kommer att bjudas in till anbudsgivningen och begränsas till 4 stycken. De krav som anges i Anbudsansökan och Blankett för Anbudsansökan är minimikrav för urvalet av vilka som skall bjudas in och lämna anbud. Om antalet valda sökanden överstiger 4 stycken kommer ett urval att göras baserat på de uppgifter som anbudssökanden inkommit med i samband med anbudsansökan. Urvalet kommer att ske utifrån vilka som bedöms ha bäst möjlighet att genomföra det aktuella projektet."

Upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma hur man gör sitt urval så länge inte de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna träds för när. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt vilken information som ska lämnas in av anbudssökandena och att det är denna som kommer att ligga till grund för urvalet, samt vad i denna information som kommer att tillmätas betydelse vid urvalet. Vidare framgår att om det framkommer att fler än fyra leverantörer bedöms ha likvärdig ekonomisk ställning, kompetensmässig genomförandestorlek samt storlek på referenser kommer de fyra leverantörer som bedöms ha de sammantaget största tillgångarna att väljas. Enligt tilldelningsbeslutet har vid val mellan YIT och Siemens i placering 1 – 4 den med anbudssökande som bedöms ha de sammantaget största tillgångarna (Siemens) antagits. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt avseende hur urvalet ska göras och att det inte framkommit att urvalet skett på ett godtyckligt sätt. Vad YIT anfört avseende i denna del föranleder således inget ingripande enligt LOU.

Ansökningsfristen

Enligt YIT har fristen för att inkomma med ansökningar om att delta i upphandlingen varit för kort. Anbudssökande ska ges skälig tid att komma in med ansökningar. Tiden får aldrig vara kortare än tio dagar för upphandlingar under tröskelvärdet. Annonsen publicerades den 20 december 2010 och ansökningstiden gick ut den 10 januari 2011. Mot bakgrund av att det inte kan anses vara ett särskilt betungande arbete att ta fram de uppgifter som ska lämnas in i samband med anbudsansökan anser förvaltningsrätten att anbudssökandena har getts skälig tid att inkomma med ansökningar. Inte heller vad YIT har anfört i denna del föranleder därmed ett ingripande enligt LOU.

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


Jan Bratt