



**LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN**
Avdelning 1
Lena Palmér

DOM
2009 -06- 0 4
Meddelad i
Malmö

Mål nr
4030-09E

SÖKANDE

Byggnadsfirman Otto Magnusson AB
Borrgatan 9
211 24 Malmö

Ombud: Advokat Ola Jönsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö AB
Nordenskiöldsgatan 8
211 19 Malmö

MOTPART

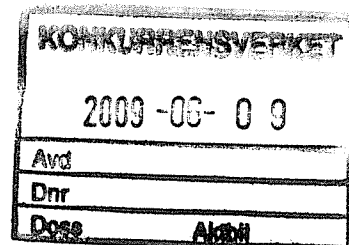
Vellingebostäder AB
Frans Gustavsgatan 2
235 33 Vellinge

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Vellingebostäder AB:s upphandling avseende nybyggnad av Stora Hammars skola ska göras om.



YRKANDEN M.M.

Vellingebostäder genomför en upphandling avseende nybyggnad av Stora Hammars skola. Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet och genomförs enligt öppet förfarande. MVB Syd AB har i tilldelningsbeslut den 15 april 2009 tilldelats uppdraget.

Byggnadsfirman Otto Magnusson AB (Otto Magnusson AB) ansöker om överprövning av upphandlingen. I första hand yrkar bolaget att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om med bortseende från den justering av anbudssumman som MVB Syd AB gjort i anbudskomplettering. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Vellingebostäder AB bestrider bifall till ansökan.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 24 april 2009 förordnat att i målet aktuell upphandling inte får avslutas innan annat beslutats.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan länsrätten pröva om en upphandlande enhet 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts. - Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

2009 -06- 0 4

Parternas argumentation

Byggnadsfirman Otto Magnusson AB:

Upphandlingsförfarandet har skett i strid med 1 kap 9 § LOU. MVB Syd AB (MVB) har tillåtits att på ett felaktigt sätt och i strid med likabehandlingsprincipen revidera sitt anbud, varför denna revidering ska lämnas utan avseende. Otto Magnusson AB har inkommit med anbud där anbudssumman uppgår till 139 500 000 kr. Beträffande tillkommande arbeten har bolaget anfört ett entreprenadtillägg om 11 procent och 6 procent för underleverantörer. MVB har inkommit med anbud om 145 240 000 kr. Beträffande tillkommande arbeten har MVB anfört ett entreprenadtillägg om 12 procent och 10 procent för underleverantörer. Av de handlingar som legat till grund för infordrandet av anbud har inte framgått höjderna för de aktuella husen. Anbudslämnarna har därvid en rättighet och skyldighet att enligt ATB 06 räkna på den billigaste lösningen, dvs. att någon masschaktning av jord ej behöver ske. I anbuds PM 1 har Vellingebostäder AB efterfrågat eventuell justering av de då ingivna anbuden i anledning av att plushöjderna för entreprenaden fastlagts i detaljplan. Detaljplanen har föreskrivit att husens belägenhet ska höjas väsentligt, varför detta har varit att betrakta som ett stort tillkommande arbete. Otto Magnusson AB har angett att PM 1 ej föranlett någon prisjustering i förhållande till lämnat anbud. MVB har i sin anbudskomplettering anfört att det tillkommande arbetet föranlett bolaget att sänka priset med 6 500 000 kr. Den revidering som skett av MVB:s anbud har uppenbarligen skett efter att MVB erhållit kunskap om övriga anbud. Någon annan förklaring till varför ett tillkommande arbete medfört en avgående kostnad om 6 500 000 kr finns inte.

Om den upphandlande enheten under upphandlingens gång skaffar sig kunskaper som ger vid handen att nya krav bör ställas måste upphandlingen avbrytas och göras om. En eventuell justering av anbudskriterier eller krav ska endast tillåtas om en sådan justering är av mindre karaktär och

sker innan anbuden inkommer. Eftersom den aktuella upphandlingen görs enligt öppet förfarande är förhandling inte tillåtet, varför utrymmet för att förändra förfrågningsunderlaget är ännu mindre än om förhandling hade varit tillåten. För det fall upphandlingen inte görs om i sin helhet kan de nya omständigheterna inte göras till en del av upphandlingen. Kostnaden för markarbetena i sin helhet har uppgått till ca 30 miljoner kr. Den justering som MVB Syd AB tilläts göra motsvarar således en femtedel, vilket är en väsentlig del av kostnaderna. Upphandlande myndighet har angett en helt ny förutsättning för upphandlingen, denna har varit väsentlig och den har kommunicerats först efter anbudstidens utgång.

Efter justering understiger MVB:s anbud Otto Magnusson AB:s anbud med endast 760 000 kr. Otto Magnusson AB:s anbud har varit lägre såväl avseende underentreprenörer som avseende beräkningsgrund för tilläggs- och ändringsarbeten och avseende bruttotimkostnader enligt AFD.611. Sammantaget innebär detta att Otto Magnusson AB:s anbud varit det mest ekonomiskt fördelaktiga även om justeringar beaktas.

Förfrågningsunderlaget är otydligt utformat och saknar precisering över hur utvärderingen av kriterierna ska gå till. Det framgår inte hur kriterierna eller underkriterierna ska viktas. Möjlighet för anbudsgivarna att avgöra hur det fasta priset kommer att viktas mot procentsatserna för tilläggsarbeten saknas helt. Förfrågningsunderlagets utformning innebär i praktiken att Vellingebostäder AB har förbehållit sig en obegränsad valfrihet.

Vellingebostäder AB har inte redogjort för hur utvärderingen har gått till. Någon faktisk utvärdering av andra utvärderingskriterier än "pris" har inte skett. Detta framgår av mailkorrespondens mellan bolaget och Vellingebostäder AB

Vellingebostäder AB har vidare sammanblandat såväl kvalificerings- och utvärderingsskedet som kvalificerings- och utvärderingskriterier, vilket

inte är förenligt med LOU. De av Vellingebostäder AB uppställda utvärderingskriterierna "Erfarenhet/kompetens" och "Resurser/kapacitet" är inte förenliga med LOU (jfr dom av EG domstolen i mål C-532/06 "Lianakis").

Otto Magnusson AB:s anbud har inte varit ofullständigt. Det faktum att anbudet blivit föremål för utvärdering, visar att det ej förkastats.

Vellingebostäder AB:

Efter anbudstidens utgång har samtliga sju anbudsgivare erhållit ett PM 1 för att komplettera sina anbud på grund av nytillkomna uppgifter. Vid kompletteringstidens utgång hade samtliga anbudsgivare utom Otto Magnusson AB inkommit med komplettering. Vid möte med bolaget den 31 mars 2008 lämnade dess representant en muntlig komplettering innebärande oförändrat anbud. I ett antedaterat kompletteringsanbud, inkommet den 1 april 2009 från Otto Magnusson AB, framgår att bolagets anbud sänks med 1 720 000 kr. Eftersom Otto Magnusson AB:s komplettering av anbudet inte hade inkommit i rätt tid förkastade Vellingebostäder AB både den skriftliga och den muntliga kompletteringen. Vellingebostäder AB har inte agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Vellingebostäder AB har inte heller spritt någon information om anbudssummor, vilket Otto Magnusson AB antyder. Av sammanställning av anbudsgivarnas kompletteringar framgår att dessa har en spridning mellan plus 6 500 000 kr och minus 6 500 000 kr. Inga sidoanbud har bedömts aktuella.

Entreprenaden är en totalentreprenad vilket innebär att entreprenören har konstruktionsansvar och väljer grundläggning. Valet av grundläggning påverkar blivande marknivån. Anbudsgivarna kan i sina anbud ha utgått från olika marknivåer. Åberopad paragraf i ABT är inte relevant eftersom den endast gäller om det förekommer motstridiga uppgifter i en och samma

handling. Huruvida anbudskompletteringen är av väsentlig eller icke väsentlig karaktär måste relateras till hela anbudssumman samt till att entreprenaden är en totalentreprenad. Kompletterings påverkan är inte större än 4,5 procent ens för den anbudsgivare vars anbud har påverkats mest.

Den upphandlande enheten har enligt LOU rätt att begära kompletteringar om det kan ske utan risk för särbehandling. Handlingar för att komplettera anbudet har lämnats ut till alla anbudsgivare, varför Vellingebostäder AB inte brutit mot likabehandlingsprincipen. Det finns därför ingen grund för att upphandlingen ska göras om. De övriga omständigheterna till grund för rättelse är endast relevanta om länsrätten finner att förkastandet av Otto Magnusson AB:s anbud inte är förenliga med LOU.

Otto Magnusson AB tillmäter felaktigt procentsatserna för tillkommande arbeten en alltför stor betydelse. De efterfrågade procentsatsernas betydelse är dock näst intill försumbar i totalentreprenader. Beträffande utvärderingspunkterna erfarenhet/kompetens och resurser/kapacitet har Otto Magnusson AB, MVB Syd och Byggmästarna i Skåne bedömts likvärdiga. Allt sammantaget har Vellingebostäder AB kommit fram till att MVB Syd AB:s anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Om länsrätten skulle besluta om rättelse av utvärderingen kommer den begärda rättelsen inte att gagna Otto Magnusson AB:s sak. Anbudet från Otto Magnusson AB är ofullständigt och kan inte beaktas.

Vellingebostäder AB har inte brutit mot transparens- eller likabehandlingsprinciperna. Anbudet har bedömts utifrån samtliga krav i förfrågningsunderlaget.

Länsrättens bedömning

Otto Magnusson AB gör gällande att Vellingebostäder AB i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot LOU genom att

- tillämpa ett förfrågningsunderlag och en utvärderingsmodell som inte är förenliga med lagen,
- efter anbudstidens utgång ha förändrat förutsättningarna för upphandlingen på ett väsentligt sätt,
- inte ha utvärderat anbuden i enlighet med förfrågningsunderlaget samt
- inte ha redovisat hur utvärderingen har gått till.

Värderingsgrunderna för prövning av anbuden återfinns under punkt AFB.52 i förfrågningsunderlaget där följande anges:

Grunden för antagande av anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till följande kriterier i angiven rangordning:

- 1. Pris, inkluderande i anbudet lämnade uppgifter avseende reglering av ändrings- och tilläggsarbeten.*
- 2. Erfarenhet/kompetens*
 - relevant erfarenhet för genomförande av entreprenaden*
 - relevant kompetens för genomförande av entreprenaden*
- 3. Resurser/kapacitet*
 - tillgång till stödorganisation för planering, inköp, samordning, ekonomi, uppföljning, teknisk support m.m.*

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Utvärderingskriterier ska

ha en koppling till kontraktsföremålet. Krav som avser anbudsgivarens förmåga att utföra projektet utgör inte utvärderingskriterier.

Länsrätten kan inte annat än instämma i den av Otto Magnusson AB framförda kritiken gällande förfrågningsunderlagets bristande tydlighet vad avser beskrivningen av utvärderingskriterierna. Någon viktning anges inte för kriterierna. Vidare är vad som ska tillmätas betydelse under respektive utvärderingskriterium endast mycket kortfattat angivet, vilket bl.a. innebär att det inte går att utläsa om kriterierna *Erfarenhet/kompetens* och *Resurser/kapacitet* är att hänföra till föremålet för upphandlingen eller anbudsgivarens förmåga att fullgöra kontraktet. Vad avser kriteriet *Pris* - som har kommit att bli helt utslagsgivande för tilldelningen av kontraktet - framgår inte hur det fasta priset kommer att viktas mot procentsatserna för tillägsarbeten. Anbudsgivarna har därmed saknat möjlighet att förutse hur utvärderingen av anbuderna kommer att ske och därmed även saknat möjlighet att utforma anbuderna på ett konkurrenskraftigt sätt. Förfrågningsunderlagets utformning ger vidare den upphandlande myndigheten ett stort utrymme för godtycklighet. Förfrågningsunderlaget kan mot bakgrund av det anförda inte anses uppfylla kraven på förutsebarhet och transparens.

Därutöver har Vellingebostäder AB, efter anbudstidens utgång, genom anbudspm 1 förändrat förutsättningarna för upphandlingen på ett väsentligt sätt, vilket inte heller kan anses förenligt med nämnda krav på förutsebarhet och transparens.

Slutligen har – såvitt framgår av tilldelningsbeslutet - endast offererad anbudssumma legat till grund för tilldelning av kontraktet, vilket ger stöd för Otto Magnusson AB:s påstående att Vellingebostäder AB inte utvärderat anbuderna i enlighet med i förfrågningsunderlaget uppställda kriterier.

2009 -06- 0 4

Sammanfattningsvis anser länsrätten att de omständigheter Otto Magnusson AB har åberopat visar att Vellingesbostäder AB vid genomförandet av den aktuella upphandlingen agerat i strid med 1 kap 9 § LOU och att Otto Magnusson AB därigenom kan ha lidit skada. Förutsättningar finns därför för ingripande enligt LOU. Mot bakgrund av att bristerna bl.a. är att hänföra till förfrågningsunderlaget ska upphandlingen göras om.

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



Anders Granholm



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Göteborg.

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.