



**LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN**
Avdelning 1
Ulf Fred

DOM
2009-02-05
Meddelad i
Malmö

Mål nr
12869-08 E

SÖKANDE

NCC Construction Sverige AB, 556613-4929
205 47 Malmö

Ombud: Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

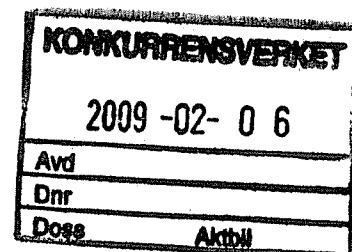
Ombud: Advokat Göran Ohlsson
Advokatbyrån Göran Ohlsson
Västergatan 1
211 21 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten avslår yrkandet om ingripande enligt LOU.



YRKANDEN M.M.

NCC Construction Sverige AB (nedan NCC) ansöker om överprövning av Malmö stad genom Malmö kommuns parkerings AB:s upphandling av nybyggnad för parkeringshus vid station Hyllie i Malmö, pnr 602, och yrkar ingripande enligt LOU, i först hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om.

Malmö stad motsätter sig NCC:s yrkande.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 19 december 2008 förordnade att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Relevanta rättsliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att länsrätten kan 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att länsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Sakliga omständigheter av betydelse

Grunden för antagande av anbud i den aktuella upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till följande fem kriterier.

Pris är viktat till 50 procent, Erfarenhet/kompetens m.m. till 20 procent, Internationella köp till 10 procent, Kvalitets- och miljöledningssystem till 10 procent och Referenser till 10 procent.

I kriteriet Pris värderas bland annat hur angivna procentsatser avseende reglering av ändrings- och tilläggsarbeten kan komma att påverka slutkostnaden.

Anbudssumman kommer att beräknas som medelvärdet av det fasta priset och riktpriiset med incitament. Det står beställaren fritt att handla upp entreprenaden antingen som fast pris eller som riktpris med incitament från det antagna anbudet. I kriteriet Referenser beaktas hur tidigare mellanhavanden med Malmö stad genomförts och avslutats eller, om sådana saknas, egna lämnade referenser.

Malmö stad beslutade att tilldela Byggnadsfirman Otto Magnusson AB entreprenaden.

Parternas argumentation

NCC: Utvärderingskriterierna i upphandlingen är så oklart formulerade och utvärderingsmodellen har inte beskrivits på ett tillfredställande sätt vilket ger ett oacceptabelt stort utrymme för skönsmässiga värderingar. Sådana värderingar har gjorts till nackdel för NCC och till fördel för det vinnande företaget Otto Magnusson. För kriteriet pris gäller att anbud ska lämnas som fast pris utan indexreglering eller som riktpris med incitament

enligt redovisad modell. Det står beställaren fritt välja mellan alternativen. Otto Magnusson har lämnat ett viktat pris på 153 500 000 kr och NCC på 158 000 000 kr. Företagen har därvid fått 50 respektive 45 poäng. Om även prisskillnaden viktats procentuellt skulle NCC ha fått 47 poäng. Förfrågningsunderlaget ger inte besked om detta. Otto Magnusson har utelämnat uppgift om hur ändrings- och tilläggsarbeten i procent påverkar priset medan NCC lämnat konkurrenskraftiga procentsatser. Detta borde vara till fördel för NCC. Även för kriteriet erfarenhet/kompetens, inklusive partnering, har NCC lämnat utförligare uppgifter och borde därför ha fått högre poäng än vad Otto Magnusson fått. Detsamma gäller för kriteriet internationella köp, där Otto Magnusson saknar organisation och inte visar någon för uppdraget relevant erfarenhet. För kvalitets/miljösystem, där NCC säkerställt sina redovisade system med ISO- certifiering, har båda företagen fått lika poäng, vilket kan accepteras. När det gäller referenser har NCC haft fler mellanhavanden med Malmö stad och borde ha fått högre poäng. Utvärderingen är felaktig och innehåller ett oacceptabelt inslag av godtycke och skönsmässiga bedömningar. Vid en korrekt utvärdering skulle därför NCC ha tilldelats upphandlingen. – Det är inte fråga om en konventionell totalentreprenad, som Malmö stad påstår, utan entreprenaden kräver bland annat avancerad grundläggning och stabilitetskontroll mot Citytunneln. Malmö stads senare lämnade uppgifter om hur ändrings- och tilläggsarbeten påverkar priset är än mer förvirrande. Det framgår inte heller när dessa handlingar upprättades. Även uppgifterna om att Otto Magnusson genomfört ett fyrtiotal entreprenader är nya dokument som tillförts upphandlingen efter anbudstidens utgång. Det framgår inte att Malmö stad haft för avsikt att göra egna utredningar. Även med beaktande av dessa entreprenader för Malmö stad framgår det inte att Otto Magnusson har den erfarenhet och kompetens som krävs för den aktuella totalentreprenaden. Företaget har inte heller den efterfrågade relevanta erfarenheten av internationella materialköp som krävs för upphandlingen.

Malmö stad: Otto Magnusson har lämnat den lägsta anbudssumman och har även lämnat uppgift med lägre procentsatser om hur ändrings- och tilläggsarbeten påverkar priset. Det är fråga om en konventionell totalentreprenad där samtliga anbudsgivare vid övriga kriterier än pris har bedömts lika, med undantag för Internationella köp där Otto Magnusson och ett annat bolag fått en lägre poäng. Utvärdering har skett i enlighet med gällande lagstiftning. Malmö stad vidhåller att Otto Magnusson lämnat korrekta och lägre procentsatser om hur ändrings- och tilläggsarbeten påverkar priset vid jämförelse med NCC:s anbud. Det är fråga om en totalentreprenad där det åligger entreprenören att, via interna eller externa konsulter, producera erforderliga konstruktions- och arbetshandlingar. Otto Magnusson har den erfarenhet som motsvarar resultatet av utvärderingen med ett fyrtiotal entreprenader för Malmö stad och erfarenhet av internationella köp. Malmö stads uppfattning är att utvärderingen av inkomna anbud varit objektiv och transparent och att NCC:s invändningar saknar grund.

Länsrättens bedömning

Anbudsutvärderingen från den 5 december 2008 visar – kriteriet Pris undantaget – att samtliga fem anbudsgivare fått högsta möjliga poäng på alla övriga kriterier utom på kriteriet internationella inköp, där Otto Magnusson AB och en annan anbudsgivare fått 9 av 10 möjliga poäng. Utslagsgivande för upphandlingen har därför varit priset, där Otto Magnusson AB lämnat det lägsta medelvärdet av fast pris och riktpreis med incitament och fått 50 poäng, medan NCC lämnat näst lägst pris och fått 45 poäng.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att i upphandlingar som innefattar poängsättning av vissa kriterier med inslag av bedömningar, som exempelvis erfarenhet ellert kompetens, gäller ofta att det inte är möjligt att helt objektivt fastställa några exakta värden. Vad som är avgörande är att bedömningarna görs på saklig grund med utgångspunkt i det som är relevant

för den aktuella upphandlingen och i det som anges i förfrågningsunderlaget. Det kan inte stå i överensstämmelse med principerna bakom upphandlingslagstiftningen (främst proportionalitetsprincipen) att mindre eller nyetablerade företag vid utvärdering regelmässigt får lägre poäng för sådana kriterier än stora eller väletablerade företag, om inte den större erfarenheten eller kompetensen som de senare företagen ofta besitter innebär ett mervärde för den upphandlande myndigheten med avseende på det som faktiskt upphandlas. Det måste alltså vara fullt möjligt att två leverantörer med olika stor erfarenhet eller kompetens får samma och högsta poäng vid en utvärdering, under förutsättning att den större erfarenhet eller kompetens som en av leverantörerna har saknar egentlig betydelse för utförandet av den tjänst som upphandlas.

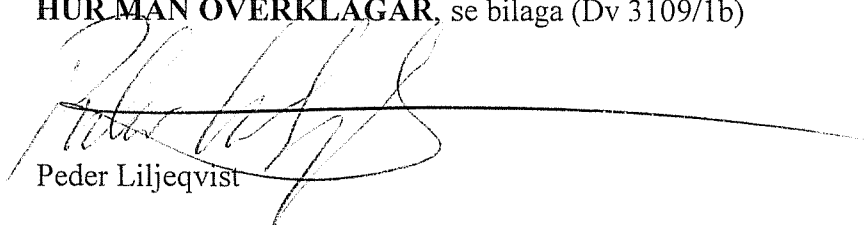
Länsrätten kan härfter konstatera att det inte framgår hur grunderna för poängsättningen i den i målet aktuella upphandlingen närmare har sett ut. Malmö stad har emellertid redogjort för hur man värderat det vinnande anbudet från Otto Magnusson i jämförelse med NCC:s anbud. Enligt länsrätten får Malmö stads uppfattning stöd av att Otto Magnusson AB:s anbud innehåller relativt utförliga beskrivningar av hur bolaget uppfyller de efterfrågade kriterierna och att dessa ger utrymme för bedömningen att bolaget väl kan motsvara den poängsättning som gjorts av anbudet. NCC har enligt länsrätten inte visat att poängbedömningen trots detta inte är sakligt motiverad. När det gäller kriteriet Referenser, där tidigare mellanhavanden med Malmö stad ska bedömas, ligger det i sakens natur att sådana bedömningar görs på material som är kända av Malmö stad. Det är därmed inte heller visat att Malmö stad tagit hänsyn till några nya omständigheter som inte får beaktas vid utvärderingen. Inte heller i övrigt har det framkommit att Malmö stad vid utvärderingen beaktat några sådana omständigheter.

Länsrätten kan därför sammanfattningsvis inte finna att Malmö stad frångått förfrågningsunderlaget vid utvärderingen eller på annat sätt gjort

oacceptabla skönsmässiga bedömningar som gör att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen med stöd av LOU, varken genom att förordna om rättelse eller besluta att upphandlingen ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut från den 19 december 2008 upphör därmed att gälla. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av denna dom inte prövas efter det att tio dagar gått från domens meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Detta gäller även om domen överklagas inom den anvisade tiden tre veckor.

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



Peder Liljeqvist



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.