



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Föredraganden L Andersson

DOM
2010-05-19
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1833-10 E

SÖKANDE

Essen Bygg Aktiebolag, 556488-6074
Box 600
851 08 Sundsvall

Ombud: Pernilla Carlsson Rasiwala
Nord & Co Advokatbyrå KB
Box 1435
111 84 Stockholm

MOTPART

Sundsvalls kommun
851 85 Sundsvall

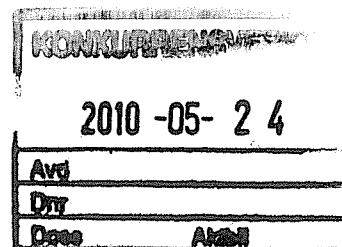
Ombud: Arne Mattisson
Sundsvalls kommun
Koncernstaben
851 85 Sundsvall

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Sundsvalls kommuns upphandling av tillbyggnad och renovering av bassäng i Njurundahallen, Nolby, Sundsvall ska göras om.



Dok.Id 2357

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314 871 27 Härnösand	Backgränd 9	0611 - 34 98 00 E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se	0611 - 34 98 10	måndag – fredag 08:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sundsvalls kommun, service och tekniknämnden (kommunen), som genomför upphandling avseende tillbyggnad och renovering av bassäng i Njurundahallen, Nolby, Sundsvall, har i tilldelningsbeslut den 26 februari 2010 meddelat att avtal kommer att tecknas med Rekab Entreprenad AB (Rekab) som totalentreprenör för rubricerat projekt.

Essen Bygg AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten enligt 16 kap. 2 § LOU ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts av utvärderingen genom att Rekabs anbud i första hand utesluts från utvärdering, i andra hand genom att anbudet behandlas korrekt dvs. i enlighet med vad som angetts i anbudsföreskrifterna i upphandlingen såvitt avser utvärderingskriteriet Referenser. För det fall förvaltningsrätten inte bifaller bolagets yrkande om rättelse yrkas i stället att domstolen beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anfört i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Fördröjningsmagasinet

Rekab har lämnat ett orent anbud och ska uteslutas. Kommunen har avvikit från rambeskrivningen i upphandlingen vad gäller kravet på fördröjningsmagasin i spolvatten. Kommunen har uppställt krav på hur magasinet ska installeras. Det framgår emellertid inte att det finns möjlighet för anbudsgivarna att komma med alternativa lösningar på hur spolvattnet ska hantearas. Av utvärderingsprotokollet under avsnittet Teknisk lösning framgår att Rekab som anges som "Anbudsgivare 2", har föreslagit att befintlig flockningsbassäng byggs om till fördröjningsmagasin. Detta är något som kommunen har accepterat i utvärderingen av anbuderna trots att det rimligen innebär att Rekabs anbud är ett orent anbud. Effekten av att kommunen har accepterat Rekabs orena anbud syns inte i poängsättningen vad gäller Teknisk lösning men det har väsentligt inverkat på Rekabs pris för "Fördröjningsmagasin för spolvatten". Detta pris har med det orena anbudet blivit

86 000 kr lägre än bolagets anbud i detta avseende eftersom Rekab inte har behövt offerera nya plasttankar och inbyggnad av desamma som de övriga anbudsgivarna har gjort i enlighet med rambeskrivningen i upphandlingen. Bolaget menar att kommunen rätteligen skulle ha förkastat Rekabs orena anbud, alternativt bett Rekab att förklara vad det skulle kosta om den tekniska lösningen skulle utföras på det sätt som kommunen efterfrågat i rambeskrivningen. Det är inte omöjligt att kommunen har bedömt Rekabs lösning vara bättre än vad som först efterfrågats i upphandlingen, även om det inte framgår av utvärderingsprotokollet. Skulle kommunen därför ha velat ändra förutsättningarna i upphandlingen på det sätt som Rekab föreslagit måste kommunen ge alla anbudsgivare samma möjlighet att justera sina respektive anbud efter denna nya lösning av hanteringen av spolvattnet. Detta måste ske för att garantera likabehandling av anbudsgivarna och för att möjliggöra för kommunen att jämföra "äpplen med äpplen" i upphandlingen. Utan att anbuderna likställs på sådant sätt kan kommunen inte förvisa sig om att det verkligen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som får högst poäng i utvärderingen och vinner upphandlingen.

Kommunen synes emellertid ha genomfört upphandlingen som en funktionsupphandling. Även i en sådan upphandling måste dock den upphandlande enheten förvissa sig om att den kan efterleva kraven i 1 kap. 9 § LOU. Om det inte är möjligt ska en upphandlande enhet inte genomföra en funktionsupphandling. Även om det har varit kommunens avsikt att anbudsgivarna ska få inge förslag på egna "smarta lösningar" som skiljer sig från de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget framgår det inte uttryckligt av förfrågningsunderlaget, varken av de administrativa föreskrifterna eller av rambeskrivningen. De administrativa föreskrifterna och rambeskrivningen ger inte något utrymme för "smarta lösningar" som kommunen menar var avsikten i upphandlingen. Kommunens förfrågningsunderlag brister följaktligen i detta avseende i kravet på transparens. En förenklad upphandling i LOU tillåter inte att anbudsgivarna får lämna olika

”smarta lösningar” i sina anbud. I vart fall inte utan att den upphandlande enheten kan garantera att de principer som gäller för all upphandling tillvaratas. Detta kan ske endast om det är möjligt att ”nollställa” anbud med olika lösningsförslag i förhållande till varandra så att det med säkerhet kan sägas att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vinner upphandlingen. Kommunens önskan att få in ”smarta lösningar” har fått till effekt att kommunen inte har kunnat likställa anbuden med varandra varför likabehandlingsprincipen åsidosatts i upphandlingen. Det är irrelevant huruvida kommunen har bedömt att Rekabs anbud är sämre än de andra anbudsgivarna såvitt gäller Teknisk lösning eftersom Rekabs ”smarta lösning” har lett till väsentliga effekter för Rekabs prissättning. Vidare har särbehandlingen förfördelat de andra anbudsgivarna som, till skillnad från Rekab, har följt de minimikrav i rambeskrivningen som anges vara ett krav i AFB.52.

Anbudsföreskrifterna

Kommunen har brutit mot kravet på förutsebarhet och likabehandling i LOU samt vad som anges i AFB.31 i de Administrativa föreskrifterna i upphandlingen genom att anta Rekabs anbud trots att det inte uppfyller de där angivna skall-kraven. I AFB.31 anges att ett anbud ska innehålla bl.a. en beskrivning av tänkt utförande av relaxavdelning samt fördröjningsmagasin. Rekabs anbud innehåller inte någon sådan beskrivning. Kommunen skulle rätteligen redan på denna grund ha förkastat Rekabs anbud.

Kriteriet Referenser

Kommunen har vidare brutit mot 1 kap. 9 § LOU och vad som anges i Anbudsföreskrifterna genom att tilldela Rekab högre poäng än vad som explicit anges i Anbudsföreskrifterna i upphandlingen såvitt avser kriteriet Referenser. För att få högsta poäng för Referenser (10 poäng) ska anbudsgivaren enligt Anbudsföreskrifterna AFB.32 under avsnittet ”Referenser” ha erfarenhet av badanläggning samt ha agerat totalentreprenör i minst två projekt över 5 miljoner kronor under de senaste fem åren. Rekab har tillde-

lats 10 poäng i detta avseende. Bolaget anser att kommunen har avvikit från anbudsföreskrifterna när den tilldelat Rekab högsta poäng för kriteriet Referenser. Av Rekabs anbud framgår vilka tre referensobjekt som åberopas i upphandlingen. – Det framgår inte av denna lista över referensobjekt vilka av Rekabs uppdrag som utgör totalentreprenader eller vilka belopp entreprenaderna har uppgått till. Detta trots att Rekab har ”bokat för” att sådana uppgifter lämnas i sitt anbud. Rekab har alltså i detta avseende lämnat en bristfällig uppgift i sitt anbud. Kommunen har inte uteslutit det bristfälliga anbudet eller bett Rekab komplettera detsamma. – För det andra har bolaget kännedom och bevis för att endast ett av Rekabs tre angivna referensobjekt har genomförts som en totalentreprenad, nämligen det första (ett uppdrag som dock ännu inte är avslutat). Det andra referensobjektet (Äventyrsbadet som har byggts på uppdrag av Sundsvall Arena AB) är en delad entreprenad, vilket styrks av samtal med bolaget som har bygglidningsansvaret för Äventyrsbadet. Det tredje referensobjektet (Åkroken som har byggts på uppdrag av Akademiska Hus) har Rekab genomfört som en generalentreprenad. Detta betyder att Rekab har lämnat felaktiga uppgifter i sitt anbud vilket parentetiskt rimligen ger kommunen möjlighet att utesluta Rekab från upphandlingen i enlighet med 10 kap. 3 § 6 p LOU. Vid efterfrågningar hos kommunen och genom att ta del av förekommande anbudsprotokoll från möte mellan Rekab och kommunen har bolaget kunnat kontrollera att Rekabs anbud inte har kompletterats i detta avseende. Såvitt bolaget känner till har alltså Rekab inte kompletterat anbudet, varken såvitt avser bristerna i anbudet eller i något avseende i övrigt. Det betyder att anbudet inte uppfyller de krav som ställs i anbudsföreskrifterna för att det ska få 10 poäng. Kommunen har tilldelat Rekab 10 poäng för kriteriet Referenser på felaktiga grunder. Måhända har detta skett omedvetet av kommunen. Det strider likväl mot LOU, i synnerhet mot principerna att anbudena ska behandlas likvärdigt och på ett för anbudsgivarna förutsebart sätt. Rekabs redovisade lista över referenser till sitt anbud är endast en utskrift av de referensobjekt som finns tillgängliga för alla på Rekabs hem-

sida på Internet. Referenserna åberopas således för att påvisa Rekabs styrka som leverantör och inte för att de är relevanta för upphandlingsprojektet eller för Rekabs anbud som sådant.

Kommunen har dessutom använt referenser som utvärderingskriterier på ett upphandlingsrättsligt otillåtet sätt. Användandet av referenserna framgår även av förfrågningsunderlaget. I anbudsföreskrifterna AFB.52 anges att referenserna ska verifiera att företaget har viss erfarenhet. Referensobjekten ska alltså inte på något sätt bedömas; ett visst arbete kan ha utförts helt otillfredställande men kommer ändå att räknas en anbudsgivare i upphandlingen till godo i poänghänseende. Trots denna beskrivning i förfrågningsunderlaget av referenser som företagsrelaterade har kommunen använt de angivna referenserna för att utvärdera anbuden. Den typ av referenser som har krävts i upphandlingen ska inte användas för att utvärdera ett anbud eftersom de är hänförliga till leverantörens förmåga att utföra uppdraget snarare än till hur väl föremålet för upphandlingen har kunnat genomföras. Av 11 kap. 1 § LOU och etablerad praxis (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-532/06 (Lianakis) samt mål 31/87 (Beentjes)) framgår att det inte är tillåtet att utvärdera omständigheter hänförliga till leverantörens erfarenhet och kvalifikationer, ens för att bedöma hur väl anbudsgivaren kan utföra det projekt som upphandlingen avser. Kommunens otillåtna användning av referenser som utvärderingskriterier i upphandlingen innebär att upphandlingen måste göras om. Vidare bör nämnas att även bolagets referensbeskrivning uppvisar en brist. Bolaget har emellertid inte fått möjlighet att avhjälpa bristen. Kommunens påstående att alla anbudsgivare har fått tillfälle att presentera sitt anbud stämmer således inte.

Effekten av att kommunen har gjort avsteg från anbudsföreskrifterna och rambeskrivningen i upphandlingen – risk för skada för bolaget

Vad som anförts om anbudsföreskrifterna betyder att Rekab maximalt skulle ha tilldelats 3 poäng för kriteriet Referenser eftersom bolaget syntes

ha erfarenhet av två entreprenader som utförts under de senaste fem åren. Som anförts ovan framgår dock inte av Rekabs anbud till vilka belopp de åberopade referensobjekten uppgått, så möjligen ska Rekab inte ens tilldelas 3 poäng avseende Referenser. Om kommunen hade behandlat Rekabs anbud i enlighet med vad som anges i anbudsföreskrifterna och tilldelat det maximalt 3 poäng för kriteriet Referenser skulle sammanställningen och utvärderingen av anbuden ha utfallit annorlunda. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid en korrekt hantering av Rekabs anbud skulle innebära att Rekab sammanlagt får 9,08 poäng. I den situationen skulle bolagets anbud med totalt 9,36 poäng i stället vara det anbud som hade fått den högsta poängen och således hade bolaget vunnit upphandlingen och tilldelats upphandlingskontraktet.

Vad gäller kommunens avsteg från Teknisk lösning som får effekt på offererat pris och dess utvärdering framgår att om kommunen hade jämfört anbuden på samma grunder, dvs. med eller utan nya plasttankar för spolvatten, hade Rekabs anbud varit 86 000 kr högre, alternativt bolagets anbud 86 000 kr lägre. Det betyder att bolagets anbud hade uppnått den lägsta summan för utvärdering. Detta är dock av mindre betydelse eftersom bolaget menar att Rekabs anbud är orent vad gäller Teknisk lösning och rätteligen skulle ha förkastats av kommunen på denna grund. Kommunens handlande kan, mot bakgrund härav, komma att innebära skada för bolaget. Bolagets anbud är enligt utvärderingsprotokollet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet efter Rekabs anbud. En korrekt hantering av Rekabs anbud skulle innebära att bolagets anbud blir det ekonomiskt mest fördelaktiga och följaktligen ska tilldelas kontraktet i upphandlingen. Sammanfattningsvis strider kommunens agerande mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen ska därför rättas. I första hand genom att Rekabs anbud utesluts från utvärderingen eftersom det rätteligen skulle förkastas av kommunen. I andra hand genom att utvärderingen av Rekabs anbud görs om såvitt avser utvärderingskriteriet Referenser, och därefter

summeringen av Rekabs totala poäng samt jämförelsen med de andra anbudsgivarnas totala poäng. Om kommunen hade följt anbudsföreskrifterna i upphandlingen och agerat i enlighet med upphandlingsrätten så hade bolaget vunnit upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts genom förenklat förfarande och avser tillbyggnad samt renovering av simbassäng i Njurundahallen. Den entreprenadform som ska tillämpas är en totalentreprenad. För entreprenaden har uppställts krav på den slutliga funktionen rörande objektet, men inte på sättet för entreprenadens utförande. Vid anbudstidens utgång hade anbud inkommit från bolaget och Rekab Entreprenad AB (Rekab) och NCC Constructions Sverige AB (Constructions). Utvärdering av anbuderna har, i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget, skett enligt principen om ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. De utvärderingskriterier som närmare ligger till grund för utvärderingen har angetts i förfrågningshandlingen. Vid anbudsutvärderingen har Rekab tilldelats högst poäng och därför bedömts ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Fördröjningsmagasinet

Fördröjningsmagasinet för spolvatten hanteras i förfrågningshandling 6.2.1 Rambeskrivning Tillbyggnad relaxavdelning. Under rubriken 10 Fördröjningsmagasin hanteras kraven för magasinet. Beskrivningen säger ingenting om hur magasinet ska utformas, bara att ett sådant ska skapas för att möjliggöra successiv avblödning till avlopps nätet. Kommunen har inte ställt några krav på hur magasinet ska utformas eller att det ska vara en plasttank, utan det står anbudsgivaren fritt att föreslå lösning. Kommunen har däremot sagt vilka rum som finns tillgängliga för placeringen och vilka vattenmängder magasinet ska klara. Rekab har valt ett av de föreslagna rummen och har genom en kreativ idé föreslagit hur efterfrågat magasin kan skapas. Upphandling har skett för en totalentreprenad och det ligger i

entreprenadformens natur att tekniska lösningar inte är projekterade och i detalj föreskrivna. Vid en totalentreprenad sker inte en nollställning av anbudet på det sätt som kan göras vid en utförandeentreprenad eller en ramavtalsupphandling. I stället sker en utvärdering av de anbud som uppfyller minimikraven. Tanken med entreprenadformen är att nyttja anbudsgivarens kreativitet till att hitta smarta lösningar inom uppsatta ramar. Rekabs offererade lösning är alltså inte ett avsteg från föreskrifterna i förfrågningsunderlaget.

Rekabs lösning avseende fördröjningsmagasinets utformning har dock ansetts vara en sämre lösning ur driftsynpunkt än övriga anbudslämnarens förslag varvid Rekab har getts minuspoäng för detta i utvärderingen av tekniska lösningar – användarvänlighet och åtkomst. Utformning av fördröjningsmagasin har tillsammans med placering av teknisk utrustning gett ett poängavdrag vid utvärderingen. Storleken på detta avdrag kompenserar mer än väl den kostnadsmässiga skillnaden mot fristående plasttank enligt bolagets förslag. Jämförelsevis är Rekabs poängavdrag till följd av den sämre lösningen större än det poängavdrag bolaget fått till följd av det högre priset. I och med entreprenadformen totalentreprenad kommer innehållet i anbudet från de olika anbudslämnarna med automatik skilja sig åt. Likställning av anbudet sker genom utvärderingen i sin helhet, där i detta fall funktion i kombination med pris och erfarenhet utgör likställningen.

Anbudsföreskrifterna

Kommunen har krävt att anbudsgivare senast i samband med anbudsgenomgången ska kunna redovisa tekniken av offererad lösning. Eftersom kommunen vid förfrågningsstillfället inte känner till den lösning som anbudsgivarna ämnar lämna är det emellertid inte möjligt att i detalj beskriva vad och vilken detaljnivå på varje enskild komponent som ska bifogas anbudet. Det har därför lämnats öppet för anbudslämnarna att senast i samband med anbudsgenomgången kunna presentera detaljer. Anbudsgenom-

gång har skett med samtliga anbudslämnare och detta förfarande ökar möjligheten att få in motsvarande information från samtliga anbudsgivare. På så sätt säkerställs att alla leverantörer behandlas lika i den efterföljande utvärderingen. Rekab har vid anbudsgenomgången presenterat sin lösning utifrån de aspekter som ska ligga till grund för utvärderingen. På motsvarande sätt har bolaget vid anbudsgenomgången presenterat och specificerat sin lösning. De olika anbudsgivarna har behandlats på exakt likadant sätt. Det är därför inte möjligt att endast förkasta en av anbudslämnarna.

Kriteriet Referenser

För att nå högsta poäng ställs krav på erfarenhet av badanläggning samt erfarenhet att agera totalentreprenör i minst två projekt av viss dignitet under de senaste fem åren. Rekab har lämnat en lång lista över referensprojekt. Att några av dessa är inramade innebär inte att enbart dessa utgör referensobjekt utan bara att anbudsgivaren vill poängtera dessa extra. Samtliga kända projekt är av godo. Det är den verkliga erfarenheten som är det relevanta, inlämnad lista har endast använts till att säkerställa vilken erfarenhetsnivå anbudslämnaren har utifrån de i förfrågningsunderlaget uppsatta nivåerna. Av angivna projekt avser ett flertal totalentreprenader, bl.a. nybyggnad Vibacke förskola Sundsvall, nybyggnad resecentrum Husum, nybyggnad resecentrum Örnsköldsvik, om- och nybyggnad Kolbäcksskolan Umeå. Samtliga nämnda projekt är angivna på inlämnad referenslista. Inget tvivel råder om att Rekab innehar den erfarenhetsnivå som ställts för att uppnå den högsta poängen i denna utvärderingskategori.

Under åberopande av vad som anförts kan inte kommunen såsom upphandlande myndighet, finna att man brutit mot någon bestämmelse i LOU. Inte heller är det visat att kommunen förfarit felaktigt på så sätt som inneburit att bolaget till följd härav lidit skada eller kommer att lida skada. Enligt kommunens förmenande har kommunen i stället genomfört upphandlingen helt i enlighet med reglerna i LOU.

Förvaltningsrätten har den 8 mars 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU (15 kap. 16 §).

Den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i annonsen om upphandlingen, förfrågningsunderlaget, eller i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar (12 kap. 1 §).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en

ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (15 kap. 12 §).

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Utredningen i målet

Av förfrågningshandling 2009-11-11, Njurundahallen, *Tillbyggnad samt renovering av bassäng, Nolby 5:185 m.fl, Sundsvall, 6.1 Administrativa föreskrifter* framgår bl.a. följande.

AFB.11 Upphandlingsförfarande

Upphandlingen sker genom förenklad upphandling enligt lagen om offentligt upphandling (LOU).

Anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

AFB.31 Anbuds form och innehåll

Anbud ska innehålla beskrivning av tänkt utförande av relaxavdelningen. Detta kan t.ex. göras genom ritningar, rumsbeskrivning och förklarande text av valda metoder, material och tekniklösningar. Anbudsgivare ska senast i samband med anbudsgenomgång, se AFB.313, kunna redovisa offererad lösning.

AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud

Giltigt anbud utvärderas enligt principen om ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. Vid prövning av anbuden värderas lägsta anbudspris samt utförande och referenser enligt kommande stycken. Anbud med anbudspris > 6,6 Mkr tas ej upp till prövning. Denna gräns är direkt avgörande för projektets genomförande. Observera dock att bifogade skisser på relaxavdelningen enbart är förslag. Det står varje anbudsgivare fritt att föreslå en

annan lösning. Minimikrav uppställda i rambeskrivningen måste dock följas.

.....

UTFÖRANDE

Utförandet utvärderas av en värderingsgrupp bestående av representanter från Fastighetskontoret och Kultur & Fritidsförvaltningen, totalt ca 6 personer. Poäng utdelas mellan 0-10 poäng. Vid poängsättning beaktas följande faktorer:

Teknisk lösning – 10 p

- Teknisk lösning av installationer
- Användarvänlighet och åtkomst för service- och driftpersonal
- Driftsäkerhet & hållbarhet av material (drift- & underhållskostnader, beständighet mot åverkan, möjlighet till snabb service/leveranstider av reservdelar).

.....

Av förfrågningshandling 2009-11-11, Njurundahallen, *Tillbyggnad samt renovering av bassäng, Nolby 5:185 m.fl, Sundsvall*, 6.2 Beskrivningar, **6.2.1 Rambeskrivning tillbyggnad relaxavdelning** framgår bl.a. följande.

1. PROJEKTETS OMFATTNING

Entreprenaden avser en tillbyggnad innehållande relaxavdelning, renovering av befintlig undervisningsbassäng samt tillskapande av fördröjningsmagasin för spolvatten. Denna rambeskrivning avser tillbyggnaden av relaxavdelning samt fördröjningsmagasin för spolvatten. Renovering av undervisningsbassäng beskrivs i separat byggnadsbeskrivning.

.....

Tillbyggnaden föreslås placering enligt förslag till situationsplan. Bifogad skiss är endast ett förslag till utformning för att tydliggöra beställarens önskemål och tankar. Det står varje anbudsgivare fritt att föreslå annan lösning. Det åligger TE att detaljstudera utformning och måttsättning för att säkerställa att erforderliga utrymmen finns för ställda krav på tillbyggnaden.

.....

I förfrågan ingående ritningar/tekniska beskrivningar m.m. redovisar beställarens förslag och krav på funktion/teknisk lösning samt estetisk ut-

formning. Med utgång från detta ska TE utforma/utföra den färdiga byggnaden. En komplett färdig funktionsduglig anläggning ska utföras.

10. FÖRDRÖJNINGSMAGASIN

Idag går spolvattnet ut på dagvattennätet. I entreprenaden ingår att spolvattenledning från samtliga filter ska anslutas till kommunalt avloppsledningsnät. Ledningsnätet kan ta emot 3 000 l/h. För att klara denna mängd måste ett fördröjningsmagasin tillskapas för successiv avblödning till nätet.

Backspolning av befintliga sandfilter sker var 7:e dag. Pumpen är aktiv i cirka 2-3 minuter och för att backspola hela sandbädden tillförs ca 40 kbm vatten. Alternativt kan de två sandfiltren spolas vid olika tidpunkter för att kunna minska volymen på fördröjningsmagasinet. Rum 102, 103 samt del av rum 117, 124 finns tillgängliga för placering av fördröjningsmagasin. Alternativt placeras fördröjningsmagasinet nedgrävt utanför byggnaden inom fastigheten Nolby 5:122 på plats föreslagen av TE. Magasinet förbereds för värmeåtervinning.

Anslutning mot spillvattensystem kan förläggas i källarplan alt ansluts mot nät i mark utanför byggnaden.

Om tankrummet ska nyttjas så ska oljetank med ledningssystem demonteras. Tank och rör skrotas, upplägges på deponi. Intyg överlämnas till beställaren.

Spoltanken avser fullt fungerande anläggning inklusive all erforderlig kabel- och ledningsdragning, eventuella pumpar m.m.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning och kommer därvid att ta ställning till följande frågor.

1. Har kommunen avvikit från rambeskrivningen i förfrågningshandlingen vad gäller fördröjningsmagasinet?
2. Har kriteriet referenser utformats och tillämpats på korrekt sätt?
3. Har bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada av förfarandet?

1. Fördröjningsmagasinet

Kommunens förfrågningsunderlag är uppdelat i olika delar. De administrativa föreskrifterna reglerar bl.a. anbudets form och innehåll samt grunder för värderingen vid prövning av anbud. Förfrågningsunderlaget innehåller vidare ett avsnitt med beskrivningar där man bl.a. kan finna rambeskrivningen gällande tillbyggnad av relaxavdelning. Rambeskrivningen beskriver projektets omfattning samt hur fördröjningsmagasinet är tänkt att fungera. Bolaget menar att kommunen genom att acceptera Rekabs anbud har avvikit från rambeskrivningen vad gäller kravet på fördröjningsmagasin i spolvatten. Enligt bolaget finns det i förfrågningsunderlaget inte angivet någon möjlighet för anbudsgivarna att komma med alternativa lösningar på hur spolvattnet ska hanteras. Kommunen menar emellertid att beskrivningen inte anger hur magasinet ska utformas, bara att ett sådant ska skapas för att möjliggöra successiv avblödning till avloppsnätet. Kommunen har inte ställt några krav på hur magasinet ska utformas eller att det ska vara en plasttank, utan hävdar att det står anbudsgivaren fritt att föreslå lösningar.

I beskrivningen av hur fördröjningsmagasinet är tänkt att fungera anger kommunen alternativ för hur spolvattnet kan hanteras. Därutöver anges inte någon möjlighet för anbudsgivarna att komma med egna lösningar. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att kommunen i de administrativa föreskrifterna samt beskrivningen av projektets omfattning tydligt angett att det står varje anbudsgivare fritt att föreslå annan lösning avseende tillbyggnaden av relaxavdelningen med fördröjningsmagasin. Även om förfrågningsunderlaget kunde ha varit tydligare med avseende på möjligheten att lämna egna lösningar för hur fördröjningsmagasinet skulle fungera går det enligt förvaltningsrätten att utläsa att kommunen lämnat ett stort utrymme för anbudsgivarna att själva föreslå lösningar. Förvaltningsrätten ska härfter bedöma huruvida förfrågningsunderlaget och tillämpad utvärdering uppfyller kraven på affärsmässighet som uppställs i LOU.

När det gäller kraven på affärsmässighet som uppställs i LOU har Regeringsrätten i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. följande. Vill den upphandlande enheten tillämpa regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska enheten ange detta i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling och samtidigt ange vilka omständigheter som den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först. Vidare uttalar Regeringsrätten att LOU som bygger på EG-direktiv inte närmare ger besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i bl.a. 1 kap. 4 och 22 §§ LOU (i den äldre lagen om offentlig upphandling). I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en entreprenör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer även av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör enligt Regeringsrätten att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Enligt förvaltningsrättens bedömning ger förfrågningsunderlaget klar information om på vilket sätt upphandlingen kommer att genomföras. Det anges vilken kapacitet fördröjningsmagasinet ska ha och att det kan placeras på alternativa ställen. Enbart den omständigheten att anbudsgivarna ges möjlighet att inkomma med alternativa lösningar medför inte att upphandlingen strider mot LOU eller andra gemenskapsrättsliga principer. Det förhållandet att en upphandlande enhet ger anbudsgivarna viss möjlighet att själva utforma sina anbud kan godtas under förutsättning att anbudet håller

sig och utvärderas inom ramen för förfrågningsunderlaget. En förutsättning för att en sådan utformning ska kunna accepteras är således att utvärderingen sker på objektiva grunder och att anbudsgivarna kan utläsa vilka faktorer som tillmäts betydelse i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att förfrågningsunderlaget i sig inte har sådana brister att det på denna grund finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Rekab får därför enligt förvaltningsrättens mening anses uppfylla skall-kravet på beskrivning av tänkt utförande av relaxavdelning samt fördröjningsmagasin.

Frågan är därefter om den utvärdering som företagits i denna del skett i enlighet med förfrågningsunderlaget med hänsyn till där uppställda utvärderingskriterier. Av förfrågningsunderlaget framgår att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att antas. Vidare anges hur de olika kriterierna ska poängsättas samt vilken viktning dessa har. Vid överprövning måste förvaltningsrätten utgå från att den upphandlande myndigheten själv har bäst förutsättningar att utvärdera anbuden. Den upphandlande myndigheten måste ges visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Kommunen anger att anbudsgenomgång skett med samtliga anbudslämnare och dessa har därför behandlats lika i den efterföljande utvärderingen. Förvaltningsrätten finner därför inte visat att kommunen tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget.

2. Referenser

Förvaltningsrätten har vidare att bedöma huruvida kommunen utformat och tillämpat kriteriet referenser på ett korrekt sätt.

Bolaget menar att kommunen använt kriteriet referenser på ett upphandlingsrättsligt otillåtet sätt. Det är enligt bolaget endast möjligt att använda

referenser vid avgörandet om en leverantör har tillräcklig erfarenhet för att klara det efterfrågade uppdraget. Kommunen har enligt bolaget felaktigt använt referenserna även vid utvärderingen av anbudet.

Något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen kan inte utläsas vare sig av LOU eller av EG-domstolens praxis så länge som dessa kriterier syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

EG-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis, (p. 30-32) har behandlat gränsdragningen mellan kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier. Av domen framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier.

EG-domstolen anför särskilt:

”De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra ”kriterier för tilldelning”.

I målen vid den nationella domstolen avser de kriterier som den upphandlande myndigheten valt såsom ”kriterier för tilldelning” emellertid huvudsakligen vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga. Det rör sig därvid om kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projekt och som således inte utgör ”kriterier för tilldelning” i den mening som avses i artikel 36.1 direktiv 92/50.”

EG-domstolen fastslog redan i mål C-31/87, Beentjes, att urvalet av leverantörer (kvalificeringsfasen) och bedömningen av anbudet (utvärderingsfasen) utgör två olika delar av den offentliga upphandlingsprocessen och

att dessa två delar styrs av olika bestämmelser (p. 15). Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har vidare på sin tid i ett yttrande (NOU:s dnr 2005/0088-29 s. 3) konstaterat att syftet med kvalificeringsfasen är att få in underlag för prövning av leverantörernas tekniska förmåga och kapacitet, samt finansiella och ekonomiska ställning. Syftet är inte att välja ut den leverantör som har mest erfarenhet, störst kapacitet, bäst teknisk förmåga och störst ekonomisk styrka. Syftet är i stället att identifiera de leverantörer som har tillräcklig erfarenhet, tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet, och tillräcklig ekonomisk styrka för att kunna genomföra uppdraget och tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Tilldelningskriterier syftar däremot till att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

EG-domstolen har i mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne slagit fast att tilldelningskriterier ska ha ett samband med kontraktets föremål, vara förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och får inte ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet. Vidare måste tilldelningskriterierna anges i förfrågningsunderlaget eller annonsen (p. 69).

En upphandlande myndighet måste således skilja på kriterier som rör anbudsgivarnas förmåga att utföra ett uppdrag (kvalificeringskriterier) och på kriterier som har ett samband med kontraktets föremål (utvärderingskriterier).

Ovan beskrivna gränsdragningsproblematik beträffande tillämpningen av referenser har på senare tid varit föremål för bedömning även i svensk domstolspraxis. Kammarrätten i Stockholm fann den 19 december 2008 i mål nr 5512-08 att den upphandlande myndigheten hade sammanblandat kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier. Kammarrätten, som ansåg att referenstagningen inte kunde anses tillhöra utvärderingsfasen, förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Vidare har Kammarrätten i Sundsvall den 13 februari 2009 i mål nr 3474-08 fastslagit att referensskriterierna huvudsakligen avsåg att fastställa vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogade över för att säkerställa ett gott utförande. Dessa kriterier utgjorde således kvalifikationskriterier och inte utvärderingskriterier. Kammarrätten förordnade därför att upphandlingen skulle göras om.

Till samma slutsats, att frågor till referenser som huvudsakligen var hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer inte var acceptabelt i utvärderingsfasen kom Kammarrätten i Stockholm den 1 oktober 2009 i mål nr 3582-09.

Förfrågningshandlingen i nu aktuellt mål anger följande:

REFERENS

TE ska i anbudet genom referensobjekt verifiera att företaget har erfarenhet av entreprenader av motsvarande storlek och art samt att företaget har erfarenhet av att agera totalentreprenör. Poäng utdelas enligt nedan och viktas med viktningprocenten 10 %.

För att erhålla 10 poäng krävs att anbudsgivaren har:

- Erfarenhet av arbete med badanläggning.
- Har agerat totalentreprenör i minst 2 projekt över 5 Mkr under de senaste åren.

För att erhålla 6 poäng krävs att anbudsgivaren har:

- Agerat totalentreprenör i minst 2 projekt under de senaste 5 åren.
- Erfarenhet av minst 2 entreprenader över 5 Mkr under de senaste 5 åren.

Övriga anbudsgivare tilldelas 0 poäng.

I nu aktuellt fall har kommunen angett pris, utförande och referenser som utvärderingskriterier. Avseende utvärderingskriteriet Referenser skulle leverantörerna genom referensobjekt verifiera att företaget har erfarenhet av entreprenader av motsvarande storlek och art samt att företaget har erfarenhet av att agera totalentreprenör. Kommunen har vidare angett att referenserna vid utvärderingen skulle komma att poängsättas samt angett vad

som krävs för att erhålla högsta poäng. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att kriteriet Referenser huvudsakligen måste vara hänförligt till anbudsgivarens kvalifikation, dvs. leverantörens förmåga och kapacitet att utföra uppdraget, och inte till föremålet för kontraktet. Det innebär även att anbudsutvärderingen måste anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn. Genom att hänföra referensupptagningen till kriterier för utvärdering i stället för rätteligen till kvalificeringsfasen har kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU.

3. Har bolaget lidit eller kan komma att lida skada

För att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske krävs enligt 16 kap. 2 § LOU att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU.

Av förfrågningshandlingen framgår att kriteriet Pris har viktningsprocent 45, kriteriet Utförande 45 procent och kriteriet Referens 10 procent. Av utvärderingsprotokollet framgår följande vad gäller summeringen av poäng efter viktning

	Anbudslämnare 1	Anbudslämnare 2	Anbudslämnare 3
Viktad poäng pris	4,48	4,50	4,35
Viktad poäng utförande	4,28	4,28	4,39
Viktad poäng referens	0,60	1,00	0,60
Summa	9,36	9,78	9,34

Anbudslämnare 2, ReKab, har tilldelats högst poäng och anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Poäng för referens har fördelats enligt nedan:

Anbudslämnare 1, bolaget, 6p (viktade 0,6),

Anbudslämnare 2, Rekab, 10p (viktade 1,0)

Anbudslämnare 3, 6p (viktade 0,6)

Av ovanstående beräkning framgår att Rekab fått full poäng för referenser och därmed 1,0 viktade poäng. När det gäller övriga kriterier pris och utförande skiljer det 0,02 viktade poäng mellan bolaget och Rekab till bolagets nackdel. Med hänsyn till att det endast återstår 9,0 viktade poäng eftersom 1 poäng bortfaller för referenser, kan dock någon egentlig bedömning och utvärdering inte göras. Det kan därför inte uteslutas att bolaget kunnat få en annan poängbedömning och därmed lidit skada.

Förvaltningsrätten har tidigare funnit att kommunens förfarande när det gäller referenstagning strider mot 1 kap. 9 § LOU. Av utvärderingsprotokollet framgår enligt förvaltningsrättens mening att bolaget lidit skada av att referenstagningen hänförts till utvärderingsfasen på sätt som skett. Mot bakgrund av att bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska bristerna rättas genom att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C).



Kerstin Widmark



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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, anledningen 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 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.