

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

Magnus Wickström

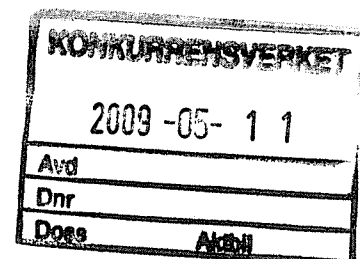
DOM
2009 -05- 0 8
Meddelad i
Linköping

Mål nr
952-09 E
Rotel 6

SÖKANDE

Energibesiktningar EMTD AB, 556576-2159
Dalvägen 14
169 56 Solna

Ombud: Advokat Henrik Leffler
Advokatfirman Lindberg & Saxon AB
Cardellgatan 1
114 36 Stockholm



MOTPART

Specialfastigheter Sverige AB, 556537-5945
Box 632
581 07 Linköping

Ombud: Ulf Setterud
Setterud Entreprenadjuridik AB
Stora Torget 7
582 19 Linköping

SAKEN

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

Specialfastigheter Sverige AB (Specialfastigheter) genomför en offentlig upphandling avseende energideklaration och energikartläggning (SPF2008-014). Vid upphandlingen tillämpas öppet förfarande.

Den 23 mars 2009 meddelade Specialfastigheter att anbud som lämnats av annan leverantör än Energibesiktningar EMTD AB (Energibesiktningar) hade antagits.

Energibesiktningar ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Specialfastigheter bestrider bifall till Energibesiktningars yrkande.

Dok.Id 77021

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406	Brigadgatan 3	013-25 10 00	013-25 11 40	måndag – fredag
581 04 Linköping		E-post: lansratteniostergotland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

Till stöd för sin talan anför Energibesiktningar bl.a. följande. Kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt på så sätt att leverantören har möjlighet att bedöma vad den upphandlande myndigheten efterfrågar (jfr RÅ 1996 ref. 100 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 10 juli 2008 i mål nr 1729-08). – Vad beträffar kriteriet ”metod” anger förfrågningsunderlaget att det anbud vars beskrivning av genomförande, dokumentation och tidplan bäst anses motsvara beställarens krav och mål tilldelas 10 poäng. Vilka dessa krav och mål är specificeras dock inte i förfrågningsunderlaget. Inte heller specificeras hur en anbudsgivare bäst kan anses motsvara dessa krav och mål. – Vad beträffar kriteriet ”organisation” anges att i detta utvärderingskriterium ingår att bedöma företagets organisation utifrån stabilitet och resurser. I förfrågningsunderlaget anges inte vad som menas med stabilitet och resurser eller hur en anbudsgivare kan anses mer stabil och resursstark än en annan. Kriteriet begränsar sig inte heller till att avse stabilitet och resurser. Ordet ”ingår” markerar att fler underkriterier är tänkbara än de luddigt men uttryckligt angivna. – Vad beträffar kriteriet ”projektorganisation” anges att Specialfastigheter här bedömer ”för uppdraget föreslagen projektorganisations kompetens, erfarenhet och täckning i landet. Ledord för denna bedömning är tidigare erfarenhet, kompetens, samarbetsförmåga, effektivitet, resultat och möjlighet att verka i Specialfastigheters samtliga regioner. I händelse av att beställaren har egna erfarenheter av namngivna personer kommer detta att vägas in i bedömningen. Den organisation och/eller projektorganisation som enligt ovanstående bedöms vara bäst lämpad för uppdraget tilldelas 10 poäng”. – Samtliga ovan angivna krav i förfrågningsunderlaget är så oklara att Energibesiktningar saknat möjlighet att bedöma vad Specialfastigheter efterfrågat och lämnar stort utrymme för godtycklighet, och därmed för en bedömning som inte grundar sig på objektiva fastställda kriterier utan i stället innehåller ett stort mått av subjektivitet och i princip fri prövningsrätt för Specialfastigheter. – LOU medger inte att den upphandlande enheten grundar sin bedömning på egen erfaren-

het av anbudsgivaren (annat än som ett led i en allmän, uttrycklig referenstagning där referenter under transparenta former tillfrågas om sina erfarenheter av en anbudsgivare). – En så vag formulering av förfrågningsunderlaget strider mot principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling, vilket i sin tur innebär att upphandlingen inte har genomförts på ett affärsmässigt sätt. – Tilldelningsbeslutet grundas på dessa vaga kriterier. I beslutet anges inte varför Energibesiktningsars anbud inte har åsatts fler poäng. Detta må ses i ljuset av att Specialfastigheter inte har specificerat kriterierna. Även beslutet saknar transparens, och därmed affärsmässighet enligt 1 kap. 9 § LOU. Detta innebär att Energibesiktningar saknar möjlighet att kontrollera hur bedömningen gått till. Det kan ifrågasättas hur Specialfastigheter kunnat åsätta de olika anbuden olika poäng. – Vid dessa förhållanden, och då Energibesiktningar genom Specialfastigheters förfaringsätt har lidit eller kan komma att lida skada, finns skäl att besluta att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Specialfastigheter bl.a. följande. Den tjänst som upphandlingen avser är ny för marknaden. Det är första gången Specialfastigheter upphandlar denna typ av tjänst. Även marknaden i övrigt, både fastighetsägare och konsultbolag, har mycket begränsade erfarenheter av dessa tjänsteuppdrag vilket medför bl.a. dels svårigheter för en upphandlande myndighet att utforma väldefinierade modeller och kriterier för anbudsutvärdering, dels att anbudspriserna varierar kraftigt. – I upphandlingen har anbudspriserna fluktuerat kraftigt varför priset blivit mycket utslagsgivande trots att ”ersättning” viktats så lågt som 0,2. Med det anbudspris Energibesiktningar offererat hade man inte kommit i fråga för tilldelning av kontraktet ens med en extremt gynnsam bedömning av de s.k. mjuka parametrarna. Energibesiktningar hävdar inte heller detta utan har i stället valt att i efterhand ifrågasätta utvärderingskriteriernas transparens i största allmänhet. På vilket sätt Energibesiktningar menar att det lidit skada förklaras dock inte. – Rättspraxis har behandlat frågan om vilka krav man

kan ställa på en upphandlande myndighet när det gäller tydlighet/transparens och huruvida en upphandlande myndighet är skyldig att ange underkriterier. Det har fastslagits att en upphandlande myndighet inte i förväg måste fastställa underkriterier om vissa villkor är uppfyllda. – Specialfastigheter har inte styrt anbudsgivarna inför utformningen av anbudet utan lämnat öppet för dessa att fritt utforma sina anbud utifrån resurser, kompetens och erfarenheter i förhållande till den tjänst som upphandlingen avser. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt vilka tjänster som upphandlas och vilken dokumentation som finns att tillgå för leverantören (Upphandlingsföreskrifter U2.2 och Administrativa föreskrifter A4). Utvärderingskriteriet avseende kompetens och erfarenhet hos den föreslagna projektorganisationen skulle enligt upphandlingsföreskrifterna verifieras med referenser. Härvid har Specialfastigheter lämnat öppet för att väga in eventuella egna erfarenheter av föreslagen organisation. – Även om Energibesiktningar inte ifrågasatt Specialfastigheters anbudsutvärdering bör anbudsutvärderingen beskrivas med en jämförelse mellan Energibesiktningars anbud och det vinnande anbudet. Vid utvärdering av ”metod” har det vinnande anbudet tilldelats högre poäng främst beroende på skillnader i hur anbudsgivarna presenterat sitt sätt att dokumentera resultatet av sitt arbete. Energibesiktningars beskrivning är ytterst knapphändig medan det vinnande anbudet innehåller konkreta förslag på dokumentation som verifieras och illustreras med exempel från genomförda projekt. ”Organisation” har tagit sikte på vilka personella resurser anbudsgivaren förfogar över i fråga om kompetensmässig bredd och storlek på organisation. Här har det vinnande anbudet erhållit något högre poäng med stöd av sin bredare och betydligt större organisation. Vid utvärderingen av ”projektorganisation” har det, till följd av den stora geografiska spridningen på de objekt som ingår i uppdraget, betydelse hur anbudsgivarens organisation fördelas över landet. Energibesiktningar utgår från en enda ort, Solna, och hänvisar i övrigt till underkonsulter som endast i några fall är namngivna. Det vinnande anbudet har angivit en väl spridd, fast organisation med bifogat CV för varje

namngiven person, vilket medfört högre poäng. – Specialfastigheter har inte fört in några underkriterier som inte inryms i de utvärderingskriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna skulle kunna bilda sig en korrekt uppfattning, både om uppdragets innehåll och bedömningsgrunder för anbudsutvärdering. Det är ofrånkomligt att det finns inslag av subjektiva bedömningar i en anbudsutvärdering. Specialfastigheter har dock vid utvärderingen inte tagit några ovidkommande hänsyn eller diskriminerat någon anbudsgivare. Inte heller har Specialfastigheter i något annat avseende brutit mot någon av gemenskapsrättens eller LOU:s grundprinciper.

Energibesiktningar anför därefter bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling uppfyller inte de krav som uppställs i RÅ 2002 ref. 50. Kammarrätten i Göteborg (dom den 20 mars 2009 i mål nr 6996-08) har ansett att ett betydligt mer transparent förfrågningsunderlag strider mot LOU. – Energibesiktningar kan i och för sig inte vitsorda att Specialfastigheter inte fört in några underkriterier som inte inryms under de utvärderingskriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Även om Specialfastigheter inte i utvärderingen skulle ha infört några nya kriterier är de redan befintliga så luddiga att de kan tolkas och tillämpas på ett flertal olika sätt (det kan t.ex. ifrågasättas vad som menas med att en leverantör är ”stabil och resursstark”). Det är nödvändigt för den upphandlande enheten att under utvärderingen på något sätt bestämma sig för vad den egentligen menade med de angivna kriterierna. Detta leder till bristande förutsebarhet för anbudsgivaren. – Det är tänkbart att det är ofrånkomligt att det finns inslag av subjektiva bedömningar i en anbudsutvärdering. När det subjektiva inslaget blir den allt dominerande faktorn strider dock såväl förfrågningsunderlaget som den därpå grundade utvärderingen mot LOU:s krav på transparens och förutsebarhet. – Genom ansökan om överprövning angrips även Specialfastigheters utvärdering. Som det får uppfattas har Specialfastigheter inte såsom grund åberopat att Energibesiktningars pris varit så högt att

Energibesiktningar ändå inte kunnat erhålla kontraktet. Uppgiften kommenteras ändå enligt följande. Med tanke på att ansökan om överprövning även riktar sig mot förfrågningsunderlaget är påpekandet bara delvis relevant. Dessutom är uppgiften i sak felaktig, givet att priset varit en så synnerligen lågt viktad faktor. Detta kan enkelt konstateras vid en kontroll av poängsättningen. En högre viktning av de mjuka parametrarna hade lett till att Energibesiktningar tilldelats kontraktet. – Enligt Specialfastigheter har Energibesiktningars anbud på olika sätt varit underlägset det vinnande anbudet. Om så är fallet beror det på att Energibesiktningar inte kunnat förstå vad Specialfastigheter har efterfrågat för information. Specialfastigheter har haft grund att nedvärdera Energibesiktningars anbud endast om Energibesiktningar skulle ha underlåtit att uppfylla tydliga krav på viss information i förfrågningsunderlaget.

Specialfastigheter anför därefter bl.a. följande. Det stämmer inte att förfrågningsunderlaget i målet i Kammarrätten i Göteborg skulle vara betydligt mer transparent. I det fallet hade man bl.a. satt poäng efter rangordning utan att ta hänsyn till hur mycket anbuden skilde sig åt. En mycket liten skillnad kunde alltså ge ett stort utfall i utvärderingen. Vidare viktades referenser mycket tungt i kombination med att det framstod som oklart hur bedömningen gått till. Energibesiktningar har inte ens försökt underbygga påståendet om att förfrågningsunderlaget i kammarrättsmålet skulle ha varit mer transparent. – Energibesiktningar tycks i efterhand ha ändrat ståndpunkt från att angripa förfrågningsunderlagets transparens till att angripa anbudsutvärderingen. Exakt vad som angrips är dock oklart. – Energibesiktningars pris var ungefär dubbelt så högt som det vinnande anbudets pris varför detta utvärderingskriterium, i jämförelse mellan det vinnande anbudet och Energibesiktningars anbud, fick stort utslag trots den låga viktningen. – Helt utan grund påstår Energibesiktningar att det skulle ha tilldelats kontraktet med en högre viktning av de mjuka parametrarna. Det vinnande anbudet var överlägset Energibesiktningars anbud avseende

samtliga utvärderingskriterier. Vidare kom Energibesiktningsars anbud först på tionde plats bland de sjutton anbud som utvärderades. – Specialfastigheters anbudsutvärdering har, utöver ersättning, i allt väsentligt gått ut på att bedöma anbudsgivarnas arbetsmetod, organisation, kompetens och erfarenheter, vilket framgick av förfrågningsunderlaget. Dessa sakuppgifter kan ett företag inte påverka genom utformningen av ett anbud. Samtliga uppgifter om anbudsgivaren som ingick i anbudsutvärderingen, och som förutsattes för ett komplett anbud, framgår av Upphandlingsföreskrifter U3.1. – Energibesiktningar påstår att dess anbud förlorade på grund av det inte var tillräckligt utförligt. Detta är inte korrekt. Energibesiktningar har helt enkelt inte lika utvecklade metoder, motsvarande kompetens eller erfarenhet som de anbudsgivare som fick högre poäng i anbudsutvärderingen. Dessutom hade man offererat ett dubbelt så högt pris som det anbud som tilldelades kontraktet.

Länsrätten har den 1 april 2009 interimistiskt beslutat att upphandlingen inte får avslutas.

SKÅLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlande myndigheter 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 proportionalitet iakttas.

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

I RÅ 2002 ref. 50 har Regeringsrätten uttalat bl.a. följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att 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 att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas, vilket också följer av gemen-

skapsrättens krav på likabehandling, förutsägbarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör 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.

Energibesiktningar gör gällande att förfrågningsunderlaget formulerats på ett sätt som gör att det strider mot principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling. Enligt Energibesiktningar har vissa i förfrågningsunderlaget angivna krav dels varit så oklara att det saknats möjlighet att bedöma vad Specialfastigheter efterfrågat, dels lämnat stort utrymme för godtycklighet och i princip fri prövningsrätt.

De kriterier som Energibesiktningar särskilt tagit upp är metod, organisation och projektorganisation.

Enligt Specialfastigheter framgår det tydligt av förfrågningsunderlaget vilka tjänster som upphandlas och vilken dokumentation som finns att tillgå för leverantören. Specialfastigheter har därvid hänvisat till dels Upphandlingsföreskrifter U2.2 Förteckning över förfrågningsunderlag, dels Administrativa föreskrifter A4 Genomförande. Vidare har Specialfastigheter invänt att samtliga uppgifter om anbudsgivaren som ingick i anbudsvärderingen och som förutsattes för ett komplett anbud framgår av Upphandlingsföreskrifter U3.1 Anbudets form och innehåll.

Beträffande kriteriet ”metod” menar Energibesiktningar att det i förfrågningsunderlaget inte specificeras vilka krav och mål som efterfrågas och hur en anbudsgivare bäst kan anses motsvara dessa krav och mål.

I förfrågningsunderlaget (Upphandlingsföreskrifter U5.2 Anbudsvärdering) anges angående metod:

”Anbudsgivarens förslag till metod för genomförande av uppdraget och resulterande dokumentation därav kommer att utvärderas samt föreslagan tidplan. Målsättningen är att hela uppdraget skall vara slutfört senast

2009-05-31. Det förutsätts att arbetet genomförs sammanhängande och effektivt.

Det anbud vars beskrivning av genomförande, dokumentation och tidplan bäst anses motsvara Beställarens krav och mål tilldelas 10 poäng.”

I fråga om kriteriet ”organisation” anges enligt Energibesiktningar inte i förfrågningsunderlaget vad som menas med stabilitet och resurser eller hur en anbudsgivare kan anses mer stabil och resursstark än en annan. Energibesiktningar menar också att kriteriet inte begränsar sig till att avse stabilitet och resurser då ordet ”ingår” markerar att andra underkriterier är tänkbara än de luddigt men uttryckligt angivna.

I förfrågningsunderlaget (Upphandlingsföreskrifter U5.2 Anbudsvärdering) anges angående organisation:

”I detta utvärderingskriterium ingår att bedöma företagets stabilitet och resurser.”

Angående kriteriet ”projektorganisation” har Energibesiktningar särskilt framhållit att LOU inte tillåter att den upphandlande myndigheten grundar sin bedömning på egen erfarenhet av anbudsgivaren, annat än som ett led i en allmän, uttrycklig referenstagning där referenser under transparenta former tillfrågas om sina erfarenheter om en anbudsgivare.

I förfrågningsunderlaget (Upphandlingsföreskrifter U5.2 Anbudsvärdering) anges beträffande projektorganisation:

”I detta utvärderingskriterium ingår att bedöma för uppdraget föreslagen projektorganisations kompetens, erfarenhet och täckning i landet.

Ledord för denna bedömning är tidigare erfarenhet, kompetens, samarbetsförmåga, effektivitet, resultat och möjlighet att verka i Specialfastigheters samtliga regioner. I händelse av att Beställaren har egna erfarenheter av namngivna personer kommer detta att vägas in i bedömningen.

Den organisation och/eller projektorganisation som enligt ovanstående bedöms vara bäst lämpad för uppdraget tilldelas 10 poäng.”

Länsrätten konstaterar att det av principerna om transparens och likabehandling följer att den upphandlande myndighetens krav och utvärderingsmodell ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas.

När det gäller förfrågningsunderlaget i aktuell upphandling finner länsrätten att det uppvisar brister avseende transparens och att Energibesiktningar har fog för vissa av sina påståenden. I fråga om ”metod” ges enligt länsrätten ingen klar ledning för vad som menas med ”beställarens krav och mål”. Inte heller kan det klart anses framgå vad som krävs för att ett anbud ska ”bäst anses motsvara beställarens krav och mål”. Vidare förklaras beträffande kriteriet ”organisation” inte på ett tillfredsställande sätt vad som avses med ”stabilitet och resurser”. Dessutom föreligger enligt länsrätten oklarheter angående hur en organisation eller en projektorganisation ska vara ordnad för att ”vara bäst lämpad för uppdraget”.

Enligt länsrätten innebär anförda brister att förfrågningsunderlaget lämnat ett stort utrymme för godtycklighet, och därmed att leverantörer saknat möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbud. Detta innebär i sin tur att principen om transparens åsidosatts och att Specialfastigheter vid upphandlingen inte iakttagit bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Med hänsyn härtill och till att Specialfastigheters förfaringssätt medfört att Energibesiktningar kunnat komma att lida skada, föreligger skäl för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU.

Mot bakgrund av att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kravet på transparens, och att bristen alltså hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, bör upphandlingen göras om. Vid sådant förhållande saknar länsrätten

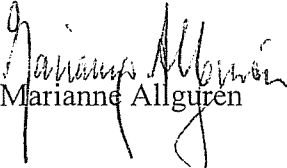
anledning att pröva Energibesiktningars övriga invändningar mot upphandlingen.

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten beslutar att Specialfastigheters upphandling avseende energideklaration och energikartläggning (SPF2008-014) ska göras om.

Därmed upphör länsrättens interimistiska beslut att gälla.

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


Marianne Allguren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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.