



**LÄNSRÄTTEN I
KALMAR LÄN**

Föredragande Mari Heidenberg

DOM
2009-06-10
Meddelad i
Kalmar

Mål nr
757-09 E
Rotel 4

SÖKANDE

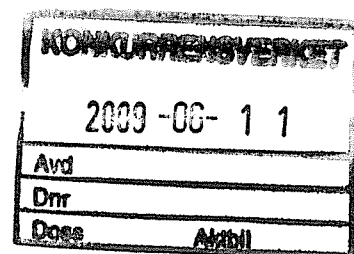
BRa VVS-konsult AB
Torsåsgatan 9
392 39 Kalmar

MOTPART

Kalmar kommun
Fastighets- och inköpskontoret
Box 611
391 26 Kalmar

SAKEN

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



DOMSLUT

Länsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 35967

Postadress
Box 614
391 26 Kalmar

Besöksadress
Smålandsgatan 28

Telefon
0480-47 78 00
E-post: lansrattenikalmar@dom.se

Telefax
0480-851 05

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M. M.

Kalmar kommun (kommunen) genomför en upphandling enligt LOU av VVS- projektering avseende nybyggnad av ishall i kvarteret Nötskrikan 3 i Kalmar. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 30 april 2009 beslutat att Sweco Systems AB i Kalmar ska antas som projektör.

BRa VVS-konsult AB (BRa) yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska rättas.

Länsrätten beslutade den 5 maj 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan rätten slutligen tagit ställning till ansökningen om överprövning eller förordnar på annat sätt.

Kommunen hemställer att länsrätten avskriver målet med anledning av att kommunen har beslutat att avbryta upphandlingen.

BRa motsätter sig att målet avskrivs.

DOMSKÄL

I kommunens förfrågningsunderlag U5.2 sägs att kunskap och erfarenhet hos handläggande konstruktören i projektet och ersättare vid sjukdom namnges i anbudet samt att tidigare erfarenhet av projektering av ishallar är ett krav. Vid prövningen kommer hänsyn tas till flera olika faktorer, bl.a. kapaciteten hos konsulten och angivna referenser.

I förfrågningsunderlaget U5.3 sägs att vid prövning av anbud kommer följande kriterier att värderas.

- * Pris 70 % (Pris proportionerlig jämförelse)
- * Erfarenhet av liknande projekt 30 %. Flest liknande projekt ger full

poäng i fallande skala. Därvid kommer inte endast det lägsta priset vara avgörande.

BRa anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande.

BRa ifrågasätter om det är tillåtet att ha "Erfarenhet" som viktninggrund. Det ger fördel till stora bolag och diskriminerar mindre bolag. Erfarenhet som viktninggrund ger en snedvriden fördel för bolag som utfört projekt på andra platser i landet med andra anställda än som ska utföra det aktuella projektet.

Enligt LOU ska det för den upphandlande enheten mest fördelaktiga anbudet antas. Det mest fördelaktiga anbudet har lämnats av BRa. Endast anbudssumman bör vara avgörande.

Viktningen av "Erfarenhet" är i vart fall felaktigt utförd då kommunen har låtit anbudsgivarna hänvisa till meriter och referenser som inte utförts av de personer som ska handha det aktuella projektet. Enligt förfrågningsunderlaget ska tänkt organisation för projektet namnges i anbudet och endast namngivna personers kompetens värderas men så har inte skett. Kommunen har således inte bedömt den uppgivna projektorganisationens meriter gällande ishallar utan anbudslämnarnas tidigare utförda projekt i bolaget. Kommunen har därmed frångått förfrågningsunderlaget.

Kommunens yttrande följande.

Det förfrågningsunderlag som legat till grund för upphandlingen är förknippat med vissa brister. Dessa brister medför att kommunen är förhindrad att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan att överträda LOU. Därför har kommunen med hänvisning till bl.a. EG-domstolens dom

i C-244/02 beslutat att avbryta upphandlingen och påbörja en ny upphandling.

Enligt EG-praxis är det inte tillåtet att utvärdera antalet referenser då detta inte innehåller något mått på kvalitet. De referensobjekt som utvärderats har inte haft samband med kontraktets föremål utan avsett anbudsgivarens kvalifikationer och resurser. Referensobjekten har avsett uppdrag utförda av anbudsgivaren och inte av offererad projektorganisation. Det har inte funnits något krav i förfrågningsunderlaget på att de referenser som redovisas ska vara utförd av offererad projektorganisation.

Samtliga anbudsgivare har baserat sina anbud respektive beslut att ej inkomma med anbud på det sätt som förfrågningsunderlaget varit utformat. De leverantörer som beslutat att ej inge anbud i upphandlingen har baserat detta beslut på det sätt som förfrågningsunderlaget varit utformat. Det förefaller troligt, eller i vart fall inte omöjligt, att anbudsgivarna skulle ha utformat sina anbud på ett annat sätt om förfrågningsunderlaget varit utformat annorlunda. Det är heller inte osannolikt att ytterligare leverantörer hade kunnat inkomma med anbud för det fall förfrågningsunderlagets kravspecifikation och utvärderingskriterier utformats på annat sätt. Klart är i vart fall att utfallet i upphandlingen inte hade blivit detsamma. Ovanstående brister som hänför sig till upphandlingens konkurrensökande skede kan därför endast åtgärdas genom att upphandlingen görs om. Kommunen kan omöjligen rätta upphandlingen. Det enda sätt för kommunen att inte överträda principen om likabehandling har varit att avbryta upphandlingen.

BRa har inte lidit eller riskerat att lida skada till följd av att företaget inte uppfyller kravet som ställts upp i förfrågningsunderlaget att ha tidigare erfarenhet av projektering av ishallar. Kommunen skulle därför rätteligen ha förkastat BRas anbud.

BRa invänder följande mot kommunens yttrande.

BRa kan använda sig av extern kompetens för att fullgöra ett kontrakt om den inte finns i bolaget. Kommunen borde ha avbrutit upphandlingen innan anbud valts för tilldelning för att EG-domstolens dom C-224/02 ska vara tillämplig. LOU är verkningslös om en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling och hävda brister i förfrågningsunderlaget efter att man antagit ett anbud och meddelat anbudslämnare och priser.

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 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. 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 skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av EG-domstolens avgörande den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis, punkterna 30-31, framgår att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet ifråga inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga utgör kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och således inte kriterier för tilldelning.

Länsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande enhet kan avbryta en påbörjad upphandling om den har sakliga skäl för ett sådant beslut. Fel och brister i förfrågningsunderlaget som uppmärksammas sedan ett beslut om tilldelning fattats och en anbudsgivare ansökt om överprövning kan dock inte anses som godtagbara skäl för att avbryta en upphandling. På grund härav kan målet inte avskrivas från vidare handläggning utan BRas ansökan ska prövas.

I förfrågningsunderlaget U5.3 sägs att "Flest liknande projekt ger full poäng i fallande skala". Detta kriterium får huvudsakligen anses hänförligt till anbudsgivarnas kvalifikationer och inte till den aktuella VVS-

projekteringen. På grund härav får anbudsutvärderingen anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn. Kriteriet strider därför mot 1 kap. 9 § LOU.

BRas möjligheter att erhålla kontrakt kan ha påverkats av felaktigheten och bolaget kan därmed ha lidit skada enligt 16 kap. 2 § LOU.

Skäl finns sålunda för ingripande enligt 16 kap 2 § LOU. Oavsett hur BRas yrkande utformats kan länsrätten välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (RÅ 2005 ref. 47).

Om förfrågningsunderlaget varit utformat på ett tillåtet sätt är det troligt att anbudsgivarna utformat sina anbud på annat sätt än som skett. Det otillåtna kriteriet kan också ha avhållit leverantör från att avge anbud. Kommunen kan därmed inte anses ha tagit tillvara möjligheterna till konkurrens. Till följd härav ska upphandlingen göras om.

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

På länsrättens vägnar

Lorentz Bjurgert
rådman



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 offentlig part 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 nå 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.