



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2012-04-19
Meddelad i
Växjö

Mål nr
4052-11

SÖKANDE

Dynacon Construction AB, 556772-4751
Hjalmar Petris väg 55
352 46 Växjö

Ombud: Advokat Mats Palmgren
Advokatfirman VICI HB
Box 1209
221 05 Lund

MOTPARTER

1. Växjö Fastighetsförvaltning AB, 556087-6038
Nygatan 34
352 31 Växjö

Ombud: Advokat Jan Andersson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

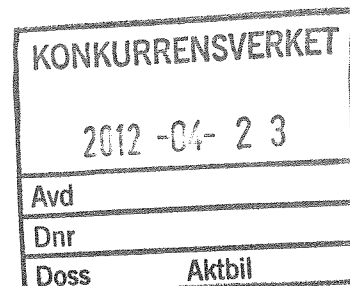
Ombud: Jur.kand. Camilla Nilsson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

2. Peab Sverige AB
Illervägen 2
352 45 Växjö

Ombud: Lars Braun
Peab Sverige AB
Box 808
169 28 Solna

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



Dok.Id 47087

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller begäran om överprövning och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om.

Vid utvärderingen ska Peab Sverige AB, beträffande utvärderingskriteriet ”planerad projektorganisation”, inte erhålla några poäng för projektansvarigs erfarenhet av projektledning.

YRKANDEN M. M.

Växjö Fastighetsförvaltning AB (Vöfab) har genomfört en upphandling avseende om- och tillbyggnad av Kungsmadskolan i Växjö. Upphandlingen avser 7 delar, 1-7. Vöfab har i tilldelningsbeslut den 23 november 2011 beslutat att för del 1, Byggentreprenad (BE), anta anbud från Peab Sverige AB (Peab).

Dynacon Construction AB (Dynacon) ansöker om överprövning av Vöfab:s upphandling och yrkar, såsom talan slutligen bestämts, att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen görs med bortseende från Peabs anbud eller i vart fall med bortseende från Peabs anbud samt att Dynacon tilldelas maximal poäng avseende utvärderingskriteriet ”planerad projektorganisation”. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Dynacon anför bl.a. följande. Vöfab har åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att godta Peabs anbud för utvärdering samt genom att inte tilldela Dynacon maximal poäng avseende utvärderingskriteriet Planerad projektorganisation. Vöfab har vidare vid utvärderingen brutit mot principen om transparens genom att inte redovisa grunderna för ställningstagandet att godta Peabs anbud för utvärdering respektive poängsättningen av utvärderingskriteriet ”planerad projektorganisation”. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudet ska redovisa projektansvarig och platsansvarig samt att CV och utvärdering ska baseras för *respektive* sådan person. Av Peabs anbud framgår att Tommy Karlsson har angetts både som projektansvarig och platsansvarig. Detta är inte i enlighet med kvalificeringskravet i AFB.51, vilket betyder att Peabs anbud inte är kvalificerat för utvärdering enligt AFB.52. Dynacon bestrider att det inte krävs två skilda personer för att uppdraget ska kunna fullgöras. Det görs en klar åtskillnad mellan projektansvarig respektive platsansvarig vid poängsättningen. Även om det antas att projektorganisationen har varit kvalificerad går det inte av tilldelningsbeslutet att utläsa på vilket sätt Tommy Karlssons redovisning enligt CV har värderats och hur redovisningen är

tillräcklig för att ge 10 poäng. Tommy Karlssons CV har varit ofullständigt då det inte är klart om han varit projektansvarig i de aktuella referensobjekten. Vöfab har inte visat att Tommy Karlsson genom CV har beskrivit minst 15 års erfarenhet som projektansvarig. Skälen för tilldelning och olikheter i bedömningen av anbudsgivarna har inte redovisats, vilket är otillåtet och kan ha gett utrymme för fri prövningsrätt. Dynacon anser att det inte framgår entydigt vad som avses med "likartade projekt" i förfrågningsunderlaget och att detta kan ha medfört risk för godtycke vid utvärderingen. Dynacon har för utvärderingskriteriet "planerad projektorganisation" tilldelats 5 poäng. Av Dynacons anbud framgår att Lars Molander har angetts som projektansvarig och Kent Kristensen som platsansvarig. Lars Molander har varit projektansvarig i ett flertal projekt som har varit likartade sedan 1995. Kent Kristensen har varit platschef i likartade projekt sedan 1989. Dynacon anser att både Lars Molander och Kent Kristensen väl uppfyller de krav som förfrågningsunderlaget uppställer för maximal poäng för projektansvarig (3 poäng) och platsansvarig (7 poäng). Dynacon har vid ett möte med Vöfab med anledning av tilldelningsbeslutet upplysts om att avdraget gjorts för att Lars Molander har bedömts sakna tillräcklig kvalifikationstid i sin roll som affärschef i NCC under perioden 2004-2010. För klargörande av sin funktion och kvalifikation även för den aktuella perioden har Lars Molander redovisat sin roll som affärschef och projektansvarig för NCC enligt till ansökan bifogad bilaga. Det saknas stöd för att räkna bort tiden hos NCC, i vart fall utan närmare utredning. Det hade varit både möjligt och tillåtet för Vöfab att begära klargöranden från Dynacon om Lars Molanders kvalifikationer som projektansvarig. Lars Molander har i CV dessutom visat att han har varit platschef under åren 1989-1995. Den rollen har Vöfab vid utvärderingen av Tommy Karlsson jämfört med befattningen som projektansvarig. Dynacon har vid ett tidigare projekt, Norregårdsskolan, med motsvarande kriterier för utvärdering, tilldelats 8 poäng av 10 möjliga avseende en projektorganisation identisk med den nu aktuella och platschefen Kent Kristensen tilldelats 7 poäng.

tillräcklig för att ge 10 poäng. Tommy Karlssons CV har varit ofullständigt då det inte är klart om han varit projektansvarig i de aktuella referensobjekten. Vöfab har inte visat att Tommy Karlsson genom CV har beskrivit minst 15 års erfarenhet som projektansvarig. Skälen för tilldelning och olikheter i bedömningen av anbudsgivarna har inte redovisats, vilket är otillåtet och kan ha gett utrymme för fri prövningsrätt. Dynacon anser att det inte framgår entydigt vad som avses med "likartade projekt" i förfrågningsunderlaget och att detta kan ha medfört risk för godtycke vid utvärderingen. Dynacon har för utvärderingskriteriet "planerad projektorganisation" tilldelats 5 poäng. Av Dynacons anbud framgår att Lars Molander har angetts som projektansvarig och Kent Kristensen som platsansvarig. Lars Molander har varit projektansvarig i ett flertal projekt som har varit likartade sedan 1995. Kent Kristensen har varit platschef i likartade projekt sedan 1989. Dynacon anser att både Lars Molander och Kent Kristensen väl uppfyller de krav som förfrågningsunderlaget uppställer för maximal poäng för projektansvarig (3 poäng) och platsansvarig (7 poäng). Dynacon har vid ett möte med Vöfab med anledning av tilldelningsbeslutet upplysts om att avdraget gjorts för att Lars Molander har bedömts sakna tillräcklig kvalifikationstid i sin roll som affärschef i NCC under perioden 2004-2010. För klagörande av sin funktion och kvalifikation även för den aktuella perioden har Lars Molander redovisat sin roll som affärschef och projektansvarig för NCC enligt till ansökan bifogad bilaga. Det saknas stöd för att räkna bort tiden hos NCC, i vart fall utan närmare utredning. Det hade varit både möjligt och tillåtet för Vöfab att begära klagöranden från Dynacon om Lars Molanders kvalifikationer som projektansvarig. Lars Molander har i CV dessutom visat att han har varit platschef under åren 1989-1995. Den rollen har Vöfab vid utvärderingen av Tommy Karlsson jämfört med befattningen som projektansvarig. Dynacon har vid ett tidigare projekt, Norregårdsskolan, med motsvarande kriterier för utvärdering, tilldelats 8 poäng av 10 möjliga avseende en projektorganisation identisk med den nu aktuella och platschefen Kent Kristensen tilldelats 7 poäng.

Tommy Karlsson tilldelades 7 poäng av 10 möjliga. De skiftande bedömningarna visar att Vöfab vid utvärderingen kan ha tagit ovidkommande hänsyn. Vöfab vill i efterhand rättfärdiga ett förfarande som står i strid med den ordning för kvalificering och utvärdering som uppställts enligt förfrågningsunderlaget. Vid antagande av ett nytt och mer preciserat tilldelningsbeslut får Dynacon anses ha gjort sannolikt att risk för skada föreligger. Vid en korrekt utvärdering skulle Dynacons anbud ha antagits som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Den felaktiga utvärderingen har medfört att Dynacon har lidit eller kan komma att lida skada.

Vöfab anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför följande. Peab har i sitt anbud angett en projektansvarig och en platsansvarig. Av Peabs anbud framgår att Tommy Karlsson är projektansvarig respektive platsansvarig. Peabs anbud har således uppfyllt aktuellt krav och kvalificerat sig för utvärderingen. I förfrågningsunderlaget finns inte krav på att en anbudsgivare ska ange två olika personer som projektansvarig respektive platsansvarig eller att anbudsgivaren inte får ange samma person som projektansvarig respektive platsansvarig. Ordalydelsen kan inte förstås på annat sätt än att det föreligger en valfrihet för anbudsgivaren att uppge en eller två skilda personer som projekt- och platsansvarig. Den upphandlande myndigheten tillåts inte att företa en fri prövningsrätt och kan inte frånga de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Vöfab har i sitt tilldelningsbeslut den 23 november 2011 tydligt redogjort för hur prövningen respektive utvärderingen av anbudsgivarna har gått till. Vöfab har meddelat anbudsgivarna om det beslut som fattats samt skälen för beslutet. LOU anger inte i detalj hur ett tilldelningsbeslut ska vara utformat. Dynacon skulle, oavsett tilldelningsbeslutets utformning, inte ha tilldelats kontraktet och kan därmed inte anses ha lidit skada. Det framgår otvetydigt av förfrågningsunderlaget att det är anbudsgivaren som ansvarar för att ingivet CV är fullständigt och att det går att utläsa de efterfrågade kraven. Av Kent Kristensens ingivna CV framgår att han har 11 års erfarenhet som platsan-

svarig i likartade projekt. Han ska således tilldelas 4 poäng som platsansvarig, vilket han även har tilldelats. Dynacon har även gjort gällande att hans år som platschef på NCC Byggservice (1998-2009) ska räknas med. Under dessa år har han sysslat med små ombyggnader, som inte kan anses som likartade projekt. Av Lars Molanders ingivna CV går att utläsa att han har 12 års erfarenhet som projektansvarig i likartade projekt. Han ska således tilldelas 1 poäng, vilket han även tilldelats. Funktionen som affärschef och funktionen som projektansvarig kan inte anses vara densamma. Dynacon ska därför tilldelas 5 poäng för sin projektorganisation. Av Tommy Karlssons CV framgår att han har mer än 15 års erfarenhet som projektansvarig och platsansvarig. Det är själva funktionen som projekt- respektive platsansvarig som ligger till grund för utvärderingen av respektive anbudsgivares projektorganisation. Det låter sig inte påstås att det finns helt klara definitioner som används konsekvent inom nu aktuell bransch. Detta faller på sin orimlighet eftersom inget projekt eller organisation ser likadana ut. Mot bakgrund härav saknar det betydelse om Peab i sitt anbud kallar funktionen som projektansvarig "arbetschef". Det avgörande, och även det enda som VÖFAB har rätt att beakta vid utvärderingen och poängtilldelningen är huruvida VÖFAB ur respektive anbudsgivares anbud, tillika bifogade CV:n, kan utläsa uppgifter om den person som anbudsgivaren uppgett som projekt- respektive platsansvarig som motsvarar de krav som uppställs i utvärderingen för att tilldelas viss poäng. Med anledning av att en "arbetschef", det vill säga en person som har det övergripande ansvaret för projektet, innehar samma funktion som en "projektansvarig" går det av Tommy Karlssons CV att utläsa att han också har den erfarenhet i egenkap av projektansvarig som krävs för att tilldelas högsta poäng. Dynacon har inte visat någon överträdelse av LOU ägt rum i upphandlingen. Dynacon har följaktligen inte visat att Dynacon lidit eller riskerat att lida skada.

Peab biträder Vöfabs inställning och anför följande. Blekinge Rot AB lämnade i aktuell upphandling en och samma person för "Platsansvarig", "Kvalitetsansvarig" och "Miljöansvarig". Peab har i förhållande till sina konkurrenter färre personer i sin projektorganisation. Vöfab har i förfrågningsunderlaget, AFC:314, med krav på anbudsgivares redovisning av projektorganisation med ombud, projektansvarig och platsansvarig, öppnat upp för anbudsgivarna att redovisa en organisation som är tillämplig för det enskilda byggbolaget. Hur Peab har tänkt organisera och bemanna upp projektet framgår av återopad bilaga. Peab har angivit Tommy Karlsson som projekt- respektive platsansvarig och uppfyller därmed ställda krav. I förfrågan anges att projekt- och platsansvarig ska ha erfarenhet av "likartade projekt". Dynacon har gjort gällande att Kent Kristensens tid som platschef på NCC Byggservice (1998-2009) ska beaktas. Byggservice är en verksamhet som omfattar mycket begränsade entreprenader avseende såväl värde, byggtid som komplexitet. Byggserviceverksamhet kan inte anses likartad med aktuellt projekt och vid utvärderingen ska inte Kent Kristensens tid inom byggservice beaktas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Eftersom den aktuella upphandlingen påbörjades i februari 2011 är det bestämmelserna i LOU före den 1 november 2011 som ska tillämpas.

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.

Av 16 kap 5 § LOU framgår att rätten ska 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 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) har uttalat 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 (RÅ 2002 ref. 50).

EU-domstolen har angett att upphandlingskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se bl.a. C-19/00 p. 42).

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Utredningen i målet

Av punkt AFB.31 i förfrågningsunderlaget framgår att ett anbud ska innehålla projektorganisation enligt punkt AFC.314 (Ombud, projektansvarig, platsansvarig).

Enligt punkt AFB.51 kommer prövning av anbudsgivare att ske med avseende på bl.a. teknisk kompetens. Projektansvarig och platsansvarig ska ha mycket god och väl dokumenterad erfarenhet av projektansvar respektive platsledning från likartade projekt. Erfarenhet ska klart kunna utläsas av redovisning i respektive persons CV. Se även AFC.314.

Av punkt AFC.314 i förfrågningsunderlaget framgår att i anbud ska redovisas planerad projektorganisation med angivande av:

Ombud, projektansvarig och platsansvarig.

CV som beskriver projektansvarigs och platsansvarigs erfarenhet av som projektroll i likartade projekt samt anger referensprojekt i vilka personen deltagit med likartade arbetsinsatser ska redovisas.

OBS!! Med detta menas att det av CV klart skall framgå under vilken tidsrymd och i vilka projekt av likartad natur (storlek och/eller typ) som respektive person varit projektansvarig eller platsansvarig (Se även AFB.31 & AFB.52).

Ofullständiga CV i dessa avseenden kommer ej att värderas. **OBS!!**

Vid utvärdering enligt principen "det totalekonomiskt mest fördelaktiga" tillmäts enligt AFB.52 planerad projektorganisation enligt AFC.314, 1-10 poäng med viktning 8 procent. Värdering sker av projektansvarig och platsansvarig enligt följande.

Projektansvarig med minst 15 års erfarenhet från projektledning i likartade projekt erhåller 3 poäng.

Projektansvarig med minst 10 års erfarenhet från projektledning i likartade projekt erhåller 1 poäng.

Platsansvarig med minst 15 års erfarenhet från platsledning i likartade projekt erhåller 7 poäng.

Platsansvarig med minst 10 års erfarenhet från platsledning i likartade projekt erhåller 4 poäng.

Personer med mindre än 10 års erfarenhet från likartade projekt eller om CV är ofullständigt/ej bifogas, erhåller 0 poäng.

Förvaltningsrättens bedömning

Kan en person vara såväl projektansvarig som platsansvarig?

Peab har i sitt anbud angett Tommy Karlsson som både projektansvarig och platsansvarig.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte att befattningarna projektansvarig och platsansvarig ska innehas av två olika personer. Den omständigheten att Peabs anbud upptar Tommy Karlsson som ansvarig för bägge befattningarna utgör skäl inte för ingripande enligt LOU.

Uppfyller Peabs anbud kraven på projektansvarig?

Av Tommy Karlssons CV, som Peab bifogat till sitt anbud, framgår att han innehåft befattningar som platschef, produktionschef, arbetschef och arbetsledare – platschef. Det anges dock inte att Tommy Karlsson har haft befattning som projektansvarig eller att han har erfarenhet av projektledning.

Vöfab anser att det är själva funktionen som projektansvarig som ligger till grund för utvärderingen av respektive anbudsgivares projektorganisation och att det saknar betydelse om Peab i sitt anbud kallar funktionen projektansvarig för arbetschef.

I förfrågningsunderlaget anges att projektansvarig ska ha en mycket god och väl dokumenterad erfarenhet av projektansvar och att erfarenheten ska klart kunna utläsas av redovisning i personens CV. Frågan är då om befatt-

ningen projektansvarig är att likställa med arbetschef eller om det i befattningen arbetschef får anses ingå erfarenhet av projektledning. Förfrågningsunderlaget har en mycket strikt utformning som lämnar lite utrymme för tolkningar. Förvaltningsrätten finner med anledning härav att Tommy Karlssons CV inte verifierar erfarenhet som projektansvarig eller projektledning i projekt av likartad natur. Trots detta har Peab erhållit poäng i den delen. Utvärdering har därmed inte skett i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten finner att Dynacon har visat att Vöfab härigenom har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Dynacon kan antas ha lidit eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Felet har inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet och det får då anses tillräckligt att förordna om rättelse på så sätt att utvärderingen görs om. Vid utvärderingen ska Peab inte erhålla några poäng för projektansvarig Tommy Karlssons erfarenhet av projektledning.

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



Bertil Idarsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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, anledning förekommer till ändring i det slut vartill 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU