

LÄNSRÄTTEN I
JÖNKÖPINGS LÄN

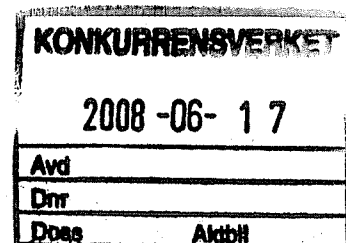
DOM
2008-06-13
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
875-08 E
Rotel 3

SÖKANDE

PNN Ingenjörer AB, 556276-5924
Box 25
332 21 Gislaved

Ombud:
Advokaten John Hane
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm



MOTPARTER

- Gislaveds kommun
Upphandlingsenheten
332 80 Gislaved
- Gnosjö kommun
c/o Upphandlingsenheten i Gislaveds kommun
Stortorget 1
332 80 Gislaved

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Bakgrund

Gislaveds kommun och Gnosjö kommun (kommunerna) inbjöd den 7 december 2007 till att lämna anbud på konsulttjänster inom elva fackområden. Det angavs att det var en öppen upphandling. I anbudsinbjudan fanns under avsnitt 3 redovisat de krav som ställdes på anbudsgivarna. Under punkt 3.4 Teknisk förmåga och kapacitet fanns bl.a. följande angivet:

Anbudsgivaren **ska** redovisa minst 1 maximalt 3 för huvudkonsulten relevant/-a uppdrag inom varje offererat fackområde, samt i förekommande fall varje därtill hörande delområde, där denne har varit uppdragsansvarig. Uppdraget /-en **ska** ha genomförts under de två senaste åren.
Av uppdraget /-en **ska** framgå:
- dess genomförande och arbetsformer

Dok.Id 43333

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Ö Storgatan 33 A	Telefon 036-15 65 00 E-post: lansrattenijonkoping@dom.se www.lansrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---------------------------------------------------	-----------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------	---------------------------------------------------------

- dess personal- och tidsåtgång
 - ungefärlig kostnad på uppdraget
- Anbudsgivaren ska lämna 1 referens för varje redovisat uppdrag.

Vidare angavs vilka uppgifter som skulle lämnas avseende referenserna.

Ansökan om överprövning

PNN Ingenjörer AB (PNN) yrkar att länsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas med mindre rättelse dessförinnan har vidtagits. Den rättelse som begärs är i första hand att länsrätten förordnar att anbudsvärderingen ska göras om på så vis att PNN:s samtliga fem lämnade anbud beaktas vart och ett för sig samt att skälen för tilldelningsbeslutet redovisas så att dess innehåll står i överensstämmelse med på området tillämplig lagstiftning. I andra hand yrkas att upphandlingen i sin helhet ska göras om. Vidare begärs överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen beträffande fackområdena 1. Byggadministration och 10. Arkitekt (byggnationer). Vidare begärs interimistiskt beslut. Bolaget anför följande grunder till stöd för sin ansökan. Inom angiven tidsfrist har bolaget gett in fem skilda anbud i separat förslutna lika många kuvert. Anbudena har avsett delar av upphandlingen inom fackområdena 1. Byggadministration, 7 b. Mark och 10. Arkitekt (byggnationer). PNN:s fem anbud har på olika sätt skiljt sig åt även med hänseende på vilken konsultuppsättning som föreslogs utföra de respektive konsulttjänsterna. Det är alldeles uppenbart att kommunerna i stället för att pröva dessa anbud vart och ett för sig har betraktat dem som ett samlat anbud från PNN, vilket inte minst framgår av anbudsprotokollet, i vilket samtliga fem anbud numrerats som anbud nr 048 med anmärkningen, fem kuvert. Genom tilldelningsbeslut daterat den 30 april 2008 beslöt kommunerna, såvitt berör de fackområden som PNN hade lämnat anbud på, att tilldela anbud nr 045, 033, 044, 038 samt 035 konsulttjänster avseende fackområde 7 b. Mark. I samma beslut meddelades också att upphandlingen beträffande 1. Byggadministration hade avbrutits då ingivna anbud inte kvalificerat sig. Det meddelades samtidigt att även upphandlingen beträffande 10. Arkitekt

(byggnationer) hade avbrutits då endast ett anbud kvalificerat sig. Kommunernas hanterande av upphandlingen har i förlängningen lett till en för PNN oförutsedd utgång när PNN inte kom att tilldelas konsulttjänster i någon del av upphandlingen. Att tilldelningsbeslutet också har varit utformat så pass bristfälligt att PNN inte haft möjlighet att bringa sig uppfattning om skälen härför och hur deras anbud egentligen har hanterats. Följaktligen känner PNN inte till om givna anbud har förkastats, inte kvalificerat sig eller helt sonika inte beaktats. Tilldelningsbeslutets utformning betraktas därför som direkt i strid med på området tillämplig lagstiftning. I tilldelningsbeslutet finns i princip ingen information eller vägledning att hämta om vad som har föranlett beslutet. I förarbetena till 1 kap. 28 § LOU anfördes i prop. 2001/02:142 s. 61 att det är viktigt att den upphandlande enheten utformar informationen om tilldelningsbeslut på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som har legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst anbud. Alltför intetsägande uppgifter om varför viss eller vissa leverantörer har tilldelats upphandlingskontrakt kan innebära att enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skälen för beslutet. Det är därför inte tillräckligt att enheten i upplysningarna som skäl anger att den vinnande leverantörens anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om anbud har antagits på nämnd grund, bör även i upplysningarna redovisas vilka omständigheter enheten tagit hänsyn till för att densamma ska anses ha lämnat skäl för tilldelningsbeslutet. Vid en upphandling med utvärderingskriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud, som nu är för handen, krävs det av naturliga skäl än mer av den upphandlande enheten vid utformandet av tilldelningsbeslutet än vid lägsta pris. Det bristfälligt utformade tilldelningsbeslutet har bl.a. lett till att PNN inte känner till vad som skett utöver att man inte vunnit upphandlingen. Om deras anbud har förkastats, inte varit kvalificerade eller vad som överhuvudtaget har skett har PNN inte fått någon information om. Den tolkning som ligger närmast till hands är förmodligen att anbuden har förkastats, vilket PNN ställer sig frågande till då samtliga ”skall-krav” i förfrågningsunderlaget är uppfyllda i samtliga lämnade anbud. Utöver det

bristfälligt utformade tilldelningsbeslutet synes kommunerna felaktigt ha utgått ifrån att PNN endast lämnat ett anbud. Detta stämmer inte med verkliga förhållanden. PNN har i fem separat förslutna kuvert lämnat fem konkurrerande anbud med olika uppsättningar av konsulter. Av det skälet har kommunerna när de betraktat PNN som en anbudsgivare inte beaktat de fem olika anbuden var för sig, varför tilldelningsbeslutet också bygger på felaktiga förutsättningar. PNN gör således gällande att deras skilda anbud såvitt avser fackområde 7 b. inte alls har utvärderats samt att anbuden som inlämnats beträffande fackområde 1. byggadministration och 10. Arkitekt, inte heller har utvärderats. PNN bestrider vidare att man i något avseende skulle ha inlämnat orena anbud. Principerna om öppenhet och transparens har inte följts med beaktande av att det i förfrågningsunderlaget ges uttryck för att kommunerna vid utvärderingen kommer att beakta sina egna referenser och att dessa kommer att väga tyngre än externa referenser som har lämnats, något som emotsägs av hur beskrivningen av anbudsutvärderingen formulerats. Anbudsutvärderingen har beträffande referenser den lydelsen att bedömningen av kvalitetskriteriet av upphandlingsföremålet kommer att göras utifrån anbudsgivarens lämnade referens/-er. Således nämns ingenting om de s.k. egna referenserna i detta avsnitt. Skillnaderna i skrivning rimmar därför illa med de krav på öppenhet och transparens som uppställer höga krav på att i detalj beskriva vilka kriterier som kommer att vägas in. Härutöver kan det kravet på att "egna" referenser ska anses väga tyngre leda till misstanken att kommunerna medvetet har försökt styra upphandlingen mot vissa företag och bort från andra, vilket heller inte kan anses stå i överensstämmelse med de grundläggande principerna för hur en offentlig upphandling ska utföras. Detta är också grunden för andrahandsyrkandet om att upphandlingen ska göras om. PNN vill ytterligare betona att den inkonsekvens i förfrågningsunderlaget som har redogjorts för ställer ytterligare krav på det senare meddelade tilldelningsbeslutets utformande vilket närmast får betraktas som uppseendeväckande i sin brist på information.

Interimistiskt beslut

Länsrätten har den 8 maj 2008 mot bakgrund av tillgänglig utredning och den överrättspraxis som finns avseende interimistiska beslut förordnat att upphandlingen inte får avslutas förrän länsrätten beslutar att så får ske.

Motpartens yttrande

Kommunerna bestrider PNN:s yrkande om överprövning då handläggningen av upphandlingen har varit i överensstämmelse med gällande rätt och då PNN således inte lidit eller kan komma att lida skada därav. I första hand yrkas att yrkandet om överprövning inte ska beaktas. Som grund för yrkandet anges att handläggningen av upphandlingen har varit i överensstämmelse med LOU. I det fall länsrätten beslutar att kommunerna har brutit mot bestämmelserna enligt gällande rätt yrkas i andra hand att upphandlingen får avslutas sedan rättelse gjorts och i tredje hand att upphandlingen görs om. PNN:s samtliga anbud har registrerats och anknutits till ett anbudsnummer; nr 048. I anbudsprotokollet har i anmärkningsfältet angetts uppgiften "5 kuvert". Denna information har avsetts som administrativ information för den upphandlande enheten; ett led i de lagstadgade krav som gäller för denna att anteckna och säkerställa vad som har inkommit. Beträffande PNN:s inkomna anbud har de, oavsett att de har registrerats samlat till ett anbudsnummer, prövats var för sig. Separat prövning har alltså skett beträffande de fem anbuden. I det fall fler än ett fackområde har angetts i varje enskilda anbud har dessutom dessa prövats var för sig. Av anbudsinbjudan framgår under punkt 5.2.3 att varje fackområde kommer att utvärderas för sig. Vad avser tilldelningsbeslutets utformning ska upphandlande enhet enligt 1 kap. 28 § LOU lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det. I anbudsprotokollet daterat den 30 april 2008 anges de anbud som har antagits. Vidare sägs att "Beslutet grundar sig på att berörda leverantörer har lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden".

I tilldelningsbesked daterat den 30 april 2008 framgår att "På grund av att berörda anbud inte har kvalificerat sig har upphandlingen avbrutits inom följande fackområden---". Bland dessa nämns fackområde 1. Byggadministration. För att avbryta en upphandling krävs utifrån rättspraxis att den upphandlande myndigheten anger sakliga skäl för detta. I detta fall utgörs skälet av att det inte finns några giltiga anbud att beakta vid en utvärdering. Av tilldelningsbeskedet framgår dessutom att "Då bara ett anbud har kvalificerat sig, vilket medför att tillräcklig konkurrens inte kan uppnås, har upphandling avbrutits inom följande fackområde 10. Arkitekt (byggnationer)". I detta fall utgörs skälet av att någon konkurrensutsättning inte kan säkerställas då bara ett anbud har kvalificerat sig. Då det gäller information beträffande tilldelning av fackområde 7b. Mark kan hänvisas till vad som framgår av anbudsinvitan under punkt 5.1. avseende att prövning av anbud genomförs i två steg. Först sker en kvalificering av anbudsgivarna och därefter sker anbudsvärdering. De anbudsgivare som har kvalificerat sig går vidare till anbudsutvärderingen och i steg två provas de efterfrågade utvärderingskriterierna. Genom en sammanläsning av denna text med den information som ges i tilldelningsbeskedet kan man enligt kommunernas uppfattning utläsa varför berörda anbud inte har kvalificerat sig. Det medges att informationen i tilldelningsbeskedet, i denna del, hade kunnat vara mer uttömmande. Det kan dock tilläggas att i det fall anbudslämnare har önskat ytterligare information beträffande upphandlingen har det, vilket också har angetts i tilldelningsbeskedet, funnits möjlighet att under överprövningstiden ställa frågor till och begära in ytterligare uppgifter från ansvarig upphandlare via e-post. Direkttelefonnummer till ansvarig handläggare finns också angivet i tilldelningsbeskedet. Beträffande PNN:s lämnade anbud som avser fackområde 1. Byggadministration, 7b. Mark samt 10. Arkitekt har dessa enligt kommunernas bedömning inte kvalificerat sig till utvärderingsfasen. Skälen är följande. Vad avser konsult DG, fackområde 10. Arkitekt saknas redovisning av uppdrag inom delområde Vårdbyggnader, delområde Förskolor/ Daghem samt delområde Förvaltningsbyggnader (inkl.

vårdcentraler). Anbud avseende konsult KB, fackområde 10. Arkitekt saknar redovisning av uppdrag inom delområde Vårdbyggnader, delområde Förskolor/Daghem samt delområde Förvaltningsbyggnader (inkl. vårdcentraler). Då det gäller delområde Skolbyggnader saknas redovisning av referens för uppdrag nr 2. För konsult CB, saknas i fråga om fackområde 1. Byggadministration redovisning av uppdrag inom delområde Vårdbyggnader, delområde Förskolor/Daghem Då det gäller delområde Skolbyggnader saknas redovisning av referens för uppdrag nr 1. Beträffande delområde Förvaltningsbyggnader saknas redovisning av referens för uppdrag 2. Beträffande anbud avseende samma konsult avseende fackområde 10. Arkitekt saknas redovisning av uppdrag inom delområde Vårdbyggnader, delområde Förskolor /Daghem. Då det gäller delområde Skolbyggnader saknas redovisning av referens för uppdrag nr 1. Beträffande delområde Förvaltningsbyggnader saknas redovisning av referens för uppdrag nr 2. Vad avser konsult JN med anbud på fackområde 10. Arkitekt saknas redovisning av uppdrag inom delområde Skolbyggnader, delområde Vårdbyggnader samt delområde Förvaltningsbyggnader. Då det gäller delområde Förskolor/Daghem saknas redovisning av referens för uppdrag nr 1. Konsult PN med anbud på fackområde 1. Byggadministration, fackområde 7b. Mark samt fackområde 10. Arkitekt saknar avseende Byggadministration redovisning av uppdrag inom delområde Förvaltningsbyggnader. Då det gäller delområde Skolbyggnader saknas redovisning av referens för uppdrag nr 2 och 3. Beträffande delområde Vårdbyggnader saknas redovisning av referens för uppdrag 1. Då det gäller delområde Förskolor/Daghem saknas redovisning av referens för uppdrag nr 1. Beträffande fackområde 10. Arkitekt saknas redovisning av uppdrag inom delområde Förvaltningsbyggnader. Då det gäller delområde Skolbyggnader saknas redovisning av referens för uppdrag nr.2 och 3. Beträffande delområde Vårdbyggnader saknas redovisning av referens för uppdrag nr 1. Avseende delområde Förskolor/Daghem saknas redovisning av referens för uppdrag nr 1 och 2. Då det gäller fackområde 7 b. Mark saknas redovisning av referens för uppdrag nr 2. När det gäller frå-

gan om principerna om öppenhet och transparens har beaktats vad avser beskrivningen av hur utvärdering av referenserna kommer att gå till, framgår av anbudsinvjudan under punkt 3.4., "Teknisk förmåga och kapacitet", följande: Kommunerna kommer även att beakta egna referenser. Vid utvärderingen kommer interna referenser att väga tyngre än externa referenser. Av anbudsinvjudan punkt 5.2.2. under huvudrubriken "Utvärdering av anbud" följer bl.a.:

1. Referenser vikt 100 %

Bedömningen av kvalitetskriteriet av upphandlingsföremålet kommer att göras utifrån anbudsgivarens lämnade referens/-er.

Kommunerna ser inte någon avgörande motsättning i de två meningarna som menligt skulle inverka på förutsebarheten i hur utvärderingen ska gå till. I enlighet med de EG-rättsliga principer som bär upp offentlig upphandling, däribland kravet på öppenhet och transparens, har här tydliggjorts hur man kommer att beakta referenserna vid utvärderingen.

Sökandens svar

PNN vidhåller sina yrkanden och tillägger bl.a. följande. Kommunerna ger i sitt yttrande uttryck för att tilldelningsbeslutet varit i överensstämmelse med 1 kap. 28 § LOU. Detta är en överraskande inställning med beaktande av att några skäl faktiskt inte finns att hitta i beslutet. Aktuell bestämmelse vore fullkomligt tandlös, för att inte säga meningslös, om man som skäl inte skulle behöva ange annat än det som anbudsgivarna redan på förhand känner till genom förfrågningsunderlaget, dvs. att beslutet grundar sig på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunernas ståndpunkt saknar följdenligt också stöd i hittillsvarande rättspraxis. Kommunerna försöker vidare i efterhand korrigera de egna tillkortakommandena av sin lagstadgade skyldighet genom att lämpa över sitt ansvar på anbudsgivarna hävdandes att dessa på olika sätt har kunnat kontakta upphandlande myndighet för att

få en närmare redogörelse för skälen till beslutet Denna möjlighet förtar inte upphandlande enhets lagstadgade skyldighet på något vis. PNN noterar emellertid att kommunerna i sitt yttrande till länsrätten uttryckligen ger visst stöd för PNN:s synpunkt att tilldelningsbeslutet är bristfälligt till sin utformning. PNN bifogar en sammanställning över inkomna anbud avseende konsulttjänster. Uppgifterna är till skillnad från tilldelningsbeslutet mycket upplysande och har i efterhand tillställts PNN genom annan än kommunernas försorg. Dessa uppgifter är nya för PNN. På s. 7 i sammanställningen kan följande anmärkas. Fem anbud finns upptagna under anbud 48. Dessa anbud är numrerade med siffrorna 1 - 5. Eftersom anbud från konsulten PN var det enda från PNN som avsåg Byggadministration, Mark och Arkitekt är det detta som åsatts nr 3. Samtliga PNN:s anbud har förkastats på grund av att kommunerna ansett att tillräckligt antal redovisade uppdrag med tillhörande referenser inte har angetts. Förfrågningsunderlaget anger på s. 7 att anbudsgivaren ska ange minst en och maximalt tre för huvudkonsulten relevant/-a uppdrag inom varje offererat fackområde. I denna del avses fackområde som kunde offereras och inte alla de delområden som finns i anbudsformuläret. Det finns ingenstans i anbudsformuläret krav på redovisning av delområden och referenser härför utan enbart krav på minst ett redovisat uppdrag medelst referens för respektive fackområde. För varje redovisat uppdrag skulle därför lämnas en referens. PNN är av uppfattningen att skrivningen beträffande minsta antal redovisade uppdrag, ett till antalet, också blir bestämmande för det antal referenser som krävs. PNN har i sina anbud därvidlag uppfyllt ”skall-kravets” innebörd. Kommunernas hanterande av kvalificeringsfasen har därför varit felaktigt. Att anbudsgivarna har redovisat flera uppdrag med samt i förekommande fall utan referenser kan inte rendera att de utesluts då minst ett uppdrag med tillhörande referens var det krav som förfrågningsunderlaget uppställde. Var kommunernas avsikt någon annan än den som framgår av förfrågningsunderlagets bokstav gör PNN gällande att stora brister i förutsebarhet och transparens har präglat upphandlingen. Kommunernas sätt att handlägga upphandlingen

leder till att anbudsgivare som har redovisat flera uppdrag varav somliga saknar referenser hamnar i ett sämre läge än den anbudsgivare som har valt att redovisa färre tidigare uppdrag medelst referenser. Otydligheten i förfrågningsunderlaget kan inte vändas mot anbudsgivarna på något sätt.

DOMSKÄL

Enligt 7 kap. 1 § första stycket i den i målet tillämpliga LOU får en leverantör, som anser att han har lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 §, ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Enligt 2 § första stycket ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada. I sistnämnda lagrum anges att en upphandling ska genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 4 § LOU anges att en upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

PNN har lämnat in fem anbud som har beaktats av upphandlande enhet var och ett för sig. Det framgår av den utvärderingssammanställning som utgör en av bilagorna till tilldelningsbeskedet den 30 april 2008 och som således har sammanställts av den upphandlande enheten.

Av anbudsinbjudan framgår att referens ska lämnas inom varje offererat fackområde och avseende delområde ”i förekommande fall”. Om referens ska lämnas inom delområde framgår av till anbudsinbjudan hörande blanketter. Samtliga fackområden som upphandlingen avser förutom punkterna

7, 8 och 9 (Gatu, väg och mark; Vatten och avlopp samt Energideklarationer) är indelade i delområden. Det har därför krävts av anbudslämnare att fylla i referenser i de delområden där sådana finns angivna och där uppdrag har förekommit och redovisats. Anbudslämnaren har haft möjligheten att överväga och välja om endast minimiantal avseende uppdrag och referenser ska anges. Av PNN:s lämnade anbud framgår att redovisning av uppdrag/referens saknas enligt upphandlande enhets redovisning. Kommunerna har därmed haft fog för att anse att bolagets anbud inte har uppfyllt ställt krav. Redan med hänsyn härtill har upphandlande enhet förfarit korrekt då anbudet inte gått vidare till utvärdering och förutsättningarna för bifall till ansökan brister.

Vidare framgår att kommunerna har haft fog för att avbryta upphandlingen avseende fackområdena 1. Byggadministration och 10. Arkitekt (byggnationer). PNN har därmed möjlighet att vid ny upphandling inkomma med ett komplett anbud. Genom upphandlande enhets beslut att avbryta upphandlingen i de delarna har PNN således inte lidit någon sådan skada som ska beaktas.

På anförda skäl saknas grund för att bifalla PNN:s ansökan om överprövning. Ansökan ska således avslås.

Länsrätten har den 8 maj 2008 meddelat interimistiskt beslut. Det beslutet ska upphävas varvid gäller det som anges i 7 kap. 1 § LOU.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet.

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

Lena Schön-Barkestam

Lena Schön-Barkestam