



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Christian Härdgård

DOM

2011-04-18
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2957-11 E

KONKURRENSVERKET	
2011-04-19	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086

Ombud:

Bolagsjurist Tomas Jonasson
 Skanska Sverige AB
 Juridik
 169 83 Solna

MOTPART

Nordvästra Skånes Vatten och Avlopp AB, 556765-3786
 Box 2022
 250 02 Helsingborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), i dess lydelse fr.o.m. den 15 juli 2010

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Skanska Sverige AB:s yrkande om ingripande enligt LOU och förordnar att Nordvästra Skånes Vatten och Avlopp AB:s upphandling "Hemmeslöv dagvattenledningar, etapp III" ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Nordvästra Skånes Vatten och Avlopp AB (nedan NSVA) genomför upphandlingen "Hemmeslöv dagvattenledningar, etapp III" i enlighet med bestämmelserna som gäller för förenklat förfarande enligt LOU. Av tilldelningsbesked den 14 mars 2011 framgår att NSVA tilldelat Jonab Anläggnings AB (nedan Jonab) kontraktet.

Förutsättningar enligt förfrågningsunderlaget

Under punkten AFB.31 "Anbuds form och innehåll" återfinns bl.a. följande.

"Anbudet skall innehålla följande:

6. Referenser från 3 likartade objekt. Referenserna skall anges med namn och telefonnummer till berörda personer. Referensobjekten får inte vara äldre än 3 år."

Under punkten AFB.52 "Värderingsgrunder vid prövning av anbud" återfinns följande.

"Om anbudsgivare är kvalificerad enligt AFB.51 så antas den anbudsgivare som har det mest fördelaktiga anbudet enligt följande värdering:

A	Anbudspris	85 %
B	Anbudslämnarens referenser och erfarenhet från liknande entreprenader	5 %
C	Platsledningens referenser och erfarenhet	

från liknande entreprenader

10 %

B: Anbudslämnarens referenser och erfarenheter av liknande entreprenader: 5 %. Redovisade referensuppdrag tillsammans med beställarens egna erfarenheter av anbudslämnaren bedöms efter tid- och ekonomistyrning, kvalitet samt samarbetsförmåga. Mycket goda erfarenheter och vitsord ger 5 p medan acceptabla erfarenheter och vitsord ger 1 p.

C: Platsledningens referenser och erfarenheter av liknande entreprenader: 10 %. Redovisade referensuppdrag tillsammans med beställarens egna erfarenheter av anbudslämnaren bedöms efter tid- och ekonomistyrning, kvalitet samt förmåga att leda och samordna entreprenader. Mycket goda erfarenheter och vitsord ger 5 p medan acceptabla erfarenheter och vitsord ger 1 p.

A beräknas linjärt beroende på anbudspriset: lägsta anbudspris/aktuellt anbud

B beräknas linjärt beroende på poäng: tilldelad poäng/5x5

C beräknas linjärt beroende på poäng: tilldelad poäng/5x10"

Parternas yrkanden och argumentation

Skanska Sverige AB (nedan Skanska) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om varvid man bortser från Jonabs anbud och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Skanska i huvudsak följande. Av Jonabs anbud framgår att Jonab har lämnat tre referensobjekt:

- 1) Kårarps Norra Industriområde (15 miljoner kr) Utföres 2010-2011
- 2) Fammarp 3:10, Frösakull, Halmstad (5 miljoner kr) Utfört 2010
- 3) Sofieberg Norra (16 miljoner kr) Utföres 2011.

Av de tre referensobjekt som Jonab lämnat är endast objekt 2) slutfört. Som framgår är den entreprenaden förhållandevis liten, 5 miljoner kr, vilket ska jämföras med det nu ifrågasatt projektet där kontraktssumman överstiger 14 miljoner kr. Referensobjekt 2) har inte heller de specifika problem som karakteriserar den nu aktuella upphandlingen. Entreprenaden avsåg en nyutbyggnad i en miljö med begränsad påverkan av trafik och utan liknande grundvattenproblematik. Det kan således ifrågasättas om referensobjekt 2) är ett "likartat" objekt. Vad gäller referensobjekt 1) ska det slutföras under år 2011. Entreprenaden är således inte slutbesiktigad eller överlämnad till beställaren. Referensobjekt 3) har precis påbörjats, i januari 2011, och förväntas vara färdigställt i december 2011.

Ett skäl till att anbudsgivarna ska lämna referenser från tre likartade objekt är att dessa ska ligga till grund för att avgöra om anbudsgivaren har tillräckliga kvalifikationer för att utföra uppdraget. Det ligger i sakens natur att redovisade projekt ska vara slutförda och överlämnade till beställaren för att man ska kunna ta ställning till om de utförts på ett tillfredsställande sätt och att anbudsgivaren därmed t.ex. kan anses ha tillräcklig teknisk kapacitet för att utföra arbetsuppgifterna. Detta eftersom projekten slutbesiktigas av beställaren och överlämnas till denne först när entreprenaden slutförts. Dessförinnan är det inte möjligt för beställaren att på ett lämpligt sätt bedöma hur entreprenaden utförts och om entreprenören t.ex. har tillräcklig teknisk kapacitet att utföra den aktuella entreprenaden "på ett gott sätt". Att dra några slutsatser beträffande Jonabs tekniska kapacitet utifrån ett projekt där arbetena precis påbörjats och därmed inte slutbesiktigats eller överlämnats till beställaren torde inte vara möjligt. En konsekvens härav är att föreskrivet underlag för att verifiera teknisk kapacitet saknas. Att anta anbudet, trots att det inte uppfyller kraven för kvalificering, skulle strida mot principen om likabehandling. Kvalificerings- och utvärderingskriterier ska enligt LOU vara proportionerliga, vilket bl.a. innebär att det som ska ligga till grund för kvalificering och utvärdering ska vara relevant i förhållande

till det som ska prövas respektive utvärderas. Att föreskriva att anbudsgivares tekniska kapacitet och dess platslednings referenser och erfarenhet kan prövas utifrån projekt som inte slutförts och som knappt påbörjats, står i strid med principen om proportionalitet.

Trots att Jonab inte lämnat föreskrivna utvärderingsbara referensobjekt har Jonab av den upphandlande enheten fått mycket höga poäng vid utvärderingen av dessa, 4,75 poäng för B (anbudslämnaren) och 9,5 poäng för C (platsledningen). Detta ska jämföras med de poäng som Skanska erhållit, 4,13 respektive 8,25. Någon förklaring till varför Jonab erhållit högre poäng än Skanska framgår vare sig av förfrågningsunderlaget eller anbudsutvärderingen. Skanska har inte i något av de tre referensobjekten som man åberopat överskridit någon kontraktstid. Skanska har inte heller i något av dessa referensobjekt erhållit någon ersättning utöver vad som följer av kontraktet. Några synpunkter på kvalitén har inte heller framförts från referenserna. Huruvida Jonab hållit kontraktstiderna, skött sin tid- och ekonomistyrning, vilken kvalitét arbetet hållit, hur bra de är på att samarbeta samt hur bra Jonab är på att leda entreprenader är däremot omöjligt att uttala sig om i två av de tre referensobjekt som Jonab åberopat eftersom Jonab ännu inte slutfört dessa. Föreskrivet underlag för att utvärdera Jonabs förmåga avseende dessa punkter saknas. Hur Jonab mot denna bakgrund har kunnat få högre poäng än Skanska är inte begripligt och framgår i vart fall inte av utvärderingsprotokollet.

Av LOU och principen om förutsebarhet och öppenhet följer bl.a. att upphandling ska ske på lika villkor och för att detta ska kunna uppnås krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Anbudsgivarna måste kunna förstå vad det är som den upphandlande enheten efterfrågar och kunna utforma sina anbud efter vad som efterfrågas. Leverantören ska inte behöva gissa sig till vad som efterfrågas. Vidare ska utvärderingen ske utifrån vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna ska således kunna förstå

varför utvärderingen utfallit på visst sätt. Det får inte förekomma någon slags "fri provningsrätt". En upphandlande enhet kan således inte göra någon slags allmän sammantagen värdering av anbudet. Vad som avses med tid- och ekonomistyrning, kvalitet, samarbetsförmåga samt förmåga att leda entreprenader och hur dessa begrepp ska utvärderas är minst sagt oklart och framgår inte av förfrågningsunderlaget. Den nu aktuella upphandlingen saknar objektiva kriterier för utvärderingen. Den som ska svara har ingen närmare uppfattning om vad han ska besvara och bedöma. Dessa svar ska sedan i sin tur tolkas och poängsättas av den upphandlande enheten. Uppenbarligen måste svaren och tolkningen av dessa baseras på ett allmänt tyckande utifrån egna subjektiva tolkningar, referensramar, förväntningar etc. och variera påtagligt från person till person, något som rimmar illa med principerna om förutsebarhet och likabehandling. Det är omöjligt att förstå och/eller kontrollera om utvärderingen skett på objektiva grunder. I praktiken medför utformningen av utvärderingskriterierna och bedömningen av dessa att den upphandlande enheten har förbehållit sig en fri provningsrätt, vilket strider mot LOU. Förfrågningsunderlaget och utvärderingen är behäftade med sådana oklarheter att de strider mot principen om öppenhet och förutsebarhet.

NSVA motsätter sig bifall till Skanskas talan och anför i huvudsak följande. Enligt NSVA:s uppfattning uppfyller Jonab skall-kravet avseende referenser och är därmed kvalificerad till utvärderingen. I förfrågningsunderlaget redogörs för hur bedömningen av de anbud som uppfyller samtliga skall-krav ska göras. Bedömningskriterierna strider varken mot principen om proportionalitet eller mot principen om förutsebarhet och öppenhet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Som redovisats ovan framgår det av förfrågningsunderlaget att anbudsgivare till sitt anbud ska lämna referenser från tre likartade objekt. Det vinnande bolaget Jonab har lämnat tre referenser, varav ett referensobjekt är avslutat och två är pågående. Skanska har anfört att det objektet som är avslutat inte skulle utgöra ett likartat objekt på grund av att den entreprenaden hade en lägre kontraktssumma samt att den avsåg en nyutbyggnad i en miljö med begränsad påverkan av trafik och utan liknande grundvattenproblematik som i nu aktuell entreprenad. Då det i förfrågningsunderlaget saknas närmare information om vad som menas med "likartad" får man enligt rättsens mening se till vad begreppet innebär i normalt språkbruk. Med likartad bör således avses "liknande" eller "jämförlig", dvs. i aktuellt fall referensobjekt som avser liknande eller jämförliga dagvattenledningar.

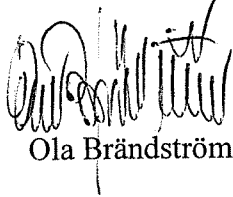
Även med beaktande av vad Skanska anfört finner förvaltningsrätten det inte visat att Jonabs referensobjekt inte skulle avse dagvattenledningar.

Skanska har vidare anfört att de lämnade referensobjekten måste vara slutförda och överlämnade till beställaren för att denne på ett lämpligt sätt ska kunna bedöma hur entreprenaden utförts. Enligt Skanskas förmenande skulle detta innebära att de referensobjekt som fortfarande är pågående inte skulle kunna utvärderas och att de därmed inte kan anses uppfylla aktuellt skall-krav. Förfrågningsunderlaget säger emellertid ingenting om att referenserna måste avse avslutade entreprenader. Enligt rättens mening behöver entreprenaderna inte vara avslutade för att uppfylla det aktuella skallkravet. Huvudsaken är att referenten kan lämna svar på de ställda frågorna. En referent kan mycket väl ha fått en bild av Jonabs förmåga att hålla kontraktstider, hur bolaget sköter sin tid- och ekonomistyrning, vilken kvalitet arbetet hållit så här långt, hur bra man är på att samarbeta samt hur bra Jonab är på att leda entreprenader utan att entreprenaden för den sakens skull är avslutad.

Avseende de ovan redovisade utvärderingskriterierna har Skanska anfört att det ur förfrågningsunderlaget inte går att utläsa vad som avses med dem samt att det inte framgår hur de kommer att utvärderas. Förvaltningsrätten delar Skanskas uppfattning på denna punkt. Dels så framgår det inte vad NSVA avser med de olika begreppen och dels så saknas förklaring av vad som måste vara uppfyllt för att anbudsgivaren ska få en viss poäng. Vidare saknas information om huruvida poäng kommer att tilldelas enligt en 0-5 gradig skala eller om skalan sträcker sig över 1-5 poäng. Det framgår heller inte om man endast kan erhålla hela poäng eller om även halva poäng kan tilldelas en anbudsgivare. Det går således inte att förutse vad NSVA kommer att lägga vikt vid och detta innebär att Skanska har frångått möjligheten att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Utvärderingsmodellen strider således mot LOU. Det går inte att utesluta att Skanska på grund av

denna brist lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada. Då bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget, dvs. det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen, är en rättelse inte möjlig. Den aktuella upphandlingen ska därför göras om.

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



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 uppgive 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 3109/1B LOU