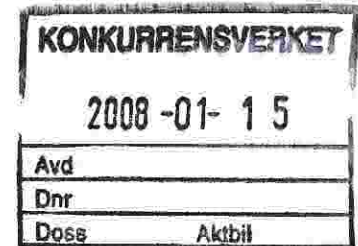




SÖKANDE

Varbergs Anläggningsservice AB, 556188-1250
Cylindervägen 11
432 32 Varberg

Ombud: Advokat Erik Wallberg
MQAS Law Firm Advokatbyrå KB
Box 11918
404 39 Göteborg



MOTPART

Falkenbergs kommun
Nygatan 34
311 80 Falkenberg

Ombud: Advokat Claes Egnell
Advokatfirman Glimstedt Norrköping KB
Box 1234
600 42 Norrköping

SAKEN

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

Falkenbergs kommun (Kommunen) har beslutat (Dnr 2007-TKN0069) om upphandling avseende utbyggnad av Va, gator samt gatubelysning Hjortsberg 4:1. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. Kommunen har den 20 november 2007 beslutat tilldela NCC AB Anläggning upphandlingskontraktet.

Varbergs Anläggningsservice AB (Anläggningsservice) – en av anbudsgivarna – ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att Anläggningsservices anbud skall tas med vid utvärderingen. Anläggningsservice yrkar i andra hand att länsrätten skall besluta att upphandlingen skall göras om med iakttagande av reglerna i LOU. Till stöd för sin talan anför Anläggningsservice i huvudsak följande. Av erhållet tilldelningsbeslut framgår att kommunen anser att Anläggningsservices anbud saknar CV för ansvariga

personer och därmed inte skulle vara kvalificerat för utvärdering. Kommunens sätt att genomföra upphandlingen leder inte till ett rättvisande resultat och upphandlingen står därför i strid med kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. *Kravet på CV är uppfyllt.* Sedan augusti 2005 har Anläggnings-service inklusive den nu förevarande upphandlingen lämnat anbud i nio upphandlingar som kommunen genomfört avseende anläggningsentreprenader. I åtta av dessa har kommunen funnit Anläggnings-service kvalificerad och i fem av de åtta har Anläggnings-service tilldelats kontakt. I alla nio upphandlingarna har kommunens förfrågningsunderlag i samtliga fall varit utformat på exakt samma sätt vad gäller krav på CV. Anläggnings-service har i samband med den första upphandlingen lämnat CV på de personer som är ansvariga för arbetena. Dessa personer har därefter återkommit i samtliga efterföljande upphandlingar. Sedan den första upphandlingen har kommunen vid inte mindre än sju efterföljande upphandlingar betraktat kravet på CV som uppfyllt. Vid den nionde och nu aktuella upphandlingen tillämpar kommunen kravet plötsligt annorlunda och utan att kommunen särskilt har angett detta i förfrågningsunderlaget eller begärt något förtydligande av Anläggnings-service i denna del. Det är med hänvisning till principerna om transparens och likabehandling inte godtagbart att ändra tillämpningen av kravet på att CV skall inges på det sätt kommunen gjort. Den ändrade tillämpningen medför att de leverantörer som deltagit vid tidigare upphandlingar vilseleds i förhållande till övriga leverantörer. Det är inte förutsebart för Anläggnings-service att inlämnande av CV skall ske när 1) kommunen har CV:n för de aktuella personerna, 2) kommunen vid tidigare upphandlingar ansett kravet på CV uppfyllt, 3) förfrågningsunderlaget på denna punkt ser exakt likadant ut som vid tidigare upphandlingar, och 4) kommunen låtit bli att begära förtydligande med hänsyn till sin avsikt att ändra tillämpning av kravet på CV. Kommunens tillämpning av kravet på CV står i strid med LOU och kraven på likabehandling och transparens. Anläggnings-services anbud skall därför tas med vid utvärderingen av upphandlingen. *Kraven på CV utgör inget kvalificeringskrav.* Det görs vidare

gällande att kommunen i förfrågningsunderlaget har blandat ihop kvalifikationskrav med sådana uppgifter som kan ha betydelse för utvärdering av lämnade anbud. Bland annat följande anges i förfrågningsunderlaget, s 7 f:

För kvalificering av anbudsgivare och utvärdering av anbud skall anbudet innehålla följande uppgifter:....

...7. Företagets kompetens och erfarenhet av projekt med likartade förutsättningar styrkt genom referenser. Vid samtal med angivna referenser kommer att efterhöras bl.a. anbudsgivarnas kompetens, resurser för uppdrag av liknande karaktör, seriositet, administrativ kapacitet, samarbetsförmåga samt inställning och vilja att vidta rättelser vid förekommande klagomål och kvalitetsuppföljning. Referenser skall anges med företagsnamn, kontaktperson samt telefonnummer. Angivna referenser bör ej vara äldre än två år.

8. Uppgift om organisation för entreprenaden med namn på kvalitetsansvariga och miljöansvarig för utförandet samt namn på platschef och arbetschef (motsvarande). Utbildning och yrkesmässiga kvalifikationer skall redovisas i CV för de personer som skall vara ansvariga för utförandet av entreprenaden.....

Kravet på CV som uppställs i punkten 8 ovan i förfrågningsunderlaget utgör i sig inget kvalificeringskrav för upphandlingen. Krav på t.ex. viss utbildning och erfarenhet hos ansvarig personal är ett kvalifikationskrav, men något sådant krav uppställs inte i underlaget. Hade ett sådant krav uppställts skulle det förstås också ha varit relevant att kräva att CV skall lämnas till styrkande av att kvalifikationskravet är uppfyllt. Kravet på CV som det nu är utformat innebär att CV kan lämnas för t.ex. en sjuksköterska eller för person inom vilken yrkeskategori som helst med följd att anbudet skulle vara kvalificerat för utvärdering. Detta utgör uppenbarligen inte ett kvalifikationskrav utan innehållet i begärda CV:n har eller kan ha betydelse endast vid utvärderingen av anbud. Då innehållet i CV:n endast har betydelse för värderingen av anbud kan avsaknaden av CV inte utgöra grund för att utesluta anbud från att delta i utvärderingen. Ingivna CV :n kan alltså vara av betydelse vid utvärderingen av anbudet. Kravet anges i ett sammanhang (punkten 8) där det talas om organisation och ansvariga personer för bl.a. kvalitet och miljö. Således inte i punkten 7 som rör anbudsgivarens kompetens. Möjligen skulle därför CV:na kunna ha betydelse vid värderingen av

utvärderingskriterierna för kvalitet och miljö. Prövningen av dessa kriterier anges i förfrågningsunderlaget enligt följande.

Avseende Kvalitets- och miljöledningssystem gäller följande:
För att erhålla 5 poäng skall anbudsgivande företag inneha certifierade system enligt erkänd standard eller redovisa system som följer kraven i certifierade system, för eget kvalitetssystem- och miljöledningssystem som ej följer kraven i certifierade system erhålles 3 poäng och för någon form av policy erhålles 1 poäng.

Mot bakgrund av ovanstående kan det konstateras att CV:na inte heller vid utvärderingen tillmäts någon betydelse, vilket innebär att lämnade CV:n inte fyller någon som helst funktion i upphandlingen, vare sig som bevis för vissa kvalifikationer eller som värderingsunderlag vid prövning av anbud. Det skall härvid påpekas att en upphandlande enhet bör ha som utgångspunkt att inte begära in uppgifter om man ej kommer att utvärdera dem (NOU, Upphandling av konsulttjänster enligt 6 kap. LOU). Sammanfattningsvis utgör kravet på CV inte ett kvalifikationskrav utan innehållet i lämnade CV:n kan ha betydelse endast vid utvärderingen av anbuden, varför det inte har förlegat grund för att utesluta Anläggningsservices anbud från utvärderingen. Den bristande åtskillnaden i förfrågningsunderlaget mellan å ena sidan kvalificeringskrav och å andra sidan uppgifter som är av betydelse för utvärdering av anbud medför att förfrågningsunderlaget är oklart på ett sätt som strider mot principen om transparens. Kommunen har genom förfrågningsunderlagets utformning i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt i det att kommunen godtyckligt har valt att denna gång ställa krav på CV. Även detta strider mot kravet på transparens. I andra hand skall därför upphandlingen göras om. *Skada*. Upphandlingen är på ovan angivna grunder lagstridig. Till följd av ovan beskrivna brister har Anläggningsservice lidit och kan komma att lida skada.

Kommunen bestrider Anläggningsservices samtliga yrkanden men medger, för det fall länsrätten skulle anses att avsaknaden av CV inte inneburit att kommunen ägt rätt att utesluta Anläggningsservices anbud från anbudsutvärderingen, att vidta rättelse i enlighet med Anläggningsservices första-

handsyrkande. Kommunen anför följande till stöd för sin talan. Kommunen anser att det tydligt i förfrågningsunderlaget angivits att "utbildning och yrkesmässiga kvalifikationer skall redovisas med CV för de personer som skall vara ansvariga för utförandet av entreprenaden" och att uppgifter här- om skall finnas för kvalificering av anbudsgivare och utvärdering av anbud. Således ett klassiskt "skall"-krav. Kommunen har i förfrågningsunderlaget i nu angivna hänseenden ("För kvalificering av anbudsgivare och utvärdering av anbud skall anbudet innehålla följande uppgifter:....") varit tydlig. Såväl en bokstavstolkning av texten som en ändamålstolkning kan svårligen leda till någon annan slutsats. Anläggningsservices argumentering framstår som en konstruktion. Kommunen vitsordar att kommunen vid ett antal upphandlingar av likartad karaktär ansett Anläggningsservice kvalificerad trots avsaknad av ingivande av CV i de enskilda upphandlingarna. Varje upphandling måste bedömas för sig, och ett visst agerande, rätt eller fel, vid tidigare upphandlingar, skall inte ges relevans vid bedömningen av utvärderingen i den nu aktuella upphandlingen. Med tillämpning av principerna om transparens och likabehandling har kommunen funnit det nödvändigt att också tillämpa skall-kraven på det formalistiska sätt som helt svarar mot innehållet i förfrågningsunderlaget och därmed funnit skäl att diskvalificera Anläggningsservice. Skulle kommunen ha brustit i upphandlingen på sätt Anläggningsservice beskriver, vitsordas att Anläggningsservice kan komma att lida skada om inte upphandlingen rättas.

Länsrätten har i beslut den 30 november 2007 förordnat att upphandlingen till vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

För den aktuella upphandlingen gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU, men även bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 12 § andra stycket samt 27 och 28 §§ samma lag.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Kravet på affärsmässighet kommer även till uttryck i 6 kap. 12 § av vilken det framgår att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som har det lägsta anbudspriset eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. (En motsvarande regel finns i 1 kap. 22 § för upphandlingar som görs över tröskelvärdena.)

LOU, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 § och 6 kap. 12 §. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall 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 skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, ömsesidigt erkännande, förutsebarhet och transparens.

Har den upphandlande enheten brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller annan bestämmelse i lagen och har detta medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada skall länsrätten enligt 7 kap. 2 § LOU besluta att

den aktuella upphandlingen skall göras om eller att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Den upphandlande enheten inte får ställa större krav på leverantören än som erfordras för den enskilda upphandlingen. Endast sådana krav som kan relateras till leverantörens kapacitet för att genomföra kontraktet får ställas.

Upphandlingsdirektiven och LOU anger endast två *utvärderingsgrunder*. Antingen skall det anbud som har *det lägsta anbudspriset* antas eller skall *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* antas med hänsyn till olika utvärderingskriterier som skall anges i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet medger att den upphandlande enheten gör en relativ utvärdering, av de olika anbuden, med hänsyn till de *utvärderingskriterier* som angivits i förfrågningsunderlaget. Kriterier kan delas upp i skallkrav d.v.s. obligatoriska krav och utvärderingskriterier. Skallkraven måste upprätthållas och utvärderingskriterierna utgör grunden för jämförelsen mellan de olika anbuden. Skallkrav måste upprätthållas. Ett anbud som inte tillgodoser enhetens krav måste läggas åt sidan.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Under punkt AFB.31 och rubriken "För kvalificering av anbudsgivare och utvärdering av anbud skall anbudet innehålla följande uppgifter" anges i punkt 7 och 8 följande.

7. Företagets kompetens och erfarenhet av projekt med likartade förutsättningar styrkt genom referenser. Vid samtal med angivna referenser kommer att efterhöras bl.a. anbudsgivarnas kompetens, resurser för uppdrag av liknande karaktör, seriositet, administrativ kapacitet, samarbetsförmåga samt inställning och vilja att vidta rättelser vid förekommande klagomål och kvalitetsuppföljning. Referenser skall anges med företagsnamn, kontaktperson samt telefonnummer. Angivna referenser bör ej vara äldre än två år.

8. Uppgift om organisation för entreprenaden med namn på kvalitetsansvariga och miljöansvarig för utförandet samt namn på platschef och arbetschef (motsvarande). Utbildning och yrkesmässiga kvalifikationer skall redovisas i CV för de personer som skall vara ansvariga för utförandet av entreprenaden.

Under punkt AFB.52 "Värderingsgrunder vid prövning av anbud" anges bl.a. följande.

Vid anbudsvärderingen kommer den anbudsgivare som totalt har det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet att väljas med hänsyn taget till nedan angivna kriterier och viktning.

1. Pris	80 %
2. Kompetens, erfarenhet och referenser	10 %
3. Kvalitetssystem	5 %
4. Miljöledningssystem	5 %

Av tilldelningsbeslut den 20 november 2007 framgår att kommunen vid utvärdering av anbuderna ansett att Anläggningsservices anbud inte är kvalificerat på grund av att det saknar CV för de personer som skall vara ansvariga för utförande av entreprenaden och att anbudet därmed inte är kvalificerat för vidare utvärdering.

Länsrätten gör följande bedömning.

I förevarande förfrågningsunderlag har kommunen inte ställt något krav på leverantörerna vad avser deras kompetens att genomföra kontraktet. Som länsrätten tolkar tilldelningsbeslutet har kommunen vid anbudsutvärderingen funnit att Anläggningsservices anbud skulle läggas åt sidan eftersom anbudet saknade efterfrågat CV.

Av ovan angivet utdrag ur aktuellt förfrågningsunderlag framgår att anbuderna skall innehålla olika uppgifter om anbudsgivaren, varvid bl.a. skall i CV redovisas utbildning och yrkesmässiga kvalifikationer för de personer som skall vara ansvariga för utförandet av entreprenaden. Då ett av utvärderingskriterierna är kompetens och erfarenhet får det anses vara relevant att efterfråga för entreprenaden ansvariga personers CV.

Det är ostridigt att Anläggningservices anbud inte innehöll efterfrågat CV. Kommunen har därför förfarit korrekt som vid anbudsutvärderingen lagt anbudet åt sidan på sätt att det därmed inte kommit i fråga för vidare utvärdering. Varje upphandling måste bedömas för sig. Vad Anläggningservice anfört om förfaranden i tidigare upphandlingar vid samma förhållanden saknar relevans.

Av förfrågningsunderlaget AFB 52. framgår att kommunen avser att utvärdera kompetens och erfarenhet. Att så också skett framgår av tilldelningsbeskedet. Emellertid framgår inte av förfrågningsunderlaget hur kravet kompetens och erfarenhet skall utvärderas dvs. hur poängbedömningen skall ske. Kravet på transparens och förutsebarhet brister således i denna del. Vid sådant förhållande innehåller förfrågningsunderlaget så stora brister att någon möjlighet att rätta upphandlingen inte föreligger. Upphandlingen måste därför göras om.

Med det ovan anförda finner länsrätten att vad Anläggningservice anfört om fel och brister i aktuell upphandling utgör grund för att förordna att upphandlingen skall göras om.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Falkenbergs kommun upphandling vad avser utbyggnad av Va, gator samt gatubelysning Hjortsberg 4:1 skall göras om.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 30 november 2007.

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


Helena von Braun

/MF