



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-07-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6880-12
Enhet 15

Sida 1 (25)

SÖKANDE

STRABAG Sverige AB, 556655-6618
Box 7017
170 67 Solna

Ombud: Advokaten Mattias Wittgren, Jur.kand. David Björne och
Jur.kand. Therese Wallman
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB
Box 5421
114 84 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012-07-09 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår STRABAG Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 237823

| | | | | |
|-------------------|---------------------|---|----------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 09:00-15:00 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |

BAKGRUND

Nacka kommun har genomfört en offentlig upphandling benämnd Kvarnholmsförbindelsen etapp I, dnr KFKS 2011/21. Upphandlingen har genomförts genom konkurrenspräglad dialog. Upphandlingen avser en ny förbindelse mellan Kvarnholmen och centrala Nacka omfattande en bro över Svindersviken, tunnel genom Ryssbergen och en väganslutning till Griffelvägen under Värmdöleden. Tre anbudssökanden valdes ut att dels avge anbud enligt Nacka kommuns förfrågningsunderlag samt anbud baserat på det under dialogen utarbetade alternativa lösningsförslaget. Av de administrativa föreskrifterna AFB.52 framgår att kommunen kommer att anta det anbud som är det för kommunen totalekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till kriterierna pris, bästa lösningsförslag, anbudsgivarens offererade organisation samt miljöhänsyn. Efter utvärdering tilldelades Bilfinger Berger Ingenieurbau GmbH (hädanefter Bilfinger) entreprenaden för att tillsammans med Nacka kommun utforma och genomföra projektet i enlighet med Bilfingers anbud alternativ lösning (C2).

YRKANDEN

STRABAG Sverige AB (hädanefter bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny utvärdering genomförs utan det alternativa anbudet från Bilfinger (C2). Skulle domstolen finna att Bilfingers anbud alternativ lösning (C2) inte ska uteslutas yrkas att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att ny utvärdering genomförs där poängsättningen korrigeras i enlighet med vad som anförs nedan. Ansökan om överprövning har inkommit i rätt tid.

Nacka kommun (hädanefter kommunen) bestrider bolagets ansökan om överprövning och yrkar i första hand att bolagets ansökan om överprövning inte prövas då ansökan inkom till förvaltningsrätten efter att tio dagar gått från det att underrättelse lämnats. I andra hand yrkas att bolagets hemställan om överprövning avslås.

GRUNDER OCH PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har utvecklat grunderna för sin ansökan genom att anföra i huvudsak följande.

Rätt tid

Tilldelningsbeslut fattades den 19 mars och underrättelse skickades elektroniskt den 20 mars 2012. Sista dag att ansöka om överprövning är den 30 mars 2012. Bolagets ansökan om överprövning lämnades in den 30 mars och således i rätt tid.

Uteslutning av vinnande anbud

Organisation

Genom att ersätta Gustav Neges med Thomas Krekula som platschef tunnel uppfyller Bilfingers alternativa anbud (C2) inte ska-kraven i förfrågningsunderlaget. Att Nacka kommun ändå har utvärderat anbudet strider mot principerna om likabehandling och öppenhet samt 11 kap. 1, 2 och 10 §§ LOU.

Thomas Krekula har inte den erfarenhet av tunnelbyggande i berg om minst 250 meter som krävs enligt förfrågningsunderlaget och ska-kravet är därför inte uppfyllt. Kvalificeringskraven avseende organisationen måste upprätthållas i anbuden. Han har inte i något av de åberopade projekten, Arlandabanan och Henrikdals reningsverk, de facto ansvarat för

tunnelbyggande. Att ansvara för ett projekt är inte samma sak som att ha erfarenhet av tunnelbyggande i den bemärkelse som måste läggas i ordet i detta sammanhang. Bolaget ger in och åberopar en vittnesattest från entreprenadingenjören Joacim Tingstorp.

Av Kammarrättens i Göteborg dom den 18 december 2009 i mål 4904-09 framgår att uppgifter om bristande ska-kravsuppfyllelse ska beaktas även om de kommer fram först under en överprövningsprocess och således inte var kända för myndigheten vid tilldelningsbeslutet.

Hantering av vatten från tunnelentreprenaden

Bilfinger har i sitt alternativa anbud (C2) inte uppfyllt de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget avseende hantering av vatten från tunnelentreprenaden. Att kommunen har utvärderat anbudet trots att det således brister i uppfyllandet av obligatoriska krav/är orent strider mot förfrågningsunderlaget, principerna om öppenhet och likabehandling samt 11 kap. 1, 2 och 10 §§ LOU.

Av förfrågningsunderlagets "Handling 5.02 Miljökrav för entreprenadens genomförande, MEG" s. 2 in fine, punkten 4 "påverkan på grundvatten och ytvatten" framgår att vatten från tunnelentreprenaden ska, beroende på kväveinnehåll, avledas till spillvattennätet. Av Bilfingers genomförandebeskrivning s. 7 under punkten 2.2.6 (alternativt utförande) framgår att vatten från tunnelentreprenaden kommer att pumpas vidare till recipient. Det betyder i praktiken att Bilfingers spillvatten kommer att ledas ut i sjövattnet vilket inte motsvara ovan angivet ska-krav. Eftersom Bilfinger inte nämner någon om att spillvatten från borning, injektering m.m. kommer att ledas ut i spillvattennätet är den enda möjliga tolkningen att allt spillvatten, oavsett kväveinnehåll, kommer att pumpas ut i sjövattnet.

Att Bilfinger inte reserverat sig mot de miljökrav som framgår av förfrågningsunderlagets handling MEG är irrelevant. Ett ska-krav är ett obligatoriskt krav och måste uppfyllas av anbudsgivare för att anbudet ska utvärderas. En utebliven reservation innebär inte att ett krav är uppfyllt om det på annat håll i anbudet framgår att ska-kravet inte uppfylls med erbjuden utformning av tjänsten.

Bolaget bestrider att kraven på vattenbehandling i MEG:en endast påverkar poängsättningen vid utvärderingen. Till att börja med pekar själva formuleringarna i MEG:en på att det handlar om krav som måste uppfyllas. I MEG:en anges också att för vatten som hanteras inom och som avleds från arbetsområdet gäller Stockholm Vatten AB:s riktlinjer. Av Stockholm Vatten AB:s riktlinjer framgår att vatten med högt kväveinnehåll ska avledas till reningsverk (dvs. via spillvattennät), medan vatten med lågt kväveinnehåll kan ledas direkt till recipient eller markområde.

Upphandlingens höga krav på hantering av utsläpp framgår även av Teknisk beskrivning – anläggning, Handling 6.1.1 i förfrågningsunderlaget sid. 17 BCB.11. Här uppger kommunen att tillstånd för utsläpp på dagvattennätet och till recipient måste inhämtas av beställaren. Att Bilfinger i sitt alternativa anbud reserverat sig genom att ange att tunnelvatten konsekvent pumpas vidare till recipient borde även mot denna bakgrund leda till att anbudet inte skulle utvärderas av kommunen. Det är överhuvudtaget inte lagligt att utan tillstånd släppa ut tunnelvatten till recipient. Utformningen av utvärderingen av kriteriet Miljöhänsyn visar också att kraven i MEG:en är obligatoriska då den bygger på att alla anbud uppfyller samma krav i förfrågningsunderlaget.

Bolaget bifogar och åberopar sakkunnigutlåtande från Petra Calrenarson. Bolaget åberopar Kammarrättens i Göteborg dom den 11 maj 2012 i mål nr 6690-91-11.

Detaljplan

Bilfinger har i sitt vinnande anbud (C2) frångått detaljplanen, trots att det varit ett ska-krav i upphandlingen att den skulle följas. Att kommunen ändå har utvärderat anbudet strider mot förfrågningsunderlaget, principerna om öppenhet och likabehandling samt 11 kap. 1, 2 och 10 §§ LOU.

Bolaget har enligt dialogprotokoll erhållit uppgift att det varit viktigt att notera att den föreslagna detaljplanen gällde för upphandlingen. Bolaget har efterlevt denna uppmaning. Gestaltningsprogrammet är såsom förtydligats tidigare ett styrande dokument. Att Bilfinger tillåtit fråga detta samtidigt som bolaget hade att efterleva detaljplanen och därtill hörande gestaltningsprogram strider mot principen om likabehandling. Kommunen har på gestaltningsprogrammets försättsblad angett den som en del av detaljplanen. Även om kommunen hela tiden menat att bara plankartan varit bindande har detta inte tydligt meddelats. Bilfinger har givits otillbörlig möjlighet att inom ett friare manövreringsutrymme åstadkomma en ur miljöhänseende fördelaktigare lösning.

Bilfinger har i sitt alternativa anbud (C2) avseende brons gestaltning kraftigt frångått detaljplanen. I Gestaltningsprogram framgår hur bron ska se ut enligt detaljplan. Gestaltningsprogrammet är ett styrande dokument "från detaljplaneläggning, genom projekterings- och byggskedet fram till färdigbyggs anläggning". På s. 19 i Gestaltningsprogrammet framgår hur bron ska gestaltas. Bron är där angiven som låg och ej över omgivande höjder. Bron är tänkt att balansera i sin form mellan att vara "ett påtagligt tillskott som får synas och att inte få dominera vyn av Stockholms inlopp". Tanken är att bron inte ska resa sig över Nackas norra kusts "skyline". På foton från Bilfingers vinnande anbud C2 gestaltas emellertid en bro som mycket tydligt reser sig över Nacka kommuns "skyline". Bilfingers bro skulle tveklöst dominera vyn över Stockholms inlopp. Av ritningar från Bilfingers vinnande anbud framgår att brons högsta punkt är ca 40 m över

vattenytan. Av ritningarna framgår vidare att bergets profil är ca 48 m över vattenytan strax söder om bron och på den norra sidan och vid broslutet på norra sidan ca 24 m över vattenytan. Även av dessa handlingar framgår således att Bilfingers anbudsvinnande bro sträcker sig ovanför "skyline".

Utvärdering

Organisation

Kommunen har felaktigt poängsatt Bilfingers organisation i det alternativa anbudet (C2). Bytet från Gustav Neges som platschef tunnel till Thomas Krekula har inte medfört högre kvalitet och ska inte resultera i högre poängsättning. Kommunens utvärdering strider därför mot principerna om likabehandling och öppenhet samt 12 kap. 1 § LOU.

Bilfinger har erhållit 0,5 poäng i sitt alternativa anbud för organisation jämfört med de 0,1 poäng som erhöles för organisation i huvudanbudet. Bilfinger har ersatt Gustav Neges med en person som har betydligt mindre erfarenhet men trots det erhållit en högre poäng för sin organisation. Eftersom enda skillnaden organisatoriskt är platschefen tunnel måste poängökningen i det alternativa anbudet bero på skiftet av platschef tunnel. Vid jämförelse mellan deras CV framgår tydligt att Thomas Krekula inte har den erfarenhet och kompetens som Gustav Neges besitter. Att Bilfinger erhållit högre poäng för sin organisation i det alternativa anbudet blir därför svårbegripligt och kan inte vara annat än en felbedömning från Nacka kommun, vilken ska medföra rättelse. Bilfingers alternativ anbud borde erhållit noll poäng. Det är uppenbart att personerna är viktiga för bedömningen av den i anbuderna erbjudna organisationen. Rätt person, som uppfyller ska-kraven, på rätt plats i organisationen måste vara det som är avgörande. Kommunen motiverar också själv poängsättningen med att namnge de personer som Bilfinger erbjuder i sin organisation. Övriga skäl som ges av kommunen är att Bilfinger och underentreprenören NCC är

välkända företag inom tunnelbyggandet vilket inte kan utgöra ett objektivet mervärde. Vidare skiljer sig inte den omständigheten mellan huvudanbudet och det alternativa anbudet (C2). Poängsättningen av huvudanbudet är relevant som en jämförelse vid bedömningen av om poängsättningen av det alternativa anbudet är korrekt.

Miljöhänsyn

Den miljöhänsyn som bolaget presenterat i sitt alternativa anbud motsvara eller överträffar Bilfingers presenterade miljöhänsyn i det alternativa anbudet (C2), varför bolaget erhållit för låg poäng, alternativt Bilfinger för hög. Nacka kommuns utvärdering strider därför mot principerna om likabehandling och öppenhet samt 12 kap. 1 § LOU.

Bilfinger har erhållit 1,0 poäng för miljöhänsyn och bolaget 0,6 poäng. En jämförelse mellan anbudena visar att Bilfingers anbud inte kan anses vara bättre än bolagets när det gäller miljöpåverkan. Bilfingers beskrivning av miljöhänsyn begränsas helt och hållet till vilka åtgärder man planerar att vidta.

Bolaget kan å sin sida konkretisera hur miljöskyddande åtgärder kommer att genomföras. Bolaget kommer även att vidta bl.a. följande åtgärder. Länshållningsvattnet från tunnelarbetena kommer att renas. Slam kommer att hanteras som farligt avfall om sedimentationsanläggningen har tagit emot brandvatten eller om höga halter metaller förekommit i vattenprover. Vid höga halter av tungmetaller kommer även sediment från sedimentationsanläggningen att hanteras som farligt avfall. Oljeavskiljning sker separat innan spillvattnet leds ut på Stockholm Vatten AB:s nät. Bolaget har ett koldioxidbaserat reduceringssystem att använda vid för höga PH-nivåer och kloridhalter kommet att kontrolleras vid hög konduktivitet. Bolaget kommer att upprätta kontrollpaneler. I bolagets projektorganisation finns personer som har som huvudsaklig uppgift att

övervaka och arbeta med att reducera omgivningspåverkan. Bolaget har också tagit fram en krisplan och en riskanalys. Sammantaget medför det anförda att anbudena i vart fall borde ha fått lika många poäng avseende miljöhänsyn. Om någon skillnad föreligger skulle den rätteligen vara till bolagets fördel.

Som bolaget anför i första hand så uppfyller inte Bilfingers ska-kraven i MEG:en avseende påverkan på grund- och ytvatten. Bilfinger har i vart fall fått för hög poäng vid utvärderingen av miljöhänsyn då de angett att processvatten kommer att pumpas direkt till recipient. Detta förfarande måste anses som en betydande miljömässig nackdel. Det kan inte vara förenligt med de angivna poängkriterierna att tilldela maximal poäng för miljöhänsyn till ett anbud med sådana brister i uppfyllandet av kraven i MEG:en och med en så torftig redovisning av miljöhänsyn i genomförandebeskrivningen. Bilfingers alternativa anbud ska erhålla samma poäng för miljöhänsyn som deras huvudanbud, dvs. 0,6 poäng.

Bolaget ger in och åberopar sakkunnigutlåtande från Petra Carlenarson.

Skada

Av upphandlingsprotokollet framgår att Bilfingers totala anbudspoäng uppgår till 9,25 poäng. Bolagets totala anbudspoäng uppgår till 8,94 poäng, vilket var näst högst. Om utvärderingen hade skett korrekt, dvs. utan Bilfingers anbud, hade bolaget vunnit. Det är således uppenbart att den påtalade bristen lett till skada för bolaget. Även om Bilfingers anbud utvärderats men rätteligen fått lägre poäng hade bolagets anbud vunnit. Även i sådant fall är det således uppenbart att den påtalade bristen lett till skada för bolaget.

Nacka kommun har utvecklat grunderna för sitt bestridande genom att anföra i huvudsak följande.

Rätt tid

Beslut i ärendet fattades den 19 mars 2012 och tilldelningsbeslut avsändes digitalt den 20 mars 2012. Tidsfristen för överprövning går därmed ut den 29 mars 2012. Då bolagets ansökan inkom till förvaltningsrätten den 30 mars 2012, dvs. efter att tio dagar gått från det att underrättelse lämnats kan bolagets ansökan inte tas upp till prövning.

Uteslutning av vinnande anbud

Organisation

I enlighet med vad som anges i Svarsbilagan har inte kommunen vid kvalificeringen gjort någon organisationsutvärdering med poängsättning utan endast bedömt om anbudsgivarna i Svarsbilagan angivna nyckelpersoner uppfyller ska-krav 8. Det har inte ens påståtts av bolaget att Bilfingers i Svarsbilagan angivna nyckelpersoner inte har den erfarenhet som uppställts i aktuellt krav.

Thomas Krekula uppfyller ska-krav 8 då han har erfarenhet av tunnelbyggande i Henriksdals reningsverk, där bergtunnlarnas totala längd överstiger 250 meter. Tvärtemot vad bolaget hävdar så var Thomas Krekulas position i projektet plats-/projektchef och Joacim Tingstorp var underordnad honom. Utöver Thomas Krekula så uppfyller även Svend Amland ska-krav 8.

Av den CV för Thomas Krekula som bilagts Bilfingers anbud framgår att Thomas Krekula var projektchef för projektet i Henriksdals reningsverk.

Det är alltid projektchefen som är ytterst ansvarig för samtliga underområden i projektet. Kommunen bifogar och åberopar vittnesattest från Thomas Krekula.

Det saknar dessutom betydelse om Thomas Krekula de facto uppfyller ska-kravet då kommunen vid anbudsutvärderingen har att utgå från de uppgifter som lämnats i anbudet. Någon skyldighet för kommunen att kontrollera uppgifterna i anbudet finns inte.

Hantering av vatten från tunnelentreprenaden

Den aktuella upphandlingsformen förutsätter att antalet obligatoriska ska-krav begränsas för att det inom ramen för vad som anges i förfrågningsunderlaget ska vara möjligt för anbudsgivarna att lämna alternativa lösningsförslag. Kommunen anser inte att kraven i MEG:en utgör obligatoriska ska-krav som, om en anbudsgivare inte uppfyller kraven, medför att anbudsgivaren inte ska upptas till anbudsutvärdering. Redan av rubriken, Miljökrav för entreprenadens genomförande, framgår att det är fråga om krav vid själva utförandet av entreprenaden och således inte krav som är hänförliga till kvalificeringsfasen. De i MEG:en uppställda kraven måste dock naturligtvis efterlevas av entreprenören under utförandet av entreprenaden. I enlighet med vad som anges i föreskrifterna kommet ett bristande uppfyllande av i MEG:en ställda krav påverka poängsättningen av anbudsgivarens anbud i utvärderingen.

Bilfingers anbud uppfyller de i MEG:en uppställda kraven. Bilfinger har inte i något avseende reserverat sig mot de miljökrav som framgår av MEG:en. Beträffande processvatten har Bilfinger i sin genomförandebeskrivning angivit att "processvatten och inläckande grundvatten blandas i tunnelsystemet och samlas till pumpar för vidare transport i pumpledningar till slam- och oljeavskiljningsanläggningar. Därefter pumpas vattnet till recipient". Bilfingers avsikt är att pumpa

vattnet vidare till spillvattennätet efter rening enligt ledningsägarens och reningsverkets krav.

Enligt kommunens uppfattning måste också en upphandlande myndighet kunna förutsätta att en anbudsgivare vid utförandet av sådan verksamhet som här är i fråga kommer att efterfölja gällande lagkrav.

Detaljplan

Bilfingers bro uppfyller bestämmelserna i detaljplanen. I detaljplanen och dess bestämmelser anges enbart brons läge, segelfri höjd och vägbanans plushöjd. Det är de enda rättsligt bindande bestämmelserna i detaljplanen. Att Bilfingers bro avviker från den illustration som redovisas i gestaltungsprogrammet innebär inte en avvikelse från detaljplanen, eftersom gestaltungsprogrammet inte är bindande. Av upphandlingsföreskrifterna inför kvalificering framgår att "Arkitektförslaget ligger till grund för förslagsritningarna som Nacka kommun tagit fram. Nacka kommun avser att under den konkurrenspräglade dialogen undersöka om marknaden kan erbjuda en bättre lösning". Bilfingers bågbroförslag, där högsta punkten ligger ca 40 meter över vattenytan strider inte mot detaljplanen då det inte finns någon bestämmelse i detaljplanen om brons högsta punkt. Bolaget har missförstått Bilfingers ritning. Det framgår av protokollet från Dialogmöte 1B med bolaget att "Det är viktigt att notera att den föreslagna detaljplanen gäller. Som brukligt är det Nacka kommun som sedan tolkar detaljplanen och om föreslagna lösningar kan inrymmas i detaljplanen eller inte, eller om avvikelserna är att betrakta som mindre. Eventuella förslag som avviker från detaljplanen kommer att kommenteras av Nacka kommun." Detta har legat som en röd tråd genom hela dialogprocessen.

Utvärdering

Organisation

Nacka kommun har under kvalificeringen inte gjort någon organisationsutvärdering med poängsättning, utan endast bedömt om anbudsgivarnas nyckelpersoner uppfyllde ska-krav 8. Vid anbudsutvärderingen har jämförelse gjorts mellan de inkomna sex anbuden. Vid anbudsutvärderingen värderades inkomna anbud med avseende på organisationen enligt i AFB.52 skrivna utvärderingskriterier. Nacka kommun har vid bedömningen av organisationen beträffande Bilfingers kompetens och erfarenhet av tunnelbyggande konstaterat följande: Samlad erfarenhet och kompetens inom tunnelbyggande representeras av projektchef Svend Amland, produktionschef Tobias Kulick, platschef tunnel Thomas Krekula, förman Mika Nyman samt projekteringschef Rainer Benninghof och uppfyller Nacka kommuns krav mycket väl. Dessutom utgör Bilfinger och NCC (underentreprenör för tunnel) båda välkända företag inom tunnelbyggande. Kommunen delar inte bolagets uppfattning att Thomas Krekula har mindre erfarenhet än Gustav Neges. Bilfingers anbud har tilldelats tre poäng för delkategorin tunnel i enlighet med den i punkt AFB.52 i föreskrifterna angivna utvärderingsmodellen. Hade Bilfingers organisation för tunnel trots detta erhållit noll poäng så hade den sammantagna poängen för organisationen slutligen hamnat på 0,35 poäng. Om övriga poäng förblir oförändrade, vilket Nacka kommun menar är riktigt, så erhåller Bilfingers anbud alternativ lösning 9,10 poäng och det hade inte ändrat upphandlingens utgång. Av förfrågningsunderlaget framgår att det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska erhålla kontraktet. Bilfingers huvudförslag har ingen relevans eller betydelse för deras anbud alternativ lösning så dessa prövas var för sig. Bolaget har således inte lidit skada eller riskerar att lida skada oavsett om Bilfinger skulle tilldelas noll poäng i aktuell kategori. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

Miljöhänsyn

Sammantaget har Bilfingers anbud alternativ lösning stora miljömässiga fördelar jämfört med huvudförslaget tillika bolagets anbud alternativ lösning. Bilfingers alternativa broförslag (bågbro) möjliggör att bron grundläggning på Ryssbergens sida landar i ett bergparti som medför en betydande minskning av schaktet för det södra stödet jämfört med huvudförslaget och är enligt Nacka kommun den största enskilda miljövinsten. Ingreppen i Ryssbergen minskas med Bilfingers förslag.

I punkt AFB.52 i föreskrifterna har angivits hur utvärderingen av anbuden vad avser kategorin miljöhänsyn kommer att utföras. Av nämnda punkt framgår att anbuden utvärderas utifrån anbudens miljöpåverkan under byggtiden och utifrån den permanenta belastning som den i anbudet angivna lösningen innebär. Av föreskrifterna framgår vidare att av anbudsgivarna presenterade produktionsmetoder som medför lika stor påverkan på miljön som huvudförslaget (grundförslaget) tilldelas tre poäng för miljöhänsyn under byggtiden och tre poäng för miljöhänsyn permanent, vilket motsvarar 0,6 poäng i sammanvägningen. För det fall anbudsgivaren presenterar en produktionsmetod som medför mindre påverkan på miljön än huvudförslaget tilldelas anbudsgivaren fem poäng per kategori vilket motsvara 1,0 poäng i sammanvägningen. Bedömningen ska göras utifrån den utvärderingsmodell som angivits i föreskrifterna. Vidare bör hänsyn tas till de miljöaspekter kommunen valt att betona och vilka framgår av både förfrågningsunderlaget och av dialogmötesprotokollen. Till dessa aspekter hör framförallt bevarandet av Ryssbergen. Hit hör även omfattningen av spräng- och schaktningsarbeten samt transport av massor under byggtiden. Bedömningen av vilka aspekter som anbuden ska värderas utifrån görs av kommunen. Aspekterna utgår inte från MEG:en. Som kommunen anfört är det en grundförutsättning att anbuden uppfyller kraven i MEG:en. Vid anbudsutvärderingen har emellertid inte anbuden jämförts varken mot MEG:en eller mot varandra utan mot den i

föreskrifterna angivna utvärderingsmodellen. Redan av detta skäl saknar det av bolaget åberopade utlåtandet helt relevans för underlag för bedömningen i vilket avseende anbudsgivarna uppfyller i upphandlingen ställda krav på miljöhänsyn. Kommunen delar inte den bedömning av i vilken omfattning anbudsgivarna uppfyller i MEG:en angivna krav som kommer till uttryck i Petra Calrenarsons utlåtande. Slutsatserna är vidare mycket allmänt hållna och bristfälligt motiverade.

Bolaget har inte presenterat ett alternativt lösningsförslag utan har i sitt alternativa anbud presenterat en lösning i enlighet med huvudförslaget. Bolaget har därför tilldelats tre poäng per kategori, vilket motsvarar 0,6 poäng i sammanvägning. Bilfinger har däremot i sitt alternativa anbud presenterat en lösning som, jämfört med huvudförslaget, har betydande miljömässiga fördelar under såväl byggtiden som permanent. Bilfinger har därmed tilldelats fem poäng för vardera kategori vilket motsvarar 1,0 poäng i sammanvägningen. Då det tydligt angivits hur huvudförslaget skulle komma att bedömas skulle det strida mot principerna om likabehandling respektive transparens om huvudförslaget vid anbudsutvärderingen hade givits högre poäng.

Bolagets föreslagna åtgärder för minskad miljöpåverkan står inte i proportion till Bilfingers, varför det är fullt rimligt att Bilfingers anbud alternativ lösning givits 1,0 poäng och bolagets anbud alternativ lösning (tillika huvudförslag) givits 0,6 poäng.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att bolagets ansökan om överprövning kommit in i rätt tid. Det är ostridigt att tilldelningsbeslut avsändes elektroniskt till anbudsgivarna den 20 mars 2012. Sista dag för att ansöka om överprövning är därmed den 30 mars 2012. Bolagets ansökan

om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 30 mars 2012, och således i rätt tid (16 kap. 11 § LOU).

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av bestämmelser i 16 kap. LOU. Av övergångsbestämmelser framgår dock att äldre lydelse ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Den i målet aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 november 2011.

I 16 kap. 5 § LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 stadgas följande. 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling. Ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer göras. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. ska-krav. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under

förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

De allmänna unionsrättsliga principer som generellt ska tillämpas vid upphandling ska också tillämpas vid användning av konkurrenspräglad dialog (prop. 2009/10:180 s. 231). Reglerna för att ställa krav på leverantörens redlighet samt ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet enligt 10 och 11 kap. LOU vid konkurrenspräglad dialog skiljer sig inte från övriga förfaranden.

I 4 kap. 13 § LOU anges att den upphandlande myndigheten ska inleda en dialog med de anbudssökande som har valts ut med tillämpning av 10 och 11 kap. Dialogens syfte ska vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och utgöra grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena bjuds in att lämna.

I 4 kap. 15 § LOU anges att den upphandlande myndigheten ska fortsätta dialogen fram till dess att myndigheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser myndighetens behov. Dialogen ska därefter förklaras avslutad och de deltagande anbudssökandena ska snarast möjligt skriftligen underrättas om detta.

I 4 kap. 16 § LOU anges att när en underrättelse har lämnats enligt 15 §, ska den upphandlande myndigheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen. Anbudena ska innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

I 4 kap. 18 § LOU anges att den upphandlande myndigheten ska värdera anbuden på grundval av tilldelningskriterierna. Tilldelningskriterierna ska anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.

I 11 kap. 1 § LOU anges att innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.

I 11 kap. 2 § LOU anges att en upphandlande myndighet får ställa krav på lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7 – 13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7 – 13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen.

I 11 kap. 10 § anges att om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§.

Uteslutning av vinnande anbud

Organisation

Bolaget har sammanfattningsvis anfört att då Thomas Krekula saknar erfarenhet av tunnelbyggande i berg om minst 250 meter uppfyller inte Bilfingers alternativa anbud C2 ska-krav 8 i förfrågningsunderlaget. Anbudet skulle därför inte ha utvärderats av kommunen. Nacka kommun uppger att Thomas Krekula uppfyller aktuellt ska-krav samt att även Svend Amland uppfyller kravet. Nacka kommun anför också att det saknar betydelse om Thomas Krekula uppfyller kravet då kommunen vid utvärderingen har att utgå från de uppgifter som lämnats i anbuden.

Kommunen har också anfört att det är den organisation som offereras i prekvalificeringsfasen som ska kvalificera sig och att bolaget inte ens anfört att den organisation som offererats i denna fas inte skulle uppfylla ska-krav 8.

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om de uppställda ska-kraven i svarbilagan enbart behöver vara uppfyllda vid urval av anbudssökanden.

Enligt 4 kap. 13 § LOU genomförs en kvalificering av de leverantörer som önskar delta i dialogen. Detta görs genom tillämpning av bestämmelserna i 10 och 11 kap. LOU. Det handlar då om en prekvalificering av de som ska bjudas in till dialogen i enlighet med de krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten. Kvalificering av leverantörer sker således före dialogen. En leverantör kan mycket väl i prekvalificeringsfasen ha visat sig vara allmänt kvalificerad för den aktuella uppgiften utan att vara kvalificerad för att genomföra det aktuella kontraktet med hjälp av sin föreslagna lösning. Den slutliga bedömningen av leverantörerna kommer därför att ske i samband med men före tilldelningen av kontraktet, vilket inte är oförenligt med bestämmelsen i 11 kap. 1 § LOU (se Falk, Lag om offentlig upphandling, en kommentar, andra upplagan s. 199 ff. och s. 340 ff.). Förvaltningsrätten finner att även den av Bilfinger offererade lösning i sitt alternativa anbud måste uppfylla ska-kraven i Svartsbilaga Kvalificering.

Fråga är därmed om Thomas Krekula uppfyller ska-krav 8.

I Svartsbilaga kvalificering, Kvarholmsförbindelsen Etapp I, Dnr: KFKS 2011/2011, ska-krav 8 anges avseende i målet aktuell fråga följande.

”Anbudssökanden och dess eventuella samarbetspartner skall beskriva sitt företags personella resurser och deras erfarenhet för uppdragets olika delar samt helheten beskrivna i bilaga 1, samt bifoga dokument som verifierar

detta. Beskrivningen skall: Visa på en projektorganisation som förmår leverera de efterfrågade områdena såväl som helheten, inklusive CVn för nyckelpersoner. I projektorganisationen skall minst 2 nyckelpersoner finnas som uppfyller följande minimikrav: erfarenhet av tunnelbyggande i berg om minst 250 meter”.

I målet får anses ostridigt att Thomas Krekula, i Bilfingers alternativa anbud (C2), angivits som nyckelperson för tunnelbyggande i berg samt att han varit projektchef för projektet Henriksdals reningsverk. Det är vidare ostridigt att projektet Henriksdals reningsverk omfattade byggande av tunnel i berg om minst 250 meter. Fråga är därmed om Thomas Krekula genom att vara projektchef erhållit erfarenhet av tunnelbyggande i berg om minst 250 meter. Förvaltningsrätten finner att Bilfingers alternativa anbud uppfyller ska-krav 8 och det krav på erfarenhet om tunnelbyggande i berg om minst 250 meter i och med att Thomas Krekula varit projektchef.

Nacka kommun har därmed inte agerat i strid med principerna om likabehandling eller transparens eller i strid med LOU genom att uppta Bilfingers alternativa anbud (C2) till utvärdering. Ingripande enligt LOU kan därför inte ske på de av bolaget anförda grunderna.

Hantering av vatten från tunnelentreprenaden.

Bolaget har sammanfattningsvis anført att Bilfinger i sitt alternativa anbud (C2) inte uppfyllt de ska-krav som uppställs i förfrågningsunderlagets handling 5.02 Miljökrav för entreprenadens genomförande (MEG) att vatten från tunnelentreprenaden ska, beroende av kväveinnehåll, avledas till spillvattennätet. Eftersom kraven i MEG:en är obligatoriska skulle Bilfingers anbud inte ha tagits upp till utvärdering. Kommunen har sammanfattningsvis anført följande. Kraven i MEG:en utgör inte obligatoriska ska-krav. Redan av rubriken framgår att det är krav avseende entreprenadens utförande och inte krav hänförliga till kvalificeringsfasen. Även om MEG:en anses utgöra obligatoriska krav så uppfyller Bilfingers anbud kraven.

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om kraven i handling 5.02 Miljökrav för entreprenadens genomförande är att anses som obligatoriska krav för upphandlingen.

Upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog innebär som förvaltningsrätten ovan konstaterat att det sker en prekvalificering enligt de krav som ställs upp vid annonseringen samt att dessa krav måste vara uppfyllda även innan tilldelning av kontraktet. De krav som nu är i fråga har inte uppställts under kvalificeringsfasen utan är en del i den utvärdering som ska göras av de anbud som lämnas efter att dialogen slutförts. Av 4 kap. 16 § LOU framgår att, efter underrättelse om att dialogen avslutats, ska den upphandlande myndigheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna sina slutliga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och preciserats under dialogen. Anbudena ska innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande. Anbud ska således lämnas på de lösningar som man kommit fram till under dialogen och som bedömts tillgodose den upphandlande myndighetens behov och som inte sorterats bort med stöd av 4 kap. 14 § eller 11 kap. 3 § LOU. Efter detta får inte förhandlingar om anbuderna föras. Anbuderna ska innehålla samtliga relevanta faktorer, för att säkerställa att projektet ska kunna genomföras. Behövs det t.ex. särskilda datatekniska lösningar för att beställarens behov ska kunna tillgodoses måste sålunda anbuderna adressera sådana lösningar. Anbud som inte innehåller de nödvändiga faktorerna måste betraktas som ogiltiga (se Falk, Lag om offentlig upphandling, en kommentar, andra upplagan s. 200 ff.).

Bilfinger har lämnat en genomförandebeskrivning för hur deras alternativa lösning ska genomföras. Det är, enligt förfarandet, en förutsättning att anbudet överensstämmer med den lösning som kommit fram till under dialogen varför det får antas att genomförandebeskrivningen innehåller de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande, även

om dessa inte i alla delar överensstämmer med de handlingar som legat till grund för framtagandet av lösningen. Bilfinger har inte reserverat sig mot kraven och förvaltningsrätten anser därför inte att Bilfingers anbud alternativ lösning (C2) avseende miljöhänsyn kan anses som ogiltigt. Kommun har därmed inte agerat i strid med principerna om likabehandling eller transparens eller någon av bestämmelserna i LOU genom att uppta Bilfingers alternativa anbud C2 till utvärdering. Ingripande enligt LOU kan därför inte ske på de av bolaget anförda grunderna.

Detaljplanen

Bolaget har sammanfattningsvis anført att Bilfingers anbud alternativ lösning (C2) frångått detaljplanen, trots att det varit ett ska-krav i upphandlingen att den skulle följas. Gestaltungsprogrammet är ett styrande dokument och en del av detaljplanen. Kommunen har anført att Bilfingers bro uppfyller bestämmelserna i detaljplanen. I detaljplanen och dess bestämmelser anges enbart brons läge, segelfri höjd och vägbanans plushöjd. Att Bilfingers bro avviker från den illustration som redovisas i gestaltungsprogrammet innebär inte en avvikelse från detaljplanen, eftersom gestaltungsprogrammet inte är bindande.

Av Kvarnholmsförbindelsen – Protokoll fört vid dialogmöte 1B framgår under punkten 1.4. Ramar – Detaljplan, miljödom följande. ”Det är viktigt att notera den föreslagna detaljplanen gäller. Som brukligt är det Nacka kommun som sedan tolkar detaljplanen och om föreslagna lösningar kan inrymmas i detaljplanen eller inte, eller om avvikelse är att betrakta som mindre”. I handlingen Övergripande beskrivning, upphandling av Kvarnholmsförbindelsen Etapp 1, som låg till grund för bedömningen vid kvalificeringen av vilka anbud som skulle gå vidare till anbudstävling, anges följande: ”arkitektförslaget ligger till grund för förslagsritningar som Nacka kommun tagit fram. Nacka kommun avser att under den konkurrenspräglade dialogen undersöka om markanden kan erbjuda en bättre lösning”. Förvaltningsrätten finner att kommunen genom dessa

uttalanden klart och tydligt angett att gestaltungsprogrammet inte är en del av den bindande detaljplanen som måste efterföljas. Inte heller anser förvaltningsrätten att bolaget visat att kommunen brutit mot förfrågningsunderlaget, principerna om likabehandling och öppenhet eller någon bestämmelse i LOU genom sitt agerande. Ingripande enligt LOU kan därför inte ske på den av bolaget anförda grunden.

Utvärderingen

Organisation och miljöhänsyn

Bolaget har sammanfattningsvis anført att kommunen felaktigt har poängsatt Bilfingers organisation samt miljöhänsyn i det vinnande anbudet alternativ lösning (C2). Bytet från Gustav Neges till Thomas Krekula som platschef tunnel har inte medfört högre kvalitet och ska inte resultera i högre poäng. Den miljöhänsyn som bolaget presenterat överträffar Bilfingers varför Bilfinger borde fått lägre poäng. Kommunen har sammanfattningsvis anført att den vid anbudsutvärderingen värderat inkomna anbud enligt skrivna utvärderingskriterier.

Av Upphandlingsprotokoll, KFKS 2011/21 framgår att det av de administrativa föreskrifterna för upphandlingen AFB.52 framgår att Nacka kommun kommer att anta det anbud som är det för kommunen totalekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till följande kriterier: Pris, Bästa lösningsförslag, Anbudsgivarens offererade organisation (nyckelpersonernas kompetens och erfarenhet av liknande projekt) och miljöhänsyn. I protokollet anges vidare att anbudsgivarna genom förfrågningsunderlaget och senare under dialogmöten informerats om utvärderingsmodellen och om vilka aspekter i anbudet som utgör grunden för bedömningen och poängsättningen inom de olika kriterierna.

Organisationen kommer att utvärderas enligt följande: Offererad personals erfarenhet och kompetens samt referenser inom

- 1) tunnelbyggande
- 2) brobyggnation
- 3) organisation som helhet.

Miljöhänsyn kommer poängsättas utifrån redovisat hänsynstagande till miljön på kort sikt (under byggtiden) och lång sikt (permanent). Tabell 4, kriterier för miljöhänsyn anger vidare att 3 poäng ges för vardera kategori (under byggtiden och permanent) om redovisade produktionsmetoder, tekniska lösningar, materialval etc. kommer att medföra lika stor påverkan på miljön som grundförslaget. 5 poäng ges för vardera kategori (under byggtiden och permanent) om redovisade produktionsmetoder, tekniska lösningar, materialval etc. medför mindre påverkan respektive mindre långsiktig påverkan på miljön än grundförslaget.

Det är inte ifrågasatt av bolaget hur utvärderingsmodellen sett ut. Fråga är om kommunen har utvärderat anbudet i enlighet med den uppställda modellen och att detta skett öppet och genom likabehandling av anbudet.

Förvaltningsrätten, som inte kan ikläda sig upphandlande enhets roll när det gäller utvärdering av anbud, konstaterar att Nacka kommuns motivering till varför Bilfinger erhållit högre poäng än bolaget för de aktuella områdena utgår från Nacka kommuns uppställda krav och den redovisning av hur tilldelningen av poäng kommer att gå till. Mot den bakgrunden och det faktum att upphandlande enhet kan anses ha tolkningsföreträde vid utvärderingen av de anbud som mottagits anser förvaltningsrätten inte att kommunen, i sin betygsättning av bolaget brutit mot några bestämmelser eller grundläggande principer för offentlig upphandling. Någon möjlighet för ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda grunderna finns därmed inte.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att upphandlingen inte kan anses ha skett i strid med de krav som uppställs i LOU eller de gemenskrätsrättsliga principerna på de av bolaget anförda grunderna. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att grund för ingripande enligt LOU saknas. Ansökan om överprövning ska avslås.

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



Susanne Bagge

rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Maja Löfgren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 3109/1A LOU