

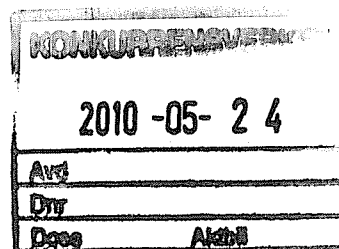


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Tina Holm

DOM
2010-05-20
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1589-10



SÖKANDE

ALcontrol AB, 556152-0916
Box 1083
581 10 Linköping

Ombud: Erika Togö
c/o Tenders Sverige AB
Nygatan 34
582 19 Linköping

MOTPART

Oskarshamns kommun
Box 706
572 28 Oskarshamn

Ombud: Kaj Nilsson
Oskarshamns kommun
Box 706
572 28 Oskarshamn

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen om offentlig upphandling
(LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 12 mars 2010 ska inte längre gälla.

Dok.Id 4551

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Oskarshamns kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende provtagningsorganisation i samband med sanering av hamnbassängen i Oskarshamns hamn. Genom tilldelningsbeslut den 2 mars 2010 beslutade kommunen att anta det anbud som lämnats av Niras Johan Helldén AB (Niras)

Förvaltningsrätten har den 12 mars 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att förvaltningsrätten beslutar något annat.

ALcontrol AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske av utvärderingen, i första hand genom att bolagets anbud åsätts det högsta betyget i utvärderingskriteriet kompetens och erfarenhet varvid Niras anbud ges näst högsta poäng. I andra hand yrkar bolaget att rättelse ska ske genom att bolagets och Niras anbud bedöms som likvärdiga vad gäller utvärderingskriteriet kompetens och erfarenhet. För det fall förvaltningsrätten inte finner skäl att förordna om rättelse yrkar bolaget att avtalstiden ska bestämmas till fyra år. Bolaget anför bland annat följande. Kommunen har frångått i förfrågningsunderlaget uppställda skallkrav och utvärderingskriterier. Niras uppdragsledare och tillika provtagare 1, Per Björinger, uppfyller inte kravet enligt punkten 3.1.1. under "Verifikation". Det framgår inte att han de senaste fem åren har minst tre års regelbunden, verifierad erfarenhet av provtagning av sediment och yt-vatten. Tidpunkten för Per Björingers referensuppdrag finns inte angiven. Vidare framgår av samma punkt att "namngivna referenser skall anges som kan verifiera att personerna genomfört provtagningar såsom angetts i anbudet". Detta har Niras inte gjort. Under punkten 4.2 "Kompetens och erfarenhet" i förfrågningsunderlaget anges hur utvärderingen av provteamets relevanta kompetens och erfarenhet av liknande uppdrag ska ske. Av tilldelningsbeslutet kan utläsas att Niras anbud i denna del bedömts med be-

tyget 5 och anbudet från bolaget med betyget 4. I enlighet med använd utvärderingsmodell har bolagets offererade pris justerats uppåt och Niras anbudspris, trots högre offererat pris, justerats nedåt och därmed utsetts till vinnande anbud. Det anges vidare att ”goda praktiska kunskaper som inhämtas genom relevant, praktiskt provtagningsarbete är viktigt för beställaren”. Bolaget har tolkat denna formulering som ett uttryck för en klar önskan om att offererad personal främst, vilket utgör tyngdpunkten i utvärderingen och klart uttryckts i förfrågningsunderlaget, ska ha mycket god erfarenhet av praktisk provtagning. Niras har i det avseendet långt ifrån lika omfattande och relevant kompetens som bolaget vilket tydligt framgår av de CV:n och referenser som bilagts bolagets anbud. Vid en jämförelse mellan bolagets och Niras anbud framgår att bolagets uppdragsledare arbetat praktiskt med provtagningar sedan 1985 och att Niras uppdragsledare visserligen har mycket ingående akademiska kunskaper och omfattande forskningserfarenhet men att den praktiska provtagningserfarenheten inte är lika omfattande som för bolagets uppdragsledare. Såsom förfrågningsunderlaget är utformat kan inte mer akademiska meriter vägas in i utvärderingskriteriet. Då uppdragsledarens praktiska kompetens och erfarenhet enligt förfrågningsunderlaget skulle väga tyngst bör bolagets anbud ha bedömts inneha högre kompetens och erfarenhet än anbudet från Niras. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att endast vetenskapliga meriter, såsom doktorstitlar, kunde leda till högsta poäng. Om detta hade framgått tydligt i förfrågningsunderlaget hade även bolaget kunnat offerera uppdragsledare och provtagare med akademiska meriter. Förfrågningsunderlagets omfattning får tolkas som att det endast gäller provtagningen och organisationen kring provtagningen och inte mer övergripande analyser, planering av sanering eller mer akademiska tjänster. Detta får antas ligga i ett större projekt. Detta förtydligas också av kompletteringen till förfrågningsunderlaget den 8 januari 2010. Bolaget är marknadsledande inom provtagningar och har längst erfarenhet i landet. Det är felaktigt att bolaget har mest erfarenhet av mindre lugna åar och sjöar samt mindre hamnar. Tre av

fem referenser rörde uppdrag i kust- och skärgårdsmiljö. Mot bakgrund av förfrågningsunderlagets beskrivning har bolagets anbud uppfyllt alla krav och kriterier till fullo. Vid kontakt med kommunens upphandlare fick bolaget beskedet att förklaringen till att bolagets anbud inte fick högsta betyg i kriteriet "Kompetens och erfarenhet" var att de andra anbuden bedömdes vara bättre. Bolagets anbud har således bedömts i jämförelse med de andra anbuden istället för att bedömas endast gentemot förfrågningsunderlaget. Kommunen har därför frångått den utvärderingsmodell som beskrivits i förfrågningsunderlaget och gjort en godtycklig jämförelse mellan anbuden i strid med LOU. Förfarandet är att jämställa med att vid utvärderingen lägga till nya kriterier som anbudsgivarna inte kände till vid avgivande av anbuden. Kommunen har därigenom förbehållit sig fri prövningsrätt.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och anför bland annat följande. Kommunen har inte frångått eller ändrat krav och utvärderingskriterier i förfrågningsunderlaget. Vad beträffar skallkravet under punkten 3.1.1 "Verifikation" i förfrågningsunderlaget så framgår av ordalydelsen att det gäller *provtagarna* och inte uppdragsledaren. Av ordalydelsen kan vidare utläsas att en av provtagarna *kan* vara samma person som uppdragsledaren. Det är tillräckligt att minst två provtagare utöver uppdragsledaren uppfyller skallkravet för att ett anbud ska anses vara kvalificerat ur den synpunkten. För uppdragsledarens del har erfarenheten således endast varit en del av utvärderingskriteriet "Kompetens och erfarenhet" och inte på något sätt utgjort ett kvalifikationskrav. Det framgår av Niras anbud med bilagor att Per Björinger uppfyller skallkravet på minst tre års regelbunden, verifierad erfarenhet av provtagning av sediment och ytvatten de senaste fem åren. Av CV:n avseende övriga medarbetare som bifogats Niras anbud framgår att de projekt som Per Björinger uttryckligen uppgett sig ha deltagit i tillsammans med övriga provtagare varit pågående i vart fall sedan 2003 och framåt vilket innefattar den senaste femårsperioden. Stockholms hamnar och Kapellskär var till och med pågående vid tidpunkten för anbudets av-

givande. Bolaget har framfört synpunkter på bedömningen av utvärderingskriteriet "Kompetens och erfarenhet". Kommunen har en mycket stor frihet att bedöma kvalitativa aspekter i utvärderingsfasen så länge som det inte blir fråga om uppenbart godtyckliga förbehåll i syfte att tillförsäkra sig fri prövningsrätt. Utvärderingen har skett i enlighet med den absoluta utvärderingsmodell som fastslagits i förfrågningsunderlaget. Det bestrids att utvärderingen skulle ha skett utifrån någon relativ utvärderingsmodell som inte angivits i förfrågningsunderlaget. Det bestrids även att de konsulter som bolaget påstår att det varit i kontakt med gjort uttalanden i enlighet med de påståenden bolaget gör gällande. Bolaget har inte uppvisat erforderlig erfarenhet av liknande provtagningsarbeten för att betyget 5 skulle kunna erhållas i samband med utvärderingen av utvärderingskriteriet "Kompetens och erfarenhet". Det vitsordas att en god erfarenhet av provtagningsarbeten varit viktigt för beställaren, men detta har som framgår av förfrågningsunderlaget inte varit det enda som fästs vikt vid i samband med utvärderingen. Bolagets erbjudna personal, särskilt uppdragsledaren, uppvisar inte tillräcklig erfarenhet av liknande komplexa provtagningsarbeten för att tilldelas betyget 5. Det är de facto inte samma sak att mestadels ha hållit på med provtagningsarbeten i mindre och lugnare vattendrag som i en stor hamn som Oskarshamns hamn. Bland annat därför kan inte bolaget anses ha visat på tillräckliga erfarenheter av komplicerade arbetsuppgifter inom området, dels hos personalen i allmänhet och dels hos uppdragsgivaren i synnerhet. Vad gäller Niras offererade uppdragsledare Per Björinger, så har denne omfattande erfarenhet av att organisera och genomföra komplexa provtagningar i kombination med erfarenhet av forskning och uppdrag, vilket medför klara och stora identifierbara mervärden för kommunen. Han uppfyller sammantaget kravet på cirka 10 års erfarenhet för betyget 5. Vad gäller bolagets offererade uppdragsledare Björn Thiberg kan konstateras att kommunen vid utvärderingen bedömt att vissa uppräknade erfarenheter inte medför premierbara mervärden på grund av den bristande relevansen och komplexiteten i uppdragens karaktär. Trots att

Björn Thiberg vid en generös bedömning kan anses ha redovisat 10 års arbetslivserfarenhet uppnår de redovisade, samlade och relevanta erfarenheterna inte upp till kraven för betyget 5. Vad som i övrigt redovisats i bolagets anbud medför inga mervärden utan utgör endast grundläggande beskrivningar inom ramen för vad som kan betraktas som normal kompetens och erfarenhet. Kommunen övervägde därför huruvida betyget 3 eller 4 var för handen. Även bland övriga provtagare uppvisar Niras generellt sett en högre kravuppfyllnad än bolagets offererade provtagare sett till erfarenhet, utbildning, fortbildning, komplexitet och relevans i de redovisade erfarenheterna. Sammantaget brister bolaget något i redovisningen av utvärderingskriteriet "Kompetens och erfarenhet". Niras framstår därför sammantaget som den mest prisvärda provtagningsorganisationen. Vad beträffar avtalstidens längd anser kommunen att LOU följts eftersom särskilda skäl föreligger. Av direktiv 2004/18/EG art. 32 följer att ramavtal får tecknas för längre tid än fyra år i styrkta undantagsfall kopplade till föremålet för ramavtalet. I förarbetena ges som exempel projekt som beräknas ta längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. I detta fall framgår det av förfrågningsunderlaget att den övervägande delen av avropen kommer att ske de första två åren och att det endast är under förutsättning att behov finns, t.ex. vid förseningar i projektet, som förlängningsmöjligheterna kommer att utnyttjas. Vidare finns krav från Naturvårdsverket, som finansierar den största delen av projektet, att efterkontroller i form av provtagningsarbeten måste utföras även efter muddringsentreprenaden. Lika provtagningsförfarande ska, i enlighet med Naturvårdsverkets manualer, användas vid efterkontrollen som vid de förberedande provtagningarna under projektets förberedelseskede. Därför skulle ett leverantörsbyte medföra oproportionerliga olägenheter och merkostnader för kommunen. Därmed är en avtalstid om längre tid än fyra år tillåten i detta fall. Bolaget har inte heller lidit eller riskerar att lida någon skada på grund av avtalstidens längd.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter 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 proportionalitet iakttas.

Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av förfrågningsunderlaget framgår att den utvärderingsprincip som används är att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga vid en prövning mot utvärderingskriterierna *prisuppgifter* och *kompetens och erfarenhet* kommer att antas. Enligt utvärderingsmodellen kommer den anbudsgivare med lägst justerat pris, efter att offererat pris multiplicerats med justeringsfaktorn (betyg för kompetens och erfarenhet), att vinna upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande:

3. KVALIFIKATIONSKRAV PÅ ANBUDSGIVAREN

3.1.1 Verifikation

"[...] Anbudsgivare skall namnge minst två (2) och högst fem (5) personer som kommer att utföra provtagningarna. Samtliga skall ha minst tre (3) års regelbunden, verifierad erfarenhet av provtagning av sediment och ytvatten de senaste fem (5) åren. En av provtagarna kan vara samma person som uppdragsledaren. Utbyte av personer

får endast ske efter beställarens medgivande. Namngivna referenser skall anges som kan verifiera att personerna genomfört provtagningar såsom angetts i anbudet.

4. UPPGIFTER FÖR ANBUDSUTVÄRDERING

4.2 Kompetens och erfarenhet

”Kommer att bedömas utifrån provtagningsteamets relevanta kompetens och erfarenhet av liknande uppdrag. Nyckelbefattningshavare som den arbetsledare som kommer att leda provtagningsarbetet på plats i Oskarshamn kommer att väga tyngre än övriga medarbetare som deltar i det praktiska provtagningsarbetet på plats i Oskarshamn. Goda praktiska kunskaper som inhämtats genom relevant, praktiskt provtagningsarbete är viktigt för beställaren.

För att ett anbud ska kunna utvärderas på ett rättvisande sätt för anbudsgivaren krävs att redogörelsen över uppdragsansvarigas kompetens och erfarenhet är väl specificerad. Beskriv därför:

- Namngivna personers dokumenterade erfarenhet i år och uppdrag av liknande provtagningsarbeten samt erfarenheternas komplexitet
- Namngivna personers relevanta, teoretiska kompetens inklusive eventuell fortbildning. Endast i anbudet angivna omständigheter får beaktas. Viktigast är nyckelbefattningshavare som t.ex. den arbetsledare som kommer att leda det praktiska provtagningsarbetet på plats i Oskarshamn. Utvärderingskriteriet betygsätts enligt följande:

[...] Betyget 3; Normal kompetens och erfarenhet, inget mervärde, goda erfarenheter av enklare uppgifter samt viss erfarenhet av att självständigt utföra mer komplicerade arbetsuppgifter = justeringsfaktorn 1
Betyget 4; Hög kompetens och erfarenhet, ger visst mervärde, rejäl erfarenhet kombinerat med god erfarenhet av svårare arbeten = justeringsfaktorn 0,75
Betyget 5; Mycket hög kompetens och erfarenhet, stort mervärde, många års erfarenhet av allmänt förekommande arbeten inom området inklusive komplicerade arbetsuppgifter inom provtagningsverksamhet, i normalfallet cirka 10 års erfarenhet beroende på erfarenhetens komplexitet, visar på god kvalitet och hög precision i utförda uppdrag = justeringsfaktorn 0,5 [...]

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Anbud som inte uppfyller samtliga skallkrav i en anbudsinbjudan ska i princip uteslutas från anbudsutvärderingen. För åtgärd enligt 16 kap. LOU bör emellertid krävas att det är fråga om klara avvikelser från skallkraven. Om anbudet eller förfrågningsunderlaget i ett visst avseende kan uppfattas på olika sätt bör den upphandlande enheten, som ställt upp kravet, ha tolkningsföreträde inom ramen för de principer som LOU och gemenskapsrätten baseras på.

I förfrågningsunderlaget uppges som kvalifikationskrav att namngivna referenser ska anges som kan verifiera att personerna som kommer att utföra provtagningarna har genomfört provtagningar såsom anges i anbudet. Av Niras anbud framgår att man för vissa av de offererade provtagarna endast uppgivit uppdragsgivarnas namn, i de flesta fall bolagens namn, för att verifiera tidigare erfarenhet av provtagningar. Syftet med att inhämta referenser torde ha varit att kunna kontrollera om anbudsgivarens offererade personer har genomfört de i CV:n listade uppdragen och att utreda om anbudsgivaren besitter nödvändig erfarenhet från liknande uppdrag. Förvaltningsrätten finner inte att Niras har åsidosatt uppställt skallkrav genom att endast ange uppdragsgivarnas namn som referenser.

Bolaget har vidare gjort gällande att Niras offererade uppdragsledare/provtagare 1 inte uppfyller skallkraven avseende minst tre års regelbunden, verifierad erfarenhet av provtagning av sediment och ytvatten de senaste fem åren. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid att det är tillräckligt att de offererade provtagarna utöver uppdragsledaren uppfyller detta krav. Förvaltningsrätten finner därför att Niras anbud inte heller i detta hänseende kan anses brista i fråga om uppställda skallkrav.

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Vidare bör kraven för att anse att ett upphandlingsförfarande strider mot dessa principer ställas relativt högt. En upphandlande myndighet måste således ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av lämnade anbud under förutsättning att detta sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Utvärderingskriteriet "Kompetens och erfarenhet" får enligt förvaltningsrättens mening anses så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta och den bilagda tekniska beskrivningen kunnat avgöra vad kommunen tillmäter betydelse vid upphandlingen. Bolaget har därigenom kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det har vidare inte framkommit annat än att utvärderingen av anbuden i det här fallet har gjorts inom ramen för förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte heller i övrigt visat att kommunen vid sin utvärdering tagit ovidkommande hänsyn eller att förfarandet i något annat hänseende strider mot de krav som uppställs i LOU.

Av förfrågningsunderlaget, avsnitt 1.6 "Avtalsperiod", framgår att avtalet kommer att löpa till och med den 31 december 2016 med möjlighet till högst 36 månaders förlängning med ett år i taget ifall parterna är överens därom och behov finns t.ex. på grund av förseningar i projektet.

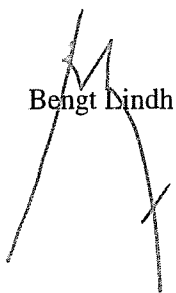
Syftet med ovan återgivna bestämmelser i 5 kap. 3 § LOU är att förhindra att ramavtal används på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids genom att konkurrensen otillbörligt sätts ur spel genom avtalstidens längd. Av förarbetena till bestämmelserna (prop. 2006/07:128 s. 334) framgår emellertid att det kan vara befogat med en längre avtalsperiod när det exempelvis är fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden.

Med hänsyn till det som kommunen anfört beträffande förutsättningarna för projektets genomförande och Naturvårdsverkets krav finner förvaltningsrätten att det i det här fallet får anses föreligga särskilda skäl att godta en längre avtalsperiod än fyra år.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det saknas förutsättningar att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås. Till följd härav ska förvaltningsrättens beslut av den 12 mars 2010 inte längre gälla.

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

Bengt Lindh





SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 var till 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.