

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

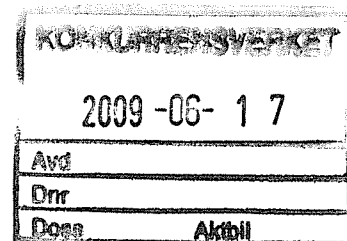
DOM
2009-06-16
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11321-09
Rotel 555

SÖKANDE

Peab Sverige AB, 556099-9202

Ombud:
Bolagsjurist Fredrik Kjerrström
Peab Sverige AB
Box 808
169 28 Solna



MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut av den 3 juni 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 436351

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

BAKGRUND

Botkyrka kommun (kommunen) genomför en upphandling av entreprenad avseende Malmsjö skola, ärende nr 09/7. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling. Av tilldelningsbeslut meddelat den 26 maj 2009 framgår att kommunen antagit ett annat anbud än anbudet från Peab Sverige AB.

YRKANDEN M.M.

Peab Sverige AB (Peab) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att länsrätten ska upphäva kommunens tilldelningsbeslut samt besluta att utvärderingen ska göras om utan beaktande av anbud från Q-gruppen AB (Q-gruppen). I andra hand yrkar Peab att länsrätten ska upphäva kommunens tilldelningsbeslut samt besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Peab i huvudsak följande.

I tilldelningsbeslutet daterat den 19 maj 2009, som Peab erhöll den 26 maj 2009, informerade kommunen att den beslutat att tilldela Q-gruppen entreprenaden "Malmsjö skola". Av anbudssammanställningen framgår att skälet var att Q-gruppen hade det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare framgick att Peabs anbud var det näst mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Efter att ha tagit del av Q-gruppens anbud kan Peab konstatera att skall-kravet beträffande referenser i förfrågningsunderlaget inte är uppfyllt, vilket borde ha medfört att anbudet rätteligen skulle ha förkastats och inte tagits upp till prövning.

I det förfrågningsunderlag som tillhandahölls de presumtiva anbudsgivarna ingick s.k. administrativa föreskrifter (AF). I dessa anges att upphandlingen ska ske enligt LOU. Vidare framgår bl.a. följande. Av kod AFB.31, AF, framgår att anbudsgivaren är skyldig att lämna anbud i enlighet med anvis-

ningarna, att bifogat anbudsformulär ska användas, samt att anbudet ska utformas helt enligt förfrågningsunderlaget. Vidare framgår att skallkraven är ovillkorliga. Om anbud inte svarar mot dessa skallkrav ska dessa inte tas upp till vidare bedömning. Av kod AFB.5, AF, framgår att inkomna anbud kommer att utvärderas i två steg. Steg 1: Prövning av anbudsgivarna enligt AFB.51. Steg 2: Värderingsgrunder vid prövning av anbud enligt AFB.52. De anbud som godkänts i steg 1 utvärderas mot i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsgrunder. Av kod AFB.51, AF, framgår att anbudsprövningen sker i två steg, kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen (ekonomiskt mest fördelaktiga). Först prövas om anbudsgivaren motsvarar de krav som ställs avseende anbudsgivarens juridiska, finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. De anbudsgivare som motsvarar de krav avseende anbudsgivarens juridiska, finansiella och ekonomiska ställning, tekniska förmåga och kapacitet, referenser, formell kompetens samt uppfyller alla skallkrav i samtliga dokument ingående i förfrågningsunderlaget går vidare till utvärderingsfasen, se AFB.525. Övriga anbud diskvalificeras.

Beträffande referensuppdrag (sid. 12) framgår att anbudsgivaren ska bifoga en kortfattad beskrivning av sin kapacitet att tillgodose kommunens behov under de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget. Följande ska framgå av beskrivningen:

- a) Förteckning över två uppdrag avseende likvärdigt uppdrag enligt förfrågningsunderlaget under de senaste tre (3) åren med uppgift om värde och tidpunkt. Se bilaga 1 för ytterligare information.
- b) Uppdragets omfattning och karaktär.
- c) Namn och telefonnummer samt e-postadress till kontaktperson.

Av anbudsformulär, bilaga 1 till AF, punkt 4.3 framgår att anbudsgivaren ska inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenheter att utföra projekt av den här storleksklassen. Vidare framgår – utöver vad som anges

i kod AFB.51, AF – att minst ett av dessa angivna referensuppdrag ska avse ett skolprojekt som utförts med godkänt resultat enligt referenser. Av kod AFB.52, AF, framgår att de anbud som godkänts i steg 1 utvärderas mot i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsgrunder. Anbudsprövningen kommer att ske efter beställarens värderingsmodell som redovisas i bilaga nr 1 till dessa föreskrifter. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas.

Q-gruppen har i sitt anbud lämnat åtta stycken referensobjekt, trots detta uppfyller bolaget inte uppställt krav om två likvärdiga uppdrag med hänsyn till det ekonomiska värdet samt att ett av dessa uppdrag ska vara ett skolprojekt.

Den enda slutsats Peab kan dra av att kommunen föreskrivit att anbudsgivaren ska inge en förteckning över två uppdrag avseende likvärdigt uppdrag enligt förfrågningsunderlaget under de senaste tre åren med uppgift om värde och tidpunkt – är att angivna referensobjekt ska ha ett värde på omkring 70 miljoner kronor eller mer. Vidare ska ett av referensobjekten, som har ett värde om kring 70 miljoner kronor, vara ett skolprojekt.

Q-gruppens anbud uppfyller inte förfrågningsunderlagets skallkrav beträffande referensobjekt. Q-gruppen har angivit två referensobjekt – ”Sjöstadshallen, Hammarby Sjöstad och ”Om- och nybyggnad i Sköndal åt Stora Stiftelsen Stora Sköndal”, vilka uppgår till ett värde på omkring 80 miljoner kronor respektive 90 miljoner kronor, men inget av dessa projekt är ett skolprojekt. Att Q-gruppen utfört andra mindre skolprojekt saknar fullständigt betydelse med hänsyn till kommunens uppställda skallkrav. Kommunen har således, med ändring av och i strid med förutsättningarna som angivits i förfrågningsunderlaget, gett Q-gruppen andra förutsättningar än Peab och övriga anbudsgivare. Agerandet står i strid med både 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling och transparens samt den huvudprincip bakom LOU som

innebär att de anbud som inte uppfyller obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Om kommunen agerat i enlighet med gällande regelverk och förutsättningarna i förfrågningsunderlaget skulle Peab ha tilldelats entreprenaden. Peab har således lidit skada till följd av kommunens ovan beskrivna ageranden. I vart fall innebär agerandet risk för sådan skada.

Hade kommunen agerat korrekt skulle Peab ha tilldelats uppdraget. Detta utgör skälet till att Peab i första hand yrkar rättelse av upphandlingen. Det finns inga brister i upphandlingen som gör att upphandlingen i dess helhet behöver eller bör göras om. Görs upphandlingen om riskerar således den anbudsgivare som avgivit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att drabbas av just en sådan skada som rättelsemöjligheten är avsedd att förhindra. Avsikten med rättelsemöjligheten är således att ”man skall kunna ingripa innan någon faktisk skada uppkommer (prop. 1992/93:88 s 101). Följaktligen bör yrkandet om ändring bifallas. Det bör tilläggas att det sedan meddelandet av domen i mål C-92/00; REG 2002 s I 5553 (”Krankenhaustechnik”), vars utgång bekräftats i Regeringsrättens dom den 23 december 2005 i mål nr 5270-04, står klart att ett beslut att återkalla en anbudsinfordran, dvs. att avbryta en upphandling, ska kunna överprövas. En konsekvens av detta måste vara att domstolar inte ska bortse från rättelsemöjligheten och förordna att upphandlingar ska göras om, försåvitt det inte finns några konkreta brister i förfrågningsunderlaget, den upphandlande enhetens agerande eller några andra skäl som är av det slag att ett sådant domslut är påkallat. Utgångspunkten bör med andra ord, med hänsyn till innehållet i nyss nämnda domar, alltid vara att rättelse ska ske såvida det inte finns några skäl som talar häremot.

Kommunen bestrider i sak Peabs ansökan om överprövning och yrkar avslag på densamma. Till stöd för detta anför kommunen i huvudsak följande. Kommunen har inte gjort någon felbedömning så att de principer som bär upp LOU träds för när. Kommunen bestrider att referensbedöm-

ningen strider mot transparensprincipen. Kommunen har vidare behandlat anbudsgivarna på ett icke-diskriminerande sätt. Kommunen bestrider att man åberopat skall-krav som inte funnits med i förfrågningsunderlaget eller i anbudsföreläret genom att godkänna Q-gruppens referensobjekt. Vidare bestrids att referensbedömningen ska ha skett i strid med det som har angetts i förutsättningarna. Kraven på en objektiv handläggning har beaktats i denna upphandling. Slutligen bestrider kommunen att man skulle ha gett en annan anbudsgivare en orättvis fördel som står i strid med lika-behandlingsprincipen genom att kommunen accepterat Q-gruppens referensuppdrag. Q-gruppen har lämnat anbud i enlighet med anvisningar och använt anbudsföreläret, vilket innebär att en kortfattad beskrivning av referensuppdragen ingått i anbudet. Krav har ställts på dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet att utföra projekt av denna storleksklass, ej i vilken omfattning och på vilket sätt.

Q-gruppen har valt att redovisa detta genom två projekt där detta krav innehålls. Kommunen har behandlat anbudsgivarna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och uppfyllt kravet på öppenhet. Q-gruppen har lämnat förteckning över de antal referensuppdrag under de tre senaste åren som föreskrivits med uppgift om värde och tidpunkt. Inget föreskrivs om att referensuppdragen ska uppgå till 70 miljoner kronor utan att enbart värde och tidpunkt ska anges. I Q-gruppens förteckning ingår, som efterfrågat, minst ett skolprojekt (Walthers Gymnasium, Sickla kunskapsgalleria, Kärrspiran och Näktergalen) som uppfyller redovisningskravet om skolprojekt med godkänt resultat. Därmed är förfrågans skall-krav uppfyllda i Q-gruppens anbud. Tillsammans med ersättningskraven, anbudssumman, är därmed Q-gruppens anbud det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och ska antas. Avslutningsvis vill kommunen bemöta den skada Peab hävdar sig kunna lida. Kommunens uppfattning är att vid en intresseavvägning är den skada som kommunen lider större, då behov av att avropa byggenrepremier för skolbyggnad inom detta upphandlingsområde finns.

Peab anför i yttrande av den 9 juni 2009 i huvudsak följande. Peab vidhåller att den enda möjliga tolkningen av förfrågningsunderlagets skall-krav beträffande referenser är att likvärdiga uppdrag innefattar ett krav på att referensobjekt ska avse ett likvärdigt värde, eftersom värdet ska anges, samt att värdet med beaktande av förevarande upphandling bör ligga på omkring 70 miljoner kronor. Om termen "likvärdigt" inte syftar till värdet och förmågan att utföra projekt av aktuell storleksklass, vilket Peab bestri-der, så är förfrågningsunderlaget i den delen otydligt, vilket strider mot principen om transparens. Förfrågningsunderlaget föreskriver att man ska lämna förteckning över två likvärdiga uppdrag samt att ett av dessa ska vara ett skolprojekt. I den delen brister Q-gruppens anbud. Därmed strider anbudet mot kommunens föreskrivna skall-krav. Peab vidhåller att det saknar betydelse att Q-gruppen byggt en mindre skola, då det projektet inte är likvärdigt uppdraget som föreskrivs i kommunens förfrågningsunderlag. Förfrågningsunderlaget föreskriver att antalet referenser ska vara två, vara en av dessa två är en skola. Q-gruppen har valt att lämna åtta referenser. Den enda slutsats Peab kan dra av Q-gruppens stora antal referensprojekt är att Q-gruppen var medveten om sin brist beträffande referenser och försökte läka den bristen med hjälp av fler och mindre projekt. Det är emellertid inte möjligt att läka brister avseende ovillkorliga skall-krav på ett sådant sätt. Q-gruppens anbud ska därför rätteligen förkastas och uteslutas från anbudsutvärderingen. Peab noterar även att projekten Sickla kunskapsgalleria och Kärrspiran inte är färdigställda. Det innebär att dessa referenser inte kan åberopas. Om skall-kravet beträffande referenser ska tolkas på det sätt Peab gör gällande saknar dock aktuella brister betydelse. I annat fall vill Peab uppmärksamma länsrätten på denna brist.

Länsrätten beslutade den 3 juni 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

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

Utredningen i målet

Av punkt AFA.21 i till anbudsförfrågan tillhörande administrativa föreskrifter framgår att upphandlingen innefattar om- och nybyggnation av skolbyggnad om ca 8250 kvadratmeter i två plan och att inom ytan finns främst gemensamma lokaler (klassrum, grupprum, personalrum, kreativrum m.fl.), restaurangkök med matsal samt sporthall.

Av punkt AFB.31 i de administrativa föreskrifterna framgår att anbud som inte svarar mot uppställda skall-krav inte kan tas upp för vidare bedömning.

Av punkt AFB.51 i de administrativa föreskrifterna framgår bl.a. följande avseende referensuppdrag:

Anbudsgivaren skall bifoga en kortfattad beskrivning av sin kapacitet att tillgodose Botkyrka kommuns behov under de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget. Följande skall framgå av beskrivningen:

- Förteckning över två (2) uppdrag avseende likvärdigt uppdrag enligt förfrågningsunderlaget under de senaste tre (3) åren med uppgift om värde och tidpunkt. Se bilaga 1 för ytterligare information.
- Uppdragets omfattning och karaktär
- Namn och telefonnummer samt e-postadress till kontaktperson

Av punkt 4.3 i nämnda bilaga 1 till förfrågningsunderlaget framgår avseende referensuppdrag, utöver vad som framgår av AFB.51, att minst ett av de två angivna referensuppdragen ska avse ett skolprojekt som utförts med godkänt resultat enligt referenser.

Av utdrag ur Q-gruppens anbud framgår att bolaget lämnat totalt åtta referensprojekt. Samtliga åtta anbud avser projekt de tre senaste åren. Projektens värde varierar mellan 7 och 90 miljoner kronor. Av utdraget kan vidare utläsas att fyra uppdrag avser förskole- eller skolprojekt och att värdet på dessa projekt varierar mellan 7 och 36 miljoner kronor.

Av anbudssammanställningen i förevarande upphandling framgår att entreprenadens värde är cirka 100 miljoner kronor.

Av tilldelningsbeslutet meddelat den 26 maj 2009 framgår att kommunen ansett att Q-gruppens anbud uppfyller samtliga ställda skall-krav.

Länsrättens bedömning

En ansökan om överprövning enligt LOU avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, samt om detta medfört att leverantör lidit eller kan komma att lida skada

Peab har i sin ansökan om överprövning bl.a. anfört att vinnande anbud från Q-gruppen inte uppfyller skall-kravet avseende referensuppdrag och att kommunen därför agerat i strid med LOU när den trots detta antagit Q-gruppens anbud. Vidare har Peab anfört att för det fall det aktuella skall-kravet ska förstås så som kommunen gör gällande så är kravet otydligt och utformat i strid med transparensprincipen.

Av punkt AFB.51 i de administrativa föreskrifterna framgår avseende referensuppdrag att anbudsgivare ska lämna en förteckning över två (2) uppdrag avseende likvärdigt uppdrag enligt förfrågningsunderlaget under de senaste tre (3) åren med uppgift om värde och tidpunkt. Vidare hänvisas till förfrågningsunderlagets bilaga 1 för ytterligare information. Av punkt 4.3 i nämnda bilaga 1 till förfrågningsunderlaget framgår avseende referensuppdrag, utöver vad som framgår av AFB.51, att minst ett av de två angivna referensuppdragen ska avse ett skolprojekt som utförts med godkänt resultat enligt referenser.

Mot bakgrund härav gör länsrätten följande bedömning.

Det aktuella skall-kravet är utformat så att anbudsgivare ska lämna en förteckning över två uppdrag avseende likvärdigt uppdrag enligt förfrågningsunderlaget under de senaste tre åren med uppgift om värde och tidpunkt. Minst ett av de två uppdragen ska avse ett skolprojekt. Av punkt AFA.21 i till anbudsförfrågan tillhörande administrativa föreskrifter framgår att upphandlingen innefattar om- och nybyggnation av skolbyggnad om ca 8250 kvadratmeter i två plan och att inom ytan finns främst gemensamma lokaler (klassrum, gruppum, personalrum, kreativum m.fl.), restaurangkök med matsal samt sporthall. Enligt länsrättens mening framstår det utifrån det aktuella skall-kravets ordalydelse som att likvärdighetsbedömningen ska göras i förhållande till förevarande upphandlingsobjekt i sin helhet; detta då det anges att vad som ska lämnas är en förteckning över två uppdrag avseende likvärdigt uppdrag enligt förfrågningsunderlaget. Av detta kan det enligt länsrättens mening utläsas att referensuppdragets värde inte ska vara avgörande för vad som ska anses vara ett likvärdigt uppdrag. Att det sedan anges att uppgift om värde och tidpunkt ska bifogas förändrar inte denna bedömning. Länsrätten finner här att ordalydelsen i uttrycket ”likvärdigt uppdrag enligt förfrågningsunderlaget med uppgift om värde och tidpunkt” i stället understryker det faktum att uppdraget som sådant

kan anses likvärdigt trots skillnad i värde. Länsrätten finner därmed att det utifrån vad Peab anfört inte finns grund att besluta om rättelse enligt LOU. Vad Peab anfört att om vissa referenser inte kan åberopas då projekten inte färdigställts föranleder ingen annan bedömning. Peabs ansökan om överprövning ska därför avslås vad avser denna del.

Peab har vidare anfört att om termen ”likvärdigt” inte syftar till värdet och förmågan att utföra projekt av aktuell storleksklass, så är förfrågningsunderlaget i den delen otydligt och utformat i strid med transparensprincipen. Vad avser denna fråga gör länsrätten följande bedömning.

Så som redogjorts för ovan anser länsrätten att det av förfrågningsunderlaget framgår att kriteriet ”likvärdigt uppdrag” åsyftar ett uppdrag som sett till förfrågningsunderlaget och dess beskrivning av förevarande upphandlingsobjekt är att se som likvärdigt, samt att det av detta kan utläsas att referensuppdragets värde inte ska vara avgörande för vad som ska anses vara ett likvärdigt uppdrag. Mot bakgrund härav finner länsrätten att det aktuella skall-kravets utformning inte kan anses stå i strid med transparensprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. Vad Peab anfört förändrar inte denna bedömning, varför ansökan om överprövning ska avslås även i denna del.

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


Åsa Nilsson

länsrättsfiskal

Föredragande har varit länsrättsnotarien Johan Rick.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

