



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet Jönköping
Anna Karlsson

DOM
2010-12-15
Meddelad i
Jönköping

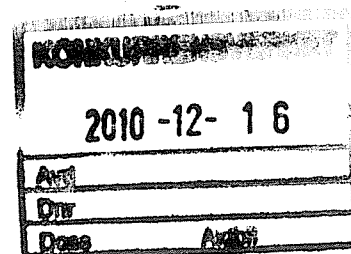
Mål nr
6567-10 E
Rotel 1:2

SÖKANDE

WSP Sverige AB, 556057-4880
Box 130 33
402 51 Göteborg

MOTPART

Jönköpings kommun
Upphandlingsenheten
551 89 Jönköping

**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår WSP Sverige AB:s ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 20 september 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Jönköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende anlåtande av akustikkonsult för utredningsuppdrag. Upphandlingen handläggs som ett förenklat förfarande och benämns Akustikkonsult 10/97. Genom tilldelningsbeslut har kommunen tilldelat annan leverantör än WSP Sverige AB (WSP) kontraktet i upphandlingen.

Sedan WSP ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 20 september 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Kammarrätten i Jönköping har i beslut den 24 september 2010, mål nr 2583-10, inte ändrat förvaltningsrättens beslut. Kommunen

Dok.Id 23465

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Östra Storgatan 33 A

Telefon
036-15 65 00
E-post:

forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

har begärt att förvaltningsrättens interimistiska beslut ska upphävas. Förvaltningsrätten avslag kommunens begäran i beslut den 4 oktober 2010.

YRKANDEN M.M.

WSP yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för yrkandet anför WSP i huvudsak följande. För att principen om transparens ska anses uppfylld måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Kravspecifikation och uppdragsbeskrivning måste således vara så exakt och precis som möjligt samt inte ge möjlighet för tolkningar. I den här typen av komplexa uppdrag med många olika osäkerhetsfaktorer är normalt sett grunden för tilldelning "det mest ekonomiskt fördelaktiga" priset. Kommunen har dock valt att som tilldelningsgrund ange "lägsta pris". När tilldelningsgrunden endast är "lägsta pris" är det än mer viktigt att det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget vad den tjänst som upphandlas omfattar. Av förfrågningsunderlaget anges att "Antalet bostadsbyggnader som ska undersökas är mellan 50 – 94 st.", vilket inte kan anses rimligt precist i en fastprisupphandling. Det är förstäeligt att kommunen inte kan bedöma omfattningen av, och antalet, "svåra" diskussioner och förhandlingar med fastighetsägare och tillsynsmyndighet men då är det inte heller lämpligt att upphandla detta uppdrag med fast totalpris. Oklarheterna i förfrågningsunderlaget och osäkerheterna med uppdragets omfattning blir mycket tydliga i samband med att Jönköpings kommun svarat på ställda frågor. Av svaren framgår att konsulten tillsammans med kommunen ska ansvara för och biträda vid samtliga förhandlingar med de 94 fastighetsägarna, och med tillsynsmyndigheten i det fall man inte kan komma överens med fastighetsägarna. Av erfarenhet vet WSP att sådana här förhandlingar kan skifta mellan ett kort sammanträde till segdragna förhandlingar. Fördelningen av "lättare" och "svårare" förhandlingar är dock omöjlig att förutse. Det är också omöjligt att förutse antalet överklaganden från fastighetsägar-

na och därmed antalet möten med tillsynsmyndigheten där konsulten ska närvara och biträda kommunen. Uppdragets omfattning totalt sett är således omöjlig att förutse inom rimliga gränser. När WSP föreslagit att det i prisbilagan bör vara möjligt att dela upp uppdraget i deluppgifter har kommunen svarat att ” det som ni beskriver under fråga 8 är det som skall ges anbud på. Vill ni specificera hur ni har kommit fram till anbudssumman är det fritt att göra så. Kommer man inte överens med fastighetsägaren så får vi förhandla med tillsynsmyndigheten.” WSP har inte offererat moment som inte ingår i förfrågningsunderlaget, men kommunens påstående härom visar på den otydlighet om uppdragets innehåll och omfattning som finns i förfrågningsunderlaget och kompletterande underlag. WSP har genomfört flera liknande projekt och är väl medvetet om att vad som krävs vad gäller åtgärder och omfattningen av dessa. Den omständigheten att skillnaden mellan lägsta och högsta anbudssumma är flera hundra procent tyder på att anbudsgivarna inte lämnat anbud på ”likvärdiga uppdrag”. Det är dessutom så att båda de bolag som synes ha den största erfarenheten av liknande uppdrag har lämnat anbuden med de högsta anbudssummorna. Mot bakgrund härav anser WSP att uppdragsbeskrivningen i förfrågningsunderlaget är så bristfälligt att upphandlingsförfarandet får anses strida mot principen om transparens. Kraven på förutsägbarhet och öppenhet kan således inte anses uppfyllda. Bristerna i förfrågningsunderlaget har medfört att WSP inte haft den information som krävs för att kunna lämna ett adekvat anbud. WSP har därmed lidit skada.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökningen och anför till stöd för sin inställning sammanfattningsvis följande. WSP anför att kommunen brustit avseende transparens i förfrågningsunderlaget. Kravspecifikationen och uppdragsbeskrivning måste således vara så exakt och precis som möjligt. Kommunens uppfattning är att underlaget fyller de kraven d.v.s. uppdragsbeskrivningen är så exakt och precis som det är möjligt. Det är helt klart att leverantören på grundval av förfrågningsunderlaget kan avgöra vad som

tillmäts betydelse vid upphandlingen och vid utvärderingen av anbudet. Enligt WSP:s uppfattning får det inte ge utrymme för tolkningar. Det är WSP:s uppfattning vilket torde vara omöjlig att leva upp till. Med transparens i ett förfrågningsunderlag avses att kommunen inte undanhåller någon information som kommunen känner till och att utvärdering sker enligt de grunder som angivits i förfrågningsunderlaget. All information som kommunen har och som är möjlig att inhämta är bifogad i upphandlingen. Anbudsutvärderingen har skett enligt förfrågningsunderlaget. Kommunen är medveten om uppdragets komplexitet vilket framgår av förfrågningsunderlag och bifogade bilagor (miljödomstolens beslut m.m.). Att anbudsgivare i sina anbud väger in tidigare erfarenheter gäller för alla branscher och borde rimligen gynna det företag som har mest erfarenhet av liknande uppdrag. Det är kommunens val att välja tilldelningsgrund för kontraktet. Utvärderingen baserar sig således på att kraven i förfrågningsunderlaget är uppfyllda och att lägst pris avgör. Det är anbudsgivarens uppgift att mot bakgrund av förfrågningsunderlag och sina erfarenheter, arbetsmetoder och bedömning av affärsrisk utforma ett anbud. WSP har angett ett förslag på hur insatsen bör preciseras. Kommunen anser inte att det ankommer på upphandlande myndighet att beskriva vilken metodik eller arbetsmodell som ska tillämpas. I WSP:s förslag ingår moment som inte efterfrågas i förfrågningsunderlaget men sannolikt sammanfaller med WSP:s arbetsmetodik. Under processen har frågor ställts och besvarats enligt bilaga, samtliga anbudsgivare har fått del av alla frågor och svar. Kommunen är medveten om att när man i en upphandling kräver ett fast pris för ett uppdrag finns en viss risk för att några leverantörer tar höjd för att klara oförutsedda kostnader. Det har uppenbarligen skett hos åtminstone två av anbudsgivarna. Det är ett sätt för dem att hantera affärsrisken. Överprövningen handlar följaktligen om att andra anbudsgivare gör en annan bedömning av affärsrisken. Kommunen har bedömt anbudet enligt förfrågningsunderlaget med angiven utvärderingsmodell och kan liksom WSP konstatera att skillnaderna i anbudspris är avsevärda. Kommunen har därför vid sammanträde

med vinnande leverantör säkerställt att kraven i förfrågningsunderlaget kommer att uppfyllas enligt avgivet anbud. Kommunen kan konstatera att WSP:s anbud avviker kraftigt från övriga anbud avseende beräknad tid per fastighet och att kraftigt avviker avseende t.ex. projektledningskostnader. Det ska understrykas att även om kommunen nollställer projektledartiden är inte anbudet konkurrenskraftigt. WSP kommer även efter nollställning att hamna på fjärde plats i utvärderingen och har följaktligen inte visat att kommunen brutit mot någon punkt i LOU och har inte heller visat att WSP lidit eller kommer att lida skada.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Av 15 kap. 16 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I 2 § anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 gjorts.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska 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 ska 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, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av RÅ 2009 ref 69 framgår följande. Mål om offentlig upphandling gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka FPL har konstruerats. Detta leder till slutsatsen att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Vid all offentlig upphandling gäller principen om transparens vilket innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Den upphandlande myndigheten ska lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.

I förfrågningsunderlaget finns följande uppdragsbeskrivning.

”Underlaget om bullerbekämpande åtgärder från tidigare ägaren LfV är inte komplett och måste bearbetas vidare vad gäller vilka byggnader som kommer att beröras. Förslag ska tas fram på lämpliga åtgärder på resp byggnad med beaktande av byggnadsvärden och samhällsnyttan och förhandlingar ska genomföras med resp bostadsägare innan åtgärderna genomförs. Antalet bostadsbyggnader som ska undersökas är mellan 50-94 st. På västra sidan om sjön gäller förutom fönster även tak och fasadarbeten för att klara ljuddämpningen och då kommer diskussionerna naturligtvis upp om eftersatt underhåll från fastighetsägarens sida och de fastighetsägare som skött sina fönster, fasader och tak på ett bra sätt. Kommunen ska inte stå för eftersatt underhåll. I sådana fall kan det bli svåra diskussioner. Konsulten ska därför vara behjälplig med vid diskussioner med dessa fastighetsägare. Åtgärderna ska vidtas endast om kostnaderna är rimliga med hänsyn till byggnadens standard och värde och med den samhällsnytta och effekt som uppnås. Vid meningsskiljaktigheter skall frågorna avgöras av tillsynsmyndigheten genom beslut som kan överklagas. I uppdraget skall också ingå månatliga möten för planering och lägesrapporter. Antal timmar som kommer att åtgå för uppdraget ska redovisas per konsult och angiven datum då arbetet utfördes. Ett uppstartsmöte skall hållas där en tidsplan skall utarbetas och där det skall framgå vilka konsulter som skall utföra de olika delarna i uppdraget. I uppdraget skall också ingå månatliga möten för planering och lägesrapporter. Antal timmar som kommer att åtgå för uppdraget skall redovisas per konsult och angiven datum då arbetet utfördes.”

Till uppdraget finns bifogat underlag i form av miljödomstolens dom, MKB 2008 del 1 och 2, kurvor 090814, trafikfall och kostnadsberäkning LfV teknik.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Enligt egen uppgift saknar Jönköpings kommun kompetens att på egen hand utvärdera vilka åtgärder som behöver vidtas med anledning av miljödomstolens dom den 16 november 2009, mål nr M 3163-08. För upphandlingen gäller att anbud med lägsta pris kommer att antas.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av uppdragsbeskrivningen är omöjligt att förutse det antal timmar uppdraget kommer att ta i anspråk. Eftersom uppdraget syftar till att ta reda på vilka åtgärder som behöver vidtas är uppdragets omfattning till sin natur svår att förutse. Oavsett om uppdraget preciserats i enlighet med vad WSP föreslagit om uppdelning av uppdraget i deluppgifter, är det enligt förvaltningsrättens mening, vad gäller antalet arbetstimmar, inte möjligt att precisera uppdraget mer än kommunen gjort. Vad uppdraget innefattar har inte blivit tydligare genom de svar på anbudsgivares frågor som kommunen lämnat. Anbudsgivaren har således haft att uppskatta det antal arbetstimmar uppdraget kommer att innebära. Med hänsyn till den utvärderingsgrund som valts och med hänsyn till uppdragets natur finner förvaltningsrätten att kommunens förfrågningsunderlag får anses uppfylla transparensprincipens krav på förutsebarhet och öppenhet varför grund för åtgärd enligt 16 kap. 1 § LOU inte föreligger. Ansökan ska därför avslås.

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



Eva Elvingsson