



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2014-11-27
Meddelad i
Umeå

Mål nr
1109-14

KONKURRENSVERKET	
2014-11-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

RGS 90 Sverige AB, 556609-2085
Måvägen 28
891 55 Arnäsvall

Ombud: Advokat Martin Levinsohn och bitr. jurist Mattias Wiklund
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 45697

Postadress Box 193 901 05 Umeå	Besöksadress Nygatan 45 (Tingshuset)	Telefon 090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	Telefax 090-13 75 88	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00
---------------------------------------------	---------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------	------------------------------------------------------------------------

YRKANDE, M.M.

Skellefteå kommun (kommunen) genomför en upphandling av Entreprenad marksanering Scharinsområdet (diarienum UH-2014-10). Vid upphandlingen har urvalsförfarande enligt 15 kapitlet LOU använts.

Av utvärderingsprotokoll framgår bl.a. att sex anbud inkommit, varav fem anbud godkänts, att Ekologisk Teknologi i Skellefteå Aktiebolag (Ekotec) tilldelats kontraktet samt att anbud från RGS 90 Sverige AB (RGS 90) rangordnats som nummer 2.

RGS 90 ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, såsom talan slutligen bestämts, i första hand rättelse på så sätt att utvärderingen görs om varvid Ekotecs anbud förkastas, alternativt att utvärderingen görs om och då begränsas till de kvalitetsparametrar och efterfrågade uppgifter som framgår av förfrågningsunderlaget. I andra hand yrkar RGS 90 att upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

Även Savaterra OY har ansökt om överprövning av aktuell upphandling (se dom denna dag i förvaltningsrättens mål nr 1108-14).

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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. 6 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

UTREDNINGEN

Av bilagan **Utvärderingsmodell** framgår bl.a. följande.

1.0 Genomförande och priser

I många sammanhang står entreprenören som kommunen anlitar i centrum för frågor knutna till projekterings- och entreprenadverksamhet. En viktig del i arbetet är kommunikation med berörda kunder och samråd med andra myndigheter. Arbetet innebär mycket kontakter, både internt och externt, och vi lägger därför stor vikt vid entreprenörens egenskaper.

[...]

1.1.2 Samverkansmål

Stort mervärde om tydliga förlopp för möjligheter till kostnadsreducering till större belopp kan ske utan avkall på kvalitet under saneringsförloppet klargörs. Förslag på möjlig incitamentstillämpning ska bifogas för att eventuellt mervärde ska bedömas. Slutlig incitamentstillämpning läggs fast vid kontraktsförhandling.

Definition

Full poäng reducerar jämförelsetalet med 5 500 000,00. Noll poäng ger ingen reduktion.

Poäng	Beskrivning	Reduktion
0	Inget mervärde	-0,00
1	Svagt mervärde	-1 375 000,00
2	Urskiljbart mervärde	-2 750 000,00
3	Ett klart urskiljbart mervärde	-4 125 000,00
4	Stort mervärde	-5 500 000,00

1.1.3 Plan för genomförande

Stort mervärde om en genomtänkt plan lämnas som tydligt borgar för hur kvalitetsangivelser enligt AFD.21 klaras med marginal. En redovisad plan hur arbetet ska genomföras för att minska olägenheterna för tredje part och beställare. Eftersom kommunen är i framkant i miljötänkande så är materialvalet samt en effektiv plan för genomförande av stor betydelse.

Definition

Full poäng reducerar jämförelsetalet med 4 500 000,00. Noll poäng ger ingen reduktion.

Poäng	Beskrivning	Reduktion
0	Inget mervärde	-0,00
1	Svagt mervärde	-1 125 000,00
2	Urskiljbart mervärde	-2 250 000,00
3	Ett klart urskiljbart mervärde	-3 375 000,00

4 Stort mervärde -4 500 000,00

I kommunens **Utvärderingsprotokoll** anges bl.a. följande.

Rangordning helt anbud

Godkända anbud	Pris	Jämförelsetal	Rang	Antagen
Ekotec	36 971 942,00	22 971 942,00	1	Ja
RGS 90 Sverige AB	32 036 948,00	23 036 948,00		Nej
Envix Nord AB	42 179 000,00	30 679 000,00		Nej
Svevia AB	44 550 000,00	36 925 000,00		Nej
Savaterra	47 061 600,00	40 686 600,00		Nej

Av **Årsredovisning för räkenskapsåret 2012** som bifogats Ekotecs anbud framgår bl.a. följande.

[...]

Resultat och ställning

Bolaget var under år 2012 inne i en organisationsförändring som tillsammans med en något vikande marknad påverkade omsättningen negativt. År 2011 hade bolaget dessutom ett stort tongivande saneringsuppdrag vilket kraftigt bidrog till det årets höga omsättning.

[...]

Ekonomisk flerårsöversikt

Kkr	2012	2011	2010	2009	2008
Nettoomsättning	71 191	141 343	82 403	126 614	69 081

[...]

RGS 90 ANFÖR BL.A. FÖLJANDE

Behörighet att avge anbud

Enligt punkten 2.1 i upphandlingsföreskrifterna måste samtliga skalkkrav i förfrågningsunderlaget vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna ingå i utvärderingen. Av andra stycket framgår att anbud ska lämnas av behörig person. Enligt punkten 3.3 ska, vid prövning av anbud, kontrolleras att samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav är uppfyllda. Kravet återfinns även i förfrågnings-

underlagets administrativa föreskrifter, AFB.31, där det anges att anbudet ska lämnas av behörig person. Under AFB.51 anges att anbudsgivare som ej uppfyller kraven enligt bl.a. AFB.31 utesluts. Enligt praxis ska, vid bedömning av om krav på att anbud ska vara undertecknat av behörig person är uppfyllda, allmänna civilrättsliga regler tillämpas (se t.ex. Kammarrättens i Jönköping dom i mål 3805-11).

Ekotecs anbud har undertecknats av Erik Bäcklund. Av registreringsbevis framgår att Erik Bäcklund är verkställande direktör (vd) för Ekotec. Av registreringsbeviset framgår vidare att vd har firmateckningsrätt för löpande förvaltningsåtgärder. Enligt 8 kap. 35 § ABL företräder styrelsen bolaget och tecknar dess firma. Enligt 8 kap. 29 § ABL ska den verkställande direktören sköta den löpande förvaltningen efter styrelsens instruktioner. Begreppet löpande förvaltning innefattar alla åtgärder som med hänsyn till omfattningen och arten av bolagets verksamhet inte är av osedvanlig beskaffenhet eller stor betydelse. Vd ska leda driften av bolagets rörelse och de åtgärder som krävs för detta faller i allmänhet inom den löpande förvaltningen. Vd:s behörighet får i det enskilda fallet bedömas mot bakgrunda av bolagets beskaffenhet och storlek.

Enligt senast tillgängliga årsredovisning hade Ekotec under 2012 en omsättning uppgående till ca 72 miljoner kr. Dessa uppgifter bör ha varit tillgängliga för kommunen, särskilt då styrkande av ekonomisk kapacitet samt krav på nettoomsättning ingått i upphandlingens prekvalificering. Kommunen har således haft kännedom om Ekotecs ekonomiska ställning. Ekotecs anbudssumma uppgick till 36 971 942 kr och motsvarar således över hälften av bolagets årsomsättning. Mot bakgrund av detta mycket stora ekonomiska åtagande i förhållande till Ekotecs omsättning som anbudslämningen innebär kan det svårigen anses rymmas inom den löpande förvaltning som tillkommer vd att underteckna anbudet. Ekotecs anbud uppfyller således inte obligatoriska krav i för-

frågningsunderlaget, vilket kommunen haft skyldighet att kontrollera och agera mot.

Utvärderingsmodell och tillämpning

Av utvärderingsmodellen framgår att anbud har utvärderats utifrån kriterierna 1.1.1 Platsorganisation, 1.1.2 Samverkansmål och 1.1.3 Plan för genomförande. Under respektive kriterium har anbudsgivarna kunnat erhålla maximalt 4 poäng och högre poäng har medfört ett högre prisavdrag för fastställande av jämförelsepris.

Kommunens utvärdering av RGS 90:s anbud och offererade kvalitet ger sammantaget ett mycket godtyckligt intryck. Kommunen har bortsett från lämnade uppgifter, lagt omständigheter som inte framgått av förfrågningsunderlaget till grund för utvärderingen och uppenbart ställt andra krav på RGS 90:s redovisning än de som ställts på andra anbudsgivare. Om RGS 90 erhållit ett ytterligare kvalitetspoäng på något av utvärderingskriterierna hade man fått lägst jämförelsetal i upphandlingen och tilldelats kontrakt.

Samverkansmål

Av utvärderingsmodellen framgår att följande faktorer ska beaktas vid bedömningen av uppnående av samverkansmål.

Stort mervärde om tydliga förlopp för möjligheter till kostnadsreducering till större belopp kan ske utan avkall på kvalitet under saneringsförloppet klargörs. Förslag på möjlig incitamentstillämpning ska bifogas för att eventuellt mervärde ska bedömas. Slutlig incitamentstillämpning läggs fast vid kontraktsförhandling.

Kommunen har redogjort för följande till motivering av RGS 90:s utvärderingsresultat.

Efter förtydligande av samverkansmål har RGS 90 uppgivit att de uppfattat svaret med 50/50 fördelning av möjlig vinst som gavs som svar under anbudstiden som styrande. Efter detta förtydligande är bedömningen att de har uppfyllt AFB.313 och beskrivningen av kriteriet och

kravet på att bifoga förslag på incitamentstillämpning. Anbudet beskriver intressanta kostnadsbesparingar men de är översiktligt beskrivna och förloppen till möjliga vinster är otydliga och kräver även pilotförsök. Angivet pris i mängdförteckningen motsvarar ca 750 kr/ton och det gör att angiven besparingsnivå för kvittblivning om 500 kr/ton framstår som hög då bara 250 kr/ton återstår för övriga arbeten.

RGS 90 ifrågasätter att kommunens utvärdering har skett objektivt och utan beaktande av ovidkommande hänsyn. RGS 90 har i sitt anbud redogjort för hur den angivna besparingen om 500 kr/ton kan uppnås. Besparingen uppstår om massor inte behöver behandlas termiskt, vilket utgör en betydande kostnad i saneringsprojektet. Kostnadsbesparingen har haft stöd i RGS 90:s anbud och därtill bifogade genomförandebeskrivningar och ska dessutom ses tillsammans med de övriga möjligheter till kostnadsbesparingar som RGS 90 redogjort för.

Kommunens bedömning av RGS 90:s möjligheter att uppnå kostnadsbesparingar inom ramen för projektet, kostnadsbesparingar som dessutom skulle komma att fördelas mellan kommunen och RGS 90 enligt offererad incitamentstillämpning.

Därtill kommer att kommunen vid utvärderingen av Envix anbud har tillämpat en långt mer välvillig tolkning. Envix har mycket kortfattat redogjort för en möjlig samverkansmodell. Trots att beskrivningen exempelvis inte kvantifierat möjliga besparingar har Envix erhållit tre poäng vid utvärderingen. Detta ger ett tydligt intryck av att kommunen aktivt sökt begränsa resultatet vid utvärderingen av RGS 90:s anbud som därvid bedömts strängare än övriga anbudsgivares.

Den för poängutfallet avgörande skillnaden mellan Envix och RGS 90:s anbud anges vara att Envix angett en formel för incitamentsfördelning (70/30). Det har inte kunnat utläsas från utvärderingsmodellen att en sådan angivelse kunde innebära bättre poäng än en likafördelning (50/50), vilket RGS 90 uppfattat var utgångspunkten. Den ifrågasätts också att det skulle vara givet att 70/30 skulle vara en bättre fördelning, då 50/50 ger entreprenören ett starkare incitament att

genomföra kostnadsreducerande åtgärder än en fördelning 70/30 till kommunens fördel.

Med undantag för situationer som medger undantagsförfarandena konkurrenspräglad dialog och direktupphandling, som inte är tillämpliga här, är det inte tillåtet för den upphandlande myndigheten att överlåta till leverantörerna att fastställa procedurer och mekanismer för hantering av t.ex. kostnader och risker. Detta brukar uttryckas på det sättet att upphandlingsföremålet måste vara fastställt av den upphandlande myndigheten. Om inte anbudsgivarna ges förutsebara förutsättningar finns det inte någon möjlighet att nollställa anbuden eller att i övrigt upprätthålla principerna om likabehandling och öppenhet. Det är således inte möjligt att, på det sätt som kommunen gör gällande, förbehålla sig fri prövningsrätt och överlåta till anbudsgivarna att hitta egna lösningar som erbjuder mer kvalitet, effektivitet eller säkerhet för samma pengar.

En absolut förutsättning för att alternativa utföranden ska vara tillåtna är att detta angetts i annonsen, vilket följer av 6 kap. 9 § LOU. Aktuell annons saknade sådan angivelse, vilket innebär att alternativa utföranden inte varit tillåtna, oaktat vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Därmed kunde inte heller anbudsgivarna förvänta sig att förfrågningsunderlagets bestämmelser om alternativt utförande var relevanta för utvärderingen av kategorin samverkansmål. RGS 90:s anbud innebär inte något alternativt utförande. För det fall något av övriga anbud innebär alternativt utförande åligger det kommunen att förkasta dessa anbud.

Kommunen har ifrågasatt trovärdigheten i RGS 90:s bedömning angående potentiell besparing. Den potentiella besparingen grundas på en avancerad schaktmetod, varvid schaktning sker i lager för optimal utvinning av material för energiutvinning. Den exakta omfattningen av den potentiella besparingen går inte att bedöma förrän analysvar erhållits från en anläggning för energiutvinning, men bedömningen är rimlig.

Det finns inte något samband mellan intäkter och kostnader som kommunen synes förutsätta. Teoretiskt kan intäkterna från energiåtervinning överstiga kostnaderna, t.ex. om det skulle finnas rikligt med trä, sågspån eller bark, vilket inte är helt ovanligt. Under alla förhållanden bestrids att platsbundna kostnader, jordschakt och transport skulle överstiga 250 kr/ton eftersom torkning av de blöta massorna minskar vikten och därmed blir tonpriset högre än de 750 kr/ton som kommunen räknat fram.

Plan för genomförande

Följande faktorer ska enligt utvärderingsmodellen beaktas vid utvärderingen av anbudsgivarnas plan för genomförande.

Stort mervärde om en genomtänkt plan lämnas som tydligt borgar för att kvalitetsangivelser enligt AFD.21 klaras med marginal. En redovisad plan hur arbetet ska genomföras för att minska olägenheter för tredje part och beställare. Eftersom kommunen är i framkant i miljötänkande är materialvalet samt en effektiv plan för genomförande av stor betydelse.

Kommunen har motiverat RGS 90:s utvärderingsresultat enligt följande.

Planen ger tydliga förutsättningar för att kvalitetsangivelserna klaras och tredjepart skyddas. Åtgärder för att nå kvalitetsangivelsen kopplad till att förhindra vattensamligar på markytan är inte beskriven. Eventuell särskild behandling av att det finns pallar med kvicksilverhalter över 1000 mg/kg tas inte upp. Vissa förlopp som redovisas har låg förutsättningsanpassning utifrån platsen som t.ex. den låga bärigheten ger och är avgörande för genomförandets effektivitet. Den nya uppdelningen av massor korresponderar inte mot mottagarens dispens för deponering av massor med hög TOC-halt. Dispensen säger att samtliga massor med TOC-halter upp till 18 procent får läggas i FA cell. Det innebär också att det är 72 pallar som inte får deponeras och tvunget måste behandlas. Dessa brister kan styras upp vid den slutliga projekteringen men kan ge fördröjningar.

Det ifrågasätts att kommunen utvärderat RGS 90:s genomförandeplan på ett objektivt sätt. För att ge lägre kvalitetspoäng har kommunen bl.a. anfört att RGS 90 inte har beskrivit hur vattenmassor på markytan ska förhindras, att delar av genomförandeplanen inte är anpassad för förutsättningarna på platsen samt att särskild beskrivning av eventuell särskild behandling av kvicksilverhaltiga massor inte beskrivits.

RGS 90 har i genomförandebeskrivning i detalj redogjort för hur fyllnadsmassor och skyddstäckning ska ske. Bl.a. har tydligt angivits att skyddstäckning ovan befintlig markyta, som är direkt avgörande för vattenavrinning, kommer att utföras enligt beställarens specifikationer avseende material, lagertjocklek, slänlutningar, tjäldjup, gräsbevuxenhet, etc. RGS 90 har således på ett fullgott sätt redogjort för en arbetsmetodik som garanterar att vattenansamlingar på ett fullgott sätt kommer att förhindras och effektivt förebyggas.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna förväntas beskriva skeenden, metoder och åtgärder med särskild behandling av förutsättningsanpassning i varje led. RGS 90:s genomförandebeskrivning är upprättad utifrån förhållandena så som de framgått av förfrågningsunderlaget och har särskilt inriktats på att beskriva hur de eftersträvade kvalitetsmålen i upphandlingen ska uppnås. Inte heller har det utgjort en kvalitetsparameter att beskriva hur områdets bärighet ska hanteras.

Eftersom upphandlingsföreskrifterna, punkten 2.1, särskilt anger att "[a]nbudsgivaren uppmanas att försöka begränsa anbudet till att omfatta de efterfrågade uppgifterna och handlingarna" är det särskilt anmärkningsvärt att kommunen lägger avsaknad av ej efterfrågade uppgifter till grund för bedömningen av RGS 90:s anbud.

Inom ramen för RGS 90:s anbud har tagits höjd för att nödvändiga åtgärder kan vidtas om berörda områden visar sig ha sämre bärighet än förväntat och det har därför saknats anledning att rikta kritik mot anbudet på denna punkt.

I genomförandebeskrivningen, punkten 4.4.2, har RGS 90 även redogjort för hur metallförorenade massor kommer att omhändertas, vilket även omfattar behandling av massor förorenade med kvicksilver. Det har därför även på denna punkt saknats anledning att ifrågasätta RGS 90:s offererade kvalitet.

Kommunens svar på den fråga som RGS 90 ställde beträffande utvärderingskriteriet 1.1.3 under upphandlingen innebär inte att påtalade oklarheter undanröjs.

Att vidta effektiva metoder för att förhindra långvariga vattensamlingar på markytan är något naturligt och självklart för en entreprenör inom aktuellt område, vilket bl.a. kan åtgärdas genom korrigering av marklutningen. Eftersom det saknas närmare specifikation som t.ex. beskriver acceptabel marklutning och andra för frågan relevanta förutsättningar är det varken möjligt eller ändamålsenligt att i anbudet exakt definiera metoder för att förhindra långvariga vattensamlingar på markytan.

RGS 90 är givetvis medvetet om de exakta krav lagstiftningen ställer på hanteringen av kvicksilver. Vidare är det angivna kravet på att kvicksilver ska föras till godkänd anläggning för omhändertagande självklart. RGS 90 förstår inte på vilket sätt en beskrivning av vilka krav lagstiftningen ställer eller till vilka specifika anläggningar transport av kvicksilver avses ske till skulle tillföra ett mervärde.

Kraven hänförliga till vattenansamlingar och kvicksilver är digitala krav, dvs. krav som antingen är uppfyllda eller inte. Möjlighet att uppfylla dem bättre än fullgott och att i dessa delar tillämpa en kvalitetsutvärdering finns därför inte.

Liksom vid hantering av vattenansamlingar är det en självklarhet för varje fackman att projekt måste vidtas med hänsynstagande till markens bärlighet, vilket bl.a. kan hanteras genom att stockmattor läggs eller med användande av maskiner med breda band, men det finns en rad andra metoder. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att det kunde ha betydelse för utvärderingen huruvida leverantören närmare beskriver hur markens bärlighet avses hanteras.

KOMMUNEN ANFÖR BL.A. FÖLJANDE

Behörighet att avge anbud

Kommunen har undersökt och även erhållit bevis på behörighet.

Utvärderingsmodell och tillämpning

Kommunen har inte bortsett från lämnade uppgifter utan bedömt de uppgifter som lämnats och sådana som borde ha funnits med. Samtliga anbudslämnare har bedömts enligt satta utvärderingskriterier och utan jämförelser mellan anbudena.

Samverkansmål

Svaret nedan, som lämnades under upphandlingsprocessen på fråga 5048 (från Frågor och svar), är viktigt att känna till för att få fullständiga förutsättningar. Till detta ska läggas texten i AF-delen och punkten AFB.313.

FRÅGA ID 5048

RGS 90 Sverige AB

Av bilagan Utvärderingsmodell punkt 1.1.2 framgår att anbudssumman kan reduceras enligt en mervärdesmodell för mervärden hänförliga samverkansmål samt att maximalt avdrag om 5,5 mkr erhålls om det bedöms föreligga stort mervärde. Vidare anges bl.a. att det innebär ett stort mervärde om tydliga förlopp för möjligheter till kostnadsreducering till större belopp kan ske utan avkall på kvalitet under saneringsförloppet klargörs. Därtill anges att förslag på möjlig incitamentstillämpning ska bifogas för att eventuellt mervärde ska bedömas samt att slutlig incitamentstillämpning läggs fast vid kontraktförhandling. För oss är det oklart vad kommunen önskar från anbudsgivarna i denna del och vi får därför be om ett klargörande. Vi önskar också en tydligare angivelse av vad som erfordras för erhållande av poäng enligt de olika poängstegen.

SVAR 2014-05-05

Skellefteå kommun

Exempel: TE har lämnat pris enligt mängdförteckning. TE har även beskrivit ett annat angreppssätt som inte är helt utrett men kan förbilliga projektet enligt TE:s bedömning med 5 mkr. TE beskriver osäkerheter med ändringen och föreslår ett incitament där priset enligt mängdförteckning bildar ett maxpris och skillnaden mellan verkligt utfall och maxpriset förde-

las 50/50 mellan B och TE. Avdraget görs som görs vid utvärdering är kopplat till den möjliga besparing som beställaren bedömer är möjlig efter TE:s beskrivning.

AFB.313 Alternativa utföranden

Alternativa utföranden som innebär avvikelser från angivna kvalitetsvillkor är inte tillåtna. Ett alternativt utförande ska prissättas så att det tydligt framgår på vilket sätt besparingar kan åstadkommas. Fördelningen av besparingen mellan B och TE lämnas med ett förslag på incitamenttillämpning. Ett alternativt utförande utvärderas tillsammans med lämnat anbud, se AFB.52 och punkten samverkan. TE som förändrar utförande skall svara för samtliga kostnader som uppstår vid ändringar i handlingar enligt AFB.22 samt sådana tillkommande kostnader som kan drabba B med anledning av föreslagen ändring.

Envix anbud har egentligen samma svaghet som RGS 90:s anbud när det gäller att bedöma möjlig besparing, med den skillnaden att en tydlig fördelning mellan beställaren och TE görs i Envix anbud. Av Envix anbud framgår följande.

Ekonomiskt incitament fördelas mellan parterna med avseende på kostnadsbesparing om 70/30 mellan beställaren och Envix (70 % av besparingen tillfaller beställaren, 30 % av besparingen tillfaller entreprenören).

Det är också det som avgjort och gett den högre poängen som görs mot bedömningen av möjlig besparing för beställaren, se svar på upphandlingsfråga ovan.

RGS 90:s anbud saknar både angivande av incitamentsfördelning och någon sammanställning av eventuellt utfall på besparingen. Det enda som anges är möjlig besparing per ton. Problemet med RGS 90:s anbud blir då att bedöma hur många ton som ska multipliceras till besparingen. Förfrågningsunderlaget innehåller en uppdelning av massorna i 9 klasser, dvs. massor som har olika problematik och möjlig hanteringslösning, se även nedan i RGS 90:s anbuds-text där möjliga ton anges med ordet förhoppning. Övriga massor ska enligt anbudet deponeras.

Massor med en föroreningshalt i IFA-nivåer, men med en TOC-halt över 10 % måste hanteras i en FA-cell och transporteras direkt efter erforderliga avvattning till FA-deponi i Umeå. RGS 90 har en förhoppning om att delar av dessa massor kan hanteras i ett värmeverk, då dessa massor är att betrakta som en resurs tack vare sitt höga TOC-innehåll. Se vidare beskrivning nedan.

Trovärdigheten i besparingen om 500 kr/ton är också tveksam då mängdförteckningens pris är satt till 750 kr/ton och erfarenhetsmässigt för platsbundna kostnader, jordschakt och transport aldrig tidigare gått att komma under 250 kr/ton och då kvarstår den stora kostnaden för dessa saneringsmassor som är kvittblivningen.

Den möjliga besparingen för beställaren är starkt kopplad till fördelningen. 30 procent av 5 miljoner är exempelvis 1,5 miljoner och en anmärkningsvärd summa. Detta framgår tydligt i beskrivningen av kriteriet och i texten från Frågor och svar.

Plan för genomförande

Under upphandlingen förtydligades utvärderingen av plan för genomförande med följande (hämtat Frågor och svar som ingår i upphandlingen).

FRÅGA 5049

RGS 90 Sverige AB

Av bilagan Utvärderingsmodell punkt 1.1.3 framgår att anbudssumman kan reduceras enligt en mervärdesmodell för mervärden hänförliga till plan för genomförande samt att maximalt avdrag om 4,5 mkr erhålls om det bedöms föreligga stort mervärde. Vidare anges bl.a. att det innebär ett stort mervärde om en genomtänkt plan lämnas som tydligt borgar för att kvalitetsangivelser enligt AFD.21 (kvalitetsangivelserna i Rambeskrivningens punkt 2) klaras med marginal. Eftersom dessa kvalitetsangivelser avser krav som antingen är uppfyllda eller inte är det oklart för oss vad kommunen avser att beakta vid en bedömning om dessa krav är uppfyllda "med marginal". Vidare är det oklart för oss vilka aspekter önskemålen om att minska olägenheterna för tredje part och beställare samt materialval och en effektiv plan för genomförande tar sikte på samt vilken betydelse dessa faktorer har inbördes och i förhållande till önskemålet att klara kraven enligt AFD.21 med marginal. Vi får därför be om ett klargörande. Vi önskar också en tydligare angivelse av vad som erfordras för erhållande av poäng enligt de olika poängstegen.

SVAR

Kommunen

Kan TE visa att denna byggt upp ett genomförande som ger små risker för avvikelser från målen ger det ett stort mervärde. TE:s genomförandeplan bör klarlägga risker för tredje part och beskriva planerade åtgärder för reduktion av dessa och hur kontrollen för att skydda tredje part under projektets gång är planerad. Säkerställer beskrivningen tredjepartsskyddet ger det ett stort mervärde. TE ska ju också projektera och planen bör också ta upp punkter som anges i rambeskrivningens kap. 6 men även andra punkter som TE bedömer ger miljöprofil och effek-

tivitet för projektet. Säkerställs genom den beskrivningen ett effektivt genomförande ger det ett stort mervärde. Vid bedömningen av det samlade mervärdet görs en värdering mellan punkterna ovan och för att erhålla fullt mervärde ska samtliga delar bedömts till stort mervärde.

Kommunen har utvärderat planen mot angivna faktorer och vad som är viktigt för projektet.

Skulle beställarens specifikationer varit tillräckliga för att klara vattensamlingar på markytan skulle inget behov av särskild kvalitetsangivelse finnas och RGS 90 har således inte beskrivit detta kvalitetskrav. Lagstiftningen (20-21 §§ Avfallsförordningen (2011:927) ställer krav på särskild behandling av massor med kvicksilver som går över en bestämd halt. Detta borde RGS 90 känna till. Att det får ligga till grund för utvärdering kan kopplas mot utvärderingens punkt 2 och 3 samt svaret under upphandlingstiden.

Det har tydligt framgått att det efterfrågas en effektiv plan för genomförandet och planen ska också ta upp frågor som ger projektet effektivitet (se svar på fråga 5049). I detta projekt är bärigheten en av de mest avgörande frågorna för projektets effektivitet och där har RGS 90:s genomförandeplan stora brister.

Vad gäller RGS 90:s hänvisning till kommunens uppmaning att begränsa anbudet till efterfrågade uppgifter och handlingar kan RGS 90:s bedömning av vad ett saneringsprojekt normalt kräver ifrågasättas. De höga halterna för kvicksilver framgår av handlingarna och det ligger i TE:s uppdrag att ta bort dem. Den dåliga bärigheten framgår av höjdangivelser, grundvattenangivelser och jordartsprotokoll. Vid syn på platsen blir detta också extra tydligt. Ett förhållande som påverkar genomförandet högst påtagligt på en mängd olika sätt.

På vilket sätt höjd tagits i RGS 90:s anbud framgår inte av genomförandeplanen och har därför inte kunnat bedömas. Att RGS 90 även i genomförandebeskrivningen redogjort för hur metallförorenade massor kommer att omhändertas förändrar inte saken.

Det måste finnas utrymme för entreprenören att skapa ett utförande utifrån sitt kunnande som totalentreprenör. Underlagen beskriver platsspecifika förhållanden och kvalitetskraven ger golvet för vad som entreprenaden ska uppnå. Sedan är det upp till entreprenören att med sitt kunnande omsätta informationen. Det angreppssätt som entreprenören väljer ger också olika problem och svagheter för beställaren och tredjepart. Beställaren är ju alltid densamma, men tredjepart, dvs. part som påverkas utan möjlighet att styra över förloppet och är ett tämligen allmänt vedertaget begrepp, som påverkas är helt beroende av genomförandeplanens driftsförutsättningar.

Ofta efterfrågas vid samtal med entreprenörer just möjligheten att hitta egna lösningar på problem och detta är ett sätt att möta detta. Om det går att få mer kvalitet, effektivitet och säkerhet för samma pengar så är detta värdefullt, och det är det som utvärderas med givna punkter.

Korrigerings av marklutningar innebär att vattnet leds någonstans och lutningsförhållanden som framgår av underlagen innebär att vatten då kommer att samlas på markytan inom området. Att mer eller mindre komplicerade krav ska utvärderas på olika sätt framgår inte av underlagen. Det är ett exempel på utförande som kan påverka tredje part, som i det här fallet är kommande brukare.

Hanteringen av massor är särskilt kostsam och riggad med särskilda krav. Det är därför en avgörande aspekt för hanteringen och risken för olägenhet för beställaren att totalentreprenören är medveten om detta.

För massor med kvicksilverhalter >1000 mg/kg Ts anges särskilda krav och restriktioner i 20-22 §§ i Avfallsförordningen. Som enda aktör i Sverige innehar SAKAB tillstånd att motta och, efter erforderlig stabilisering, exportera kvicksilverhaltiga massor >1000 mg/kg Ts till slutförvar i tyska saltgruvor. Kraven och restriktionerna i Avfallsförordningen uppmärksammas ej i RGS

90:s genomförandeplan, inte heller beskrivs några särskilda hänsynstaganden med avseende på förekomsten av massor med kvicksilverhalter >1000 mg/kg Ts. Beskrivningen av mottagningen av förorenade massor som lämnats i RGS 90:s genomförandeplan innehåller således felaktigheter och brister som strider mot Avfallsförordningen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter talan grundar sig på (RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad RGS 90 anfört är visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att RGS 90 lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Vd:s behörighet att avge anbud

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att anbudet ska lämnas av behörig person. Kommunen har således inte ställt det strängare kravet att anbudet ska undertecknas av behörig firmatecknare. I de fall där den upphandlande enheten endast ställt krav på att ett anbud ska vara undertecknat av en behörig företrädare gäller att allmänna civilrättsliga regler är tillämpliga för att bedöma behörigheten. I sådana fall kan det vara fullt möjligt att en verkställande direktör, som en del av den löpande förvaltningen, undertecknar ett anbud.

RGS 90 påstår att Ekotecs vd Erik Bäcklund inte varit behörig att avge anbud för Ekotecs räkning eftersom detta, mot bakgrund av bl.a. bolagets årsomsättning och kontraktsvärdet, inte kan anses vara en sådan åtgärd som faller inom den löpande förvaltningen.

Kommunen har i svar till förvaltningsrätten uppgett att man har undersökt och även erhållit bevis på behörighet. Därtill kommer att Ekotec åren 2008-2011 haft en årsomsättning motsvarande 69 081 000 (2008), 126 614 000 kr (2009), 82 403 000 kr (2010) samt 141 343 000 kr (2011). Vidare anges i förfrågningsunderlaget tidpunkten för kontraktarbetenas färdigställande till den 10 oktober 2016, vilket enligt förvaltningsrättens mening torde innebära en kontraktstid överstigande ett år och följaktligen en annan fördelning vad gäller Ekotecs ekonomiska åtagande i förhållande till årsomsättning än den RGS 90 har gjort.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att vad RGS 90 anfört om Erik Bäcklunds ställning inte visar att han saknade behörighet att, såsom en del av den löpande förvaltningen, företräda Ekotec när han undertecknade anbudet.

Utvärderingen

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande enhet har ett relativt betydande bedömningsutrymme vid värdering av kriterier samt att det ankommer på sökanden att visa att poängsättningen är felaktig. Vidare ankommer det inte på domstolen att göra en detaljerad utvärdering i upphandlingen, utan prövningen inskränker sig till frågan om principerna i 1 kap. 9 § LOU, samt övriga regler i LOU, har överträtts.

Kriteriet Samverkansmål

RGS 90 anför bl.a. att kommunens utvärdering av kriteriet samverkansmål inte har skett objektivt. RGS 90 hävdar vidare att kriteriets utformning innebär att

upphandlingsföremålet inte är fastställt av den upphandlande myndigheten samt att det av 6 kap. 9 § LOU framgår att alternativa utföranden inte är tillåtna i upphandlingen eftersom detta inte angetts i annonsen.

Förvaltningsrätten konstaterar att 2 kap. 25 § LOU ger den upphandlande myndigheten utrymme att vid urvalsförfarande förhandla med en eller flera anbudsgivare. Vad som anförts av RGS 90 i denna del visar inte heller att det i förfrågningsunderlaget föreskrivna förfarandet avseende kriteriet Samverkansmål innebär några ändringar av de grundläggande kraven i upphandlingen.

Förvaltningsrätten noterar vidare att 6 kap. 9 § LOU inte ingår i uppräknningen i 15 kap. 2 § LOU av vilka bestämmelser som, utöver bestämmelserna i 15 kapitlet LOU, ska tillämpas vid upphandlingar som inte omfattas av direktivet. Det krävs följaktligen inte att alternativa utföranden angetts redan vid kommunens annonsering.

Vad som anförts av RGS 90 gällande utvärderingskriteriet Samverkansmål visar enligt förvaltningsrättens mening inte heller att kommunens utvärdering och poängsättning av nämnda kriterium, som även förklarats i kommunens yttrande till förvaltningsrätten, skulle vara felaktig.

Kriteriet Plan för genomförande

RGS 90 anför att kommunen inte har utvärderat RGS 90:s genomförandeplan på ett objektivet sätt, att kommunen har utvärderat förutsättningar som inte framgått av förfrågningsunderlaget samt att kommunen inte tillämpat utvärderingsmodellen på ett förutsebart och rättvisande sätt.

Förvaltningsrätten finner att det med tillräcklig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget, punkten 1.1.3 i utvärderingsmodellen, tillsammans med kommunens svar på fråga ID 5049, vad som efterfrågas för att högsta poäng

ska utdelas. Även om det i och för sig hade varit önskvärt med en precisering av vad som efterfrågats för respektive poängnivå måste det enligt förvaltningsrättens mening ändå ha stått klart för leverantörer i branschen vad som skulle komma att tillmätas betydelse för att få höga poäng vid utvärderingen. Enligt förvaltningsrättens mening måste leverantörer inom den aktuella branschen utifrån förfrågningsunderlaget därmed anses ha kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Kraven på förutsebarhet och transparens har därför inte åsidosatts i denna del.

Förvaltningsrätten kan inte bedöma kvaliteten i offererad genomförandeplan eller i de tekniska detaljer som RGS 90 har redogjort för i sin ansökan och efterföljande skriftväxling, men kan konstatera att kommunen har invändningar mot dessa. Förvaltningsrätten, som anser att kommunen i egenskap av upphandlande myndighet får ges ett visst tolkningsföreträde, anser sammantaget att RGS 90 inte har visat att kommunens utvärdering och poängsättning av nämnda kriterium skulle vara felaktig.

Sammanfattande bedömning

Vad som anförts av RGS 90 utgör inte omständigheter som visar att kommunen har utfört upphandlingen i strid mot LOU eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Det finns alltså inte förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. RGS 90:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Karin Granholm

Rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.

